

# COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (CNMC): FAQ

Carlos PADRÓS REIG

Profesor Titular de Derecho Administrativo  
y de Derecho Europeo  
Universitat Autònoma de Barcelona

## 1. INTRODUCCIÓN

Para cualquier observador del Derecho contemporáneo resulta evidente la enorme complejidad del ordenamiento jurídico y la proliferación incontrolada de leyes y normas. Lo que hace un tiempo constituía un conjunto armónico de reglas más o menos básicas se ha convertido en la actualidad en un gran magma de normas de distinto rango, procedencia, fundamento y objetivos<sup>1</sup>. Toda reforma se confía a la aprobación normativa, despreciando otros elementos más propios de las dinámicas de organización administrativa, de medios humanos y materiales para la aplicación o de evaluación de resultados de las políticas. Este podría ser el caso que se suscita con la reciente aprobación de la Ley 3/2013 de 4 de junio de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Apenas empezada a aplicar en todos sus elementos la Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, las Cortes Generales aprueban hoy una ley que viene a derogar y sustituir el anterior modelo.

No se trata evidentemente de defender el inmovilismo y la petrificación de los ordenamientos. Sin embargo, los cambios deberían restringirse a aquellos casos donde la mejora es de tal entidad que compensa los costes de la deriva normativa<sup>2</sup>. La nueva Ley 3/2013, a diferencia de la anterior

---

<sup>1</sup> E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Madrid, Civitas, 1999. Igualmente nuestro trabajo, C. PADRÓS REIG, «Producción legislativa, estructura parlamentaria y cambio político en España: un análisis cuantitativo», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 78, 2010.

<sup>2</sup> En relación con la reforma, se ha dicho que «Es una nueva manifestación de la funesta manía de la política española de querer comenzar de cero. En vez de tratar de mejorar lo existente, nuestros políticos tienen tendencia a empezar de nuevo para dejar su impronta [...]. No se deben cambiar las cosas que funcionan. Nuestros organismos reguladores se han consolidado y funcionan relativamente bien. En todo caso, deben hacerse ajustes para mejorar su funcionamiento y composición», A. COSTAS, «Una fusión explosiva», *El País*, 3 de marzo de 2013.

15/2007, no ha contado con un proceso de participación abierto y —casi podríamos decir— ejemplar, mediante la propuesta de reforma en un libro blanco y la discusión de aportaciones de técnicos y operadores jurídicos en materia de defensa de la competencia y regulación de mercados<sup>3</sup>. El proceso que culminó en 2007 con la aprobación de la Ley fue a la vez excepcional y extraordinario. Tampoco la tramitación parlamentaria actual es digna de especial mención y el dilatado paso del texto por el Congreso se explica más por las dudas internas del Gobierno que por la incorporación de las aportaciones fruto de los trabajos parlamentarios. La votación final de la Ley arroja sólo el voto afirmativo de la mayoría gubernamental.

Proponemos para la estructuración del presente estudio, plantear una serie de cuestiones (*FAQ*) a nuestro juicio fundamentales para entender la reforma más que realizar un comentario exegético de los preceptos de la nueva Ley.

En su visión general, la Ley 3/2013, se gesta con algunos elementos contextuales que pueden interferir el debate técnico. En primer lugar, en febrero de 2012 aparece a la luz el Informe de la consultora PWC encargado por la empresa Telefónica con el título *Modelo organizativo de las autoridades nacionales de regulación y competencia en España*. La aparición del Informe coincide con la recepción por parte del Consejo de Ministros del Informe sobre el Proyecto de Ley y contiene alguna de sus líneas maestras. Sorprende pues, poderosamente, la coincidencia de intereses entre una gran corporación como Telefónica y el inicio de la actividad normativa. Obviamente, nada impide la alineación de intereses entre el sector privado y el gobierno si con ello se defiende mejor al interés general.

En segundo lugar, la reforma propuesta inicialmente suscita las reticencias de la Comisión Europea, quien incluso amaga con someter a España a un procedimiento de incumplimiento del Derecho comunitario. Efectivamente, en la carta de la Vicepresidenta Neelie Kroes dirigida al Ministro de Industria de fecha 11 de febrero de 2013, la alta representante europea expresa su preocupación por lo que considera que podría suponer «debilitar la independencia de las Autoridades Nacionales Reguladoras, además de planear una importante transferencia de competencias normalmente ejercidas por dichas autoridades independientes del poder ejecutivo». Efectivamente, la independencia del regulador constituye un principio regulatorio a la vez que una obligación jurídica de los Estados miembros en la UE y con el proyecto analizado se podría poner en peligro la existencia de una regulación efectiva e imparcial. Por tanto, pese a la apelación que se hace en el Preámbulo del texto finalmente aprobado a la existencia de modelos comparados, lo cierto es que el proceso ha sido objeto de críticas exteriores nada despreciables. Y las dudas de la Comisión ponen en alerta a cualquiera en el plano de relación entre ordenamiento comunitario y ordenamiento nacional.

---

<sup>3</sup> Véanse las críticas vertidas por el Consejo de Estado en el Dictamen del Anteproyecto. Dictamen 870/2012 de 13 de septiembre de 2012. Igualmente A. PETITBÓ, «Un horizonte nuevo para la competencia y la regulación», *Anuario de la Competencia 2011-2012*. ICO-Servicio de Publicaciones de la UAB, 2012.



En tercer lugar, la cuestión de fondo (fusionar a los varios reguladores sectoriales y a éstos con la autoridad de defensa de la competencia) se puede aprovechar como excusa para sacar de las actuales comisiones a los consejeros que fueron nombrados en época anterior al actual gobierno y por ello, se perciben como no afines. Se trata de la conocida táctica de talar el bosque para conseguir cobrar la pieza de caza. No parece haber ninguna razón objetiva para proceder a la reforma con extrema celeridad y el régimen transitorio contenido en la DA 2.<sup>a</sup> de la Ley confirma los temores que suscitaría la utilización desviada de la reforma normativa.

Por todo ello, la aparición de la Ley 3/2013 viene envuelta de cierta polémica siempre perturbadora y que en nada ayuda a la mejora normativa. Así las cosas, el comentarista jurídico debe centrar su análisis en las disposiciones legales aprobadas y en el contexto de las mismas. Formalmente, la Ley presenta 39 artículos, 18 Disposiciones adicionales, 10 transitorias y 11 finales. Por la propia dimensión numérica puede apreciarse cómo el legislador confiere casi igual importancia al impacto de la Ley sobre otras normativas, así como a la regulación del régimen transitorio que al propio articulado de la nueva Ley. La Ley dedica básicamente sus artículos a abordar la configuración legal de la nueva CNMC: naturaleza; composición y funciones; potestades y rendición de cuentas. A su vez, reforma o deroga preceptos de varias leyes sectoriales<sup>4</sup>.

De hecho, se trataría de una ley organizativa que redefine la Administración Pública encargada de funciones tan cruciales en los mercados liberalizados como es la regulación de los sectores y la defensa de la libre y leal competencia. No se trata de una Ley material, en el sentido de abordar cuestiones de fondo, sino de una ley para mejorar la aplicación administrativa de la regulación sectorial. A pesar de ello, la nueva organización presenta elementos que influyen e interfieren en la regulación de fondo (por ejemplo la devolución de algunas competencias reguladoras a los Ministerios).

## 2. FAQ

### A. ¿ES LA NUEVA CNMC MÁS INDEPENDIENTE?

Entre la doctrina que ha estudiado el tema de la configuración de las agencias reguladoras independientes existe un notable consenso acerca de la necesidad de que las mismas gocen de independencia respecto del poder

<sup>4</sup> Se modifican para adaptarlas al nuevo texto la Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y la Ley 6/1997, de 17 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. Más significativos son los cambios en la regulación sectorial que afectan a la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos; la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico; la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones; la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario; la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia; la Ley 23/2007, de 8 de octubre, de creación de la Comisión Nacional del Sector Postal; la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual; la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible; la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de Regulación del Juego; y la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea.

político y respecto de las empresas del sector que regulan<sup>5</sup>. Los reguladores gozan de una legitimidad técnica más allá de la representatividad política y su existencia se justifica precisamente por la necesidad de aislar decisiones regulatorias del debate partidista. De este modo, podemos asumir la premisa de que cuanto más independiente sea el regulador, mejor<sup>6</sup>. El propio Preámbulo de la Ley 3/2013 establece que la complejidad técnica justifica que las autoridades reguladoras tengan unos criterios de actuación «eminente técnico y ajenos a cualquier otro tipo de motivación». Pero medir el grado de independencia de un organismo es siempre una operación compleja en la que entran en juego muchos factores: nombramiento y mandato de los consejeros; capacidad regulatoria, independencia financiera, rendición de cuentas, etcétera<sup>7</sup>.

La CNMC cuenta básicamente con dos órganos rectores: el Presidente y el Consejo. El Presidente, así como el Vicepresidente, se eligen por parte del Gobierno con los mismos requisitos que los ocho miembros restantes del Consejo. Se nombran por Real Decreto y se somete su nombramiento a una comparecencia parlamentaria. La Comisión correspondiente del Congreso puede ejercer veto sobre los nombramientos por mayoría absoluta. Dicho en otras palabras, el Parlamento tiene solo un poder reactivo frente a los nombramientos gubernamentales. Se incluye la cláusula —que casi puede calificarse de estilo— respecto a que los candidatos deben contar con «reconocido prestigio y experiencia profesional»<sup>8</sup>. También resulta destacable cómo los consejeros tienen la consideración de altos cargos de la Administración General del Estado. Existe una disposición específica con respecto al deber de independencia y actuación imparcial (art. 24), que se exige, sin embargo, solamente a los «empleados» (sic) de la CNMC.

<sup>5</sup> Véanse tanto el proyecto INDIREG «Indicators for independence and efficient functioning of audiovisual media services regulatory bodies - a study conducted on behalf of the European Commission», cuyo informe final fue presentado en noviembre de 2011 (disponible en [www.indireg.eu](http://www.indireg.eu)) como el estudio OCDE, «Designing independent and accountable regulatory authorities for high quality regulation», Proceedings of an Expert Meeting in London, United Kingdom, 10-11 January 2005.

<sup>6</sup> J. M. SALA ARQUER, «El Estado neutral. Contribución al estudio de las Administraciones Independientes», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 42, 1984; G. MAJONE, *Regulating Europe*, London, Routledge, 1996.

<sup>7</sup> Existen varios estudios doctrinales que intentan objetivar el grado de independencia de las agencias reguladoras: F. GILARDI, *Delegation in the Regulatory State: Independent Regulatory Agencies in Western Europe*, Edward Elgar Publishing, 2008; LARSEN, et al., «Independent regulatory authorities in Europe», disponible en <http://sessa.eu.com/documents/wp/D73.1-Larsen.pdf>; J. STERN, «Effective utility regulation and independent regulation: what makes an independent regulator independent?», *Business Strategy Review*, vol. 8 (2), June 1997; MONTOYA y TRILLAS, «The Measurement of Regulatory independence in practice: Latin America and the Caribbean», *International Journal of Public Policy*, vol. 4 (1-2), 2009.

<sup>8</sup> Sobre las insuficiencias del modelo, cfr. E. MALARET GARCÍA, «Administración pública y Regulación Económica», en *Actas del II Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Santander, 2-3 de febrero de 2007, Thomson Aranzadi, 2007. «Hasta la fecha, la legislación ha establecido los requisitos personales pero seguramente no ha acertado en el diseño de las reglas procedimentales y sustanciales propias de un quehacer de los poderes públicos coherente con los postulados constitucionales. Y en este contexto, la motivación de la decisión cobra una gran trascendencia», p. 151.



Si comparamos la actual regulación con la contenida en la Ley 15/2007, podemos afirmar el mantenimiento de los principios de independencia y objetividad. Efectivamente la elección de los miembros de la extinta CNC se realizaba igualmente por designación gubernamental una vez oída la Comisión de Economía del Congreso (art. 31). Nada se establecía, pues, respecto a la posibilidad de veto del Congreso, que ni tan siquiera procedía a la votación. Con la regulación actual, se prevé la posibilidad de declaración de inidoneidad de los candidatos (acuerdo por mayoría absoluta).

El mandato de los miembros de la CNMC será de seis años no renovables, con lo cual se separa el ciclo político de la elección de los miembros. Se establecen requisitos de independencia tanto a priori como un periodo de «*cool off*» una vez abandonado el cargo. Los miembros CNMC que «hayan prestado servicios profesionales en entidades de un mercado o sector en el que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ejerce su supervisión, deberán notificar al Consejo cualquier derecho o facultad, cualquiera que sea su denominación, a reserva o recuperación de las relaciones profesionales, a indemnizaciones o a cualesquiera ventajas de contenido patrimonial» (art. 24.1). Igualmente, «durante los dos años posteriores a su cese, el Presidente, el Vicepresidente y los consejeros no podrán ejercer actividad profesional privada alguna relacionada con los sectores regulados y la actividad de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.» (art. 22.4).

Al limitarse el mandato a seis años sin posibilidad de renovación, existe el riesgo de la llamada «*revolving door*» donde los consejeros puedan terminar favoreciendo determinadas empresas con vistas a su colocación en el futuro una vez agotado su breve mandato. Para ello se establece el periodo de «*cool off*» de dos años entre el régimen de incompatibilidades. Finalmente, los miembros del Consejo no podrán asumir funciones ejecutivas o de dirección en áreas concretas de la CNMC. Con ello se intentaría también garantizar una cierta separación entre órganos rectores y personal directivo.

Las causas de cese son esencialmente iguales a las existentes en 2007, con un mayor énfasis en las causas de cese debidas a los conflictos de intereses y deber de reserva.

Pero la CNMC viene a sustituir no solo a la CNC sino de manera mucho más amplia, a agrupar en un único regulador varios reguladores sectoriales. De ello podemos extraer el cuadro resumen de la página siguiente.

La diversidad inicial de composición y mandato de los organismos reguladores se uniformizó mediante la Ley de Economía Sostenible (Ley 2/2011 de 4 de marzo). Efectivamente, dicho instrumento legal equiparó el nombramiento, composición y funcionamiento de los llamados reguladores sectoriales (*expressis verbis* en la Ley: CNE, CMT y CNSP) A la CNC se le aplican algunas disposiciones de la Ley 2/2011 a pesar de no calificarse como organismo regulador. Modificaciones posteriores a la Ley añadieron

	Núm.	Nombra- miento	Parlamento	Mandato	Renova- ción	Cuaren- tena
CNC	6	Gobierno	Consulta	6 años	No	2 años
CNE	6	Gobierno	Consulta	6 años	No	2 años
CMT	6	Gobierno	Consulta	6 años	No	2 años
CRFER	6	Gobierno	Sin intervención	6 años	No	No
CNSP	7	Gobierno	Comparecencia	6 años	Una vez	2 años
CNJ	7	Gobierno	Comparecencia	6 años	No	No
CREA	3	Gobierno	Sin intervención	n/d	n/d	n/d
CEMA	7	Parlamento	3/5 o mayoría absoluta	n/d	n/d	n/d

la Comisión Nacional del Juego y la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria también como organismos reguladores<sup>9</sup>.

La CNC nunca ha sido considerada en propiedad un organismo regulador (puesto que es una autoridad independiente en materia de defensa de la competencia, que más que regular un sector vigila el cumplimiento transversal e intersectorial de los principios legales de libre mercado). Tampoco el Comité de Regulación Ferroviaria (órgano colegiado adscrito al Ministerio de Fomento)<sup>10</sup>. Y menos aún, el nonato Consejo Estatal de Medios Audiovisuales, caracterizado más como una administración independiente («organismos públicos a los que se reconoce expresamente por una Ley la independencia funcional o una especial autonomía respecto de la Administración General del Estado», según dicción de la DA 10.ª de la Ley 6/1997, LOFAGE)<sup>11</sup>. De este modo, por virtud de la propia reforma operada en 2011, se separa propiamente entre organismos reguladores y CNC, de un lado; y entre organismos reguladores y otros (CRFER y CEMA)<sup>12</sup>.

De este modo, la valoración del grado de independencia formal de cada uno de los organismos preexistentes puede ser muy distinta. Para los reguladores sectoriales (energía, telecomunicaciones, postal y juego), puede que

<sup>9</sup> Entre la aprobación de la Ley de Economía Sostenible (marzo de 2011) y su derogación parcial (junio de 2013), se cuentan hasta 9 versiones modificadas parcialmente de la misma. Este ritmo de reforma demuestra la alocada dinámica reformadora de nuestro sistema jurídico que poníamos de manifiesto en la introducción.

<sup>10</sup> Sobre la falta de independencia de la Administración ferroviaria española y el consecuente incumplimiento del Derecho comunitario, véase, C. PADRÓS REIG, «Liberalización económica y transformación de la Administración pública: el caso del ferrocarril en la jurisprudencia reciente del TJUE», en *Revista de Derecho del Transporte*, núm. 12, 2013.

<sup>11</sup> Al respecto y poniendo de manifiesto las insuficiencias del modelo español, cfr. C. PADRÓS REIG, «Las características de la Administración pública reguladora del sector audiovisual», *Administración y Justicia: un análisis jurisprudencial. Liber Amicorum al Profesor T. R. Fernández Rodríguez*, Madrid, Civitas, Madrid, 2012.

<sup>12</sup> El Consejo de Estado ya advertía en su Dictamen a propósito de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible sobre la impertinencia de reducir a un solo modelo la diversidad de reguladores. Véase Dictamen núm. 215/2010.



no exista una variación excesiva. Para la CNC, en cambio, se pasa de una verdadera administración independiente a un organismo regulador (aunque el nombramiento y mandato no difieren demasiado). Para el regulador ferroviario se daría un aumento de la independencia formal y funcional, mientras que para el regulador audiovisual (inexistente en la actualidad), el modelo organizativo supondría un claro retroceso (de elección parlamentaria a nombramiento gubernamental).

A lo anterior, de todos modos, debe añadirse el principio de especialización. Si pensamos en un Consejo relativamente reducido (10 miembros), encargados de dilucidar aspectos extremadamente complejos de una variopinta regulación sectorial, resultará que el Consejo deberá, en la mayoría de los casos asumir como suya la propuesta hecha por parte de las direcciones sectoriales<sup>13</sup>. Una especie de motivación «*in allunde*» por razones exclusivamente de competencia técnica. De este modo, los anteriores consejeros expertos en energía de la CNE o en telecomunicaciones de la CMT, pasarán a ser expertos generalistas que deberán apoyarse en técnicos cuyo nombramiento no responde a ninguna exigencia de independencia o aprobación parlamentaria.

Con todo ello se quiere indicar que la independencia formal es solo uno de los elementos a tener en cuenta en la caracterización general del organismo administrativo. No cabe duda de que la dicción de la nueva Ley define la CNMC como «organismo público de los previstos en la DA 10.<sup>a</sup> de la LOFAGE» que actúa «con autonomía orgánica y funcional y plena independencia del gobierno y de las Administraciones públicas». Además, se prohíbe a sus miembros solicitar o aceptar instrucciones de ninguna entidad pública o privada. Si reparamos en la dicción literal, el legislador se cuida mucho de etiquetar su naturaleza jurídica como «administración independiente» o «autoridad independiente». Si se comparan los términos con, por ejemplo, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Consejo de Seguridad Nuclear, el Banco de España, la Agencia Española de Protección de Datos, entre otros, resulta claro que no hablamos exactamente de la misma naturaleza. Dicho en otras palabras, la antigua dicción de la LOFAGE recoge los mismos organismos que ahora se agrupan bajo la estructura común de la Comisión Nacional del Mercado y la Competencia. A pesar de ello, sus funciones habrán quedado seriamente mermadas.

