

LA REFORMA DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA EN EL BANQUILLO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Rocío SAHÚN PACHECO

Departamento de Derecho Administrativo
Facultad de Derecho. UCM
rociospx@hotmail.com

I. INTRODUCCIÓN

El pasado mes de julio el Tribunal Supremo cuestionó la legalidad de la creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante CNMC) como organismo *superregulador* en materia de telecomunicaciones, energía, servicios postales, transporte ferroviario, transporte aéreo y audiovisual, así como la integración en el mismo de las funciones de competencia. El proceso se inició a raíz del recurso presentado por los antiguos presidente y consejero de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante CMT), Bernardo Lorenzo y Xabier Ormaetxea, respectivamente, quienes no dudaron en recurrir ante el Tribunal la terminación anticipada de sus mandatos en octubre de 2013 con ocasión de la nueva Ley 3/2013, de 4 de junio, de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante LCCNMC), propulsada por el gobierno del Partido Popular. El auto¹, fechado el 3 de julio de 2015, plantea tres cuestiones prejudiciales ante el Tribunal Europeo con respecto a la legalidad de la CNMC y su compatibilidad con la normativa comunitaria, en concreto con las Directivas 2002/21/CE y 2009/140/CE².

La primera de las cuestiones se refiere a si la fusión en un solo organismo de los órganos reguladores y supervisores existentes hasta entonces

¹ ATS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª) 5896/2015, de 3 de julio.

² La Directiva 2002/21/CE fue modificada por la Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre, por la que se modifican la Directiva 2002/21/CE, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas; la Directiva 2002/19/CE, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, y la Directiva 2002/20/CE, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

(Comisión Nacional de la Energía, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, Comisión Nacional del Sector Postal y Comisión Nacional de la Competencia, entre otros) es o no compatible, en particular, con el marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. La segunda conecta directamente con la interpretación que debe hacerse de las condiciones de «independencia» que se exigen a las autoridades nacionales de regulación en la mencionada Directiva y con el hecho de que puedan considerarse análogas a las exigidas para las autoridades nacionales de control de protección de datos personales. Por último, se cuestiona si el cese anticipado en los cargos del presidente y consejero de la antigua CMT (a instancia de quienes se inició el presente proceso), por la entrada en vigor de la nueva ley y sin la concurrencia de ninguna de las causas tasadas, podría considerarse contrario a las exigencias de independencia.

Por el momento, si bien en cuestión de meses el panorama será infinitamente más claro con la respuesta del Tribunal Europeo, no está de más profundizar en la razón de ser de este nuevo organismo de regulación y supervisión multisectorial por el que ha optado el Estado español y que tanto debate ha venido generando desde su creación.

De entrada, aquella no desdeñable parte de la doctrina que alzó la voz con alarmismo con la creación de la CNMC ha visto con este auto apoyada su posición, pues con él el TS ha venido a reforzar la tesis defendida por muchos de que existen sólidas razones para pensar que este nuevo *macrorregulador* no garantiza la independencia que se le presupone. El Alto Tribunal solicita del TJUE orientación acerca de la cuestión de independencia, pero lo hace desde una triple perspectiva que, muy acertadamente, hace coincidir con las tres cuestiones prejudiciales que plantea: por un lado, la imposibilidad de incluir la CMT (como organismo regulador de servicios de comunicaciones electrónicas que es) en un organismo superior y «no especializado» de acuerdo con las exigencias de la Directiva 2002/21/CE; por otro, y de un modo más genérico, el significado e interpretación que debe hacerse del concepto de independencia; y, por último, la postura que ha de mantenerse ante la política de ceses anticipados que viene utilizándose desde hace años como técnica de reparto partidista.

II. LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA: ORIGEN, NATURALEZA, FUNDAMENTO Y CONFIGURACIÓN

Antes de adentrarnos en el análisis de dichas cuestiones conviene brevemente dedicar unas líneas al origen, naturaleza, fundamento y configuración de este organismo para comprender el debate generado, objeto del presente artículo.

Tal y como dispone el art. 1 LCCNMC, la Comisión es un organismo público de los previstos en el apartado primero de la disposición adicional décima de la LOFAGE, conocidos por nuestra doctrina como administraciones independientes. De esta manera, mantiene la misma naturaleza que sus predecesoras: la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), la Comisión Nacional de Energía (CNE), la Comisión Nacional del Sector Postal (CNSP) y la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), entre otras, todas ellas ya extinguidas. Se produce una absorción de las mismas de forma que ahora se aglutinan en un único organismo multisectorial de regulación y supervisión.

Estructuralmente, la CNMC está presidida por un máximo órgano de decisión, el Consejo, compuesto por diez miembros (presidente, vicepresidente y ocho consejeros) nombrados por el gobierno mediante real decreto, con posibilidad de veto por el Congreso y con un mandato de seis años de duración. Su actividad se lleva a cabo tanto en Pleno como en Salas, en concreto dos: una de ellas dedicada a los asuntos de competencia (Sala de Competencia) y otra a los de supervisión regulatoria (Sala de Supervisión). Por debajo se sitúan las cuatro Direcciones de Instrucción que corresponden a los principales ámbitos de la CNMC: competencia, energía, telecomunicaciones y audiovisual³, y transportes y sector postal. Sus funciones son básicamente de instrucción, tramitación e impulso de los expedientes, pero nunca de carácter decisorio⁴. Los directores de instrucción son igual-

³ Sobre el cambio de organismo regulador en el sector audiovisual, así como sobre la competencia en dicho mercado en el marco de la nueva Ley, véanse M. A. RUIZ LÓPEZ, «Del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: ¿Una nueva “Administración independiente”?», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 329 (2012), pp. 139 y ss., y C. COELLO MARTÍN y F. GONZÁLEZ BOTIJA, «El régimen jurídico básico de la prestación de servicios de comunicación audiovisual en un mercado transparente y plural y el pluralismo en el mercado audiovisual televisivo», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 329 (2012), pp. 59 y ss.

⁴ No obstante, adviértase que muy probablemente la ausencia de poder decisorio en las

mente nombrados y cesados por el gobierno mediante real decreto y previa aprobación por mayoría simple del Consejo.

El origen de este tipo de administraciones⁵ se remonta al siglo XIX, fruto de las importantes transformaciones sociales que experimentó Estados Unidos tras la industrialización y el frenético desarrollo que sufrieron sectores como el ferrocarril, las telecomunicaciones y la electricidad. El desmesurado control que comenzaron a experimentar ciertas grandes corporaciones privadas, especialmente en la industria del ferrocarril, hicieron saltar las alarmas en las comunidades rurales americanas, las cuales lograron configurar un frente común⁶ con el que contrarrestar las abusivas políticas tarifarias que les venían afectando. En un primer momento, la intervención pública que se consiguió se tradujo en una regulación parlamentaria de dichas actividades justificada en la gran repercusión que las mismas podían tener en el interés público y en la comunidad en general⁷. No obstante, esta función reguladora y de control ejercida por el Parlamento fue más adelante heredada por las *independent regulatory agencies*. Éstas contaban con un mayor grado de especialización por lo que resultaban más idóneas para el control de unos sectores en auge que se complicaban a marchas forzadas. Su inserción no fue ni mucho menos pacífica dada la asunción de potestades (legislativa y judicial) de este tipo de agencias en un marco constitucional caracterizado por una fuerte separación de pode-

Direcciones de Instrucción tan sólo tenga lugar en la teoría, pues en la práctica resulta imposible que, ante tal complejidad de sectores imposible de ser conocidos en su totalidad, tan pocos consejeros se hagan cargo de la avalancha de expedientes que deben asumir. De ahí que lo lógico sea pensar que o bien se adaptan a las propuestas que les hacen las Direcciones de Instrucción (no encargadas en principio de decidir) o bien toman decisiones de acuerdo a criterios no estrictamente técnicos, sino más bien a intereses poco loables.

⁵ J. J. MONTERO PASCUAL, *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Entre la actividad administrativa de regulación y el Derecho de la competencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 75-78.

