



ACTA DE EVALUACIÓN DE LA TESIS DOCTORAL

Año académico 2016/17

DOCTORANDO: CARRILLO NEFF, MARTA

PROGRAMA DE DOCTORADO: D432-ECONOMÍA Y GESTIÓN EMPRESARIAL
DEPARTAMENTO DE: ECONOMÍA Y DIRECCIÓN DE EMPRESAS
TITULACIÓN DE DOCTOR EN: DOCTOR/A POR LA UNIVERSIDAD DE ALCALÁ

En el día de hoy 30/06/17, reunido el tribunal de evaluación nombrado por la Comisión de Estudios Oficiales de Posgrado y Doctorado de la Universidad y constituido por los miembros que suscriben la presente Acta, el aspirante defendió su Tesis Doctoral, elaborada bajo la dirección de JUAN R. CUADRADO ROURA // .

Sobre el siguiente tema: ÓRGANOS DE REGULACIÓN Y COMPETENCIA. ANÁLISIS DEL CASO ESPAÑOL

Finalizada la defensa y discusión de la tesis, el tribunal acordó otorgar la CALIFICACIÓN GLOBAL4 de (no apto, aprobado, notable y sobresaliente): SOBRESALIENTE

Alcalá de Henares, 30 de JUNIO de 2017

EL PRESIDENTE

Signature of Miguel González Moreno
Fdo.: MIGUEL GONZÁLEZ MORENO

EL SECRETARIO

Signature of Elena Mañas Alcón
Fdo.: ELENA MAÑAS ALCÓN

EL VOCAL

Signature of Gonzalo Solana González
Fdo.: GONZALO SOLANA GONZÁLEZ

Con fecha 24 de julio de 2017 la Comisión Delegada de la Comisión de Estudios Oficiales de Posgrado, a la vista de los votos emitidos de manera anónima por el tribunal que ha juzgado la tesis, resuelve:

- Conceder la Mención de "Cum Laude"
No conceder la Mención de "Cum Laude"

La Secretaria de la Comisión Delegada

Signature of the Secretary

FIRMA DEL ALUMNO,

Signature of Marta Carrillo Neff
Fdo.: MARTA CARRILLO NEFF

4 La calificación podrá ser "no apto" "aprobado" "notable" y "sobresaliente". El tribunal podrá otorgar la mención de "cum laude" si la calificación global es de sobresaliente y se emite en tal sentido el voto secreto positivo por unanimidad.

INCIDENCIAS / OBSERVACIONES:

El presente informe tiene como objetivo informar a la Junta de Gobierno del Hospital de la evolución de la actividad asistencial y de gestión durante el periodo comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2014. El informe se estructura en tres apartados: 1. Evolución de la actividad asistencial y de gestión. 2. Análisis de los principales indicadores de actividad y de gestión. 3. Conclusiones y recomendaciones.

El presente informe se elabora en cumplimiento de lo establecido en el artículo 10 del Reglamento de Organización y Funciones del Hospital de la Universidad de Zaragoza.

En Zaragoza, a 31 de diciembre de 2014.



Universidad
de Alcalá

COMISIÓN DE ESTUDIOS OFICIALES
DE POSGRADO Y DOCTORADO

En aplicación del art. 14.7 del RD. 99/2011 y el art. 14 del Reglamento de Elaboración, Autorización y Defensa de la Tesis Doctoral, la Comisión Delegada de la Comisión de Estudios Oficiales de Posgrado y Doctorado, en sesión pública de fecha 24 de julio, procedió al escrutinio de los votos emitidos por los miembros del tribunal de la tesis defendida por *CARRILLO NEFF, MARTA*, el día 30 de junio de 2017, titulada *ÓRGANOS DE REGULACIÓN Y COMPETENCIA. ANÁLISIS DEL CASO ESPAÑOL*, para determinar, si a la misma, se le concede la mención "cum laude", arrojando como resultado el voto favorable de todos los miembros del tribunal.

Por lo tanto, la Comisión de Estudios Oficiales de Posgrado resuelve otorgar a dicha tesis la

MENCIÓN "CUM LAUDE"

Alcalá de Henares, 27 julio de 2017
EL PRESIDENTE DE LA COMISIÓN DE ESTUDIOS
OFICIALES DE POSGRADO Y DOCTORADO



Firmado digitalmente por VELASCO
PEREZ JUAN RAMON - DNI
03087239H
Fecha: 2017.07.28 11:13:25 -06'00'

Juan Ramón Velasco Pérez

Copia por e-mail a:

Doctorando: CARRILLO NEFF, MARTA

Secretario del Tribunal: ELENA MAÑAS ALCÓN

Director de Tesis: JUAN R. CUADRADO ROURA //



FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS, EMPRESARIALES Y TURISMO

Departamento de Economía y Dirección de Empresas

Programa de Doctorado en Economía Aplicada

ORGANOS DE REGULACIÓN Y COMPETENCIA: ANÁLISIS DEL CASO ESPAÑOL

Tesis Doctoral presentada por:

Marta Carrillo Neff

Director:

Dr. D. Juan Ramón Cuadrado-Roura

Alcalá de Henares, 2017

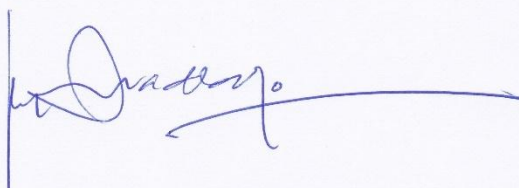
El que suscribe, Juan Ramón CUADRADO ROURA, Catedrático de Economía Aplicada, Emérito, como Director de la tesis que ha elaborada la Sra. Marta CARRILLO NEFF,

HACE CONSTAR:

Que doy mi Vº Bº a la presentación de la investigación titulada: 'Órganos de regulación y competencia. Análisis del modelo español', que ha llevado a cabo Dña. Marta CARRILLO NEFF con objeto de poder acceder a la obtención del Grado de Doctor por parte de esta Universidad de Alcalá.

En mi opinión, dicho trabajo reúne las condiciones de originalidad, rigor y calidad, tanto metodológica como de contenido, para poder ser presentada a exposición pública y, posteriormente, a su lectura y defensa

Y para que conste, firmo el presente documento en Alcalá, el 15 de marzo de 2017



Fdo. Juan R. Cuadrado Roura

Dr. D. Jose Antonio Gonzalo Angulo, Director del Departamento de Economía y Dirección de Empresas de la Facultad de Ciencias Económicas, Empresariales y Turismo de la Universidad de Alcalá, tiene a bien

CERTIFICAR

Que: La tesis doctoral con el título "**ÓRGANOS DE REGULACIÓN Y COMPETENCIA: ANÁLISIS DEL CASO ESPAÑOL**", elaborada por D^a. Marta Carrillo Neff, reúne los requisitos exigidos para su defensa y aprobación.

Y para que conste donde proceda, firmo la presente en Alcalá de Henares a 14 de marzo de dos mil diecisiete.

EL DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO,

José A. Carrillo



INDICE DE CONTENIDO

CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN.....21

1.1. Motivación.....	21
1.2. Hipótesis	23
1.3. Estructura de la Tesis.....	27
1.4. Fuentes de información	35
1.5. Agradecimientos	36

CAPÍTULO 2. ASPECTOS TEÓRICOS DE LA REGULACIÓN Y LA COMPETENCIA.....39

2.1 Introducción.....	39
2.2 Fallos de mercado e intervención pública	40
2.3 Formas de intervención pública: Regulación	43
2.4 Fallos del sector público	45
2.5 La economía de las instituciones.....	48
2.5.1 <i>Economía institucional y regulación de los mercados</i>	<i>55</i>
2.6 Las Agencias de regulación independientes.....	59
2.6.1 <i>Razones que justifican la creación de agencias independientes.....</i>	<i>64</i>
2.6.1.1 Independencia	65
2.6.1.2 Credibilidad	66
2.6.1.3 Tecnificación y complejidad de sus decisiones.....	73
2.6.1.4 Huida del derecho administrativo	74
2.6.1.5 Minimizar el coste político.....	76
2.6.1.6 Imposiciones internacionales	77
2.6.2 <i>Costes asociados a la creación de agencias independientes</i>	<i>77</i>

2.6.2.1	Doble Problema de Agencia.....	78
2.6.2.2	Múltiples objetivos e indefinición.....	81
2.6.2.3	Costes de funcionamiento	83
2.7	Características y diseño de las Agencias Independientes	83
2.8	La imagen de falta de independencia	84
2.8.1	<i>La independencia política.....</i>	85
2.8.2	<i>Independencia de las empresas reguladas</i>	87
2.8.3	<i>Independencia financiera</i>	88
2.8.4	<i>Aspectos clave para el incremento de la independencia</i>	89
2.8.4.1	Declaración explícita de independencia	89
2.8.4.2	Nombramiento de los miembros de los reguladores independientes.....	90
2.8.4.3	Renovación y duración de los mandatos.....	94
2.8.4.4	Incompatibilidades con posterioridad a la finalización del mandato.....	95
2.8.4.5	Razones para la revocación de los miembros del organismo regulador	95
2.8.5	<i>Independencia financiera.....</i>	96
2.9	La credibilidad de la agencia. El poder regulatorio.....	97
2.9.1	<i>Revocación de las decisiones del regulador</i>	101
2.10	Modelo sectorial vs modelo multisectorial. Ventajas e inconvenientes	102
2.10.1	<i>Regulador único: Fusión de órganos de regulación y competencia.</i>	105
2.11	Notas finales del capítulo	111

CAPÍTULO 3. MODELOS INSTITUCIONALES DE REGULACIÓN Y COMPETENCIA EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL..... 115

3.1	Introducción.....	115
3.2	Reguladores sectoriales y autoridad de competencia: El modelo británico	120
3.2.1	<i>Reguladores sectoriales independientes.....</i>	121

3.2.2	<i>Autoridad de competencia: CMA</i>	127
3.3	Modelo de regulación multisectorial y autoridad de competencia. El caso de Alemania	131
3.3.1	<i>Regulador multisectorial (BNetzA)</i> :.....	132
3.3.2	<i>Autoridad de competencia (Bundeskartellamt)</i> :.....	137
3.4	Modelo integrado de regulación + competencia: El caso de Holanda	140
3.5	Otros modelos internacionales	148
3.5.1	<i>El modelo de EEUU</i>	148
3.5.2	<i>El modelo de México</i>	153
3.5.3	<i>El modelo de Suiza</i>	160
3.6	Notas finales del capítulo	165

CAPÍTULO 4. LAS AGENCIAS DE REGULACIÓN Y COMPETENCIA EN ESPAÑA: EVOLUCIÓN HISTÓRICA HASTA EL MODELO ACTUAL

4.1	Introducción	169
4.2	Evolución del modelo regulatorio en España	170
4.2.1	<i>Fase 1: Años 80. Aparición de las agencias de regulación</i>	172
4.2.1.1	Consejo de Seguridad Nuclear:.....	172
4.2.2	<i>Fase 2: Desde mediados de los 90. Expansión de las agencias de regulación sectoriales</i>	174
4.2.2.1	Comisión del Mercado de Telecomunicaciones (CMT)	178
4.2.2.2	Comisión Nacional de la Energía (CNE).....	184
4.2.2.3	Comisión Nacional del Sector Postal (CNSP).....	190
4.2.2.4	Comisión Nacional del Juego (CNJ)	192
4.2.2.5	Consejo Estatal de Medios Audiovisuales (CEMA)	195
4.2.2.6	Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria (CREA).....	196
4.2.3	<i>Fase 3: Coordinación y uniformidad entre organismos reguladores: Ley de Economía Sostenible de 2011</i>	197
4.3	Evolución de la política de competencia en España	199

4.3.1	<i>Fase 1: Ley 110/1963 de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia y creación del Tribunal de Defensa de la Competencia:</i>	201
4.3.1.1	Tribunal de Defensa de la Competencia:.....	204
4.3.1.2	Servicio de Defensa de la Competencia:.....	205
4.3.2	<i>Fase 2: Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia</i>	206
4.3.2.1	Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC).....	212
4.3.2.2	Servicio de Defensa de la Competencia (SDC).....	214
4.3.2.3	Críticas al modelo.....	215
4.3.3	<i>Fase 3: Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia. Creación de la Comisión Nacional de Competencia</i>	220
4.3.3.1	Comisión Nacional de la Competencia (CNC).....	223
4.3.3.2	Críticas al Modelo.....	225

CAPÍTULO 5. MODELO ACTUAL DE REGULACIÓN Y COMPETENCIA EN ESPAÑA: CREACIÓN DE LA CNMC..... 229

5.1	Introducción	229
5.2	Modelo integrado de regulación + competencia	230
5.2.1	<i>Justificación del Gobierno sobre el cambio de modelo organizativo</i>	231
5.2.2	<i>Trámites para la aprobación de la Ley</i>	234
5.2.3	<i>Apoyos al cambio de modelo</i>	237
5.2.3.1	Informe de PWC.....	238
5.2.3.2	Informe del Ministerio de Presidencia.....	240
5.2.3.3	Dictamen del Consejo de Estado (CdE).....	240
5.2.3.4	Memoria del análisis de impacto normativo.....	241
5.3	Ley 3/2013. Creación de la CNMC: Características y diseño	245
5.3.1	<i>Diseño organizativo: Consejo y Direcciones</i>	246
5.3.2	<i>Nombramiento de los Consejeros y Directores</i>	252
5.3.3	<i>Duración del mandato</i>	253
5.3.4	<i>Causas tasadas de cese</i>	254
5.3.5	<i>Incompatibilidades de los Consejeros</i>	255
5.3.6	<i>Funciones de la CNMC</i>	256

5.3.7	<i>Potestad sancionadora</i>	258
5.3.8	<i>Régimen presupuestario</i>	258
5.3.9	<i>Publicidad y control parlamentario</i>	259
5.4	Principales rasgos del debate de la Ley en el Parlamento	261
5.5	Opiniones críticas externas sobre el modelo de organismo único	267
5.5.1	<i>Informes de los reguladores sectoriales y de competencia</i>	267
5.5.1.1	Informe de la CMT	268
5.5.1.2	Informe de la CNE	269
5.5.1.3	Informe de la CNSP	270
5.5.1.4	Informe de la CNC.....	270
5.5.2	<i>Críticas de la Comisión Europea</i>	272
5.5.3	<i>Opiniones críticas de expertos independientes y prensa especializada</i>	273
5.5.3.1	Críticas generales al modelo:.....	273
5.5.3.2	Críticas por la pérdida de independencia, politización de nombramientos y cese anticipado de consejeros	277
5.5.3.3	Críticas sobre la justificación del modelo basadas en el ahorro y la eficiencia	279
5.6	Síntesis de las principales críticas al modelo de creación de la CNMC ...	280

CAPÍTULO 6. FUNCIONAMIENTO DE LA CNMC..... 285

6.1	Introducción	285
6.2	¿Funciona el modelo unificado?	286
6.3	Análisis del funcionamiento de la CNMC: Principales problemas y grado de desempeño	294
6.3.1	<i>Los problemas derivados del diseño organizativo de la CNMC</i>	295
6.3.1.1	Falta de coordinación interna: El problema de las salas	295
6.3.1.2	El cese anticipado de los consejeros de los organismos fusionados en la CNMC.....	297
6.3.2	<i>Los problemas derivados de su funcionamiento</i>	301
6.3.2.1	Independencia de la CNMC	301

6.3.2.2	Pérdida de competencias reguladoras	305
6.3.2.3	Falta de eficacia sancionadora.....	307
6.3.3	<i>Indicadores de actividad de la CNMC.....</i>	<i>310</i>
6.3.3.1	Volumen de actividad y capacidad sancionadora.....	313
6.4	Posibles reformas de la CNMC	319
6.4.1	<i>Reforma del modelo actual: Mantenimiento de la CNMC.....</i>	<i>322</i>
6.4.1.1	Ventajas de la reforma.....	324
6.4.1.2	Inconvenientes de la reforma.....	325
6.4.1.3	Reformas aplicables sobre el modelo actual	326
6.4.2	<i>Segregación en dos organismos independientes</i>	<i>331</i>
6.4.2.1	Ventajas de la segregación	334
6.4.2.2	Desventajas o problemas del cambio de modelo.....	335
6.4.2.3	Algunas exigencias deseables en el nuevo modelo	336
6.4.3	<i>Fusionar defensa de la competencia y protección de los consumidores.</i>	<i>345</i>
6.5	Principales conclusiones del capítulo	348

CAPÍTULO 7. CONCLUSIONES **351**

REFERENCIAS **363**

INDICE DE TABLAS

<i>Tabla 1. Diferencias entre la Economía Neoclásica y la Nueva Economía Institucional.....</i>	<i>50</i>
<i>Tabla 2. Diferentes modelos organizativos de las autoridades de competencia en la UE</i>	<i>118</i>
<i>Tabla 3: Actividad anual de defensa de la competencia (1990-2003).....</i>	<i>209</i>
<i>Tabla 4. Actividad del Tribunal de Defensa de la Competencia (1993-2005)</i>	<i>211</i>
<i>Tabla 5. Actividad del Servicio de Defensa de la Competencia (1993-2005)</i>	<i>212</i>
<i>Tabla 6. Personal y presupuesto de los órganos de regulación y competencia en España, 2013</i>	<i>233</i>
<i>Tabla 7. Ventajas de los tres modelos institucionales comparados en la Memoria de Impacto Normativo</i>	<i>243</i>
<i>Tabla 8. Estimación del ahorro bruto por la integración de organismos</i>	<i>245</i>
<i>Tabla 9. Síntesis de las principales críticas a la creación y diseño de la CNMC</i>	<i>283</i>
<i>Tabla 10. Comparativa de las competencias de los principales reguladores europeos en el sector de las telecomunicaciones</i>	<i>307</i>
<i>Tabla 11. Principales multas de la sala de competencia de la CNMC.....</i>	<i>309</i>
<i>Tabla 12. Países que han fusionado/separado funciones de competencia y protección del consumidor</i>	<i>347</i>

INDICE DE CUADROS

<i>Cuadro 1. Resumen de las funciones del BNetzA</i>	<i>136</i>
<i>Cuadro 2. El caso de Australia</i>	<i>159</i>
<i>Cuadro 3. El precedente de Hungría en el cese anticipado de consejeros.....</i>	<i>301</i>

INDICE DE GRÁFICOS

<i>Gráfico 1. Estructura de la Tesis</i>	<i>34</i>
<i>Gráfico 2. Resultados del juego de credibilidad para las autoridades reguladoras.....</i>	<i>70</i>
<i>Gráfico 3. El doble problema de agencia en los reguladores independientes.....</i>	<i>79</i>
<i>Gráfico 4. Gasto estimado para el desarrollo de las funciones de competencia (2014-2015)</i>	<i>130</i>
<i>Gráfico 5. Número de expedientes cerrados (2010-2015).....</i>	<i>130</i>
<i>Gráfico 6. Cuantía de las multas impuestas por las autoridades de competencia en Europa (2012-2014).....</i>	<i>131</i>
<i>Gráfico 7. Estructura de la ACM holandesa.....</i>	<i>145</i>
<i>Gráfico 8. Modelo organizativo del nuevo regulador propuesto por PWC (2012).....</i>	<i>239</i>
<i>Gráfico 9. Estructura organizativa de la CNMC.....</i>	<i>250</i>
<i>Gráfico 10. Indicador PMR de organismos reguladores sectoriales elaborado por la OCDE (2013)</i>	<i>311</i>
<i>Gráfico 11. Indicador PMR de la OCDE por sectores. Comparación de España y la UE</i>	<i>312</i>

<i>Gráfico 12. Indicador PMR de autoridades de competencia elaborado por la OCDE.....</i>	<i>313</i>
<i>Gráfico 13. Nº de expedientes de competencia analizados (2008-2015).....</i>	<i>315</i>
<i>Gráfico 14. Nº de expedientes sancionadores por tipo de incumplimiento de la ley de competencia (2007-2015)...</i>	<i>316</i>
<i>Gráfico 15. Multas por incumplimiento de la legislación de competencia (2007-2015).....</i>	<i>317</i>

ACRÓNIMOS

AAI	Autoridades Administrativas Independientes
AC	L'Autorité de la concurrence
ACCC	Australian Competition and Consumer Commission
ACM	Authority for Consumers and Markets
ANATEL	Asociación Nacional de Telecomunicaciones
ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica
ARCEP	L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes
BAKOM	Federal Office of Communication
BCE	Banco Central Europeo
BCPS	Best Current Practice
BNetzA	Bundesnetzagentur (Federal Network Agency)
BOE	Boletín Oficial del Estado
CAA	Civil Aviation Authority
CB	Competition Bureau
CC	Competition Commission
CC	Commerce Commission
CC BKartA	Bundeskartellamt (Federal Competition Authority)
CEMA	Consejo Estatal de Medios Audiovisuales
CFC	Comisión Federal de Competencia
CFF	Swiss Federal Railway
CMA	Competition and Markets Authority
CMT	Comisión del Mercado de Telecomunicaciones
CNC	Comisión Nacional de la Competencia
CNE	Comisión Nacional de Energía
CNE	Comisión Nacional de la Energía (Chile)
CNJ	Comisión Nacional del Juego
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores
CNSP	Comisión Nacional del Sector Postal
COFECE	Comisión Federal de la Competencia Económica
Comcom	Communication Commission

CRE	Commission de régulation de l'énergie
CREA	Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria
CRTC	Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes
CSN	Consejo de Seguridad Nuclear
DGRCCF	Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes
EA	Electricity Authority
Elcom	Electricity Commission
FCC	Federal Communications Commission
FERC	Federal Energy Regulatory Commission
FMI	Fondo Monetario Internacional
FNE	Fiscalia Nacional Económica
FSA	Financial Services Authority
FTC	Federal Trade Commission
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade (
GEMA	Gas and Electricity Markets Authority
GIC	Gas Industry Company
IFT	Instituto Federal de Telecomunicaciones
ILR	Institut Luxembourgeois de Régulation
JRG	Joint Regulators Group
KFST	Danish Competition and Consumer Authority
KKV	Finnish Competition and Consumer Authority
LES	Ley de Economía Sostenible
LOFAGE	Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado
NEB	National Energy Board
NEI	Nueva Economía Institucional
NMA	Netherlands Competition Authority
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
OFCOM	Office of Communications
OFER	Office of Electricity Regulation
Offwat	Office of Water Services
OFGAS	Office of Gas Supply
OFGEM	Office of Gas and Electricity Markets

OFT	Office of Fair Trading
OFTA	Office of the Telecommunications Authority
OMEL	Operador del Mercado Ibérico de Energía
OPTA	Dutch Independent Post and Telecommunications Authority
ORR	Office of Rail Regulator
PostCom	Federal Postal Services Commission
Postcomm	Postal Services Commission
PTT	Post-, Telefon- und Telegrafienbetriebe
PWC	PriceWaterhouseCoopers
Quangos	Quasy autonomous non governmental organizations
RACO	Railways Arbitration Commission
RegTP	Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post
SDC	Servicio de Defensa de la Competencia
SERC	State Electricity Regulatory Commission
STP	Swiss Train Paths
SUBTEL	Subsecretaría de Telecomunicaciones de Chile
TDC	Tribunal de Defensa de la Competencia
TRRC	Texas Railroad Commission
UAH	Universidad de Alcalá
UE	Unión Europea
UKRN	UK Regulators Network

CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN

Esta tesis se centra en el análisis del modelo institucional de regulación y defensa de la competencia aplicado en la actualidad en España, y caracterizado por la integración de ambas funciones en un organismo único, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), creada en junio de 2013.