<sup>13</sup> El art. 25 relativo a los órganos de dirección, prevé la existencia de cuatro direcciones de instrucción que ejercen sus competencias sin dependencia del Consejo:

a) La Dirección de Competencia, a la que le corresponderá la instrucción de los expedientes relativos a las funciones previstas en el art. 5 de esta Ley.

b) La Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual, a la que corresponderá la instrucción de los expedientes relativos a las funciones previstas en los arts. 6, 9 y 12.1.a) y e) de esta Ley.

c) La Dirección de Energía, a la que corresponderá la instrucción de los expedientes relativos a las funciones previstas en los arts. 7 y 12.1.b) de esta Ley.

d) La Dirección de Transportes y del Sector Postal, a la que corresponderá la instrucción de los expedientes relativos a las funciones previstas en los arts. 8, 10, 11 y 12.1.c), d) y f) de esta Ley.

Sorprendentemente, nada se dice del sector del juego que parece quedar en tierra de nadie.

Pero todo el debate jurídico esconde uno más profundo que ya habíamos tenido ocasión de poner de manifiesto en otro lugar. La relativa flexibilidad de las naturalezas y los regímenes legales de los organismos con respecto a la independencia real de los mismos. Dicho en otras palabras, como indica el *Global Competition Forum* de la OCDE, «dado que existen diferentes modelos potencialmente eficientes para implementar la política de defensa de la competencia, cada uno de ellos encajando mejor en una jurisdicción o economía, la aplicación práctica del modelo elegido determina o contribuye a determinar en gran medida los parámetros de eficiencia, transparencia y seguridad jurídica. Muchos de estos aspectos no tienen una conexión directa con el diseño institucional sino con el estilo administrativo (*enforcement style*) de las instituciones de defensa de la competencia»<sup>14</sup>.

Lo mismo que argumenta la OCDE para la defensa de la competencia, ha de poder extrapolarse a cualquiera de los organismos reguladores. Existen multitud de modos de articular la independencia de las autoridades reguladoras respecto de los intereses coyunturales del gobierno. Pero todo ello se basa fuertemente en una cultura administrativa más que en las previsiones legales. Instituciones con gran capacidad técnica, autonomía presupuestaria, capacidad autónoma para elaborar planes de actuación y rendir cuenta de los mismos ante los parlamentos son verdaderamente independientes. Por contra, órganos administrativos politizados, sobrecargados de trabajo e infradotados de medios económicos y personales no podrán nunca gozar de independencia, por más que se la atribuya el ordenamiento legal. A pesar de ello, la nueva andadura de la CNMC dependerá fuertemente de las personas elegidas por el gobierno para ocupar su Consejo<sup>15</sup>.

Además, no parece evidente la afirmación contenida en la nota de prensa emitida por el Gobierno el 24 de febrero de 2012 donde se detalla entre las razones del cambio, «el incremento de la calidad reguladora que vendrá determinado por la mayor independencia y neutralidad del organismo»<sup>16</sup>. Ni tampoco la justificación del sistema de nombramiento para «reforzar la legitimidad democrática de la Comisión». En este sentido, se ha afirmado con razón que «el asunto parece haberse abordado exclusivamente desde la perspectiva administrativa (o política). En efecto, persiste la decisión de proceder a los nombramientos por parte del Gobierno con la única limitación de la capacidad de veto por parte de una Comisión del Congreso. Este procedimiento tiene una naturaleza más política que técnica, pues se evalúa más la idoneidad general que los principios de igualdad, mérito y

<sup>14</sup> OCDE Global Forum on Competition, «*The objectives of competition law and policy and the optimal design of a competition agency. Spain*», Documento CCNM/GF/COMP/WD(2003)28. Citado en C. PADRÓS REIG, «El marco institucional de la defensa de la competencia», en J. MAILLO GONZÁLEZ-ORUS y J. M. BENEYTO, *Comentarios a la Ley de Defensa de la Competencia*, Barcelona, Bosch, 2008

<sup>15</sup> A modo de ejemplo pesimista sobre la deriva de nuestra cultura de *enforcement* administrativo e independencia institucional, véase la reciente renovación de órganos de relevancia constitucional o la hasta ahora inédita elección de un perfil claramente político para ocupar la presidencia de la CNMV.

<sup>16</sup> «Informe sobre la reforma de los organismos supervisores», 24 de febrero de 2012. Disponible en [www.lamoncloa.gob.es](http://www.lamoncloa.gob.es).



capacidad. De acuerdo con la Memoria, «se refuerza la legitimidad democrática de la Comisión». Se trata de una condición necesaria, pero también hay que garantizar la idoneidad técnica de los Consejeros, evitando que su nombramiento responda más a motivaciones políticas que a las exigencias profesionales de un órgano que tiene que pronunciarse sobre cuestiones de singular importancia que pueden afectar a la vida de las empresas y los derechos de los consumidores. Todo ello con independencia del poder político»<sup>17</sup>.

## B. ¿DISPONE LA CNMC DE NUEVAS Y MÁS POTENTES HERRAMIENTAS?

La tarea de un macrorregulador sectorial unido a la defensa de la competencia transversal en todos los sectores producto de la liberalización económica requiere de un esfuerzo considerable de medios y recursos. Se trata de recrear mercados donde no existían tradicionalmente y de mantener activa la vigilancia de su correcto funcionamiento. Tanto por la dimensión de los operadores posmonopolistas como por la propia existencia de infraestructuras en red, el mercado tiende a su concentración oligopolística.

Este elemento, la creación y el buen funcionamiento de los mercados de servicios de interés general, constituye un elemento clave en la liberalización. Si con el paradigma anterior a la desmonopolización y la liberalización, la garantía de las prestación residía precisamente en la presencia pública en la propiedad de alguno de los operadores (el Estado garante de la prestación), con la nueva situación jurídico-económica, el mercado es precisamente el mecanismo administrativo que ha de garantizar el servicio a los ciudadanos. Si comparamos el mercado de la telefonía fija (posmonopolista) con el de la telefonía móvil (desde su nacimiento como libre mercado), resulta que la garantía de la prestación del primero era el operador público, mientras que para el segundo las fuerzas del libre mercado están llamadas a garantizar que siempre pueda entrar un operador a prestar el servicio. La fuerza competitiva de la oferta y la demanda y la expectativa de rentabilidad para el operador funcionan como mecanismo de garantía de provisión. Por ello, velar por el correcto y normal desarrollo del mercado de servicios de interés general constituye una responsabilidad de primer orden para el nuevo Derecho administrativo.

Dicho lo anterior, cabe preguntarse: ¿cómo configura la Ley 3/2013 los poderes de la nueva CNMC? Se trata de un organismo tanto de supervisión, como de autorización de entrada, como de regulación del funcionamiento, como de represión de aquellas conductas que sean ilegales en virtud de la normativa material contenida en la Ley 15/2007 y en el equivalente en Derecho europeo.

<sup>17</sup> A. PETITBÓ, «Un horizonte nuevo para la competencia y la regulación», *Anuario de la Competencia 2011-2012*. ICO-Servicio de Publicaciones de la UAB, 2012, p. 101. Hay que discrepar sin embargo sobre la necesaria legitimidad democrática de los organismos reguladores. Si bien toman decisiones altamente trascendentales su legitimidad es precisamente técnica y por ello deben responder ante la sociedad.

La técnica legislativa utilizada para regular las funciones de la CNMC deja bastantes dudas sobre la propia integración de los sectores individualmente considerados dentro de la nueva arquitectura institucional. Dicho en otras palabras, se mantiene a nivel de regulación de las funciones la separación que la misma Ley pretende evitar. Incluso se llega a la paradoja de la misma excepción contemplada en el art. 5.3 cuando se establece que «Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 1 y 2, en los mercados de comunicaciones electrónicas y comunicación audiovisual, en el sector eléctrico y en el sector de gas natural, en el sector ferroviario, en materia de tarifas aeroportuarias y el mercado postal, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia estará a lo dispuesto en los arts. 6 a 11 de esta Ley». En otras palabras, sin perjuicio de las funciones generales de competencia de la CNMC en los sectores, prevalece su regulación específica (excepto para el juego, que no se entiende por qué razón queda excluida de esta especie de principio de *lex specialis*).

De este modo, se dedican los arts. 5 y siguientes a la regulación de las funciones necesarias para preservar y promover la efectiva competencia en los mercados, siguiendo este esquema:

- Art. 5.1. Funciones de competencia.
- Art. 6. Supervisión y control del mercado de comunicaciones electrónicas.
- Art. 7. Supervisión y control en el sector eléctrico y en el sector del gas.
- Art. 8. Supervisión y control del mercado postal.
- Art. 9. Supervisión y control del mercado de comunicación audiovisual.
- Art. 10. Supervisión y control en materia de tarifas aeroportuarias.

Se produce, pues, una nueva diversidad de funciones dependiendo del sector que se observe. Se mantienen con carácter general las potestades que la Ley 15/2007 otorgaba a la CNC (incluida la legitimación para impugnar ante la jurisdicción actos de las Administraciones Públicas de los que se deriven obstáculos a la competencia). Hay que recordar también que la derogación de la Ley 15/2007 afecta, en el plano institucional, al Título III (más los arts. 12 y 17), pero también al art. 40 que regulaba la Facultad de Inspección (ahora sustituido por el nuevo art. 27 de la Ley 3/2013). La regulación es, en este aspecto, sustancialmente idéntica, excepto en la referencia explícita a que los inspectores de la CNMC que tengan la condición de agentes de la autoridad deberán ser funcionarios de carrera. Se mantiene igual el régimen de autorización judicial de entrada y la utilización de la información obtenida. Sí, en cambio, aparece una mayor extensión en cuanto al objeto de la inspección (no sólo locales y libros, sino también elementos afectos a la actividad o las redes que se instalen o exploten y programas informáticos). Los inspectores documentarán las actuaciones en actas que tienen naturaleza de documentos públicos y su contenido se presume «*iuris tantum*» cierto.



Pero más allá de las potestades inspectoras, hay que reparar en cómo la CNMC agrupa un gran número de funciones que constituyen un verdadero repertorio de Derecho administrativo:

- Funciones consultivas y de informe (art. 5.2).
- Potestad sancionadora (art. 29).
- Potestad normativa (art. 30 sobre circulares y comunicaciones)<sup>18</sup>.
- Potestad inspectora (art. 27).
- Función arbitral (art. 12 sobre resolución de conflictos y aplicación de la Ley 60/2003).
- Función autorizatoria.
- Potestades de defensa del consumidor<sup>19</sup>.
- Potestad tarifaria (supervisión respecto a cánones y tarifas aeroportuarias).
- Función de vigilancia del cumplimiento de las misiones de servicio público encomendadas por la Ley 7/2010.

Finalmente, resulta destacable la cláusula de competencia residual a favor de la CNMC contenida en la DA 5.<sup>a</sup>, por la cual las competencias recogidas en la legislación sectorial y no atribuidas por la Ley 3/2013 expresamente a departamentos ministeriales, corresponderán a la Comisión<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> «Los poderes de la CNMC no se limitan al análisis de los expedientes sometidos a su consideración. Sus funciones van mucho más allá. En efecto, la CNMC podrá dictar, en forma de Circulares, disposiciones de desarrollo y ejecución de las Leyes, Reales Decretos y Órdenes Ministeriales relacionadas con su ámbito de competencias, lo que no es baladí. Tales circulares tendrán carácter vinculante tras su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*. También podrá dictar comunicaciones aclaratorias de sus actuaciones y efectuar requerimientos de información periódica dirigidos a la generalidad de los sujetos afectados», A. PETIBÓ, «Un horizonte nuevo para la competencia y la regulación», *Anuario de la Competencia 2011-2012*. ICO-Servicio de Publicaciones de la UAB, 2012, p. 97. Esta cuestión, sin embargo, no constituye propiamente una novedad ni respecto de la CNC ni de los reguladores sectoriales. Sobre la cuestión véase nuestro trabajo, C. PADRÓS REIG, «Objetividad, predictibilidad y determinación normativa. Los poderes normativos “ad extra” de las autoridades de defensa de la competencia en el control de los cárteles», Universidad San Pablo CEU. Instituto Universitario de Estudios Europeos - Centro de política de la competencia. Documento de trabajo, Serie política de la competencia, núm. 38/2013.

<sup>19</sup> Hay quien opina que la reforma es una oportunidad perdida para haber fusionado también dentro de la CNMC al Instituto Nacional de Consumo. Cfr. A. PETIBÓ, «Un horizonte nuevo para la competencia y la regulación», *Anuario de la Competencia 2011-2012*, ICO-Servicio de Publicaciones de la UAB, 2012, p. 88.

<sup>20</sup> Con ello se salvarían algunas de las lagunas detectadas en el Informe del Consejo de la Comisión Nacional de Sector Postal de 13 de marzo de 2012 a propósito del Anteproyecto. El Consejo de Estado se muestra crítico con este aspecto: «la cláusula residual de competencia se establece hoy en favor de la CNMC y no de los departamentos ministeriales, como sucedía en las primeras versiones, precisión que se estima elemental e imprescindible para salvaguardar la independencia del regulador en el ejercicio de estas funciones; así, reza la disposición adicional quinta: «Las competencias que las normas vigentes atribuyen a los organismos que se extingan cuando se constituya la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia y que esta ley no haya atribuido expresamente a los departamentos competentes de la Administración General del Estado serán ejercidas por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia». Pero con ello no quedan solventados los problemas en lo que atañe al nuevo reparto de competencias, pues subsiste principalmente un problema de inseguridad jurídica en la definición de ciertas funciones, junto a algunas competencias concretas que se estima deberían atribuirse de forma específica a la CNMC. Por lo que hace a la primera cuestión, si ya de por sí el sistema del anteproyecto es abierto e inseguro (en el sentido de que conviven las funciones actualmente atribuidas a los reguladores, junto con las expresamente concedidas a la CNMC y las previstas en favor de los ministerios), la dificultad es mayor porque las cláusulas residuales que otorgan

### C. ¿LA FUSIÓN DE LOS REGULADORES, IMPLICA UNA RACIONALIZACIÓN ECONÓMICA Y POR ELLO UN AHORRO EN RECURSOS PÚBLICOS?

Este argumento —racionalización administrativa y reducción del gasto— constituye un verdadero *leitmotiv* de las reformas administrativas que aparecen en estos momentos en España. Se trata de conseguir a la vez que la simplificación administrativa, una eficacia en la gestión de los recursos públicos, evitando duplicidades y aprovechando economías de escala. El razonamiento implica, necesariamente, concentración de medios y organismos.

La primera y más evidente medida será la reducción del número total de presidentes y consejeros de los organismos. Al reducir los ocho organismos preexistentes a la CNMC se pasa de cerca de 50 altos cargos a solamente 10. Esta notable reducción produce un ahorro estimado de cerca de cuatro millones de euros.

En segundo lugar, y pese a la importancia económica del ahorro anterior, es cierto que cada uno de los sectores específicos de regulación va a necesitar de un *staff* técnico especializado. Mientras que hay razones para ahorrar en el número de altos cargos, no se puede decir lo mismo de los niveles técnicos. La merma de calidad en los servicios técnicos pondría gravemente en peligro la calidad de la supervisión y la solidez de las decisiones regulatorias. Por ello, el grado técnico difícilmente podrá adelgazarse. Es más, incluso si atendemos a la dicción del art. 31.5 de la Ley, puede producirse un ascenso en la categoría del personal técnico, pasando a configurarse como de naturaleza directiva con una retribución equivalente al subgrupo A1 o mediante contratos de régimen laboral de alta dirección<sup>21</sup>.

Finalmente, existen los servicios comunes que pueden compartir las distintas salas o secciones dentro de la CNMC. Si bien la supervisión e inspección sectorial tiene características propias, los servicios administrativos o los servicios jurídicos, por ejemplo, pueden experimentar cierta racionalización. De todos modos, al concentrar los organismos preexistentes se con-

---

competencias a la CNMC en cada uno de los preceptos que se dedican a la cuestión [así, arts. 5.1.h), 6.f), 7.ai), 8.g), 9.k), 10.c) y 11.g)] lo hacen solamente con carácter prospectivo o para el futuro, encargándole «realizar cualesquiera otras funciones que a partir de la entrada en vigor de esta ley le sean atribuidas por ley o por real decreto». Además de la deficiente redacción, debiendo el inciso temporal ir entre comas, y de que la norma así enunciada es superflua —la CNMC tendrá esas funciones, en efecto, porque se las concedan las leyes o reglamentos que se dicten—, parece claro que el sentido debe ser el de atribuirselas en presente. Esto es, se debe otorgar al regulador de la competencia y de estos sectores la competencia de «realizar cualesquiera otras funciones que le atribuyan las leyes u otras disposiciones normativas del ordenamiento jurídico vigente», tal y como figuraba en las primeras versiones. En segundo lugar, deben ser objeto de atribución expresa a la CNMC ciertas funciones que se estiman de relevancia», Dictamen 870/2012 de 13 de septiembre de 2012.

<sup>21</sup> «[...] se determinarán en el Estatuto Orgánico los puestos de trabajo que por su especial responsabilidad, competencia técnica o relevancia de sus tareas, tienen naturaleza directiva. El personal directivo será funcionario de carrera del subgrupo A1 y, con carácter excepcional, se podrán cubrir dichos puestos en régimen laboral mediante contratos de alta dirección, siempre que no tengan atribuido el ejercicio de potestades o funciones públicas [...]».



centrará también el volumen de trabajo y los nuevos medios de la CNMC deben poder afrontar con garantías ese reto. Dicho en otras palabras, el prestigio y la independencia de la CNMC se juega también en el modo de implementar las políticas de manera rápida, eficaz y transparente.

Se calcula que el ahorro total puede ascender a 28 millones de euros<sup>22</sup>. Es cierto que las reestructuraciones tienen siempre costes y beneficios. En opinión de LLOBET, «las economías de escala (o mejor economías de alcance) en la supervisión de mercados tan dispares como la energía o las telecomunicaciones parecen ser limitadas. Como contrapeso tenemos el coste de gestionar organismos más amplios que pueden dar lugar a problemas de coordinación, falta de conocimientos técnicos de todos los mercados sobre los que los responsables deben tomar decisiones, etc.». Según recoge el periódico *El País*, citando fuentes del Ministerio de Economía, «la integración de los reguladores y competencia en un único organismo supondrá el despido de varios trabajadores. La racionalización en el ámbito de los servicios horizontales es previsible»<sup>23</sup>.

Sin embargo, cuando se analizan las disposiciones transitorias de la Ley, aquellas relativas a la plantilla y a los puestos de trabajo, contienen disposiciones solamente relativas a la posibilidad de que el personal laboral fijo ocupe transitoriamente puestos reservados a funcionarios<sup>24</sup>.

Más que reducir la plantilla de la CNMC mediante despidos, parece claro que se puede producir una transferencia de empleados públicos de los organismos reguladores a las estructuras ministeriales que ahora recuperan algunas funciones. Así se prevé en el apartado segundo de la DA 6.<sup>a</sup> de la Ley cuyo literal establece que:

«El personal laboral de los organismos que ahora se extinguen, se integrará en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en los términos previstos en el art. 44 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, con respeto a los derechos y obligaciones laborales que viniera ostentando hasta ese momento. Para la integración de este personal laboral, se atenderá necesariamente a las funciones efectivas que vinieran desempeñando en el organismo extinguido.

Excepcionalmente, el personal laboral podrá integrarse en los departamentos ministeriales, en los mismos términos previstos en el párrafo anterior, cuando como consecuencia de las funciones que por esta Ley se atribuyen a los departamentos ministeriales se haga necesaria su integración, sin que en ningún caso puedan producirse incrementos retributivos con relación a la situación existente en los organismos de procedencia. Cuando queden vacantes los puestos de trabajo que se integren en la estructura orgánica de dichos departamentos por fallecimiento, jubilación o cualquier

<sup>22</sup> «La nueva Comisión de Mercados y Competencia supondrá un ahorro de 28 millones», *Expansión*, 27 de julio de 2012.

