



LA REFORMA DE ACER EN EL MARCO DEL “PAQUETE DE INVIERNO”

Realizado por Prof. Dr. Mariano Bacigalupo

INFORME DE LA FUNDACIÓN PARA LA
SOSTENIBILIDAD ENERGÉTICA Y AMBIENTAL

Septiembre de 2017

FUNSEAM - FUNDACIÓN PARA LA SOSTENIBILIDAD ENERGÉTICA Y AMBIENTAL

C/ John M. Keynes 1-11. Despacho 316 | 08034 Barcelona

Tel. 0034 - 93 403 37 66

funseam@funseam.com

www.funseam.com

Prof. Dr. Mariano Bacigalupo es miembro de la Sala de Recurso de ACER, Liubliana. Consejero de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), Madrid. Profesor Titular de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la UNED, Madrid. Las opiniones que se expresan en el presente trabajo son personales del autor y no comprometen a ninguna de las entidades u organismos de los que forma parte.

NOTA DE AUTOR. Este documento ha sido realizado para FUNSEAM - Fundación para la Sostenibilidad Energética y Ambiental. Tanto el contenido, como las conclusiones del documento, reflejan la opinión del autor. Estas opiniones no vinculan a las Empresas Patronas de la Fundación.

1. Introducción

La mejora del marco institucional y el reforzamiento de ACER en el Paquete de Invierno. Opciones regulatorias consideradas y relación de la regulación proyectada con el llamado “enfoque común” sobre las agencias descentralizadas de la Unión Europea.

Como es sabido, hace menos de un año, a finales de noviembre del pasado año 2016, la Comisión Europea dio a conocer un paquete de propuestas legislativas e iniciativas no legislativas en materia de energía llamadas a reemplazar, actualizar y completar la regulación vigente contenida, básicamente, en las normas y actos integrantes de los denominados “paquete verde” (paquete de medidas sobre clima y energía hasta 2020) y “tercer paquete energético” de 2009. El nuevo paquete que ha lanzado la Comisión el pasado invierno (de ahí que se lo conozca también coloquialmente como **“paquete de invierno”**) incluye, entre otras iniciativas referidas a la regulación de los mercados energéticos, propuestas de refundición de la Directiva sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y del Reglamento sobre el mercado de la electricidad, así como –por lo que aquí interesa- del Reglamento por el que se crea una Agencia de la Unión Europea para la Cooperación de los Reguladores de la Energía (ACER), que es la propuesta legislativa¹ concreta de la que se ocupa la presente nota informativa. Todas estas propuestas forman parte de un conjunto aún más amplio de iniciativas de la Comisión (**«Energía limpia para todos los europeos»**) que contiene las principales propuestas de la Comisión para la Unión de la Energía, ya esbozadas en la Hoja de ruta de la Unión de la Energía². Como se ha dicho, el paquete comprende tanto propuestas legislativas como iniciativas no legislativas destinadas a crear un entorno favorable que propicie beneficios tangibles a los ciudadanos, el empleo, el crecimiento y la inversión, y que coadyuve al mismo tiempo al éxito en las cinco

¹ COM(2016) 863 final/2 de 23.2.2017.

² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y social Europeo, Comité de las Regiones y al Banco Europeo de Inversiones: «Estrategia Marco para una Unión de la Energía resiliente con una política climática prospectiva», COM(2015)080 final.

dimensiones de la Unión de la Energía. Las prioridades del paquete en este ámbito son la eficiencia energética, el liderazgo de la UE en el terreno de las energías renovables, y una posición ventajosa para los consumidores de energía. A tal efecto, sin embargo, el paquete de invierno considera también crucial la **mejora del marco institucional y el reforzamiento de las funciones y la organización de ACER**.

El marco institucional instaurado por el tercer paquete se propuso fomentar la cooperación de las autoridades u organismos reguladores nacionales (ANR) y de los gestores de redes de transporte (GRT). Desde su creación, la ACER y las Redes Europeas de GRT de electricidad y gas (REGRT) han desempeñado un papel fundamental en el camino hacia un mercado interior de la energía y en su buen funcionamiento. Con todo, la evolución reciente de los mercados europeos de la energía exige una adaptación del marco institucional. Además, la aplicación del tercer paquete ha puesto también de relieve determinados aspectos mejorables en relación con el marco aplicable a la ACER y las REGRT.

En cuanto a las **opciones de reforma** que se estudiaron en relación con el marco institucional, la Comisión ha **descartado mantener inalterada la regulación vigente de ACER**, ya que, a juicio de la Comisión, ello provocaría lagunas de regulación y vigilancia del mercado a medida que evolucionan las nuevas disposiciones de mercado propuestas y progresa la legislación de desarrollo a nivel de la UE. La Comisión admite que contempló la posibilidad no regulatoria de limitar la reforma al reforzamiento de la ejecución efectiva de la legislación y el recurso a la colaboración voluntaria sin más medidas adicionales de adaptación del marco institucional. Pero concluyó que con ello no se lograría ninguna mejora del actual marco institucional.

En el extremo opuesto a un eventual mantenimiento del marco institucional vigente, la Comisión también consideró la posibilidad de transformar ACER en algo parecido a un genuino regulador paneuropeo, pero explica que finalmente descartó tal opción. Señala que para que la Agencia cumpliera tal cometido sería necesario reforzar su presupuesto y su personal, ya que solo de este modo se conseguiría una concentración suficiente de expertos en la misma. Además, la Comisión cree conveniente mantener la participación de los reguladores nacionales en el proceso de toma de decisiones de la Agencia, y no sustituir sistemáticamente decisiones de los reguladores nacionales (tomadas por mayoría en el seno

del Consejo de Reguladores de ACER) por decisiones propias del Director de la Agencia. De este modo, concluye la Comisión, la opción de mejorar ACER sobre la base del marco existente ha sido la opción finalmente preferida. Considera que esta opción permite adaptar el marco institucional de la UE a las nuevas realidades de sistema eléctrico.

Como se verá, la opción elegida aborda la necesidad de aumentar la cooperación regional y los vacíos regulatorios actuales y previstos en el mercado de la energía, así como el aumento de la flexibilidad merced a una combinación de enfoque ascendente y descendente. Por otro lado, para resolver las lagunas regulatorias en relación con las funciones de las ANR a nivel regional, las iniciativas incluidas en la opción elegida establecen un marco regulatorio regional flexible que mejora la coordinación regional y la toma de decisiones de las ANR. Se introduce un sistema de decisiones coordinadas regionales y la supervisión de determinados aspectos a cargo de las ANR de la región, y se confía a ACER el papel de defensa de los intereses de la UE.

Finalmente, por lo que se refiere a la organización de la Agencia, la Comisión propone, en general, que las normas que regulan la ACER se adapten al **«enfoque común» sobre las agencias descentralizadas**, acordado el 19 de julio de 2012 entre el Parlamento Europeo, el Consejo de la UE y la Comisión Europea. Sin embargo, **en la fase actual la Comisión considera que aún se debe conceder a ACER la posibilidad de desviarse en parte del enfoque común, dada la conveniencia de conservar las características principales de la estructura de gobernanza existente, en particular el Consejo de Reguladores**. De acuerdo con la Comisión, la desviación de ACER del mencionado “enfoque común” tiene su justificación. Como los mercados de la energía se regulan aún en gran medida a nivel nacional, los reguladores nacionales son actores con un papel clave en los mercados de la energía. La función principal de ACER no es la ejecución de las competencias reguladoras delegadas por la Comisión, sino la coordinación de las decisiones de los reguladores nacionales independientes. La propuesta legislativa de la Comisión todavía mantiene en gran medida esta distribución de funciones. A juicio de la Comisión, la actual estructura alcanza un acertado equilibrio de poderes entre los diferentes actores, teniendo en cuenta las peculiaridades de un mercado interior de la energía en expansión. Según la Comisión, modificar este equilibrio podría poner en peligro la aplicación de las iniciativas estratégicas

de las propuestas legislativas, obstaculizando así la integración del mercado de la energía, que constituye el objeto principal del paquete de invierno. Por ello, la Comisión considera prematuro transferir competencias decisorias a un Consejo de Administración, como preconiza el enfoque común. Para la Comisión lo más apropiado es mantener la estructura actual, que garantiza que los reguladores nacionales actúen sin ninguna intervención directa de las instituciones de la UE o de los Estados miembros en cuestiones específicas. Por ello, no se propone modificar la estructura y funcionamiento del actual Consejo de Reguladores, ni en consecuencia adaptar tampoco el concepto de Consejo de Administración al del modelo del enfoque común.