1.1. Motivación

En los últimos años a la importancia atribuida a los órganos de regulación en el desarrollo de los mercados liberalizados se ha unido el énfasis en la necesidad de independencia de estos órganos y, más aún, el debate sobre la influencia que su diseño organizativo puede tener en los objetivos de autonomía de los reguladores y en la credibilidad de sus políticas. En la mayor parte de los países europeos de nuestro entorno se ha tendido hacia la fusión de órganos de regulación de industrias de red, creando reguladores de carácter multisectorial que aúnan, en un mismo organismo, las funciones regulatorias de distintos sectores, como telecomunicaciones, transporte, energía, etc.

En el año 2013 en España se decidió dar un paso más allá en lo que a esa tendencia general hacia la fusión de órganos de regulación se refiere, fusionando en un único organismo, la actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC)¹, a los cuatro reguladores sectoriales existentes hasta ese momento (Comisión Nacional de Energía-CNE, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones-CMT, Comité de Regulación Ferroviaria-CRF y Comisión Nacional del Sector Postal-CNSP), así como las funciones de tres reguladores creados pero no constituidos hasta esa fecha (Comisión Nacional del Juego-CNJ, Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria-CREA, y Consejo Estatal de Medios Audiovisuales-CEMA). Finalmente, a diferencia de la tendencia señalada en el ámbito internacional, a los reguladores sectoriales señalados se unió también la fusión de la autoridad encargada de la defensa y fomento de la competencia en España (Comisión Nacional de la Competencia-CNC).

¹ Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Esto supuso un cambio radical respecto al modelo de regulación y competencia que se había aplicado hasta la fecha en España. Así, se pasó de la existencia de múltiples reguladores de carácter unisectorial, a un modelo unificado en el que se conjugan, en un único organismo, las funciones de regulación sectorial con las de protección y fomento de la competencia.

Dada la escasa experiencia contrastable en el ámbito internacional en relación con la aplicación del modelo integrado, exceptuando el caso de Holanda en Europa y otros como los de México o Australia, desde que se anunció el cambio de modelo en España se abrió un profundo debate sobre su idoneidad y, en concreto, sobre las ventajas (y desventajas) inherentes a su aplicación. Porque, a diferencia de lo que ocurre respecto al modelo de regulación multisectorial, donde sí parece existir un amplio consenso respecto a las ventajas que ese diseño organizativo puede reportar, no ocurre lo mismo cuando la opción planteada es la del llamado “modelo único”, es decir, cuando a la fusión de los organismos de regulación se añade también la del organismo encargado de la competencia en los mercados.

Pero las discrepancias iniciales respecto al cambio de modelo y las reticencias existentes respecto al nuevo organismo, que podrían considerarse incluso justificadas debido al profundo cambio organizativo que su creación llevaba aparejada, no han hecho sino aumentar durante los primeros años de funcionamiento de la nueva Comisión. Las críticas se han basado en los “errores” de su diseño organizativo, la falta de independencia y los problemas derivados del nombramiento de sus consejeros, así como en aspectos concretos de su funcionamiento, como la falta de eficacia de sus resoluciones, la cuantía de las sanciones impuestas o los problemas internos de la institución que han trascendido y paralizado la toma de decisiones en su seno.

Todo ello ha llevado a que, transcurridos menos de cuatro años desde su implantación, el Gobierno haya planteado anular el modelo de regulador único y aplicar lo que podríamos considerar un escalón intermedio entre el modelo existente en España antes de la creación de la CNMC y el modelo actual. De esta forma, se optaría en el futuro más próximo por el modelo de regulación y competencia que defendieron y recomendaron prácticamente todos los expertos y organismos implicados en la fase de desarrollo de la ley de creación de la CNMC, esto es, un modelo de regulador único multisectorial junto a una autoridad de defensa de la competencia independiente. En definitiva, lo que en el ámbito internacional se reconoce como un “modelo alemán”.

Con todo, nos podemos encontrar con la situación de que en menos de 5 años se lleguen a aplicar en España tres modelos organizativos diferentes de regulación y competencia. El desgaste de credibilidad que esto conllevaría sería, sin duda, muy elevado. Todo ello conduce a plantearse cuestiones como: ¿Ha supuesto el modelo

actual aplicado en España un avance en términos de independencia y credibilidad respecto al modelo precedente?; ¿Hubiera sido deseable, en ese momento, optar por un modelo organizativo diferente en línea, por ejemplo, con el modelo de regulador multisectorial aplicado en buena parte de los países europeos y no por un regulador único como la CNMC? ¿Es coherente apenas cuatro años después de su implantación anular el modelo de regulador único y diseñar un nuevo modelo organizativo para la regulación sectorial y defensa de la competencia en España? O, por el contrario, ¿podría reformularse el modelo actual y corregir los errores observados en lugar de optar por un cambio de modelo?

1.2. Hipótesis

Partiendo de la realidad descrita el objetivo a contrastar con este trabajo sería analizar cómo ha sido el proceso de definición y reforma del modelo de regulación y competencia aplicado en España en los últimos años.

El trabajo de análisis incluido en esta Tesis cabría encuadrarlo próximo a lo que se ha denominado la Nueva Economía Institucional (NEI) y, en concreto, el resurgimiento de las instituciones como parte fundamental del desarrollo económico.

Durante la mayor parte del siglo XX, la corriente principal de la economía se basó en los preceptos de la denominada Economía Neoclásica. Para esta corriente, la economía se concibe como una ciencia de elección, donde los individuos actúan con racionalidad instrumental y en la que no existen costes de transacción. Para esta concepción de la economía, el mercado es eficiente y las instituciones no tienen cabida dentro del análisis económico, es decir, no son relevantes.

Sin embargo, desde finales del siglo XX, con las aportaciones de Ronald Coase y Douglass North, y más tarde con los premios Nobel a Oliver Williamson y Elinor Ostrom, como representantes de lo que se ha denominado Nueva Economía Institucional, las instituciones vuelven a adquirir una importancia relevante en la realidad económica. Es decir, resurge el interés por las instituciones, por conocer su evolución y desempeño y, en especial, por analizar su influencia en el desarrollo económico. Esto no era algo novedoso, puesto que las instituciones ya fueron un factor clave en el análisis de economistas clásicos, como Adam Smith, pero más tarde, como se ha dicho, quedaron relegadas para la corriente neoclásica de la economía.

Para la NEI, la realidad económica es distinta a la asumida por los economistas neoclásicos. Se caracteriza por la existencia de costes de transacción positivos y por la

existencia de mercados imperfectos, en los cuales el papel de las instituciones se convierte en un aspecto clave.

Las instituciones se convierten en las reglas de juego de la economía, y su concepto incluye reglas formales, normas informales y mecanismos de cumplimiento. Así, se consideran estructuras institucionales la empresa, la ley o la política. Pues bien, los mercados están formados por instituciones que establecen las reglas de juego para las empresas, los consumidores y el resto de actores, tanto públicos como privados, que participan en el mercado. Para la NEI, por tanto, los mercados son realidades institucionales y su adecuado funcionamiento requiere de la existencia de instituciones sólidas que garanticen las reglas de juego en el mismo.

Lo cierto es que, desde principios de este siglo (y ya desde la última década del S.XX), las instituciones han ido adquiriendo una importancia creciente en el análisis económico para comprender cuál es su papel en el desempeño económico y cómo puede influir su evolución en la eficiencia de una economía.

Pero además, como señala la NEI, las instituciones no son inmóviles en el tiempo, sino que van cambiando, evolucionando, dentro de lo que se denomina “el cambio institucional”. Mientras que, para la corriente neoclásica de la economía, el tiempo no era una variable relevante dentro del análisis económico, la NEI enfatiza la importancia del paso del tiempo y de la historia como factores clave para entender el cambio no solo institucional sino también económico, político y social de un país.

En general, los procesos de cambio de las instituciones se caracterizan por ser lentos y de carácter incremental o, “*lento y pausado*” como señala Pino Hidalgo (2007, pág. 115). Por ello, es habitual que exista un desfase temporal entre el desarrollo económico y el cambio institucional que lo acompaña, lo que puede incluso, en ocasiones, convertirse en un lastre para el citado desarrollo económico. Como señala North (1990), en algunos países el diseño de un marco institucional erróneo se ha convertido en un obstáculo para su desarrollo.

Pues bien, partiendo de las premisas defendidas por la Economía Institucional y, en particular, de la importancia que las instituciones pueden tener en el devenir económico de un país, el objetivo de esta Tesis es analizar la evolución del modelo institucional de regulación y competencia en España: como surgieron, como funcionan y como han ido evolucionando en el tiempo. Porque, en línea con lo defendido por la NEI, conociendo su evolución y su pasado será posible analizar cómo pueden evolucionar dichas instituciones en el futuro y, lo que es más importante, como pueden influir en el desarrollo económico.

En definitiva, la hipótesis a contrastar en esta Tesis es si, en línea con los preceptos defendidos por la corriente institucionalista, el proceso de cambio

institucional experimentado por los órganos de regulación y competencia en España se ha caracterizado por ser “lento” y “acumulativo”, y si como, parece por los últimos cambios introducidos en el modelo institucional en nuestro país, dicho proceso de cambio ha sido también “errático” en su definición.

A la vista del devenir histórico de las instituciones de regulación y competencia en España desde el momento de su creación, parece que dicha evolución ha sido lenta, atendiendo al intervalo temporal transcurrido desde la implantación de este tipo de organismos en España. En concreto, la primera autoridad en materia de competencia, el Tribunal de Defensa de la Competencia, se creó en 1963, si bien su grado de participación en el desarrollo económico fue durante muchos años excesivamente limitado, y no es hasta la década de los noventa cuando empieza a desarrollar sus funciones con una cierta intensidad. Pero, hubo que esperar hasta la creación de la CNC, es decir, hasta el año 2007, para encontrarnos con una autoridad de defensa de la competencia con mayor efectividad en sus acciones y con un nivel de independencia aceptable.

En el ámbito de la regulación, el proceso no ha sido muy distinto. La creación de organismos reguladores también ha sido un tanto lenta y, además, de carácter acumulativo. Mientras los primeros, la CMT y CNE, que nacen por el impulso de la legislación comunitaria, se constituyen en la segunda mitad de los noventa, el siguiente órgano de regulación sectorial, el responsable del sector ferroviario, no se crea hasta 2003, y es en los años posteriores, a partir de 2007 fundamentalmente, cuando se crean buena parte de los reguladores sectoriales en España. De hecho, se fueron creando reguladores independientes al tiempo que se impulsaba la liberalización sectorial, sin definir un modelo organizativo de regulación, si no, más bien, por acumulación de nuevos órganos.

Y, finalmente, además de lento y acumulativo, cabe preguntarse si el proceso de cambio institucional de los órganos de regulación y competencia en España ha sido también errático y, además, si ha carecido de una visión de futuro. Es decir, la definición del modelo unificado de 2013, con la creación de la CNMC como organismo único de regulación y competencia ¿es coherente con la evolución de estas estructuras institucionales en el pasado?, ¿se adapta a las características y necesidades regulatorias de nuestro país?

En España, el citado modelo unificado supuso un cambio drástico respecto a la evolución que había seguido el modelo institucional en el pasado. Esto, unido a los escasos ejemplos existentes en el ámbito internacional de aplicación del modelo integrado, impidió realizar análisis comparativos de las características y, en definitiva, del posible grado de adecuación de dicho modelo al caso español. Cuando en 2017, apenas cuatro años después de su implantación, el Gobierno plantea la posibilidad de

realizar un nuevo cambio de modelo, optando por el denominado “modelo alemán” de órganos de regulación y competencia, cabe plantearse nuevamente la pregunta: ¿es adecuado ese diseño institucional para el caso de España? ¿Es coherente plantear un nuevo cambio de modelo dado el escaso intervalo temporal transcurrido desde la implantación del modelo unificado?

Como señala Dixit (2009), no existe la institución o el modelo institucional óptimo bajo todas las circunstancias, sino un “*second-best*” sujeto a restricciones de información, entorno y reglas de juego político. Por tanto, no existe el modelo institucional ideal para todas las situaciones ni para todas las economías. Lo que funciona en un país no tiene por qué funcionar en otro. De hecho, como avanzan varios de los autores de la economía institucional, importar un modelo de éxito en otro país pueden conllevar importantes riesgos y es necesario conocer tanto las características de dicho modelo como las del entorno económico, social y político en el que se va a implantar para evaluar su posible adecuación, y por tanto, las posibilidades de éxito o de fracaso.

Finalmente, el hecho de que la redacción de las últimas líneas de este trabajo, y su presentación, coincidan con el análisis por parte del Gobierno de las posibles opciones de reformulación del modelo actual, pone de manifiesto la actualidad del tema analizado en este trabajo y la importancia que tales cuestiones tienen en la definición de la política económica en la actualidad. Cuando se inició esta investigación, se acababa de implantar el modelo unificado y la CNMC apenas llevaba unos meses de funcionamiento. En ese momento, pese a las críticas que el diseño del nuevo organismo había originado, y que el cambio de modelo se hubiese aprobado sin lograr el consenso con el resto de fuerzas parlamentarias, ni tampoco el apoyo de los propios órganos implicados en la fusión o el del resto de organismos y medios especializados, nada hacía pensar que apenas tres años después se fuese a plantear la posibilidad de definir un nuevo modelo institucional, muy diferente al actual.

Por ello, se considera que el análisis realizado en esta Tesis resulta de interés por ahondar en la evolución que el modelo institucional ha seguido en los últimos años en España, así como en la definición de los errores y aciertos que se han ido produciendo a lo largo de esa evolución, con especial atención a las ventajas y posibles desventajas derivadas del modelo actual. Todo ello puede servir para valorar de forma objetiva la justificación, o no, de un cambio del modelo organizativo en España en el futuro más próximo y, en todo caso, cuáles habrían de ser las características deseables de ese nuevo modelo.

1.3. Estructura de la Tesis

Conforme a los propósitos señalados y para tratar de ahondar en el modelo institucional de regulación y competencia aplicado en la actualidad en España, este trabajo de investigación se ha estructurado en torno a 6 capítulos, siendo el primero de ellos la presente **Introducción**.

El **Capítulo 2**, titulado **“Aspectos teóricos de la regulación y la competencia”** resume las justificaciones teóricas que sustentan la creación de organismos independientes. La aplicación de una política de regulación del Estado, como forma de intervención en la economía, se justifica en la existencia de los denominados “fallos del mercado”. Sin embargo, esta intervención no supone en sí misma la solución para asegurar el correcto funcionamiento de los mercados, sino que también existen “fallos del sector público” al aplicar dichas políticas regulatorias que, en definitiva, alejan los resultados derivados de su implementación de los objetivos teóricamente perseguidos por la regulación, como la mejora del interés público. En definitiva, puede haber intervenciones públicas, a través de la política regulatoria del Estado que, en lugar de solucionar los problemas de funcionamiento del mercado, generen mayores distorsiones.

Además, en este capítulo se resumen los aspectos teóricos defendidos por la denominada Nueva Economía de las Instituciones. Para los defensores de esta corriente de la economía, las instituciones, que habían sido olvidadas por los economistas neoclásicos, tienen un papel fundamental en el análisis de la eficiencia y del desarrollo económico. Adicionalmente se ahonda en la vinculación de tales conceptos con la de regulación y fomento de la competencia en los mercados.

Es en el intento de suplir los fallos del sector público en su intervención regulatoria en los mercados donde se justifica la creación de las “Agencias Independientes”, incluyendo dentro de dicho concepto tanto a las agencias reguladoras como a las autoridades de defensa de la competencia. El objetivo de aislar la política regulatoria del ciclo político y de posibles decisiones de carácter ideológico o electoralista, así como el de dotar a tales políticas de la credibilidad necesaria, serán las razones que justifiquen la creación de organismos independientes de la Administración. La creación de agencias independientes se va a justificar, por tanto, en la ganancia de credibilidad de las políticas regulatorias (y de competencia) aplicadas y en la independencia política de sus actuaciones.

Sin embargo, pese a las ventajas en términos de credibilidad e independencia de este tipo de organismos, y a las justificaciones teóricas que habitualmente acompañan su creación, su constitución también conlleva importantes costes que, en ocasiones, pueden ser comparativamente mayores a los derivados de la aplicación de

la política regulatoria directamente por la Administración. El denominado “problema de agencia” y el “riesgo de captura” por parte de las empresas reguladas serán analizados bajo una perspectiva teórica.

En definitiva, solo en aquellos casos en los que los beneficios superen a los costes inherentes a la creación de agencias independientes se justificará de forma suficiente su existencia. Para ello, es importante definir qué características organizativas y de diseño deberán tener tales agencias para alcanzar los beneficios esperados de su constitución. Como se verá, existen características de estos organismos vinculadas directamente con la obtención de las ventajas teóricas esperadas de su aplicación, ya que existen aspectos de su diseño que pueden llegar a anular las ventajas derivadas de este tipo de órganos, e incluso generar un sobrecoste regulatorio. Por ello, en este capítulo se tratará de identificar aquellos aspectos del diseño de las agencias independientes directamente vinculados con las ventajas inherentes a su creación. En este punto la independencia y la credibilidad se convierten, como se verá, en los objetivos fundamentales de su diseño.

Finalmente, y continuando con el diseño organizativo de las agencias de regulación independientes, el capítulo segundo de esta Tesis concluye con el análisis teórico de las ventajas e inconvenientes derivados de la aplicación de un modelo de agencias de carácter unisectorial, frente al modelo de agencias multisectoriales y, dando un paso más allá en este último, en los posibles beneficios del diseño de un modelo integrado, agrupando en un mismo organismo, agencias de regulación de carácter vertical con autoridades de defensa de la competencia de carácter horizontal.

Partiendo de tales planteamientos teóricos, el **Capítulo 3** se dedica al análisis de los **“Modelos institucionales de regulación y competencia en el ámbito internacional”**. El objetivo es ahondar en la forma que otros países de nuestro entorno más cercano han resuelto el diseño de este tipo de organismos y, en especial, cómo se ha definido su estructura institucional.

En Europa, las políticas de liberalización de los mercados y fomento de la competencia favorecieron la expansión de los organismos independientes de tales mercados. Unos años después (a partir de 2005 aproximadamente), la tendencia en la mayor parte de los países europeos parece ser la contraria, es decir, hacia la reducción del número de organismos reguladores y su agrupación funcional con el objetivo de favorecer su eficiencia, así como de reducir el nivel de gasto aparejado.