<sup>23</sup> «La creación de la CNMC supondrá un ahorro de 28 millones», *El País*, 6 de junio de 2013.

<sup>24</sup> DT 6.<sup>a</sup>, «Con carácter excepcional, el personal laboral fijo de los organismos públicos extintos que viniese ocupando puestos con funciones que, de acuerdo con lo establecido en esta Ley, deban ser desempeñadas por personal funcionario, podrá seguir ocupando dichos puestos».

otra causa legal, y siempre que esta no implique derecho al reingreso en el servicio activo, se amortizarán, dándose de alta como plazas de personal funcionario para garantizar la continuidad en la prestación de las citadas funciones, siempre y cuando ello resulte necesario de conformidad con lo establecido en el art. 9 de la Ley 7/2007, de 12 de abril. La reasignación de efectivos, amortización y, en su caso, creación de puestos de trabajo tendrá lugar en los términos y con el alcance que se determine por el órgano competente».

Así pues, estamos de nuevo ante una reasignación de efectivos incluso para el personal laboral.

Existe también la cuestión del ahorro mediante la unificación de las sedes. Efectivamente, puede pensarse en el ahorro que supondría agrupar físicamente todos los efectivos de la nueva CNMC en una sola sede y de este modo poder enajenar patrimonio de los antiguos organismos. Este elemento, sin embargo, choca con la muy espinosa cuestión de la sede de la CMT radicada en Barcelona. Por primera vez en la historia de España se situó un órgano de la Administración estatal fuera del ámbito de Madrid. La medida fue pionera a la vez que muy polémica puesto que en el momento de realizarse la CMT ya venía funcionando con su sede y personal prestando servicio en Madrid. Sea como fuere, la CMT tiene en la actualidad su sede en Barcelona. Para salvar el escollo, la Ley prevé expresamente el mantenimiento de la sede de Barcelona<sup>25</sup>. De ahí, pues, tampoco puede provenir el anunciado ahorro.

De hecho, si tomamos en consideración la información económica contenida en la Memoria que acompaña a la Ley, resulta que el cálculo del ahorro se realiza sobre gasto que todavía no es efectivo.

<i>Concepto</i>	<i>Retribuciones altos cargos</i>	<i>Otros gastos de funcionamiento</i>	<i>Total</i>
Evitar la creación de nuevas agencias	1.636.253	17.109.198	18.745.451
Economías de escala de agencias preexistentes	3.589.187	5.820.596	9.409.783
<b>Ahorro TOTAL</b>	<b>5.225.440</b>	<b>22.929.794</b>	<b>28.155.234</b>

Como puede apreciarse, el 66,5 por 100 del ahorro debe provenir de no incurrir en nuevos gastos, presumiblemente con la puesta en funcionamiento del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales. Una estimación de ahorro difícilmente objetivable y algo engañosa puesto que, en cualquier caso, el CEMA hubiera debido crearse.

<sup>25</sup> DA 18.ª, «La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrá tener otras sedes, de acuerdo con lo establecido en el apartado 3 del art. 2 de esta Ley. Su ubicación se realizará manteniendo la actualmente existente para las telecomunicaciones, donde se situará la Dirección de Telecomunicaciones del Sector Audiovisual (Instrucción de Telecomunicación y Servicios Audiovisuales), para el aprovechamiento de los recursos e infraestructuras actuales».



Si tenemos en cuenta los efectivos de cada una de las tres principales Comisiones existentes (CNC, CMT y CNE), resulta que suman un total de 558 puestos, cuyo coste asciende a 28,2 millones de euros. Comparativamente, la Comisión Nacional del Mercado de Valores (que se mantiene separada), tiene 422 efectivos que cuestan 21,8 millones de euros<sup>26</sup>.

En último lugar, los más optimistas auguran que el esperado ahorro de costes podría traducirse en una rebaja de las tasas que pagan los operadores del mercado. El profuso Anexo de la Ley «Tasas y prestaciones patrimoniales de carácter público relacionadas con las actividades y servicios regulados en esta Ley» confirma la idea inicial del proyecto de financiar exclusivamente la CNMC mediante aportaciones presupuestarias (más caro) y no adoptar el modelo de tasas (que ofrece una relativamente mayor autonomía financiera). De nuevo, la diversidad de situaciones de partida es muy importante. Si en 2011-2012 los ingresos por tasas de la CNC se reducían a un exiguo 1,2 millones de euros la CNE ingresaba 35 millones de euros y la CMT 29,8 millones de euros<sup>27</sup>.

#### D. ¿OFRECE LA NUEVA REGULACIÓN MAYOR CLARIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA A LOS OPERADORES?

Otra de las justificaciones que aparece en la explicación de la necesidad de la reforma acometida por la Ley 3/2013 es la voluntad de ofrecer una mayor claridad y seguridad jurídica a los operadores. Efectivamente, podía suceder con la arquitectura institucional existente hasta ahora que se produjeran discrepancias entre las autoridades reguladoras sectoriales y la CNC. Los objetivos de regulación pueden chocar a veces con los objetivos de defensa de la competencia. Así, se trataría de evitar que, por ejemplo, el regulador sectorial en materia de competencia autorice la comercialización de un producto o servicio y que ese mismo producto o servicio sea considerado como una práctica anticompetitiva por parte de la CNC<sup>28</sup>.

La cuestión de la distribución de funciones entre los organismos de regulación sectorial y la autoridad de defensa de la competencia ha sido una cuestión recurrente tanto entre la doctrina como por parte del mismo

<sup>26</sup> CNC. *Memoria de Actividades 2011-2012*, p. 106. El desglose por cada una de las Comisiones es: CNC 204 puestos – 8,9 millones de euros; CMT 142 puestos – 7,9 millones de euros; CNE 212 puestos – 11,4 millones de euros. La CNC es la institución que presenta un menor coste unitario por efectivo (43.627 euros), mientras que en la CNE asciende a 55.633 euros.

<sup>27</sup> CNC. *Memoria de Actividades 2011-2012*, p. 106. El Dictamen 870/2012 del Consejo de Estado realiza una observación esencial en este sentido: «a la vista de la poca claridad del régimen de tasas y prestaciones patrimoniales resultante, se estima necesaria una completa reordenación de esta materia». De hecho, el literal de la DA 14.ª de la Ley 3/2013 deja a la CNMC con la gestión y recaudación de solamente dos tipos de tasas: la de concentraciones económicas y la contribución al servicio postal universal.

<sup>28</sup> Comparecencia de la Vicepresidenta del Gobierno ante los medios de comunicación posterior al Consejo de Ministros del día 24 de febrero de 2012. El cambio institucional se explica también en el documento «Informe sobre la reforma de los organismos supervisores» por la motivación de «garantizar la necesaria armonización entre la política sectorial y de competencia, reduciendo la incertidumbre regulatoria». Disponible en [www.lamoncloa.gob.es](http://www.lamoncloa.gob.es).

legislador. A modo de ejemplo, MONTERO PASCUAL explica cómo el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado puede a veces cuestionar los objetivos regulatorios consistentes en ofrecer a los operadores un margen de beneficio suficiente que garantice las inversiones<sup>29</sup>. La cuestión se abordó en la Ley 15/2007 mediante la redacción del art. 17. A modo de resumen, los mecanismos allí contenidos pueden esquematizarse como sigue<sup>30</sup>.

- Los reguladores sectoriales deben poner en conocimiento de la CNC las afectaciones a la competencia que tengan lugar en su sector específico para que esta resuelva. Los reguladores, pues, constituirían un colaborador privilegiado de la Dirección de Investigación pero no tendrán facultades resolutorias [art. 17.2.a)].
- Los reguladores deben solicitar informe preceptivo y previo a la adopción de normativa sectorial y sus actos administrativos que puedan incidir en las condiciones de competencia en los mercados. La redacción no aclara si el contenido del informe CNC es vinculante para los órganos sectoriales pero por coherencia con el apartado anterior parece que así debería ser [art. 17.2.b)].
- Como contrapartida la CNC solicitará informe al regulador sectorial tanto en materia de prácticas restrictivas como de expedientes de concentración. En estos casos sí queda claro que el informe no tendrá carácter vinculante [art. 17.2.c) y 17.2.d)].

La experiencia ha demostrado la escasa practicidad del modelo de cooperación diseñado, manteniéndose enfoques separados en algunos asuntos y cuestionando en general la posibilidad de que los reguladores sectoriales enjuiciaran casos relativos a la defensa de la competencia pese a su competencia general para vigilar el mantenimiento de la libre competencia en sus respectivos mercados<sup>31</sup>. De hecho, la cuestión ha sido objeto de enjuiciamiento por parte de los Tribunales de manera que se reconoce que: «Por la novedad que supuso la creación de los organismos reguladores sectoriales,

<sup>29</sup> J. J. Montero Pascual, «La Decisión de la Comisión Wanadoo contra Telefónica. La compleja relación entre regulación y competencia», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 2, 2008. De igual modo, véase la reciente sentencia del TGUE de 29 de marzo de 2012 (As. T-336/07), donde se analiza la imposición de una multa por parte de la Comisión por práctica anticompetitiva a Telefónica, para una conducta que había sido autorizada por la CMT española.

<sup>30</sup> Cfr. J. M. SALA ARQUER, «Las relaciones y delimitación de funciones entre los organismos reguladores sectoriales y las autoridades de defensa de la competencia», en J. GUILLÉN CARAMÉS (co-ord.), *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las administraciones públicas*, 2011; M. PEDRAZ CALVO y J. RUBÍ NAVARRETE, «Delimitación de competencias entre los órganos horizontales de defensa de la competencia y los órganos reguladores sectoriales», *Anuario de la Competencia 2001*, Madrid, ICO-Marcial Pons, 2002.

<sup>31</sup> A modo de ilustración, la Memoria CNC 2011-2012 examina la cuestión de la relación de la Comisión de Competencia con los reguladores sectoriales. Solo en un caso, la CMT solicitó informe a competencia para el asunto de la Resolución de la CMT de 1 de diciembre de 2011, por la que se acuerda iniciar el procedimiento para la definición y análisis de los mercados de terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales, la determinación de la existencia de operadores con poder significativo de mercado y de la necesidad de imponer obligaciones específicas. En los demás casos, la CNC instó a los reguladores a emitir informe en procedimientos de competencia. Especialmente el Banco de España (11 veces) y la CNE (10 veces) emitieron informe a la CNC en casos de concentraciones entre empresas.



existe una cierta superposición de competencias entre los órganos generales de defensa de la competencia y los organismos públicos con capacidad para actuar tan solo en determinados mercados (en nuestro caso, la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, pero el problema se repite, con diversos matices, respecto de otros como la Comisión Nacional de la Energía o la Comisión Nacional del Mercado de Valores). La delimitación de atribuciones entre unos y otros no ha llegado a adquirir la claridad que sería deseable y, de hecho, se han producido reiteradas modificaciones legislativas en un corto periodo de tiempo que contribuyen a poner de relieve la inseguridad con la que los propios organismos, y los demás intervinientes en el debate jurídico en general, han de afrontar esta cuestión»<sup>32</sup>.

El criterio, pues, resulta en una cierta prevalencia de la CNC sobre los reguladores sectoriales<sup>33</sup>. De nuevo, la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, aborda la cuestión mediante la disposición contenida en su art. 10:

«Art. 10. Objeto de la actuación de los Organismos Reguladores.

1. Los Organismos Reguladores tendrán como objeto prioritario de su actuación velar por el adecuado funcionamiento del sector económico regulado para garantizar la efectiva disponibilidad y prestación de unos servicios competitivos y de alta calidad en beneficio del conjunto del mercado y de los consumidores y usuarios. Con tal fin, los Organismos Reguladores preservarán y promoverán el mayor grado de competencia efectiva y transparencia en el funcionamiento de los sectores económicos regulados, sin perjuicio de las funciones atribuidas a la Comisión Nacional de la Competencia o a los órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas con competencias en materia de defensa de la competencia.

2. Para el cumplimiento de los anteriores objetivos, los Organismos Reguladores ejercerán, según disponga su normativa sectorial, las funciones de supervisión, otorgamiento, revisión y revocación de los títulos correspondientes, inspección, sanción, resolución de conflictos entre operadores, arbitraje en el sector y aquellas otras que les atribuya la Ley».

La disposición se encuentra expresamente derogada por la Ley 3/2013 y se establece una nueva configuración en el seno de la CNMC. Efectivamente, la CNMC, como su nombre indica conocerá de cuestiones tanto relativas a la defensa de la competencia como a la regulación sectorial. La CNMC organiza su Consejo en dos salas (art. 18): la sala de Competencia y la sala de Supervisión Regulatoria. Cada una de las salas estará compuesta por cinco miembros del Consejo. La Sala de Competencia estará presidida por el Presidente de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y la Sala de Supervisión regulatoria por el Vicepresidente. El Consejo en pleno determinará la asignación de los miembros del Consejo a cada sala y, en los términos establecidos reglamentariamente, aprobará y publicará el régimen de rotación entre salas de los consejeros, incluyendo los criterios de selección y periodicidad de las rotaciones. La convocatoria de las salas corresponde a su Presidente, por propia iniciativa o a petición de, al menos,

<sup>32</sup> Sentencia de la AN de 21 de diciembre de 2007.

<sup>33</sup> Al respecto cfr. SSTS de 10 de julio, 1 de octubre y 18 de noviembre de 2008.

la mitad de los consejeros. Las salas del Consejo se entenderán válidamente constituidas con la asistencia de su Presidente, o persona que le sustituya, el Secretario del Consejo y al menos dos consejeros.

Por su parte, el Pleno tiene reservado el conocimiento de los siguientes asuntos:

- a) Los que, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 14.1 de la presente Ley, sean indelegables para el Consejo, con la excepción de la impugnación de actos y disposiciones a los que se refiere el art. 5.4.
- b) Aquellos en que se manifieste una divergencia de criterio entre la Sala de Competencia y la de Supervisión regulatoria.
- c) Los asuntos que por su especial incidencia en el funcionamiento competitivo de los mercados o actividades sometidos a supervisión, recabe para sí el pleno, por mayoría de seis votos y a propuesta del Presidente o de tres miembros del Consejo.

Pero esta facultad de avocación del Pleno no resuelve por sí sola la cuestión de la divergencia de objetivos que puede existir entre regulación sectorial y defensa de la competencia. Junto, pues, con el carácter dirimente del Pleno, se establece en el art. 21 una obligación de información mutua. Las salas conocerán de los asuntos que no estén expresamente atribuidos al pleno. Reglamentariamente se determinarán los supuestos en los que, correspondiendo el conocimiento de un asunto a una de las salas, deba informar la otra con carácter preceptivo. En todo caso, deberá emitirse informe en los siguientes asuntos:

- a) Por la Sala de Competencia, en los procedimientos que, previstos en los arts. 6 a 11 de esta Ley, afecten al grado de apertura, la transparencia, el correcto funcionamiento y la existencia de una competencia efectiva en los mercados.
- b) Por la Sala de Supervisión regulatoria, en los procedimientos en materia de defensa de la competencia previstos por el art. 5 de esta Ley que estén relacionados con los sectores a los que se refieren los arts. 6 a 11.

La ordenación de asuntos entre Salas puede resultar igualmente insuficiente para conjurar el riesgo de discrepancia<sup>34</sup>. Además, hay que reparar en cómo desaparece la preeminencia de la autoridad de competencia, por ejemplo en asuntos que afecten a la regulación sectorial. Todos los casos conflictivos irán al Pleno donde previsiblemente los Consejeros elegidos por su *expertise* en temas sectoriales votaran de manera diferente a los Consejeros en materia de competencia. De nuevo, la elección de cada uno de los perfiles de los futuros consejeros se presenta como un elemento de enorme trascendencia. Y, por supuesto, con este diseño, creemos que en nada se

---

<sup>34</sup> Si comparamos el modelo español con el belga, resulta que en aquel existe la posibilidad de recurrir las decisiones de los reguladores sectoriales ante el Consejo de Competencia (relación jerárquica). También el informe preceptivo previo y vinculante en materia de telecomunicaciones (relación de preeminencia). Cfr. F. NAERT, «Competition authorities and regulators in Belgium: Hierarchy vs. Cooperation», *Competition and Regulation in Network Industries*, vol. 10 (2), 2009, p. 156.



mejora la claridad del área de confluencia (competencia-regulación) ni la seguridad jurídica de los operadores.

Junto con la cuestión de la claridad de las funciones, ha sido también objeto de discusión la seguridad jurídica que ofrezca la separación de funciones instructoras y decisorias en el seno de la CNMC. Los órganos directivos de la CNMC deben garantizar una separación funcional entre las fases de instrucción y resolución de los expedientes. De todos modos, tanto el Consejo como el Presidente pueden emanar instrucciones (art. 26). Realmente, la aprobación del Estatuto orgánico del nuevo organismo y de su Reglamento de funcionamiento interno, supondrá un elemento determinante para la cuestión<sup>35</sup>. También, como hemos indicado más arriba, la selección y perfil de los miembros del Consejo. Desde luego, un escenario de Consejo politizado y Direcciones politizadas ofrece escasas garantías para la seguridad jurídica de los operadores y la calidad de la regulación adoptada. Un escenario con Consejo politizado y Direcciones técnicas y altamente cualificadas mejora ostensiblemente la cuestión siempre y cuando el Consejo asuma como suyos los trabajos técnicos realizados. En este caso, la decisión se situaría materialmente en la fase técnica más que en la decisoria y, con ello, las garantías de independencia quedarían fuertemente diluidas. Y finalmente, lo más deseable parece ser la despolitización tanto de la resolución como de la instrucción de los casos, aspecto que no se asegura institucionalmente y que quedará a la dinámica de funcionamiento de la CNMC y al acierto del Gobierno en la designación de los consejeros y directores.

No se prevé en la Ley la posibilidad de impugnación de los actos de las Direcciones. Sin embargo, al no derogarse expresamente el art. 47 de la Ley 15/2007, deberá entenderse que es aplicable el recurso para actos de trámite cualificados para todas las Direcciones previstas ahora en el art. 25. Si el recurso se resuelve por el Pleno o por una de las dos Salas es también una cuestión relevante inespecificada por la Ley.

Por todo ello, hay que coincidir con RUIZ PERIS en el sentido que «hay que señalar que una diferencia acusada de conocimientos y pericia técnica entre Consejeros y Directores podría dar lugar a un riesgo de captura interna del Consejo por las distintas direcciones, y las garantías constitucionales

<sup>35</sup> PETITBÓ analiza la cuestión del nombramiento de los Directores previsto en el art. 26.3 de la Ley: «no es la mejor opción que los directores responsables de las mencionadas direcciones de instrucción sean nombrados —previa aprobación por mayoría simple del Consejo de la CNMC— y cesados por el Gobierno, mediante Real Decreto, a propuesta del Ministro de Economía y Competitividad, oídos los ministros competentes por razón de la materia. Sin embargo, sí parece oportuno que su mandato sea de cuatro años renovables. En todo caso, dada la relevancia del puesto de director y la necesidad de contar con responsables técnicamente competentes y homologables internacionalmente, sería conveniente que su elección, como está previsto para el personal directivo de otras áreas de responsabilidad, atendiera a los principios de mérito y capacidad, y, además, fuera precedida del oportuno concurso público, preferentemente abierto internacionalmente», A. PETITBÓ, «Un horizonte nuevo para la competencia y la regulación», *Anuario de la Competencia 2011-2012*. ICO-Servicio de Publicaciones de la UAB, 2012, p. 96. Tanto la eliminación del nombramiento gubernamental como la cuestión del concurso para la selección de los Directores se ha incorporado al texto definitivo de la Ley.

así como la estructura institucional actual y la que diseña el proyecto, parten de una clara separación entre órgano de instrucción y de resolución. De otra parte, hay que tener en cuenta que los Directores sectoriales corren un mayor riesgo de captura privada dado que se mueven en un contexto sectorial que podría trasladarse, dado el riesgo de captura interna, al Consejo. [...] Queda por ver cual será el carácter de estos consejeros si se tratará de Consejeros conocedores del campo o con capacidad de decisión que estudien los asuntos que le harán llegar las futuras cuatro direcciones de la CNMC o si, por el contrario, se limitarán, a ejemplo de algunos reguladores, a actuar como un mero consejo de administración que supervise lo actuado por los servicios técnicos. En el primer caso, nueve miembros parecen pocos para el cúmulo de actividad que les espera, en el segundo podría reducirse aun más el número de consejeros. Lo cierto es que si perdemos lo adquirido, esto es, que los miembros del Consejo de competencia realicen una segunda valoración de la cuestión y emitan su juicio, si como indicó Julio Costas Comesaña no se establece un fuerte equipo técnico jurídico y económico que asesore al propio consejo en la toma de decisiones, el riesgo de captura interna por parte de los Directores, nombrados por el gobierno sin veto parlamentario, respecto a los que el proyecto no establece condiciones para su nombramiento, y de que los consejeros se limiten a supervisar lo actuado por estos, privándonos de una verdadera decisión propia. No parece ser éste el modelo que conviene a nuestra economía si pretendemos preservar los efectos benéficos para el mercado de la acción de nuestras agencias independientes y su independencia imprescindible, de acuerdo con la normativa europea para realizar estas funciones»<sup>36</sup>.

