

La influencia del derecho de la Unión Europea: un factor de desarrollo de la regulación de las autoridades sectoriales francesas.

José Sebastián Kurlat Aimar

SUMARIO: Introducción. I. Una totalidad de mecanismos basados en la experticia. A. Un marco jurídico permeable a la corregulación y a la autorregulación. 1) La corregulación a nivel europeo. 2) La autorregulación a nivel europeo. B. Un cuadro europeo blando. 1) Las condiciones de emergencia de la *soft law*. 2) La consolidación de la *soft law*. II. Una totalidad de mecanismos posibilitando una delegación hacia las agencias europeas. A. Un marco europeo permitiendo una delegación a las agencias. 1) Los principios de la jurisprudencia “Meroni”. 2) Las líneas maestras de la creación de las agencias de ejecución y de regulación. B. La creación de las agencias europeas de regulación. 1) Una creación compatible con la noción de servicio de interés general. 2) Una creación necesaria para la coordinación europea de las redes. Conclusión.

Introducción.

01. Jean Marc Sauvé, Vicepresidente del Consejo de Estado francés, no duda en afirmar: “Es entonces a contramano de estas formas ‘espontáneas’ e ‘impuestas’ de normatividad que se desarrolló un ‘Estado regulador’”¹. Resulta fácilmente perceptible que el derecho de la Unión Europea desempeñó un papel fundamental en la instauración de las autoridades de regulación sectoriales francesas en el campo de los servicios públicos en red² favoreciendo la liberalización a través de reglas para lograr condiciones propicias

¹ Coloquio organizado por la Asociación de Consejos de Estado y de jurisdicciones administrativas supremas de la Unión Europea (ACA-Europe), “Le droit de la régulation économique” [“El derecho de la regulación económica”], 16 de junio de 2014, apertura del coloquio de Jean-Marc Sauvé, disponible en <http://www.conseil-etat.fr>.

² El Art. 5º *bis* de la Directiva Nº 97/51 CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 6 de octubre de 1997, JOUE Nº L 295 del 29 de octubre de 1997, p. 23, establece que la autoridad reglamentaria nacional (ARN) debe ser: “[...] jurídicamente distinta y funcionalmente independiente de todos los organismos proveedores de redes, equipamientos o servicios de telecomunicaciones [...] los Estados miembros que conservan la

al desarrollo de la competencia³. ¿En qué medida el derecho de la Unión Europea influyó efectivamente en la arquitectura institucional de las autoridades de regulación en Francia?

02. Para responder a esta pregunta conviene precisar cuáles son las reglas del derecho de la organización de integración acogidas por el derecho francés que permitieron configurar el marco actual de las autoridades regulatorias. Dicho de otra manera, se trata de analizar lo que impone el derecho *supra* nacional y cómo el derecho francés brindó una respuesta satisfactoria a tales imperativos. En este punto, es interesante destacar que Francia se sirvió de la categoría de las autoridades administrativas independientes (AAI), noción preexistente y propia a su sistema jurídico interno.

03. Las instituciones de la Unión restringen las ventajas de que disponen los operadores históricos tradicionales neutralizando las tentativas de dominación del mercado en nombre de una competencia libre y no falseada. En este sentido, podemos considerar que las exigencias europeas condujeron a un cierto cuestionamiento del modelo clásico de intervención de las personas públicas. A fin de precisar la manera de abordar esta problemática, juzgamos pertinente hacer una referencia breve al contexto en el que se inscribe nuestra reflexión.

04. La idea de un “Estado regulador” reenvía al modelo de Estado que sucedió al “Estado de bienestar” del que podemos constatar su declinación. Este último estuvo caracterizado por una intensa intervención pública en la economía, apuntando a cierta cohesión social. El nuevo rol del Estado es, por el contrario, asegurar el equilibrio económico a través de la imposición de las “reglas del juego”. Según Jacques Chevallier, el “Estado regulador” puede ser entendido como “árbitro económico” y como “expresión de un nuevo modelo estatal”⁴. De esta manera, la regulación aparece como una nueva función del Estado contemporáneo tendiente al buen funcionamiento de un sistema organizado.

propiedad o el control de organismos proveyendo las redes y/o servicios de telecomunicaciones garantizan una real separación estructural entre las funciones de reglamentación y las actividades vinculadas a la propiedad o al control”. Comunicación del 20 de octubre de 1995 de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre el rol central y el estado actual de la transposición de la Directiva N° 90/388/CEE en el campo de la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones, COM (95) 113 final del 4 de abril de 1995, pp. 24-25, *JOUE*, N° C 275/2 del 20 de octubre de 1995, p. 10: “[...] la atribución de funciones de reglamentación a una entidad independiente del ministerio concernido (salvo para el control de sus cuentas y de la legalidad de sus decisiones), en el caso en que tal ministerio sea accionario único o dominante del operador, o cuando una participación importante del operador sea detenida por él”. “La filosofía general es que los reguladores deben igualmente ser ‘situados a distancia’ del Gobierno. Sin embargo, el único argumento intelectualmente sólido en este sentido es la propiedad pública, es decir, el hecho de que uno de los operadores (sujeto a regulación) siga en posesión del Estado”. Cfr. Verone, F., “Libéralisation, privatisation et régulation des services publics: état des lieux au sein de l’Union européenne” [Liberalización, privatización y regulación de los servicios públicos: estado de situación en la Unión Europea] en Pauliat, H. (Dir.), *Services publics, concurrence, régulation: le grand bouleversement en Europe?* [Servicios públicos, competencia, regulación: ¿El cambio radical en Europa?], Limoges, PULIM, 2008, p. 43. La independencia de las autoridades reglamentarias nacionales es así la principal preocupación del derecho europeo en este campo.

³ V. Hubrencht, H., *Droit public économique* [Derecho público económico], París, Dalloz, 1997, pp. 177-182.

⁴ V. Chevallier, J., “L’Etat régulateur” [El Estado regulador] en Lombard, M. (Dir.), *Régulation économique et démocratie* [Regulación económica y democracia], París, Dalloz, 2006, p. 30.

05. Asimismo, tal función es ejercida por un tercero que no participa en las actividades reguladas. Esta función devino un verdadero paradigma del rol del Estado⁵ pero ella no implica un abandono absoluto de toda intervención estatal: la regulación se aplica en campos en los que el equilibrio económico no puede lograrse por las solas fuerzas del mercado. La función regulatoria requiere, en efecto, cierta presencia pública en la economía destinada a imponer y hacer respetar ciertas reglas a los operadores de manera permanente y dinámica. Ella implica la indispensable exterioridad del regulador con respecto a los operadores: la regulación se necesita y es posible gracias a esta exterioridad. El campo de acción del regulador se inscribe en una lógica de acción intermedia; entre la filosofía del *laissez-faire*, que concibe el mercado como garante único del equilibrio económico deseado, y la doctrina intervencionista, que reclama una prestación directa de los servicios públicos por las personas públicas. Las autoridades de regulación fueron así erigidas porque la capacidad y experticia de las estructuras administrativas clásicas para responder a estas necesidades fueron cuestionadas.

06. Este proceso dinámico y permanente de regulación requiere la puesta en marcha de mecanismos jurídicos flexibles, aptos para adaptarse a los cambios de circunstancias⁶. El tercero regulador dispone igualmente de competencias contenciosas para resolver diferendos entre los agentes del sector⁷. Es la búsqueda del equilibrio en el funcionamiento del sistema económico la característica de la actividad de los entes reguladores⁸. La institución de las autoridades regulatorias participa de un movimiento de diversificación de los “hogares del derecho”, yendo contra la concepción jurídica clásica que veía en el Estado central la única fuente de normatividad. Según Jacques Chevallier, hemos asistido a la emergencia de una Administración de tipo “policéntrica” a consecuencia de una fragmentación y de una horizontalización de las estructuras administrativas⁹.

⁵ “Aparecido en el siglo XVIII en las ciencias técnicas (máquina de Watt) y, luego, en el siglo XIX en fisiología (Claude Bernard), el concepto conoció, luego de la Segunda Guerra Mundial, una difusión espectacular en las ciencias sociales. Primero, bajo la influencia del desarrollo de la cibernética y, después, en la teoría general de sistemas. La regulación constituye un elemento clave en la teoría general de los sistemas: todo sistema organizado, formado de una totalidad de elementos interdependientes e interactuantes se confronta a factores de desequilibrio e inestabilidad provenientes de su entorno. La regulación trata la totalidad de procesos mediante los cuales los sistemas buscan mantener su ‘estado estacionario’ anulando los efectos de las perturbaciones exteriores”. Cfr. Chevallier, J., “La régulation juridique en question” [La regulación jurídica en cuestión], *Droit et société*, N° 49, 2001, p. 828; del mismo autor, “De quelques usages du concept de régulation” [Sobre algunos usos del concepto de regulación] en Miaille, M. (Dir.), *La régulation entre droit et politique* [La regulación entre derecho y política], París, L’Harmattan, col. Logiques juridiques, 1995, pp. 73-74.

⁶ V. Timsit, G., “Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation” [Los dos cuerpos del derecho. Ensayo sobre la noción de regulación], *RFAP*, N° 78, abril.-junio de 1996, p. 382.

⁷ Cfr. Art. L. 134-19, Código de la Energía (CRE); Art. L. 36-81, Código de los Correos y de las Comunicaciones Electrónicas (ARCEP); Art. L. 2134-2, Código de los Transportes (ARAF).

⁸ V. Frison-Roche, M. A., “Droit économique, concentration capitaliste et marché” [Derecho económico, concentración capitalista y mercado] en Frison-Roche, M. A. et al., *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue? Mélanges en l’honneur de Gérard Farjat* [Filosofía del derecho y derecho económico. ¿Qué diálogo? Estudios en honor de Gérard Farjat], París, Editions Frison-Roche, 1999, p. 401.

⁹ Cfr. Chevallier, J., “Régulation et polycentrisme dans l’administration française” [Regulación y policentrismo en la Administración francesa], *Revue administrative*, N° 301, 1998, p. 43.

07. La creación de las autoridades de regulación independientes francesas se enmarca, pues, en un fenómeno de autonomización del derecho. Su estructura, extraña a una relación jerárquica o de tutela con la Administración central, responde a la exigencia de instancias neutras no solamente de cara al sector objeto de control sino también del resto del aparato administrativo¹⁰. Su composición les permite detentar cierta legitimidad profesional. Un buen conocimiento del sector les es exigido a los miembros de estos órganos tomando distancia de la legitimidad electoral¹¹. En efecto, los funcionarios electos son regularmente vistos como incompetentes para el ejercicio de un control fuertemente técnico. Por el contrario, la legitimidad del regulador reposa sobre el buen conocimiento de los miembros directivos de actividades particularmente complejas¹². Con todo, las autoridades sectoriales no escapan a los mecanismos de salvaguarda del Estado de derecho. Ellas se encuentran plenamente sujetas a los controles jurisdiccionales. A su vez, la creación de las autoridades de regulación sigue siendo una competencia del Estado, quien decide delegarle ciertas atribuciones. Esta evolución, que permitió el pasaje hacia el Estado regulador, fue posible en la transición de la modernidad a la posmodernidad jurídica.

08. En efecto, la regulación devino un verdadero modelo jurídico en un marco mundial globalizado¹³. Para Jean-Bernard Auby, “[...] la globalización torna las diferencias y las analogías entre los sistemas jurídicos, sus ventajas y sus inconvenientes, al mismo tiempo más visibles y más sensibles a los ojos de actores cada vez más numerosos que se encuentran, o pueden encontrarse, inmersos en contextos jurídicos diferentes”¹⁴. Lo que se exige al Estado en tal contexto es establecer reglas del juego claras para un funcionamiento óptimo del mercado. Nicole Decoopman define esta transferencia de competencias estatales hacia las autoridades de regulación como una forma de desreglamentación que marca el desentendimiento del Estado central y una evolución hacia mecanismos más indirectos de intervención pública¹⁵.

09. Como en todos los sistemas jurídicos occidentales, el derecho francés abandonó ciertas huellas características de la modernidad y ha avanzado hacia la llamada posmodernidad¹⁶. La crisis del dirigismo económico se acompañó de un cuestionamiento

¹⁰ V. Epron, Q., “Le statut des autorités de régulation et la séparation des pouvoirs” [El estatus de las autoridades de regulación y la separación de los poderes], *RFDA*, 2011, p. 1007.

¹¹ Código de los Transportes, Arts. L. 2132-1, L. 2132-7 y L. 2132-4 (ARAF); Código de los Correos y de las Comunicaciones Electrónicas, Art. L. 130 (ARCEP); Código de la Energía, Arts. L. 132-2 y L. 132-3 (CRE).

¹² V. Pochard, M., “Autorités administratives indépendantes et contrôle démocratique” [Autoridades administrativas independientes y control democrático], *Cahiers de la fonction publique*, noviembre de 2001, p. 6.

¹³ Arnaud, A. J., “La régulation par le droit en contexte globalisé” [La regulación por el derecho en contexto globalizado] en Commaille, J. y Jobert, B. (Dir.), *Les métamorphoses de la régulation politique* [Las metamorfosis de la regulación política], *Droit et société*, vol. N° 24, París, LGDJ, 1999, p. 148.

¹⁴ Auby, J. B., *La globalisation, le droit et l'Etat* [La globalización, el Derecho y el Estado], París, Montchrestien, 2003, p. 27.

¹⁵ Cfr. Decoopman, N., “A propos des autorités administratives indépendantes et de la déréglementation” [A propósito de las autoridades administrativas independientes y la desreglamentación] en Clam, J. y Martin, G. (Dir.), *Les transformations de la régulation juridique* [Las transformaciones de la regulación jurídica], *Droit et société*, N° 5, París, LGDJ, 1998, p. 249.