⁶ Una de las principales agrupaciones de oposición que surgió fue el conocido como movimiento Granger, el cual «consiguió presionar a los gobiernos de los diversos Estados para que crearan numerosas comisiones estatales reguladoras con competencia para examinar las tarifas de los ferrocarriles». Véase B. BRENNAN, O. HOEDEMAN, P. TERHORST S. KISHIMOTO y B. BALANYÁ, *Por un modelo público de agua. Triunfos, luchas y sueños*, Barcelona, Transnational Institute (TNI) & Corporate Europe Observatory (CEO)-El Viejo Topo, 2007, p. 89.

⁷ En este sentido resultó especialmente relevante la Sentencia de la Corte Suprema *Munn v. Illinois*, la cual aclaró el fundamento de dicha intervención legislativa argumentando que «cuando una persona dedica su propiedad a un uso en el que la comunidad tiene un interés, él, de modo efectivo, está garantizando al público su interés y debe aceptar ser controlado por el público por el bien común». Véase Sentencia *Munn v. Illinois*, 94 U.S. 113 (1876), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/94/113/case.html> (consultada el 14 de septiembre de 2015).

res. Sin embargo, se fueron consolidando paulatinamente, primero con la creación de la *Interstate Commerce Commission* en 1887 a nivel federal y más tarde con la *Federal Trade Commission* en 1914.

De forma análoga en el ámbito europeo, hacia las décadas de los ochenta y noventa, el fuerte proceso liberalizador experimentado en el marco del mercado único trajo consigo un conjunto de reformas tendentes a someter a esos nuevos mercados que se abrían a la competencia a un control que se repartiría entre los organismos sectoriales independientes (encargados del control *ex ante*) y la autoridad de defensa de la competencia (encargada del control *ex post*)⁸. Puede decirse que surgieron como muro de contención a esa marea liberalizadora que, de no encontrar ciertos límites, amenazaba con vulnerar los intereses de los usuarios y actores más débiles, quienes quedarían al arbitrio de la tiranía de los mercados. La necesidad de crear unas autoridades que reglamentaran y regularan dicho mercado era, pues, indiscutible si se quería desarrollar las actividades económicas que le son propias con un mínimo de orden, seguridad y garantía.

Así las cosas, actualmente asistimos a una máxima reducción del sector público empresarial en beneficio de la iniciativa privada, de manera que, como bien indica Caballero Sánchez⁹, «se puede apreciar el tránsito del Estado del bienestar a la sociedad del bienestar, en el sentido de que ya no es directamente aquél quien provee y atiende las necesidades básicas de la ciudadanía, sino quien facilita el marco adecuado para que la propia sociedad sea capaz de asegurar de manera general los mayores estándares posibles de calidad de vida y de prestación de servicios de interés colectivo o social». La traslación de los servicios tradicionalmente considerados como públicos al sector privado es una realidad consolidada en el panorama actual, por lo que la creación de agencias u organismos de control cobra todo su sentido. No obstante, la cuestión se centra en saber cuál es el modelo más adecuado para que las autoridades de competencia y regulación desarrollen sus funciones correctamente, pues no está en duda la existencia de la institución, sino la estructura del modelo¹⁰.

⁸ Así se recoge en la Exposición de Motivos de la LCCNMC.

⁹ R. CABALLERO SÁNCHEZ, «Las técnicas de regulación de la competencia, para la competencia y contra la competencia y su contexto», en J. A. SANTAMARÍA PASTOR y R. CABALLERO SÁNCHEZ, *Las técnicas de regulación para la competencia: una visión horizontal de los sectores regulados*, Madrid, Iustel, 2011, pp. 41 y 45.

¹⁰ En este sentido, De la Quadra-Salcedo afirma que la existencia de este tipo de autoridades está plenamente justificada dada la lógica preocupación «por la interferencia de los poderes públicos en las funciones de las ANRs, en la medida en que los mismos puedan seguir teniendo presencia como prestadores de servicios en el sector de que se trate». No

Resultan especialmente relevantes las razones que llevaron al cambio del sistema unisectorial al multisectorial para comprender el fundamento de la CNMC¹¹. En primer lugar, su creación parece tener que ver con una cuestión de «seguridad jurídica» y «confianza institucional». Dichos conceptos no casan especialmente bien con la proliferación¹² de organismos independientes con facultades determinantes para el funcionamiento de los mercados. Por esta razón, se pretende lograr una mayor uniformidad y coherencia en los sectores con industrias en red que evite inseguridades tales como duplicidades, decisiones contradictorias o tendencias discordantes entre unos sectores y otros. Debe tenerse presente que los regímenes jurídicos de los distintos sectores responden a una línea normativa muy clara derivada de directivas comunitarias que buscan siempre la consecución de un modelo bastante uniforme en lo que a sectores regulados se refiere. De ahí la creación de un organismo único que implante dichas políticas y vele por su cumplimiento igualitario en todos los sectores para garantizar una mayor coordinación entre ellos.

Otro de los principales motivos es la necesidad de encuadrar el nuevo esquema institucional en la política de austeridad que rige en la Administración Pública en los últimos años. Tal despliegue y dispersión de organismos exige del aprovechamiento de funciones similares que se dan en los distintos sectores y que pueden ser desempeñadas por el mismo personal, con la consiguiente reducción de costes e incidencia en términos de déficit público¹³.

resultaba posible que, tras la liberalización, el regulador continuara siendo el Estado «pues no dejaba de ser parte involucrada e interesada». Véase T. DE LA QUADRA-SALCEDO, «Perfiles europeos y conceptuales de las autoridades reguladoras y de su estatuto. La cuestión de su independencia», en M. CARLÓN RUIZ (dir.), *La Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia*, Cizur Menor, Thomson-Reuters, 2014, p. 94.

¹¹ Véase Exposición de Motivos de la LCCNMC.

¹² En este sentido debe tenerse en cuenta que hasta el año 2011 los organismos independientes existentes eran cinco: Comisión Nacional de Energía, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, Comisión Nacional de la Competencia, Comité de Regulación Ferroviaria y Comisión Nacional del Sector Postal. Más tarde aparecieron la Comisión Nacional del Juego, la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria y el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales. No obstante, autores como De la Quadra-Salcedo afirman que «el empleo de tal argumento [el de proliferación] descalifica la autoridad misma de la exposición de motivos, pues es evidente que no hay proliferación alguna de organismos con competencias sobre la misma materia; en rigor, no hay ni uno solo». Véase T. DE LA QUADRA-SALCEDO, «Perfiles europeos...», *op. cit.*, p. 121.

¹³ La Memoria del Análisis de Impacto Normativo que acompañó el Proyecto de Ley fijó la reducción de personal en una supresión de cincuenta cargos de consejeros y un ahorro bruto en torno a los 28 millones de euros anuales.

Por último, se encuentra la minimización del riesgo de «captura» por las empresas reguladas. Mediante la creación de un único organismo se reduce significativamente la influencia que cualquiera de los operadores del mercado pudiera ejercer sobre las autoridades de regulación y competencia, evitando que las mismas se rijan por unos intereses empresariales alejados de los generales a los que, por exigencia constitucional, están obligados a servir con objetividad¹⁴.

No obstante, resulta conveniente tener en cuenta, aun a título meramente informativo, que a las anteriores razones «oficiales» puede subyacer la sospecha de una motivación no tan respetable que responde a un juicio de intenciones: el cese de los consejeros nombrados por el gobierno de José Luis Rodríguez Zapatero tras la entrada en vigor de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, y el consiguiente nombramiento de los propios por parte del gobierno del Partido Popular¹⁵. Se boicoteaba así la normativa establecida en la mencionada Ley por la que se establecía una duración de los mandatos de seis años que habría impedido al gobierno de Rajoy el control de las principales administraciones independientes hasta el año 2017, aun consiguiendo el cambio de gobierno. Y es que la extinción de los organismos existentes y la creación de uno nuevo se planteaba como la única vía posible a través de la cual recuperar el control de los principales sectores económicos, por lo que no tardó el Partido Popular en manifestar sus intenciones¹⁶.