Con todo, si bien en esta fase la Comisión no considera oportuno adaptar enteramente la estructura de gobernanza de la Agencia al “enfoque común” de las agencias descentralizadas de la UE, la Comisión anuncia que seguirá evaluando si siguen estando justificadas estas desviaciones. La siguiente evaluación se efectuará a los cinco años de la entrada en vigor del nuevo Reglamento y, aparte de los objetivos, mandato y funciones de la Agencia, se anuncia que en ella se analizará particularmente su estructura de gobernanza, incluyendo la posibilidad de un mayor acercamiento gradual de la misma a lo previsto en el “enfoque común” de las agencias de la UE.

Antes de proceder a pasar revista a las novedades contenidas en la nueva regulación proyectada de ACER, cabe señalar que el pasado día 14 de junio de 2017 se ha conocido el borrador de informe preparado por el diputado ponente (*Rapporteur*) de esta propuesta legislativa, Sr. Morten Helveg Petersen, sobre el que tendrá que decidir ahora el Comité de Industria, Investigación y Energía (Comité ITRE) del Parlamento Europeo. Al hilo del examen de las novedades propuestas por la Comisión en el nuevo Reglamento por el que se crea ACER, se hará también en lo sucesivo una referencia sucinta a las principales **enmiendas a la propuesta legislativa de la Comisión incluidas en el borrador de informe del diputado ponente** (a la espera de comprobar si el Comité ITRE las hace suyas o no).

En todo caso, procede destacar que, dado el alcance y amplitud de la reforma proyectada, la Comisión no se limita a proponer una mera reforma parcial del Reglamento objeto de modificación –Reglamento (CE) n.º 713/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13

de julio de 2009-, sino que propone un Reglamento completo enteramente nuevo, es decir, una “refundición” del mismo³.

2. Novedades incluidas en la Propuesta de nuevo Reglamento por el que se crea ACER

2.1. Novedades en materia de tipos de actos de ACER

La propuesta de nuevo Reglamento (nuevo art. 2) no añade en puridad nuevos tipos de actos susceptibles de ser adoptados por ACER, toda vez que el Reglamento vigente ya contempla, en abstracto, todos los posibles: emisión de dictámenes y recomendaciones, adopción de decisiones y transmisión a la Comisión de “directrices marco” no vinculantes. Sin embargo, el Reglamento vigente acota los destinatarios posibles de los dictámenes y recomendaciones de ACER (en la actualidad esos destinatarios posibles son los GRT, las autoridades reguladoras nacionales y las principales instituciones de la UE: Parlamento Europeo, Consejo y Comisión). Pues bien, **a los destinatarios posibles de dictámenes y recomendaciones emitidos por ACER se suman ahora dos más: los operadores designados del mercado de la electricidad y los llamados “centros operativos regionales”** (una figura de nueva creación incluida en la propuesta de nuevo Reglamento), sujetos ambos que la propuesta legislativa de la Comisión incluye entre los actores sometidos a la supervisión de ACER, en los términos que veremos más adelante.

2.2. Novedades en materia de funciones y competencias (“tareas”) atribuidas a ACER

En primer lugar, la propuesta de nuevo Reglamento actualiza el listado de competencias de ACER para incluir en él las nuevas funciones de supervisión que, con posterioridad a su creación, se han venido atribuyendo a ACER en los últimos años, a saber: la **supervisión de**

³ En este sentido, se propone añadir en el preámbulo del Reglamento un nuevo expositivo 1 en los siguientes términos: “El Reglamento (CE) n.º 713/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo ha sido modificado de forma sustancial. Dado que es preciso introducir nuevas modificaciones, conviene, en aras de la claridad, proceder a la refundición de dicho Reglamento”.

los mercados mayoristas (Reglamento (UE) n.º 1227/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre la integridad y la transparencia del mercado mayorista de la energía, REMIT) y de las **infraestructuras energéticas transfronterizas** (Reglamento (UE) n.º 347/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2013).

En relación con la adopción de **códigos de red** de la electricidad, se propone atribuir a ACER nuevas responsabilidades en la elaboración y presentación de una propuesta definitiva de código de red a la Comisión, aunque manteniendo el papel de experto técnico de la REGRT-E (ENTSO-E).

La propuesta de nuevo Reglamento reserva también un lugar propio a los **gestores de redes de distribución** (GRD) para, en particular, el desarrollo de propuestas de códigos de red, lo que supone un aumento correspondiente de sus responsabilidades. La propuesta de nuevo Reglamento otorga a ACER la competencia para decidir las condiciones, metodologías y algoritmos para la aplicación de los códigos de red de la electricidad y las directrices.

Para el caso de **tareas en un contexto regional que afecten únicamente a un número limitado de reguladores nacionales**, la propuesta de nuevo Reglamento introduce un proceso decisorio regional. En este caso, el Director tendría que dar su opinión sobre si la cuestión de que se trate es en primer lugar de ámbito regional. Si el Consejo de Reguladores concluye que ese es el caso, un subcomité regional de dicho Consejo debe preparar la decisión, que posteriormente aprobaría o rechazaría el propio Consejo. En otros casos el Consejo de Reguladores decidiría sin la intervención de un subcomité regional.

Finalmente, este capítulo incorpora también otras nuevas competencias de ACER como coordinadora de determinadas funciones relacionadas con los llamados “**centros operativos regionales**”, la supervisión de los **operadores designados del mercado de la electricidad**, la aprobación de métodos y la propuesta relativa a la **adecuación de la generación y la preparación frente a los riesgos**.

Examinamos a continuación todas estas novedades de forma individualizada.

2.2.1. Competencias en relación con los GRT

Al margen de algunas mejoras técnicas menores, la propuesta de nuevo Reglamento de la Comisión no contiene en principio la atribución de nuevas competencias a ACER en este punto. Sin embargo, el borrador de informe del diputado ponente del Parlamento Europeo propone en sendas **enmiendas** (enmiendas nº 4 y 5) que se atribuyan competencias a ACER para (i) requerir a las REGRT toda aquella información que sea necesaria para que la Agencia pueda controlar si cumplen con las previsiones de la regulación europea y de los códigos de red y directrices, y (ii) si fuera necesario para adoptar decisiones vinculantes que aseguren dicho cumplimiento por parte de las REGRT.

2.2.2. Competencias en relación con el desarrollo y aplicación de códigos de red y directrices

La Comisión considera que de la experiencia adquirida en la aplicación de los **códigos de red y directrices** se deduce que es conveniente **agilizar el procedimiento de aprobación regulatoria de condiciones o metodologías** de nivel tanto regional como de la Unión, desarrolladas con arreglo a dichas directrices y códigos de red, presentándolas directamente a la Agencia para que los reguladores nacionales, representados en el Consejo de Reguladores, puedan tomar una decisión sobre ellas.

A tal efecto, el artículo 5.2 de la propuesta de nuevo Reglamento establece que en los casos en que los códigos de red y las directrices impliquen el desarrollo de propuestas de condiciones o metodologías para la aplicación de dichos códigos de red y directrices que requieran la aprobación de todas las autoridades reguladoras o de todos los reguladores de la región considerada, “tales condiciones o metodologías se someterán a la revisión y aprobación de la Agencia”. Antes de proceder a la aprobación de las condiciones o metodologías, “la Agencia las revisará y modificará si fuera necesario con el fin de garantizar que concuerdan con el objetivo del código de red o las directrices, que contribuya a la integración del mercado, a la no discriminación y al funcionamiento eficiente del mercado”.

En este punto, el borrador de informe del diputado ponente del Parlamento Europeo contiene una **enmienda** (enmienda nº 6) a fin de que la aprobación de condiciones o metodologías por ACER solo sea precisa en los casos en que dichas condiciones y

metodologías sean de aplicación en toda la UE. Si estuvieran dirigidas tan solo a un **ámbito regional** determinado, se propone que únicamente precisen la aprobación de ACER si tuvieran un impacto real sobre el mercado interior de la energía, si las ANR de la región afectada no hubieran conseguido llegar a un acuerdo sobre las mismas o hubieran formulado una petición conjunta con objeto de que sean aprobadas por ACER.

Asimismo, en el contexto de la **revisión de las zonas de oferta**, la propuesta legislativa de la Comisión establece (art. 5.3) que “la Agencia aprobará la metodología o los presupuestos que vayan a emplearse en el proceso de revisión de las zonas (...), y podrá pedir modificaciones en los mismos”.