¹⁶ Chevallier, J., “Vers un droit postmoderne” [Hacia un derecho posmoderno] en Clam, J. y Martin, G. (Dir.), *Les transformations de la régulation juridique* [Las transformaciones de la regulación jurídica], *Droit et société*, N° 5, París, LGDJ, 1998, p. 21.

de la prestación directa de los servicios públicos sectoriales, percibida como un obstáculo al dinamismo económico, y dio nacimiento a una nueva concepción de la potestad pública como tercero regulador. En efecto, durante el período moderno, el Estado central era visualizado como la fuente exclusiva del derecho. Este monopolio de la producción jurídica fue cuestionado en la posmodernidad. En el terreno específico de la regulación, podemos constatar la existencia de ciertas competencias reglamentarias, materialmente normativas, ejercidas por las autoridades sectoriales¹⁷.

10. La misma constatación podemos efectuarla en lo que concierne a la concepción misma del derecho. El período moderno atestiguaba de un acercamiento abstracto al derecho según el cual las soluciones emanaban de una deducción silogística desde lo general para aplicarlo a lo particular. La estabilidad *cuasi* absoluta del derecho, característica del período moderno, fue matizada por el derecho de la regulación. En este campo, las leyes cumplen cada vez más la función de “textos marco” dejando al regulador cierto margen de maniobra y un poder de apreciación permitiéndole ajustar el derecho general a situaciones concretas y cambiantes¹⁸.

11. El derecho de la regulación analizado muestra otra huella de la posmodernidad, la complejidad, como lo demuestra la existencia de un diálogo entre diversos actores institucionales, privilegiando una lógica de coordinación¹⁹.

12. Otra impronta de la posmodernidad se verifica en la participación de los destinatarios de las normas a su elaboración. Las consultas públicas constituyen a este respecto un mecanismo adecuado para dotar de legitimidad la decisión del regulador²⁰. La presunción prácticamente absoluta de legitimidad de las normas durante el período moderno fue abandonada en la actualidad hacia modos de participación e, incluso, de negociación²¹.

13. El derecho de la regulación se caracteriza igualmente por la existencia de mecanismos de “derecho blando” o de *soft law*²². Algunos actos emitidos por las autoridades sectoriales no son prescriptivos. Se trata de recomendaciones destinadas a los actores sectoriales

¹⁷ Código de los Transportes, Art. L. 2131-7 (ARAF); Código de los Correos y de las Comunicaciones Electrónicas, Art. L. 36-6 (ARCEP); Código de la Energía, Art. L. 134-1 (CRE).

¹⁸ Por ejemplo, cuando son competentes para imponer sanciones: Art. L. 2135-7, Código de los Transportes (ARAF); Art. L. 36-11 del Código de los Correos y de las Comunicaciones Electrónicas (ARCEP).

¹⁹ Según el Art. L. 2131-2 del Código de los Transportes, la ARAF emite un informe al Gobierno y al Parlamento. En el sector de las comunicaciones electrónicas y de los correos, según el Art. L. 135 del Código de los Correos y de las Comunicaciones Electrónicas, la ARCEP debe establecer anualmente y antes del 30 de junio un informe al Gobierno, al Parlamento y a la Comisión Superior del Servicio Público de Correos y Comunicaciones Electrónicas. Según el Art. L. 134-14 del Código de la Energía, el Presidente de la CRE: “[...] rinde cuenta de las actividades de la Comisión ante las comisiones permanentes del Parlamento competentes en materia de energía a su pedido”.

²⁰ Art. L. 32-1 III, Código de los Correos y de las Comunicaciones Electrónicas (ARCEP); Art. L. 2131-3, Código de los Transportes (ARAF); Art. L. 134-18, Código de la Energía (CRE).

²¹ V. Habermas, J., *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*, Valladolid, Trotta 2000, p. 172.

²² C.É., *Etude annuelle 2013 du Conseil d'Etat – Le droit souple* [Estudio anual 2013 del Consejo de Estado – El derecho blando], París, La documentation française, 2013, p. 8.

con vistas a alcanzar ciertos objetivos. Estas “normas blandas” contrastan con la concepción moderna del derecho que lo concebía únicamente como un orden de coacción²³.

14. En definitiva, los reguladores franceses fueron erigidos como estructuras administrativas independientes capaces de satisfacer el encuadramiento de ciertas actividades gracias a su experticia técnica²⁴. Este proceso fue facilitado por el derecho de la Unión Europea gracias a mecanismos jurídicos basados en la experticia (I) y en la delegación (II).

I. Una totalidad de mecanismos basados en la experticia.

15. El derecho de la Unión Europea presenta un marco jurídico blando (B) favorable a la corregulación y a la autorregulación (A).

A. Un marco jurídico permeable a la corregulación y a la autorregulación.

16. El acuerdo “Sobre la mejora de la legislación” concluido en diciembre de 2003 por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión y la Comisión Europea, prevé: “[...] las instituciones comunitarias reconocen la utilidad de recurrir, en los casos apropiados, cuando el Tratado no impone específicamente el recurso a un instrumento jurídico, a mecanismos de regulación alternativos [...] Ellos deben asegurar una regulación rápida y flexible que no afecte los principios de competencia ni la unidad del mercado interior”²⁵. La corregulación es uno de esos mecanismos. Según el Comité Económico y Social Europeo, la misma es puesta en práctica “[...] cuando el legislador europeo se centra en la definición de las exigencias esenciales dejando a asociaciones o comités de normalización las precisiones y especializaciones técnicas”²⁶. Este dispositivo se distingue de la autorregulación que se manifiesta cuando “[...] las profesiones o las asociaciones fijan, sin intervención *a priori* y sin invitación particular del legislador europeo, ciertas reglas de conducta en el seno del mercado único”²⁷.

17. Estos procesos consagrados por el derecho de la Unión que son la autorregulación (2) y la corregulación (1) ameritan un desarrollo pormenorizado.

²³ V. Kelsen, H., “Qu’est-ce que la théorie pure du droit” [¿Qué es la teoría pura del Derecho?], *Droit et société*, N° 22, 1992, p. 553.

²⁴ V. Lombard, M., “Institutions de régulation économique et démocratie politique” [Instituciones de regulación económica y democracia política], *AJDA*, 2005, p. 540.

²⁵ Cfr. Acuerdo Interinstitucional “Sobre la mejora de la legislación”, del 16 de diciembre de 2003, concluido entre el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, *JOUE* C321/1 del 31 de diciembre de 2003, pto. n° 16 y 17. V. Fenoulhet, T. R., “La co-régulation: une piste pour la régulation de la société de l’information?” [La corregulación: ¿una pista para la regulación de la sociedad de la información?], *LPA*, 21 de febrero de 2002, N° 38, p. 9.

²⁶ Cfr. Comité Económico y Social Europeo, Observatorio del Mercado Único (OMU), *L’état actuel de la corégulation et de l’autorégulation dans le marché unique* [El estado actual de la corregulación y de la autorregulación en el mercado único], Les cahiers du CESE, Bruselas, Observatoire du marché unique, 2005, p. 8.

²⁷ *Ibidem*. La corregulación favorece la participación de la sociedad civil, de las personas públicas, de las empresas y de los consumidores. En materia eléctrica y gasífera la Comisión logró instalar “[...] una flexibilidad más grande en la manera de aplicar las reglas en este campo” con la finalidad de “[...] reforzar la confianza que influye en las decisiones políticas en base a expertos”. Cfr. Comisión Europea, *Gouvernance européenne – Un livre blanc* [Gobernanza europea – Un libro blanco], COM (2001), 428 final, 25 de julio de 2001, p. 5.

1) La corregulación a nivel europeo.

18. En 1998 y en 1999 fueron reunidos los *fóruns* de la energía en Florencia y en Madrid con el objeto de realizar una armonización técnica y para proponer algunas decisiones en los campos de la electricidad y el gas²⁸. El *fórum* de Florencia apuntó a la creación de un verdadero mercado interior de la electricidad. Partiendo de la constatación del hecho de que la Comisión Europea no estaba en situación de establecer reglas de armonización más detalladas que las presentes en las directivas se decidió la creación de un espacio de cooperación²⁹. Los temas abordados versaban particularmente sobre la armonización de las tarifas, la compensación entre los gestores de las redes de transporte, la atribución de las capacidades de transporte, la gestión de las congestiones y los intercambios transfronterizos³⁰. El 26 de junio de 2003 la Comisión adoptó un reglamento relativo a las operaciones transfronterizas de electricidad permitiéndole tomar nuevas medidas reglamentarias. Ella instauró dos comités encargados de tratar los temas abordados en el *fórum* de Florencia³¹. El 9 de julio de 2003 fue también impulsada una tarificación de operaciones transfronterizas de electricidad rechazando la tarificación en función de la distancia³².

²⁸ V. *Institut Montaigne*, “Régulation: ce que Bruxelles doit vraiment faire” [Regulación: lo que Bruselas debe verdaderamente hacer], junio de 2004, p. 128; disponible en <http://www.institutmontaigne.org>.

²⁹ V. Fórum Europeo de la Electricidad, *Minutes of the first meeting of the European Electricity Regulatory Forum* [Extracto del primer encuentro del Fórum Europeo de la Regulación Eléctrica], Florencia, 1998, p. 1, http://ec.europa.eu/energy/gas_electricity/electricity/forum_electricity_florence_en.htm.

³⁰ V. Bonnet, J. Ph., “La régulation du système électrique européen: le ‘processus de Florencia’” [La regulación del sistema eléctrico europeo: el “proceso de Florencia”], *Energie & matières premières*, N° 12 (2000), p. 1; Fórum Europeo de la Electricidad, *Conclusions of the Twelfth meeting of the European electricity regulatory forum* [Conclusiones del 12^{mo} encuentro del Fórum Europeo de la Regulación Eléctrica], Florencia, 2005; disponible en http://ec.europa.eu/energy/gas_electricity/electricity/forum_electricity_florence_en.htm.

³¹ Reglamento CE N° 1228/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo del 26 de junio de 2003 sobre las condiciones de acceso a la red para el comercio transfronterizo de electricidad, *JOUE*, L. 176/1 del 15 de julio de 2003, Art. 13. En la exposición de motivos de la proposición de reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las condiciones de acceso a las redes para el comercio transfronterizo de electricidad, COM (2001), 125 final del 13 de marzo de 2001, *JOCE*, C 240 E del 28 de agosto de 2001, la Comisión declara: “[...] para realizar progresos decisivos [...] conviene, de ahora en más, adoptar un instrumento legislativo que permita un proceso de decisión claro completando los resultados obtenidos en el *fórum*”.

³² La tarificación de las operaciones transfronterizas de electricidad implicaba un aumento de la tasa de acceso de 0,5 euros Mw/h. Los reguladores holandés, belga y francés pusieron en marcha un *market coupling* a fin de reagrupar los compradores de electricidad y unificar los flujos internacionales de electricidad a nivel europeo: EuroPEX. La asociación de compradores reagrupados de electricidad no asimiló bien que el *market coupling* no respondía a la agenda de corto plazo del *fórum* de Florencia. V. “Global Assesment on the Results of the 1st Series of Mini Forums on Congestion Management and Potential Impacts on the Draft Guidelines” [Evaluación global de los resultados de la 1^{ra} serie de mini *fóruns* sobre la gestión de congestiones y los impactos potenciales sobre los proyectos de directivas], <http://www.energy-regulators.eu/portal/page/portal>, ERGEG, Working Paper, 2 de marzo de 2005, 9 pp.; decisión de la Comisión del 9 de noviembre de 2006 modificando el anexo del reglamento CE N° 1228/2003 concerniente a las condiciones de acceso a la red para el comercio transfronterizo de electricidad, *JOUE* N° L. 312 del 11 de noviembre de 2006, p. 59.

19. El *fórum* de Madrid se reúne desde 1999 con el propósito de concluir acuerdos entre los partidarios de la apertura al mercado del gas, particularmente en lo que concierne a sus aspectos técnicos. Siguiendo esta lógica, en marzo de 2005 fueron adoptadas las líneas directrices que proponen las buenas prácticas en materia de acceso de terceros a las instalaciones de almacenamiento³³ de conformidad con los términos de la Directiva N° 2003/55/CE del 26 de junio de 2003³⁴.

20. En el campo postal, compuesta de cuarenta y seis miembros, el Comité Europeo de Reglamentación Postal (CERP) tiene por objeto “[...] examinar las cuestiones reglamentarias en materia postal en un contexto europeo, teniendo en cuenta los cambios de límites entre los aspectos de reglamentación y de explotación que intervinieron en este campo [y también] evaluar la influencia de las políticas internacionales de regulación en la totalidad de países de la CERP y establecer los contactos necesarios con la Unión Europea para todas las cuestiones de reglamentación postal, buscando el desarrollo de un acercamiento común *vis-à-vis* de estas cuestiones”³⁵.

21. Por otra parte, dos grupos consultivos fueron creados en 2002 por la Comisión Europea en materia de comunicaciones electrónicas: uno agrupando los reguladores nacionales y, el otro, agrupando expertos representando los Estados miembros. Esta iniciativa tenía por objeto satisfacer las exigencias de la “directiva-marco” del 7 de marzo de 2002³⁶,

³³ La instalación de almacenamiento es definida en la Directiva N° 2003/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 26 de junio de 2003 concerniente a las reglas comunes para el mercado interior del gas natural y derogando la Directiva N° 98/30/CE, *JOUE* N° L. 176 del 15 de julio de 2003, p. 57. Art. 2°, pto. 9: “Una instalación utilizada para el almacenamiento de gas natural y detenida y/o explotada por una empresa de gas natural incluyendo la parte de las instalaciones de GNL utilizadas para el almacenamiento pero excluyendo la parte utilizada para las actividades de producción y las instalaciones exclusivamente reservadas a los gestores de la red de transporte en cumplimiento de sus tareas”.