Se han tomado tres casos internacionales, concretamente europeos, que se consideran especialmente significativos como ejemplos de los distintos modelos organizativos existentes en función del nivel de integración aplicado. En primer lugar, se estudia el caso de Reino Unido, como ejemplo de un modelo de regulación caracterizado por la presencia de múltiples organismos reguladores de carácter

unisectorial, junto con una autoridad de defensa de la competencia independiente. El modelo de agencias regulatorias independientes aplicado en Reino Unido tiene importancia por ser el país precursor en Europa y el que más influencia ha ejercido sobre el resto de países europeos. De hecho, coincide con el que se aplicó en España hasta la reforma de 2013.

En segundo lugar, se analiza el caso de Alemania, donde se ha aplicado un modelo convergente, caracterizado por la creación de un regulador multisectorial, en el que se han integrado los reguladores sectoriales de ámbitos económicos que presentan ciertas complementariedades, manteniendo de forma diferenciada una autoridad de supervisión y fomento de la competencia. En concreto, el regulador multisectorial alemán es el encargado de la supervisión regulatoria de los sectores de electricidad, gas, telecomunicaciones, correos y ferroviario a nivel nacional.

Finalmente, en lo que podría considerarse como un segundo escalón en la fusión de los órganos de regulación y supervisión, se examina el caso de Holanda, como ejemplo de país que ha optado por unir en un mismo organismo las funciones de regulación y competencia, aplicando así un modelo integrado. Desde 2013 la ACM (*Authority for Consumers and Markets*) holandesa regula los mercados de energía, transporte y telecomunicaciones holandeses, asumiendo al mismo tiempo las funciones de competencia y protección de los consumidores. Existen otros ejemplos internacionales en los que se aplica este modelo, como Australia, México o Nueva Zelanda, pero en este trabajo se profundiza en el caso de Holanda, analizando con especial atención el diseño e implementación del modelo, puesto que es el único ejemplo directamente comparable, como se verá, con el modelo aplicado en España con la CNMC.

El capítulo se completa con algunas referencias a otros ejemplos internacionales cuyos modelos institucionales de regulación y competencia pueden tener interés a efectos de comparación con el caso español. En concreto, se han escogido los casos de EEUU, por ser una referencia importante y uno de los países precursores en la creación de agencias independientes a nivel internacional, de México, por ser otro de los países que ha optado por un modelo integrado, y finalmente de Suiza como ejemplo de país no perteneciente a la UE y por tanto ajeno a las exigencias comunitarias en lo que a la creación y diseño de los órganos independientes se refiere.

Una vez establecidos los fundamentos teóricos que sustentan la creación de los órganos de regulación independientes, y observados los distintos modelos institucionales aplicados en el ámbito internacional, el **Capítulo 4** se centra ya en el caso de España, para analizar el **“Las agencias de regulación y competencia en España: Evolución histórica hasta el modelo actual”**. Dicho capítulo se centra, en

primer lugar, en analizar cuál ha sido la evolución del modelo regulatorio en España, diferenciando las distintas fases por las que ha pasado la política regulatoria en nuestro país, con especial atención a la creación de agencias de regulación en dichas fases y las características de las mismas. Dicho análisis pone de manifiesto que la liberalización de los mercados en España no ha evolucionado linealmente a lo largo de los últimos veinte años y, aunque si comparamos la situación actual con la de partida el avance ha sido ciertamente importante, desde los años ochenta se han sucedido distintas fases en su implementación. Desde la creación de lo que se puede considerar como la primera agencia de regulación independiente en 1980, el Consejo de Seguridad Nuclear, en España no se crea ninguno organismo de regulación sectorial vinculado a las políticas de liberalización y re-regulación de los mercados hasta mediados de los noventa, cuando surgen los organismos de regulación de los mercados de energía (CNE) y telecomunicaciones (CMT). Sería posteriormente, a partir de 2005 aproximadamente, cuando se sucede la creación de buena parte de los organismos de regulación unisectoriales que existían hasta la reforma de 2013. Como se verá, las características organizativas y el nivel de independencia, así como el poder regulador de tales organismos variaban notablemente de unos casos a otros, lo que llevó al Gobierno a un primer intento de unificar en cierto grado estos aspectos mediante la aprobación de la Ley de Economía Sostenible del año 2011.

En paralelo al modelo de regulación sectorial, se analiza la evolución de las políticas de defensa y fomento de la competencia desde los años 60 en España, su desarrollo y cómo fueron surgiendo y modificándose las autoridades independientes creadas para asumir tales funciones. En España, el proceso de introducción de competencia en los mercados ha sido lento, y no se desarrolló en paralelo a la desregulación de los sectores liberalizados, caracterizados precisamente por su situación monopolística. De hecho, el análisis de la evolución de la política de competencia en España debe partir de la situación de ausencia de liberalización y de competencia que existía en los años cuarenta, justo después de la guerra civil española. A partir de los años cincuenta, impulsadas por los organismos internacionales y las exigencias de apertura económica, se empiezan a aplicar medidas liberalizadoras que afectan no solo a la economía sino también a otros ámbitos de la sociedad.

Aunque en 1963 se aprueba la primera Ley de Competencia en España y se crea el Tribunal de Defensa de la Competencia, como autoridad independiente en materia de competencia, el grado de aplicación de dicha normativa y las actuaciones de este Tribunal fueron muy limitadas hasta la década de los noventa cuando, vinculadas a las políticas de liberalización sectorial señaladas, se impulsa la aplicación de la política de competencia, mediante la aprobación de una nueva legislación (Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia), si bien se mantiene el modelo institucional de competencia existente (el Tribunal de Defensa de la Competencia como organismo

independiente y el Servicio de Defensa de la Competencia como órgano dependiente directamente del Gobierno). Es a partir de mediados de los noventa cuando se fomenta el papel y las funciones atribuidas al Tribunal, intensificándose entonces las actuaciones de este órgano en materia de defensa y promoción de la competencia.

En 2007, coincidiendo con la época expansiva en la creación de órganos de regulación independientes en España, se aprueba también una nueva Ley 15/2007, de 3 julio, de Defensa de la Competencia, y se crea, por primera vez, un organismo único encargado de tales tareas, la Comisión Nacional de la Competencia, que se mantendría como autoridad encargada de tales funciones hasta la reforma de 2013.

A lo largo de este capítulo se ahonda en esta evolución y, en especial, en las características y funciones atribuidas a estos organismos en cada una de las fases por las que ha ido pasando la política de liberalización y re-regulación en nuestro país.

El **capítulo 5** se centra en el **“Modelo actual de regulación y competencia en España: Creación de la CNMC”**. La aprobación de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, supuso un cambio esencial en el modelo de regulación y competencia aplicado hasta entonces en España. Sin embargo, la nueva Ley no supone -de hecho- un cambio en el marco de la legislación de competencia en España, sino que se trató únicamente de una reforma institucional. Frente a la tendencia histórica descrita en el apartado anterior, caracterizada por la proliferación de los órganos de regulación y competencia, el nuevo modelo opta por la fusión de todos ellos en un solo organismo. En concreto, la aprobación de la nueva Ley supuso la fusión (y extinción) de la Comisión Nacional de la Competencia, la Comisión Nacional de la Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, el Comité de Regulación Ferroviaria, la Comisión Nacional del Sector Postal, la Comisión Nacional del Juego, la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria y el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales. Este modelo se ha aplicado hasta la fecha en un número muy reducido de países y, en todo caso, en ninguno de los grandes países europeos.

En este capítulo, además de ahondar en el contenido de la Ley y, en concreto, en las características y diseño organizativo de la nueva Comisión, se prestará especial atención a las fases inmediatamente anteriores a la aprobación de la Ley. En concreto, a los trámites parlamentarios de la misma, las críticas y argumentos aportados por los distintos grupos en el parlamento, y las justificaciones señaladas por el Gobierno para la aplicación de un modelo institucional unificado. Si algo caracterizó a las fases de trámite y aprobación de la nueva Ley de creación de la CNMC fue la falta de consenso. Dicha falta de consenso se dejó sentir en el Parlamento, en los informes elaborados por los propios organismos reguladores y de supervisión que serían fusionados en la nueva CNMC, así como en las críticas y reticencias mostradas por la propia Comisión

Europea a la implementación del nuevo modelo en España y, en especial, a las características de diseño y poder regulatorio atribuido a la nueva Comisión. El análisis realizado permitirá aportar también un resumen de las principales opiniones recogidas en la literatura especializada sobre este nuevo modelo y sobre su diseño organizativo. A excepción de los organismos y personas directamente vinculadas con el Gobierno en ese momento, como se verá, el nuevo modelo contó desde el inicio con escasos apoyos en España.

Como continuación al anterior, el **Capítulo 6** se centra en el **“Funcionamiento de la CNMC”**. Transcurridos casi cuatro años desde su constitución en junio de 2013, es buscará valorar con cierto nivel de objetividad cual ha sido el funcionamiento real de la CNMC en estos años. En este tiempo, el modelo institucional aplicado ha sido objeto de numerosas críticas basadas tanto en los “errores” de diseño de la nueva Comisión, como en aspectos concretos derivados de su actividad. Por ello, en el capítulo se profundiza en tales cuestiones y se valora la posible justificación o no de tales críticas. Para ello, por un lado, se tratan los problemas derivados del diseño de la CNMC y su organización interna y, por otro, los problemas observados en su funcionamiento. Aspectos como la falta de coordinación interna del organismo derivado del diseño de salas independientes de regulación y competencia dentro del propio consejo de la CNMC, los problemas derivados del cese anticipado de los consejeros de los organismos fusionados en la CNMC y las consecuencias de dicho cese, o el nivel de independencia real del organismo y su pérdida de poder regulatorio son todos ellos aspectos claramente mejorables y que han podido influir en la eficiencia de su funcionamiento.

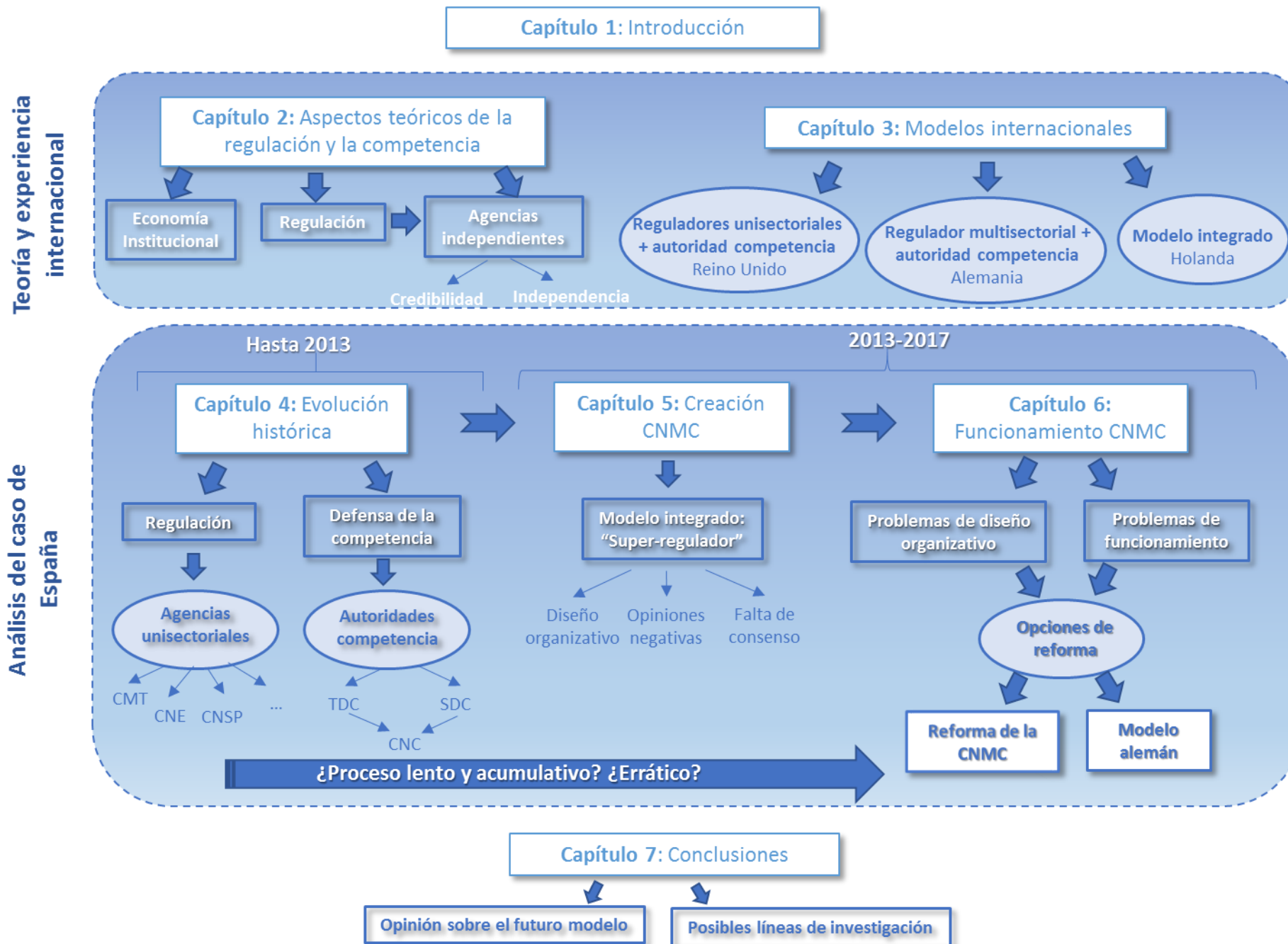
En este capítulo, además de aportar una valoración de tales hechos se realiza también un análisis de los datos reales de actividad de la CNMC en relación con los organismos existentes en la etapa anterior a la aplicación del modelo unificado. La evolución del número de expedientes analizados, de las resoluciones sancionadoras por incumplimiento de la ley de competencia, o la cuantía de las multas impuestas, serán utilizados como indicadores de funcionamiento que permitan extraer algún tipo de conclusión de su desempeño durante estos ejercicios.

La valoración de tales *benchmark* objetivos, así como de las principales deficiencias de funcionamiento interno del organismo, deben llevar necesariamente a plantearse cuáles son las opciones de cara al futuro en relación con la CNMC. Existen dos opciones que deben ser debidamente valoradas y analizadas. La primera de ellas sería la reforma del modelo actual unificado tratando de corregir los fallos de diseño interno observados en este organismo y que han podido afectar al cumplimiento de su desempeño. La segunda opción sería un cambio de modelo, esto es, abandonar el modelo institucional unificado y optar por un nuevo diseño, que en este caso parece que podría aproximarse a lo que se conoce como “modelo alemán”, caracterizado por

la existencia de un regulador integrado multisectorial y una autoridad de defensa independiente. Sobre la base de ambas opciones, este capítulo ahonda en las ventajas e inconvenientes de cada una de estas opciones y en los aspectos de diseño que habrían de ser tenidos en cuenta en ambos casos. Finalmente se valora también la posibilidad de unificar las funciones de competencia con las de defensa del consumidor, en línea con lo observado en un buen número de países de nuestro entorno.

La tesis finaliza con un **Capítulo 7** de **“Conclusiones y Comentarios Finales”** en el que se destaca cual es la reflexión final de este trabajo de investigación a partir del análisis elaborado y, en concreto, cuál debería ser el planteamiento futuro sobre la reforma o cambio del modelo actual de regulación y competencia en España. Se exponen, asimismo, algunas ideas preliminares derivadas de estudio, y que pueden servir como referencia a para futuros trabajos de investigación que traten de ahondar en el diseño institucional de los organismos independientes dedicados a la supervisión regulatoria de los mercados y la defensa de la competencia.

Gráfico 1. Estructura de la Tesis



1.4. Fuentes de información

Para la elaboración de este trabajo de investigación se ha recurrido a numerosas fuentes de información. Para establecer las bases teóricas que justifican la regulación de los mercados así como la creación de agencias independientes, y ahondar en las características que han de tener tales organismos para favorecer las ventajas comparativas de su creación en relación con otras formas de regulación, se ha realizado una amplia revisión de la literatura teórica internacional y los principios teóricos en los que se apoya la aplicación de las políticas de regulación y defensa de la competencia mediante organismos independientes. Se han utilizado, además, las principales aportaciones teóricas de los autores institucionalistas, resumiendo y sintetizando las conclusiones de esta corriente de la economía. Se ha realizado, asimismo, una extensa revisión de la literatura especializada en España sobre tales cuestiones y, en particular, sobre la evolución histórica del modelo regulatorio, con especial atención a los trabajos, análisis y opiniones emitidas sobre el actual modelo unificado.

Por otro lado, para analizar la evolución del modelo institucional de regulación y competencia en España desde su creación, se han consultado bases de información oficiales en relación con la legislación de creación de los organismos independientes, como el Boletín Oficial del Estado, los Boletines y Diarios de Sesiones del Congreso de los Diputados y el Senado. Asimismo, se han analizado informes elaborados por los distintos organismos tanto internacionales (Comisión Europea) como nacionales (Consejo de Estado, Ministerio de Presidencia), los elaborados por los propios órganos de regulación y supervisión fusionados en la actual Comisión (CNE, CMT, CNSP, CNC, etc.) así como los de otros órganos y personas especializadas en tales temas. Por otro lado, se han examinado las Leyes de creación de los distintos organismos de regulación y competencia que han existido en España, las memorias anuales de dichos órganos y sus bases de datos de informes y resoluciones.

Para contrastar dicho análisis del modelo institucional español con el existente en otros países, se han analizado las leyes de creación e informes anuales de los principales organismos de regulación y competencia en diferentes países europeos, en concreto Reino Unido, Alemania, Holanda y Suiza, y también en otros países en el ámbito internacional, como EEUU o México. El estudio de los modelos internacionales se ha completado con la literatura especializada de análisis de los modelos organizativos en estos países así como con las referencias de los organismos internacionales sobre su aplicación y desarrollo (Comisión Europea y OCDE fundamentalmente).

Finalmente, es preciso señalar que no existe una base de datos accesible sobre el volumen de actividad, imposición de sanciones y multas o emisión de expedientes de los organismos de regulación sectorial y de competencia en España. Por tanto, para su análisis se ha recurrido a los informes de actividades y Memorias anuales de tales organismos y también a la información proporcionada por la propia CNMC, lo que ha permitido acceder a los datos actualizados del nivel de actividad de este organismo.

1.5. Agradecimientos

Después de obtener el Diploma de Suficiencia Investigadora en el año 2009, deje aparcada temporalmente la elaboración de la Tesis. Poco imaginaba que transcurridos seis años iba a retomar este análisis y, mucho menos, concluir esta etapa. Este trabajo ha sido, fundamentalmente, un reto personal.

Por eso mi primer agradecimiento es para el Director de esta Tesis, Juan Ramón Cuadrado-Roura, por haber sido la persona que más me ha animado a retomar su elaboración, porque ha creído que podía hacerlo cuando yo me empeñaba en negarlo y porque sin su ánimo constante a lo largo de estos meses, sin duda, hubiera sido imposible. Gracias por esos ánimos, por la orientación, asesoramiento, por los comentarios y correcciones y, por supuesto, por las enseñanzas recibidas. Todo ello ha sido fundamental para que esta tesis haya podido concluirse. Gracias.

Además, quiero expresar mi agradecimiento a las personas e instituciones que me han ayudado, de una u otra forma, en la elaboración de esta tesis. En primer lugar, a la Universidad de Alcalá (UAH) y al Departamento de Economía, Empresas y Turismo en el cual he desarrollado mis estudios de doctorado.

Agradezco los comentarios y las opiniones que he recibido de Javier García Verdugo, Gonzalo Solana, Miguel Cuervo y Gonzalo Caballero y que me han servido de gran ayuda para elaborar esta tesis. Gracias por dedicarme su tiempo y por los conocimientos aportados sobre el funcionamiento de las instituciones de regulación y competencia en España así como de su evolución en los últimos años.

A mis compañeros de trabajo. A Pedro Durá, por sus aportaciones en el análisis de los aspectos teóricos de esta tesis. Y a Benjamín Serrano, por la ayuda técnica y sus conocimientos informáticos.

No puedo terminar sin dar las gracias a mis padres, porque han estado siempre a mi lado, en cada decisión y en cada momento importante de mi vida, físicamente o desde la lejanía. Sé que hoy estarán muy orgullosos de que haya terminado esta etapa, a la que me animaron desde antes incluso de empezarla. Gracias por todo.

Y por supuesto a Inés que, sin saberlo, motiva cada esfuerzo en mi vida. Porque espero que algún día se sienta orgullosa y le sirva de estímulo para conseguir todos los objetivos que se vaya planteando.

Y en general a mi familia y mis amigos. Gracias por el apoyo incondicional, por la motivación y por vuestros ánimos durante ésta y todas las etapas de mi vida.