III. COMPATIBILIDAD DE LA CNMC CON LA NORMATIVA COMUNITARIA

1. Dudas sobre la competencia técnica de consejeros no especializados

La cuestión es que la instauración de este nuevo modelo generó discrepancias y dudas incluso con anterioridad a su creación. Así, la primera de las dificultades la encontramos en la necesidad de encajar la CNMC en el esquema planteado por las Directivas 2002/21/CE y 2009/140/CE. Espe-

¹⁴ Art. 103 CE.

¹⁵ El portavoz del Partido Socialista en el debate en la Comisión de Economía y Competitividad del 20 de marzo de 2013 llegó a declarar que la CNMC «no respeta el cumplimiento de los mandatos de los actuales consejeros. Creemos que ésta es la causa fundamental de la modificación de la Ley».

¹⁶ Programa electoral del Partido Popular de 2011.

cialmente, el TS considera que «podría sostenerse, en efecto, que dentro del marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/11/CE exige que las autoridades nacionales dispongan de un órgano *regulador propio, no integrado en otro superior*, de modo que quede suficientemente garantizada *no sólo su independencia, sino también su capacidad y competencia técnica*». Es decir, que si bien las directivas mencionadas no prohíben directamente la creación de una autoridad única, tampoco parecen permitir tal posibilidad, pues, si de lo que se trata es de garantizar la independencia y tecnocracia de dichos organismos, su inclusión en un único *macrorregulador* resulta contraproducente.

El siguiente paso lógico será el de preguntarse qué debemos entender, entonces, por independencia. Como primera aproximación debe saberse que el concepto europeo de independencia ha ido variando en los últimos años¹⁷; así pues, hasta el año 2009 tanto la normativa sectorial¹⁸ como el Libro Verde sobre los servicios de interés general¹⁹ predicaban una independencia sólo respecto de los operadores del sector, salvo en el caso de que los poderes públicos fueran titulares de empresas que compitieran en el mercado, en cuyo caso también debía garantizarse la independencia en relación al gobierno. Ésta era la única excepción en la que se velaría por una independencia del organismo respecto de los poderes públicos, siendo evidente que lo que verdaderamente preocupaba en ese momento era que los agentes del sector no pudieran ejercer influencia alguna sobre la autoridad. Tanto es así que en el Libro Verde incluso se contemplaba la posibilidad de que la actividad reguladora fuese desempeñada por el Ministerio responsable del sector²⁰, pues únicamente preocupaba la influencia del gobierno cuando éste interviniera como un agente más del mismo. Fuera de tales casos, la independencia se centraba en proteger a la autoridad del dominio de la empresa privada.

Sin embargo, a partir del año 2009 con las Directivas 2009/72 y 2009/73, ambas de 13 de julio, relativas a los sectores de la electricidad y del gas, se produce un cambio drástico por el cual, por primera vez y sin

¹⁷ Sobre dicha evolución del concepto de independencia véase T. DE LA QUADRA-SALCEDO, «Perfiles europeos...», *op. cit.*, pp. 95-102.

¹⁸ En concreto nos referimos a la normativa relativa al sector de comunicaciones electrónicas (Directiva 2002/21/CE, de 7 de marzo), al mercado interior del gas natural (Directiva 2003/55/CE, sobre normas comunes sobre el mercado interior del gas natural) y al sector de la electricidad (Directiva 2003/54/CE, sobre el mercado interior de la electricidad).

¹⁹ Libro Verde sobre los servicios de interés general, COM (2003) 270 final, Bruselas, 21 de mayo de 2003.

²⁰ Párrafo 34 del Libro Verde.

una razón aparente, se considera la influencia de los poderes públicos una auténtica amenaza que podría obstaculizar la eficacia de la regulación precisamente por «la falta de independencia de los reguladores respecto de los gobiernos, así como por la insuficiencia de los poderes y del margen discrecional del que gozan»²¹. Se introduce la idea de que las autoridades de regulación deben ser independientes de cualquier interés público o privado, materializándose dicha independencia con la exigencia de que el organismo regulador sea jurídica y funcionalmente distinto a cualquier otra entidad pública o privada, así como que se ejerzan sus competencias con plena libertad y autonomía sin aceptar injerencias de ningún tipo que provengan del exterior²².

El remate final llega con la ya mencionada Directiva 2009/140/CE sobre comunicaciones electrónicas, con la que se reafirma con contundencia la postura anterior de controlar la independencia de la autoridad independiente también con respecto al gobierno²³.

Queda claro, pues, que la normativa europea no obliga a los Estados a adoptar un determinado modelo para las autoridades independientes, pero sí obliga a que éstas, sea cual sea el sistema por el que se opte, cumplan con la exigencia de la independencia con respecto al sector y gobierno.

Así las cosas, resulta complicado defender que un organismo del tipo de la CNMC sea capaz de garantizar su independencia, capacidad y competencia técnicas al mismo tiempo que ahorra en medios y personal y armoniza las funciones relativas a la competencia, y es que, como bien dice el refrán «quien mucho abarca poco aprieta». No debe perderse de vista que se trata de aglutinar la regulación y supervisión de seis sectores de la economía de lo más complejos, con las peculiaridades y características propias de cada uno de ellos, en la mayor parte de las ocasiones disímiles entre sí, que únicamente pueden ser abordados con idoneidad si se conocen en profundidad las características del mercado de que se trate, esto es, si se tiene un personal decisor experto en la materia. Tal y como se encuentra estructurada actualmente la CNMC no parece garantizarse tal experiencia técnica, pues la Sala de Supervisión regulatoria del Consejo, encargada de la decisión concerniente a los seis sectores integrados en el organis-

²¹ Considerandos 33 y 29 de las Directivas 2009/72/CE y 2009/73/CE, respectivamente.

²² Arts. 35 y 39 de las Directivas 2009/72/CE y 2009/73/CE, respectivamente.

²³ Dicha contundencia se refleja en el art. 3 bis añadido a la Directiva 2002/21/CE, modificada por la Directiva 2009/140/CE, en el que se establece que no se aceptarán instrucciones de ningún otro organismo, así como por la inclusión de un régimen de nombramientos y ceses adecuado, entre otras medidas que se adoptan.

mo, está compuesta únicamente por cinco consejeros que, además de no disponer del conocimiento que se requiere de todos los ámbitos, no han participado de la instrucción del procedimiento, por lo que no conocen tampoco las circunstancias de cada expediente²⁴. Es decir, que el órgano decisor en materia regulatoria carece de la capacidad necesaria deseable para poder realizar el juicio de proporcionalidad que caracteriza la actividad reguladora.

2. Dudas sobre la estructura orgánica de la CNMC

Asimismo, prescindir de un regulador propio para cada sector e integrarlos a todos ellos en otro superior no parece ser precisamente la opción más adecuada para la consecución de la independencia que se propugna. Más bien incita a pensar que lo que se crea con la LCCNMC es una suerte de organismo jerarquizado en el que se agrupan varias ramas de la Administración que responden a un órgano superior al frente de todas ellas. De hecho, el régimen jerárquico entre Consejo y Direcciones de Instrucción no es ni mucho menos claro, pues si bien en el art. 25.2 se establece que los órganos de dirección ejercerán sus funciones con independencia del Consejo, el art. 26.3 dispone que corresponde al personal directivo el cumplimiento de las funciones encomendadas al área a cuyo frente se encuentre «de conformidad con las instrucciones emanadas del Consejo y del presidente de la Comisión, sin perjuicio de la debida separación entre las funciones de instrucción y resolución en procedimientos sancionadores». La difícil interpretación del artículo anterior nos lleva a plantearnos el sentido de la estructura organizativa de la Comisión. ¿De qué sirve que se creen unas Direcciones de Instrucción integradas supuestamente por expertos en las materias correspondientes a cada sector si todas las decisiones tanto en materia regulatoria como de la competencia no son asumidas por éstas, sino por el Consejo? ¿Qué sentido tiene que, por si fuera poco, las Direcciones deban ejercitar sus funciones de conformidad con las instrucciones del Consejo? Resulta sorprendente que se afirme que existe independencia cuando en el propio articulado de la Ley se afirma que aquéllas estarán sujetas a las instrucciones de éste en el ejercicio de sus funciones. El Consejo de Estado fue claro en este aspecto al reclamar la inclusión en el art. 25 de alguna previsión que garantizara precisamente el ejercicio de

²⁴ J. J. MONTERO PASCUAL, *La Comisión Nacional...*, op. cit., p.65.

las funciones de instrucción con la independencia que se declara. Pero es que, como ya se ha señalado, lejos de incluirse nada, párrafos más abajo (art. 26.3) se establece exactamente lo contrario.