2.2.3. Competencias en relación con las autoridades reguladoras nacionales

La propuesta de nuevo Reglamento incorpora en su artículo 6.8 una precisión en relación con las competencias que se atribuyen a ACER respecto de las **cuestiones regulatorias de carácter transfronterizo**. Concretamente, la propuesta precisa que las cuestiones sobre las que podrá decidir ACER, en los supuestos previstos en dicho artículo (falta de acuerdo entre las ANR competentes o petición conjunta de una decisión de ACER por dichas ANR), pueden incluir, además de las condiciones de acceso y seguridad operativa (ya previstas en el Reglamento vigente), también “**las metodologías pertinentes a efectos del comercio transfronterizo u otros aspectos regulatorios con implicaciones transfronterizas**”.

En este ámbito, el borrador de informe del diputado ponente del Parlamento Europeo propone en tres **enmiendas** (enmienda nº 7, 8 y 9) que ACER pueda (i) dirigir recomendaciones a las ANR a fin de asegurar que cumplen cabalmente la regulación europea vigente, (ii) crear un marco de cooperación para las ANR que asegure una toma de decisiones ágil y eficiente sobre cuestiones de relevancia transfronteriza, y (iii) requerir a las ANR para que aseguren el cumplimiento y plena aplicación de las decisiones vinculantes adoptadas por ACER.

2.2.4. Competencias para la coordinación de tareas regionales dentro de la Agencia

Puesto que la armonización gradual de los mercados energéticos de la Unión hace necesario, como paso intermedio, encontrar soluciones a nivel regional de forma cotidiana, la Comisión

considera conveniente reflejar la dimensión regional del mercado interior y prever los mecanismos de gobernanza apropiados para ello. A tal efecto, se considera que los reguladores responsables de coordinar las aprobaciones regionales coordinadas deben estar capacitados para preparar las decisiones del Consejo de Reguladores de ACER en el marco de un subcomité regional de dicho Consejo sobre cuestiones de relevancia regional, a excepción de las que revistan un interés general para la Unión.

En este sentido, la propuesta de nuevo Reglamento introduce en su artículo 7 un **nuevo procedimiento decisorio regional en el seno de ACER**, en los siguientes términos:

1. En el caso de las decisiones contempladas en el artículo 5, apartado 2, del presente Reglamento, sobre el desarrollo de condiciones o metodologías conjuntas a nivel regional para los códigos de red y las directrices (...) que normalmente conciernen a un número limitado de Estados miembros y requieren una decisión regulatoria conjunta a nivel regional, la Agencia podrá estar asistida por un subgrupo del Consejo de Reguladores, compuesto únicamente por las autoridades reguladoras de la región considerada, de acuerdo con el procedimiento contemplado en los apartados 2 a 4 del presente artículo.
2. El director evaluará el posible impacto de la propuesta conjunta en el mercado interior y emitirá un dictamen si la propuesta conjunta es de magnitud fundamentalmente regional o si tiene un impacto real en el mercado interior, especialmente en los casos en los que la cuestión considerada tenga una importancia significativa más allá de la región de que se trate.
3. En su caso, y teniendo en cuenta el dictamen del director, el Consejo de Reguladores establecerá un subgrupo regional formado por los miembros implicados del consejo de reguladores para que revise la propuesta y haga una recomendación al consejo de reguladores sobre su aprobación, que podrá incluir posibles modificaciones.
4. Cuando el Consejo decida sobre el dictamen en su propuesta, deberá tener en cuenta la recomendación del subgrupo regional.
5. Las autoridades reguladoras de la región considerada designarán conjuntamente una única autoridad reguladora nacional de coordinación que será responsable de la coordinación de los subgrupos regionales de las autoridades reguladoras nacionales.

Cada dos años tendrá lugar la rotación de funciones de la autoridad reguladora nacional de coordinación. La autoridad reguladora nacional de coordinación actuará como punto de contacto para todas las partes interesadas, incluida la Agencia. Podrá solicitar la información pertinente de todas las partes interesadas para la ejecución de funciones regulatorias a nivel regional, bien por iniciativa propia o a petición de otra autoridad o autoridades reguladoras nacionales de la región, y facilitará información a la Agencia acerca de las actividades regionales de las autoridades reguladoras nacionales de la región. Las autoridades reguladoras que participen en subgrupos regionales del consejo de reguladores contarán con los recursos suficientes para permitir que el Grupo lleve a cabo sus funciones.

Este nuevo procedimiento decisorio regional en el seno de ACER ha sido **enmendado** en el borrador de informe del diputado ponente del Parlamento Europeo (enmiendas nº 10 a 15). En dichas enmiendas se propone que estas cuestiones de ámbito regional sean decididas por las ANR y, en consecuencia, que ACER solo intervenga cuando las condiciones y metodologías de que se trate tengan un impacto real sobre el mercado interior de la energía o, mediante la emisión de la correspondiente recomendación, cuando las propuestas conjuntas de las ANR regionales no se ajusten a la regulación europea vigente o a los códigos de red y directrices aprobados.

2.2.5. Competencias en relación con los centros operativos regionales

Dada la estrecha interconexión de la red eléctrica de la Unión y debido a que, para mantener la estabilidad de la red de electricidad de la Unión e integrar grandes cantidades de energías renovables, se hace cada vez más necesario cooperar con los países vecinos, la propuesta de nuevo Reglamento introduce una nueva figura, los centros operativos regionales, llamados a desempeñar un papel muy importante en la coordinación de los gestores de las redes de transporte. En este contexto, se propone **atribuir a ACER la función de garantizar la supervisión regulatoria de los centros operativos regionales** cuando sea conveniente.

Concretamente, la propuesta de nuevo Reglamento establece en su artículo 8 que “la Agencia, en estrecha colaboración con las autoridades reguladoras nacionales y la REGRT de Electricidad, supervisará y analizará la actuación de los centros operativos regionales”.

Para llevar a cabo estas tareas de manera eficiente y rápida, la Agencia deberá, en particular:

- a) decidir sobre la configuración de las regiones de operación del sistema;
- b) solicitar información de los centros operativos regionales;
- c) emitir dictámenes y recomendaciones dirigidos a la Comisión Europea, el Consejo y el Parlamento Europeo; y
- d) emitir dictámenes y recomendaciones dirigidos a los centros operativos regionales.

En su borrador de informe el diputado ponente del Parlamento Europeo propone en sendas **enmiendas** (enmiendas nº 16 y 17) que ACER (i) sea también competente para asegurar que los centros operativos regionales cumplen la regulación europea vigente, así como los códigos de red y directrices aprobados, y (ii) que la Agencia pueda a tal efecto, además de dirigir dictámenes y recomendaciones a estos centros, adoptar también decisiones vinculantes para estos.

2.2.6. Competencias en relación con los operadores designados del mercado de la electricidad

La propuesta de nuevo Reglamento (art. 9) también atribuye a ACER la **supervisión de los operadores designados del mercado de electricidad** con el fin de garantizar que lleven a cabo sus funciones con arreglo a la regulación europea, incluido el Reglamento (UE) 2015/1222 de la Comisión, de 24 de julio de 2015, por el que se establece una directriz sobre la asignación de capacidad y la gestión de la congestión.

A tal efecto, ACER deberá:

- a. llevar un seguimiento del progreso de los operadores designados del mercado de la electricidad en la fijación de las funciones contempladas en el Reglamento 2015/1222;
- b. emitir recomendaciones a la Comisión con arreglo al artículo 7, apartado 5, del citado Reglamento;
- c. recabar, si procede, información de los operadores designados del mercado de la electricidad.

En su borrador de informe el diputado ponente del Parlamento Europeo propone una **enmienda** (enmienda nº 18) con objeto de precisar que los requerimientos de información

a los operadores del mercado de la electricidad se adoptarán mediante decisión vinculante para éstos.

2.2.7. Competencias en relación con la seguridad de suministro

A juicio de la Comisión, la **seguridad del suministro eléctrico** requiere que se adopte un **enfoque coordinado** para la preparación frente a crisis inesperadas en este terreno, y que debe corresponder a ACER, por tanto, coordinar las acciones en el ámbito de la preparación frente a los riesgos, en consonancia con otras propuestas legislativas incluidas por la Comisión en el Paquete de Invierno.

A tal efecto, la propuesta de nuevo Reglamento establece en su artículo 10 (tareas de ACER en relación con la **adecuación de la generación y la preparación frente a los riesgos**) que ACER aprobará y modificará, en caso necesario: a) las propuestas de metodologías y cálculos relativos a la evaluación europea de la adecuación de los recursos de generación; y b) las propuestas de especificaciones técnicas para la participación transfronteriza en mecanismos de capacidad.