A todos, mil gracias.

CAPÍTULO 2. ASPECTOS TEÓRICOS DE LA REGULACIÓN Y LA COMPETENCIA

2.1 Introducción

«Desde antiguo, los economistas han proclamado las virtudes de los mercados: la libre competencia protege a los consumidores de la influencia política de los lobbies y obliga a los productores a ofrecer productos y servicios a un precio igual al coste. Pero, por desgracia, la competencia rara vez es perfecta, los mercados adolecen de fallos y el poder de mercado –la capacidad de las empresas para aumentar sustancialmente el precio por encima del coste o para ofrecer un nivel de calidad bajo– requiere ser objeto de control».

Jean Tirole - Premio Nobel de Economía 2014 Conferencia pronunciada el 8 de diciembre de 2014, Estocolmo. Citado por Cuadrado-Roura y Carrillo Neff (2015)

Efectivamente existe una opinión prácticamente generalizada de las bondades de la competencia en los mercados y las ventajas que comporta para las empresas que operan en ellos. Y, ligada a esta cuestión, está el tema del papel que debe jugar el mercado² y la aceptación de que existen fallos en su funcionamiento que deben tratar de corregirse mediante la vigilancia y el establecimiento de reglas que las empresas deben cumplir. En definitiva, que los fallos del mercado deben corregirse mediante regulación.

Pero pese a esa “idea generalizada”, las discrepancias son elevadas respecto al grado en que debe intervenir en los mercados para corregir sus fallos de funcionamiento. Mientras que los liberales defienden que la regulación debe reducirse al mínimo, puesto que su presencia supone una distorsión al propio funcionamiento del mercado y, por tanto, a la correcta asignación de recursos, los defensores de políticas más intervencionistas sostienen, por el contrario, que los mercados no funcionan adecuadamente y que por ello, es precisa una cierta intervención del Estado en la economía, puesto que los mercados pueden ser objeto de manipulación por parte de quienes tienen capacidad para impedir que funcionen, o bien para que una

² Shotter (1990)

empresa o un grupo de ellas puedan sacar provecho del poder que les otorga su dimensión.

Es cierto que no existen garantías de que los mercados sean tan eficientes que puedan garantizar beneficios teóricos que dicha eficiencia genera en los mercados de bienes y servicios, esto es, favorecer la innovación, la reducción de los precios y los esfuerzos de las empresas por rebajar sus costes de producción, mejorar el grado de satisfacción y de bienestar para los consumidores y, al mismo tiempo, lograr la mejor asignación de unos recursos que siempre son escasos o incentivar la creatividad y la innovación. De hecho, la realidad suministra pruebas y ejemplos muy abundantes de prácticas no competitivas (o anti-competitivas) y concentraciones de empresas que detentan o pueden poner en práctica su poder en los mercados. Este es el argumento que justifica la conveniencia de diseñar e implementar determinadas “regulaciones” que eviten y corrijan tales prácticas, y es, asimismo, la razón que sustenta la necesidad de aplicar políticas de “defensa de la competencia”.

Junto a tales desarrollos teóricos, en este capítulo se incluye también la visión de la Economía Institucional y su relación con la regulación de los mercados. Esta corriente económica, defensora de la existencia de costes de transacción en los mercados, busca completar los principios de la economía neoclásica con la importancia de las instituciones y su influencia en la credibilidad de las políticas públicas y en la eficiencia. Tales conceptos, directamente vinculados con la regulación de los mercados y las formas en que dicha intervención debe producirse, adquiere especial relevancia para el análisis que se busca realizar en este trabajo.

La abundantísima bibliografía que existe sobre los distintos temas que han quedado apuntados –los mercados, la defensa y el favorecimiento de la competencia, la puesta en práctica de regulaciones, las políticas de apoyo a la competencia y la competencia, etc. – evidencia que tratar de recopilar o sintetizar toda ella estaría fuera de lugar en este trabajo y, además, sería imposible, quedando siempre incompleto. El objetivo de este capítulo es bastante más modesto: reexaminar algunos conceptos y principios que guardan relación con el tema que es objeto de esta tesis doctoral, y que servirán de apoyo teórico a los capítulos posteriores y al análisis del caso de España, aceptando que la capacidad de aportación de nuevas ideas al respecto es muy limitada.

2.2 Fallos de mercado e intervención pública

El principal argumento para justificar la intervención del sector público en los mercados ha sido el reconocimiento de que existen los llamados “fallos del mercado”. Como señalan Gual, Jódar Rosell, y Ruiz Posino (2006) los objetivos de eficiencia

explican la intervención pública en aquellas situaciones en las que la economía de mercado no funciona correctamente, es decir, cuando existen los citados fallos de mercado. Dicha concepción presupone que la intervención del Estado puede resolver o eliminar tales fallos en el funcionamiento del mercado a un coste menor que las organizaciones privadas.

Los ámbitos en los que dichos fallos pueden darse diferencian entre aquellos que se relacionan con la estructura de dichos mercados; los debidos a la existencia de información imperfecta; y, por último, los originados por la presencia de externalidades³. (Kay & Vickers, 1988), (Noll, 1989), (Sapir, 1994) o (Zárate & Vallés, 2006).

A) Mercados sin competencia

Cuando el mercado presenta la estructura de un monopolio natural, la intervención pública a través de la regulación irá orientada a la protección del consumidor, para evitar que la posición de dominio que puede conferir un monopolio (ya sea una empresa pública o una concesionaria) derive en una situación de abuso y, por tanto, afecte negativamente a los consumidores a través de la calidad de los productos, sus precios o la seguridad de su aprovisionamiento.

En el caso de las estructuras de mercado de carácter oligopolístico, por su parte, el objetivo de la regulación será tratar de evitar que la falta de competencia suficiente en el mercado, derive hacia una posición real de monopolio⁴ o, de nuevo, la práctica de abusos en términos de precios o de la calidad del servicio debido a dicha falta de competencia. Se persigue, en definitiva, fomentar la competencia, eliminar las barreras de entrada, los acuerdos colusivos y los abusos de poder en los mercados.

B) Información asimétrica

La falta de información, o su carácter limitado por parte de los demandantes de un bien o de numerosos servicios constituye también un fallo que dificulta, o que llega a impedir, el buen funcionamiento del mercado y sus posibles efectos positivos. La carencia o limitación de la información, reduce claramente la supuesta eficacia del mercado en términos de asignación, confiriendo a quien produce o suministra determinados bienes y servicios una posición de dominio sobre quienes los demandan.

³ Gonzalez Moreno (1997) y Cuadrado-Roura y Carrillo Neff (2015).

⁴ Por ejemplo, como consecuencia de una competencia destructiva cuyo objetivo será precisamente la salida del mercado de todas las empresas excepto de la beneficiada de tales prácticas, que se convierte así en una empresa monopolística.

La realidad muestra que efectivamente existe una distribución asimétrica de la información entre los agentes económicos, que puede derivar en que los productores o suministradores establezcan precios alejados de lo que determinaría un alto grado de información y de competencia. Lo cual puede provocar, asimismo, procesos de selección adversa, bien sea como consecuencia de que el oferente/productor no puede diferenciar entre distintos tipos o grupos de consumidores, o bien porque el demandante o usuario no tiene conocimiento de los productores que operan en el mercado, ni de las diferencias entre lo que ofrecen y sus precios.

La intervención pública puede mejorar la asignación de recursos y contribuir a mejorar la eficiencia, siempre que el nivel de la misma se adecue a los objetivos buscados y no se utilice como una barrera de entrada frente a nuevos competidores.

C) Externalidades

Las externalidades se generan cuando la actividad de una empresa productora provoca efectos externos que no son (o no pueden ser) atribuidos claramente al productor. En unos casos cabe hablar de externalidades negativas y, en otros, de carácter positivo. En las primeras, la empresa productora no asume los daños generados a la sociedad al desarrollar su actividad como productora. En las segundas, los efectos redundan en beneficio de la sociedad en su conjunto, o de determinados grupos o áreas, sin que el mercado valore estas posibles aportaciones al bienestar o beneficios más o menos difusos. En este sentido, las regulaciones suelen establecerse para controlar las externalidades negativas y hacer que se incorporen a los costes de producción, o bien para fomentar/estimular aquellas actividades que producen externalidades positivas de las que se benefician todos o parte de los ciudadanos.

Son ejemplos de regulación derivados de la existencia de externalidades el desarrollo de normativa medioambiental y procesos no contaminantes, la normativa acerca del funcionamiento de las centrales nucleares o la producción de explosivos, etc.

D) Falta de movilidad de los sectores productivos:

En determinadas situaciones los inputs productivos no pueden desplazarse libremente hacia aquellas aplicaciones que facilitarían la óptima utilización de los recursos, lo que da lugar a costes de eficiencia. En estos casos la regulación debe tener como objetivo promover la movilidad funcional y geográfica de los factores.

E) Aspectos redistributivos y de igualdad de oportunidades:

En este caso la regulación debe tender a evitar la presencia, por ejemplo, de subvenciones cruzadas en la economía y a asegurar la adecuada cobertura de las obligaciones asociadas al servicio universal.

Por supuesto, además de las expuestas, hay otras razones que pueden servir de justificación para establecer determinadas regulaciones a las que deberán atenerse las empresas oferentes, los productos y los servicios ofrecidos o los precios. Entre ellas figuran las basadas en argumentos relacionados con la justicia social o con los objetivos de distribución de la riqueza y la renta que las autoridades político-económicas pretendan conseguir. Conviene subrayar que en estos casos el establecimiento de regulaciones suele justificarse mediante argumentos que no son estrictamente económicos, sino políticos o sociales, pero cuyas consecuencias en cuanto al papel del mercado como “asignador de recursos” son evidentes. En este y en otros casos –por ejemplo, en las regulaciones basadas en la idea de proteger los intereses nacionales frente a otros países; o en la protección de sectores que se consideran estratégicos– no faltan críticas muy radicales debido a las distorsiones que dichas regulaciones introducen en el/los mercado/s y, en definitiva, contra el papel de la competencia como principio básico de su funcionamiento.

Esta justificación de la intervención pública en los mercados se apoya en la existencia de un Estado neutral cuyo único objetivo sea la defensa del interés público. Es decir, a través de las políticas reguladoras, el Estado establece unas normas de juego que aseguran el correcto funcionamiento del mercado y evitan situaciones de abuso de poder. El Estado, por tanto, actúa de forma neutral, como el contrapeso necesario para el funcionamiento del libre mercado respecto a los intereses privados (Galbraith, 1956).

2.3 Formas de intervención pública: Regulación

Una vez determinados los criterios que pueden justificar la intervención pública en la economía, o en un mercado concreto, es necesario ahondar en las distintas formas en que puede producirse dicha intervención.

Básicamente existen dos formas: la intervención directa, o bien la intervención pública a través de la regulación (Gonzalez Moreno, 1997). El primer caso, el de la intervención directa mediante la provisión de servicios públicos, fue propia de sectores de carácter estratégico como telecomunicaciones, correos, energía, transporte aéreo,

etc., que se caracterizaban por la presencia de una empresa pública con dominio del mercado. Actualmente, sin embargo, aunque esta forma de intervención directa sigue existiendo en determinados países, en la mayor parte de Europa se ha reducido notablemente como consecuencia de los procesos de privatización de las grandes empresas públicas, que fueron especialmente importantes a finales de los noventa.

La regulación, por su parte, se dirige al control de la estructura y la conducta en los mercados de servicios. Las políticas reguladoras son aquellas formuladas por una autoridad pública con el objetivo de influir en la conducta, individual o colectiva, de los ciudadanos mediante el uso de acciones punitivas, imponiendo obligaciones y sanciones en caso de incumplimiento (Lowi, 1985). Se trata, por tanto, de un conjunto de formas de control que limitan las decisiones y actividades de los distintos sujetos presentes en un determinado ámbito sectorial (Baldwin & Cave, 1999).

En todo caso, no existe una única definición del término regulación⁵, sino que diferentes autores han realizado distintas precisiones acerca del mismo. Así, para Stiglitz (1989) la regulación supone un conjunto de reglas generales (o acciones específicas), impuestas por la autoridad administrativa, que interfieren directamente en el mecanismo de asignación de recursos o indirectamente alterando las decisiones de demanda y de oferta de los consumidores y las empresas. Viscusi, Vernon y Harrington (1995), por su parte, definen la actividad de regulación como “*una limitación impuesta por el sector público para restringir las elecciones de los agentes económicos*”. La OCDE también ha planteado su propia definición de regulación, refiriéndose a ella como un abanico de instrumentos jurídicos por medio de los cuales las instituciones públicas (Administración) imponen obligaciones y/o restricciones al sector privado. Es interesante la apreciación de Fernández Ordóñez (2000), que señala que la variedad de formas en las que el Estado interviene mediante la regulación revela de lo que ha sido capaz la imaginación humana.

La literatura teórica especializada distingue tres tipos de regulación o intervención pública:

- Regulación social: Su objetivo es proteger el bienestar social y los derechos de los ciudadanos. En esta forma de regulación se incluyen aspectos tales como la protección del medio ambiente, los derechos de los trabajadores y compradores ante comportamientos fraudulentos, la seguridad en el trabajo, etc.
- Regulación administrativa: Tiene como fin la gestión del funcionamiento del sector público y privado. Incluye ciertas formalidades administrativas a través de las cuales el sector público interviene en las decisiones económicas.

⁵ La Real Academia de la Lengua Española define el término regulación como “acción y efecto de medir, ajustar o computar una cosa por comparación o deducción”.

- Regulación económica: Es la que tiene como objetivo mejorar la eficiencia y el funcionamiento de los mercados. Puede desarrollarse a través de distintos instrumentos, por ejemplo, el control de precios, el establecimiento de exigencias de calidad del servicio, la creación de barreras de entrada o salida, la fijación de planes de producción e inversión, el establecimiento de condiciones de acceso al mercado, etc. Este tipo de intervención económica será en la que se centre este trabajo.

Lowi (1985), por su parte, define la regulación como las acciones de dicha autoridad pública dirigidas al control de la actividad de los agentes en el mercado. Varios autores han aportado una definición similar de regulación: el conjunto de reglas generales o específicas impuestas por una autoridad pública que interfieren directamente en la asignación de recursos o indirectamente alterando las decisiones de oferta y demanda de los consumidores y las empresas presentes en un mercado⁶.

Esa regulación puede entenderse como un juego de poder, en el que los distintos actores sectoriales afectados por dicha política reguladora, se intercambian recursos e información (Tollison, 1991). En opinión de Sancho (2003) el proceso regulatorio es un proceso político, ya que bajo las distintas políticas sectoriales se esconden procesos de interacción política y de lucha de poder entre los distintos agentes afectados por dicha política.

2.4 Fallos del sector público

Aunque en los apartados anteriores se ha utilizado la existencia de fallos de mercado como la justificación para la intervención pública en la economía, lo cierto es que dicha forma de intervención también genera, o puede generar, problemas y distorsiones en los mercados. Cuando el Estado (o las autoridades económicas) interviene en la economía para tratar de paliar dichos fallos de mercado surgen debilidades debido al manejo de la información relevante del sector, pudiendo presentar también importantes fallos regulatorios. Son los denominados “fallos del sector público”. De hecho, para algunos autores estos fallos pueden provocar incluso más costes sociales que la existencia de un monopolio, afectando al desarrollo económico (Posner, 1974). En principio, la intervención pública será eficiente si el coste derivado de la existencia de los fallos del mercado excede al coste regulatorio. Para Zárate y Vallés (2006, pág. 212) el volumen y la complejidad de las normas

⁶ Spulber (1989) y Stiglitz (1989).

aprobadas por los diferentes niveles del Gobierno han alcanzado niveles históricos sin precedentes. Este exceso de regulación ocasiona importantes costes que son difícilmente cuantificables ya que no genera solo costes económicos o de eficiencia, sino que la regulación *“también genera importantes desventajas para el Gobierno, los agentes regulados y la sociedad en su conjunto que son difícilmente cuantificables, tales como efectos adversos sobre la flexibilidad y la innovación... e incertidumbre e incentivos privados que modifican la toma de decisiones”*.

La existencia de fallos regulatorios puede derivar de diversas causas, entre ellas, las carencias de conocimiento que las autoridades suelen tener sobre el funcionamiento del sector que deciden regular o el mantenimiento de regulaciones que quedaron obsoletas por distintas razones (cambios en el entorno social y económico; desarrollos tecnológicos; etc.), cuyos efectos reales en beneficio de la sociedad son escasos o negativos, frente a los efectos positivos que podrían derivarse de un retorno a la libre competencia. No hay que obviar, además, que algunas regulaciones nacieron o se pusieron en práctica como consecuencia de razones de carácter político que nada tienen que ver con la competencia ni con el papel de los mercados. A veces, incluso, pueden tener escasa o nula relación con el logro del máximo bienestar de los ciudadanos.

Por tanto, no solo existen fallos de mercado que pueden justificar la regulación, sino que también existen fallos del sector público al aplicar dichas políticas regulatorias que, en definitiva, alejan los resultados derivados de su implementación de los objetivos teóricamente perseguidos por la regulación.

Existen dos corrientes ideológicas que defienden una menor intervención del sector público en la economía bajo el argumento de que dicha intervención no es neutral sino fruto de los objetivos políticos y de las luchas de poder entre los distintos agentes con presencia en un determinado sector. En este sentido, cabe citar la Teoría de los Mercados Contestables y la denominada Escuela de Chicago.

La Teoría de los Mercados Contestables defiende que, incluso en mercados en los que la competencia no es perfecta, la intervención del sector público en su funcionamiento no tiene por qué ser la mejor solución. Esta teoría, desarrollada por Baumol, Panzar, y Willing (1982), se apoya en la idea de que en mercados en los que el nivel de competencia es reducido (o directamente no existe) como los monopolios o mercados oligopolistas, la amenaza de entrada de nuevas empresas será suficiente para que la empresa monopolista se comporte como si actuase en una situación de mercado, y se guíe por criterios de eficiencia, por ejemplo disminuyendo los precios hasta el coste marginal, introduciendo mejoras en sus productos, etc.

Por su parte, los profesores Stigler y Pelzman son dos de los principales integrantes de la Escuela de Chicago⁷. Stigler G., (1971) señaló hace ya varias décadas que los políticos necesitan contar con determinados grupos de apoyo para lograr alcanzar el poder. Como consecuencia de ello, si el organismo responsable de la competencia depende directamente del Ejecutivo o de alguno de sus departamentos, existe la posibilidad de que sus actuaciones favorezcan a aquellos grupos privados que más les apoyan para el logro de sus objetivos, dejando a un lado la defensa del interés público. Subyace, por tanto, el concepto de captura del regulador, de forma que éste busque con sus decisiones favorecer de forma sistemática a grupos de interés privado en perjuicio del interés público (Stigler G. , 1971, pág. 3).

Los políticos, responsables del modelo regulatorio, definirán dicha política guiados por la búsqueda de su propio beneficio, entre otros aspectos, la obtención del mayor número de votos. Las empresas reguladas, por su parte, ofrecerán a los políticos “bienes” que pueden resultar atractivos para ellos para tratar de redirigir así la política regulatoria hacia su propio interés. Tal es el caso, por ejemplo, de la financiación de partidos políticos y contribuciones a las campañas electorales, ofrecimiento de puestos de trabajo y responsabilidad en las empresas reguladas, prestigio y apoyo público en sus actuaciones, etc. En consecuencia, los políticos podrán proteger desde el punto de vista de la regulación los intereses de estas empresas interviniendo en el mercado en su beneficio, siempre que el coste político de dicha intervención sea compensado con el beneficio político que obtendrían de las empresas reguladas (Olson, 1991).

En esta misma línea, Peltzman (1976) señala que los grupos de interés más organizados, que habitualmente serán las empresas (como productores de bienes y servicios) se verán más beneficiadas de la regulación que los consumidores (cuyo tamaño y dispersión es mucho mayor). El objetivo de la regulación debería ser, entonces, favorecer una distribución óptima ante la presión de los grupos más organizados.

Se concluye así, y con otros ejemplos, que la intervención pública en las economías vía regulaciones no siempre juega realmente en favor del interés público. Lo cual supone, en definitiva, que no se presta el necesario apoyo a la competencia en los mercados, o que incluso determinadas regulaciones se alejan de los objetivos que las justificaban y que, en lugar de solucionar o paliar las deficiencias de mercado que trataba de corregir, genera distorsiones y otros problemas adicionales. En definitiva, como señalaron Koedijk y Kremers (1997), las regulaciones no son, en sí mismas, positivas o negativas para la economía, sino que pueden resultar beneficiosas cuando

⁷ Stigler G., (1988) incluye una recopilación de las principales aportaciones teóricas, así como de los representantes más destacados de la denominado Escuela de Chicago.

corrigen los fallos del mercado y favorecen su dinamismo, pero serán perjudiciales cuando sean rígidas y distorsionen el propio funcionamiento del mercado. De hecho, si cambian las circunstancias o aumenta la presión política, puede ocurrir que la regulación que supuestamente tenía que proteger a los trabajadores, consumidores y al medio ambiente, o que tenía que contribuir a la eficacia del mercado, puede sobrepasar sus objetivos y paliar el crecimiento y la innovación, por lo que se convertirá en un aspecto económico negativo. En principio, la intervención del Estado será eficiente si el coste asociado a los fallos de mercado existentes es superior al coste asociado a los fallos regulatorios.