³⁴ V. Sarlat, G., “Faut-il un régulateur européen?” [¿Hace falta un regulador europeo?], *La lettre de confrontations Europe*, N° 51, 2001, p. 31; Hansen, J. P., “La construction d’une culture européenne de régulation faisant l’économie de l’articulation entre régulations hétérogènes” [La construcción de una cultura europea de regulación economizando la articulación entre regulaciones heterogéneas] en Frison-Roche, M. A. (Dir.), *Les régulations économiques: légitimité et efficacité* [Las regulaciones económicas: legitimidad y eficacia], vol. 1, París, Presses de Sciences Po y Dalloz, 2004, p. 177; Stoffaës, Ch. (Dir.), *Vers une régulation européenne de réseaux* [Hacia una regulación europea de las redes], informe del grupo de reflexión a la Ministra Delegada de Asuntos Europeos, París, *La Documentation française*, 2003, p. 38.

³⁵ Reglamento Interior del Comité Europeo de Reglamentación Postal (CERP), versión del 2 de junio de 2005, preámbulo; disponible en <http://www.cept.org/files/1049/documents/CERP%20Internal%20Regulations%20-%202005%20-%20Fr.pdf>.

³⁶ La Comisión enunciaba en la Directiva “marco” N° 2002/21/CE del 7 de marzo de 2002, *JOUE* L. 108 del 24 de abril de 2002: “La Comisión ha anunciado su intención de instituir un grupo europeo de autoridades reglamentarias para las redes y servicios de comunicaciones electrónicas que constituiría un mecanismo apropiado para alentar la cooperación y la coordinación entre las autoridades nacionales a fin de promover el desarrollo del mercado interior para las redes y servicios de las comunicaciones electrónicas y tender hacia la aplicación coherente en todos los Estados miembros de las disposiciones enunciadas en la presente directiva y en las directivas particulares [...] Las autoridades reglamentarias nacionales deberían ser invitadas a cooperar entre ellas y con la Comisión de manera transparente para asegurar una aplicación coherente, en todos los Estados miembros, de los dispositivos enunciados en la presente directiva y en las directivas particulares. Esta cooperación podría tener lugar particularmente en el seno del Comité de las Comunicaciones o del grupo europeo de autoridades reglamentarias”. Cfr. cons. n° 36.

cuyo Artículo 7º prevé: “[...] las autoridades de regulación nacionales cooperan entre ellas y con la Comisión de manera transparente a fin de permitir una aplicación armónica de las nuevas directivas y consultas en materia de proyectos de decisiones imponiendo obligaciones a los operadores detentando un poder sobre el mercado y teniendo incidencia en el comercio entre los Estados miembros”.

22. El Parlamento Europeo interpretó esta posición de la Comisión como reconociendo un rol a las autoridades reglamentarias europeas en los campos eléctrico y gasífero³⁷. La Comisión Europea intentó, por su parte, desarrollar la colaboración existente³⁸, como lo muestran las opciones encaradas con miras a reforzar el marco jurídico en la materia³⁹. A su vez, se mostró favorable a la opción ERGEG+ (agrupamiento europeo de los reguladores nacionales) juzgando apropiado el establecimiento de una Agencia Europea de Cooperación de los Reguladores de Energía⁴⁰. Asimismo, el Artículo 7º de la Directiva N° 2004/67/CE⁴¹ prevé un grupo de coordinación para el gas que se encarga particularmente de coordinar la seguridad del aprovisionamiento y se compone de representantes del sector y de los Estados miembros y es presidido por la Comisión Europea⁴². Sin embargo, la competencia en materia de seguridad del aprovisionamiento pertenece a los Estados miembros. Así, el Grupo de Reguladores Europeos en los Sectores Energéticos (ERGEG), que agrupa las autoridades de regulación nacionales, no coordina de oficio las políticas de seguridad del aprovisionamiento.

³⁷ V. Mombaur, M., *Rapport sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité* [Informe sobre la proposición de reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo concerniente a las condiciones de acceso a las redes para los intercambios transfronterizos de electricidad] [COM (2001) 125 – C5-0185/2001 – 2001/0078 (COD)].

³⁸ V. Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Bruselas, 23 y 24 de marzo de 2006, 7775/06, pto. 14 y pp. 31-32, disponible en http://www.senat.fr/europe/bruxelles_mars2006.pdf.

³⁹ La primera opción supone una evolución en la red europea de los reguladores independientes (ERGEG) para desarrollar la cooperación entre los reguladores nacionales e imponiendo a los Estados miembros otorgar a los reguladores nacionales un objetivo comunitario introduciendo un mecanismo que permita a la Comisión revisar ciertas decisiones de los reguladores nacionales que tengan repercusiones en el mercado interior de la energía. La segunda opción implica reforzar la red europea de reguladores independientes. En este sistema, el rol del grupo ERGEG sería formalizado y se confiaría a este órgano la misión de tomar decisiones coactivas para los reguladores y los actores del mercado versando sobre los puntos técnicos y mecanismos bien definidos concernientes a los aspectos transfronterizos. V. Comunicación de la Comisión al Consejo Europeo y al Parlamento Europeo, “Une politique d'énergie pour l'Europe” [Una política de Energía para Europa], COM (2007), 1 final, 10 de enero de 2007 [no publicada en el *JOUE*], p. 9.

⁴⁰ La tercera opción sería la institución de un órgano único comunitario “[...] encargado de adoptar decisiones individuales para el mercado de gas y de electricidad en la Unión Europea relativas a los aspectos reglamentarios y técnicos a tomar en cuenta para permitir el funcionamiento efectivo del comercio transfronterizo”. V. Comunicación de la Comisión al Consejo Europeo y al Parlamento Europeo, “Une politique de l'énergie pour l'Europe” [Una política de energía para Europa], precitada, *ibidem*.

⁴¹ Directiva N° 2004/67/CE del Consejo del 26 de abril de 2004 concerniente a medidas tendientes a garantizar la seguridad del aprovisionamiento del gas natural, *JOUE* N° L. 127 del 29 de abril de 2004, p. 92.

⁴² Él no tiene estatus de comité perteneciente a la comitología europea. V. Art. 7º § 2 de la Directiva N° 2004/67/CE del Consejo del 26 de abril de 2004 precitada.

23. La Comisión incitó la cooperación entre las autoridades de regulación. La Directiva Nº 2001/14/CE, del 26 de febrero de 2001, sobre las infraestructuras ferroviarias apuntó a que “[...] los organismos de control nacionales intercambien informaciones sobre sus trabajos y sus principios y prácticas decisorias a fin de coordinar los principios decisorios en la totalidad de la Comunidad, con la asistencia de la Comisión”⁴³. Un grupo de coordinación compuesto de diversos organismos⁴⁴ fue también erigido por la Comisión para las cuestiones relativas a la evaluación de la conformidad⁴⁵. Estas asociaciones agrupando las autoridades nacionales de regulación constituyen un sitio propicio a la discusión⁴⁶, una suerte de “emulación regulatoria”⁴⁷.

24. En el terreno de las telecomunicaciones, las radiofrecuencias son atribuidas en Europa por la Conferencia Europea de Administraciones de Correos y Telecomunicaciones (CEPT) con la participación de la Unión Internacional de las Telecomunicaciones⁴⁸. Un Comité del Espectro Radioeléctrico compuesto de representantes de los Estados miembros y presidido por un representante de la Comisión colabora con la misma⁴⁹. Por otra parte,

⁴³ Art. 31 de la Directiva Nº 2001/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 26 de febrero de 2001 concerniente a la repartición de capacidades de infraestructura ferroviaria y a la certificación en materia de seguridad, *JOUE* Nº L. 75 del 15 de marzo de 2001, p. 29.

⁴⁴ El término “organismo notificado” se aplica a los organismos que evalúan la conformidad o la aptitud al empleo de las construcciones de interoperabilidad o a los que imponen el procedimiento de verificación “CE” de los subsistemas según el Art. 2º, i) de la Directiva Nº 96/48 del Consejo del 23 de julio de 1996 relativa a la interoperabilidad del sistema ferroviario transeuropeo a gran velocidad, *JOUE* Nº L. 235 del 17 de septiembre de 1996, p. 6.

⁴⁵ Pto. 15 modificando el Art. 20, Directiva Nº 2004/50/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 29 de abril de 2004 modificando la Directiva Nº 96/48/CE del Consejo relativa a la interoperabilidad del sistema ferroviario transeuropeo de gran velocidad y la Directiva Nº 2001/16/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la interoperabilidad del sistema ferroviario transeuropeo convencional, *JOUE* Nº L. 164 del 30 de abril de 2004, recapitulativo *JOUE* L. 220 del 21 de junio 2004.

⁴⁶ Cfr. Larouche, P. y De Visser, M., “The triangular between the Commission, the NRA and national Courts revisited” [La triangulación entre la Comisión, los NRA y las cortes nacionales revisitada], *Communications and Strategies*, Nº 64, 2004, p. 133. La emulación por intercambios de buenas prácticas tiene la ventaja de otorgar ciertas experiencias a los reguladores nacionales que tendrían menos posibilidades de cometer los mismos errores. Por otra parte, estas asociaciones valorizan el marco europeo y sus decisiones son tomadas más cerca de los ciudadanos (proximidad).

⁴⁷ V. Larouche, P. y de Visser, M., “The triangular between the commission, the NRA’s and National Courts revisited” [La triangulación entre la Comisión, los NRA y las cortes nacionales revisitada], *op. cit.*, p. 134.

⁴⁸ La CEPT se compone de los reguladores postales (CERP) y del Comité de Comunicaciones Electrónicas (ECC). El ECC, cuyas decisiones son coactivas para los países miembros, define la planificación y la armonización de la utilización del espectro radioeléctrico. Las afectaciones decididas en el seno de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) y de la Conferencia Europea de Administraciones de Correos y Telecomunicaciones (CEPT) son atribuidas por las autoridades nacionales.

⁴⁹ El Comité examina las propuestas de la Comisión sobre las medidas técnicas de aplicación a fin de armonizar las condiciones concernientes la disponibilidad y la utilización de las frecuencias. V. Arts. 3º y 4º de la Decisión “espectro radioeléctrico” Nº 676/2002/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 7 de marzo 2002 relativa a un marco reglamentario para la política en materia de espectro radioeléctrico en la Comunidad Europea, *JOUE*, L. 108 del 24 de abril de 2002.

un grupo especializado sobre el espectro radioeléctrico asiste a la Comisión sobre ciertos puntos concernientes a las políticas en este campo⁵⁰.

25. Estas prácticas de corregulación se completan con una autorregulación a nivel europeo.

2) La autorregulación a nivel europeo.

26. Según el Profesor Gérard Marcou, la autorregulación “[...] no puede ser asimilada a una función de potestad pública [...] pues la autorregulación no resulta sino de un acuerdo, más o menos formalizado y voluntario, entre las empresas sobre ciertas prácticas o reglas de conducta”⁵¹. Para él la autorregulación no es un modo de regulación⁵²: la misma significa que se confía en organizaciones privadas del tipo asociaciones profesionales la tarea de determinar las reglas a las que los actores de determinada industria deberán sujetarse⁵³. ¿Qué ocurre a escala europea?

⁵⁰ Asiste particularmente en materia de armonización y de atribución de frecuencias, de otorgamiento de derechos de utilización, etc. V. Decisión N° 2002/622/CE de la Comisión del 26 de julio de 2002 instituyendo un grupo para la política en materia de espectro radioeléctrico, *JOUE*, L. 198 del 24 de julio de 2002. Este grupo se compone de un experto gubernamental para cada Estado miembro y de un representante de la Comisión. La atribución de radiofrecuencias implica la intervención de organismos internacionales, de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) y de la Conferencia Europea de Correos y Telecomunicaciones (CEPT). La Unión Europea interviene de manera reducida concentrándose en “[...] tender a que los Estados miembros tornen aplicables de manera apropiada ciertas decisiones de la CEPT y estableciendo un [...] marco de orientación relativo a la utilización del espectro radioeléctrico” considerando “[...] los aspectos económicos, culturales, científicos y sociales de las políticas comunitarias y las consideraciones de seguridad de interés público y de libertad de expresión”. Cfr. primer considerando de la Decisión N° 676/2002/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 7 de marzo de 2002 relativa a un marco reglamentario para la política en materia de espectro radioeléctrico en la Comunidad Europea, precitada.

⁵¹ Cfr. Marcou, G., “Régulation et service public. Les enseignements du droit comparé” [Regulación y servicio público. Las enseñanzas del derecho comparado] en Marcou, G. y Moderne, F., *Droit de la régulation, service public et intégration régionale* [Derecho de la regulación, servicio público e integración regional], T. I, París, L’Harmattan, col. Logiques juridiques, 2005, p. 36.

⁵² “[...] no podemos considerar la ‘autorregulación’ como un modo de regulación. En primer lugar, el acuerdo entre las empresas no puede sobrepasar la antinomia entre la lógica competencial del mercado y los diversos objetivos y valores no económicos. Por otra parte, la misma no puede proveer la compensación de los costos correspondientes. A su vez, no hay que olvidar que los acuerdos son en principio excluidos por el derecho comunitario y que el límite entre el acuerdo prohibido y el permitido no es fácil de trazar”. Cfr. Marcou, G., “La notion juridique de régulation” [La noción jurídica de regulación], *AJDA*, 2006, p. 349.