La Agencia aprobará y modificará también, en caso necesario, las metodologías a) para la identificación de escenarios de crisis de la electricidad a nivel regional; y b) para las evaluaciones de la adecuación a corto plazo.

2.2.8. Competencias en relación con la infraestructura europea transeuropea

Como ya ha sido señalado, la propuesta de nuevo Reglamento actualiza el listado de competencias de ACER para incluir en él las nuevas funciones de supervisión que, con posterioridad a su creación, se han venido atribuyendo a ACER en los últimos años, entre ellas la supervisión de las **infraestructuras energéticas transfronterizas** (Reglamento (UE) n.º 347/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2013).

A tal efecto, la propuesta de nuevo Reglamento precisa en un nuevo apartado c) del artículo 12 que corresponde a ACER cumplir las obligaciones ya previstas en los artículos 5, 11, 12 y 13 del citado Reglamento 347/2013.

2.2.9. Competencias en relación con la integridad y la transparencia del mercado mayorista

La propuesta de nuevo Reglamento actualiza el listado de competencias de ACER para incluir en él también la **supervisión de los mercados mayoristas**, ya atribuida por el Reglamento (UE) n.º 1227/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre la integridad y la transparencia del mercado mayorista de la energía (REMIT).

En este sentido, la propuesta de nuevo Reglamento establece en su artículo 13:

Con el fin de controlar eficazmente la integridad y la transparencia del mercado mayorista, la Agencia, en estrecha cooperación con las autoridades reguladoras y otras autoridades nacionales, deberá:

- a. supervisar los mercados mayoristas, recoger datos y establecer un registro europeo de participantes en el mercado de conformidad con los artículos 7 a 9 del Reglamento (UE) n.º 1227/2011;
- b. emitir recomendaciones a la Comisión con arreglo al artículo 7 del Reglamento (UE) n.º 1227/2011;
- c. coordinar las acciones contempladas en el artículo 16, apartado 4, del Reglamento (UE) n.º 1227/2011.

2.2.10. Límites generales a la atribución de nuevas competencias a ACER

Finalmente, la propuesta de nuevo Reglamento precisa en un inciso final que se añade en el nuevo artículo 14 que la atribución de nuevas competencias a ACER debe respetar “**los límites de la transferencia de competencias ejecutivas a las agencias de la Unión**”.

2.2.11. Enmiendas sobre las garantías del procedimiento decisorio de ACER y sobre la potestad de ACER de requerir información a los sujetos sometidos a sus facultades de supervisión, contenidas en el borrador de informe del diputado ponente del Parlamento Europeo

La enmienda n.º 19 contenida en el borrador de informe del diputado ponente del Parlamento Europeo propone introducir en el Reglamento de ACER un nuevo artículo 15 a con objeto de regular las **garantías esenciales del procedimiento decisorio de la Agencia**, de modo similar a como se prevé en los reglamentos de otras agencias de la Unión. En

particular, el texto propuesto precisa que en la adopción de decisiones por ACER se garantizará: (i) la audiencia de los interesados; (ii) la motivación plena de la decisión adoptada que permita su eventual impugnación en cuanto al fondo; (iii) información sobre los recursos procedentes contra la decisión adoptada; y (iv) la publicidad de esta, sin perjuicio de la debida confidencialidad de algunos de sus contenidos.

Por su parte, la enmienda nº 20 propone introducir un nuevo apartado 3 a en el artículo 16 del Reglamento a fin de dotar a ACER de una potestad cabal que le permita, en colaboración con las ANR cuando sea solicitada, requerir de todos los sujetos sometidos a sus facultades de supervisión (ANR, REGRT, centros operativos regionales, operadores del mercado de electricidad, etc.), mediante decisión vinculante, toda aquella **información** que precise en el ejercicio de sus competencias.

2.3. Novedades relativas a la organización de ACER

Como ya ha sido señalado, la Comisión propone, en general, que las normas que regulan la ACER se adapten al **«enfoque común» sobre las agencias descentralizadas**, acordado el 19 de julio de 2012 entre el Parlamento Europeo, el Consejo de la UE y la Comisión Europea. Sin embargo, en la fase actual la Comisión considera que aún se debe conceder a ACER la **posibilidad de desviarse** en parte del enfoque común, dada la conveniencia de conservar las características principales de la estructura de gobernanza existente, en particular el Consejo de Reguladores. Según se justifica en el preámbulo del nuevo Reglamento propuesto, “la estructura de la Agencia debe adaptarse para responder a las necesidades específicas de la regulación del sector de la energía. En particular, hay que tener muy en cuenta la función específica de las autoridades reguladoras nacionales y se ha de garantizar su independencia”. No obstante, se advierte de que **“en el futuro podrían preverse cambios adicionales en el presente Reglamento para conformarlo íntegramente con el enfoque común sobre las agencias descentralizadas**. Vistas las situaciones actuales de la regulación de la energía, las desviaciones respecto al enfoque común son necesarias. La presente propuesta no prejuzga, por lo tanto, cualquier modificación ulterior del Reglamento constitutivo de la Agencia que la Comisión pueda desear proponer a raíz de una nueva evaluación, con arreglo a lo previsto en el presente acto o por propia iniciativa”.

2.3.1. Sede de ACER y posibilidad de establecer oficinas locales

A diferencia de lo que sucede en el Reglamento vigente, la propuesta de nuevo Reglamento (art. 17.4) formaliza en la propia norma de creación de ACER la ubicación de su sede en la capital de Eslovenia, Liubliana.

Igualmente, introduce la posibilidad de que ACER decida establecer **oficinas locales** en los Estados miembros, con el consentimiento de estos.

2.3.2. Consejo de Administración. Mayorías, programación y competencias

Siguiendo la pauta establecida en el “enfoque común” sobre las agencias descentralizadas de la UE, la propuesta de nuevo Reglamento **refuerza la posición organizativa del Consejo de Administración** dentro de la estructura de gobernanza de ACER. Ello no sucede en cuestiones regulatorias, ni por tanto en detrimento de las atribuciones del Consejo de Reguladores, por las razones anteriormente expuestas que justifican que ACER se desvíe aún en algunos puntos de las reglas generales de gobernanza de las agencias de la UE establecidas en el “enfoque común” acordado por las instituciones de la Unión, pero sí a costa de algunas de las actuales competencias domésticas del Director de la Agencia.

En primer lugar, la propuesta de nuevo Reglamento precisa en su artículo 19.3 que el Consejo de Administración de ACER elegirá de entre sus miembros a un presidente y un vicepresidente por **mayoría de dos tercios**.

También prevé que adoptará sus decisiones por **mayoría simple** (art. 19.5), a diferencia de lo que establece el Reglamento vigente (mayoría de dos tercios).

En cuanto a sus **competencias**, la propuesta de nuevo Reglamento precisa que el Consejo de Administración, además de nombrar al Director de la Agencia, podrá, cuando proceda, prorrogar su mandato o poner fin al mismo (art. 20 a).

También será competente para adoptar cada año el proyecto de documento de **programación** que deberá ser dictaminado por la Comisión previamente a su aprobación por el propio Consejo de Administración, en este caso, excepcionalmente, por mayoría de

dos tercios (art. 20 e), mayoría igualmente exigible para la adopción del presupuesto anual de la Agencia (art. 20 f)⁴.

La propuesta de nuevo Reglamento atribuye también al Consejo de Administración las competencias en relación con el personal de la Agencia que el Estatuto de los funcionarios otorga a la Autoridad facultada para proceder a los nombramientos y que el Régimen aplicable a los otros agentes atribuye a la Autoridad facultada para proceder a las contrataciones (art. 20 h) e i)⁵.

⁴ La propuesta de nuevo Reglamento regula en su artículo 21 el procedimiento de programación anual y plurianual de ACER, en los siguientes términos:

1. Una vez al año el consejo de administración adoptará un documento de programación que contendrá la programación anual y plurianual, basado en un proyecto presentado por el director que tendrá en cuenta el dictamen de la Comisión, y en el caso de la programación plurianual, previa consulta al Parlamento Europeo. El 31 de enero de cada año a más tardar, lo remitirá al Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión. Será definitivo tras la adopción del presupuesto general de la Unión y, en su caso, se adaptará en consecuencia.