Además, desde un punto de vista teórico, en un sistema competitivo a medida que se va desarrollando el mercado y asegurándose el adecuado funcionamiento del mismo, se irá reduciendo el peso de la regulación. Sin embargo, Ariño Ortiz G. (2005, pág. 22)⁸ precisa que *“la regulación no va a desaparecer. Como toda restricción o limitación a la libertad de actuación o disposición por los particulares, será siempre necesaria cuando la actividad de un individuo invade los derechos o intereses legítimos de los demás que necesitan ser protegidos. También se justifica cuando hay intereses públicos, comunes, superiores, que no pueden verse satisfechos por la actuación del mercado: son bienes extramercado”*.

En opinión de Sancho (2003), la teoría defendida por la denominada Escuela de Chicago, con Stigler a la cabeza, adolece de ciertas deficiencias. Así, no explica por qué en determinados sectores en los que existe una fuerte concentración no se realiza una regulación favorable a las empresas dominantes y, de hecho, se desarrolla un modelo regulatorio tendente a favorecer la introducción de competencia. Posner (1974, págs. 348-349) también critica esta teoría al señalar que *“es aún tan esponjosa que virtualmente cualquier observación puede reconciliarse con ella (...) en el mejor de los casos es una lista de criterios relativos a la predicción de si una industria obtendrá o no una legislación favorable. No es una teoría coherente que ofrezca hipótesis no ambiguas y por tanto verificables”*.

2.5 La economía de las instituciones

Las conclusiones universales y los modelos defendidos por la economía neoclásica, que se convirtió en la corriente principal de la economía a lo largo del S.XX, demostraron ser insuficientes para explicar la evolución de las instituciones y su diversidad. Por esta razón, a partir de los años 90⁹ ha vuelto a adquirir

⁸ Tomado de Mata Coto (2012)

⁹ Fundamentalmente con los Nobel de Economía a Coase (1991) y North (1993), y más tarde a Williamson (2009) y Ostrom (2009), como grandes representantes de la Economía de las Instituciones.

representatividad la Economía de las Instituciones, y en concreto, el nuevo institucionalismo (la Nueva Economía de las Instituciones, NEI) del que fueron impulsores Coase y North. En el pensamiento económico habrían prevalecido dos posiciones extremas, por un lado, la corriente neoclásica liberal, y por otro la keynesiana. *“Sin embargo, poco a poco ha venido tomando fuerza una tercera posición - la Neoinstitucionalista – más flexible, capaz de corresponder con mayor acierto a las necesidades de la acumulación capitalista en la actualidad”* (Bayón Sosa, 2012, pág. 1).

El modelo neoclásico tradicional no tiene en cuenta en su análisis la importancia de las instituciones. Dicho modelo se basaba en la existencia de costes de transacción nulos y racionalidad instrumental. Para esta corriente de la economía el mercado permite realizar asignaciones eficientes, siendo el sistema de precios el que asigna el uso de los recursos. Además, considera que la motivación de los individuos en sus actuaciones es la maximización de la riqueza y que éstos actúan siempre con información completa. Por tanto, para la economía neoclásica las instituciones no eran necesarias, siendo la presencia de mercados eficientes lo que caracterizaba a las economías (North, 1993) y (Caballero Miguez, 2011).

Sin embargo, esto no siempre ha sido así, es decir, las instituciones no siempre habían estado fuera del análisis económico, ya que, como señala Caballero Miguez (2009) Adam Smith en su estudio sobre la riqueza de las naciones incorporaba a las instituciones como factores clave para explicar la realidad económica. De hecho, a finales del siglo XIX y principios del XX consiguió una fuerte implantación, especialmente en EEUU, el enfoque que hoy se denomina “viejo institucionalismo económico” y que tuvo como autores de referencia a Thorstein Veblen y John Commons. Para esta corriente, *“se concibe la economía como un sistema abierto y dinámico en el que el énfasis no está en el equilibrio sino en el proceso, en el que los hábitos, las instituciones y las relaciones de poder son determinantes de la evolución económica. Este institucionalismo asume una perspectiva conductista, colectivista y lejana al formalismo, rechazando el criterio del bienestar individual”* (Caballero Miguez, 2009, pág. 6).

Tabla 1. Diferencias entre la Economía Neoclásica y la Nueva Economía Institucional

Economía Neoclásica	Nueva Economía Institucional
La economía es una ciencia de la elección	La economía es una ciencia de la transacción
Racionalidad instrumental	Racionalidad limitada
Mercados eficientes	Mercados imperfectos
Costes de transacción nulos	Costes de transacción positivos
Ausencia de instituciones	Las instituciones como reglas de juego
Empresa, ley y política como cajas negras	Explica las empresas, la ley y la política
Mundo ideal de eficiencia paretiana	Mundo real con ausencia de óptimo social
Teorías universales	Análisis específicos
Análisis atemporales	El tiempo y la historia son decisivos
Teoría de la elección pública	Análisis político de costes de transacción

Fuente: Caballero Miguez (2011)

Para la NEI (o neoinstitucionalismo), sin embargo, dicho enfoque es deficiente, y defiende que los individuos actúan con información incompleta y modelos subjetivos deducidos. Se asume el modelo de racionalidad limitada, según el cual el individuo es intencionadamente racional pero solo de forma limitada¹⁰. La nueva economía institucional, la que resurge a partir de los noventa, asume que los costes de transacción son positivos en la economía y que existen mercados con fricciones, es decir, imperfectos, en los cuales el papel de las instituciones se convierte en fundamental para establecer las reglas de juego. Para los defensores de esta corriente, con Coase a la cabeza, asumir que los costes de transacción son nulos y los mercados perfectos, en los cuales negociar no implica un coste, se aleja de la realidad. Coase (1960) desarrolla el concepto de costes de transacción. En su opinión, los mercados perfectos y con costes de transacción nulos no existen, por ello en la realidad los costes de transacción surgen derivados de problemas tales como la existencia de información asimétrica o los costes de acción colectiva (Ver Tabla 1).

La teoría de los costes de transacción de Coase, que fue ampliada posteriormente por numerosos autores¹¹, supone que en toda economía tienen que existir mecanismos capaces de restringir el libre acceso al capital, tanto humano como no humano, y también a los recursos naturales. Estos mecanismos derivan en una

¹⁰ Ver North (1990) y Caballero (2002)

¹¹ Entre otros Wallis & North (1986), Eggertsson (1990) o Benham & Benham (2000).

determinada distribución de los derechos de propiedad. Y, en la búsqueda por satisfacer sus propias necesidades, los individuos realizan transacciones, es decir, transferencias de derechos de propiedad que llevan aparejados unos costes de transacción. Dentro de dicho concepto se engloban todos los costes necesarios para llevar a cabo una transacción. En particular, se consideran incluidos dentro de los citados costes de transacción: los costes de colaboración y las relaciones que se establecen entre consumidores, proveedores, competidores, etc.; los costes de vigilancia y ejecución, para asegurar el cumplimiento de los contratos; los costes de negociación, incluyendo los de subcontratación y los derechos de propiedad y decisión; o los costes de información, relacionados con el riesgo y la incertidumbre asociada a la especulación financiera¹².

El objetivo de esta nueva corriente (la NEI) no es desechar los modelos y conceptos de la economía neoclásica, sino complementarlos con un mejor conocimiento de las instituciones, demostrando su importancia y sus efectos sobre la eficiencia y la evolución de la economía. Al asumir la importancia de estas instituciones, la nueva economía institucional permite explicar la existencia de organizaciones, empresas y también de la política como parte de esa estructura institucional.

Como señala Williamson (2000), desde finales del siglo XX la economía institucional ha adquirido el reconocimiento académico necesario para que la corriente principal de la economía, es decir, la neoclásica, reconociese que las instituciones tienen importancia y, por tanto, son susceptibles de ser analizadas. Lo que se pretende es responder a la pregunta de *“por qué las instituciones económicas emergen de una forma y no de otra”* (Arrow, 1987, pág. 734). North (2005) destaca que la economía neoclásica, y el modelo económico defendido por esta corriente, no ha podido explicar el proceso de cambio económico ni tampoco el político o social, mientras que los institucionalistas se preocupan por el análisis de dichos procesos de cambio.

El concepto de “instituciones” no tiene una definición única, de hecho, las distintas corrientes dentro de la propia Economía Institucional han realizado definiciones muy diferentes de este término¹³. En general, dentro del concepto de instituciones se incluyen las reglas, normas y restricciones, tanto escritas como no escritas, que existen en la sociedad, esto es: los códigos de conducta, normas de

¹² Ver Bayón Sosa (2012).

¹³ Lo cierto es que los distintos autores institucionalistas han llamado instituciones a conceptos muy diferentes entre sí. Algunos denominan así a las estructuras de soporte, mientras que para otros son las pautas de comportamiento. Hay autores que utilizan este término para designar una pauta de comportamiento, otros para referirse a reglas, normas o estructuras de Gobierno y finalmente, otro grupo define a las instituciones como el contexto social y cultural donde las reglas y forman organizativas concretas toman forma. Ver Nelsori & Sampat (2001)

comportamiento y creencias, las constituciones, leyes y demás reglas que gobiernan la política y la sociedad, o los acuerdos y reglas escritas que rigen las relaciones contractuales.

En cada sociedad habrá unas “reglas de juego” (North, 1990) que son las instituciones, y esas instituciones son las que modelan el comportamiento tanto de los individuos como de las empresas u organizaciones, y las que proporcionan la estructura de incentivos que influye en los costes de transacción. El conjunto de reglas que limita el oportunismo en los intercambios y la confianza entre los sujetos en el desarrollo de sus transacciones y, por tanto, la viabilidad de los contratos a largo plazo es lo que se denomina una “estructura institucional eficiente” (Arias & Caballero, 2003). Las instituciones aparecen, así, directamente vinculadas con el problema de la eficiencia.

El objetivo de la economía institucional es el análisis de tales instituciones y cómo éstas interactúan con las formulas organizativas y, finalmente, cómo esa matriz institucional influye en la economía y en la sociedad. Las fórmulas organizativas incluyen los modos de gobernanza que los agentes establecen para realizar las transacciones y desarrollar la actividad productiva. Dentro de dicho concepto se incluye, por tanto, al mercado, las empresas y las relaciones contractuales (Caballero Miguez, 2011).

En concreto, fue North (1990) quien definió las instituciones como las reglas formales, informales y mecanismos de cumplimiento, y explicó que dichas reglas determinan el volumen de costes de transacción y, por tanto, el nivel de eficiencia de la economía. En su análisis este autor establece que, en una economía de estructuras complejas, los costes de transacción se reducen mediante una adecuada estructura institucional, lo que implica que tanto el Estado como la política se conviertan en variables claves del éxito económico.

En definitiva, lo que North incluye en su teoría es que las instituciones no tienen que ser necesariamente eficientes, y de hecho no suelen serlo. Por ello, las diferencias en cuanto a la eficiencia del modelo institucional de cada país determinarán buena parte de las diferencias de su desempeño económico (Nelsori & Sampat, 2001).

La economía institucional señala que la estructura institucional y organizativa determina los incentivos de los sujetos políticos y, por tanto, el resultado político. Si las instituciones están mal diseñadas, existiendo incentivos a comportamientos oportunistas, explotación de ventajas informativas, etc., las políticas tendrán poca calidad y serán poco creíbles. Y todo ello influirá en la evolución económica del país, afectando negativamente, en tal caso, a su crecimiento.

En general, parece aceptado que las instituciones influyen en el desarrollo económico. Por ello, se deben tener en cuenta para analizar las variables que influyen en el desempeño económico de un país, por su influencia en el avance tecnológico, la inversión, la eficiencia, etc. Además, las instituciones influyen en el comportamiento de los agentes económicos, reduciendo (o aumentando) los costes de transacción.

En sus análisis de las instituciones y su influencia en la economía, North (1995) desarrolla el concepto de “cambio institucional” y las claves para que éste se produzca: La interacción entre instituciones y organizaciones en un contexto de competencia es clave para el cambio institucional. La competencia obliga a las organizaciones a invertir en habilidades y conocimiento para sobrevivir en el mercado, siendo el marco institucional el que establece las clases de habilidades y conocimientos que permiten al individuo la maximización del beneficio. Son las economías de escala, las complementariedades y las externalidades las que favorecen un cambio institucional incremental.

Dichas instituciones están directamente relacionadas con la gobernanza, esto es, *“la estructura y el funcionamiento de las instituciones legales que sustentan la actividad económica y las transacciones económicas por medio de la protección de derechos de propiedad, el cumplimiento de contratos y la realización de la acción colectiva para proveer infraestructura organizativa y física”* (Dixit, 2009). Las grandes referencias en el ámbito de la gobernanza y la economía institucional son Williamson (1979) y Ostrom (1990). El primero, señala que cuando se unían racionalidad limitada, oportunismo y especificidad de los activos, las transacciones vía precios no son las apropiadas, sino que se realizarán en estructuras de gobernanza.

Es importante la apreciación de Dixit (2009), al señalar que no existe la institución o el sistema perfecto bajo todas las circunstancias, por lo que la economía institucional no busca la solución óptima, sino un *“second-best”* sujeto a las restricciones de información, incentivos, compromisos y reglas de juego político. El entorno se caracteriza por la diversidad de instituciones, por lo que no cabe recomendar un único sistema de gobernanza para todas las situaciones (Ostrom, Janssen, & Anderies, 2007). El error de buena parte de la literatura neoclásica y ortodoxa de la economía está en proponer “instituciones globales estándar” (Chang, 2006), es decir, creer que existen formas institucionales que, debido a su éxito en un determinado país, deben adoptar el resto para favorecer su desarrollo. Esto habría sido especialmente relevante respecto a las instituciones anglo-americanas, cuyo modelo se ha buscado exportar al resto de países occidentales. Para la economía institucional, sin embargo, el argumento de “una talla para todos” en política económica es erróneo.

Por ello, realizar “trasplantes institucionales” de un país a otro o de una sociedad a otra supone importantes riesgos (Eggertsson, 2005). A veces los países importan modelos que normalmente fracasan como consecuencia del conocimiento imperfecto de las características de tales paquetes institucionales. Además, el fracaso o éxito de una institución también depende de su efectividad: *“la simple aprobación de una ley no equivale a crear una institución efectiva”* (Ostrom, 2004). En opinión de (Chang, 2006), el fracaso de muchos trasplantes institucionales se debe a que las formas particulares de una institución no garantizan un resultado concreto. Junto a las formas, también son importantes las funciones desarrolladas por esas instituciones¹⁴.

Es importante, sin embargo, el análisis del cambio institucional y la evolución de tales instituciones en el tiempo para conocer cómo influyen dichos cambios en el desarrollo económico y, además, para saber cómo se puede mejorar la estructura institucional futura de una economía. A diferencia de las teorías tradicionales, para las que las instituciones una vez establecidas se perpetúan o, al menos, son muy difíciles de cambiar, para la economía institucional, las instituciones tienen un carácter dinámico y, por tanto, un pasado y un futuro. Ello no quita que deban ser estables y perduren en el tiempo, sino que lo que defiende esta corriente de la economía es que las instituciones evolucionan en el tiempo, según factores tecnológicos, demográficos, políticos, sociales, etc. (Lopez Ponton, 2008).

North (1990) destaca que las condiciones institucionales iniciales (inversiones irreversibles, efectos de aprendizaje, etc.) son importantes, y los procesos acumulativos producen por sí mismos resultados económicos. La dependencia de esa trayectoria institucional explicaría por qué determinados países mantienen estructuras ineficientes en el tiempo, aunque sean conscientes de tal ineficiencia¹⁵. Por tanto, la historia y el paso del tiempo importan en la eficiencia institucional. Y, al mismo tiempo, las características de la estructura institucional de un país son fundamentales en el análisis de su desarrollo económico, así como en las comparaciones en el tiempo de dichas instituciones (Williamson, 2000).

Easterly (2008) profundiza en el cambio institucional y explica que en la Nueva Economía Institucional existen dos formas de concebir la creación de las instituciones: a) “de arriba a abajo”, según la cual las instituciones vienen determinadas por las leyes establecidas por los políticos; b) “de abajo a arriba” según la cual las instituciones (normas sociales, costumbres, valores, etc) emergen espontáneamente y luego se transforman en leyes.

¹⁴ Para este autor, se incluyen dentro de las formas de las instituciones factores como: independencia, democracia, grado de propiedad pública, etc. Por el contrario, entre las funciones que desarrollan tales instituciones se encontrarían conceptos como: cumplimiento de los contratos, estabilidad de precios, lucha contra la corrupción, etc.

¹⁵ Ver Arias & Caballero (2003).

El cambio institucional será diferente en ambas opciones. Mientras que en el primer caso serán los políticos y el Gobierno el que determine el cambio institucional, en el segundo, las instituciones evolucionan condicionadas por las instituciones preexistentes, por lo que éste tipo de cambios tienen un carácter gradual y evolutivo. Es decir, como señala Caballero Miguez (2011), de acuerdo con esta segunda opción, las razones que justifican en momento concreto la creación de una institución serán las que determinen a su vez el cambio y evolución de la misma en el futuro.

Respecto al proceso de cambio institucional y su influencia en la economía, Pino Hidalgo (2007, pág. 115), señala que *“existe evidencia referente a que en el largo plazo el cambio de las instituciones es lento y pausado”*, lo que contrasta, además, con el cambio de las estructuras económicas que es relativamente más rápido, lo que da lugar a que siempre exista un desfase entre el desarrollo económico y el desarrollo institucional que lo acompaña. Y, es más, ese retraso institucional se convierte en un obstáculo para el desarrollo económico. De hecho, en opinión de North (1990), el éxito del desarrollo económico de algunos países se explica precisamente por el diseño de un marco institucional capaz de reforzar los incentivos. Mientras que, en otros muchos casos, es precisamente el diseño de un marco inadecuado el que se convierte en un lastre para el desarrollo.

Finalmente, es importante señalar que la economía institucional encauza la investigación con un enfoque de carácter multidisciplinar dentro de las ciencias sociales. El objetivo de la NEI es desarrollar modelos político-económicos que tengan en cuenta modelos de comportamiento más complejos que los utilizados por la economía neoclásica. Es necesario tener en cuenta, junto a los económicos, los efectos del sistema legal o del sistema político, por ejemplo.

2.5.1 *Economía institucional y regulación de los mercados*

El análisis de la NEI acerca de las instituciones, la forma en que se crean y el estudio de su evolución en el tiempo, se fue extendiendo a otras áreas de conocimiento relacionadas con el análisis de fenómenos sociales, políticos y económicos. Entre ellos, varios autores, como Spiller & Tommasi (2005) o Joskow P. (2002) centraron su estudio en la aplicación de la NEI sobre las políticas de regulación.

Vinculado a la presencia de costes de transacción positivos, tal y como defiende la Economía Institucional, Coase distinguió tres formas de regulación económica:

- La regulación dentro de la empresa
- La regulación del mercado, en función de los precios

- La regulación estatal, a través de las instituciones y las organizaciones

Dentro del tercer tipo de regulación, Coase considera que el Gobierno puede establecer regulaciones que limiten lo que se puede o no hacer en el mercado, y qué normas deben ser obedecidas. El Estado puede establecer esas limitaciones a través de normas o leyes, o también a través de un organismo administrativo (Coase, 1960). Deben existir instituciones que garanticen el desarrollo de intercambios eficientes puesto que, de otra forma, los distintos agentes tendrán incentivos para buscar el beneficio privado, con independencia de los costes sociales que ello conlleve.

Ligada a esta cuestión, Coase desarrolla el concepto de los “fallos del mercado”. En aquellos casos en los que tales fallos derivan de la existencia de costes de transferencia elevados, la solución pasaría por promover un ordenamiento social (una regulación) distinta a la del mercado, esto es, la intervención del Gobierno. Sin embargo, como destaca este autor, dicha intervención no carece de costes. Por ello, la intervención del Gobierno debe producirse únicamente en aquellos casos en los que los costes netos derivados de la misma para la economía, teniendo en cuenta todos los efectos generados por dicha intervención, sean menores que los costes que se generarían si se dejase actual libremente al mercado (Beyer, 1992). Además, los beneficios esperados de la aplicación de una determinada regulación deben ser mayores que sus costes. En definitiva, la intervención pública será o no óptima ateniendo a su eficiencia transaccional (Lopez Ponton, 2008).