3. La separación de las fases de instrucción y decisión en el ámbito regulatorio

Por su parte, la novedad de escindir el procedimiento de la actividad regulatoria en fase de instrucción y de decisión quiebra la principal garantía procedimental de esta actividad que es el principio de inmediación. A través del mismo se asegura que sea el órgano más próximo a la tramitación del expediente, conocedor de todas las cuestiones de relevancia del mismo, el que finalmente adopte la decisión de intervenir de una manera u otra un sector, de forma que pueda ponderar y justificar de manera óptima el por qué de dicha decisión y su proporcionalidad con respecto al interés general. Debe resaltarse que la actividad reguladora tiene lugar en un marco de una extraordinaria discrecionalidad²⁵ que convierte en esencial la justificación de la medida adoptada, pues su legitimidad depende directamente de la argumentación que se desprenda de la misma²⁶. Si observamos el esquema actual de la CNMC podemos advertir que dicha labor únicamente puede desempeñarse por las Direcciones de Instrucción, pero, sin embargo, es la Sala de Supervisión regulatoria, un órgano no especializado y desconocedor de las peculiaridades del caso concreto, la que adopta las decisiones. La cuestión es que, en definitiva, el órgano decisor parece desempeñar sus tareas muy lejos de la independencia que debería, pues sin neutralidad técnica²⁷ y con un sistema de nombramientos que depende

²⁵ Véase J. M. BAÑO LEÓN, «Libre competencia y Administración Pública: Derecho administrativo y Derecho *antitrust*», en S. MUÑOZ MACHADO y M. REBOLLO PUIG, *Derecho de la Regulación Económica*, IX, *Comercio interior*, t. II, Madrid, Iustel, 2013, p. 1241.

²⁶ En este sentido, Caballero Sánchez afirma que: «La legitimidad [de la actividad reguladora] está en función de su intensidad y proporcionalidad, de su respeto a los derechos de propiedad, de su ajuste al equilibrio regulatorio y a la neutralidad que debe caracterizar al regulador [...] La oportunidad debe medirse en términos de eficacia y eficiencia en relación con los fines que se persiguen (efectiva concurrencia, mejora de precios y servicios...)». Véase R. CABALLERO SÁNCHEZ, «Las técnicas de regulación...», *op. cit.*, p. 63.

²⁷ Recordemos que el Consejo no es un órgano especializado, sino que es un órgano multidisciplinar que decide sobre todos los sectores integrados en la CNMC y sobre cuestiones de competencia. De hecho, ni siquiera existe una especialización entre Salas (Sala de Competencia y Sala de Supervisión Regulatoria) con unos cuantos consejeros «expertos» en cuestiones de regulación y otros en materia de competencia, pues existe un mecanismo de

del gobierno poco puede esperarse de su actuación. Como bien indica De la Quadra Salcedo²⁸, esta configuración de la CNMC refleja «un dato más de la pérdida de independencia, puesto que conocer y dominar un campo de la realidad es condición *sine qua non* para ser independiente».

A lo anterior ha de sumarse que la nueva Ley no contempla un procedimiento administrativo especial adaptado a la nueva realidad, pero es que ni la Ley 30/1992²⁹ ni la normativa sectorial prevén una separación entre instrucción y resolución para procedimientos administrativos no sancionadores a la que remitirse. Como consecuencia, existen múltiples actos de las direcciones de instrucción que no están sujetos a plazos, ni a fases, ni a procedimientos de revisión, pues no hay procedimiento que lo determine. Con respecto al régimen de recursos, el art. 36 LCCNMC establece que los actos y decisiones de los órganos de la Comisión distintos del presidente y del Consejo podrán ser objeto de recurso administrativo conforme a lo dispuesto en la Ley 30/1992, mientras que los del presidente y Consejo sólo podrán recurrirse en vía contencioso-administrativa. Entendemos, por tanto, que los actos de los órganos de dirección son considerados actos de trámite que podrán ser objeto de recurso en los casos establecidos en dicha ley³⁰. Sin embargo, se hace un tratamiento diferenciado de las Direcciones de Instrucción de los sectores regulados y de la Dirección de Competencia, pues la LCCNMC mantiene el régimen de recursos de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC), que se establecía para la Dirección de Investigación de la antigua CNC. Así, el art. 47 LDC permite impugnar ante el Consejo los actos y resoluciones de dicha Dirección siempre y cuando produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Como puede observarse, a pesar

rotación que hace que todos ellos formen parte de una y otra sala periódicamente sin que puedan llegar a adquirir una experiencia sólida en ninguna de las materias.

²⁸ T. DE LA QUADRA-SALCEDO, «Perfiles europeos...», *op. cit.*, p. 139.

²⁹ Téngase presente a los efectos oportunos que la Ley 30/1992 será de aplicación únicamente hasta octubre de 2016, pues quedará derogada por la reciente Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, publicada simultáneamente junto a la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

³⁰ Art. 107.1 LRJPAC: «Contra las resoluciones y los actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los arts. 62 y 63 de esta Ley.

La oposición a los restantes actos de trámite podrá alegarse por los interesados para su consideración en la resolución que ponga fin al procedimiento»

de regularse por leyes distintas, ambas vías mantienen la misma tónica de que sólo puedan recurrirse actos de trámite cualificados.

Este régimen de recursos establecido reafirma la opinión que se venía comentando de que no existe una auténtica independencia, tal y como predica la LCCNMC, entre los órganos de dirección y el Consejo, pues mediante el recurso de la actividad de los primeros ante los segundos se materializa el control y la influencia del Consejo sobre las Direcciones.

Así las cosas, cabe preguntarse qué tipo de independencia puede predicarse de tal organización, pues con la separación entre fase de instrucción y resolución (propia de los procedimientos sancionadores) se produce, como bien indica Montero Pascual³¹, «una disfuncionalidad que permite que el órgano instructor asuma el protagonismo sin asumir la responsabilidad de las decisiones, al tiempo que el órgano decisor, incapaz de poder seguir eficazmente la labor de los directores de instrucción, debe asumir la plena responsabilidad de los actos que adopte».

La justificación esgrimida de que con la CNMC se reduce el riesgo de «captura» del organismo por las empresas del sector tiene como contrapeso la creación de un organismo excesivamente poderoso. La concentración de poder que con él se produce multiplica las razones por las que cualquier gobierno querría ejercer su influencia sobre tan decisivos sectores. Así fue reconocido por el propio Partido Popular, que con intención de contrarrestar dicho efecto propuso el retorno de ciertas competencias (supuestamente de carácter administrativo)³² a la Administración territorial y el reforzamiento de los procedimientos mediante la separación de las fases de instrucción y resolución. Resulta sorprendente que como medida paliativa a una excesiva concentración de poder de la CNMC que la acercaría sospechosamente al ejecutivo en detrimento de la independencia, se considere como medidas resolutivas la disminución de funciones y la ruptura del principio de inmediatez característico de la tarea reguladora. Es

³¹ J. J. MONTERO PASCUAL, *La Comisión Nacional...*, op. cit., p. 66.