Sea como fuere, y aún conjurando todos los peligros que hemos apuntado, el resultado de la reforma no presenta claramente un avance en materia de claridad y seguridad jurídica de los operadores.

#### E. ¿SE DEVUELVEN COMPETENCIAS REGULADORAS AL GOBIERNO?

La incertidumbre regulatoria que pretende corregir la nueva legislación puede tener su origen en la mezcla de funciones administrativas bajo el paraguas de la denominación común de regulación. Aunque hemos importado del Derecho anglosajón la figura de la «*regulation*», puede existir acaso alguna disonancia con nuestra tradición jurídica de Derecho administrativo francés. Así, la regulación se definiría como el conjunto de normas sectoriales que ordenan un determinado sector. La ordenación, sin embargo, no es invasiva de la libertad empresarial, no dicta estrictamente la conducta de los operadores sino un marco común de actuación.

A pesar de reconocer las muchas debilidades de la proposición anterior, esta puede haber sido la idea del legislador al intentar separar las cuestiones más típicamente administrativas (regulación de entrada de los sectores) de

<sup>36</sup> J. I. Ruíz PERIS, «La reforma institucional del Derecho de la competencia español», *Diario La Ley. Sección Doctrina*, núm. 7983 de 13 de diciembre de 2012, y 8002, de 16 de enero de 2013.



las cuestiones más de funcionamiento (regulación de funcionamiento o regulación propiamente dicha). Se trata de devolver al ámbito gubernamental la definición de la estructura del sector (cuantos operadores y sus condiciones de acceso). No queda específicamente explicitado en el texto legal pero puede ser una de las ideas subyacentes para la atribución al gobierno de una serie de funciones hasta ahora ejercidas por los reguladores sectoriales.

Así, si analizamos las Disposiciones Adicionales 7.<sup>a</sup> a 12.<sup>a</sup> resulta que se atribuyen a los respectivos ministerios un conjunto de funciones regulatorias:

<i>Ministerio</i>	<i>Función</i>
<b>INDUSTRIA Y ENERGÍA (Audiovisual)</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>a) Recibir las comunicaciones de inicio de actividad de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual.</li> <li>b) Llevar el Registro estatal de prestadores de servicios de comunicación audiovisual.</li> <li>c) Decidir sobre cualquier cuestión o incidente que afecte al ejercicio de los títulos habilitantes de servicios de comunicación audiovisual, tales como su duración, renovación, modificación, celebración de negocios jurídicos o extinción.</li> <li>d) Verificar las condiciones de los arts. 36 y 37 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, en materia de limitación de adquisición de participaciones entre operadores del servicio de comunicación audiovisual.</li> <li>e) Certificar la emisión en cadena por parte de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual radiofónica que así lo comunicasen, e instar su inscripción, cuando proceda, en el Registro estatal de prestadores de servicios de comunicación audiovisual.</li> </ul>
<b>INDUSTRIA Y ENERGÍA (Electricidad)</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>a) Inspeccionar, dentro de su ámbito de competencias, el cumplimiento de las condiciones técnicas de las instalaciones, el cumplimiento de los requisitos establecidos en las autorizaciones, la correcta y efectiva utilización del carbón autóctono en las centrales eléctricas con derecho al cobro de la prima al consumo de carbón autóctono, las condiciones económicas y actuaciones de los sujetos en cuanto puedan afectar a la aplicación de las tarifas, precios y criterios de remuneración de las actividades energéticas, la disponibilidad efectiva de las instalaciones de generación en el régimen ordinario, la correcta facturación y condiciones de venta de las empresas distribuidoras y comercializadoras a consumidores y clientes cualificados, la continuidad del suministro de energía eléctrica, la calidad del servicio, así como la efectiva separación de estas actividades cuando sea exigida.</li> <li>b) Acordar la iniciación de los expedientes sancionadores y realizar la instrucción de los mismos, cuando sean de la competencia de la Administración General del Estado por no corresponder la incoación e instrucción de los mismos a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, e informar, cuando sea requerida para ello, aquellos expedientes sancionadores iniciados por las distintas Administraciones Públicas.</li> </ul>

<i>Ministerio</i>	<i>Función</i>
<b>INDUSTRIA Y ENERGÍA (Electricidad)</b>	<p>c) Informar, atender y tramitar, en coordinación con las administraciones competentes, a través de protocolos de actuación, las reclamaciones planteadas por los consumidores de energía eléctrica y tener a disposición de los mismos toda la información necesaria relativa a sus derechos, a la legislación en vigor y a las vías de solución de conflictos de que disponen en caso de litigios.</p> <p>El Ministerio de Industria, Energía y Turismo informará, al menos semestralmente, a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de las actuaciones realizadas, incluyendo información sobre el número de reclamaciones informadas, atendidas y tramitadas con el fin de facilitar las labores de supervisión del funcionamiento de los mercados minoristas por parte de este organismo.</p> <p>d) Realizar la liquidación de los costes de transporte y distribución de energía eléctrica, de los costes permanentes del sistema y de aquellos otros costes que se establezcan para el conjunto del sistema cuando su liquidación le sea expresamente encomendada y enviar a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia toda la información necesaria para la elaboración de las metodologías de peajes.</p> <p>e) Supervisar la actividad de la Oficina de Cambios de Suministrador.</p>
<b>INDUSTRIA Y ENERGÍA (Hidrocarburos)</b>	<p>a) Inspeccionar dentro de su ámbito de competencias el cumplimiento de las condiciones técnicas de las instalaciones, el cumplimiento de los requisitos establecidos en las autorizaciones, las condiciones económicas y actuaciones de los sujetos en cuanto puedan afectar a la aplicación de las tarifas, precios y criterios de remuneración de las actividades de hidrocarburos, la disponibilidad efectiva de las instalaciones gasistas, la correcta facturación y condiciones de venta a los consumidores de las empresas distribuidoras, en lo que se refiere al acceso a las redes, y comercializadoras, la continuidad del suministro de gas natural, la calidad del servicio, así como la efectiva separación de estas actividades cuando sea exigida.</p> <p>b) Acordar, en el ámbito de aplicación de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, la iniciación de los expedientes sancionadores y realizar la instrucción de los mismos cuando sean de la competencia de la Administración General del Estado e informar, cuando sea requerida para ello, aquellos expedientes sancionadores iniciados por las distintas Administraciones Públicas, sin perjuicio de las competencias atribuidas a la Corporación de Reservas Estratégicas de Productos Petrolíferos en el art. 52.4 de la citada Ley ni de las competencias exclusivas de otros órganos de las Administraciones Públicas.</p>



<i>Ministerio</i>	<i>Función</i>
<b>INDUSTRIA Y ENERGÍA (Hidrocar- buros)</b>	<p>c) Realizar las liquidaciones correspondientes a los ingresos obtenidos por peajes y cánones relativos al uso de las instalaciones de la Red Básica, transporte secundario y distribución a que hace referencia el art. 96 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, y comunicarla a los interesados.</p> <p>d) Informar, atender y tramitar, en coordinación con las Administraciones competentes, a través de protocolos de actuación, las reclamaciones planteadas por los consumidores de gas natural, y tener a disposición de los mismos toda la información necesaria relativa a sus derechos, a la legislación en vigor y a las vías de solución de conflictos de que disponen en caso de litigios. El Ministerio de Industria, Energía y Turismo informará, al menos semestralmente, a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de las actuaciones realizadas, incluyendo información sobre el número de reclamaciones informadas, atendidas y tramitadas con el fin de facilitar las labores de supervisión del funcionamiento de los mercados minoristas por parte de este organismo.</p> <p>e) Expedir los certificados y gestionar el mecanismo de certificación de consumo y venta de biocarburantes.</p> <p>f) Supervisar la actividad de la Oficina de Cambios de Suministrador.</p> <p>g) Las competencias que la normativa vigente atribuye a la Comisión Nacional de la Energía en materia de hidrocarburos líquidos.</p>
<b>HACIENDA (Juego)</b>	<p>La Dirección General de Ordenación del Juego del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas asumirá el objeto, funciones y competencias que la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego, atribuye a la extinta Comisión Nacional del Juego.</p>
<b>FOMENTO (Postal)</b>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Informar a los usuarios sobre los operadores postales, las condiciones de acceso, precio, nivel de calidad e indemnizaciones y plazo en el que serán satisfechas y, en todo caso, realizar la publicación en el sitio web del Ministerio a que se refiere el art. 9.2 de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre.</li> <li>2. Conocer de las controversias entre los usuarios y los operadores de los servicios postales en el ámbito del servicio postal universal, siempre y cuando no hayan sido sometidos a las Juntas Arbitrales de Consumo.</li> <li>3. Conocer de las quejas y denuncias de los usuarios por incumplimiento de las obligaciones por parte de los operadores postales, en relación con la prestación del servicio postal universal, de conformidad con lo establecido en el Título II de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, y en su normativa de desarrollo.</li> </ol>

<i>Ministerio</i>	<i>Función</i>
<b>FOMENTO (Postal)</b>	<ol style="list-style-type: none"> <li>4. Ejercer la potestad de inspección y sanción en relación con las funciones mencionadas en los apartados anteriores.</li> <li>5. Otorgar las autorizaciones singulares y recibir las declaraciones responsables que habilitan para la actividad postal y gestionar el Registro General de empresas prestadoras de servicios postales, de conformidad con lo establecido en el Título IV de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal, así como en su normativa de desarrollo.</li> </ol>
<b>PRESIDENCIA (Audiovisual)</b>	Corresponde al Ministerio de la Presidencia aprobar el Catálogo de acontecimientos de interés general para la sociedad a que se refiere el art. 20.1 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, previa consulta a los prestadores del servicio de comunicación audiovisual y a los organizadores de las competiciones deportivas.

La creación de la CNMC supone, pues, una devolución clara de competencias de la esfera de los organismos reguladores independientes al gobierno. El caso más claro puede ser el juego donde se aprecia una devolución total y explica que ninguna Dirección de la CNMC asuma funciones en materia de juego. En los demás, el grado de devolución varía, incluyendo cuestiones tan importantes como el acceso a los medios audiovisuales o la inspección y sanción en materia de electricidad o hidrocarburos. Estas cuestiones, en definitiva escapan a lo estrictamente organizativo para entrar de lleno en la ordenación material de las competencias. Si se contempla solamente este aspecto, podría afirmarse que el legislador de la Ley 3/2013 no confía en el modelo de organismos reguladores independientes y se vuelve a la administración ministerial clásica.

#### a) *Telecomunicaciones*

Específicamente en materia de telecomunicaciones, la Ley no ofrece ninguna justificación a esta devolución de competencias. Los reguladores sectoriales (CMT y CNE), han reaccionado de manera muy crítica a este traslado o devolución de competencias reguladoras al gobierno. Así, por ejemplo, podemos hacer referencia al cuadro comparativo contenido en el «Informe sobre el Anteproyecto de Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia» (MTZ 2012/398), emitido por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones<sup>37</sup>. En él pueden apreciarse, comparativamente, las escasas competencias de la nueva CNMC con respecto a la regulación de telecomunicaciones. Por ejemplo, desaparecen las competencias sobre numeración, el registro de operadores, la resolución de asuntos entre operadores y otras entidades, competencias sobre protección

<sup>37</sup> Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), «Informe sobre el Anteproyecto de Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia» (MTZ 2012/398) de fecha 15 de marzo de 2012.



de datos o competencias sobre la definición y control de las obligaciones de servicio universal. Realmente, de modo comparativo, la posición de la CNMC nada tiene que ver con la *Bundesnetzagentur* alemana o la OFCOM británica.

De ello puede deducirse sin lugar a dudas la escasa asignación efectiva de competencias materiales en materia de telecomunicaciones que corresponderá a la nueva CNMC. «Industria despoja al organismo que sustituirá a la CMT de competencias tan básicas como la portabilidad (cambio de compañía conservando el número), la asignación de numeración, el registro de operadores, el servicio universal y la resolución de conflictos entre operadores. El sector ha acogido dividido este proyecto de reforma. En el espíritu de la misma, el Gobierno asume las tesis de los grandes operadores del sector, los que disponen de mayores infraestructuras, como Telefónica, Vodafone y Ono, que siempre se han quejado del intervencionismo de la CMT en favor de los pequeños operadores. La única gran competencia que conservará la CMT, que pasará a ser una sección de la nueva CNMC, será el análisis de los mercados»<sup>38</sup>.

A juicio de ARIÑO y DE LA CUÉTARA, «la nueva norma proyectada, en su contenido actual, trasmuta los organismos reguladores preexistentes en un gran organismo supervisor, que pierde muchas competencias activas en favor de los Ministerios, según ya denunció la CNE. La defensa de la competencia puede funcionar sin ellas, pero la regulación no. Con las competencias transferidas serán los Ministerios de Industria y de Fomento quienes comiencen a tomar decisiones regulatorias, pero sin una de las características esenciales del regulador: su independencia. Esto es hacer lo contrario, no solo de lo que se afirma en la Exposición de Motivos del Anteproyecto, sino de lo que el PP y el PSOE venían defendiendo hasta ahora en sus programas. Eso no puede funcionar. Pensemos en el tema de la portabilidad numérica, que es una de las competencias transferidas. Para el anteproyecto, parece que se trata de la gestión de un simple registro, que puede ponerse en manos de funcionarios de régimen común. Ellos se encargarán de registrar qué operador tiene asignado en cada momento un número o grupo de números y de anotar los cambios que se vayan produciendo. Pero, si fuera tan sencillo, hace tiempo que habrían desaparecido los problemas de portabilidad, cuando es evidente que no es así. La conservación del número por el usuario en el momento de cambio de operador es una necesidad competitiva básica: sin ella, los cambios se reducirían a un número muy reducido (el de los pocos clientes a los que no incomoda su adaptación a un número nuevo). Inevitablemente, los operadores “grandes” tratan de dificultar el cambio, para disminuir su pérdida de clientes [...]. Como se ve, no se trata de un registro ordinario, ni de algo que pueda ser gestionado con criterios burocráticos. Implica la conexión de los centros telemáticos de los operadores y el regulador, y de los primeros con sus centrales de facturación, de forma que el usuario pueda confiar en que su cambio de

<sup>38</sup> «La CMT y la CNE se rebelan contra el plan del Gobierno de quitarles poder», *El País*, 20 de marzo de 2012,

operador estará totalmente resuelto en 24 horas. Se trata de “regulación” no de simple “administración”. Y, por supuesto, de “regulación sectorial”, no de defensa de la competencia, aunque el objetivo sea el mismo: aprovechar las situaciones competitivas para aumentar la eficiencia y el dinamismo del sector»<sup>39</sup>.

Tal es el cambio de enfoque de la nueva Ley que el nuevo reparto competencial entre gobierno y autoridades reguladoras independientes puede suscitar algún problema en cuanto al cumplimiento mismo del Derecho comunitario. A pesar de que el legislador de la Ley 3/2013 hace referencia a los modelos de Derecho europeo comparado, lo cierto es que la carta dirigida por la Vicepresidenta de la Comisión al Reino de España expresaba serias dudas sobre la compatibilidad del nuevo diseño institucional con el Derecho comunitario<sup>40</sup>. De hecho, la cuestión no solo ha preocupado a la Comisión sino que ha sido objeto de pronunciamiento por parte del mismo TJUE. Efectivamente, en la STJUE de 3 de diciembre de 2009 (*Comisión c. República Federal de Alemania. Asunto C-424/07*), el tribunal analiza la compatibilidad con el Derecho europeo de una «privación de competencias» a las autoridades nacionales reguladoras con respecto a los nuevos mercados. En concreto, se trata de impedir la promoción de la competencia a las ANR respecto a los mercados de fibra óptica, al considerar el legislador alemán de telecomunicaciones que esos mercados nacientes debían protegerse de la competencia para garantizar las inversiones. Pese a lo interesante de la discusión y de la relación entre Derecho comunitario y discrecionalidad administrativa nacional, lo que ahora interesa es la reflexión del Abogado General Miguel Poiares Maduro, sobre el ámbito competencial de las autoridades nacionales:

«La República Federal de Alemania sostiene que estas instrucciones se encuentran dentro del margen de apreciación del que dispone en la adaptación del Derecho interno al marco regulador comunitario. Así pues, la cuestión que debe dilucidarse es a quién atribuye el marco regulador comunitario la facultad de poner en equilibrio sus diferentes objetivos: ¿al legislador nacional, en el momento de adaptar el Derecho interno a ese marco, o a las ANR, a través de la evaluación realizada en cada caso concreto?»

Debo resaltar que la respuesta no varía en función del objetivo concreto que se persiga. Puede resultar que la República Federal de Alemania tenga razón y que deba prestarse especial atención, en lo relativo a los nuevos mercados, a los incentivos a la infraestructura y la innovación. No obstante, no tiene las mismas consecuencias encomendar la ponderación de ese conjunto de objetivos a los legisladores nacionales que confiarla a las ANR.

---

<sup>39</sup> G. ARIÑO ORTIZ y J. M. DE LA CUÉTARA, «Reguladores sectoriales y defensa de la competencia. Una aportación al debate de su fusión», *Ariño & Villar WP*, núm. 42, 2012, pp. 25-26.

<sup>40</sup> «La legislación que se está considerando actualmente en España parece debilitar la independencia de la ANR además de planear una importante transferencia de competencias normalmente ejercidas por la ANR independiente al poder ejecutivo. Desde nuestro punto de vista, resulta difícil entender cómo una transferencia de competencias tan amplia desde la ANR independiente a las autoridades ministeriales puede ser compatible con los objetivos, principios y obligaciones que se derivan del marco regulatorio de la UE», Carta de la Vicepresidenta de la Comisión a don José Manuel Soria López, Ministro de Industria, Energía y Turismo, 11 de febrero de 2013.



El marco regulador comunitario ha creado las ANR y les ha atribuido facultades específicas porque se espera que sean refractarias a determinados intereses y adopten sus resoluciones únicamente en función de los criterios establecidos en este marco.

En consecuencia, considero que la ponderación de los objetivos del marco regulador compete a las ANR. El art. 8 de la Directiva marco atribuye expresamente la consecución de estos objetivos —y, en consecuencia, su ponderación— a las ANR y no a los legisladores nacionales. Se crea de este modo un mecanismo institucional por el cual el cometido del legislador nacional se limita a garantizar que las ANR adoptan todas las medidas necesarias para alcanzar dichos objetivos, tal como el Tribunal de Justicia ha confirmado en diferentes ocasiones. Incluso la autonomía de los Estados miembros en relación con la organización y estructuración de las ANR se encuentra supeditada al logro de estos objetivos.