En su opinión, la regulación gubernamental directa no siempre va a producir mejores resultados que los derivados de la actuación propia del mercado, pero también es cierto que en ocasiones tal regulación administrativa deriva en un aumento de la eficiencia económica. Esto será especialmente claro cuando la actuación de una empresa afecte a un número elevado de personas/empresas. En opinión de Coase, todas las soluciones conllevan un coste y no hay ninguna razón para suponer que la regulación del Gobierno va a ser beneficiosa, con independencia de que el problema no esté siendo bien gestionado por el mercado y las empresas actuantes. *“Creo que los economistas, y en general los que delinean la política, han tendido a sobreestimar las ventajas que provienen de la regulación gubernamental. Pero esa creencia, aun si se justificara, no hace más que sugerir que las regulaciones del Gobierno deben disminuirse”* (Coase, 2011, pág. 26)¹⁶.

Spiller & Tommasi (2000), destacan la importancia de las instituciones en la durabilidad y estabilidad de los acuerdos. En su opinión, existen marcos institucionales que no facilitan el intercambio puesto que no reducen los costes de transacción y, en consecuencia, derivan en políticas públicas de baja calidad, rigidez e inestabilidad. Es

¹⁶ Este artículo es una traducción de la publicación original de Coase (1960).

decir, si las instituciones no favorecen el cumplimiento de los acuerdos de forma eficiente, cabe esperar que las políticas se caractericen por la búsqueda de beneficios a corto plazo, procedimientos y estructuras inflexibles, inviabilidad de políticas deseables, etc.

En concreto, el diseño de un adecuado sistema institucional contribuiría a reducir un tipo de costes de transacción como es el de la falta de credibilidad de las políticas públicas y la inconsistencia temporal de las mismas. La forma de alcanzar esa credibilidad por el Gobierno es acumular un “capital reputacional” gracias al desarrollo de un comportamiento responsable de forma que, siguiendo la teoría de los juegos repetidos, busque mantener su reputación mediante el juego limpio, repetido en el tiempo. Ver (Dixit A. , 1996) y (North & Weingast, 1989).

Sin embargo, habitualmente existe el riesgo de que las autoridades públicas incumplan sus compromisos buscando un comportamiento oportunista. Por ello, ante tales situaciones es importante lo que Arias & Caballero (2003) definen como credibilidad imperativa, que se alcanza gracias a la fijación de unas reglas que impidan que los poderes públicos puedan incumplir sus compromisos ex-post. En esta situación es donde las instituciones adquieren un papel relevante, garantizando el cumplimiento de los compromisos públicos de forma creíble y creando un entorno de seguridad que favorezca la inversión y el desarrollo (North, 1993).

Una solución a ese problema de la inconsistencia temporal de las políticas públicas, o de su falta de credibilidad, es la creación de instituciones no mayoritarias, como propone Majone (2001). Se trata de asegurar el compromiso a largo plazo de las políticas mediante su delegación en un agente con preferencias temporales y estructuras de incentivos distintas a las del principal (Gobierno). Sería el ejemplo seguido, por ejemplo, en la creación de los bancos centrales y la delegación de la política monetaria.

Levy & Spiller (1996) aplican tales conceptos al sector de las telecomunicaciones y a las políticas que regulan este mercado. Comparando las políticas aplicadas en varios países¹⁷, demuestran que el diseño de un sistema regulatorio adecuado requiere eliminar aquellas estructuras institucionales que favorecen la aplicación de políticas aleatorias y, al tiempo, establecer compromisos acerca de los sistemas de incentivos: reglas de fijación de precios en el sector, condiciones de interconexión, etc. Solo así, señalan, en un contexto de esquema institucional estable y creíble, será posible la formación de capital a largo plazo.

¹⁷ En concreto Argentina, Chile, Jamaica, Filipinas y Reino Unido.

Siguiendo con la relación entre economía institucional y regulación, y su aplicación a ejemplos concretos, Lopez Ponton (2008) desarrolla el ejemplo del sector de transporte de mercancías en Europa, demostrando que el marco institucional incide en la organización y la forma en que los agentes desarrollan sus transacciones. Al mismo tiempo, pone de manifiesto los efectos negativos derivados de aplicar una política regulatoria basada en la existencia de un mercado de competencia perfecta. En concreto, pese a los esfuerzos de la UE por fomentar el transporte intermodal (transporte por ferrocarril y carretera) para las mercancías en contenedores, lo cierto es que su aplicación es muy inferior a la del transporte de contenedores únicamente por carretera. Los principales demandantes de este tipo de transporte, las empresas marítimas, no utilizan este sistema intermodal debido a su mala calidad y a sus frecuentes fallos técnicos. Por ello, para evitar esta situación un grupo de armadores intentó cooperar a través de una red de centros y radios en 1997 de forma que, gracias a las economías de escala, se redujesen los costes. La Comisión Europea, como regulador del mercado común, sancionó esta forma de cooperación por infracción del artículo 81 del derecho de la competencia que prohíbe el desarrollo de acuerdos horizontales de precios. Posteriormente, dos de los principales armadores a nivel mundial crearon una empresa conjunta (ERS) que, pese a realizar las mismas funciones que la red sancionada, por su estructura de organización independiente no incumplía el citado artículo de la competencia. En consecuencia, el mercado y su desarrollo se habrían visto condicionados por el marco institucional existente a nivel europeo, inspirado en ese momento en la teoría económica clásica de respeto a las condiciones de competencia perfecta en los mercados como forma de alcanzar la eficiencia. En cambio, la visión de la NEI sería reconocer los efectos positivos de la cooperación horizontal y vertical en tanto que dichos acuerdos permitirían reducir los costes de transacción y, por tanto, mejorar la eficiencia económica, con independencia de los efectos sobre el nivel de competencia del sector.

2.6 Las Agencias de regulación independientes

“No es difícil dictar legislación adecuada en la que se establezcan los criterios y estándares necesarios, pero traducir un principio aceptado en decisiones concretas, sabiamente adoptadas a los casos particulares, es algo que requiere un órgano experimentado y técnico, que actúe con continuidad y que esté tan lejos como sea posible de los engaños o las intrigas de la política”.¹⁸

Juez M. Hughes (1916), citado por Ariño Ortiz (2007) y Gámir Casares y Durá Juez (2013)

La creación de “Agencias Independientes”, incluyendo dentro de dicho concepto tanto a las agencias reguladoras como a las autoridades de defensa de la competencia, se justifica en el intento de suplir los “fallos del sector público” en su intervención regulatoria en los mercados.

La aplicación de una política regulatoria lleva aparejada inevitablemente dos componentes: Por un lado, las normas o la legislación desarrollada para el sector (*price caps*, métodos de información a los consumidores o requerimientos mínimos para participar en el mercado, etc.) y, por otro, la implementación de dichas normas (procesos de decisión, de apelación, etc.). Habitualmente, en los inicios del proceso de liberalización la regulación toma la forma de normas específicas para el sector, para posteriormente, a medida que se va incrementando la competencia, ir reemplazando dicha normativa específica por las leyes de competencia generales del mercado.

Pues bien, a la hora de implementar la política regulatoria, el Estado puede optar por distintos tipos de regulación en función del ámbito institucional desde el cual se desarrolle. Esto es importante puesto que el éxito de la regulación depende, no solo del diseño de la norma sino de la implementación de la misma, esto es, del órgano encargado de su aplicación.

Jacobzone (2005) detallaba las distintas opciones administrativas existentes para la aplicación de las políticas regulatorias y la vigilancia de la competencia. Según este autor, las opciones son las siguientes:

A) Autorregulación:

En este caso es una organización representativa de un grupo o sector económico la que desarrolla un sistema de reglas (regulación) cuyo cumplimiento

¹⁸ Estos comentarios se refieren a la experiencia del Estado de Nueva York, que en 1907 había constituido una Comisión de este tipo para la regulación de las tarifas.

supervisa e impone a sus miembros. Este tipo de regulación es propia de asociaciones profesionales o de sectores concretos, como mercados técnicos o financieros. Presenta la ventaja de tener un conocimiento más preciso del mercado en el que se aplica que la regulación de carácter público, tiene menores costes de supervisión, facilita la adaptación de las normas a los requerimientos propios del mercado en el que se aplica (es más flexible), etc. Este tipo de regulación está poco extendida en Europa (es una práctica típicamente británica en la regulación de los mercados financieros) e incluso en EEUU. La principal crítica planteada a esta opción es el elevado riesgo de captura existente puesto que existe una estrecha vinculación entre el regulador y las propias empresas reguladas.

B) Departamento ministerial:

El regulador forma parte del Gobierno central y no tiene el estatus de órgano diferenciado del mismo, sino que se trata de una subsecretaría o una dirección general del Ministerio del ramo. En este caso, el responsable de las funciones reguladoras es el propio Ministro. Este tipo de modelo organizativo de regulación era propio de muchos países europeos en décadas anteriores. En España, de hecho, ha estado vigente en varios sectores, fundamentalmente de transporte (aéreo y ferrocarril) hasta la creación de la CNMC. Sin embargo, para temas de regulación económica y social, en la actualidad parece comúnmente aceptado que este tipo de regulación no supone la opción óptima desde el punto de vista de la independencia y transparencia deseable en tales funciones.

C) Agencia ministerial:

La función regulatoria recae en órganos ejecutivos dependientes de la Administración Central pero que disponen de un presupuesto y un órgano de dirección independiente del propio Ministerio. Este tipo de órganos, si bien suponen un avance respecto a las opciones anteriores en lo que a su nivel de independencia se refiere, en última instancia continúan dependiendo del Ministerio sectorial correspondiente y, por tanto, están sujetos a la intervención ministerial en sus decisiones.

D) Órgano consultivo independiente:

Agencias con capacidad para asesorar al Gobierno, legisladores y empresas en aspectos regulatorios específicos de un sector. En algunos casos, estos órganos pueden incluso hacer públicas sus recomendaciones, si bien el grado de aceptación de tales recomendaciones del consejo puede variar notablemente de unos Gobiernos a otros (y también de unas empresas a otras).

E) Agencia independiente:

Garantiza un mayor nivel de independencia y transparencia si bien para su aplicación se requiere de la presencia de expertos independientes, la adaptación continua de la normativa a la situación del mercado, un mayor conocimiento del sector y proximidad a las empresas que actúan en el mismo. Su principal ventaja se encuentra en la posibilidad de “aislar” la política regulatoria de la influencia directa del Gobierno.

En Europa no había existido una gran tradición con respecto a la actuación de estas agencias reguladoras independientes, sino que tales funciones regulatorias habían recaído tradicionalmente en la Administración (y por tanto en el Gobierno). En EEUU, sin embargo, si había calado la recomendación de aislar la función regulatoria de las empresas del sector, especialmente en aquellos casos en los que el servicio se prestaba en régimen de monopolio por empresas públicas (o semi-públicas) con el objetivo de implementar una regulación basada exclusivamente en consideraciones económicas. En Europa, por el contrario, el peso de la tradición había sido muy fuerte y la creación de órganos de regulación independientes no surge hasta el desarrollo de los procesos de liberalización económica iniciados en los años ochenta. En este sentido, hay que señalar que, en un primer momento, se pensó que para desarrollar las nuevas funciones del Estado en los mercados liberalizados bastaría con encomendar a la Administración General la tarea de la regulación y a las Autoridades de Defensa de la Competencia las actividades de vigilancia y control de los mercados y la sanción de los comportamientos anticompetitivos. Pero muy pronto se vio que la regulación era compleja y que, por las razones apuntadas, quizá fuera conveniente separar dichas funciones e implantar la figura de un regulador independiente. Fruto de esta convicción fue proliferando la creación de este tipo de organismos reguladores independientes¹⁹.

Precisamente lo que caracteriza los tipos D) y E) anteriores es su independencia respecto a la Administración, es decir, la configuración de un órgano diferenciado jerárquicamente de lo que se puede llamar “Administración tradicional” (Gámir Casares & Durá Juez, 2013). La razón principal que apoya la elección de este tipo de órganos de supervisión independientes es que puede garantizar el más alto nivel de transparencia y de autonomía en sus actuaciones, tanto respecto al Gobierno o la

¹⁹ Según Jacobzone (2005), el análisis de los órganos de regulación en los países de la OCDE en los últimos años ponía de manifiesto que las autoridades reguladoras independientes representaban, en ese momento, más del 60% del total de estos órganos reguladores, predominando fundamentalmente en los sectores financiero (62%) y de telecomunicaciones (72%). En el mercado energético, sin embargo, el porcentaje de órganos independientes de regulación era más limitado (54%). Y seguían existiendo, en todo caso, un buen número de agencias ministeriales y de órganos de carácter consultivo.

autoridad ministerial más cercana a un determinado sector, como respecto a las empresas que operan en el sector regulado.

Parece existir amplio consenso en que los encargados de la aplicación de las políticas regulatorias y las medidas de defensa y promoción de la competencia no pueden ser los mismos que establezcan la normativa (y por tanto la regulación) que afecta a tales mercados, sino que deben gozar de un alto grado de independencia, tanto en el desarrollo de sus análisis y actuaciones, como en la aplicación de las sentencias y dictámenes que de ellos puedan derivarse. El reparto de las competencias regulatorias entre diferentes organismos, unos encargados del diseño y definición legislativa de la política regulatoria, y otros encargados de su aplicación, control y garantías de cumplimiento, se ha ido extendiendo de forma progresiva en los últimos años (McLean, 2002). Mientras que los primeros, los encargados de la definición de la política regulatoria se ubican dentro del Gobierno, en un departamento ministerial, los segundos se configuran mayoritariamente como organismos independientes dentro de la estructura gubernativa.

¿Cuáles son las razones que llevan a dicha diferencia y a delegar la aplicación del modelo regulatorio a órganos independientes? El objetivo de aislar la política regulatoria del ciclo político y de decisiones de carácter ideológico o electoralista, así como el dotar a tales políticas de la credibilidad necesaria, serían las razones fundamentales que justifican dicha separación de funciones. La creación de agencias independientes se apoya, por tanto, en la ganancia de credibilidad de las políticas aplicadas y en la independencia política de sus decisiones. Una organización reguladora independiente puede dotar a la política reguladora de la continuidad necesaria y no hacerla depender directamente de la acción política y de los resultados electorales, como ocurriría si tales funciones se mantuvieran dentro de la estructura organizativa del Gobierno (Guédon, 1991). Al tiempo, el hecho de que estos organismos independientes gocen de un componente más técnico que la Administración tradicional facilita su continua adaptación a los cambios cíclicos que pueden afectar a los sectores regulados, así como a las innovaciones que, inevitablemente, irán surgiendo en los mismos (Böllhoff, 2001).

Por el contrario, las opciones B) y C) anteriores, es decir, la regulación mediante departamento o agencia ministerial, se caracterizan, precisamente, por su falta de independencia respecto al Gobierno. Dada su vinculación orgánica con el departamento ministerial al cual se adscribe el órgano regulador, no puede garantizarse su independencia de la esfera política, ni de los intereses de los máximos representantes a nivel político, ni –quizás– la independencia frente a las presiones de los grupos empresariales que tratan no sólo de captar a los reguladores y a quienes realizan la supervisión, sino que persiguen también las posibilidades de obtención de ayudas y protección realizando gestiones y presiones al más alto nivel político.

Apoyadas en tales ventajas, las agencias de regulación, como órganos independientes de la Administración, surgen en EEUU a principios del siglo XX. Más tarde, su creación se iría extendiendo por el ámbito internacional. En Europa, su implantación se produce, fundamentalmente en la década de los 80-90, ligadas a los procesos de liberalización sectorial de los grandes servicios públicos. En estos sectores la figura del regulador se convierte en un actor principal con el objetivo prioritario de favorecer la competencia real.

Tal y como se recoge en la cita de Hughes que abría este apartado, la legislación, esto es, la elaboración de las normas que deben regir el sistema, no corresponde a las agencias, sino al Gobierno y al Parlamento. En los países de la UE la mayoría de dichas normativas vienen definidas por las Leyes y Reglamentos comunitarios que los países deben trasponer a su legislación.

La labor de las agencias independientes es la aplicación de tales normas, su defensa o la toma de decisiones concretas para alcanzar el logro de los principios reguladores establecidos, alejando sus decisiones de la lógica partidista. En definitiva, entre sus tareas se encuentran aquellas de tipo técnico, que requieren una elevada especialización y conocimiento del sector por parte de sus responsables, así como actuaciones de defensa de la competencia en los mercados cuya aplicación exige una elevada credibilidad por parte del organismo responsable.

En los mercados liberalizados el objetivo prioritario de los reguladores independientes será, precisamente, asegurar el desarrollo de una competencia real y efectiva. Ello requiere de un proceso largo y continuado en el que entran a formar parte un buen número de actores (el operador dominante del mercado, los nuevos entrantes...) y de la toma de decisiones concretas que aseguren su desarrollo²⁰.

Sin embargo, pese a las ventajas en términos de credibilidad e independencia en la aplicación de la política regulatoria (o de competencia) de las agencias independientes respecto a la denominada "Administración tradicional", y a las justificaciones teóricas que habitualmente acompañan la creación de este tipo de organismos, no debe obviarse que su creación presenta también importantes costes,

²⁰ "Sin embargo en los procesos de transición a la competencia de los monopolios regulados, en aquellos casos en los que un sector ha vivido en condiciones de monopolio durante décadas y los componentes de redes hacen que durante bastante tiempo (el tiempo depende de la tecnología) haya componentes de monopolio muy fuertes, los mecanismos normales de protección de la competencia son insuficientes, y parece razonable gestionar este proceso a través de órganos reguladores (...) A los reguladores independientes se les dan facultades normativas de pura Administración, (como conceder licencias), resolver conflictos y defender la competencia. Su singularidad es la de dejar en una sola mano todas esas funciones para que las decisiones no sean incoherentes, y esto es lo que permite caracterizarla como una función distinta, porque la suma de esas funciones permite una actuación singular que no pueden llevar a cabo otros órganos". (Fernandez Ordoñez M. , 1999, pág. 97)

que son comparativamente mayores a los que conlleva, por ejemplo, una Dirección General de un Ministerio que desarrollase esas mismas funciones como órgano de regulación.

Así, uno de los costes que puede conllevar la creación de agencias independientes es lo que se conoce como “problema de agencia”, y sobre el cual se ahondará en el apartado 2.6.2.1. Existe otro coste importante asociado a las agencias reguladoras independientes que es su “riesgo de captura” por parte de las empresas reguladas. Indudablemente, lo que se ha denominado Administración tradicional también conlleva un riesgo de captura, como regulador, con las empresas del sector al cual regula. El objetivo, por tanto, será que dicho riesgo, y por tanto su coste, sea significativamente menor en el caso de la creación de una agencia independiente.

Como señalan Gámir Casares y Durá Juez (2013), existe un “nivel óptimo” por encima del cual la creación de agencias de regulación puede originar mayores disfuncionalidades que ventajas, por lo que, llegados a ese punto, sería mejor opción “devolver” las tareas regulatorias a la Administración²¹.

Además, como se verá, aún en aquellos casos en los que las ventajas de su creación sean mayores que los costes, es importante definir qué características deberá tener dicha agencia independiente para alcanzar los beneficios esperados. Se ahondará en estas cuestiones en los apartados siguientes de este capítulo al detallar las ventajas derivadas de la creación de agencias de regulación independientes, que sirven además de argumentos justificativos para su existencia, y los costes que, a su vez, conlleva su constitución y la transferencia a tales órganos independientes de la aplicación de políticas regulatorias sectoriales o de defensa de la competencia.

2.6.1 Razones que justifican la creación de agencias independientes

Existen una serie de argumentos o de ventajas derivadas de la creación de agencias independientes que, en sí mismas, justificarían la conveniencia de su creación frente a la regulación tradicional, esto es, la aplicación de la política regulatoria desde un departamento ministerial.

La referida cita de Hughes, recoge, en cierta forma, algunas de las características fundamentales que deben tener estas agencias. Por un lado, que sea “un órgano experimentado y técnico”, “que actúe con continuidad” y, finalmente, que “esté tan lejos como sea posible de los engaños o las intrigas de la política”. Implícitamente, se

²¹ Un ejemplo sería el de Comisión Nacional del Juego, cuya constitución fue finalmente desestimada con la Ley de creación de la CNMC en 2013 y sus funciones fueron transferidas a una Dirección General dentro del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

recogen, por tanto, varias de las características exigibles a este tipo de agencias: la independencia, la credibilidad y la tecnificación del organismo.

Se trata, en los tres casos, de justificaciones de carácter normativo, que apoyan la creación de agencias independientes en su contribución a la eficacia de la actuación pública y del marco regulatorio que emana de las mismas. Pero junto a ellas, existen también otro tipo de razones que determinan la creación de tales organismos independientes y que no estarían ligadas a la política regulatoria sino a los propios objetivos o intereses del Gobierno o del legislador. Este segundo tipo de razones (denominadas de carácter positivo) no se apoyan en fundamentos teóricos para justificar la creación de organismos independientes, sino que, una vez creados, explicarían las razones por las que han sido constituidos. Dentro de este segundo grupo se encontrarían la huida del derecho administrativo, la minimización de costes políticos o la imposición de organismos externos e internacionales.