³² Que el carácter de todas las competencias reasignadas a la Administración sea de carácter administrativo es cuestionable. Como ejemplo resulta interesante atender al voto particular que formuló el consejero Ángel García Castillejo al informe emitido por la CMT sobre el anteproyecto de ley. En él aseguraba suponer «un grave riesgo y afección a la competencia efectiva en los mercados de la televisión comercial en abierto y de televisión de pago» el que se deje «en manos del gobierno y no en el ámbito de la autoridad independiente la elaboración y gestión del catálogo de acontecimientos de interés general para la sociedad, al tratarse de un elemento clave del negocio televisivo». Al margen de otras cuestiones, no parece precisamente administrativa la labor de designar qué contenidos son de interés o no para ser emitidos.

como si pretendieran hacer creer que de esa manera se resuelve el problema cuando, nada más lejos de la realidad, éste se agrava. Con respecto a esa reasignación de funciones a los departamentos ministeriales, el Consejo de Estado³³ señaló que subsistía un «problema de seguridad jurídica» en la definición de las mismas, junto a una necesidad de que algunas de esas competencias fueran atribuidas «de forma específica a la CNMC».

4. El régimen financiero

Otro de los aspectos que debe tenerse presente a la hora de valorar la independencia de cualquier organización es su régimen financiero. Es evidente que cuanto menos se dependa de los recursos de un tercer organismo o institución, mayor libertad se tendrá para desarrollar las competencias asignadas del modo que se considere más oportuno. Sin embargo, en este aspecto se aprecia una considerable pérdida de independencia de la CNMC en comparación con las autoridades preexistentes. Y es que con la ley de creación se retiran unas de las principales fuentes de financiación de este tipo de administraciones, como son las tasas correspondientes a un porcentaje de la facturación en la prestación de servicios objeto de regulación³⁴. El art. 33 LCCNMC establece como únicos recursos de la Comisión las asignaciones que se establezcan anualmente con cargo a los Presupuestos Generales del Estado y los bienes y derechos que constituyan su patrimonio, así como los productos y rentas del mismo. Por tanto, se suprimen prácticamente por completo las tasas como fuente de financiación, quedando reducidas a las insignificantes tasas de prestación de servicios y realización de actividades en relación con las operaciones de concentración³⁵. El resultado es que la gestión económica de la CNMC depende completamente del gobierno, el cual podrá aprobar o recortar a su antojo el anteproyecto de presupuesto que la Comisión debe elaborar anualmente con indicación del importe que requiere para el cumplimiento de sus

³³ Dictamen 870/2012 del Consejo de Estado relativo al Anteproyecto de Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, p. 31.

³⁴ Dentro de estas tasas son especialmente relevantes la tasa anual de operadores de telecomunicaciones, la tasa de numeración telefónica...

³⁵ Así lo establece la disposición adicional decimocuarta, que dispone que serán los Ministerios y los organismos que desarrollen las funciones previstas en dicha ley quienes llevarán a cabo la correspondiente gestión y recaudación de las tasas y prestaciones patrimoniales en relación con el sector postal, el sector de las telecomunicaciones, el sector energético y la gestión administrativa del juego.

funciones. No obstante, es justo señalar que la CNC³⁶ reveló sorprendentemente estar a favor de este sistema de financiación reclamando un modelo presupuestario no encaminado a la autofinanciación del organismo, sino orientado a las asignaciones con cargo a presupuestos, pues consideraba que la autofinanciación podría comprometer la independencia (con respecto a las empresas privadas, entendemos) de la organización.

Del mismo modo que sucede con la independencia financiera, la capacidad de autoorganización supone una pieza clave para garantizar la autonomía de los organismos reguladores y supervisores³⁷. A pesar de ello, la LCCNMC modifica la configuración tradicional que este tipo de organismos venía desarrollando en lo que a organización interna se refiere para mermar considerablemente su independencia. El legislador, si bien mantiene la aprobación del reglamento de funcionamiento interno a cargo de la CNMC, al mismo tiempo sustrae del mismo el estatuto orgánico dejándolo en manos del gobierno. La cuestión es que no sólo se otorga tal potestad al ejecutivo, sino que ni siquiera se fijan en la ley las líneas básicas de la organización a las que éste deberá atenerse, de manera que, como ya indicó el Consejo de Estado³⁸, «cabría poner en tela de juicio la existencia de una garantía suficiente de independencia», pues «sólo recogiendo en la ley la regulación de los aspectos básicos de organización puede garantizarse su carácter independiente». Esta «deslegalización» de la estructura organizativa supone un cambio de suma trascendencia, pues se priva a la Comisión de la posibilidad de estructurarse internamente de acuerdo a sus necesidades y de acuerdo a los aspectos básicos fijados por el legislador (tal y como lo hacían anteriormente las autoridades reguladoras) para que sea el poder ejecutivo, mediante reglamento, el que decida sobre aspectos tan relevantes como la existencia y funciones de órganos como el vicepresidente, la Comisión Ejecutiva o las Comisiones Delegadas Sectoriales, que pueden incorporarse o no a la estructura de la Comisión en función de lo que se establezca en el estatuto.

³⁶ Informe 70/2012 de la CNC sobre el Anteproyecto de Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, p. 14.

³⁷ Tal y como indica De la Quadra-Salcedo, el estatuto orgánico, en especial las cuestiones relativas al régimen de nombramiento y cese de los miembros, «nos pone sobre la pista de su independencia mayor o menor». Véase T. DE LA QUADRA-SALCEDO, «Perfiles europeos...», *op. cit.*, p. 83.

³⁸ Dictamen 870/2012 del Consejo de Estado relativo al Anteproyecto de Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, p. 37.

5. La mezcla de dos funciones públicas diferentes: mercados regulados y supervisión de la libre competencia

Como se ha venido mencionando a lo largo del presente artículo, son varios los aspectos de la CNMC que se han visto cuestionados en estos últimos dos años. No obstante, existe un asunto que parece destacar sobre los demás y que ha generado especial debate: la integración de la regulación administrativa y la administración de la libre competencia en un mismo organismo. La discordancia entre los conceptos de «competencia» y «sectores regulados» se reconoce en el art. 106. 2 TFUE, en el cual se establece que: «Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general³⁹ [...] quedarán sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas encomendada». Así pues, es evidente, como brillantemente explica Santamaría Pastor⁴⁰, que «hay determinadas actividades cuya realización correcta puede verse impedida o perturbada por la aplicación sin matices de las reglas de competencia [...] El que una actividad económica afecte de una u otra manera al interés general significa que afecta también a valores [...] valores cuya atención no tiene que ser necesariamente compatible (o es abiertamente incompatible, digámoslo abiertamente) en algunos casos con su prestación en régimen de pura competencia, porque este tipo de prestación invita con frecuencia al abuso y a la lesión irreversible de dichos valores». Ahora bien, lo anterior debe ser interpretado de forma restrictiva, pues, a día de hoy, pocas son las actividades económicas que no tengan repercusión en nuestra sociedad, de manera que si restringiéramos con soltura la aplicación de las normas de competencia no existiría economía de mercado alguna. Por ello, la solución parece estar en el equilibrio y en la aplicación meditada y ajustada de las normas de competencia al caso concreto regulado. Lo que nos lleva a entender que es preci-

³⁹ La noción de Servicios de Interés Económico General (conocidos por su abreviatura como SIEGs) ha venido generando una gran confusión desde su acuñación en el art. 106.2 TFUE, dado que ni el ordenamiento ni la jurisprudencia comunitarias han querido precisar su contenido. No obstante, sí parece claro que tanto SIEGs como sectores regulados, si bien no pueden ser considerados sinónimos, sí tienen un ámbito parcialmente coincidente, siendo el de los SIEGs un concepto considerablemente más amplio.