Esto presupone, igualmente, que sean las ANR quienes, al tener que realizar evaluaciones específicas, estén en una mejor situación para decidir cuál es el mejor modo de poner en equilibrio esos diferentes objetivos con el fin de que se alcancen en la mayor medida posible. En otras palabras, una decisión del legislador nacional de dar prioridad a un objetivo concreto afectaría, de hecho, a la forma en que el legislador comunitario pretendió que se realizaran las evaluaciones de los mercados específicos: a través de las ANR y tomando en consideración los diferentes objetivos caso por caso. Así pues, fue voluntad expresa del legislador comunitario abstenerse de diseñar un sistema que estableciera prioridades en relación con los objetivos fijados por el marco regulador comunitario y reconocer, por consiguiente, facultades discrecionales a favor de las ANR. De este modo, la República Federal de Alemania no puede limitar el margen de discrecionalidad de la ANR alemana en relación con la intervención en los nuevos mercados sometiéndola a condiciones como las establecidas en el art. 9a, apartado 2, de la TKG, mediante las cuales se da prioridad a un objetivo regulador concreto»<sup>41</sup>.

El TJUE acoge la tesis del Abogado General y sentencia que «al establecer una disposición legal según la cual, en general, se excluye la regulación de los nuevos mercados por la ANR, el art. 9a de la Ley alemana de telecomunicaciones usurpa las facultades amplias que otorga a ésta el marco regulador comunitario, impidiéndole adoptar las medidas de regulación adecuadas a cada caso particular. Pues bien, tal como se desprende del punto 54 de las conclusiones del Abogado General, el legislador alemán no puede revocar la decisión del legislador comunitario y eximir con carácter general de la regulación a estos nuevos mercados. De ello se desprende que el art. 9a, apartado 1, de la Ley alemana de telecomunicaciones, al establecer un principio de no regulación de los nuevos mercados, no es conforme con el art. 16 de la Directiva marco».

Se constata, pues, una especie de reserva reguladora en favor de las autoridades independientes y en detrimento del legislador nacional cuya filosofía básica habría que testar para el caso del nuevo reparto competencia que la Ley de la CNMC propone. En opinión de FERNANDO, «la senten-

<sup>41</sup> Conclusiones del Abogado General de 23 de abril de 2009, Asunto 424/07, apartados 62 a 67.

cia comentada apuesta, por tanto, por fortalecer la discrecionalidad propia de las ANR, al menos en el ámbito directamente otorgado por el Derecho comunitario. Como en el anterior fallo *Comisión c. Polonia* de 13 de noviembre de 2008, ello supone negar que las opciones regulatorias otorgadas por el marco comunitario a la ANR puedan verse restringidas, interferidas o sustituidas por obra del legislador nacional. Ni siquiera la alegación de la mayor seguridad jurídica o la de prefigurar la posibilidad de un mejor control jurisdiccional, justifican para esta jurisprudencia, que el legislador nacional interfiera en las posibilidades de acción confiadas a las ANR por el derecho comunitario»<sup>42</sup>.

En definitiva, pues, en materia de telecomunicaciones y comunicaciones electrónicas, la devolución de competencias reguladoras de la CMT al Ministerio podía haber chocado frontalmente con el marco regulador europeo y por ello no se recoge en el texto final de la Ley. A pesar de ello, constituye un buen indicador de la filosofía de base de la reforma.

## b) *Energía*

En términos parecidos se expresa la CNE en sus críticas al nuevo modelo<sup>43</sup>. En este caso, además, destaca la cuestión de la intervención administrativa sobre activos estratégicos que puedan afectar a la seguridad del suministro. Es la conocida como función 14.<sup>a</sup> de la CNE. Como ya hemos tenido ocasión de explicar en otra sede<sup>44</sup>, en el fragor de la fusión Endesa /E.On, el Gobierno español aprobó el Real Decreto-ley 4/2006, de 24 de febrero, por el que se modifican las funciones de la Comisión Nacional de Energía (CNE), atribuyendo al regulador sectorial unos importantes poderes de control, pudiendo aquel autorizar, no autorizar o someter a condiciones las operaciones de adquisición de participación —de y en— empresas energéticas, por razones de interés general y seguridad pública. Los críticos de esta norma observaron que dicha disposición integraría «una medida con la que el Ejecutivo ha pretendido zafarse del impedimento de seguir dirigiendo directamente los sectores liberalizados y para ello amplía la función aparentemente regulatoria de la CNE —que sabe domina— para “delegarle” lo que en tiempos pretéritos asumía de ordinario el Ejecutivo: el veto político de las operaciones empresariales por razones de política industrial»<sup>45</sup>.

La potestad de intervención de la CNE fue desde el primer momento criticada por la Comisión europea quien, en fecha 27 de marzo de 2006, objetó a España que pudiera imponer condiciones a una operación de con-

<sup>42</sup> M. M. FERNANDO PABLO, «El Legislador nacional no puede eliminar o limitar el ámbito discrecional concedido a una Autoridad Nacional de Regulación por el derecho comunitario», en E. GARCÍA DE ENTERRÍA y E. ALONSO GARCÍA (coords.), *Administración y Justicia: un análisis jurisprudencial. Liber Amicorum al Profesor T. R. Fernández Rodríguez*, Madrid, Civitas, 2012.

<sup>43</sup> Comisión Nacional de la Energía (CNE) «Informe sobre el Anteproyecto de Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia», de 15 de marzo de 2012.

<sup>44</sup> C. PADRÓS REIG y E. E. COCCIOLO, «Security of Energy Supply: when can national measures prevail over European Law», *Energy Law Journal*, vol. 31, núm. 1, abril 2010.

<sup>45</sup> G. ARIÑO ORTIZ, *Energía en España y desafío europeo*, Comares, Granada, 2006, p. 171.



centración de dimensión intracomunitaria (en el caso específico, la OPA de E.On sobre Endesa) a la luz de las obligaciones derivadas por el Reglamento 139/2004 que radica la competencia exclusiva de la Comisión en la materia. El ejecutivo comunitario, además, consideraba que la autorización previa a la adquisición de determinadas participaciones en empresas energéticas suponía una vulneración de las libertades de circulación de capitales y de establecimiento. Por estas razones, tanto el ejercicio del control, materializado en la resolución de la CNE del 27 de julio de 2006 sobre la propuesta de concentración de E.On, como la propia norma contenida en el Real Decreto-ley 4/2006, fueron objeto de sendos recursos interpuestos por la Comisión ante el TJCE, lo que dio lugar a sendas sentencias condenatorias el 6 de marzo de 2008 (asunto C-196/07) y el 17 de julio de 2008 (asunto C-207/07)<sup>46</sup>.

La nueva Ley 3/2013 dedica su DA 9.<sup>a</sup> a regular la cuestión, de manera que corresponde la antigua función 14.<sup>a</sup> a la Secretaría de Estado de Energía del Ministerio de Industria, Energía y Turismo. Los casos de intervención son los siguientes:

1. Toma de participaciones en sociedades o por parte de sociedades que desarrollen actividades que tengan la consideración de reguladas, consistan en la operación del mercado de energía eléctrica o se trate de actividades en territorios insulares o extrapeninsulares conforme a lo dispuesto en la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico.
2. Toma de participaciones en sociedades o por parte de sociedades que desarrollen actividades que tengan la consideración de reguladas, consistan en la gestión técnica del sistema gasista conforme a lo dispuesto en la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, o desarrollen actividades en el sector de hidrocarburos tales como refino de petróleo, transporte por oleoductos y almacenamiento de productos petrolíferos.
3. Toma de participaciones en sociedades o por parte de sociedades que sean titulares de los activos precisos para desarrollar las actividades recogidas en las letras *a*) y *b*), o bien de activos del sector de la energía de carácter estratégico incluidos en el Catálogo Nacional de infraestructuras críticas de acuerdo a lo dispuesto en la Ley 8/2011, de 28 de abril, por la que se establecen medidas para la protección de las infraestructuras críticas, y su normativa de desarrollo.
4. Las adquisiciones realizadas directamente o mediante sociedades que controlen conforme a los criterios establecidos en el art. 42.1 del Código de Comercio, de participaciones en otras sociedades

<sup>46</sup> Sin embargo, la posición del TJUE puede considerarse, como poco, fuertemente matizada en algunos casos posteriores. Véase STJUE de 26 de marzo de 2009 a propósito del Dleg. italiano 143/1994. Más detalladamente en E. E. COCCIOLO y C. PADRÓS REIG, «La doctrina del TJCE sobre las acciones de oro entre la construcción del mercado interior y los retos de la intervención pública en los mercados globales», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 33, 2010.

mercantiles o de activos de cualquier naturaleza que atendiendo a su valor o a otras circunstancias tengan un impacto relevante o influencia significativa en el desarrollo de las actividades de la sociedad que comunica la operación.

5. La adquisición de participaciones en un porcentaje de su capital social que conceda una influencia significativa en su gestión, en las sociedades que, directamente o mediante sociedades que controlen conforme a los criterios establecidos en el art. 42.1 del Código de Comercio, realicen actividades incluidas en el apartado 1 o sean titulares de los activos señalados. De la misma forma, deberá comunicarse la adquisición directa de los activos mencionados en la letra *d*) del apartado 1.

En todos ellos, la intervención se configura como una intervención a posteriori —en línea con la jurisprudencia comunitaria sobre el caso de las acciones de oro en la sociedad belga Distrigaz—. Sin embargo, podría ser una equivocación modificar la función 14.<sup>a</sup> de la CNE en el sentido de un sistema de comunicación con potestad de oposición, tal como se hizo con la reforma del régimen de autorización administrativa previa (la acción de oro española) realizada con la Ley 62/2003 de 30 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y del orden social, DA 25.<sup>a</sup>. Ya el Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer criticó el supuesto carácter *ex post facto* del modelo de oposición administrativa de Bélgica. Que un régimen de comunicación no suponga ningún cambio sustancial y que sea realmente preferible no adoptar un mecanismo de control a posteriori procede de una incorrecta construcción dogmática del propio mecanismo. Este representa en realidad un régimen de actividades comunicadas a la Administración sujetas a veto de la Administración durante un plazo, lo que la doctrina ha claramente calificado como «instrumento de control preventivo normalmente, aunque a veces se ejerza de modo simultáneo al desarrollo de la actividad del ciudadano»<sup>47</sup>, pero todo ello escapa del ámbito de estudio que nos hemos propuesto.

Sea como fuere, el Informe CNE incide en el potencial incumplimiento del Derecho comunitario que podría suponer la nueva regulación. «Esta Comisión considera que esta función se debe mantener en la CNMC por los siguientes motivos: este procedimiento autorizador constituye un mecanismo de supervisión *ex ante* de operaciones empresariales, orientado a garantizar el suministro energético y a salvaguardar el equilibrio patrimonial de las sociedades con actividades reguladas. Su objetivo es determinar si existen riesgos significativos o efectos negativos, directos o indirectos, para las actividades contempladas en el ámbito de aplicación de la citada función, y por tanto para la seguridad y calidad de suministro energético. Este control ha de entenderse como una función de supervisión que, por la naturaleza que el Anteproyecto de Ley otorga a la CNMC, debería quedar incluida dentro de las funciones de supervisión que se le atribuyan en el sector de la electricidad y del gas natural entre las obligaciones que el

---

<sup>47</sup> M.<sup>a</sup> C. NÚÑEZ NAVARRO, *Las actividades comunicadas a la Administración. La potestad de veto sujeta a plazo*, Madrid, Marcial Pons, 2001, p. 110.



art. 37 de la Directiva 2009/72/CE y 41 de la Directiva 2009/72/CE les impone a las Autoridades Regulatoras Nacionales»<sup>48</sup>.

F. ¿ES CONVENIENTE MEZCLAR LA FUNCIÓN REGULADORA Y LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA?

La idea predominante en la dogmática de la liberalización de los servicios públicos es la de que la libre competencia y el mercado atomístico deberán poder ofrecer garantías de continuidad de la prestación y de adaptación a las necesidades de la demanda. De este modo, la tradicional regulación a través de la propiedad se transformará en regulación del mercado<sup>49</sup>. En casos extremos podemos decir que el Derecho de defensa de la competencia será el nuevo Derecho administrativo especial de regulación de los servicios públicos liberalizados.

Con esta premisa el legislador acomete la unificación en un mismo organismo de la función regulatoria y de la función de defensa de la competencia. Un experimento tal solo existe a nivel comparado en Holanda y, a día de hoy, resta todavía por ver su eficacia. En Alemania, otro ejemplo utilizado por el legislador, se unifican los reguladores sectoriales de los sectores de servicios en red en la *Bundesnetzagentur* pero se mantienen diferenciadas la función de defensa de la competencia en el *Bundeskartellamt*.

La defensa de la competencia se configura como una política administrativa pública que distingue entre regulación de las conductas (aspecto reactivo) y la vigilancia de la estructura (aspecto preventivo). En el segundo de los aspectos, puede haber una cierta confluencia entre los poderes reguladores y los poderes de competencia puesto que determinar el grado de concentración de un sector tendrá que ver con el posterior comportamiento de los operadores y los consumidores. Así, se explica que en materia de concentraciones económicas el poder político a través del gobierno tenga una intervención desconocida cuando hablamos de la persecución de conductas ilegales. En este sentido, puede haber una clara conexión entre regulación y competencia. Sin embargo, cuando referimos a la regulación de las conductas, las autoridades de competencia se comportan más como un poder administrativo-judicial, aplicando las disposiciones de la Ley y persiguiendo y sancionando los incumplimientos. En nada se parece pues este

<sup>48</sup> Comisión Nacional de la Energía (CNE), «Informe sobre el Anteproyecto de Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia», de 15 de marzo de 2012.

<sup>49</sup> Sobre la noción de regulación véase J. ESTEVE PARDO, «La regulación de la economía desde el Estado garante»; E. MALARET GARCÍA, «Administración pública y Regulación Económica», ambas contribuciones en *Actas del II Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Santander, 2-3 de febrero de 2007, Thomson Aranzadi, 2007. Igualmente la colección *Derecho de la Regulación Económica* publicada por editorial IUSTEL, en especial vol. I, *Fundamentos e Instituciones de la Regulación*, Madrid, 2009; igualmente, J. L. MILLÁN PEREIRA, «Regulación económica, competencia e incentivos», en A. RUIZ OJEDA (dir.), *Fundamentos de Regulación y Competencia. (El diálogo entre Derecho y Economía para el análisis de las políticas públicas)*, Madrid, IUSTEL, 2013; A. BETANCOR RODRÍGUEZ, *Regulación: Mito y Derecho*, Madrid, Marcial Pons 2010.

poder reactivo frente a la regulación que necesariamente habrá de aplicarse hacia futuras conductas<sup>50</sup>.

La relación entre competencia y regulación es especialmente conflictiva en la delimitación de los sectores regulados o los Servicios Económicos de Interés General. Por primacía del Derecho comunitario hemos procedido a eliminar los monopolios estatales y la titularidad pública de los servicios. El propio Tratado intenta delimitar la relación entre competencia y regulación en el art. 106.2 TFUE, donde se establece que los servicios de interés general quedan sujetos a las reglas de competencia en tanto que las mismas no impidan cumplir la misión a ellos confiada. En otras palabras, una aplicación matizada de la competencia sobre la regulación sectorial para algunos casos. Como la normativa europea no establece esos casos, el casuismo judicial determinará las fronteras entre una y otra técnica. Por ello, reunir a las dos funciones —regulación y competencia— en un mismo organismo puede parecer algo extraño. La CNMC deberá decidir en qué casos la regulación prevalece sobre la competencia. O en qué casos la aplicación de las normas de competencia supone un obstáculo al cumplimiento del interés general encomendado, por ejemplo, a los operadores de telecomunicaciones. Si como se desprende del diseño orgánico, la sala de competencia prevalecerá sobre la de regulación, los conflictos de enfoque se solucionarían a favor del mercado y en detrimento de la regulación<sup>51</sup>.

El profesor PETITBÓ, persona especialmente calificada por su trayectoria profesional en este campo, analiza las varias opciones organizativas en la relación entre defensa de la competencia y regulación sectorial, partiendo de la premisa de que ambos tipos de organismos deben compar-

<sup>50</sup> Puede existir cierto paralelismo con la distinción trazada por el profesor SANTAMARÍA PASTOR acerca de la intervención previa y la regulación posterior. Muy agudamente, se subraya que: «lo que de verdad se esconde tras el poder de supervisión —y como agocan perfectamente los operadores económicos que desde hace largo tiempo están sometidos a ella— es, sin embargo, algo muy diferente: a cambio de una cierta ampliación del ámbito de iniciativa privada, la Administración ostenta el derecho a investigar y conocer todos los rincones del negocio, obligando incluso a los interesados a proporcionarle toda la información sobre su organización y actividad, y pudiéndole someter a procesos de inspección agotadores y prácticamente ininterrumpidos. [...] Se reserva el derecho a actuar *ex post facto*, suspendiendo y anulando las actuaciones ya realizadas al amparo de la supuesta libertad, pero sin haber proporcionado antes indicación alguna acerca de lo que se considera o no ajustado a Derecho; y, por supuesto, sancionando, todo ello en base a preceptos legales o reglamentarios de una considerable vaguedad. Desde el punto de vista de la seguridad jurídica —que obvio es decirlo, constituye un requisito indispensable para cualquier acción privada— el régimen de supervisión es, en la práctica muchas más restrictivo e inquietante que el clásico de intervención administrativa», J. A. SANTAMARÍA PASTOR, «Sectores regulados y competencia: un dilema complejo», J. A. SANTAMARÍA PASTOR, «Sectores regulados y competencia: un dilema complejo», en J. A. SANTAMARÍA PASTOR (dir.) y R. CABALLERO SÁNCHEZ (coord.), *Las técnicas de regulación para la competencia: una visión horizontal de los sectores regulados*, Madrid, IUSTEL, 2011, p. 28

<sup>51</sup> «Hay determinadas actividades cuya realización correcta puede verse impedida o perturbada por la aplicación sin matices de las reglas de competencia; algo que resulta escasamente admisible para los entusiastas del liberalismo extremo, para los que la competencia no debe conocer frontera alguna. [...] Considerar la competencia como un valor absoluto, y a los monopolios como la encarnación misma del mal, es un reduccionismo sólo explicable en mentes económicas de deficiente formación y presas de un papanatismo pueblerino», J. A. SANTAMARÍA PASTOR, «Sectores regulados y competencia: un dilema complejo», J. A. SANTAMARÍA PASTOR, «Sectores regulados y competencia: un dilema complejo», en J. A. SANTAMARÍA PASTOR (dir.) y R. CABALLERO SÁNCHEZ (coord.), *Las técnicas de regulación para la competencia: una visión horizontal de los sectores regulados*, Madrid, IUSTEL, 2011, pp. 35 y 38.



tir un mismo objetivo: mejorar la eficiencia empresarial y el bienestar del consumidor<sup>52</sup>. Según terminología del Consejo de Estado<sup>53</sup>, varias son las opciones posibles:

- a) «*Regulador multisectorial*»: Integración de los organismos reguladores manteniendo separada la actual CNC. Esta opción, a su juicio, fue descartada por no maximizar las sinergias que pueden alcanzarse con la integración de todos los organismos
- b) «*Regulador convergente*»: Integración de los organismos sectoriales dotándoles de capacidad para aplicar las normas de defensa de la competencia. Esta alternativa también fue descartada por las dificultades inherentes a la resolución de expedientes que incluyeran a empresas de sectores regulados y no regulados
- c) «*Organismo único regulador*»: Integración de los organismos sectoriales en la CNC. Opción finalmente adoptada por considerar que puede maximizar las economías de escala y las sinergia, al tiempo que tiene un mayor potencial para la supervisión de los mercados.