⁵³ Cfr. Gabaix, X.; Landier, A. y Thesman, D., *La protection du consommateur: rationalité limitée et régulation* [La protección del consumidor: racionalidad limitada y regulación], París, La documentation française, 2012, p. 24. V. también Moderne, F., “Les usages de la notion de ‘régulation’ dans le droit positif et la doctrine juridique des Etats de l’Union européenne” [Los usos de la noción de “regulación” en el derecho positivo y en la doctrina de los Estados de la Unión Europea] en Marcou, G. y Moderne, F., *Droit de la régulation, service public et intégration régionale* [Derecho de la regulación, servicio público e integración regional], T. I, *op. cit.*, p. 76. Según Bertrand du Marais, “[...] la autorregulación consiste en la elaboración y el respeto, por los actores mismos, de ciertas reglas que ellos formularon (bajo la forma, por ejemplo, de códigos de buena conducta o de buenas prácticas)”. Cfr. Du Marais, B., *Droit public de la régulation économique* [Derecho público de la regulación económica], París, Presses de Sciences-Po y Dalloz, 2004, p. 488.

27. El agrupamiento de la Unión Internacional de Productores y Distribuidores de Energía Eléctrica (UNIPED) dio nacimiento a la asociación de operadores *Euroelectric* en vistas de promover un mercado de la energía a nivel europeo⁵⁴. Dado que más de un tercio de la energía producida es de origen nuclear⁵⁵, la Asociación Europea de Productores de Energía Nuclear (FORATOM) ha instituido un grupo de trabajo sobre la gestión de la calidad [*Quality Management*] calificado de “grupo de trabajo de excelencia en los negocios” [*Business Excellence Working Group*], teniendo por objeto intercambiar buenas prácticas y consideraciones técnicas en materia de calidad. Asimismo, la organización *Eurogas* agrupa treinta operadores europeos de producción y distribución de gas⁵⁶ pertenecientes a veintiún Estados⁵⁷. En este marco, los operadores exponen sus puntos de vista a propósito de la seguridad del aprovisionamiento, de la escasez de las fuentes de abastecimiento e, inclusive, de las redes de transporte⁵⁸.

28. En el campo de las comunicaciones electrónicas, la Comisión Europea escucha a los operadores permanentemente a fin de conciliar las necesidades de los consumidores con los intereses industriales y financieros. En materia de Telecomunicaciones, los antiguos monopolios crearon la asociación *European Telecommunications Network Operators* [Red Europea de Operadores de Telecomunicaciones] compuesta de cuarenta operadores⁵⁹.

⁵⁴ V. *Euroelectric*, rapport annuel [informe anual] 2004, disponible en <http://www.euroelectric.org/publications>, p. 47.

⁵⁵ Más de un tercio de la producción en la Unión Europea según la Comisión. V. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, “Rapport sur l’état d’avancement de la création du marché intérieur du gaz et d’électricité” [Informe sobre el estado del avance de la creación del mercado interior del gas y de la electricidad], COM (2005) 568 final, 15 de noviembre de 2005, p. 16.

⁵⁶ *Eurogas* se inserta parcialmente en el seno de la Unión Europea pues ciertos Estados miembros no son representados por este agrupamiento (Malta, Chipre, Luxemburgo y Eslovenia).

⁵⁷ La organización trabaja con la asociación *Marcogaz* representando la industria del gas natural sobre los aspectos de normalización y con el Grupo Europeo de Investigaciones Gasíferas (GERG) encargado de estudios científicos.

⁵⁸ “El Libro Verde de la Comisión sobre la seguridad de aprovisionamiento energético de 2000 puso en evidencia la debilidad estructural del aprovisionamiento energético de la UE e impuso precauciones sobre un nuevo aumento de la dependencia *vis-à-vis* de las importaciones. Se trata de un problema particularmente preocupante en el caso del gas [...] En esta materia, la mundialización del mercado y, por consiguiente, la diversificación de importaciones serán más difíciles de realizar. En la hora actual, casi todas las importaciones de gas en la Unión Europea provienen solamente de tres países (Rusia, Noruega y Argelia). Dada la baja en las reservas locales de gas y la perspectiva de un aumento sensible del consumo mundial, resulta necesario sobrepasar la fuerte dependencia actual de cara a un pequeño número de proveedores, particularmente maximizando la utilización de todos los recursos energéticos europeos locales, por ejemplo, recuperando activamente petróleo en el Mar del Norte”. Cfr. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, “Rapport sur l’état d’avancement de la création du marché intérieur du gaz et de l’électricité” [Informe sobre el estado del avance de la creación del mercado interior del gas y de la electricidad], COM (2005), *op. cit.*, p. 15.

⁵⁹ Bélgica, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Gran Bretaña, Croacia (2 operadores), República Checa, Chipre, Alemania, Irlanda, Estonia, Finlandia (2 compañías), Luxemburgo, Francia (2 operadores: *France Telecom* y *TDF*), Hungría (2 operadores), Países Bajos, Lituania, Macedonia, Malta, Polonia (2 operadores de los cuales uno es filial de *France Télécom*), España (2 operadores), Grecia, Portugal, Rumania (2 operadores), Islandia, Eslovaquia, Suiza, Dinamarca, Italia, Austria, Eslovenia, Noruega, Turquía y el operador *fino-sueco*.

En 1998, la ECTA (*European Competitive Telecommunication Association*) [Asociación Europea de la Telecomunicación Competitiva] fue creada. La misma se compone de 150 miembros especializados, *i.e.* operadores de comunicaciones fijas o móviles, proveedores de acceso a Internet, asociaciones nacionales⁶⁰. Para el sector postal, PostEurop forma parte de la Unión Postal Universal que, creada en 1874, se compone de miembros provenientes de cuarenta y cinco países. En materia de transportes ferroviarios, la CER (*Community of European Railway and Infrastructure Companies*) [Comunidad Europea de Empresas de Ferrocarriles e Infraestructuras] agrupa los operadores de cincuenta y tres empresas situadas en Estados de la Unión Europea, de países candidatos y de países vecinos.

29. La asociación que congrega los gestores de infraestructura eléctrica *European Transmission System Operators* (ETSO) [Operadores del Sistema Europeo de Transmisión]⁶¹ fue instaurada en 1999⁶². La misma negocia las interconexiones transfronterizas, establece mecanismos de información entre los gestores de las redes e interviene como interlocutor de las instituciones de la Unión en el *fórum* de Florencia⁶³. La asociación *Gas Infrastructure Europe* (GIE) fue instituida en marzo de 2005 en calidad de representante de los gestores de las redes de gas natural en Europa congregando cincuenta miembros pertenecientes a veintisiete países⁶⁴.

30. En el sector ferroviario, las autoridades nacionales encargadas de la gestión de las infraestructuras ferroviarias⁶⁵ fueron aglomeradas en el seno de la Asociación Europea de los Gestores de Infraestructuras Ferroviarias (EIM), cuyo objeto es el de intercambiar

⁶⁰ Por ejemplo, la Asociación Francesa de Operadores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones (AFORST).

⁶¹ ETSO se componía de veintitrés miembros de la Unión para la Coordinación del Transporte de Electricidad (UCTE); de la asociación NORDEL, representante de los gestores de Noruega, Suecia y Finlandia; de ATSOI, representante de los dos gestores irlandeses y de UKTSOA, representante de los tres gestores británicos. El objetivo principal de la coordinación de los gestores de las redes era facilitar la explotación de la red interconectada y contribuir así al mantenimiento y funcionamiento de las redes. En 2009 el ETSO fue liquidado y sus funciones fueron atribuidas a ENTSO-E (European Network of Transmission System Operators for Electricity [Red Europea de Operadores del Sistema de Transmisión de Electricidad]).

⁶² V. Fórum Europeo de la Electricidad, *Minutes of the 2nd Forum of European Electricity Regulation* [Extractos verbales del segundo fórum europeo de la regulación eléctrica], Florencia, 8 y 9 de octubre de 1998, p. 4, http://ec.europa.eu/energy/gas_electricity/electricity/forum_electricity_florence_en.htm.

⁶³ Según la Comisión, esta coordinación es “[...] esencial para el desarrollo y el buen funcionamiento del mercado interior pues su ausencia es [...] perjudicial a la igualdad de condiciones de la competencia”. Cfr. Directiva N° 2005/89/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 18 de enero de 2006 concerniente a las medidas tendientes a garantizar la seguridad del aprovisionamiento de electricidad y las inversiones en infraestructura, *JOUE* L. 33/22, febrero de 2006, cons. n° 7.

⁶⁴ España, Alemania, Irlanda, Gran Bretaña, Grecia, Dinamarca, Italia, Países Bajos, Bélgica, Noruega, Finlandia, Francia, Polonia, Eslovenia, Lituania, Letonia, Hungría, Suecia, Eslovaquia, Austria, Croacia, Serbia, Montenegro, Luxemburgo, Suiza, Rumania y Portugal.

⁶⁵ La Directiva N° 2001/12/CE del 26 de febrero de 2001 relativa al desarrollo de los ferrocarriles comunitarios dispone que los Estados miembros deben tomar “[...] las medidas necesarias para asegurar el buen estado y la publicación de las cuentas, beneficios, pérdidas y balances separadamente para las actividades relativas a la gestión de la infraestructura ferroviaria” y “[...] las medidas necesarias para asegurar las funciones esenciales en vistas a garantizar un acceso equitativo y no discriminatorio a la infraestructura [...] son confiadas a instancias o empresas que no son proveedores del servicio de transporte ferroviario”. Cfr. Art. 6° modificado, *JOUE* N° L. 75 del 15 de marzo de 2001, p. 1.

buenas prácticas y coordinar una posición europea. Por otra parte, los gestores de infraestructuras se reunieron en la asociación *Rail Net Europe* creada en enero de 2004 por dieciséis gestores⁶⁶.

31. En el sector eléctrico, dos asociaciones fueron emplazadas: *EuroPex, Association of European Energy Exchanges* [Asociación de Transacciones Europeas de Energía], una asociación que concentra los agrupamientos de compradores de electricidad del mercado europeo; y la *Federación Europea de Comerciantes de Energía [The European Federation of Energy Traders]*. Encarada en 2003 por nueve líderes del mercado, el objetivo de *EuroPex* es el de dialogar con las asociaciones de otros participantes eléctricos favoreciendo una cooperación entre los grupos de compradores de electricidad. La *Federación Europea de Comerciantes de Energía* permite intercambios de información con vistas a la armonización de las prácticas.

32. Conviene insistir en que estos mecanismos de autorregulación se presentan dentro de un cuadro europeo blando.

B. Un cuadro europeo blando.

33. Ciertas condiciones institucionales del derecho de la Unión Europea permitieron la emergencia de una *soft law* (1) que se consolidó en los sectores de las redes (2).

1) Las condiciones de emergencia de la soft law.

34. Las competencias de regulación que pertenecen a la Comisión Europea son múltiples. En primer lugar, la misma vela por la puesta en práctica efectiva de los textos europeos en los Estados miembros que tienen, por ejemplo, la obligación de notificar ciertas informaciones en caso de control de la actividad de los operadores⁶⁷. Las investigaciones

⁶⁶ Este organismo agrupa hoy treinta y un gestores y centraliza las demandas internacionales de franjas horarias, desarrolla modelos comunes de previsión sobre el tráfico europeo y determina los progresos a efectuar en materia de interconexión europea. Esta asociación fue fuertemente impulsada por la Directiva N° 2001/14/CE sobre las infraestructuras ferroviarias. Según el Art. 15.1: “[...] los gestores de la infraestructura cooperan a fin de permitir la creación y la distribución eficaz de las infraestructuras implicando varias redes. Los mismos organizan las demandas internacionales de franjas horarias, particularmente en el marco de la Red Transeuropea de Transporte de Carga. También erigen los procedimientos a tales fines [...] El procedimiento establecido para coordinar la repartición de la capacidades de la infraestructura a nivel internacional asocia representantes de los gestores de todas las infraestructuras ferroviarias cuyas decisiones de repartición tengan una incidencia sobre la actividad de varios otros gestores de infraestructura”. Cfr. Directiva N° 2001/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 26 de febrero de 2001 concerniente a la repartición de capacidad de infraestructura ferroviaria, la tarificación de la infraestructura y la certificación en materia de seguridad, *JOUE* N° L. 75 del 15 de marzo de 2001, p. 29.

⁶⁷ V. Steenberge, J., “Vers une régulation européenne? Libéralisation et régulation des services universels: les télécommunications comme test de l’approche européenne des services publics” [¿Hacia una regulación europea? Liberalización y regulación de los servicios universales: las telecomunicaciones como *test* de acercamiento europeo a los servicios públicos] en Vandamme, J. y van der Mensbrugge, F. (Dir.), *La régulation des services publics en Europe* [La regulación de los servicios públicos en Europa], París, ASPE, col. TEPSA, 1996, pp. 447-448.

que versan sobre el estado de la competencia en los sectores del gas y de la electricidad, como la realizada en 2005⁶⁸, testimonian de la amplitud de competencias que pueden dar lugar a sanciones e, incluso, a acciones ante la CJUE en virtud del Artículo 258 del TFUE (ex Art. 226, TCE). Por otra parte, la Comisión presenta informes al Consejo de la Unión y al Parlamento Europeo que traducen un trabajo de balance y perspectiva visualizando medidas de armonización. De manera más general, ella realiza informes sobre el funcionamiento del mercado interior. A su turno, es competente para otorgar derogaciones a los Estados en ocasión de la puesta en marcha de las directivas. Finalmente, la Comisión es en principio el órgano de ejecución de los tratados y de los actos del Consejo⁶⁹.