2.6.1.1 Independencia

El argumento de la independencia es, sin duda, el más repetido para justificar la creación de este tipo de organismos, esto es, la conveniencia de apartar las decisiones regulatorias de las decisiones políticas y partidistas. Dicho argumento parte de la idea de que el Gobierno puede modificar o adaptar sus decisiones políticas en función del momento del ciclo electoral en el que se encuentre, y ello podría afectar también a la política regulatoria aplicada y, con ello, a los propios regulados. En general, los políticos tenderían a posponer a un momento posterior al electoral aquellas decisiones o políticas que pueden afectar (beneficiando o perjudicando) a un determinado grupo de regulados (o votantes) de forma que tales medidas, aun cuando formen parte de su política regulatoria, no afecten a sus resultados electorales. Un ejemplo claro sería el de una subida de tarifas en sectores regulados, como electricidad, gas, hidrocarburos, transportes, etc.

Al transferir este tipo de decisiones a un organismo independiente, se reduce la incertidumbre regulatoria, y se desafectan tales políticas del ciclo electoral y de objetivos estrictamente políticos. Un organismo independiente de decisiones políticas podría favorecer la continuidad de la política regulatoria ya que sus decisiones no dependerían directamente de los resultados electorales, como le ocurre al Gobierno (Guédon, 1991). Similar es la opinión de Majone (1996) para quien, gracias a la presencia de un regulador independiente, la política que emana del mismo será menos vulnerable a los intereses tanto del poder político como de los regulados y, por tanto, sus decisiones se centrarán en la resolución de los problemas desde un punto de vista técnico, no político.

Existe otra vía argumental para explicar las ventajas de las agencias de regulación independientes desde el punto de vista de su aislamiento de las decisiones políticas (Gámir Casares & Durá Juez, 2013). Según este argumento, las decisiones complejas propias de la aplicación de una política regulatoria (o de fomento de la competencia) resultan muy permeables desde el punto de vista político a la influencia de los grupos de presión que se ven afectados por las mismas buscando que tales decisiones les favorezcan o les perjudiquen en la menor medida posible. En principio, un Gobierno que busca maximizar su resultado electoral evitará aplicar este tipo de medidas, ya que favorecen a un reducido grupo de votantes (y por tanto su beneficio electoral sería reducido) y, sin embargo, perjudicarían los intereses de un amplio número.

La explicación que se esconde detrás de este argumento es el de las “asimetrías informativas”. En general, adquirir información conlleva unos costes que, en muchas ocasiones, los votantes no están dispuestos a soportar para conocer todas las decisiones y efectos de las políticas aplicadas por el Gobierno. Solo estarían dispuestos a asumir tales costes y estar, por tanto, lo mejor informados posible, cuando tales medidas y sus efectos tengan una influencia muy directa sobre su propio bienestar.

Buscando maximizar el resultado electoral, tendría sentido que se adoptasen medidas regulatorias que: a) concentren sus efectos (beneficios) en un reducido número de votantes muy informados (que, por tanto, agradecerán tales medidas en las urnas); y b) que dispersen el coste que llevan aparejado entre la población de forma que el coste individual sea prácticamente insignificante y tales medidas pasen desapercibidas entre la mayoría de los votantes. De esta forma, como consecuencia de las asimetrías informativas, medidas regulatorias “impopulares” pueden llegar a ser políticamente rentables para el Gobierno. De hecho, cuanto más compleja y técnica sea la información y las decisiones regulatorias, mayor será la discrecionalidad del Gobierno para adaptar estas decisiones a favor de los grupos de presión afectados y más informados sobre su aplicación y efectos. Con todo, la creación de una agencia independiente y la transferencia de las decisiones regulatorias evitaría el problema de las asimetrías informativas y su influencia en la política regulatoria.

2.6.1.2 Credibilidad

Junto a la independencia, la otra característica fundamental de una agencia independiente es su credibilidad, entendida esta como la fiabilidad y confianza en sus decisiones y en la implementación de la política regulatoria. Esta característica es especialmente importante dado que las funciones de este tipo de organismos se refieren a políticas cuya aplicación requiere de su sostenibilidad y consistencia en el

tiempo. Solo así será posible alcanzar los objetivos perseguidos (incremento de la competencia, liberalización de un mercado...).

Los efectos positivos que sobre la aplicación de una determinada política regulatoria genera la credibilidad pueden variar según el sector o la actividad afectada, pero, en cualquier caso, cabe señalar entre ellos los siguientes (Gámir Casares & Durá Juez, 2013):

- Favorece la inversión en el mercado a través de acciones o bonos de las empresas debido a las garantías que genera la continuidad de la política de protección del consumidor.
- Fija las expectativas de los agentes económicos y disminuye los costes a corto plazo de una política que tuviera como objetivo la estabilidad de precios.
- Genera confianza en las empresas afectadas por una determinada normativa para colaborar con las autoridades reguladoras en los flujos de información
- Disminuye el riesgo regulatorio y con ello la tasa de rentabilidad exigida, incentivando así la inversión en el sector.
- Favorece la competencia al incentivar la entrada de nuevas empresas, debido a la credibilidad de las autoridades reguladoras en las restricciones a las prácticas anticompetitivas del operador dominante del mercado.
- Incentiva la inversión de las empresas en la mejora de la eficiencia en lugar de en actividades anticompetitivas.

Si parece aceptado que la credibilidad regulatoria favorece el funcionamiento de los mercados, sería necesario ver en qué medida las agencias independientes favorecen dicho nivel de credibilidad en mayor grado que podría hacerlo la Administración tradicional. En este sentido, su credibilidad aparece ligada a la independencia, de forma que ésta última además de un objetivo en sí mismo se convierte en un instrumento para favorecer la confianza en la agencia y en la política regulatoria aplicada por ella.

Kydland y Prescott (1977) elaboraron uno de los trabajos precursores del concepto de credibilidad y su influencia en la política regulatoria señalando que la delegación de tales funciones a una agencia independiente puede contribuir a favorecer dicha credibilidad.

En un sector regulado, si los agentes anticipan que una determinada política no va a ser consistente en el tiempo, la expectativa del cambio regulatorio generará a su vez cambios en los comportamientos de los agentes en el presente que, al tiempo,

impedirán el cumplimiento de los objetivos inicialmente buscados con la política regulatoria aplicada²².

Aunque la credibilidad es un concepto un tanto ambiguo y complicado de definir, varios autores han señalado que es más difícil de alcanzar en el ámbito público que en el privado, debido fundamentalmente a los menores horizontes temporales de las políticas en este campo por su vinculación con el ciclo electoral (Shepsle, 1991) y (Sancho, 2003)

Así, para que una política regulatoria sea creíble, tiene que ser consistente en el tiempo²³, lo que supone que, desde el punto de vista del Gobierno, es óptima tanto en el momento en que se anuncia como cuando se está aplicando. Con posterioridad a su anuncio, los agentes económicos (o regulados) afectados por esta política irán adaptando su comportamiento en función de sus propias decisiones. La consistencia temporal de la política exige que siga siendo la óptima para el Gobierno una vez que los distintos agentes económicos hayan tomado sus decisiones y adoptado sus actuaciones.

Puede ocurrir que el Gobierno anuncie o aplique una política regulatoria durante un intervalo temporal buscando influir en las decisiones de los agentes económicos (sería el caso de decisiones de difícil reversión como, por ejemplo, grandes inversiones, compras de bienes de consumo duradero, etc.). Sin embargo, una vez que los agentes toman tales decisiones, el Gobierno podría optar por aplicar otra política distinta, en parte porque su objetivo ya no es influir en las decisiones de los agentes, que ya han sido adoptadas, y su nueva política vendrá determinada por el nuevo marco que se ha generado como consecuencia de las decisiones adoptadas por los agentes. Por tanto, si la política inicialmente anunciada por el Gobierno y la aplicada posteriormente son diferentes, dicha política sería inconsistente temporalmente.

Cuando un Gobierno establece políticas inconsistentes, los agentes económicos afectados no dotarán de credibilidad a dichas políticas anticipando que, o bien no las van a cumplir, o bien las van a modificar. Y, por tanto, tampoco tomarán sus decisiones en respuesta a dicha política, pudiendo optar por: a) ignorar el marco regulatorio o la política anunciada por el Gobierno para la toma de sus decisiones, incrementándose por tanto el riesgo regulatorio; b) dedicar recursos a elaborar informes y financiar grupos de presión para influir en el Gobierno y la definición de su políticas en su propio beneficio; c) disminuir su colaboración con las autoridades regulatorias de forma que ésta no disponga de la información necesaria para definir una política regulatoria que pueda ser contraía a los intereses de las empresas; o d) posponer la toma de decisiones y desviar sus recursos a sectores con menor riesgo regulatorio.

²² Ver entre otros (Chang, 1997)

²³ Ver Gámir Casares y Durá Juez (2013)

Numerosos autores han modelado el impacto de la credibilidad en la política regulatoria mediante la teoría de juegos, lo que ha permitido unir dicho concepto al de la consistencia temporal de tales políticas²⁴. En concreto, Kreps (1990), Milgrom y Roberts (1992) o Sancho (2003) y Gámir Casares y Durá Juez (2013) utilizan el juego de la credibilidad o confianza (*trust game*) para ilustrar el efecto de la credibilidad. Para ello, plantean un juego 2x2 en el que hay dos jugadores, que son las autoridades reguladoras y los agentes regulados, que, a su vez, solo pueden tomar dos decisiones.

En el caso de los agentes regulados, podrían: a) considerar “creíble” el marco regulatorio y, por tanto, interiorizarlo para su toma de decisiones; o b) considerar que el marco es “no creíble” y por tanto va a ser objeto de sucesivas revisiones por las autoridades reguladoras.

Si los agentes regulados optan por la primera opción y consideran creíble el marco regulatorio entonces: a) colaborarán con el regulador aportando toda aquella información que pueda resultar de relevancia; b) aceptarán el marco regulatorio definido y buscarán maximizar su eficiencia dentro de las restricciones existentes; c) no dedicarán recursos a intentar presionar para modificar el marco regulatorio de forma que se adapte a sus propios intereses, etc.

Por el contrario, si los agentes regulados optan por la segunda opción y no consideran creíble la política regulatoria definida por el Gobierno: a) restringirán la entrega de información al Gobierno y, en todo caso, será presentada de forma estratégica, buscando siempre su propio beneficio; b) realizarán los máximos esfuerzos por tratar de influir en la siguiente modificación del marco regulatorio; c) no tomarán como definitivo el marco actual anunciado por el Gobierno a la hora de tomar decisiones empresariales; d) intentarán influir a través de sus propias decisiones y actuaciones en el nuevo marco regulatorio.

En el caso de las autoridades reguladoras, sus opciones serán: a) cumplir con el marco regulatorio anunciado; o b) no cumplir con dicho marco. En el primer caso, las autoridades: a) mantendrán y aplicarán el marco regulatorio previsto una vez que los agentes regulados hayan incurrido en los costes no recuperables; b) usarán la información suministrada por las empresas únicamente con el objetivo de aplicar la normativa definida; c) la regulación se aplicará de forma consistente. Por el contrario, en caso de que optasen por la segunda opción e incumpliesen con el marco regulatorio anunciado, las alternativas que se plantearían serían exactamente las contrarias a las descritas.

²⁴ Galvan y Schwartz (2002) explican el problema de la credibilidad en las agencias independientes en base a la maximización de una función objetivo, sujeta a ciertas restricciones, como por ejemplo el comportamiento del público.

Gráfico 2. Resultados del juego de credibilidad para las autoridades reguladoras

Jugadores → ↓		Autoridades Reguladoras	
		(i) "CUMPLIR"	(ii) "NO CUMPLIR"
Agentes Regulados	(i) regulación "CREIBLE"	[A] <i>Dividendos de la credibilidad (100)</i> <i>Dividendos de la credibilidad (100)</i>	[B] <i>Pérdidas derivadas de expectativas no cumplidas (-20)</i> <i>Beneficios de "abusar" de la confianza (125)</i>
	(ii) regulación "NO CREIBLE"	[C] (0) (0)	[D] (0) (0)

Fuente: Gámir Casares & Durá Juez (2013)

El Gráfico 2 recoge cuales serían los resultados para las distintas combinaciones que pueden plantearse en el juego descrito. La primera cifra de cada casilla sería la "utilidad" que obtendrían los agentes regulados, mientras que la segunda (debajo) sería la utilidad para las autoridades reguladoras. La casilla D sería el peor escenario para ambos jugadores, donde ni las autoridades cumplen con el marco anunciado ni los agentes le dan credibilidad. En la casilla C los agentes regulados tampoco dan credibilidad a la política del regulador, pero éste si cumple con el marco anunciado, por lo que existiría estabilidad regulatoria. Se considera, por simplificación, que ambos jugadores tienen ganancia 0.

Los resultados de la tabla ponen de manifiesto que el objetivo prioritario para las autoridades reguladoras sería que los regulados consideren creíble su política, lo que sitúa el juego en la primera fila de la matriz. La casilla A recoge el resultado de la situación "óptima", esto es, que las autoridades reguladoras cumplen con la política anunciada y los regulados creen en su cumplimiento y por tanto actúan en consecuencia. Ambos jugadores resultan beneficiados (el beneficio de 100 es una cifra arbitraria).

En la casilla B, por su parte, el resultado para los regulados sería peor que en la anterior. Ellos sí consideran creíble el marco regulatorio y actúan en consecuencia, pero la autoridad reguladora incumple con la política anunciada. Los regulados deberían asumir unas pérdidas como consecuencia de las expectativas incumplidas y las decisiones que hayan tomado en función de la política prevista. Las autoridades, sin embargo, obtendrían un resultado mejor que en la casilla A anterior, que es precisamente lo que les habría hecho cambiar su política pese a no ser lo que inicialmente había anunciado.

En definitiva, y a la vista de los resultados descritos, si el juego solo se repite una vez, las autoridades en ningún caso se van a encontrar con un peor resultado por el hecho de incumplir con la política regulatoria que hubiesen anunciado e incluso en algún caso van a obtener mayores ganancias incumpliendo (cuando los regulados creen que si van a cumplir).

Como en este juego las autoridades tienen la estrategia dominante, elegirán no cumplir. Y los regulados deberán optar entre la opción B o la D, esto es, entre creer o no creer el marco regulatorio anunciado. Es previsible que su opción sea la D, donde su resultado es neutro (no gana ni pierde) y, por tanto, opte por no creer en la política regulatoria prevista por el Gobierno. La solución del juego sería, por tanto, la D, donde las autoridades toman la estrategia dominante de no cumplir y los regulados la opción de no creer en la regulación.

Ante un resultado tan claramente insatisfactorio, las autoridades (Gobierno) deberán buscar formas para mejorarlo e introducir algún mecanismo que permita mejorar las expectativas de los regulados y que estos doten de credibilidad a su política. La idea que subyace es que el juego se repite, y en cada jugada la autoridad reguladora estará incentivada a buscar la confianza del regulado para mejorar su nivel de credibilidad hacia el futuro. A las empresas reguladas les reporta más beneficios confiar en el regulador si prevén que va a cumplir sus políticas.

Se abren entonces varias posibilidades, entre las se encuentra la creación de una agencia independiente de regulación. Se trataría de incorporar un nuevo jugador que sustituya a la autoridad reguladora a la cual el Gobierno delega sus funciones. El objetivo, en ese caso, sería diseñar una agencia de tal forma que sus ganancias se materialicen únicamente cuando cumpla con el marco regulador (e infiera unas pérdidas en caso de incumplimiento). Por tanto, el objetivo sería trasladar el resultado del juego a la casilla A de la matriz anterior. Para que dicho objetivo será posible, la agencia reguladora debe tener el diseño adecuado y el nivel de independencia que garantice su credibilidad y por tanto las expectativas de los regulados sobre sus actuaciones mejoren respecto a las que tenían cuando el marco regulador venía definido directamente por la Administración. Es la percepción de independencia del

regulador lo que cambiaría las expectativas de los regulados y por tanto su credibilidad. En caso contrario, la simple existencia de un regulador “independiente” de la Administración no generaría un cambio en sus expectativas y el resultado del juego planteado no mejoraría.

Dado que la regulación y la aplicación de una política reguladora es un juego repetido y, por tanto, van a existir sucesivas jugadas en el tiempo, la autoridad reguladora podría estar interesada en renunciar a las ganancias a corto plazo que le reporta el incumplir su política (tal y como se ha descrito en un juego único) para ganarse la credibilidad del regulado y, por tanto, la reputación de “creíble” y “cumplidor” con la política definida. El resultado se trasladaría así a la casilla A de la matriz anterior y, por tanto, se materializaría lo que se ha denominado “dividendos de credibilidad” para ambos jugadores.

Desde esta perspectiva, un regulador que transmite credibilidad al sector, manteniendo su marco regulatorio a largo plazo, aumenta las opciones de que la regulación sean respetada (Kreps, 1990, págs. 108-111). Así, la delegación del poder regulador en un organismo independiente del Gobierno, y por ello no sujeto a los vaivenes del ciclo político, propiciaría el mantenimiento de la credibilidad sobre la continuidad de las distintas políticas regulativas a lo largo del plazo²⁵. En este sentido, el diseño organizativo del regulador independiente tendría mucha influencia en su credibilidad y reputación. Medidas como mandatos largos de sus responsables, renovaciones parciales y no vinculadas al ciclo electoral, etc., favorecerán el nivel de independencia del organismo. Especialmente interesante en este sentido resulta la apreciación de Gámir Casares y Durá Juez (2013, págs. 134-135) al señalar que existen momentos críticos en el funcionamiento de una agencia independiente en relación con su reputación. Tal es el caso de los ejercicios inmediatamente posteriores a su creación, o cuando se produce un cambio en su principal responsable, puesto que en esos momentos la incertidumbre sobre su credibilidad es mayor. *“Cuanto más escasa es la tradición de la institución no solo es más probable que exista más margen de mejora, sino también menos resistencias internas a la introducción de cambios profundos. Si esto es anticipado por los agentes económicos, entonces se necesitará un tiempo para que la agencia genere su reputación y, por lo tanto, que su funcionamiento pueda afectar de manera sensible a las expectativas a medio y largo plazo de los agentes económicos”*.

²⁵ Sancho (2003, pág. 11)

2.6.1.3 *Tecnificación y complejidad de sus decisiones*

La complejidad de las decisiones que debe tomar un organismo regulador (o de competencia) exige que sus miembros posean elevados conocimientos técnicos del funcionamiento del sector y de los efectos de sus decisiones sobre el mismo. Tales exigencias recomendarían que este tipo de decisiones recaigan en órganos independientes de la Administración y especializados, que pueden reclutar y contratar a personas con elevada capacidad y conocimientos actualizados sobre estos temas. Este tipo de argumentos es el defendido, por ejemplo, por Fiorina (1985), para quien la complejidad de las decisiones y la necesidad de conocimiento experto justifica la delegación de determinadas cuestiones en organismos especializados e independientes con una elevada capacitación técnica de sus miembros. Para Böllhoff (2001) el componente técnico de este tipo de organismos facilita en gran medida su adaptación a los cambios cíclicos y a las continuas innovaciones que inevitablemente van surgiendo en buena parte de los sectores económicos regulados.

Por el contrario, para lo que se ha denominado “Administración territorial”, esto es, para los Ministerios y departamentos dependientes de los mismos, mantener dicho nivel de conocimientos y especialización sectorial sería complicado y tendría, además un elevado coste regulatorio. En este caso, la elevada rigidez para la contratación de personal y las restricciones presupuestarias suponen un límite importante²⁶.

Aunque esta puede ser una idea que apoye la creación y las ventajas propias de los órganos independientes frente a la Administración tradicional, diversos autores han señalado que la complejidad de las decisiones regulatorias no constituye, en sí misma, motivo suficiente que justifique la creación de agencias independientes. Para Sancho (2003, pág. 8) existen argumentos criticables bajo la justificación de que la complejidad de las decisiones y la minimización de los costes de decisión apoya la transferencia de tales decisiones a organismos independientes. En su opinión, ello “*presupone que el procedimiento de actuación de este tipo de instituciones es menos costoso, más rápido, flexible y eficiente*” que el de la Administración y, además, que tales expertos independientes “*han de desarrollar un trabajo de superior calidad al de los legisladores, responsables políticos y los burócratas tradicionales*”.

Como señalan Jaffe (1973) o Posner (1977), el Congreso es capaz de legislar sobre cuestiones muy complejas cuando se trata de temas lo suficientemente importantes, por lo que el razonamiento anterior no parece sustentarse. En este

²⁶ Los problemas públicos son cada vez más complejos mientras que el tiempo y el conocimiento experto para abordarlos siguen siendo recursos escasos en la Administración (Subitans, 1990)

mismo sentido, Gámir Casares y Durá Juez (2013), precisan que la Administración (esto es, los Ministerios) pueden desarrollar internamente la capacidad técnica requerida para tales decisiones. De hecho, existen múltiples ejemplos de organismos independientes cuyas decisiones deben ser revisadas y aprobadas antes de su implementación por el Gobierno, por lo que éste (o el Ministerio u organismo de la Administración competente en la materia) deberá desarrollar las competencias necesarias para analizar las argumentaciones técnicas del órgano independiente y emitir su decisión.