A pesar de que formalmente la tercera de las opciones puede parecer la finalmente adoptada en la Ley 3/2013, en realidad se mantiene el modelo alemán (opción a), al separar en el seno de la CNMC dos salas: la de competencia y la de supervisión reguladora. Puede ser cierto que se aumentan los poderes de competencia sobre los reguladores sectoriales que —junto con la pérdida de funciones en favor de las estructuras ministeriales— verán mermada su capacidad. La CNMC actuará como paraguas común, con una preponderancia de la sala de competencia. Si se quiere una imagen gráfica, la CNC ha lanzado una opa sobre los reguladores sectoriales.

La sujeción de la regulación sectorial a las normas de defensa de la competencia, sin más, puede arrojar numerosos problemas. La regulación sectorial es mucho más compleja que el análisis económico de los mercados, el comportamiento de los operadores y la eficiencia de los precios. Como la crisis económica ha puesto dramáticamente de manifiesto, los mercados no se regulan por sí mismos y logran un equilibrio eficiente<sup>54</sup>. Más aún en sectores con fuertes fallos de mercado y costes hundidos de las infraestructuras en red. Para el regulador sectorial puede ser más importante garantizar un margen adecuado de beneficio que asegure las inversiones y la continuidad del servicio que no la rebaja de precios y la asignación eficiente de recursos. Lo mismo puede decirse para conceptos como el servicio universal asequible, la garantía de suministro, la protección de los consumidores, etcétera<sup>55</sup>.

<sup>52</sup> A. PETITBÓ, «Un horizonte nuevo para la competencia y la regulación», *Anuario de la Competencia 2011-2012*, ICO-Servicio de Publicaciones de la UAB, 2012.

<sup>53</sup> Dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de Ley de creación de la CNMC, Dictamen 870/2012 de 13 de septiembre de 2012.

<sup>54</sup> Incluso el padre del análisis económico del Derecho, Richard POSNER reconoce las insuficiencias del paradigma. R. POSNER, *La crisis de la democracia capitalista*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

<sup>55</sup> La innegable complejidad del asunto puede verse en una reciente reflexión sobre la economía y el Derecho, A. RUIZ OJEDA (dir.), *Fundamentos de Regulación y Competencia. (El diálogo entre Derecho y Economía para el análisis de las políticas públicas)*, Madrid, IUSTEL, 2013.

Es cierto que todas las consideraciones regulatorias *no-de-mercado*, pueden conferirse al poder administrativo con legitimidad democrática. A los técnicos correspondería aplicar solo aquello que haya decidido la Administración. Pero ello nos lleva, de nuevo, al viejo modelo regulador donde las decisiones regulatorias responden a intereses electorales o ideológicos, lejos de la legitimidad técnica y la estabilidad que requieren los mercados. De hecho, la unión de la competencia con la regulación supone, en el caso español, un fuerte debilitamiento de esta última y revela que el legislador, al final, tampoco cree en demasía en el modelo de autoridades reguladoras independientes.

También es digna de consideración la disonancia entre competencia y regulación económica para las situaciones posmonopolistas. En los sectores liberalizados, el mercado debe recrearse o crearse *ex novo*. No se trata de aplicar las reglas de competencia que prohíben determinadas conductas ilegales. Se trata de una cuestión mucho más compleja: hacer nacer un mercado donde no existía. En este sentido, a diferencia de la desmonopolización, la liberalización es un proceso complejo y largo. La liberalización significa la recreación de competencia en sectores donde esta no existía. Sólo con la posibilidad de entrada de nuevos competidores, no se convierte un sector en liberalizado sino que hace falta una política administrativa dirigida a crear las condiciones de fragmentación y libertad necesarias para poder hablar de un verdadero mercado. La liberalización demuestra, además, que la protección de los mercados puede necesitar de medidas anti-mercado, en contra de lo que propugnan los economistas neoliberales. A título de ejemplo, la presencia en un mercado posmonopolista de un gran operador dominante (heredero del servicio público), puede hacer necesaria la adopción de medidas de ineficiencia económica para garantizar la entrada de nuevos operadores. Este es el caso con la fijación de los precios de comercialización del ADSL en España donde lo importante era limitar la capacidad de oferta del grande para permitir la entrada de los *newcomers*. La medida era pues claramente anticompetitiva e ineficiente, pero liberalizadora. MONTERO PASCUAL explica la cuestión desde la perspectiva del tránsito de la regulación a la competencia:

«la evolución de los mercados ha generado dudas sobre el planteamiento inicial del proceso de liberalización. Los mercados basados en infraestructuras en red demuestran una fuerte tendencia a adoptar una estructura de oligopolio con una competencia reducida. El número de operadores presentes en ambos mercados es limitado. La homogeneidad de los principales productos y la transparencia de los precios junto con las barreras de entrada y salida de los mercados en red introducen una fuerte tendencia a la colusión tácita entre operadores. El Derecho de la competencia siempre se ha topado con dificultades a la hora de limitar comportamientos anticompetitivos en los mercados de estructura oligopolística. El riesgo de colusión entre un número reducido de operadores es excesivamente elevado. La intervención en defensa de la competencia puede impedir la celebración de acuerdos concretos en un momento determinado pero no resulta eficaz para actuar contra acuerdos tácitos, prácticamente inevitables. Por este motivo, no cabe excluir automáticamente la pertinencia de la regulación



en esos mercados. Cuando el mercado falla, las normas de defensa de la competencia pueden impedir abusos, pero únicamente una intervención reguladora puede garantizar a largo plazo la satisfacción del interés general. Quizás la defensa de la competencia y la regulación deban coexistir en aquellos mercados que, por su importancia para el interés general, y por la ausencia de una competencia efectiva, las autoridades públicas no puedan descuidar»<sup>56</sup>.

En un trabajo reciente, TRILLAS analiza la diferencia entre complementariedad y sustituibilidad en la regulación competitiva de las *utilities*<sup>57</sup>. De hecho, como él indica, se produce complementariedad entre varios reguladores de industrias en red pero sustituibilidad entre regulación y competencia. A modo de ejemplo, la regulación de entrada en el sector de las telecomunicaciones puede realizarse tanto a través de la regulación sectorial como mediante normas de defensa de la competencia. Se revela una tensión entre competencia estática y competencia dinámica. Ante ello, el autor concluye:

«la política de competencia y la regulación son ejemplos de políticas públicas que tienen objetivos e instrumentos diferentes pero que se superponen e interactúan. En la mayoría de los países, se producen esfuerzos para lograr una mayor coordinación, siendo la integración de las agencias sólo una opción extrema para lograrlo [...]. Las políticas de defensa de la competencia y la de regulación de las industrias liberalizadas deben coordinarse. Sin embargo, hay pocos ejemplos en el mundo donde esta coordinación se logre con la plena integración de las agencias reguladoras y las de defensa de la competencia. La razón es que hay razones fundadas de política pública y de incentivos para mantener agencias separadas con diferentes cometidos. A pesar de que la influencia de la decisión de mantener separado vs. integrar, sobre la captura del regulador es ambigua, según la doctrina, en países con grandes empresas muy poderosas con ambiciones de convertirse en “*national champions*” tanto en ámbito nacional e internacional, dichas empresas podrían preferir cuantos menos reguladores mejor y mantener a los mismos lo más cercanos al ámbito del poder ejecutivo. Las empresas que ya están en el mercado tienen estrategias a largo plazo sobre conexiones políticas y expansión internacional, y por ello pueden preferir tener una sola agencia para relacionarse, con independencia de su tamaño, así como con el gobierno que sigue tomando la mayoría de las decisiones relevantes»<sup>58</sup>.

Como explican ARIÑO y DE LA CUÉTARA, a propósito del Informe de la CMT sobre el Anteproyecto:

<sup>56</sup> J. J. MONTERO PASCUAL. «Regulación económica y Derecho de la Competencia. Dos instrumentos complementarios de intervención pública para los mercados de interés general», en A. RUIZ OJEDA (dir.), *Fundamentos de Regulación y Competencia. (El diálogo entre Derecho y Economía para el análisis de las políticas públicas)*, Madrid, IUSTEL, 2013, pp. 107-108.

<sup>57</sup> F. TRILLAS, «The institutional architecture of regulation and competition: Spain's 2012 reform», IESE Public-Private Sector Research Center Working Paper WP-1067-E, abril de 2013. Disponible en <http://www.iese.edu/research/pdfs/WP-1067-E.pdf>. Véase también F. NAERT, «Competition authorities and regulators in Belgium: Hierarchy vs. Cooperation», *Competition and Regulation in Network Industries*, vol. 10 (2), 2009. Disponible en [http://www.crninet.com/pdf\\_file/ITS/CRNI\\_10\\_02\\_0139.pdf](http://www.crninet.com/pdf_file/ITS/CRNI_10_02_0139.pdf).

<sup>58</sup> TRILLAS, *op. cit.*, p. 20.

«En lo esencial, se trata de que ambas autoridades actúan en situaciones y con objetivos diferentes. La autoridad de defensa de la competencia actúa en mercados donde la libre iniciativa y la competencia están ya implantados y se rigen sin mayores problemas por la regla de la libertad de comercio e industria; los reguladores sectoriales actúan, en cambio, en mercados donde la competencia es incipiente, débil o insuficiente (por su reciente liberalización, o por la existencia en su seno de fallos de mercado, economías de red, monopolios naturales, etc.), mercados en los que se requieren medidas estructurales correctoras para recrear la competencia y se basan en instituciones que exigen una normativa propia. En cuanto a sus objetivos, aunque ambos organismos comparten el fin último de alcanzar un nivel de competencia sana y eficiente, los reguladores sectoriales deben alcanzar otros fines que son ajenos a la autoridad de la competencia: la consecución del servicio universal (de comunicaciones, de abastecimiento energético...), la introducción ordenada de nuevas tecnologías, o la protección de los usuarios, entre otros»<sup>59</sup>.

Y no por el hecho de reunir en un mismo edificio a los varios técnicos se produce automáticamente una coordinación de políticas públicas.

Como colofón a lo dicho, hay que analizar también la perspectiva de la propia jurisprudencia del TJUE, en referencia al caso *Deutsche Telekom* (STJUE de 14 de octubre de 2010. Asunto C-280/08 P). El caso refiere a la llamada compresión de márgenes (*margin squeeze*) en materia de telecomunicaciones por parte de un operador dominante y si tal práctica constituye un abuso de posición dominante. Más que el fondo del asunto —interesante como es— centraremos nuestra atención en el hecho de que la conducta declarada anticompetitiva y correspondientemente sancionada se hallaba autorizada por parte del regulador sectorial. Se trata pues de un caso claro de confluencia entre regulación y competencia. A este respecto, el Abogado General concluyó que:

«[...] La Comisión no puede estar vinculada por una resolución adoptada por un órgano nacional y la autorización de este órgano no impide que la Comisión pueda apreciar la existencia de explotación abusiva a la luz del art. 82 CE, meramente por una supuesta falta de imputabilidad. De hecho, la competencia de la Comisión se basa directamente en el Tratado y en el Reglamento núm. 17, y, actualmente, en el Reglamento núm. 1/2003. Como también he mencionado antes, el marco regulador en cuestión completa las disposiciones normativas sobre la competencia y debe entenderse que ambas normativas son complementarias. Por último, como acertadamente alega la Comisión, una directiva basada en el art. 86 CE, apartado 3, no puede poner en tela de juicio, con respecto a la aplicación del art. 82 CE, la distribución de competencias establecida a nivel de Derecho primario en virtud de los arts. 83 CE y 85 CE. Finalmente, la Comisión ha establecido claramente en sus Directrices sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado —algo que de hecho ya era cierto con respecto al marco jurídico anterior— que, en la práctica, no puede excluirse que surjan procedimientos paralelos con

<sup>59</sup> G. ARIÑO ORTIZ y J. M. DE LA CUÉTARA, «Reguladores sectoriales y defensa de la competencia. Una aportación al debate de su fusión», *Ariño & Villar WP*, núm. 42, 2012, p. 24.



arreglo a la regulación *ex ante* y a la legislación sobre competencia, y las autoridades de competencia podrán efectuar sus propios análisis del mercado e imponer las soluciones en paralelo con las medidas sectoriales que pueden aplicar las ARN.

[...] La recurrente alega que el principio de seguridad jurídica requiere que una empresa en posición dominante sujeta a regulación debe poder confiar en la legitimidad de esa regulación. Cuando las medidas adoptadas por las ARN no son compatibles con el art. 82 CE, la Comisión debería incoar un procedimiento contra el Estado miembro por incumplimiento de obligaciones y no contra la empresa en posición dominante. En mi opinión, el Tribunal General actuó correctamente al estimar que, aunque la RegTP, al igual que cualquier órgano del Estado, estaba obligada a respetar las disposiciones del Tratado CE, en el momento de los hechos, ella era la autoridad alemana encargada de aplicar la normativa sectorial en el ámbito de las telecomunicaciones, y no la autoridad de competencia del Estado miembro de que se trata. La analogía de las dos barreras utilizada en la argumentación de la Comisión es, a mi juicio, bastante apropiada en este contexto. La regulación constituye la primera barrera; se respeta cuando la recurrente cumple con los preceptos de la misma y es la RegTP quien valora este punto. El art. 82 CE constituye la segunda barrera, y —con independencia de la obligación de cumplir con las disposiciones del Tratado CE aplicables a la RegTP— forma parte de las atribuciones de la correspondiente autoridad de competencia —que en este caso es la Comisión— dilucidar cuando sea necesario si la segunda barrera ha sido respetada o no. Además, la recurrente no podía ignorar el hecho de que la regulación de las telecomunicaciones y la aplicación del art. 82 CE constituyen instrumentos independientes, incluso aunque ambos tengan como finalidad última promover la competencia. La recurrente se equivoca con respecto a la separación de los dos instrumentos cuando se acoge al apartado 61 de la Comunicación de acceso para argumentar que si la Comisión considera que las medidas adoptadas por la ARN no son compatibles con el art. 82 CE, debe incoar un procedimiento contra el Estado miembro por incumplimiento de sus obligaciones. Es cierto que la Comisión puede corregir de esta manera los errores en los que incurren los Estados miembros con respecto al marco de regulación, es decir, la aplicación insuficiente del marco regulador. Sin embargo, el presente procedimiento no tiene por objeto determinar si la RegTP incurrió o no efectivamente en tal error. Como acertadamente señaló la Comisión, el control sobre la aplicación del art. 82 CE no se traspaasa a la ARN, en sustitución de la Comisión»<sup>60</sup>.

A lo que el Tribunal, al desestimar la casación, confirma la apreciación de la instancia por la que:

«En lo que atañe a la alegación según la cual la Comisión sometió las tarifas aplicadas por la recurrente a una doble regulación y vulneró así los principios de proporcionalidad y de seguridad jurídica, el Tribunal indicó, en particular, en el apartado 265 de la sentencia recurrida “Aunque no puede descartarse que las autoridades alemanas también hayan infringido el Derecho comunitario —y, en particular, lo dispuesto por la Directiva 90/388/CEE de la Comisión, de 28 de junio de 1990, relativa a la competencia en

<sup>60</sup> Conclusiones del Abogado General Jan Mazak de 22 de abril de 2010. Asunto C-280/08, aps. 19-21.

los mercados de servicios de telecomunicaciones— al optar por un reajuste progresivo entre tarifas de conexiones y de llamadas telefónicas, dicha infracción, si se demostrase, no eliminaría el margen de maniobra del que la demandante ha dispuesto efectivamente para reducir la compresión de márgenes”. “En la Decisión controvertida la Comisión sólo contempla las prácticas tarifarias de la demandante y no las Decisiones de las autoridades alemanas. Aun cuando la RegTp hubiese infringido una norma comunitaria y la Comisión hubiera podido incoar por ello un procedimiento por incumplimiento contra la República Federal de Alemania, ello no podría afectar en absoluto a la legalidad de la Decisión. En efecto, en esta Decisión la Comisión se limita a declarar que la demandante ha infringido el art. 82 CE, disposición que no incumbe a los Estados miembros, sino únicamente a los agentes económicos. Por tanto, la Comisión no incurrió en desviación de poder al realizar esta declaración sobre la base del art. 82 CE”».

De todo ello se desprende, pues, un principio de sujeción de las decisiones de las autoridades de regulación a los principios de competencia. O dicho en otras palabras, la prevalencia de la libre competencia por encima de la regulación y la imposibilidad por parte de los operadores económicos de evitar una condena por conducta anticompetitiva a pesar de que su comportamiento se ampare en una decisión del regulador sectorial. A juicio de FERNÁNDEZ TORRES, «el Tribunal intenta aclarar el ámbito de aplicación del Derecho de la competencia cuando existe, al mismo tiempo, una regulación sectorial específica. La aproximación que, sobre este aspecto, hace el derecho europeo difiere sustancialmente respecto del derecho norteamericano. En este último, el Tribunal Supremo en su sentencia de 13 de enero de 2004 viene a señalar que la presencia de un regulador sectorial exigiendo que se facilite un acceso a un bien o servicio intermedio, hace superflua, si no inadecuada, la aplicación del Derecho de la competencia para exigir o forzar el acceso al servicio. El Tribunal Supremo norteamericano distingue entre la finalidad de la regulación sectorial (eliminar monopolio) y el objetivo más modesto del derecho de la competencia (disuadir de la realización de conductas ilícitas) considerando que ambos objetivos deben permanecer separados. Posteriormente en la sentencia *Linkline* de 25 de enero de 2009, el Tribunal aplica la doctrina de *Trinko* y concluye que una práctica de compresión de márgenes no constituye una infracción autónoma de la *Sherman Act*. Por el contrario, el Tribunal de Justicia Europeo ha optado por un planteamiento radicalmente diferente entendiendo que ambas normas son complementarias y que cuando el operador dispone de margen de autonomía empresarial debe aplicársele el derecho de la competencia. En nuestra opinión, la solución propuesta por el Tribunal plantea un grave problema de seguridad jurídica y de falta de claridad de los ámbitos de aplicación de unos y otros marcos regulatorios»<sup>61</sup>.

En definitiva, el complejo problema de la interacción entre regulación sectorial y defensa de la competencia se salda a nivel europeo con la prevalencia

---

<sup>61</sup> I. FERNÁNDEZ TORRES, «Regulación sectorial y derecho de la competencia: compresión de márgenes en el mercado de telecomunicaciones (STJUE de 14 de octubre de 2010, Deutsche Telekom)», en E. GARCÍA DE ENTERRÍA y E. ALONSO GARCÍA (coords.), *Administración y Justicia: un análisis jurisprudencial. Liber Amicorum al Profesor T. R. Fernández Rodríguez*, Madrid, Civitas, 2012, p. 3208.



de esta última. Los principios de libre mercado sustituyen a los de regulación, de manera que puede sancionarse al operador que incurra en conducta anti-competitiva incluso si esta resulta de la aplicación de una regulación administrativa. Esta zona gris de inseguridad jurídica no necesariamente desaparece por el hecho de integrar en una sola institución los dos instrumentos. En cualquier caso, el Pleno del Consejo de la CNMC deberá dirimir los conflictos.