35. Notemos, sin embargo, que el Consejo puede condicionar el ejercicio de estas atribuciones a ciertas modalidades e inclusive, en ciertas situaciones, ejercer por sí mismo las competencias de ejecución⁷⁰. En tal caso, deben respetarse los principios y reglas fijados por el Consejo por unanimidad a proposición de la Comisión y luego de escuchado el Parlamento Europeo. Sin perjuicio de ello, la Comisión detenta competencias en materia de competencia, de ayudas públicas de los Estados a las empresas⁷¹ y de discriminaciones fiscales⁷².

36. Una particularidad del régimen europeo de regulación puede ser señalada: la existencia de mecanismos de *soft law*.

37. En el campo de las redes, la Comisión instrumentó ciertos mecanismos de “derecho blando”⁷³. El *Tratado de Roma* mencionaba ya en el Artículo 249 (actual Art. 288 del TFUE) las recomendaciones y los dictámenes, indicando que las mismas no son vinculantes.

⁶⁸ IP/05/716, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-05-716_fr.htm?locale=FR.

⁶⁹ TFUE, Art. 291.2: “Cuando se requieran condiciones uniformes de ejecución de los actos jurídicamente vinculantes de la Unión, éstos conferirán competencias de ejecución a la Comisión o, en casos específicos debidamente justificados y en los previstos en los Artículos 24 y 26 del Tratado de la Unión Europea, al Consejo”.

⁷⁰ Estas disposiciones fueron completadas en 1986 por el Art. 10 del Acto Único Europeo precisando y ampliando las competencias de ejecución de la Comisión. Según Alfonso Mattera: “[...] el Consejo, salvo excepcionalmente, debe siempre atribuir a la Comisión las competencias de ejecución de los actos que adopta, incluso cuando el ejercicio de las competencias así conferidas puede estar sujeto a ciertas modalidades”. Cfr. Mattera, A., *Le marché unique européen. Ses règles, son fonctionnement* [El mercado único europeo. Sus reglas, su funcionamiento], 2^{da} ed., París, Jupiter, 1990, pp. 205-208.

⁷¹ Según el Art. 108.1 y 2 del TFUE (ex Art. 88, TCE), la Comisión procede con los Estados miembros a un examen permanente de sus regímenes de ayuda para verificar si las mismas son compatibles con el mercado común. Por otra parte, los Estados miembros deben notificar a la Comisión sus proyectos de ayuda. V. Doutriaux, Y. y Lequesne, Ch., *Les institutions de l'Union européenne* [Las instituciones de la Unión Europea], 5^{ta} ed., París, La Documentation française, col. Réflexe Europe, 2005, pp. 65-66.

⁷² V. Boy, L., “Le droit de la concurrence: Régulation et/ou contrôle des restrictions à la concurrence” [El derecho de la competencia: Regulación y/o control de las restricciones a la competencia], *UE, Working Paper Law*, N° 2004/9, 2004, p. 21.

⁷³ En el sector de la transmisión de comunicaciones electrónicas por líneas de tensión, un proyecto de emendación de abril de 2005 es citado por Pierre Sablière en “Une nouvelle source du droit? Les documents référents” [¿Una nueva fuente del derecho? Los documentos de referencia], *AJDA*, 15 de enero de 2007, p. 68. Para una descripción completa de las consultas llevadas a cabo por la Comisión, v. C. E., *Rapport public 2007* [Informe

El texto no excluía, sin embargo, la utilización de otros instrumentos por parte de la Comisión. Por ejemplo, las comunicaciones de alcance general tomadas caso por caso, en los terrenos en los que sólo la Comisión detentaba un poder de decisión, fueron validadas por el Tribunal de la Unión Europea⁷⁴. A las fuentes tradicionales del derecho, que son la ley, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina, se agrega en la hora actual una *soft law*, una suerte de derecho “espontáneo” nacido de la práctica administrativa y profesional. Pierre-Alain Jeanneney analizó las ventajas del “derecho blando” empleado a nivel europeo. Este tipo de normas sería el fruto de cierta experiencia e implicaría el consenso de todos sus destinatarios⁷⁵. A su vez, es frecuente que estas normas versen sobre aspectos técnicamente complejos y difíciles de cuestionar: ellas pueden no dar lugar a controversia por el nivel de experticia requerido para su aprehensión, nivel que encontramos únicamente en los reguladores. Por consiguiente, tales mecanismos pueden “[...] beneficiar de cierta inmunidad contenciosa si ningún juez es requerido o si se admite, en función de su formulación, que carecen de valor reglamentario”⁷⁶. En este sentido, Pierre Larouche muestra que esta tipología de regulación es utilizada para generalizar ciertas decisiones tomadas por la Comisión ante ciertas situaciones puntuales⁷⁷. Este tipo de mecanismos se consolidó en los sectores de las redes.

público 2007], París, La documentation française, 2007, pp. 253 y sigs. Las líneas directrices, las comunicaciones, las recomendaciones y los dictámenes fueron publicados por la Comisión incluso antes que los reguladores nacionales se sirvan de los mismos. V. Jeanneney, P. A., “Le régulateur producteur de droit” [El regulador productor de derecho] en Frison Roche, M. A. (dir.), *Les régulations économiques: légitimité et efficacité* [Las regulaciones económicas: legitimidad y eficacia], París, Presses de Sciences-Po y Dalloz, serie Droit et économie de la régulation, vol. 1, 2004, p. 48.

⁷⁴ La Comisión puede fijarse por vía de comunicación las “reglas indicativas para el ejercicio de su poder discrecional con la obligación de conformarse”. Cfr. TPI, *AIUFFASS*, 12 de diciembre de 1996, aff. n° 380/94, rec. II 21-9.

⁷⁵ V. Jeanneney, P. A., “Le régulateur producteur de droit” [El regulador productor de derecho] en Frison Roche, M. A. (Dir.), *Les régulations économiques: légitimité et efficacité* [Las regulaciones económicas: legitimidad y eficacia], *op. cit.*, p. 49.

⁷⁶ Sabliere, P., “Une nouvelle source du droit? Les documents référents” [¿Una nueva fuente del derecho? Los documentos de referencia], *AJDA*, 15 de enero de 2007, p. 68. Martine Lombard cita, por el contrario, ejemplos jurisprudenciales que muestran que los jueces deciden en ocasiones confrontar esta dificultad: C.A. París, 24 de febrero de 2004, “EDF c/ Sinerg”, Dr. Adm. 2004, n° 69, nota de M. de Monsebernard; C.E., Sección, 11 de junio de 2004, “Sté Scoot France”, *AJDA*, 2004, p. 1702, crónica de Landais, C. y Lenica, F. V. Lombard, M., “Institutions de régulation économique et démocratie politique” [Instituciones de regulación económica y democracia política], *AJDA*, 14 de marzo de 2005, p. 540.

⁷⁷ V. Larouche, P., “Coordination of european and member state regulatory policy. Horizontal, Vertical and Transversal aspects” [Coordinación de reglas regulatorias europeas y de los Estados miembros. Aspectos horizontales, verticales y transversales], intervención en el coloquio organizado el 18 y 19 de marzo de 2004, “Which regulatory Authorities in Europe?” [¿Qué autoridades de regulación en Europa?], Bruselas, Instituto de estudios legales, en Geradin, D. (Dir.), *Regulation through Agencies in the EU: A New Paradigm of European Governance* [Regulación a través de agencias en la UE. Un nuevo paradigma de la gobernanza europea], Camberley Surrey, Edward Elgar Publishing Ltd., 2005, pp. 164-179.

2) *La consolidación de la soft law.*

38. En razón de la apertura de las redes a la competencia, la Comisión participa en los intercambios de buenas prácticas y en la capacidad de alentar activamente la búsqueda de un compromiso, a diferencia de los agrupamientos de reguladores nacionales situados en un pie de igualdad⁷⁸. Tanto la Directiva N° 2003/54/CE en materia de electricidad, como la Directiva N° 2003/55/CE que versan sobre el gas natural, reforzaron el rol de la Comisión que vigila la aplicación de la legislación de la Unión Europea en estas materias y puede interponer acciones contra los Estados miembros, no habiendo o habiendo efectuado mal la transposición de las directivas⁷⁹.

39. La Comisión debe, en efecto, vigilar y examinar la aplicación de las directivas y someter al Parlamento Europeo y al Consejo un informe general sobre el estado de la cuestión a partir de criterios predefinidos⁸⁰. Cada dos años ella tiene la obligación de proceder a un examen de las notificaciones efectuadas por los Estados miembros. A su turno, la misma establece un informe anual sobre las medidas efectuadas y dirige recomendaciones⁸¹. La Comisión se vio confrontada a la obligación de transmitir un informe

⁷⁸ En el terreno de las telecomunicaciones v. Bernaerts, I., “Time to deregulate – Commission consultation on a new EU framework for electronic communications” [El momento ha llegado de desregular – Consulta a propósito de un nuevo marco para las comunicaciones electrónicas], *Competition policy newsletter*, n° 3 (2006), p. 10.

⁷⁹ La Comisión adoptó el 4 de abril de 2006 una serie de procedimientos de infracción contra varios Estados miembros a razón de un defecto en la transposición de las directivas. Así, 28 comunicaciones fueron enviadas a 17 Estados miembros por transposición incorrecta [Austria, Bélgica, España, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Lituania, Polonia y Eslovaquia (electricidad y gas), Alemania, Estonia, Finlandia, Letonia, Reino Unido y Suecia (electricidad)]. Estos procedimientos fueron activados en aplicación de las disposiciones previstas en el Art. 3° § 9 de la Directiva N° 2003/54/CE y en el Art. 3° § 6 de la Directiva N° 2003/55/CE. La Comisión encaró procesos ante la CJUE, en noviembre de 2005, contra España y Luxemburgo, en materia de la notificación de la transposición de la legislación comunitaria y del examen de la conformidad de las legislaciones de Portugal y Hungría con las directivas. A partir de ese momento, fue establecido que los Estados deben notificar, en ocasión de la entrada en vigor de la directiva y, luego, cada dos años, todas las medidas que tomaron para alcanzar los objetivos de servicio público y del servicio universal.

⁸⁰ Art. 28 § 1 de la Directiva N° 2003/54/CE y Art. 31 § 1 de la Directiva N° 2003/55/CE. Los elementos a tomar en cuenta son especialmente la experiencia adquirida y los progresos efectuados en la creación del mercado interior de la electricidad y del gas natural y, también, los obstáculos sobrepasados en estos campos como los aspectos de posición dominante en el mercado, la concentración y el comportamiento depredador o anticompetitivo. La medida en la que el acceso no discriminatorio fue garantizado, el análisis de los aspectos ligados a la capacidad de las redes y la seguridad del aprovisionamiento con una atención particular hacia las medidas tomadas por los Estados miembros para cubrir el alza de la demanda y para enfrentar los déficits de aprovisionamiento y la evaluación general de los progresos realizados en el marco de las relaciones bilaterales con los países terceros que producen, transportan o exportan gas natural o electricidad son particularmente concernidos.

⁸¹ Art. 28 § 2 de la Directiva N° 2003/54/CE y Art. 31 § 2 de la Directiva N° 2003/55/CE. En el sector postal, el Art. 23 de la Directiva N° 97/67/CE del 15 de diciembre de 1997, modificado por la Directiva N° 2002/39/CE del 10 de junio de 2002, establece que la Comisión debe presentar al Parlamento Europeo y al Consejo cada dos años un informe sobre la aplicación de la directiva que incluya particularmente las informaciones útiles sobre la evolución del sector, especialmente en lo que concierne el empleo y la calidad del servicio.

detallado a fin de describir el progreso efectuado concerniente a la creación de un mercado interior de energía y la necesidad de una nueva reglamentación⁸². La Comisión subrayó a este respecto que había lanzado treinta y cuatro procedimientos de infracción contra veinte Estados miembros por el irrespeto o la ausencia de transposición de las disposiciones de las directivas que debían integrarse en los derechos nacionales antes del 1º de julio de 2004⁸³.

40. El análisis del cuadro institucional regulatorio europeo se consuma con el examen de la posible delegación hacia las agencias.

II. Una totalidad de mecanismos posibilitando una delegación hacia las agencias europeas.

41. El estudio del marco jurídico que permite una delegación de competencias de las instituciones europeas hacia las agencias (A) será seguido por una descripción más precisa sobre las modalidades de creación de las agencias de regulación (B).

A. Un marco europeo permitiendo una delegación a las agencias.

42. En materia de delegación de competencias a nivel europeo, el fallo “Meroni” desempeña el papel de jurisprudencia de principio (1). Su estudio necesita la presentación de los principios que guían la creación de las agencias de regulación y de ejecución en el derecho de la integración (2).

⁸² Art. 28 § 3 de la Directiva N° 2003/54/CE y Art. 31 § 3 de la Directiva N° 2003/55/CE. Para el sector postal, el mecanismo es similar, el Art. 7º, § 3 de la Directiva N° 97/67/CE del 15 de diciembre de 1997 modificado por la Directiva N° 2002/39/CE del 10 de junio de 2002 prevé: “La Comisión procede a un estudio prospectivo destinado a evaluar, para cada Estado miembro, el impacto sobre el servicio universal de la conclusión del mercado interior de servicios postales en 2009. Sobre la base de las conclusiones de este estudio, la Comisión presenta, antes del 31 de diciembre de 2006, un informe al Parlamento Europeo y al Consejo munito de una proposición confirmando, en su caso, la fecha de 2009 para la conclusión del mercado interior de los servicios postales o definiendo toda otra etapa a la luz de las conclusiones del estudio”. El informe fue publicado en enero de 2007 al mismo tiempo que la comunicación sobre la política de la energía. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, Perspectivas del mercado interior del gas y de la electricidad, COM (2006) 841 final, 10 de enero de 2007.