2. El programa de trabajo anual incluirá objetivos detallados y los resultados esperados, incluidos indicadores de rendimiento. Contendrá asimismo una descripción de las acciones que vayan a financiarse y una indicación de los recursos humanos y financieros asignados a cada acción, de conformidad con los principios de presupuestación y gestión por actividades. El programa anual de trabajo será coherente con el programa de trabajo plurianual a que se refiere el apartado 4. Indicará claramente qué tareas se han añadido, modificado o suprimido en relación con el ejercicio presupuestario anterior. La programación anual y plurianual incluirá la estrategia sobre las relaciones con terceros países u organizaciones internacionales a que se refiere el artículo 43, así como las actuaciones ligadas a esa estrategia.

3. El consejo de administración modificará el programa de trabajo anual adoptado cuando se encomiende una nueva función a la Agencia. Cualquier modificación sustancial del programa de trabajo anual se adoptará con arreglo al mismo procedimiento que el programa de trabajo anual inicial. El consejo de administración podrá delegar en el director la competencia para adoptar modificaciones no sustanciales del programa de trabajo anual.

4. El programa de trabajo plurianual fijará la programación estratégica general, incluidos los objetivos, los resultados esperados y los indicadores de rendimiento. Definirá asimismo la programación de los recursos, incluidos el presupuesto plurianual y el personal. La programación de los recursos se actualizará todos los años. La programación estratégica se actualizará cuando proceda y, en particular, para estudiar los resultados de la evaluación a que se hace referencia en el artículo 45.

⁵ No obstante, la propuesta de nuevo Reglamento prevé en su artículo 20.2 que el Consejo de Administración adoptará, de conformidad con el artículo 110 del Estatuto de los funcionarios, una decisión basada en el artículo 2, apartado 1, de dicho Estatuto y en el artículo 6 del Régimen aplicable a los otros agentes, por la que se deleguen en el director las competencias correspondientes de la autoridad facultada para proceder a los nombramientos y se determinen las condiciones de suspensión de dicha delegación. El director estará autorizado a subdelegar las citadas competencias. Sin embargo, en su artículo 20.3 la propuesta de nuevo Reglamento prevé que cuando así lo exijan circunstancias excepcionales, el Consejo de Administración podrá, mediante resolución, suspender temporalmente la delegación de las competencias de la autoridad facultada para proceder a los nombramientos en el director y la subdelegación de competencias por parte de este último, y ejercer él mismo las competencias o delegarlas en uno de sus miembros o en un miembro del personal distinto del director.

Entre las nuevas competencias que la propuesta de nuevo Reglamento (art. 20) atribuye al Consejo de Administración de ACER figuran también las siguientes:

- m. adoptará las normas financieras aplicables a la Agencia, de conformidad con el artículo 36;
- n. adoptará una estrategia de lucha contra el fraude proporcional al riesgo de fraude, teniendo en cuenta los costes y beneficios de las medidas que vayan a aplicarse;
- o. adoptará normas para la prevención y gestión de conflictos de interés entre sus miembros y entre los miembros de la Sala de Recurso;
- p. adoptará y actualizará periódicamente los planes de comunicación y difusión a que se refiere el artículo 41;
- q. nombrará a un contable, sujeto al Estatuto de los funcionarios y al Régimen aplicable a los otros agentes, que gozará de plena independencia en el ejercicio de sus funciones;
- r. asegurará un seguimiento adecuado de las conclusiones y recomendaciones resultantes de los informes de auditorías y evaluaciones internas o externas, así como de las investigaciones de la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF);
- s. autorizará la celebración de convenios de trabajo, de conformidad con el artículo 43.

En relación con el Consejo de Administración de ACER, el borrador de informe del diputado ponente del Parlamento Europeo propone las siguientes **enmiendas**:

En primer lugar, la enmienda nº 21 propone no suprimir en el artículo 19.8 de la propuesta de nuevo Reglamento el mandato dirigido a los miembros del Consejo de Administración (y actualmente contenido en el artículo 12.7 del Reglamento vigente) de no “pedir ni seguir instrucciones de carácter político”. La Comisión parece considerar que el compromiso general exigido a los miembros del Consejo de Administración de “actuar con independencia y objetividad” comprende de suyo la prohibición de pedir o seguir instrucciones de carácter político (o, en general, instrucciones externas de cualquier orden).

Por otro lado, las enmiendas nº 22 a 24 (en relación con el artículo 20 de la propuesta de nuevo Reglamento) se oponen a que se confieran al Consejo de Administración, en detrimento del Director, las competencias en relación con el personal de la Agencia que el

Estatuto de los funcionarios otorga a la Autoridad facultada para proceder a los nombramientos y que el Régimen aplicable a los otros agentes atribuye a la Autoridad facultada para proceder a las contrataciones.

2.3.3. Consejo de Reguladores. Mayorías y subcomités regionales

Como ya ha sido señalado, **la propuesta de nuevo Reglamento no resta poder al Consejo de Reguladores dentro de la estructura de gobernanza de ACER**, ni modifica sustancialmente su regulación. Tan solo se reforman dos aspectos: las reglas de mayoría para la adopción de acuerdos y, en coherencia con la introducción de un nuevo procedimiento decisorio regional en el seno de ACER (previsto en el nuevo artículo 7 propuesto, vid. supra 2.2.4), se incorpora una referencia expresa a la posible creación de **subcomités regionales** dentro del Consejo de Reguladores a los efectos del mencionado procedimiento decisorio (art. 23.1).

Por lo que se refiere a las nuevas reglas de mayoría, se propone que en lo sucesivo el Consejo de Reguladores adopte sus acuerdos por **mayoría simple** de sus miembros presentes (en lugar de por mayoría de dos tercios), **excepto** en el caso del dictamen que el Consejo de Reguladores debe emitir al Consejo de Administración sobre el candidato a Director (art. 23.5.b), que será adoptado por mayoría de dos tercios (hasta ahora de tres cuartos).

En relación con el Consejo de Reguladores, el borrador de informe del diputado ponente del Parlamento Europeo propone una enmienda en coherencia con las enmiendas contrarias a la introducción de un procedimiento decisorio regional en el seno de ACER (enmiendas nº 10 a 15, vid. supra 2.2.4 *in fine*). Concretamente, la enmienda nº 25 propone la supresión de la referencia a la posible existencia de subcomités regionales en el seno del Consejo de Reguladores.

2.3.4. Director de la Agencia. Selección, rendición de cuentas, mandato y competencias

La propuesta de nuevo Reglamento introduce las siguientes novedades en relación con el Director de ACER:

En primer lugar, se precisa en el artículo 24.2 que el nombramiento del Director debe ir precedido de la convocatoria de un **“procedimiento de selección transparente y abierto”** (hasta ahora se exigía meramente una “convocatoria pública de manifestaciones de interés”).

En segundo lugar, y en coherencia con el reforzamiento de la posición del Consejo de Administración en la estructura de gobernanza de ACER, se establece que el Director **“dará cuenta de sus actividades al Consejo de Administración”** (art. 24.1), y que, a efectos de la celebración del contrato con el Director, “la Agencia estará representada por el Presidente del Consejo de Administración” (art. 24.2). También se explicita que el Director “podrá asistir a las reuniones del Consejo de Reguladores como observador” (art. 24.1).

En tercer lugar, y por lo que se refiere al mandato del Director, se dispone que su **prórroga por una sola vez podrá ser por un máximo de otros cinco años** (actualmente la prórroga del mandato inicial de cinco años solo puede ser por un máximo de tres años), pero se explicita ahora que un director cuyo mandato haya sido prorrogado **“no podrá, al término de dicha prórroga, participar en otro procedimiento de selección para el mismo puesto”** (art. 24.4). Se propone igualmente que en lo sucesivo la **destitución** del Director por decisión del Consejo de Administración solo requiera una **mayoría de dos tercios** de sus miembros y no de tres cuartos como hasta ahora (art. 24.7).

En cuanto a las **competencias** del Director, la propuesta de nuevo Reglamento introduce las siguientes novedades:

Se precisa que el Director “será responsable de ejecutar las decisiones adoptadas por el Consejo de Administración” (art. 25 b).

Se precisa también que la competencia del Director para aprobar y publicar los dictámenes, recomendaciones y decisiones que le corresponden a ACER incluye la “redacción” de tales actos, y que “solo se adoptarán si han recibido el dictamen favorable del Consejo de Reguladores” art. 25 c).

Se atribuye expresamente al Director la competencia de “ejecutar el documento de programación”, pero con la obligación de “informar al Consejo de Administración sobre tal ejecución” (art. 25 f).

Se añade la obligación del Director de “presentar al Consejo de Administración” el informe anual de la Agencia (art. 25 h).