#### G. ¿IMPLICA LA CREACIÓN DE LA CNMC LA SUSTITUCIÓN DE LOS ACTUALES CONSEJEROS?

Una de las cuestiones más controvertidas de la nueva legislación —una especie de pecado original que pone toda la reforma bajo sospecha— es la continuidad de los miembros de las Comisiones que ahora se van a fusionar. Efectivamente, hay quien ha querido ver en la reforma un deliberado intento para remover de sus puestos a presidentes nombrados por parte de gobiernos anteriores, presidentes, todo sea dicho, con claro perfil político. Así, para la CMT se nombró el 10 de mayo de 2011 a Bernardo Lorenzo Almedros; para la CNE a Alberto Lafuente Félez el 15 de junio de 2011 y finalmente para la CNC el 14 de octubre de 2011 a Joaquín García Bernaldo de Quirós. Siendo el mandato de todos ellos de seis años, estarían en sus cargos (salvo causa de cese), hasta el año 2017. El 20 de noviembre de 2011 se celebraron en España elecciones generales con la obtención del Partido Popular de una holgada mayoría absoluta y el inicio de la X legislatura de las Cortes Generales. La sustitución del Gobierno de J. L. Rodríguez Zapatero (PSOE) por el de Mariano Rajoy (PP), se confrontaba pues con la permanencia en sus puestos de tres presidentes de Comisiones reguladoras tan importantes y con temas muy sensibles para el gobierno.

De hecho, podemos comparar la situación con la prevista en una anterior reforma que afectaba a los organismos reguladores: la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. Los cambios en la configuración institucional de los mismos no afectó a la permanencia en los cargos de los anteriores presidentes. Así se entiende la Disposición adicional 9.<sup>a</sup> de la LES con el título de Adaptación de la composición del número de miembros del Consejo de los Organismos Reguladores y de la Comisión Nacional de la Competencia. En el apartado segundo de la disposición se prevé que la designación de nuevos Presidentes de los Organismos tendrá lugar a partir del momento en que expire el mandato de los actuales Presidentes, y la de nuevos Consejeros a partir del momento en que el número de Consejeros cuyo mandato no haya expirado sea inferior a seis.

En definitiva, la *voluntas legislatoris* y el espíritu de la Ley era la continuidad de los miembros de los Organismos en su cargo hasta la expiración de su mandato. Ninguna sospecha pues de utilización de la reforma para fines más o menos inconfesables<sup>62</sup>.

<sup>62</sup> Denunciaba este hecho a propósito de la renovación de la Corporación Catalana de Medios Audiovisuales el profesor MILIAN I MASSANA, «Garanties estatutàries i la CCMA», *Avui*, 11 de mayo de 2010. Disponible en <http://www.jordipujol.cat/files/articles/milianmassana.pdf>.

La cuestión en la Ley 3/2013 se regula de forma diametralmente opuesta. La DA 2.<sup>a</sup> prevé la extinción de los organismos una vez se haya procedido a aprobar el Estatuto Orgánico de la CNMC y el nombramiento de miembros del Consejo. Este calendario de acontecimientos se regula en la DA 1.<sup>a</sup> con la siguiente sucesión de hechos:

«1. Inmediatamente después de la aprobación del Estatuto Orgánico, el Ministro de Economía y Competitividad propondrá al Gobierno el nombramiento de los miembros del Consejo, quienes comparecerán ante el Congreso, que tendrá un mes para vetarlos en los términos del art. 15 de esta Ley.

2. En el plazo de 20 días desde la publicación del real decreto de nombramiento de los miembros del Consejo, se procederá a la constitución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a través de la constitución del Consejo. Una vez constituido, el Consejo procederá a nombrar al Secretario.

3. Constituida la Comisión, el Consejo contará con el plazo de un mes para llevar a cabo las siguientes acciones:

a) Nombramiento del personal directivo, de acuerdo con lo establecido en el art. 26.3 de esta Ley.

b) Elaboración del Reglamento de funcionamiento interno.

c) Integración de medios personales y materiales que correspondan a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

4. La puesta en funcionamiento de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que implicará el ejercicio efectivo por parte de sus órganos de las funciones que tienen atribuidas, se iniciará en la fecha que al efecto se determine por orden del Ministro de Economía y Competitividad y, en todo caso, en el plazo de cuatro meses desde la entrada en vigor de esta Ley. En esta fecha se tendrá que haber producido la transferencia del personal y de los medios presupuestarios suficientes para el desempeño de las funciones recogidas en esta Ley».

No hay duda, pues, de que la reforma, intencionadamente o no, supone el cese de todos los actuales Presidentes y Consejeros de organismos reguladores, que serán sustituidos en breve por otros nombrados por el nuevo gobierno (véase acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de agosto de 2013). Con ello, pues, se consigue una enorme celeridad en el proceso de reforma y la reducción al mínimo del periodo de transición hacia el nuevo organismo. Y con ello, la sustitución fulminante de los actuales presidentes nombrados en 2011.

#### H. ¿ES COMPATIBLE LA NUEVA CNMC CON LA EXISTENCIA DE ORGANISMOS AUTONÓMICOS DESCENTRALIZADOS?

Como es sabido, el TC declaró en su STC 208/1999, de 11 de noviembre, la posibilidad de que las CC. AA. realizaran la aplicación de la defensa de la competencia cuando la afectación al mercado fuera puramente local<sup>63</sup>.

<sup>63</sup> Véase igualmente la STC 31/2010 sobre el Estatut de Autonomia de Catalunya que admite la intervención autonómica no solo en las conductas anticompetitivas sino también en las concen-



Ello dio origen a la asunción de competencias autonómicas en materia de defensa de la competencia, a la creación de las correspondientes autoridades y a la aprobación de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia. El proceso de descentralización ha servido a lo largo de este tiempo para aligerar muchos asuntos de menor importancia de la CNC<sup>64</sup>.

Los resultados de la descentralización varían fuertemente según la Comunidad que se analice. A juicio de MARCOS, «la mayor proximidad y mejor conocimiento de los mercados locales por los órganos y autoridades autonómicas es la principal ventaja que cabe extraer del reconocimiento de competencias autonómicas en materia de defensa de la competencia. La cercanía debería suponer un acceso más fácil a la información, una información de más calidad y una reacción más rápida y menos costosa de las autoridades. Simultáneamente, ello permitiría que la Comisión Nacional de Competencia (CNC) centrara sus esfuerzos en la persecución de cárteles y prácticas anticompetitivas más dañinas y que distorsionan la competencia a nivel nacional. Además, la descentralización y multiplicación de autoridades administrativas encargadas de aplicar las normas puede introducir cierta competencia entre ellas, favoreciendo el aprendizaje mutuo y la innovación. Sin embargo, el ámbito de la descentralización de la aplicación de la legislación de defensa de la competencia en España deberá delimitarse en función de los costes de organización y coordinación de las diferentes autoridades, los costes de transacción para las empresas y de los beneficios esperados de sus actuaciones. Finalmente, la inmediatez de las autoridades autonómicas puede ser también su principal lastre, pues podría facilitar la presión política y la captura de estos órganos por los intereses empresariales locales»<sup>65</sup>.

Lo cierto es que en tiempos recientes se ha asistido a la supresión de alguno de los organismos autonómicos inicialmente creados<sup>66</sup>. Igualmente, los resultados de la Comisión de Reforma de las Administraciones Públicas (subcomisión de duplicidades) determina que «el Ministerio de Economía y Competitividad promoverá la firma de convenios de colaboración con las CC. AA. con el objeto de que sea la CNC la que asuma las funciones de defensa de la competencia en su totalidad o, al menos, las correspondientes

---

tracciones entre empresas que tengan un efecto puramente local. Es de interés también la reciente STC 71/2012, de 16 de abril que resuelve un conflicto positivo de competencias a propósito de la aplicación de la legislación de defensa de la competencia en el caso *Estación Sur de Autobuses de Madrid*.

<sup>64</sup> Las CC. A.A han conocido de 73 expedientes remitidos por la CNC (sobre un total de 89). Las Autoridades más activas en este tema han sido Cataluña (12 casos) y Andalucía (16 casos). En 12 casos, la CNC ha resuelto procedimientos instruidos por las autoridades autonómicas (Madrid 7; Canarias 4 y Murcia 1). Cfr. CNC, *Memoria de Actividades 2011-2012*.

<sup>65</sup> F. MARCOS, «Autoridades autonómicas de defensa de la competencia en vías de extinción», Universidad San Pablo CEU. Instituto Universitario de Estudios Europeos - Centro de política de la competencia. Documento de trabajo, Serie política de la competencia, núm. 31/2012, pp. 6-7.

<sup>66</sup> Así lo han hecho, Madrid, Castilla-La Mancha y Valencia. Lo discuten Galicia y Castilla-León.

a la fase de resolución de los expedientes sancionadores, lo que permitiría prescindir de organismos con el consiguiente ahorro, manteniendo en su integridad las labores de prevención, inspección y sanción»<sup>67</sup>.

Formalmente, la Ley 3/2013 y la nueva CNMC nada especifican sobre el particular. El silencio a la hora de asignar funciones al Consejo o a las Salas en relación con la aplicación de la Ley 1/2002 resulta, sin embargo, algo desconcertante. Además, según recoge el art. 1.3 de la Ley «[...] la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ejercerá sus funciones en todo el territorio español y en relación con todos los mercados o sectores económicos». El artículo proviene del antiguo art. 12 de la Ley 15/2007, que reproduce su tenor literal suprimiendo, empero, cualquier concordancia con la Ley 1/2002.

Directamente, pues, no se produce una centralización de la política de defensa de la competencia, sino un cuestionamiento general del modelo de descentralización adoptado hasta el momento. Según nuestra opinión, la propia Comisión de Reforma manifiesta este enfoque cuando propugna la necesidad de «Prever de forma expresa la incorporación autonómica a los organismos del Estado existentes en ámbitos materiales de especial incidencia para las competencias o intereses de las CC. AA., y ello con el objeto de buscar fórmulas más eficaces para el ejercicio coordinado de las respectivas funciones para poder alcanzar una mayor integración de los medios humanos y materiales disponibles»<sup>68</sup>. (Subcomisión de Administración Institucional). Ya hemos tenido ocasión de advertir sobre la diferencia entre el modelo coordinado y el modelo participativo en otra sede:

«Existe la posibilidad de reconducir la pluralidad de Administraciones con competencia en una materia mediante la composición plural de los mismos órganos del Estado. En este caso, no estamos ante una técnica administrativa relacional sino ante una interpretación integradora de las previsiones constitucionales recogidas en el art. 2 CE. Efectivamente, los órganos administrativos estatales de composición plural consiguen el mismo objetivo que la coordinación administrativa pero superan la dualidad de Administracio-

<sup>67</sup> Véase el informe completo de la Comisión de Reforma de las Administraciones Públicas en <http://www.seap.minhap.gob.es/dms/es/index/bannersTematicos/INFORMELIBRO/INFORME%20LIBRO.PDF>. Sin embargo para RUIZ PERIS, «el ahorro no es un argumento plausible para justificar la eliminación de las autoridades autonómicas de competencia y tampoco lo es un posible e injustificado miedo a la competencia y a las consecuencias que pueden derivarse de la actuación de autoridades independientes que pretendan preservarla y mantenerla que solo podría ser justificado desde el reconocimiento de la captura privada de las Comunidades Autónomas —que no creo existente o que en todo caso no debería existir— y desde un cierto temor social a verse involucradas en procedimientos de competencia por actuaciones inadecuadas, en particular en supuestos de protección de acuerdos entre competidores por medio de normas de rango inferior al legal o por simples actuaciones administrativas, ruptura de la igualdad de oportunidades en la contratación pública, o falta de análisis desde la perspectiva de la competencia de los efectos derivados de una regulación —que en ningún caso podrían justificar en un Estado de Derecho tales medidas», J. I. RUIZ PERIS, «La reforma institucional del Derecho de la competencia español», *Diario La Ley. Sección Doctrina*, núm. 7983 de 13 de diciembre de 2012 y 8002, de 16 de enero de 2013, p. 10.

<sup>68</sup> Comisión de Reforma de las Administraciones Públicas. <http://www.seap.minhap.gob.es/dms/es/index/bannersTematicos/INFORMELIBRO/INFORME%20LIBRO.PDF>.



nes que se mantienen en una situación de coordinación. La coordinación es una actuación administrativa externa a la propia organización mientras que la composición plural integra en la estructura orgánica las diferentes voluntades administrativas que pasan a manifestarse de forma única. La cultura administrativa tradicional en España no contempla la composición como principio de actuación de las Administraciones públicas. Sin embargo, ello no debe llevarnos a pensar que la misma no tiene cabida en el diseño constitucional sino todo lo contrario. Mientras que la coordinación resulta un principio de organización administrativa, la composición y la integración son verdaderos principios de alcance constitucionales»<sup>69</sup>.

Este podría ser ahora el modelo que se propugna a través de la reforma de las Administraciones para el caso concreto de la defensa de la competencia. De nuevo, citando al profesor MARCOS:

«La reciente supresión de algunas autoridades autonómicas de defensa de la competencia debe conducir a reflexionar sobre la descentralización de la aplicación de la legislación *antitrust* en España y las competencias autonómicas en la materia. Este trabajo considera que aunque la supresión se está justificando en razones de ahorro por la actual coyuntura económica, en el fondo tiene causas más profundas. La crisis económica no ha hecho más que acelerar un proceso que era inevitable porque la organización institucional y los albores del ejercicio de esta competencia de las CCAA en la materia eran defectuosos. Aunque las competencias autonómicas y cierta descentralización en esta materia puedan estar justificadas, la mayoría de las CCAA no han realizado una reflexión previa sobre la necesidad y el sentido de las competencias que asumían. Naturalmente, tampoco hubo reflexión en la configuración y organización de las autoridades autonómicas que, en algunos casos, adquirieron un tamaño desproporcionado. Además, las actuaciones de los órganos resolutorios de algunas autoridades autonómicas han puesto de relieve la falta de independencia y la inexperiencia de sus integrantes. Y, por si lo anterior fuera poco, ni el sistema de reparto y asignación de competencias Estado-CCAA, ni algunas de sus actuaciones concretas (o de los gobiernos autonómicos) han favorecido que la mayoría de estas autoridades hayan legitimado y justificado su existencia. En suma, el ejercicio de las competencias de aplicación de la LDC por las CCAA requiere un replanteamiento que atienda a las necesidades y a la voluntad política autonómica en esta materia. Es bastante discutible en qué medida la aportación adicional de la intervención autonómica es positiva y eficiente. Indudablemente, sólo lo será si se concibe de una manera experta e independiente, ajena a las querellas políticas y empresariales locales, aglutinando quizás las competencias autonómicas en materia de consumo, de modo análogo a como hacen las autoridades de competencia en otros países (OFT británica o FTC estadounidense)»<sup>70</sup>.

El resultado final tendrá su reflejo en la inminente aprobación de la Ley de Unidad de Mercado, actualmente en tramitación parlamentaria. Según

<sup>69</sup> C. PADRÓS REIG, «La estructura administrativa para la promoción y defensa de la competencia en Andalucía», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 67, 2007.

<sup>70</sup> F. MARCOS, «Autoridades autonómicas de defensa de la competencia en vías de extinción», Universidad San Pablo CEU. Instituto Universitario de Estudios Europeos - Centro de política de la competencia. Documento de trabajo, Serie política de la competencia, núm. 31/2012, p. 15.

el texto del Proyecto de Ley<sup>71</sup>, se procederá a crear un Consejo para la Unidad de Mercado con participación de las Comunidades Autónomas. Este Consejo contará con una Secretaría encargada de tramitar reclamaciones de los operadores que pudieran ver vulnerado su derecho a la libre iniciativa económica o a la libre circulación y establecimiento. Resolverá la cuestión la autoridad designada por cada Comunidad en primera instancia y posteriormente podrá dirigirse a la CNMC. Así pues, las autoridades autonómicas de competencia se configuran como ventanillas o puntos de contacto capaces de resolver solamente en primera instancia y sujetas a la decisión final de la CNMC.

### 3. REFLEXIÓN FINAL

La cuestión de los reguladores sectoriales y la defensa de la competencia debe entenderse dentro de un proceso complejo de liberalización económica de sectores básicos para la sociedad. La introducción de competencia en antiguos monopolios estatales y la utilización de la competencia como mecanismo de garantía dinámica de prestación a los ciudadanos requiere una organización administrativa distinta de la tradicional Administración jerárquico-burocrática. Así lo ponen de relieve ARIÑO y DE LA CUÉTARA: «En el momento en que se está liberalizando un antiguo servicio público monopolizado y estatalizado, las “falsas liberalizaciones” emergen por doquier. Ello se debe a que Gobiernos quieren conservar los principales resortes de control sectorial, y lo hacen de forma disimulada. Pero eso no es “regulación para la competencia”; eso no es creíble; la credibilidad surge cuando son capaces de erigir una comisión reguladora dotada de plena independencia frente al Gobierno actual y los venideros. Esta es la piedra de toque de las liberalizaciones frente a las múltiples restricciones surgidas en la práctica, no sólo en los países en desarrollo, sino también en los países desarrollados, en Europa y en España»<sup>72</sup>. En este sentido, pues, la Ley 3/2013 presenta una cierta involución, o una vuelta al modelo administrativo tradicional, con devolución de competencias a los ministerios y con erosión a la legitimidad técnica de los reguladores sectoriales. Tal vez estamos ante un reconocimiento explícito de una evidencia: el ordenamiento español nunca ha terminado de interiorizar que no sea el gobierno quien dirija la política administrativa, según encarga la Constitución en su art. 97.

Lo cierto es que tanto en el caso del ferrocarril como en el del sector audiovisual y las comunicaciones electrónicas, la jurisprudencia europea (ya sea el TJUE o el TEDH) han determinado la necesidad de garantizar, por parte de los gobiernos, un estructura administrativa independiente. El regulador independiente del gobierno se erige pues como una exigencia de la regulación moderna. Ante todo ello, cabría plantearse la cuestión de si el

<sup>71</sup> Proyecto de Ley de garantía de la unidad de mercado (121/000056), *BOCG*, Serie A, núm. 56-1, de 16 de julio de 2013.

<sup>72</sup> G. ARIÑO ORTIZ y J. M. DE LA CUÉTARA, «Reguladores sectoriales y defensa de la competencia. Una aportación al debate de su fusión», *Ariño & Villar WP*, núm. 42, 2012, pp. 15-16.



modelo adoptado cumple verdaderamente las exigencias del Derecho europeo, cuestión acerca de la que ya expresara dudas la propia Comisión.

Además, el resultado final —un regulador multisectorial y de competencia— tiene muy complicado poder aunar en el seno de una misma institución situaciones regulatorias tan dispares como las telecomunicaciones, energía, transportes o el juego. Lo cierto es que pese a la referencia al modelo comparado, no existen en la actualidad homólogos europeos organizados de igual forma. Podría admitirse que de la jurisprudencia del TJUE se destila una cierta prevalencia del Derecho de la competencia sobre la regulación sectorial, como se ha demostrado en el caso *Deutsche Telekom* de 2010. De todos modos, la nueva CNMC supone junto a la prevalencia de los órganos de competencia, un correlativo debilitamiento tanto de la independencia de los organismos como una reducción de su ámbito de actuación. Asistimos pues a un doble proceso —en cierto modo incompatible—: involución hacia la administración ministerial y sometimiento de la regulación al libre mercado.

En general, podría hablarse de una absorción por parte de los órganos de competencia de las funciones de los reguladores sectoriales. Esta absorción, junto con la devolución a los departamentos ministeriales de algunas funciones, augura una CNMC de carácter más administrativo-burocrático que propiamente regulador. De hecho, resulta muy reveladora la diferencia de opinión entre la CNC y la CMT y la CNE en la lectura de los sendos informes sobre la reforma. Mientras que la CNC valora favorablemente la concentración de competencias, las demás la critican más o menos abiertamente. En palabras de la doctrina, «la fusión sólo se justifica desde una perspectiva organizativo-burocrática que no es la más adecuada para enfocar la reestructuración del sistema de reguladores independientes que hemos ido erigiendo poco a poco en nuestro país. El resultado de la fusión no será la creación de un “superregulador” que aproveche lo mejor de los reguladores sectoriales actuales y le añada la fuerza de la actual CNC; al contrario, las funciones regulatorias de la nueva CNMC resultarán muy devaluadas, transfiriéndose muchas de ellas a los Ministerios de Economía, Fomento e Industria. De este modo, el nuevo organismo se convertirá en un “supervisor general” en asuntos regulatorios, labor que afrontará, además, a partir de una cultura de defensa de la competencia, compatible pero distinta de la cultura regulatoria que precisa la resolución de los problemas de los grandes sectores estratégicos de nuestro país»<sup>73</sup>.