⁸³ Ciertas faltas recurrentes fueron constatadas en los siguientes campos: precios reglamentarios que impiden la entrada de nuevos actores sobre el mercado; disociación de los gestores de las redes de transporte y de distribución que no es suficiente para garantizar su independencia; acceso de terceros a las redes discriminatorio, particularmente en lo que concierne al acceso preferencial otorgado a los operadores históricos a través de contratos de largo plazo; reguladores que disponen de competencias insuficientes; ausencia de informaciones enviadas a la Comisión sobre las obligaciones de servicio público, especialmente en materia de tarifas reglamentadas de aprovisionamiento; origen de la electricidad, que no se indica de manera suficiente mientras que esta precisión es esencial para promover las energías renovables. Esta obligación de establecer un informe sobre los progresos efectuados concernientes al mercado interior se encuentra incluso en las dos directivas del tercer “paquete energía”, Art. 47 § 6 de la directiva “electricidad” y 52, § 6 de la directiva “gas” del 13 de julio de 2009 (respectivamente, Directiva N° 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 23 de abril de 2009 y N° 2009/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 13 de julio de 2009 relativa a las reglas comunes para el mercado interior del gas natural y derogando la Directiva N° 2003/55/CE).

1) *Los principios de la jurisprudencia “Meroni”.*

43. La delegación de poderes efectuada por el Consejo y la Comisión fue precisada por la Corte de Justicia en su fallo del 13 de junio de 1958, “*Meroni c/ Haute Autorité*”⁸⁴. En la especie, la Alta Autoridad de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero había tomado una decisión el 24 de octubre de 1956, que obligaba a la sociedad italiana *Meroni & Co* a depositar en una caja de metales importados una suma cuyas modalidades de cálculo eran cuestionadas. La sociedad demandaba la invalidez de la decisión considerándola ilegal⁸⁵. El argumento de la requirente se basaba en el hecho de que la Alta Autoridad había delegado competencias más vastas que las conferidas por el Tratado *CECA*⁸⁶.

44. En ocasión de este fallo, la Corte consideró que la delegación de competencias no podía presumirse. Los jueces pronunciaron que incluso cuando la autoridad delegante se encuentra habilitada a delegar sus competencias, la misma debe tomar una decisión expresa para operar la transferencia. En este caso, la decisión de la Alta Autoridad no atribuía a los organismos comunitarios la facultad de echar mano a los modos de tributación impuestos ni la de aplicar retroactivamente o notificar evaluaciones provisionales⁸⁷. La Corte indicó que los mecanismos financieros previstos por el Artículo 53 del Tratado *CECA* podrían ser confiados a organismos de derecho privado beneficiando de la personalidad jurídica y poderes propios. No obstante, el tipo de delegación debe diferenciarse según que se trata de poderes de ejecución susceptibles de un control estricto o de un poder discrecional otorgando un margen de maniobra que pueda traducirse en la elaboración de una verdadera política económica⁸⁸. Según los términos de la Corte, el caso implicaba la delegación de un “[...] poder discrecional tendiente a conciliar las múltiples exigencias de una política económica compleja y matizada”⁸⁹. Los objetivos del Artículo 3º del Tratado *CECA* conferían un “[...] verdadero poder discrecional relativo a elecciones difíciles fundadas en la consideración de hechos y circunstancias económicas sobre la base de las cuales son efectuadas”⁹⁰.

⁸⁴ CJUE, 13 de junio de 1958, “*Meroni et Cie c/ Haute autorité de la CECA*”, aff. nº 9/56, rec. p. 11.

⁸⁵ Chiti, E., “Beyond Meroni: the community legitimacy of the provisions establishing agencies” [Más allá de Meroni: la legitimidad de la Comunidad para establecer las agencias europeas] en Della Cananea, G. (Dir.), *European regulatory agencies* [Agencias de regulación europeas], París, Rive droite, col. ISUPE, 2005, p. 76.

⁸⁶ CJUE, “*Meroni et Cie c/ Haute autorité de la CECA*”, precitado, p. 40 (*Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero*, tratado *CECA*).

⁸⁷ CJUE, “*Meroni et Cie c/ Haute autorité de la CECA*”, precitado, p. 42.

⁸⁸ CJUE, “*Meroni et Cie c/ Haute autorité de la CECA*”, precitado, p. 43.

⁸⁹ CJUE, “*Meroni et Cie c/ Haute autorité de la CECA*”, precitado, p. 46.

⁹⁰ CJUE, “*Meroni et Cie c/ Haute autorité de la CECA*”, precitado. La jurisprudencia “*Meroni*” establece así que los poderes delegados deben siempre ser controlados por la autoridad delegante. Según la Corte, una delegación de poderes de ejecución claramente delimitados y sujeta a un control riguroso no opera una modificación desde la perspectiva de las competencias en juego. Por el contrario, una delegación de poderes discrecionales sustituye las elecciones de la autoridad delegataria por las de la autoridad delegante dando lugar a una transferencia de responsabilidad. Para la Corte, la delegación del poder discrecional cuestiona el equilibrio de poderes propio a la estructura institucional de la Comunidad.

45. El principio que se desprende de este fallo es entonces que “[...] la delegación de poderes no se presume y que, incluso habilitada a delegar, la autoridad delegante debe tomar una decisión explícita transfiriéndolos”⁹¹. Las delegaciones deben, por otra parte, efectuarse en relación a competencias regladas⁹². En fin, el principio *non potest delegare*, es decir, la subdelegación, el hecho de delegar competencias delegadas, es inadmisibles⁹³. A su vez, según el fallo “Romano”, del 14 de mayo de 1981, la delegación se admite porque versa sobre un poder de decisión individual y nunca para transferir competencias, permitiendo “[...] dictar actos que revistan un carácter normativo”⁹⁴.

46. Es igualmente en el fallo “Meroni” que la Corte mencionó por primera vez la noción de equilibrio institucional⁹⁵. A partir de esta jurisprudencia, la Comisión emitió una comunicación sobre el encuadramiento de las agencias europeas precisando que la creación de agencias de regulación debía resultar de una elección explícita del legislador⁹⁶. La doctrina, por su parte⁹⁷, cuestiona una jurisprudencia considerada muy antigua y rígida, cada vez menos adaptada a los problemas jurídicos regulatorios actuales mucho más complejos⁹⁸.

⁹¹ Para la creación de una agencia europea de regulación es necesario, para la autoridad delegante, estar habilitada a hacerlo y adoptar una decisión explícita de transferencia de competencias.

⁹² V. Lemaire, Ch., “Etude sur la possibilité de créer des agences européennes de régulation sur le fondement du traité CE dans la version actuelle” [Estudio sobre la posibilidad de crear agencias europeas de regulación sobre el fundamento del Tratado CE en su versión actual] en Stoffaës, Ch. (Dir.), *Vers une régulation européenne des réseaux, rapport du groupe de réflexion à la ministre déléguée aux affaires européennes* [Hacia una regulación europea de las redes. Informe del grupo de reflexión a la Ministra Delegada de Asuntos Europeos], París, Rive droite, col. ISUPE, 2003, p. 211.

⁹³ V. Della Cananea, G., “Independent regulatory agencies in the european legal space” [Agencias independientes de regulación en el espacio jurídico europeo] en Della Cananea, G. (Dir.), *European regulatory agencies* [Agencias de regulación europeas], París, Rive droite, col. ISUPE, 2005, p. 160.

⁹⁴ Cfr. CJUE, 14 de mayo de 1981, “Giuseppe Romano/Institut national d’assurance maladie-invalidité”, aff. 98/80, rec. p. 1241, motivo n° 20.

⁹⁵ Chiti, E., “Beyond Meroni: the community legitimacy of the provisions establishing agencies” [Más allá de Meroni: la legitimidad de la Comunidad para establecer las agencias europeas], *op. cit.*, p. 78; Vlachou, Ch., *La coopération entre les autorités de régulation en Europe (communications électroniques, énergie)* [La cooperación entre las autoridades de regulación en Europa (comunicaciones electrónicas, energía)] (tesis), Univ. Panthéon-Assas (París II), 2014, p. 165.

⁹⁶ Cfr. COM 2002 718 final del 11 de septiembre de 2002, p. 7.

⁹⁷ V. Majone, G. (Dir.), *The role of specialized agencies in decentralizing EU governance. Report presented to the commission* [El rol de las agencias especializadas en la descentralización de la gobernanza de la UE. Informe presentado a la Comisión], http://ec.europa.eu/governance/areas/group6/contribution_en.pdf, 1999, p. 14.

⁹⁸ En su decisión “*Les Verts c. Parlement*”, del 23 de abril de 1986, aff. n° 294/83, rec. p. 1339, la Corte no hace mención al principio del equilibrio institucional pero juzga que el Art. 230 CE debería incluir los actos adoptados por el Parlamento Europeo. Parece que el principio del “equilibrio institucional justifica la no delegación desde la perspectiva de las relaciones entre las instituciones comunitarias”. Para Michelle Everson y Giandomenico Majone, “[...] el funcionamiento operativo en red de las agencias permitió establecer relaciones fuertes con las administraciones nacionales en materia de coordinación y armonización y así preservando el lugar central de los Estados miembros [...] el poder de regulación de los Estados miembros fue mantenido,

47. De manera general, la Corte de Justicia continúa procediendo con un control estricto sin profundizar demasiado los motivos de sus decisiones⁹⁹. Más simplemente, en su proyecto de acuerdo interinstitucional, la Comisión Europea señala que el Consejo puede designar un Estado miembro en el seno del consejo de administración de una agencia si la misma “[...] participa también, velando por el interés de la Comunidad, en el ejercicio de la competencia ejecutiva de la política encarada”. La agencia debe buscar en estas condiciones “[...] asegurar la ejecución de las obligaciones que emanan del Tratado CE o del derecho derivado, conforme el Artículo 10 del Tratado CE (actual Art. 4º § 3 del TFUE)”¹⁰⁰.

48. Afinando esta problemática jurídica de la delegación conviene mencionar las líneas maestras de la creación de las agencias de ejecución y de regulación.

2) Las líneas maestras de la creación de las agencias de ejecución y de regulación.

49. Las agencias europeas fueron clasificadas por la Comisión en agencias de ejecución y de regulación. Las agencias de ejecución se encargan de tareas de pura gestión, es decir, de asistencia en el marco de programas de apoyo financiero. Va de suyo que la Comisión ejerce un control estricto sobre las mismas; su autonomía es, pues, limitada. Las agencias de regulación participan en la función ejecutiva a través la edición de actos regulatorios en un campo específico. Estas agencias favorecen la puesta en red de actividades que pertenecían al contexto nacional¹⁰¹. Las agencias de regulación son competentes para “[...] todas las otras tareas de regulación, incluso la organización y la coordinación de las actividades que pertenecen en parte a la esfera de las autoridades nacionales, con vistas a permitir a la Comisión el cumplimiento de sus misiones”¹⁰².

incluso cuando el objetivo de la coordinación comunitaria fue satisfecho”. Cfr. Everson, M. y Majone G., “Part three: European agencies within the treaties of the European union” [Tercera parte: las agencias europeas de regulación en los tratados de la Unión Europea] en Majone, G. (Dir.), *The role of specialized agencies in decentralizing EU governance. Report presented to the commission* [El rol de las agencias especializadas en la descentralización de la gobernanza de la UE. Informe presentado a la Comisión] (trad.), http://ec.europa.eu/governance/areas/group6/contribution_en.pdf, 1999, p. 56.

⁹⁹La opción encarada, de una base jurídica única, procede del examen del objetivo perseguido por la legislación, del análisis de su contenido y de economía general. Por el contrario, si bien parece que los objetivos de una medida se entremezclan sin que una sea preponderante sobre la otra, es posible apoyarse sobre las diferentes bases jurídicas correspondientes a la condición toda vez que las mismas no impliquen la puesta en marcha de procedimientos incompatibles. V. CJUE, 11 de junio de 1991, “*Commission c/ Conseil*”, aff. n° C-300/89, rec. I-2867; CJUE, 26 de marzo de 1987, “*Commission c/ Conseil*”, aff. n° 45/86, rec. p. 1493.

¹⁰⁰Comisión Europea, Proyecto de Acuerdo Interinstitucional para un Encuadramiento de las Agencias Europeas de Regulación, COM (2005) 59 final del 15 de febrero de 2005, pto. 11.2, 3º párrafo, p. 14.

¹⁰¹Comunicación de la Comisión sobre el Encuadramiento de las Agencias Europeas de Regulación, COM (2002) 728 final del 11 de diciembre de 2002, p. 9.

¹⁰² Ibidem, p. 9.

50. Una tercera categoría podría distinguirse, la de las agencias “decisorias”, encargadas de tareas de “pura asistencia”¹⁰³, pero éstas son clasificadas como agencias de regulación “para excluir todo malentendido”¹⁰⁴.

51. La Comisión Europea efectuó una diferenciación según el tipo de agencia: se prevé un encuadramiento de la acción de las agencias de ejecución que no existe para las agencias de regulación¹⁰⁵. La Comisión subraya en efecto la necesidad de que las agencias de regulación dispongan de una autonomía real para cumplir de manera satisfactoria su función. De hecho, son, sin embargo, la unidad e integridad de la función ejecutiva europea que prevalecen. La comunicación sobre el encuadramiento de las agencias de regulación precitada prevé que pertenece al legislador, con iniciativa de la Comisión, la oportunidad de juzgar la creación de una agencia¹⁰⁶.

52. En las condiciones previstas en el primer y segundo párrafo del Artículo 263 del *TFUE*, toda persona física o moral puede formar un recurso contra los actos de los que es destinataria o que la conciernan directamente o individualmente y contra los actos reglamentarios que la conciernan directamente y que no impliquen una medida de ejecución. El plazo para formar tal recurso es de dos meses a contar desde la publicación del acto, desde su notificación o desde el día en que la persona tuvo conocimiento del mismo. Los terceros interesados pueden también recurrir ante el Tribunal de la Unión para anular las decisiones tomadas por las agencias o para efectuar un recurso de carencia en caso de ausencia injustificada de decisión¹⁰⁷.