Se atribuye al Director la competencia de preparar “un plan de acción sobre la base de las conclusiones de los informes de auditoría y las evaluaciones internas o externas así como de las investigaciones llevadas a cabo por la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF)”, debiendo “informar dos veces al año a la Comisión y regularmente al Consejo de Administración sobre los progresos realizados” (art. 25 i).

Y finalmente, será también competencia del Director “decidir si es necesario para el desempeño eficiente y eficaz de las tareas de la Agencia establecer uno o más agentes en uno o más Estados miembros. La decisión de establecer una oficina local requerirá el consentimiento previo de la Comisión, del Consejo de Administración y del Estado o Estados miembros de que se trate. Esta decisión especificará el alcance de las actividades que se llevarán a cabo en esa oficina local, evitándose costes innecesarios y duplicación de funciones administrativas de la Agencia” (art. 25 j).

En relación con el Director de ACER, el borrador de informe del diputado ponente del Parlamento Europeo propone las siguientes **enmiendas**:

La enmienda nº 26 propone suprimir la **rendición de cuentas** del Director al Consejo de Administración de la Agencia (art. 24.1). Se justifica en que el Director solo debería rendir cuentas al Parlamento Europeo.

La enmienda nº 28 propone que la decisión sobre si es necesario para el desempeño eficiente y eficaz de las tareas de la Agencia establecer uno o más agentes en uno o más Estados miembros corresponda exclusivamente al Director, sin el consentimiento previo de otros órganos (singularmente, dentro de la Agencia, del Consejo de Administración).

Finalmente, y en coherencia con las enmiendas nº 22 a 24, la enmienda nº 29 propone atribuir expresamente al Director (en lugar de al Consejo de Administración, como propone la Comisión) las **competencias en relación con el personal** de la Agencia que el Estatuto de los funcionarios otorga a la Autoridad facultada para proceder a los nombramientos y que

el Régimen aplicable a los otros agentes atribuye a la Autoridad facultada para proceder a las contrataciones vid supra 2.3.2 *in fine*).

2.3.5. Sala de Recurso. Reglamento interno, presupuesto independiente y alcance de sus poderes de revisión

La propuesta de nuevo Reglamento introduce las siguientes novedades en relación con la Sala de Recurso de ACER:

Se modifica el **proceso de adopción de su reglamento interno**, que en la actualidad no está sometido a la intervención de órganos ajenos a la propia Sala de Recurso. Ahora el artículo 26.3 de la propuesta de nuevo Reglamento prevé que el proyecto de reglamento interno o sus modificaciones sustanciales deberán ser previamente **dictaminados por la Comisión**⁶.

Se refuerza la independencia de la Sala de Recurso al explicitarse que el “presupuesto de la Agencia comprenderá una **línea presupuestaria independiente** para la financiación del funcionamiento del registro de la Sala de Recurso” (art. 26.3 *in fine*). Como señala el preámbulo de la propuesta de nuevo Reglamento, “con el fin de garantizar su funcionamiento y plena independencia, la Sala de Recurso debe disponer de una línea presupuestaria independiente en el presupuesto de la Agencia”.

Se explicita que el mandato de los miembros de la Sala de Recurso **solo será renovable por una vez** (art. 27.1).

En relación con las **decisiones susceptibles de recurso**, el artículo 29.1 de la propuesta de nuevo Reglamento precisa que entre los actos recurribles ante la Sala de Recurso se incluyen también, como es natural, las decisiones dictadas por ACER en virtud, además del propio Reglamento por el que se crea ACER, del Reglamento (UE) n.º 347/2013 (infraestructuras

⁶ “La Sala de Recurso presentará a la Comisión su proyecto de reglamento interno. La Comisión emitirá un dictamen sobre el proyecto de reglamento interno en un plazo de tres meses a partir de la fecha de su recepción. La Sala de Recurso aprobará y publicará su reglamento interno en el plazo de dos meses a partir de la recepción del dictamen de la Comisión. Toda modificación sustancial del reglamento interno deberá ser notificada a la Comisión. La Comisión emitirá ulteriormente un dictamen sobre tales modificaciones”.

energéticas transeuropeas) y del Reglamento (UE) 2015/1222 de la Comisión (**directriz sobre la asignación de capacidad y la gestión de las congestiones**).

Finalmente, y en atención a la complejidad tanto procedimental como de fondo que suelen presentar las decisiones de ACER y por tanto también los recursos contra las mismas, la propuesta de nuevo Reglamento **extiende de dos a cuatro meses el plazo para resolver los recursos** interpuestos ante la Sala de Recurso (art. 29.2).

En relación con la Sala de Recurso, el borrador de informe del diputado ponente del Parlamento Europeo propone una **enmienda** (enmienda nº 30) que **persigue limitar los poderes de revisión de la Sala**. El Reglamento vigente otorga a la Sala de Recurso una competencia de plena jurisdicción, toda vez que puede “ejercer (...) cualquier facultad reconocida a la Agencia o remitir el asunto al órgano competente de la Agencia”, quedando está en tal caso “vinculada por la resolución de la Sala de Recurso” (art. 19.5). Es decir, la Sala de Recurso puede, si concluye que un recurso está fundado, o bien limitarse a anular la decisión impugnada (y devolver el asunto a la Agencia para que esta adopte una nueva decisión que tenga en cuenta la resolución de la Sala de Recurso) o bien adoptar ella misma una nueva decisión en sustitución de la dictada en origen por la Agencia. Pues bien, la enmienda propuesta por el diputado ponente del Parlamento Europeo persigue que se modifique la redacción del artículo 26.5 de la propuesta de nuevo Reglamento de la Comisión con objeto de que la Sala de Recurso no ostente una competencia de plena jurisdicción, es decir, pueda ejercer “cualquier facultad reconocida a la Agencia”, sino solo “confirmar” la decisión recurrida o, en su defecto, remitir (devolver) el asunto al órgano competente de la Agencia para que este adopte una nueva decisión atendiendo a las razones señaladas por la Sala en la resolución del recurso⁷.

En una carta dirigida en agosto de 2017 por el Presidente de la Sala de Recurso de ACER al Presidente del Comité competente del Parlamento Europeo (Comité ITRE), la Sala ha manifestado su rechazo a que se formalice en el Reglamento por el que se crea ACER una

⁷ Sobre el alcance y la intensidad de la revisión de las decisiones adoptadas por las agencias de la UE a cargo de sus respectivas salas de recurso, vid. BOLZONELLO, L., “Independent administrative review within the structure of remedies under the Treaties: the case of the Board of Appeal of the European Chemicals Agency”, *European Public Law*, 22, nº 3 (2016), pp. 565-578.

limitación de sus poderes de revisión, tal y como propone en su borrador de informe el diputado ponente (enmienda nº 30).

Con todo, ello no implica que la Sala de Recurso considere que -aun pudiendo en derecho- deba ejercer en todos los casos de los que conozca una competencia de plena jurisdicción. Así, en su decisión más reciente⁸, en la que la Sala de Recurso desestimó un recurso interpuesto contra una decisión de ACER dictada en aplicación del Reglamento (UE) 2015/1222 de la Comisión (por el que se establece una directriz sobre la asignación de capacidad y la gestión de las congestiones), la propia Sala advierte (párrafo 108) que “en el limitado plazo concedido para resolver sobre la decisión impugnada, y atendidas las complejas cuestiones económicas y técnicas implicadas, no procede que (la Sala) lleve a cabo su propio análisis sobre cuál sea la metodología más correcta para definir una congestión, sino solo controlar si la demandada (es decir, la Agencia) incurrió en un error manifiesto de apreciación. La Sala de Recurso considera, por tanto, que a la Agencia se le ha de reconocer un cierto margen de apreciación de naturaleza metodológica para precisar los requerimientos concretos que permitan apreciar la concurrencia de una situación de congestión estructural”⁹.

2.3.6. Grupos de Trabajo

La propuesta de nuevo Reglamento da carta de naturaleza formal a los **grupos de trabajo** (*working groups*), una figura que de hecho ya existe en el seno de ACER, donde han venido funcionando prácticamente desde la misma creación de la Agencia con un rendimiento muy notable.