Efectivamente, las normas de competencia y la regulación sectorial presentan elementos tanto de sustitución como de complementariedad. Como explica MONTERO PASCUAL, «muchos de los mecanismos de intervención propios de la regulación sectorial se han inspirado en las obligaciones de no hacer previstas en la disciplina de defensa de la competencia. La regulación refuerza la intervención pública y pasa de imponer obligaciones de

<sup>73</sup> G. ARIÑO ORTIZ y J. M. DE LA CUÉTARA, «Reguladores sectoriales y defensa de la competencia. Una aportación al debate de su fusión», *Ariño & Villar WP*, núm. 42, 2012, p. 33.

no hacer a exigir obligaciones de hacer. Entre esas obligaciones concretas, resulta evidente el paralelismo entre la prohibición de obstaculizar el acceso a las *essential facilities*, y la obligación positiva de conectar las redes. La regulación no sólo es capaz de imponer una obligación positiva, sino que agiliza activamente la entrada en el mercado de los nuevos competidores. En la misma línea, se encuentra la relación entre prohibición de precios excesivos o predatorios contenida en las normas de defensa de la competencia y la imposición de precios dispuesta en la regulación»<sup>74</sup>.

Si a todos estos problemas de diseño institucional añadimos la cierta premura e improvisación para un asunto de tamaño complejidad, resulta, como dice RUIZ PERIS, que «el análisis sobre el impacto en la competencia de la fusión que realiza la memoria, parece poco meditado y, desde luego, escasamente argumentado, cuestión que debería ser solventada para analizar con el máximo detalle posible las efectivas consecuencias de una medida que, al fin y al cabo, afecta directamente a la preservación de una competencia efectiva y no falseada en el mercado. [...] De las decisiones adoptadas o propuestas ha sido excluido cualquier tipo de análisis de los efectos que producirán en la competencia y el mercado, partiendo de la presunción, no probada, de que estos serán irrelevantes y ello entraña un error metodológico que puede resultarnos muy caro como país. No debe emprenderse una reforma del calado de la que se pretende o de las que ya se han realizado sin valorar adecuadamente la relación ahorro en las cuentas públicas frente a perjuicios producidos al comportamiento eficiente del mercado»<sup>75</sup>.

Existen todavía en el texto final elementos pendientes de desarrollo que son de suma importancia: desde el nombramiento del Presidente, a la ordenación entre Salas y Direcciones, el régimen de los recursos administrativos, la asignación de casos, la potestad de impugnar disposiciones administrativas de carácter general, etc. Todo ello de capital importancia y que deberá ser abordado por el Estatuto Orgánico y el Reglamento Interno que han de aprobarse en el futuro inmediato<sup>76</sup>. Además, por descontado, del acierto acerca del perfil en el nombramiento de los nuevos consejeros y directores de la CNMC. Con un Consejo relativamente pequeño que deberá conocer de muchos y variados asuntos y con la rotación obligatoria de con-

<sup>74</sup> J. J. MONTERO PASCUAL, «Regulación económica y Derecho de la Competencia. Dos instrumentos complementarios de intervención pública para los mercados de interés general», en A. RUIZ OJEDA (dir.), *Fundamentos de Regulación y Competencia. (El diálogo entre Derecho y Economía para el análisis de las políticas públicas)*, Madrid, IUSTEL, 2013, p. 100.

<sup>75</sup> J. I. RUIZ PERIS, «La reforma institucional del Derecho de la competencia español», *Diario La Ley. Sección Doctrina*, núm. 7983 de 13 de diciembre de 2012 y 8002, de 16 de enero de 2013, p. 2.

<sup>76</sup> La CNC critica esta «deslegalización de la estructura organizativa». Ya no es el legislador sino el Gobierno quien concretará por parte de qué órganos y en qué términos se tramitarán los procedimientos. CNC «Informe IPN 70/12 sobre el Anteproyecto de Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia», 15 de marzo de 2012. Incluso el Informe del MINETUR a una de las primeras versiones del texto tramitado reconoce que «si la determinación de la organización [...] se encomendase a la potestad reglamentaria, cabría poner en tela de juicio la existencia de una garantía suficiente de dicha independencia», Informe de la Secretaría General Técnica MINETUR de 19 de abril de 2012.



sejeros entre salas, se puede vislumbrar una dinámica de funcionamiento donde las decisiones se tomen realmente en el nivel técnico (direcciones y subdirecciones) donde residirá verdaderamente el poder decisorio, con una capacidad de veto político del Consejo. Pero si se analizan los ejes fundamentales de la reforma hay que concluir que la nueva CNMC ni es más independiente y neutral ni supone un ahorro significativo de recursos públicos ni garantiza, per se, una mayor seguridad jurídica a los operadores.

## ADENDA

Casi un mes después de cerrado el texto original, se tiene noticia de la aprobación del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la CNMC. Se impone pues un breve comentario de urgencia al mismo.

En primer lugar, el Estatuto reproduce en gran medida las disposiciones ya contenidas en la Ley de manera que presenta relativamente pocas novedades destacadas y remite ulteriores cuestiones a la aprobación del Reglamento de Funcionamiento Interno.

En segundo lugar, se refuerza a nuestro entender el carácter presidencialista de la institución con una vasta enumeración de las competencias del Presidente. Entre ellas destaca su voto dirimente. Corresponde igualmente al Presidente proponer el nombramiento de los Directores de Instrucción.

En cuanto a la organización interna en Pleno y Salas, el primero puede recabar para sí asuntos en los que considere que hay discrepancia (mayoría de seis votos a propuesta del Presidente o de tres consejeros). Se prevé un régimen de rotación entre Consejeros en las dos Salas, de manera que: ningún consejero puede estar adscrito permanentemente a una Sala, se impide la rotación en bloque de todos los consejeros integrantes de una y otra Sala y también la asignación de todos los consejeros nombrados en una renovación parcial a una misma Sala. Se detallan en los arts. 14 y siguientes las funciones asignadas a la Sala de Competencia y a la Sala de Supervisión.

Finalmente, en lo que refiere a la estructura de la CNMC, cabe decir que las Direcciones de Instrucción se organizan como sigue:

- Dirección de Competencia:
  - Subdirección de Industria y Energía.
  - Subdirección de sociedad de la información.
  - Subdirección de servicios.
  - Subdirección de cárteles y clemencia.
  - Subdirección de vigilancia.
- Dirección de Telecomunicaciones y sector audiovisual.
  - Subdirección de Regulación de Comunicaciones Electrónicas.
  - Subdirección de análisis de mercados de comunicaciones electrónicas.

- Subdirección de técnica de las comunicaciones electrónicas.
- Subdirección de Audiovisual.
- Dirección de energía:
  - Subdirección de energía eléctrica.
  - Subdirección de gas natural.
  - Subdirección de regulación económico-financiera y precios regulados.
  - Subdirección de mercados derivados de la energía.
- Dirección de transportes y sector postal:
  - Subdirección de tarifas aeroportuarias.
  - Subdirección del sector ferroviario.
  - Subdirección del sector postal.
  - Subdirección de análisis de los mercados.

Las funciones de promoción de la competencia se realizarán también por un departamento *ad hoc* dependiente de la presidencia. Existe también un singular departamento de control interno que ha de velar por que las actuaciones llevadas a cabo por la CNMC se realice de manera que se asegure un adecuado nivel de cumplimiento, eficacia y eficiencia en la consecución de sus objetivos. La figura resulta inédita en la organización administrativa española como instrumento de auditoría y evaluación interna.

El Presidente, el Vicepresidente, los Consejeros (8), los Directores de instrucción (4), los subdirectores de instrucción (17), el titular del Departamento de promoción de la competencia y sus subdirectores (3), el Secretario General y sus subdirectores (3), el Jefe de la asesoría jurídica, junto con el titular del departamento de control interno suman un total de 41 altos directivos que se regirán en materia retributiva por lo dispuesto en el Real Decreto 451/2012 de 5 de marzo, por el que se regula el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos del sector público empresarial y otras entidades.

Igualmente, en la sesión de 30 de agosto de 2013, el Consejo de Ministros aprueba nombrar los siguientes miembros de la nueva CNMC:

**PRESIDENTE:** José María Marín Quemada. Doctor en Ciencias Económicas por la Universidad Complutense de Madrid, es Catedrático de Economía Aplicada-Política Económica por la UNEF y director del curso de Política Energética. Desde marzo de 2005 era consejero del Banco de España.

**VICEPRESIDENTA:** María Fernández Pérez. Licenciada en Ciencias Económicas por la Universidad Complutense de Madrid y pertenece a los Cuerpos Superior de Administradores Civiles del Estado y de Diplomados Comerciales del Estado. Fue subdirectora general de Competencia y Regulación Económica en el Ministerio de Economía y Hacienda y actualmente era directora de la Secretaría Técnica de la Comisión Delegada para Asuntos Económicos.



**CONSEJEROS:** Idoia Zenarruzabeitia Beldarraín. Licenciada en Derecho por la Universidad de Deusto. Fue Parlamentaria en el Parlamento Vasco y vicepresidenta y consejera de Hacienda y Administración Pública del Gobierno Vasco. Desde julio de 2011 era consejera de la Comisión Nacional de Energía.

Josep María Guinart Solá. Licenciado en Derecho por la Universidad de Barcelona en Ciencias Empresariales por ESADE y en Historia por la Universidad de Girona. Ha sido alcalde de L'Escala, vicepresidente de la Diputación de Girona y diputado nacional en el Congreso de los Diputados. Desde julio de 2011 era consejero de la Comisión Nacional de Energía.

Fernando Torremocha y García-Sáenz. Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Fue magistrado del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y vocal del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia. Desde marzo de 2008 era vicepresidente de la Comisión Nacional de la Competencia.

Clotilde de la Higuera González. Licenciada en Derecho por la Universidad de Granada, pertenece al Cuerpo de Abogados del Estado. Como Abogada del Estado ha desempeñado sus funciones en los Ministerios de Transportes, Turismo y Comunicaciones, Economía y Hacienda y Justicia. Actualmente era Abogada del Estado-Jefe en el Ministerio de Economía y Competitividad.

María Ortíz Aguilar. Licenciada en Derecho por la Universidad Complutense, pertenece al Cuerpo Superior de Técnicos Comerciales y Economistas del Estado. Ha sido subdirectora general de Estudios del Tribunal de Defensa de la Competencia, subdirectora general de Asuntos Jurídicos y Relaciones Instituciones en la Dirección General de Defensa de la Competencia y consejera económica y comercial en la Representación española en la Unión Europea. Actualmente era subdirectora general de Competencia y Regulación Económica en el Ministerio de Economía y Competitividad.

Benigno Valdés Díaz. Licenciado en Economía por la Universidad de Oviedo y Doctor en Economía por la Universidad de Hampshire. Ha sido director general de IMDEA Ciencias Sociales. Actualmente es Catedrático de Teoría y Política Económica en ICADE y director general de la Fundación SEPI.

Eduardo García Matilla. Licenciado en Imagen por la Facultad de Ciencias de la Información de la Universidad Complutense de Madrid, perteneció durante veintiún años a las empresas del Ente Público RTVE, en la que fue director de Radio 3 y director adjunto de Radio Cadena. Fue presidente y consejero delegado de Corporación Multimedia.

Diego Rodríguez Rodríguez. Doctor en Ciencias Económicas por la Universidad Complutense de Madrid, en la que actualmente es profesor titular de Universidad en el Departamento de Economía Aplicada II. Ha realizado numerosos trabajos sobre competitividad, regulación y competencia en las telecomunicaciones europeas.

En fecha 27 de septiembre de 2013, en su primera reunión, el Consejo de la CNMC acordó nombrar a Beatriz de Guindos como directora de competencia. A pesar de tratarse de una funcionaria con larga experiencia en órganos de defensa de la competencia en España, se criticó su parentesco (sobrina) con el Ministro de Economía. Al cabo de un día de su nombramiento, presentó su renuncia. Micaela Arias-Cañete, hija del actual ministro de Agricultura, ocupará el puesto que deja vacante Beatriz de Guindos, de la que ya era su segunda. El nuevo equipo de competencia cuenta además con Jordi Fornells (subdirector de sociedad de la información), María Jesús Mazo (subdirectora de servicios), Isabel López (subdirectora de cárteles) y Carmen Lillo (subdirector de vigilancia). Todos ellos trabajaban ya en la CNC, donde han desarrollado su carrera profesional.

El *BOE* del sábado 5 de octubre publicó la Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre, por la que se determina la fecha de puesta en funcionamiento de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, cuyo artículo único dispone que su puesta en funcionamiento «se iniciará el 7 de octubre de 2013».

## BIBLIOGRAFÍA

- ARIÑO ORTIZ, G. (2006): *Energía en España y desafío europeo*, Granada, Comares.
- ARIÑO ORTIZ, G., y DE LA CUÉTARA, J. M. (2012): «Reguladores sectoriales y defensa de la competencia. Una aportación al debate de su fusión», *Ariño & Villar WP*, núm. 42, disponible en <http://www.arinoyvillar.com/libros/WPweb/WP42.pdf>.
- COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES: «Informe sobre el Anteproyecto de Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia» (MTZ 2012/398).
- COMISIÓN NACIONAL DE LA ENERGÍA: «Informe sobre el Anteproyecto de Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia» de 15 de marzo de 2012.
- COCCIOLO, E. E., y PADRÓS REIG, C. (2010): «La doctrina del TJCE sobre las acciones de oro entre la construcción del mercado interior y los retos de la intervención pública en los mercados globales», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 33.
- COSTAS, A. (2013): «Una fusión explosiva», *El País*, 3 de marzo.
- ESTEVE PARDO, J. (2007): «La regulación de la economía desde el Estado garante», *Actas del II Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Santander, 2-3 de febrero, Thomson Aranzadi.
- FERNÁNDEZ TORRES, I. (2012): «Regulación sectorial y derecho de la competencia: compresión de márgenes en el mercado de telecomunicaciones» (STJUE de 14 de octubre de 2010, Deutsche Telekom), en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y ALONSO GARCÍA, E. (coords.), *Administración y Justicia: un análisis jurisprudencial. Liber Amicorum al Profesor T. R. Fernández Rodríguez*, Madrid, Civitas.
- FERNANDO PABLO, M. M. (2012): «El Legislador nacional no puede eliminar o limitar el ámbito discrecional concedido a una Autoridad Nacional de Regulación por el derecho comunitario», en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y ALONSO GAR-



- ÍA, E. (coords.), *Administración y Justicia: un análisis jurisprudencial. Liber Amicorum al Profesor T. R. Fernández Rodríguez*, Madrid, Civitas.
- INDIREG: «Indicators for independence and efficient functioning of audiovisual media services regulatory bodies - a study conducted on behalf of the European Commission», cuyo informe final fue presentado en noviembre de 2011. Disponible en [www.indireg.eu](http://www.indireg.eu).
- MALARET GARCÍA, E. (2007): «Administración pública y Regulación Económica», en *Actas del II Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Santander, 2-3 de febrero de 2007, Thomson Aranzadi.
- MARCOS, F. (2012): «Autoridades autonómicas de defensa de la competencia en vías de extinción», Universidad San Pablo CEU. Instituto Universitario de Estudios Europeos - Centro de política de la competencia. Documento de trabajo, Serie política de la competencia, núm. 31.
- MONTERO PASCUAL, J. J. (2008): «La Decisión de la Comisión Wanadoo contra Telefónica. La compleja relación entre regulación y competencia», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 2.
- (2013): «Regulación económica y Derecho de la Competencia. Dos instrumentos complementarios de intervención pública para los mercados de interés general», en RUIZ OJEDA, A. (dir.), *Fundamentos de Regulación y Competencia. (El diálogo entre Derecho y Economía para el análisis de las políticas públicas)*, Madrid, IUSTEL.
- NAERT, F. (2009): «Competition authorities and regulators in Belgium: Hierarchy vs. Cooperation», *Competition and Regulation in Network Industries*, vol. 10(2), disponible en [http://www.crninet.com/pdf\\_file/ITS/CRNI\\_10\\_02\\_0139.pdf](http://www.crninet.com/pdf_file/ITS/CRNI_10_02_0139.pdf).
- OCDE (2005): «Designing independent and accountable regulatory authorities for high quality regulation», Proceedings of an Expert Meeting in London, United Kingdom, 10-11 January.
- OCDE Global Forum on Competition: «The objectives of competition law and policy and the optimal design of a competition agency. Spain», Documento CCNM/GF/COMP/WD(2003)28.
- PADRÓS REIG, C. (2008): «El marco institucional de la defensa de la competencia», en MAILLO GONZÁLEZ-ORUS, J., y BENEYTO, J. M., *Comentarios a la Ley de Defensa de la Competencia*, Barcelona, Bosch.
- (2012): «Las características de la Administración pública reguladora del sector audiovisual», *Administración y Justicia: un análisis jurisprudencial. Liber Amicorum al Profesor T. R. Fernández Rodríguez*, Madrid, Civitas.
- (2013): «Liberalización económica y transformación de la Administración pública: el caso del ferrocarril en la jurisprudencia reciente del TJUE», *Revista de Derecho del Transporte*, núm. 12.
- (2013): «Objetividad, predictibilidad y determinación normativa. Los poderes normativos “ad extra” de las autoridades de defensa de la competencia en el control de los cárteles», Universidad San Pablo CEU. Instituto Universitario de Estudios Europeos - Centro de política de la competencia. Documento de trabajo, Serie política de la competencia núm. 38.
- PADRÓS REIG, C., y COCCIOLO, E. E. (2010): «Security of Energy Supply: when can national measures prevail over European Law», *Energy Law Journal*, vol. 31, núm. 1, abril.
- PEDRAZ CALVO, M., y RUBÍ NAVARRETE, J. (2002): «Delimitación de competencias entre los órganos horizontales de defensa de la competencia y los órganos reguladores sectoriales», *Anuario de la Competencia 2001*, Madrid, ICO-Marcial Pons.
- PETITBÓ, A. (2012): «Un horizonte nuevo para la competencia y la regulación», *Anuario de la Competencia 2011-2012*, ICO-Servicio de Publicaciones de la UAB.

- POSNER, R. (2012): *La crisis de la democracia capitalista*, Madrid, Marcial Pons.
- RUIZ OJEDA, A. (dir.) (2013): *Fundamentos de Regulación y Competencia. (El diálogo entre Derecho y Economía para el análisis de las políticas públicas)*, Madrid, IUSTEL.
- RUIZ PERIS, J. I. (2013): «La reforma institucional del Derecho de la competencia español», *Diario La Ley. Sección Doctrina*, núm. 7983, de 13 de diciembre de 2012 y 8002 de 16 de enero de 2013.
- SALA ARQUER, J. M. (2011): «Las relaciones y delimitación de funciones entre los organismos reguladores sectoriales y las autoridades de defensa de la competencia», en GUILLEN CARAMÉS, J. (coord.), *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las administraciones públicas*.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2011): «Sectores regulados y competencia: un dilema complejo», en SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (dir.), y CABALLERO SÁNCHEZ, R. (coord.), *Las técnicas de regulación para la competencia: una visión horizontal de los sectores regulados*, Madrid, IUSTEL.
- TRILLAS, F. (2013): «The institutional architecture of regulation and competition: Spain's 2012 reform», *IESE Public-Private Sector Research Center Working Paper WP-1067-E*, abril 2013, disponible en <http://www.iese.edu/research/pdfs/WP-1067-E.pdf>.