53. En materia de regulación, una de las cuestiones importantes que se plantea es la relativa a los destinatarios de las medidas regulatorias que pueden justificar una afectación real y personal. No obstante, como lo señalan Damien Gérardin y Nicolas Petit, la tardanza

¹⁰³ Comunicación de la Comisión sobre el Encuadramiento de las Agencias Europeas de Regulación, COM (2002) 728 final del 11 de diciembre de 2002, p. 8: “En general, es posible que las agencias se vean atribuir tareas de pura asistencia, la redacción de dictámenes o estudios, en vistas de la elaboración de las proposiciones legislativas o de decisiones específicas de la Comisión; la realización o la coordinación de controles e inspecciones ante ciertos operadores para el ejercicio, por la Comisión, de su misión de ‘guardiana’ del derecho comunitario; toda otra tarea de asistencia a las instituciones que podría ser necesaria para el desarrollo de las diferentes políticas comunitarias. Esta asistencia puede igualmente concernir el lado externo de ciertas políticas a través de la asociación de estas agencias con la de las actividades de cooperación internacional en el pleno respeto de la responsabilidad exclusiva de la Comisión en este terreno”.

¹⁰⁴ Resolución de Parlamento Europeo sobre la comunicación de la Comisión “L’encadrement des agences européennes de régulation” [El encuadramiento de las agencias europeas de regulación], P5_TA(2004)0015, 13 de enero de 2004, *JOUE* C 92 E/119, del 16 de abril de 2004, pto. n° 3.

¹⁰⁵ Reglamento CEN° 58/2003 del Consejo del 19 de diciembre de 2002 sobre el estatus de las agencias ejecutivas encargadas de ciertas tareas relativas a la gestión de programas comunitarios, *JOUE*, L11/1 del 16 de enero de 2003.

¹⁰⁶ El Parlamento Europeo acogió este aspecto en su resolución sobre la comunicación de la Comisión “L’encadrement des agences européennes de régulation” [El encuadramiento de las agencias europeas de regulación], P5_TA(2004)0015, 13 de enero de 2004, *JOUE* C 92 E/119 del 16 de abril de 2004.

¹⁰⁷ La Corte de Justicia es estricta en materia de exigencia del recurso pues los requirentes deben probar que se encuentran particularmente afectados y directamente concernidos. V. CJUE, 15 de julio de 1963, “*Plaumann c/ Commission*”, aff. n° 25/62, rec. p. 95.

de los procedimientos judiciales es incompatible con el carácter en principio dinámico de las medidas de regulación, algunas de las cuales deben intervenir rápidamente ante ciertos cambios de circunstancias. Sin embargo, los autores reconocen la importancia capital de dejar siempre a los operadores la posibilidad de recurrir judicialmente las medidas que los afectan¹⁰⁸. El Parlamento Europeo señaló en su resolución relativa a la comunicación precitada de la Comisión: “[...] las antiguas agencias y aquéllas creadas sobre la base del Tratado sobre la Unión ameritan también urgentemente una reflexión y propuestas de modificación a fin de alinearlas con las orientaciones comunes a definir entre las instituciones”¹⁰⁹.

54. Notemos, por otra parte, que el Proyecto *Penélope* preveía en su Título IV sobre las instituciones un capítulo a propósito de las agencias¹¹⁰. La Comisión publicó también otra comunicación sobre las agencias privilegiando una “visión global” de las instituciones de la Unión¹¹¹. Desde 2002, la Comisión sugería la adopción de un reglamento que establezca un estatus para las agencias ejecutivas descritas en la comunicación sobre el encuadramiento de las agencias de regulación¹¹². Una de las posibilidades era dotar a estas agencias de la personalidad jurídica¹¹³. Según el Artículo 4º del Reglamento CE N° 58/2003, la agencia ejecutiva es un organismo comunitario investido de una misión de servicio público. Jacques Ziller constata que “[...] las agencias de ejecución son órganos encargados de gestionar el funcionamiento de ciertos servicios de las instituciones de la Unión Europea disponiendo de una autonomía de gestión más o menos amplia pero no la personalidad jurídica”¹¹⁴.

55. La autonomía real de las agencias ejecutivas amerita por consiguiente ser matizada pues la Comisión Europea ejerce sobre ellas un control efectivo¹¹⁵, como lo muestra el Reglamento N° 58/2003 del Consejo del 19 de diciembre de 2002 a propuesta de la Comisión¹¹⁶.

¹⁰⁸ Gérardin, D. y Petit, N., “The developpement of agencies at EU and National Levels: Conceptual Analysis and Proposals for Reform” [El desarrollo de las agencias a niveles europeo y nacional: análisis conceptual y proposiciones para una reforma], New York, *Jean Monnet Working Paper*, N° 01/04, New York, New York Law School, 2004, p. 53.

¹⁰⁹ Resolución del Parlamento Europeo sobre la comunicación de la Comisión “L’encadrement des agences européennes de régulation” [El encuadramiento de las agencias europeas de regulación], P5-TA(2004)0015, 13 de enero de 2004, *JOUE*, C 92 E/119 del 16 de abril de 2004, pto. L.

¹¹⁰ El proyecto *Penélope* es el nombre atribuido al proyecto de Constitución Europea.

¹¹¹ Cfr. Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo y al Consejo, Agencias europeas – orientaciones para el futuro, COM (2008) 135 final, 11 de marzo de 2008.

¹¹² Cfr. Comunicación de la Comisión sobre “L’encadrement des agences européennes de régulation” [El encuadramiento de las agencias europeas de regulación], COM (2002) 728 final del 11 de diciembre de 2002.

¹¹³ Reglamento CE N° 58/2003 del Consejo del 19 de diciembre de 2002 sobre el estatus de las agencias ejecutivas de ciertas tareas relativas a la gestión de programas comunitarios, *JOUE* L11/1 del 16 de enero de 2003.

¹¹⁴ Cfr. Ziller, J., “L’authorité administrative dans l’Union européenne” [La autoridad administrativa en la Unión Europea], *EUI Law Working Papers*, N° 2004/14, p. 219.

¹¹⁵ Reglamento CE N° 58/2003 del Consejo del 19 de diciembre de 2002 sobre el estatus de las agencias ejecutivas encargadas de ciertas tareas relativas a la gestión de programas comunitarios, *JOUE*, L11/1 del 16 de enero de 2003, cons. n° 4 a 7.

¹¹⁶ Reglamento N° 58/2003 del Consejo del 19 de diciembre de 2002, precitado.

Para Jacques Ziller, varias problemáticas asociadas a las agencias de ejecución pueden así ser subrayadas: eficacia, claridad, legitimidad y efectividad¹¹⁷. La Comisión evoca para diferenciar las agencias ejecutivas de las agencias de regulación la rígida subordinación a la Comisión de las primeras. En efecto, el Reglamento precitado prevé que la Comisión aprecia sola la posibilidad de establecer y de suprimir una agencia ejecutiva “luego de un análisis previo de los costos”¹¹⁸.

56. ¿Qué ocurre en materia de agencias europeas de regulación?

B. La creación de las agencias europeas de regulación.

57. La creación de las agencias europeas de regulación es compatible con la noción de servicio de interés general (1) y necesaria para la coordinación europea de las redes (2).

1) Una creación compatible con la noción de servicio de interés general.

58. El Artículo 106 del *TFUE* (ex Art. 86 *TCE*), párrafo 2º, introduce la noción de servicio de interés económico general en el derecho de la Unión Europea, noción retomada en el Artículo 14 del *TFUE* (ex Art. 16 *TCE*)¹¹⁹. El actual Artículo 106 del *TFUE* trata esta noción como una excepción a las reglas de la competencia que debe, por consiguiente, entenderse de manera restrictiva. Ésta no es operativa tratándose de la cuestión de la repartición de competencias entre los Estados miembros y la Unión¹²⁰. Ahora bien, los

¹¹⁷ Ziller, J., “L’*autorité administrative dans l’Union européenne*” [La autoridad administrativa en la Unión Europea], *op. cit.*, p. 19.

¹¹⁸ El Art. 3º dispone que la Comisión decide: “[...] luego de un análisis previo de costos/beneficios, instituir una agencia ejecutiva con vistas a encargarla de ciertas tareas relativas a la gestión de uno o varios programas comunitarios”. El texto detalla seguidamente los factores tomados en cuenta para ese análisis costos/beneficios, tales como “[...] la identificación de tareas justificando una externalización, la evaluación de beneficios y costos, incluyendo los inducidos por el control, la coordinación y el impacto sobre los recursos humanos, la economía eventual en el marco del presupuesto general de la Unión Europea, la eficacia y la flexibilidad en la puesta en marcha de tareas externalizadas, la simplificación de los procedimientos utilizados, la proximidad de la acción externalizada de los beneficiarios fiscales, la visibilidad de la Comunidad en tanto promotora del programa comunitario concernido y el mantenimiento de un nivel apropiado de *know how* en el interior de la Comisión”.

¹¹⁹ “Sin perjuicio del Artículo 4º del Tratado de la Unión Europea y de los Artículos 93, 106 y 107 del presente Tratado, y a la vista del lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Unión y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación de los Tratados, velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones, en particular económicas y financieras, que les permitan cumplir su cometido”.

¹²⁰ V. Gerard, L., “Place et signification de la Charte des droits fondamentaux de l’Union pour le concept de services d’intérêt général” [Lugar y significación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión para el concepto de servicios de interés general] en Vandamme, J. y Rodrigues, S. (Dir.), *L’accès aux services d’intérêt économique général* [El acceso a los servicios de interés económico general], París, ASPE-Europe, col. ISUPE, 2003, p. 34.

sectores de las comunicaciones electrónicas, de la energía y de los transportes “[...] se encuentran en la línea de tensión entre la necesidad de asegurar la garantía del aprovisionamiento y el deseo de reforzar la competencia”¹²¹. La preservación de un mercado competencial tiene en el derecho de la Unión un lugar equivalente a las obligaciones de servicio público que se imponen a los operadores.

59. Los fallos de la Corte de Justicia y las decisiones de la Comisión han permitido trazar los contornos de este balance delicado. Los pronunciamientos “Ferring”, de 2001¹²² y “Altmark”, de 2003¹²³, establecen que las obligaciones de servicio público no son consideradas en sí mismas como ayudas del Estado. La CJUE tuvo también ocasión de establecer cuatro criterios cumulativos para definir la noción de compensación a la empresas; criterios retomados en 2005 por la Comisión Europea¹²⁴.

60. De la lectura de todas estas consideraciones resulta que las agencias europeas pueden ser creadas incluso en presencia de servicios de interés económico general. El informe Stoffaëns subraya en este sentido: “[...] la creación de autoridades sectoriales de regulación comunitarias no parece plausible sino únicamente cuando tales autoridades sustituyan las formas de cooperación existentes y si las mismas disponen de verdaderos poderes de decisión, actualmente detentados por otras autoridades”. En efecto, “[...] hay que aligerar y simplificar y no complicar”. Sin embargo, “[...] el principio de subsidiariedad debe ser respetado, [él] conduce a restringir la creación de autoridades europeas en los

¹²¹ Cfr. Basilien-Gainche, M. L., “La libéralisation communautaire des marchés de l’électricité et du gaz” [La liberalización comunitaria de los mercados de la electricidad y del gas], *AJDA*, 15 de enero de 2007, p. 75.

¹²² Cfr. CJUE, 22 de septiembre de 2001, “Ferring”, aff. C-53/00. En esta decisión la Corte menciona las contrapartidas de las prestaciones efectuadas. El abogado general Tizzano había propuesto un *test* de proporcionalidad pero no fue seguido por la Corte.

¹²³ Cfr. CJUE, 24 de julio de 2003, “Altmark Trans GmbH & Regierungspräsidium Magdeburg c/ Nahverkehrsgesellschaft Amtmark GmbH”, aff. C-280/00.

¹²⁴ En primer lugar, la entidad beneficiaria debe encargarse efectivamente de obligaciones de servicio público claramente definidas. En segundo lugar, los parámetros para el cálculo de la compensación deben ser previamente establecidos de manera transparente y objetiva, sin dar lugar a ventajas susceptibles de favorecer a la empresa beneficiaria con respecto a sus competidores. En tercer lugar, la compensación no puede sobrepasar lo que es necesario para cubrir todo o parte de los costos en ocasión de la ejecución de las obligaciones de servicio público teniendo en cuenta los ingresos y una ganancia razonable. Finalmente, cuando la elección de la entidad encargada de la ejecución de las obligaciones de servicio público, en un caso concreto, no se efectúa en el marco de un procedimiento de licitación pública permitiendo seleccionar el candidato capaz de prestar estos servicios al menor costo para la colectividad, el nivel de compensación necesaria debe determinarse sobre la base de un análisis de los costos que una empresa media, bien administrada y adecuadamente equipada, a fin de poder satisfacer las exigencias de servicio público, habrían tomado para ejecutar sus obligaciones. V. decisión de la Comisión N° 2005/843/CE concerniente a la aplicación de las disposiciones del Art. 86, 2^{do} párrafo, del Tratado CE relativo a las ayudas del Estado bajo formas de compensación de servicio público otorgadas a ciertas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general, 28 de noviembre de 2005, *JOUE* L 312/67 del 29 de noviembre de 2005. V. nota de la Comisión sobre el encuadramiento comunitario de ayudas del Estado bajo forma de compensación del servicio público, 2005/C 297/04, *JOUE* C-297/04 del 29 de noviembre de 2005.

casos en que la necesidad es imperativa”¹²⁵. Es así que la Comisión reconoce en su comunicación sobre la arquitectura institucional de 2002 que el equilibrio institucional merece ser readaptado. Precisa también que “[...] todo proyecto de reforma de las instituciones debe respetar este equilibrio y evitar la creación de instancias que tornarían la mecánica de las decisiones menos legible y menos eficiente”¹²⁶.