⁴⁰ J. A. SANTAMARÍA PASTOR, «Sectores regulados y competencia: un dilema complejo», en J. A. SANTAMARÍA PASTOR y R. CABALLERO SÁNCHEZ, *Las técnicas de regulación para la competencia: una visión horizontal de los sectores regulados*, Madrid, Iustel, 2011, pp. 35-38.

samente esa pugna constante entre regulación y competencia la que garantiza el correcto equilibrio entre ambas, no siendo factible que las mismas se desarrollen «sanamente» en el marco de un mismo organismo, pues inevitablemente una de las dos acabaría prevaleciendo sobre la otra⁴¹. De la Quadra Salcedo⁴² afirma que «la mezcla de instrumentos, perspectivas y métodos en un mismo órgano no puede más que ser negativa, pues el principio de intervención *ex post* y el respeto inicial a la libertad de empresa que inspira el derecho de la competencia acabará siendo contaminado por la cultura intervencionista». Resulta imposible que el Consejo de la CNMC vele por el igual cumplimiento de las funciones de ambas instituciones, pues, como ya se ha expuesto, pueden ser contrarias en infinidad de ocasiones. Así lo expuso Baño León⁴³, quien con anterioridad a la creación de la CNMC afirmó no ser «una idea feliz unir en un mismo ente funciones diversas y potencialmente contradictorias, como es la regulación administrativa y la administración de la libre competencia». Del mismo modo, de la Quadra Salcedo⁴⁴ asegura que la mezcla en un organismo de ambas materias «es un error» que «cambiaría la ética» de cada una de ellas. Y es que el fundamento de la actividad regulatoria tiende a la consecución de unos estándares de calidad del bien o servicio que se ven habitualmente amenazados por una rígida aplicación de las normas de derecho de la competencia que, por su parte, buscan la asignación eficiente de los recursos del mercado y la redistribución de rentas⁴⁵.

⁴¹ Como de hecho ya ocurre en la CNMC, donde se puede apreciar una cierta preponderancia de las normas de competencia sobre la actividad reguladora, ya que la Sala de Competencia esta presidida por el presidente de la Comisión, mientras que la Sala de Supervisión Regulatoria lo está por el vicepresidente. Lo anterior tiene vital importancia en caso de elevarse un asunto al pleno y que exista un empate, pues el presidente goza de voto de calidad y parece lógico que opte por la decisión más acorde con la Sala que preside.

⁴² T. DE LA QUADRA-SALCEDO, «Perfiles europeos...», *op. cit.*, p. 121.

⁴³ J. M. BAÑO LEÓN, «Libre competencia y Administración Pública...», *op. cit.*, p. 1259.

⁴⁴ T. DE LA QUADRA-SALCEDO, Entrevista sobre la concentración de organismos supervisores en la CNMC realizada el 12 de septiembre de 2012 en la Universidad Carlos III de Madrid (campus de Getafe). Disponible en <http://fideca.wordpress.com/tag/organismos-reguladores/> (en línea) (consultado el 23 de septiembre de 2015).

⁴⁵ DE LA QUADRA-SALCEDO lo expone brillantemente en la entrevista sobre la concentración (*op. cit.*) al explicar que la defensa de la competencia tiene una función transversal que afecta a todos los sectores y que parte de la idea de que existe un mercado en sí mismo que funciona normalmente, pero que en ocasiones puede ser distorsionado por prácticas anti-competitivas que hay que verificar. Sin embargo, la actividad reguladora parte de una premisa distinta: el mercado dejado a sí mismo no funciona, por lo que desde el principio, y antes de que se produzca un abuso de posición dominante, deben establecerse normas y reglas muy peculiares como la de acceso de terceros a la red para combatir el monopolio. Lo último crea una forma de trabajar y operar muy distinta a la de las autoridades de competencia, siendo más intrusiva y penetrante que la actividad de éstas, las cuales actúan, de manera respetuosa, sólo una vez acaecido el problema.

A mayor abundancia, debe tenerse presente que ambas autoridades están sujetas a normativas diferentes (normativa sectorial y Ley de Defensa de la Competencia) y que a nivel comunitario se mantiene el tratamiento separado de las cuestiones de competencia y las de sectores regulados. En definitiva, a título meramente ilustrativo podría decirse que tratar de desarrollar las funciones de regulación y competencia por un mismo organismo es como pretender que acusación y defensa sean llevadas a cabo por un mismo abogado. Es esa tensión existente entre ellas la que ha derivado en el panorama actual deseado, que, lejos de ser perfecto, ha generado un derecho de la competencia con una clara tendencia reguladora y una regulación sectorial que tiene como principal función la de fomentar la competencia.

6. Régimen de nombramiento

Cambiando de asunto, si hay algo esencial en cuanto a independencia de un organismo se refiere es el régimen de nombramiento de sus integrantes. Desde luego, no parece un buen ejercicio de independencia y neutralidad el crear un organismo nuevo que lleve aparejado un cese de los anteriores consejero y presidente de la CMT de forma anticipada y sin justificación aparente. Así lo pone de manifiesto el TS en el auto de referencia: «No obstante, incluso admitiendo la legítima posibilidad legal de abordar las reformas necesarias de los organismo reguladores, lo que se aprecia es que tal reforma ha implicado por sí misma, y sin ninguna otra razón adicional, la terminación anticipada del mandato de los anteriores designados. No ha concurrido ninguna de las causas legales previstas y esta circunstancia [...] podría considerarse contraria a las exigencias de independencia. Más en concreto, podría afectar a la independencia de los miembros del órgano regulador frente a posibles injerencias externas y, en particular, a la obligación de los Estados miembros de velar por el respeto al mandato íntegro de los nombrados conforme al art. 3.3 bis de la Directiva Marco». Y es que la terminación de los mandatos anticipadamente vulnera frontalmente dicho artículo, el cual establece la obligación de los Estados miembros de velar por que los miembros de la autoridad nacional de reglamentación sólo sean cesados cuando dejen de cumplir las condiciones requeridas para el ejercicio de sus funciones, esto es, cuando incurran en alguna de las causas legalmente tasadas o transcurra el periodo de mandato preestablecido. El TS considera que la única interpretación váli-

da que debe hacerse de dicha disposición es que «cualquier reforma legal que incida en el modelo o en la organización de los órganos de regulación debería partir del respeto del precedente mandato reconocido».

Si bien el TJUE se ha pronunciado en varias ocasiones⁴⁶ sobre la absoluta obligatoriedad de los Estados de garantizar el nivel de independencia requerido con el objetivo de asegurar la imparcialidad de las decisiones, apenas ha entrado a valorar el caso concreto de que sea una reforma legal la que introduzca esos cambios en la organización. La más reciente referencia a dicho tema es la Sentencia de 8 de abril de 2014⁴⁷ por la que se establece lo siguiente: «Si cada Estado miembro tuviera la posibilidad de poner fin al mandato de una autoridad de control antes de que éste llegue al término inicialmente previsto sin respetar las normas y las garantías establecidas previamente en tal sentido por la legislación aplicable, la amenaza de tal terminación anticipada que en tal caso planearía sobre esa autoridad durante todo su mandato podría generar una forma de obediencia de ésta al poder político incompatible con dicha exigencia de independencia. Esta conclusión es también cierta en el caso de que la finalización del mandato antes de tiempo obedezca a una reestructuración o a un cambio de modelo, los cuales deben organizarse de modo que respeten las exigencias de independencia impuestas por la legislación aplicable». La cuestión es si puede extenderse el caso anterior relativo a las condiciones de independencia de las autoridades nacionales de control de protección de datos personales (art. 28 de la Directiva 95/46/CE) a las autoridades nacionales de reglamentación, en tanto que a ambas se les presupone y exige una independencia, imparcialidad y transparencia análogas. La respuesta sobre si debe interpretarse del mismo modo la dará el TJUE cuando resuelva las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal español. No obstante, resultaría cuanto menos extraño que la garantía de independencia tuviera significados e implicaciones distintas en función del organismo que la despliegue.

IV. MODELOS EUROPEOS

Por último, y para ir terminando, no puede hacerse un análisis adecuado del papel de la CNMC sin la correspondiente referencia a la experien-

⁴⁶ SSTJUE de 6 de octubre de 2010, asunto C 398/2008, y de 6 de marzo de 2008, asunto C 82/2007, entre otras.