En este sentido, el artículo 30 de la propuesta de nuevo Reglamento establece lo siguiente:

⁸ Decisión de 17 de marzo de 2017 (asunto A-001-2017). [http://www.acer.europa.eu/en/The_agency/Organisation/Board_of_Appeal/Decisions/Case%20A-001-2017%20\(consolidated\)%20-%20BoA%20decision.pdf](http://www.acer.europa.eu/en/The_agency/Organisation/Board_of_Appeal/Decisions/Case%20A-001-2017%20(consolidated)%20-%20BoA%20decision.pdf)

⁹ "108. The Board of Appeals considers that in the limited timeframe given to decide on the Contested Decision, and with regard to the complex economic and technical issues involved, it should not carry out its own analysis of the correct methodology to define congestion but control only whether the Defendant made a manifest error of assessment. The Board of Appeal therefore considers that the Agency should be granted a certain margin of appreciation of methodological nature to precise the concrete requirements to be met to assess that there is a situation of structural congestion." Al respecto cfr. WILLIS, P., "Exploring ACER's decision-making powers" (<https://www.twobirds.com/en/news/articles/2017/global/exploring-acers-decision-making-powers>).

1. Cuando las circunstancias así lo justifiquen y, en particular, para asistir al director y al consejo de reguladores sobre aspectos regulatorios, el Consejo de Administración podrá instituir grupos de trabajo.
2. Los grupos de trabajo estarán compuestos por expertos procedentes del personal de la Agencia, de las autoridades nacionales de reglamentación y de la Comisión, según proceda. La Agencia no será responsable de los costes de participación de los expertos procedentes del personal de las autoridades nacionales de reglamentación en los grupos de trabajo de la Agencia.
3. El Consejo de Administración adoptará y publicará un reglamento interno que regule el funcionamiento de los grupos de trabajo.

A este respecto se proponen en el borrador de informe del diputado ponente del Parlamento Europeo tres **enmiendas**. La enmienda nº 31 **objeta que la competencia para instituir grupos de trabajo se residencie en el Consejo de Administración**, un órgano que se considera inapropiado para decidir sobre cuestiones regulatorias. La enmienda nº 32 propone que el personal de la Comisión Europea solo participe en los grupos de trabajo de ACER en calidad de “observadores”. Y, en coherencia con la enmienda nº 31, la enmienda nº 33 objeta que sea el Consejo de Administración quien adopte el reglamento interno que regule el funcionamiento de los grupos de trabajo. En su lugar se propone que sea el Director de la Agencia quien, una vez consultado el Consejo de Reguladores, adopte y publique dicho reglamento interno.

2.3.7. Tasas

El borrador de informe del diputado ponente del Parlamento Europeo dedica sus últimas tres enmiendas (nº 34 a 36) a proponer la **ampliación de las tasas** que se deberán abonar a la ACER. Lo justifica en atención a la infrafinanciación e infradotación de medios personales y materiales que, a su juicio, padece la Agencia.

Asimismo, propone que la Comisión deba consultar a la Agencia antes de fijar el importe de las tasas que se deben abonar a ACER.

2.3.8. Lucha contra el fraude

La reforma propuesta presta especial atención a la **lucha contra el fraude**. A tal efecto, el artículo 37 de la propuesta de nuevo Reglamento dispone lo siguiente:

1. Con el fin de facilitar la lucha contra el fraude, la corrupción y otras actividades ilícitas con arreglo al Reglamento (UE, Euratom) n.º 883/2013, en un plazo de seis meses a partir de la fecha de su entrada en funcionamiento, la Agencia se adherirá al Acuerdo Interinstitucional, de 25 de mayo de 1999, relativo a las investigaciones internas efectuadas por la OLAF, y adoptará las disposiciones oportunas utilizando el modelo que figura en el anexo de dicho Acuerdo.
2. El Tribunal de Cuentas Europeo estará facultado para auditar, tanto sobre el terreno como sobre la base de documentos, a todos los beneficiarios de subvenciones, contratistas y subcontratistas que hayan recibido fondos de la Unión a través de la Agencia.
3. La OLAF podrá realizar investigaciones, incluidos controles e inspecciones sobre el terreno, con el fin de establecer si ha habido fraude, corrupción o cualquier otra actividad contraria a Derecho que afecte a los intereses financieros de la Unión en el marco de una subvención o de un contrato financiados por la Agencia, de conformidad con las disposiciones y procedimientos establecidos en el Reglamento (UE, Euratom) n.º 883/2013 y en el Reglamento (Euratom, CE) n.º 2185/9655.
4. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3, los acuerdos de cooperación con terceros países y organizaciones internacionales, los contratos, los convenios de subvención y las decisiones de subvención de la Agencia contendrán disposiciones que faculten expresamente al Tribunal de Cuentas y a la OLAF a realizar las auditorías e investigaciones contempladas en el presente artículo, con arreglo a sus respectivas competencias.

2.3.9. Transparencia y comunicación

La reforma propuesta dedica también un precepto a regular la transparencia y comunicación de ACER. Por lo que se refiere a esta última, el artículo 41.5 de la propuesta de nuevo Reglamento establece que “la Agencia podrá emprender actividades de **comunicación** por

iniciativa propia dentro del ámbito de sus competencias”. Sin embargo, “la asignación de recursos a las actividades de comunicación no deberá ir en detrimento del ejercicio efectivo de las funciones a que se refieren los artículos 3 a 14. Las actividades de comunicación se llevarán a cabo de conformidad con los planes de comunicación y difusión adoptados por el Consejo de Administración”.

2.3.10. Evaluación del funcionamiento de la Agencia

Finalmente, la propuesta de nuevo Reglamento prevé en su artículo 45 que a más tardar a los **cinco años** desde la entrada en vigor del mismo, y posteriormente cada cinco años, “la Comisión, asistida por un experto externo independiente, llevará a cabo una evaluación del funcionamiento de la Agencia a la luz de sus objetivos, su mandato y sus tareas. La evaluación analizará, en particular, la eventual necesidad de modificar el mandato de la Agencia y las repercusiones financieras de tal modificación”. Si la Comisión considerara que “la continuidad de la Agencia ha dejado de estar justificada con respecto a los objetivos, mandato y tareas que le fueron atribuidos, podrá proponer que se modifique en consecuencia o se derogue el presente Reglamento”. Se dispone que los resultados de la evaluación serán publicados.

3. Recapitulación y valoración de la reforma propuesta

A la vista del contenido de la propuesta de nuevo Reglamento por el que se crea ACER, presentada por la Comisión como parte del llamado “Paquete de Invierno”, y de las enmiendas incluidas en el borrador de informe del diputado ponente del Parlamento Europeo (que aún deben ser deliberadas en el seno del Comité ITRE del Parlamento), cabe concluir que son **seis las grandes claves de la reforma de ACER**, a saber:

3.1. El futuro de ACER: ¿mantenimiento del *statu quo*, evolución del modelo vigente o transformación en un verdadero regulador paneuropeo?

El primer reto de la reforma es decidir sobre el futuro de ACER: ¿qué tipo de agencia se quiere que sea ACER en el futuro: (i) la que es hoy, sin necesidad de avanzar en su configuración;

(ii) una agencia que, aunque siga respondiendo al modelo actual de una agencia de cooperación de reguladores nacionales, incremente sus competencias y responsabilidades; o (iii) un verdadero regulador energético paneuropeo?

Como hemos visto, el consenso dentro de las instituciones de la UE parece inclinarse por la opción segunda o intermedia: mantener el modelo actual de una agencia de cooperación de reguladores nacionales, pero incrementando sus competencias y responsabilidades.

A juicio de la Comisión, en el presente estadio del proceso de construcción del mercado interior de la energía resulta aún conveniente mantener la participación de los reguladores nacionales en el proceso de toma de decisiones de la Agencia, y no sustituir sistemáticamente decisiones de los reguladores nacionales (tomadas por mayoría en el seno del Consejo de Reguladores de ACER) por decisiones propias del Director de la Agencia.

Personalmente me parece una opción acertada, y en torno a la misma parece existir un amplio consenso.

3.2. El modelo organizativo de ACER: adaptación gradual al “enfoque común” sobre las agencias descentralizadas de la UE, acordado entre la Comisión, el Parlamento Europeo y el Consejo

La Comisión propone, en general, que las normas que regulan la ACER se adapten al «enfoque común» sobre las agencias descentralizadas, acordado el 19 de julio de 2012 entre el Parlamento Europeo, el Consejo de la UE y la Comisión Europea. Sin embargo, en la fase actual la Comisión considera que aún se debe conceder a ACER la posibilidad de desviarse en parte del enfoque común, dada la **conveniencia de conservar las características principales de la estructura de gobernanza existente, en particular el Consejo de Reguladores**. Por ello, sin perjuicio de reforzar las atribuciones del Consejo de Administración de ACER en el ámbito organizativo interno o doméstico (en detrimento del Director) de la Agencia), la Comisión estima prematuro transferir competencias decisorias sustantivas de carácter regulatorio al Consejo de Administración (en detrimento, por tanto, del Consejo de Reguladores), como con carácter general preconiza el enfoque común.