61. La creación de agencias europeas de regulación parece necesaria para una coordinación de las redes a nivel continental.

2) Una creación necesaria para la coordinación europea de las redes.

62. La reflexión sobre la creación de las agencias europeas de regulación no es nueva, como lo demuestra su invocación desde hace una década en el campo de las redes. El sector aéreo es en este punto particularmente ilustrativo¹²⁷. El Consejo de la Unión y el Parlamento Europeo se mostraron generalmente favorables a la institucionalización de entidades regulatorias europeas juzgando “[...] deseable, en ocasión de la revisión de la Directiva N° 97/33 relativa a la interconexión, evaluar los argumentos en favor de la institución de una autoridad reglamentaria europea teniendo en cuenta, entre otros, los trabajos preparatorios efectuados por la Comisión”¹²⁸. Hacia fines de 2006, Viviane Reding, en ese momento Comisaria Europea de la Sociedad de la Información y de Medios, había retomado esta idea finalmente dejada en un segundo plano cuando se adoptó el “Paquete Telecomunicaciones” en 2009 y la creación del Órgano de los Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas (ORECE)¹²⁹.

¹²⁵ Cfr. Stoffaës, Ch. (Dir.), *Vers une régulation européenne des réseaux, rapport du groupe de réflexion à la ministre déléguée aux affaires européennes* [Hacia una regulación europea de las redes. Informe del grupo de reflexión a la Ministra Delegada de Asuntos Europeos], *op. cit.*, pp. 89-90.

¹²⁶ Cfr. Comunicación de la Comisión Europea, “Pour l’Union européenne. Paix, liberté, solidarité” [Por la Unión Europea. Paz, libertad, solidaridad], Comunicación de la Comisión sobre la arquitectura institucional, COM (2002) 728 final del 4 de diciembre de 2002, p. 4.

¹²⁷ La Comisión hace mención en su comunicación del 11 de septiembre de 1996 sobre los servicios de interés general en Europa (COM (96) 443), en su libro blanco del 6 de marzo de 1996 (*Hacia un espacio aéreo sin fronteras* (COM (96) 57 final), en su comunicación del 12 de junio de 1996 (“definir una estrategia comunitaria de refuerzo de la seguridad aérea” (SEC (96) 1083 final) a la idea de una agencia encargada de la regulación del tráfico del espacio aéreo europeo completando el cuadro de acción de Eurocontrol. V. Rodrigues, S., *La nouvelle régulation des services publics en Europe. Energie, postes, télécommunications et transport* [La nueva regulación de los servicios públicos en Europa. Energía, correos, telecomunicaciones y transporte], Cachan, Tec & Doc, 2000, pp. 265-266.

¹²⁸ V. el cons. n° 25 de la Directiva N° 97/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 30 de junio de 1997 relativa a la interconexión en el sector de las telecomunicaciones con miras a asegurar un servicio universal y la interoperabilidad para la aplicación de los principios de aprovisionamiento de una red abierta (ONP), *JOCE*, L 199 del 26 de julio de 1997. El Art. 22 § 2 invita a la Comisión a examinar en el informe que debía entregar en 2000 “[...] el valor agregado de la institución de una autoridad reglamentaria europea encargada de las tareas que se muestran mejor realizables a nivel comunitario”.

¹²⁹ Reglamento (CE) N° 1211/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo del 25 de noviembre de 2009 instituyendo el Órgano de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas (ORECE), *JOUE*, L 337 del 18 de diciembre de 2009.

63. La institucionalización de las agencias europeas de regulación obedece de hecho a un doble fenómeno: “De un costado, ella responde al hecho de que la Unión Europea alcanzó un grado considerable de madurez institucional: la posición de la Comisión está tan bien anclada que la misma no tiene necesidad de concentrarse exclusivamente en la extensión de sus competencias. Ella no teme delegar ciertas funciones a órganos que no controla. De otro costado, es bueno recordar que la Comisión fue empujada a delegar a las agencias a causa particularmente de las reticencias políticas a ampliar sus efectivos y de la voluntad de los Estados miembros de dominar las instancias directivas de las nuevas agencias”¹³⁰.

64. Podemos constatar que varias agencias europeas de regulación fueron creadas en el campo de la seguridad internacional de las redes: Agencia Ferroviaria Europea, Agencia de Seguridad Aérea, Agencia Encargada de la Seguridad de las Redes y de la Información. En el terreno postal, la problemática de la seguridad no se manifestó todavía. Por el contrario, en el sector energético, la seguridad de las infraestructuras y de aprovisionamiento de energía eléctrica o de gas natural impuso una reflexión relativa al establecimiento de una agencia europea aportando su experticia. Esta agencia podría incluso tomar decisiones en lo que concierne el financiamiento y la gestión de las interconexiones transfronterizas.

65. Sin embargo, las instituciones de la Unión juzgaron pertinente concentrarse en la puesta en marcha de una Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía (ACER) dejando intacta la cuestión de una agencia encargada de la gestión de la infraestructura. Tres razones explican la elección de la Comisión de reforzar e institucionalizar la coordinación de la actividad de los gestores nacionales. En primer lugar, podemos considerar que la gestión de las redes de transporte en el marco internacional implica la aplicación de normas heterogéneas. Este argumento no es totalmente convincente a partir del momento en que un órgano europeo detentando competencias amplias permitiría una coordinación con las decisiones validadas por la Comisión. En segundo lugar, los gestores de las redes buscan sobre todo planificar las inversiones y asegurar el funcionamiento correcto de las infraestructuras. Podemos replicar a ello que una institución comunitaria se beneficiaría de un buen conocimiento del territorio y cumpliría igualmente de forma correcta las exigencias administrativas y reglamentarias necesarias. En tercer lugar, la yuxtaposición de un regulador europeo y reguladores nacionales sería fuente de complejidad para el sistema. Ya nos hemos pronunciado sobre ello al momento de evaluar la primera objeción.

66. En el sector de las comunicaciones, la Agencia Encargada de la Seguridad de las Redes y de la Información dispone competencias únicamente para desempeñar un rol consultivo. La misma podría, en el futuro, ver sus competencias reforzadas, por ejemplo en el campo de las radiofrecuencias civiles. De hecho, la Comisión mantuvo su voluntad

¹³⁰ Cfr. Kelemen, D. R., “The European ‘Independent’ Agencies and Regulation in the E.U.” [Las agencias “independientes” y la regulación en la UE], Bruselas, Center for European Policy Studies (CEPS), Working Document n° 112, octubre de 1997, p. 20.

de tomar parte en la regulación mundial de Internet. Un reforzamiento de sus competencias permitiría aprovechar mejor la experiencia de sus expertos. La Comisión buscaba efectivamente la creación de un órgano europeo transfiriéndole algunas competencias pero el Parlamento Europeo no permitió la concretización de estas ambiciones al momento de la creación de la Agencia Europea Encargada de la Seguridad de las Redes y de la Información [*European Network and Information Security Agency (ENISA)*]¹³¹. A su turno, el “Paquete Telecomunicaciones”, de diciembre de 2009, no prevé sino el establecimiento del ORECE que carece de competencias decisorias¹³².

67. En ocasión de las discusiones sobre un nuevo tratado, abiertas a inicios de los años 2000, los debates sobre las reformas institucionales constituían una oportunidad propicia para tomar la reflexión sobre las agencias de regulación, particularmente en la Conferencia Intergubernamental que se desarrolló de octubre de 2003 a junio de 2004. Una primera opción era acrecentar las competencias de la Comisión Europea a fin de inscribir en un texto la posibilidad de una delegación a una autoridad europea que quedaría bajo su control. Esta solución implicaba un aumento de las competencias de la Comisión que deberían, sin embargo, ser delegadas a órganos especializados. Stéphane Rodrigues propuso la redacción siguiente: “La Comisión vela por la aplicación de las disposiciones del presente Tratado y de las disposiciones tomadas por las instituciones en virtud del mismo; ella puede a tales efectos delegar, según ciertas modalidades determinadas, algunos de sus poderes en una agencia especializada establecida bajo su control”¹³³. La delegación de poderes podía ser operada de manera más simple conservando el rol esencial de la Comisión por la vía de un recurso o de un derecho de veto. Dicho de otra manera, las autoridades habrían podido disponer de verdaderos poderes de decisión y la Comisión seguiría siendo la última instancia de regulación a nivel europeo. La segunda posibilidad era instituir instancias nuevas de conformidad con la jurisprudencia de la CJUE de 1977 relativa a la creación de establecimientos públicos internacionales gestionados por la Comisión¹³⁴. Se trataría de órganos autónomos con respecto a la Comisión. Stéphane Rodrigues se mostró también favorable a esta opción que sugería la introducción de un artículo autorizando la creación de autoridades europeas de regulación bajo la forma de establecimientos públicos comunitarios. El cuadro comunitario debía tender, desde su punto de vista, a “[...] crear, en función de las necesidades,

¹³¹ Agencia de Seguridad de la Red Europea y de la Información.

¹³² “El ORECE debería seguir los trabajos del GRE desarrollando la cooperación entre las ARN, y entre ellas y la Comisión, a fin de asegurar la coherencia en la puesta en marcha, en todos los Estados miembros, del marco reglamentario de la Unión Europea para las redes y servicios de comunicaciones electrónicas y contribuir así al desarrollo del mercado interior”. Cfr. cons. n° 8, reglamento (CE) N° 1211/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo del 25 de noviembre de 2009 instituyendo el Órgano de los Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas (ORECE).

¹³³ Cfr. Rodrigues, S., “Quelques considérations juridiques en faveur d’un statut pérenne des autorités européennes de régulation” [Algunas consideraciones jurídicas en favor del estatus perenne de las autoridades europeas de regulación], *AJDA*, n° 22 (2004), p. 1181.

¹³⁴ *A priori*, los establecimientos públicos internacionales no pueden disponer sino de poderes de ejecución. V. dictamen de la CJUE N° 1/76 del 26 de abril de 1977, “Proyecto de acuerdo relativo a la institución de un fondo europeo de inmovilización de la navegación interior”, rec. p. 741.

una autoridad europea de regulación dotada de la personería jurídica y encargada de la puesta en práctica y del respeto de la reglamentación comunitaria en un sector determinado y en colaboración con la Comisión”¹³⁵.

68. El Instituto Montaigne, por su parte, insistió en la urgencia de crear una “Alta Autoridad de Elaboración de las Decisiones Europeas Energéticas” (HACEE)¹³⁶. El grupo de reflexión deseaba la creación de un lugar de experticia y de acción en el campo energético, independiente de la Comisión. Según este grupo de reflexión, la independencia del órgano es necesaria para evitar parecer “[...] demasiado connotado como una instancia puramente técnica, subordinada a la Comisión”¹³⁷. La denominación de “Alta Autoridad” fue preferida a la de “consejo” y a la de “observatorio”, haciendo referencia a la Alta Autoridad erigida en el cuadro del Tratado *CECA* que, incluso cuando se haya fusionado en 1965 con las Comisiones de la Comunidad Económica Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica para formar una Comisión Europea única, “[...] supo llevar en alto y durante muy largos años su misión”¹³⁸.

69. La proposición del grupo de reflexión era entonces la instauración de un régimen de autoridades independientes de regulación a nivel europeo de manera similar a las autoridades nacionales de regulación encargadas de efectuar tareas de concertación, proposición y experticia pero sin poder de decisión. La Alta Autoridad era capaz de “[...] articularse con el circuito de los reguladores nacionales de manera a mantener una coherencia en los estudios e investigaciones y en la elaboración de textos y su aplicación”¹³⁹. El informe proponía también la creación de un consejo consultivo que reuniera a los miembros de la Alta Autoridad y los presidentes de los reguladores nacionales.

70. Todas estas propuestas efectuadas en materia de política energética son delicadas y destinadas a realizarse en razón del carácter estratégico del sector para los Estados miembros. La creación de las instancias europeas de regulación permitiría asegurar una coordinación entre los Estados y sobrepasar la simple cooperación interestatal. La yuxtaposición de los niveles nacionales podría desaparecer en beneficio de un nivel europeo *supra* estatal.

71. Efectuadas todas estas consideraciones juzgamos necesario exponer nuestra conclusión.

¹³⁵ Rodrigues, S., “Quelques considérations juridiques en faveur d’un statut pérenne des autorités européennes de régulation” [Algunas consideraciones jurídicas a favor de estatus perenne de las autoridades de regulación], *op. cit.*, p. 1182.

¹³⁶ V. Institut Montaigne, *Quelle politique de l’énergie pour l’Union européenne?* [¿Qué política de la energía para la Unión Europea?], Informe del grupo de trabajo presidido por Jean-Paul Tran Thiet, París, Institut Montaigne, 2007, pp. 46-49. Ver <http://www.institutmontaigne.org/fr/publications/quelle-politique-de-lenergie-pour-lunion-europeenne>.

¹³⁷ Ídem, p. 46.

¹³⁸ Ídem.

¹³⁹ Ídem, p. 49.

Conclusión.

72. Para finalizar, subrayamos, a modo de cierre, que este cuadro jurídico europeo operó una revolución copernicana en el campo de los servicios públicos en red del derecho francés modernizándolos gracias a los dispositivos enunciados.

73. Globalmente, tanto a nivel nacional como del derecho de la Unión Europea, podemos constatar una tendencia hacia la *autonomización de la función regulatoria*.