⁴⁷ STJUE de 8 de abril de 2014, asunto C 288/2012, *Comisión v. Hungría*.

cia comparada en la que, muy probablemente, se haya inspirado el organismo español. Veamos cuáles son los más relevantes⁴⁸.

El modelo alemán se caracteriza por mantener separadas la autoridad regulatoria (*Bundesnetzagentur*) de la de competencia (*Bundeskartellamt*). No obstante, la entidad reguladora, o, literalmente, la Agencia Federal de Infraestructuras de Red, tiene un carácter multisectorial, pues aúna los sectores de la electricidad, las telecomunicaciones, el servicio postal y el transporte ferroviario. Su principal característica es que las decisiones son tomadas por varios consejos especializados para cada sector que actúan como cámaras, de manera que, a pesar de estar integradas en un mismo organismo, puede decirse que actúan de manera independiente unas de otras. En lo relativo a la colaboración entre ambas autoridades, se establecen diversos mecanismos que consisten en la remisión de comentarios por parte de la autoridad de competencia sobre la actuación de la autoridad reguladora y en la fijación de unos criterios estándar que comparten para la resolución de casos concretos similares que se planteen ante ambas, con el fin de conseguir así cierta uniformidad en sus decisiones.

El caso holandés se aproxima más al modelo español, en tanto que confluyen en un mismo organismo las funciones de regulación y de competencia a raíz de una reforma que supuso la fusión de la Autoridad de Consumidores, la Autoridad Independiente Postal y de Telecomunicaciones, y la Autoridad de Competencia. La llamada Autoridad Holandesa de Consumidores y Mercados cuenta con un Consejo colegiado que toma todas las decisiones y con tres departamentos que se centran en las áreas de consumidores, regulación y competencia.

Es evidente que la existencia de ambos modelos supone un precedente que puede contrarrestar el fuerte rechazo que la CNMC ha generado en España. El que existan dos Estados miembros con un modelo distinto al unisectorial pone de relieve que, efectivamente, la política regulatoria no tiene un cauce exclusivo a través del cual desarrollarse, pero, al mismo tiempo, nos muestra el buen y mal hacer de unos y otros a la hora de materializar una misma voluntad reformadora.

⁴⁸ Por motivos de extensión se ha centrado el análisis únicamente en los modelos alemán y holandés, por ser los únicos Estados en prever un auténtico modelo de regulador multisectorial, siendo el holandés, además, un organismo único. No se hace referencia al modelo inglés en tanto que supone un modelo «convergente» por el que, a diferencia del caso español, se aglutina en un solo regulador la supervisión de sectores íntimamente relacionados como son el gas y la electricidad.

Lo cierto es que las diferencias del modelo español con las autoridades designadas son determinantes. Para empezar, el sistema alemán separa las funciones de regulación y de defensa de la competencia para encuadrarlas en organismos independientes y otorgarles las funciones de control *ex ante* y *ex post*, respectivamente. Si bien lo anterior ya es una diferencia de peso, debe añadirse que la autoridad encargada de la regulación mantiene la estructura básica que las autoridades preexistentes tenían, con un funcionamiento interno consistente en un presidente y un vicepresidente encargados de las cuestiones representativas y, nada más y nada menos, que nueve comités o salas de decisión especializados en cada uno de los sectores, cada uno de ellos con su propio personal, así como con sedes, inspectores, técnicos y servicios de asesoría jurídica distintos para cada mercado⁴⁹. Lo anterior no sucede en el organismo español, el cual, recuérdese, pretende el ahorro de costes mediante un único órgano de decisión, el Consejo, evidentemente no especializado —pues lo contrario sería imposible—, que a través de sus dos salas de actuación asume funciones relativas a todos los sectores y a la defensa de la competencia.

Por su parte, si bien decíamos que el organismo holandés se asemejaba algo más a la CNMC que el alemán, debe señalarse que existieron varios factores en el proceso holandés que no tuvieron lugar en la reforma española y que marcaron el curso de la creación de la Autoridad Holandesa de Consumidores y Mercados y justificaron su configuración. En primer lugar, la aparición del nuevo ente obedeció directamente a una voluntad de las entidades integradoras del mismo que reclamaban dicho cambio; segundo, su proceso de creación fue producto de un diálogo permanente en el tiempo entre los sujetos más representativos de los diferentes sectores⁵⁰, con una escasa participación del gobierno; tercero, la reforma holandesa tiene como elemento principal la protección de los consumidores; cuarto, el organismo holandés es el resultado de la fusión únicamente de tres entes (dos organismos reguladores sectoriales y la anterior autoridad de competencia), mientras que en el caso español la fusión ha supues-

⁴⁹ T. DE LA QUADRA-SALCEDO, Entrevista sobre la concentración..., *op. cit.*

⁵⁰ En este sentido, el Consejo de Estado puso de manifiesto en su dictamen que la reforma «hubiese requerido una tramitación mucho más detenida, con mayor participación y sobre la base de un estudio sosegado de las ventajas que se esperan del nuevo modelo» Y reclamaba «la concesión de un amplio trámite de audiencia pública que hubiese recogido con detalle y detenimiento la opinión sobre la reforma de las empresas representativas de los intereses de los sectores afectados». Véase Dictamen 870/2012 del Consejo de Estado relativo al Anteproyecto de Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, p. 18.

to la unificación de siete administraciones independientes (seis reguladores sectoriales y la extinta CNC); por último, y no menos importante (y esto puede también predicarse del modelo alemán), el mercado holandés es un mercado completamente diferente al español, con diferentes problemas y debilidades y, por consiguiente, con diferentes soluciones⁵¹.

V. CONCLUSIONES

La integración en nuestro ordenamiento del sistema multisectorial unificado con la creación de la CNMC ha generado, sin duda, una gran convulsión que está todavía por asentarse debido principalmente a dos razones: su corta vida y la existencia de varios frentes abiertos que cuestionan su compatibilidad con el marco regulador europeo. Por un lado, nos encontramos con una contundente oposición de la doctrina, que mayoritariamente se posiciona en contra de la CNMC tal y como se encuentra configurada a día de hoy, y, por otro, el proceso judicial abierto que se mantiene ante el TS, el cual se ha extendido a instancias europeas y con ello convertido en una cuestión que trasciende lo nacional, pues de lo que establezca el TJUE dependerá la configuración del resto de autoridades independientes de los Estados miembros. Pues bien, aún a la espera de que el concepto de independencia se desmenuce y traduzca en casos concretos por el TJUE, puede decirse a modo de simplificación que, tal y como expone Caballero Sánchez⁵², la independencia «aspira a una cierta autonomía orgánica y funcional respecto de los gobiernos, de manera que la regulación esté orientada por criterios objetivos de garantía de la competencia y de defensa de los derechos de los consumidores», pero, sobre todo, «a que las autoridades no estén condicionadas por los intereses individuales de los grandes actores del sector y queden capturadas por ellas». Es decir, que la independencia se predica tanto en un sentido como en otro, frente al poder ejecutivo y frente a los operadores del mercado, garantizando que la entidad sea lo más imparcial y objetiva posible.

Pero lo anterior nos lleva a la siguiente reflexión, de la que adelanto no tener respuesta: ¿puede verdaderamente en la práctica alcanzarse esa

⁵¹ S. ORTIZ LAVERDE, *Entre regulación y competencia: revisión institucional de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia CNMC*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2014, p. 412.

⁵² R. CABALLERO SÁNCHEZ, «Las técnicas de regulación...», *op. cit.*, p. 61.

independencia? Lo cierto es que, como bien indica Betancor Rodríguez⁵³, «cuando la ley habla de independencia de estos entes no lo hace para reconocerles una independencia rigurosa o estricta y menos aún absoluta», pues no puede obviarse el hecho de que las administraciones independientes se incardinan dentro de la Administración General del Estado; en concreto, la CNMC está adscrita al Ministerio de Economía y Competitividad. Esta evidente vinculación tiene su razón de ser en el art. 97 CE⁵⁴, el cual no parece contemplar la idea de que entes distintos a los que integran la Administración ostenten potestades tan relevantes como las que ostenta la CNMC. Por ello se entiende que su incardinación ministerial se debe a un intento de dar cabida constitucional, al menos de un modo formal, a estos organismos que, de lo contrario, estarían contraviniendo nuestra norma suprema. La cuestión no es baladí, pues son muchos los Estados miembros que han planteado este fenómeno como una auténtica contravención constitucional en tanto que impide que los gobiernos ejerzan la política interior y la administración civil si no pueden ejercer influencia alguna sobre determinadas autoridades.