No obstante, **la Comisión anuncia que seguirá evaluando en el futuro si siguen estando justificadas estas desviaciones.** La siguiente evaluación se efectuará a los cinco años de la entrada en vigor del nuevo Reglamento y, aparte de los objetivos, mandato y funciones de la Agencia, se anuncia que en ella se analizará particularmente su estructura de gobernanza, incluyendo la posibilidad de un mayor acercamiento de la misma a lo previsto en el “enfoque común” sobre las agencias de la UE.

La opción elegida parece igualmente acertada y en todo caso coherente con la de apostar, aunque reforzada en competencias y responsabilidades, por el mantenimiento del modelo actual de una agencia de cooperación de reguladores nacionales.

3.3. Atribución de nuevas competencias a ACER

La propuesta de nuevo Reglamento no solo actualiza el listado de competencias de ACER para incluir en él las nuevas funciones de supervisión que, con posterioridad a su creación, ya se han venido atribuyendo a ACER en los últimos años (supervisión de los mercados mayoristas de acuerdo con el Reglamento (UE) n.º 1227/2011 –REMIT- y de las infraestructuras energéticas transfronterizas de conformidad con el Reglamento (UE) n.º 347/2013), sino que prevé la **atribución a ACER de nuevas competencias** de las que actualmente carece, fundamentalmente en relación con los códigos de red y directrices, las ANR, los GRT, los nuevos centros operativos regionales, los operadores del mercado de electricidad o en materia de seguridad de suministro (adecuación de la generación y preparación frente a riesgos).

Este incremento de las competencias y responsabilidades de ACER es plenamente coherente con el reforzamiento del marco institucional que en el presente estadio requiere la profundización del mercado interior de la energía.

3.4. Coordinación de las tareas regionales dentro de la Agencia

Una de las **cuestiones controvertidas** de la reforma propuesta se refiere al incremento de las competencias de ACER con el fin de integrar dentro de la Agencia la coordinación de las tareas regionales, lo que, como hemos visto, lleva a la Comisión a proponer la introducción

de un **nuevo procedimiento decisorio regional** para aquellas tareas que afecten solo a un número limitado de reguladores nacionales. Tal y como se ha expuesto, en estos casos el Director debe dar su opinión sobre si la cuestión de que se trate es en primer lugar de ámbito regional. Si el Consejo de Reguladores concluye que ese es el caso, un subcomité regional de dicho Consejo debe preparar la decisión, que posteriormente aprobaría o rechazaría el propio Consejo en pleno. Si el Consejo de Reguladores considerase que la cuestión no es de ámbito regional, decidiría en pleno sin la intervención de un subcomité regional.

Este nuevo procedimiento decisorio regional en el seno de ACER ha sido enmendado en el borrador de informe del diputado ponente del Parlamento Europeo. Contrariamente a lo postulado por la Comisión, se propone que estas cuestiones de ámbito regional sean decididas por las propias ANR, y, en consecuencia, que ACER solo intervenga cuando las condiciones y metodologías de que se trate tengan un impacto real sobre el mercado interior de la energía o, mediante la emisión de la correspondiente recomendación, cuando las propuestas conjuntas de las ANR regionales no se ajusten a la regulación europea vigente o a los códigos de red y directrices aprobados.

A mi juicio, **no existe una divergencia sustancial relevante (sino solo de grado) entre ambas opciones**, pues si bien la Comisión propone integrar formalmente estas decisiones de ámbito regional dentro de ACER, admite que sean preparadas con un carácter determinante (aunque no llegue a ser formalmente vinculante) por un subcomité regional integrado por las ANR afectadas. En este sentido, la propuesta de la Comisión, sin alterar en lo esencial el modelo vigente de una agencia de cooperación de reguladores nacionales, acerca un poco más a ACER al concepto -bien que aún futurible- de un verdadero regulador energético paneuropeo.

3.5. El reparto del poder doméstico dentro de ACER entre el Consejo de Administración y el Director de la Agencia

Otro aspecto controvertido de la reforma –esta vez en clave organizativa interna- es el reparto del poder doméstico dentro de ACER entre el Consejo de Administración y el Director de la Agencia.

Siguiendo la pauta establecida en el “enfoque común” sobre las agencias descentralizadas de la UE, la propuesta de nuevo Reglamento **refuerza la posición organizativa del Consejo de Administración** dentro de la estructura de gobernanza de ACER. Ello no sucede en cuestiones regulatorias, ni por tanto en detrimento de las atribuciones del Consejo de Reguladores, por las razones anteriormente expuestas que justifican que ACER se desvíe aún en algunos puntos de las reglas generales de gobernanza de las agencias de la UE establecidas en el “enfoque común” acordado por las instituciones de la Unión, pero sí a costa de algunas de las actuales competencias domésticas del Director de la Agencia.

En particular, el Consejo de Administración refuerza su posición en relación con materias tales como el nombramiento de funcionarios y la contratación de personal no funcionario, la rendición de cuentas del Director, la decisión sobre la apertura de oficinas locales de ACER en otros Estados miembros o la creación y regulación interna del funcionamiento de los grupos de trabajo.

Estas previsiones han sido enmendadas en el borrador de informe del diputado ponente del Parlamento Europeo, que parece seguir en este punto la opinión del actual Director de la Agencia.

A mi juicio, parece sin embargo coherente que en materia organizativa (no regulatoria) la estructura de gobernanza de ACER se acomode lo más posible al enfoque común sobre las agencias descentralizadas de la UE, acordado por la Comisión, el Parlamento Europeo y el Consejo.

3.6. La Sala de Recurso: independencia, medios y alcance de sus poderes de revisión

Finalmente, la sexta clave de la reforma de ACER es la relativa a su Sala de Recurso.

Existe en principio un amplio consenso sobre la **necesidad de consolidar su posición dentro de la estructura de ACER**, pues se prevé que el incremento de las competencias decisorias de la Agencia provoque un lógico aumento de la litigiosidad en torno a las decisiones de ACER y, por tanto, un incremento de la carga de trabajo que soporta la Sala de Recurso, que -no se olvide- es un órgano sin apenas medios ni recursos (salvo un funcionario

de la propia Agencia que ejerce a tiempo parcial las funciones de secretario de la Sala) y servido por miembros que desempeñan su función con carácter honorífico (es decir, con carácter no permanente y de forma no retribuida).

A tal efecto, la propuesta de nuevo Reglamento refuerza la independencia y los medios de la Sala de Recurso al explicitarse que el presupuesto de la Agencia comprenderá una línea presupuestaria independiente para este órgano, y se extiende de dos a cuatro meses el plazo para resolver los recursos interpuestos ante la Sala, lo que resulta de todo punto imprescindible dada no solo la complejidad técnica de las decisiones que adopta ACER sino también de las garantías del procedimiento con arreglo al que la Sala de Recurso debe adoptar sus propias decisiones.

Sin embargo, el borrador de informe del diputado ponente del Parlamento Europeo propone una enmienda que persigue limitar los poderes de revisión de la Sala). Concretamente, la enmienda propone que la Sala de Recurso deje de ostentar, como en la actualidad, una competencia de plena jurisdicción (lo que comprende la posibilidad de incluso sustituir la decisión de la Agencia impugnada), de tal modo que la Sala de Recurso deba limitarse en el futuro a “confirmar” la decisión recurrida o, en su defecto, a remitir (devolver) el asunto al órgano competente de la Agencia para que sea este quien adopte una nueva decisión atendiendo a las razones señaladas por la Sala en la resolución del recurso.

La **Sala de Recurso ha manifestado su rechazo a esta enmienda**, y ha solicitado al Comité de Industria y Energía del Parlamento Europeo que no la asuma. A mi juicio, coincidente con el de la mayoría de la Sala (de la que formo parte), no es conveniente limitar los poderes de revisión de las decisiones de ACER que la Sala de Recurso ostenta en la actualidad, máxime teniendo en cuenta que la propia Sala ha expresado en sus decisiones su determinación de ejercer su actual competencia de plena jurisdicción en términos prudentes y juiciosos, en particular con respeto al margen de apreciación que, señaladamente en materia metodológica, la propia Sala juzga pertinente reconocer a la Agencia a la hora de adoptar decisiones técnica y económicamente complejas.

FUNSEAM

FUNDACIÓN PARA LA SOSTENIBILIDAD ENERGÉTICA Y AMBIENTAL 2017.