No obstante la justificación anterior, dicha circunstancia tiene una consecuencia trascendental que es la imposibilidad de alcanzar un grado de independencia total y absoluto del gobierno. Y es que la asunción de potestades tan discrecionales como las de las autoridades reguladoras y tan relevantes como la sancionadora en las autoridades de competencia supone una inevitable necesidad de control de su actuación por parte del Estado en cierto modo comprensible. El problema ya lo expuso Montero Pascual⁵⁵ al afirmar que «la independencia tiene como precio la desactivación de uno de los principales controles y contrapesos en el ejercicio del poder ejecutivo, como es la rendición de cuentas y el control político parlamentario». Por lo que a menor control parlamentario, mayor independencia de los organismos, pero, asimismo, mayor riesgo de captura por parte de las empresas privadas del mercado, ya que sin control se corre el riesgo de que los organismos se inclinen hacia el otro lado de la balanza, igualmente peligroso, esto es, se hagan más influenciables por los actores económicos que ven alejada la supervisión estatal. Siendo esta la situación, conven-

⁵³ A. BETANCOR RODRÍGUEZ, *Las administraciones independientes. Los entes independientes reguladores de los mercados y protección de los derechos*, Madrid, Tecnos, 1993.

⁵⁴ Art. 97 CE: «El gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar, y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las Leyes».

⁵⁵ J. J. MONTERO PASCUAL, *La Comisión Nacional...*, *op. cit.*, p. 85.

dría preguntarse cuál de las dos influencias o injerencias es más peligrosa: la gubernamental o la procedente del sector privado.

La conclusión es que si bien la independencia absoluta no existe, a lo que sí se puede aspirar es al equilibrio de este tipo de organismos para que no tiendan excesivamente ni hacia un lado (poder ejecutivo) ni hacia otro (empresas privadas). Así, podría decirse que la independencia se mide en autonomía (tanto funcional como orgánica), neutralidad y especialización técnica. Autonomía como existencia de un ámbito de decisión propio no susceptible de control político por parte del gobierno⁵⁶; neutralidad como entidad cuyo único criterio de actuación es el técnico, y especialización como sinónimo de competitividad sin la cual no puede existir decisión objetiva alguna.

Dicho lo anterior, debe tenerse presente que los Estados miembros tienen un ámbito propio de autonomía organizativa en la transposición de Directivas que supone la libertad de decidir de qué manera llevar a cabo las imposiciones en ellas contenidas⁵⁷. Sin embargo, dicha libertad tiene como límite la contravención de cualquiera de los mandatos impuestos por la Directiva, pues, siguiendo la STJUE de 6 de octubre de 2010 (C-389/09), la autonomía organizativa «sólo puede ejercerse respetando plenamente los objetivos y las obligaciones establecidos en la Directiva». En este sentido, Baño León⁵⁸ afirma que las Directivas de referencia «diseñan con alto grado de detalle las características estructurales de estos organismos», por lo que «la autonomía organizativa de los Estados en la transposición de las Directivas es prácticamente nula». Así, tal y como se encuentran redactadas las Directivas que nos conciernen se deja escaso margen a los Estados, los cuales deben crear autoridades independientes que cumplan unos requisitos muy claros. En este sentido, la CNMC parece seguir una senda que se aleja de las exigencias de independencia. La justificación de la existencia de precedentes europeos no sólo no basta y es insuficiente, sino que resulta contraproducente, ya que su existencia nos permite comparar y, por tanto, advertir que la principal garantía de

⁵⁶ J. TORNOS MAS, «El regulador de la energía y otros reguladores sectoriales: comparación de modelos», en M. SERRANO GONZÁLEZ y M. BACIGALUPO SAGGESE, *Cuestiones actuales del Derecho de la Energía: regulación, competencia y control judicial*, Madrid, Comisión Nacional de la Energía-Iustel, 2010, p. 123.

⁵⁷ Lo contrario, esto es, si la UE determinara en sus textos normativos cómo ha de materializarse el contenido de éstos, supondría, según la doctrina, una intromisión en la soberanía de los Estados, ya que no cedieron, en la construcción del derecho originario, la potestad de autoorganizarse internamente.

⁵⁸ J. M. BAÑO LEÓN, «Libre competencia...», *op. cit.*, pp. 1239 y 1240.

este tipo de organismos se ve en entredicho con la configuración por la que se ha optado en el modelo español.

En definitiva, la condición de organismo independiente requiere que, junto a medios financieros y humanos, la autoridad tenga atribuidas todas aquellas competencias que le permitan el efectivo cumplimiento de sus funciones⁵⁹. Desde luego, no puede decirse que lo anterior se cumpla con una CNMC que pretende, con un presupuesto sujeto a la voluntad política del momento, una reducción de las competencias que retornan a la Administración central y un único personal no especializado, asumir funciones relativas a todos los sectores y a la defensa de la competencia, siendo nueve miembros nombrados directamente por el gobierno y no participantes de la tramitación de los asuntos los que finalmente deciden sobre todos ellos. Habrá que esperar para saber si tal configuración goza del visto bueno del TJUE o no, pues, en caso de tenerlo, será necesario replantearse el sentido que tienen en nuestro ordenamiento estas Administraciones llamadas «independientes».

¿Las consecuencias? Un mercado que corre el riesgo de volverse ineficiente y opaco al poner en peligro las garantías propias de la libre competencia, así como un déficit en la calidad de la regulación que cuestiona la liberalización económica y que podría llevar aparejada la pérdida del interés del inversor ante tal incertidumbre.

BIBLIOGRAFÍA

- BETANCOR RODRÍGUEZ, A., *Las administraciones independientes. Los entes independientes reguladores de los mercados y protección de los derechos*, Madrid, Tecnos, 1993.
- BRENNAN, B.; HOEDEMAN, O.; TERHORST, P.; KISHIMOTO, S., y BALANYÁ B., *Por un modelo público de agua. Triunfos, luchas y sueños*, Barcelona, Transnational Institute (TNI) & Corporate Europe Observatory (CEO)-El Viejo Topo, 2007.
- CARLÓN RUIZ, M. (dir.), *La Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2014.
- COELLO MARTÍN, C., y GONZÁLEZ BOTIJA, F., «El régimen jurídico básico de la prestación de servicios de comunicación audiovisual en un mercado transparente y plural y el pluralismo en el mercado audiovisual televisivo», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 329 (2012), pp. 59 y ss.

⁵⁹ Informe de la CMT sobre el Anteproyecto de Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (MTZ 2012/398)

- MONTERO PASCUAL, J. J., *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Entre la actividad administrativa de regulación y el Derecho de la competencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- MUÑOZ MACHADO, S., y REBOLLO PUIG, M., *Derecho de la Regulación Económica*, IX, *Comercio interior*, t. II, Madrid, Iustel, 2013.
- ORTIZ LAVERDE, S., *Entre regulación y competencia. Revisión institucional de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia CNMC*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2014, p. 412.
- RUIZ LÓPEZ, M. A., «Del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: ¿Una nueva “Administración independiente”?», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 329 (2012), pp. 139 y ss.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A., y CABALLERO SÁNCHEZ, R., *Las técnicas de regulación para la competencia: una visión horizontal de los sectores regulados*, Madrid, Iustel, 2011.
- SERRANO GONZÁLEZ, M., y BACIGALUPO SAGGGESE, M., *Cuestiones actuales del Derecho de la Energía: regulación, competencia y control judicial*, Madrid, Comisión Nacional de la Energía-Iustel, 2010.