De hecho, puede ocurrir que el Gobierno no transfiera a un órgano independiente las decisiones regulatorias (o de implementación de la política regulatoria) por un motivo de tecnificación y conocimiento especializado, sino para transferirle también el coste político que este tipo de políticas llevan aparejadas en muchas ocasiones (Fiorina, 1985), (Baldwin & Cave, 1999) o (Wood & Waterman, 1994).

2.6.1.4 Huida del derecho administrativo

Una razón que puede justificar la creación organismos públicos funcionalmente descentralizados es la “necesidad de huir” de los controles propios de la Administración. La expresión “huida del derecho administrativo”, que fue acuñada por Clavero Arévalo (1962), supone que la Administración quiere seguir disfrutando de sus “privilegios” pero sin soportar las “cargas”, o bien que trata de sortear determinadas dificultades y restricciones derivadas de la legislación que les es aplicable. A tal efecto la constitución de empresas públicas sujetas al derecho privado permite a la Administración desarrollar determinadas actividades sin necesidad de quedar sujeta al derecho administrativo, es decir “huyendo” – al menos parcialmente - de los controles y requisitos establecidos por las normas y reglamentos legales que afectan al sector público.

Dicho planteamiento parte de la idea de que determinados instrumentos propios del derecho privado, como la creación de empresas de capital público, facilitan la cobertura del interés general con mayor eficacia que si la prestación de los mismos recayese en la propia Administración. Las “empresas públicas” disfrutan de autonomía de gestión y se rigen, en general, por el Derecho privado, excepto en aspectos concretos tales como materias presupuestarias o de contratación, evitando así las “rigideces” o controles propios de la Administración. Así, Sala Arquer (1992, pág. 399) señala que, con esta práctica, se consigue a veces “*disfrutar de las ventajas de ambos ordenamientos, sin tener que soportar sus inconvenientes*”. Existe abundante literatura especializada sobre este hecho y, especialmente, numerosas opiniones en contra de esta práctica. Gomez Reino y De Abel (2003) consideran que “*es evidente que, al*

menos en principio, el Derecho privado, concebido para regular las relaciones entre particulares y no para disciplinar la acción pública plagada de prerrogativas, resulta claramente inadecuado para garantizar que la Administración pública sirva realmente al interés general". Algunos, como Del Sanz Cordero (1994) se han apoyado incluso en el propio articulado de la Constitución Española y, concretamente en el artículo 103, para señalar que cuando se alude al "*sometimiento pleno a la Ley y al Derecho*" de la Administración Pública ha de entenderse como sometimiento a Derecho Administrativo. García de Enterría (2003) señala que la normativa europea podría suponer un freno a este tipo de prácticas en el ordenamiento español, destacando para ello tanto la necesidad de reformar la legislación de contratos públicos como la LOFAGE, "*y la obligación de poner fin a una burda 'huida del Derecho Administrativo', común a todas las Administraciones territoriales y contraria a la propia Constitución*".

Pese a las opiniones contrarias a este fenómeno, lo cierto es que la extensión del mismo parece incuestionable. Esta medida ha supuesto que toda una serie de actividades que venían siendo prestadas desde la estructura central de los Ministerios o desde los organismos autónomos en régimen de derecho administrativo, u otras nuevas que se han emprendido por vez primera a lo largo de estos años por el sector público, han pasado a ser gestionadas en régimen de derecho privado, adoptando distintas formas jurídicas (ente público empresarial, empresa pública, etc.).

En opinión de algunos autores, el que parezca necesario limitar la utilización "indiscriminada" del derecho privado en el ámbito público, "no debe implicar la supresión radical de las fórmulas jurídico-privadas en el ámbito administrativo" (Gomez Reino & De Abel, 2003, pág. 4). Es decir, la utilización del derecho privado debería realizarse no con la intención de eludir el control propio de la Administración Pública sino con el objetivo de servir de la mejor forma posible a la cobertura del interés general. Es decir, que en el ámbito de la gestión pública el derecho privado debería aplicarse en aspectos muy concretos y predeterminados. Similar es la opinión de Parada (1999) según el cual restaría determinar "cuándo el derecho propio o estamental, en este caso la ecuación Ente público-Derecho público, es inexcusable, y cuándo puede encontrar una alternativa de régimen jurídico privado". El problema parece estar, entonces, en que no existe un criterio claro de acerca de cuándo una Administración puede crear una entidad pública sujeta al derecho privado.

Desde el punto de vista de la justificación aportada con este argumento para la creación de órganos independientes de regulación, nada tendría que ver con la independencia o credibilidad del modelo regulatorio. El objetivo del Gobierno, con su constitución, sería relajar los controles a los que quedaría sujeto si tales funciones se desarrollasen directamente desde la Administración tradicional.

2.6.1.5 *Minimizar el coste político.*

Según Sancho (2003, pág. 10), *“situando en un organismo independiente ciertas competencias reguladoras, los legisladores no sólo ahorran tiempo y preocupaciones, sino que también se libran de la responsabilidad política inherente a las decisiones tomadas”*.

Respecto al primero de los costes, el legislativo, parece que cuando se crea una Ley que afecta a un sector concreto, y especialmente en aquellos casos en los que existen conflictos de interés entre diferentes grupos, el legislador podría tender a aprobar una legislación poco precisa para dejar en manos de la agencia reguladora su aplicación, evitándose de ese modo el coste de tomar parte en el conflicto de intereses. Respecto al coste político, al Gobierno le resulta útil compartir el coste de aplicación de una medida impopular con una resolución (aunque no sea vinculante) de la agencia reguladora sectorial. De esta forma, la presencia de una agencia independiente permitiría a los políticos compartir las responsabilidades de sus decisiones y no asumir el coste político de tal decisión en solitario.

Dicha justificación tendría sentido siempre que la agencia de regulación no fuese un organismo totalmente independiente del Gobierno, esto es, que sus decisiones fuesen acordes a los objetivos. Por el contrario, si nos encontrásemos ante un órgano de regulación independiente en el sentido más estricto de la palabra, las decisiones y políticas de este organismo no tienen por qué coincidir con los intereses y objetivos del Gobierno, por lo que, en ese caso, el coste político de manifestarse en contra de la resolución del órgano independiente, por ejemplo, tendría un coste político para el Gobierno aún mayor.

¿Cuál sería la situación óptima desde el punto de vista del Gobierno? Crear un órgano de regulación cuya independencia real fuese reducida, de forma que aceptase (o se acomodase) a las directrices políticas pero que, al mismo tiempo, tuviera una imagen externa de órgano independiente y, por tanto, gozase de credibilidad para las empresas y sectores afectados por sus decisiones y políticas. En consecuencia, este tipo de órganos reguladores podrían llegar a ser un mero instrumento político en manos del Gobierno para justificar sus decisiones y evitar el coste político de las mismas. En opinión de Gámir Casares y Durá Juez (2013), sin embargo, este tipo de organismos también pueden desempeñar un papel beneficioso en la definición de las políticas regulatorias, ya que aportará una opinión adicional al debate que, cabe esperar, será justificada y ampliamente documentada.

2.6.1.6 Imposiciones internacionales

Finalmente, buena parte de las agencias de regulación independientes creadas en la mayor parte de los países europeos en los últimos años han venido impuestas desde las instituciones internacionales, fundamentalmente la UE, en la mayor parte de las ocasiones como exigencias de obligado cumplimiento recogidas en las Directivas Comunitarias.

Dichas exigencias, en lo que a la creación de órganos de regulación independientes se refiere, han ido unidas en prácticamente todos los casos, a los procesos de liberalización de determinados sectores y la apertura a la competencia de los mismos.

El hecho de que la creación de órganos de regulación venga impuesta por las autoridades internacionales ha hecho que, en muchas ocasiones, los países se limiten a cumplir tales exigencias, pero retardando esas medidas en lo posible y, sobre todo, dotando a tales organismos del nivel de independencia organizativa y funcional mínimo posible. De esta forma, se crean órganos independientes desde un punto de vista jurídico, pero se mantiene su dependencia funcional y su vinculación política en la toma de decisiones. En el caso de España, es fácil encontrar ejemplos de este tipo entre los órganos de regulación que existían antes de la creación de la CNMC, como era el caso de la autoridad reguladora del sector postal, del mercado ferroviario o el aeroportuario.

2.6.2 Costes asociados a la creación de agencias independientes

De acuerdo con los argumentos teóricos existentes acerca de la justificación de la creación de este tipo de órganos regulatorios, y de las principales funciones desarrolladas por los mismos, la independencia de estos organismos junto con su capacidad para crear confianza y credibilidad en el modelo regulatorio se convierten en sus principales características.

Sin embargo, pese a los potenciales beneficios que esta forma de regulación presenta frente a modelos anteriores (regulación emanada directamente desde el Ministerio o de un departamento dependiente del mismo) las agencias de regulación independientes no están exentas de ciertos problemas que, en ocasiones, pueden incluso llegar a afectar a las justificaciones teóricas señaladas para su existencia. A continuación se ahonda en los principales costes asociados a la creación de estos organismos.

2.6.2.1 *Doble Problema de Agencia*

La agencia de regulación se crea con unos objetivos determinados, sin embargo, una vez creada, sus responsables y gestores podrán tener sus propios objetivos, que no tienen que coincidir necesariamente con aquellos que justifican la creación de un órgano independiente. Por ello es necesario que se diseñe, desde el inicio, un sistema de controles e incentivos que busquen limitar la discrecionalidad en las actuaciones de la agencia y su desviación de los objetivos perseguidos con su constitución. Equilibrar tales exigencias de control con las de la independencia propia de estos organismos no es una tarea fácil.

Desde un punto de vista teórico, esto se ha explicado a través de la Teoría de la Agencia²⁷. Los problemas de agencia se basan en la existencia de un “principal” que es el encargado de diseñar el marco normativo, y un “agente” que es que debe adoptar las decisiones dentro de dicho marco y que, como ejecutor, tiene un mayor dominio de la información que el principal. De esta forma, las decisiones que va a tomar el agente en sus actuaciones le afectarán a él mismo y también al principal. El problema de agencia se explicaría como la búsqueda por parte del principal de un sistema de incentivos gracias a los cuales las decisiones y actuaciones del agente faciliten los objetivos del principal²⁸ y no se alejen de los mismos transformando el encargo recibido en la búsqueda de su propio beneficio.

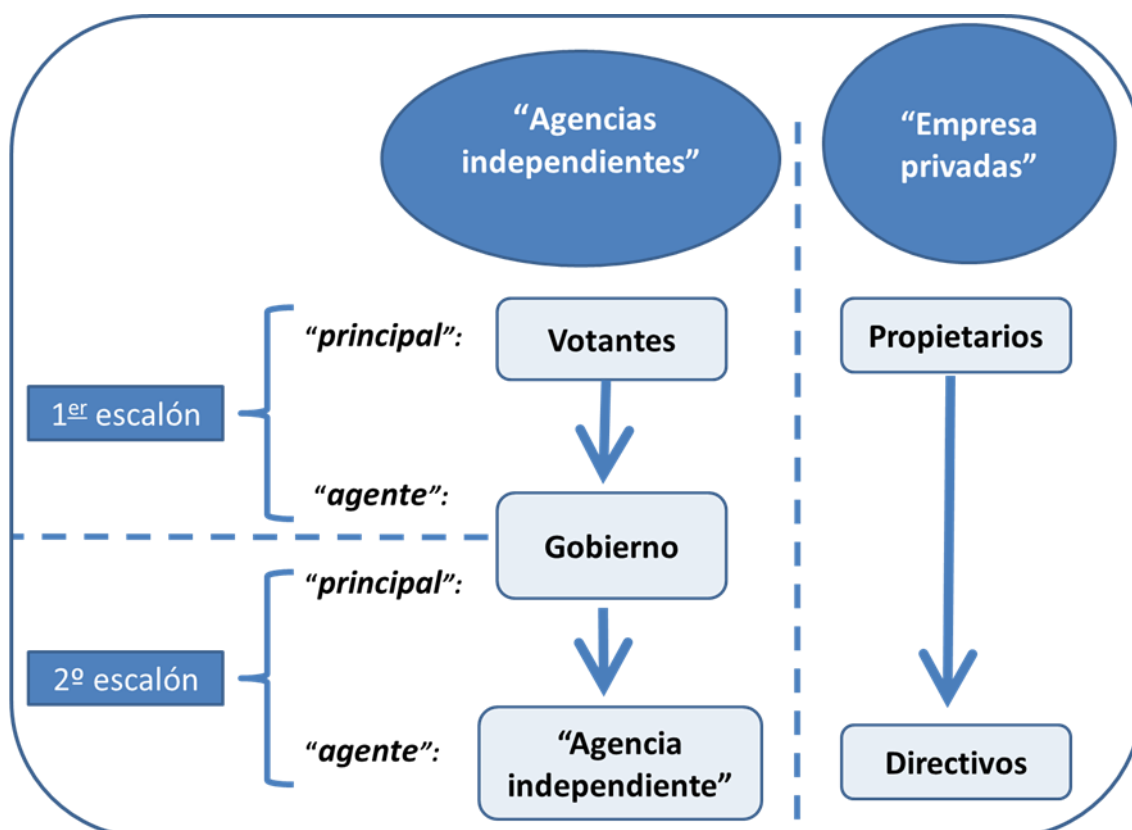
En general, cuando se crea una agencia independiente, se establece un “doble problema de agencia” (Gráfico 3). En el caso concreto de las agencias independientes, se habla de un “doble” problema de agencia porque no se establece una relación, sino, al menos, dos niveles de relaciones. Así, por un lado, existiría un primer nivel de relaciones en el cual el Gobierno adopta el papel de agente y los votantes serían el principal. Pero, con la creación de la agencia independiente se establece otro nivel de relaciones, en el cual el Gobierno se convierte en el principal, definiendo el marco aplicable, y la agencia independiente es el agente, aplicando sus decisiones dentro del marco impuesto por el Gobierno. Como consecuencia de ese doble nivel de relaciones, en este caso, diseñar el sistema de incentivos y controles señalado para que las decisiones del agente no se aparten de los objetivos perseguidos por la principal resulta mucho más complejo, máxime cuando la propia existencia de la teoría de la agencia parte del supuesto de que los objetivos de ambos no coinciden. El doble problema de agencia dificulta el control y la rendición de cuentas del conjunto de la actividad reguladora, lo que incrementaría el margen de actuación discrecional por

²⁷ Existe amplia literatura sobre esta teoría en relación con los reguladores independientes. Por ejemplo: (Calvert, McCubbins, & Weingast, 1989), (Monroe, 1991) o (Sancho, 2003).

²⁸ Habitualmente se utiliza la teoría de la agencia para explicar el problema que se genera por la separación entre propiedad y gestión en las empresas privadas. En ese ejemplo el equipo directivo de la empresa es el agente y los accionistas, o propietarios de la empresa, son el principal. En este caso las relaciones de agencia son más sencillas ya que existe una relación directa entre agente y principal.

parte de los miembros de las agencias independientes. Ese mayor margen puede ser utilizado para perseguir sus propios objetivos, que no tienen por qué coincidir con los de la propia agencia ni con los de la política regulatoria (Gámir Casares & Durá Juez, 2013, pág. 76).

Gráfico 3. El doble problema de agencia en los reguladores independientes



Fuente: Gámir Casares y Durá Juez (2013)

Además, a esa diferencia de objetivos entre agente y principal hay que añadir la existencia de asimetrías informativas que favorecen al agente, en este caso, a la agencia de regulación. Estas últimas disponen de más información técnica y más completa (por ejemplo, de los costes reales de los servicios en un determinado sector)²⁹ sobre los efectos de sus actuaciones y los resultados que tales acciones generan sobre el principal (Gobierno), para quien acceder a dicha información puede requerir unos costes desproporcionados. En consecuencia, el regulador puede tener

²⁹ Spiller & Levy (1996).

un comportamiento oportunista frente al Gobierno en búsqueda de sus propios intereses individuales (Sancho, 2003).

Como señalan Gámir Casares y Durá Juez (2013), en el caso de las agencias éstas no suelen tener un único objetivo, sino varios, por lo que la definición del sistema de incentivos tendente a aproximar su objetivo/s con los del Gobierno resulta más complicado derivando, habitualmente, en un sistema ineficaz. Los objetivos de los reguladores y de los políticos tienden a distanciarse en el tiempo, en gran medida como consecuencia de las diferencias en la duración de los ciclos electorales y los mandatos de los reguladores (Wood & Waterman, 1994, págs. 802-803).

En definitiva, el doble problema de agencia señalado, lo que hace es alejar aún más los objetivos de la agencia independiente de los perseguidos por el principal. Es por ello, que la creación de este tipo de órganos independientes de regulación conlleva unos costes frente a la alternativa de aplicar la política reguladora desde la Administración tradicional. Si el regulador, en lugar de una agencia independiente, fuera un departamento ministerial, no existiría ese doble problema de agencia.

Por tanto, la creación de una agencia independiente conlleva necesariamente unos costes importantes en términos de relaciones de agencia que, en el mejor de los casos, podrán limitarse como consecuencia de un adecuado sistema de incentivos y controles sobre su funcionamiento pero que, en ningún caso, conseguirán ser eliminados. El objetivo del Gobierno y los responsables políticos será tratar de limitar la tendencia del regulador a usar la información privilegiada en su propio beneficio y contrarrestar los problemas de agencia generados como consecuencia de la citada asimetría de información y conocimiento existente (Calvert, McCubbins, & Weingast, 1989).

Sancho (2003) señala que, pese a que esta teoría es ampliamente utilizada en la explicación de los costes propios de las agencias de regulación independientes, algunos de los supuestos en los que se basa son difíciles de mantener. Por ejemplo, se concibe al regulador como un actor único, y al Gobierno (incluyendo sus distintos departamentos y áreas) como unidades homogéneas. Sin embargo, la realidad es que, en ambos casos, se trata de organizaciones complejas, y existen conflictos y competencia entre ellas Moe (1990 y 1991). La otra crítica planeada a los supuestos de la teoría de la agencia se centra en que, dicha teoría, supone que los individuos persiguen de forma racional maximizar su beneficio. En el caso de los políticos y el Gobierno su objetivo será maximizar sus resultados electorales y, en el caso de los reguladores, maximizar su presupuesto³⁰. Varios autores han destacado que, aunque

³⁰ Según Niskanen (1971), el objetivo del burócrata/regulador será maximizar su presupuesto porque en el mismo se engloban otros objetivos determinantes de su comportamiento y grado de satisfacción como el salario, su reputación, el grado de poder, etc.

evidentemente los políticos verán condicionadas sus actuaciones por los resultados electorales, no es su única motivación (Banks & Weingast, 1992). Dichos políticos deben adaptarse a obligaciones organizativas e institucionales, así como ideológicas, previamente definidas que determinarán su comportamiento y sus actuaciones (March & Olsen, 1989, págs. 160-161). En esta misma línea, el personal y los responsables del regulador tampoco tienen un único objetivo. De hecho, existen estudios empíricos que relacionan el comportamiento del personal de los órganos de regulación con un amplio conjunto de motivaciones que irían desde la implementación de la política regulatoria sectorial hasta el servicio de su propia clientela (Wood & Waterman, 1994) y (Johnson, 1992).

Finalmente, la teoría de la agencia desde el punto de vista de los reguladores independientes se complicaría aún más teniendo en cuenta que existe, junto a los dos niveles de relaciones señalados, otro más en el que el principal sería la entidad reguladora (ya sea independiente o un departamento ministerial) y el agente serán las empresas reguladas. En este caso, nuevamente el agente dispondría de asimetrías informativas a su favor, pudiendo influir de forma decisiva en la política regulatoria implementada por el regulador, cuya principal fuente de información son precisamente los regulados. En consecuencia, cabría esperar que los regulados condicionen sus acciones y decisiones de forma estratégica tratando de aproximar los objetivos del marco regulatorio implementado a su propio interés o beneficio. En resumen, y siguiendo con los tres niveles de relaciones de agencia descritas, las empresas reguladas tendrían asimetrías informativas favorables sobre la agencia reguladora y a su vez ésta sobre el Gobierno, y éste sobre sus votantes (Gámir Casares & Durá Juez, 2013).

2.6.2.2 *Múltiples objetivos e indefinición*

Vinculado al tema de la teoría de la agencia, y en parte ya citado en el apartado anterior, se encuentra el hecho de que las agencias independientes, una vez creadas, se convierten en nuevos actores políticos y, como tal, desarrollarán sus propios objetivos. Por esta razón, es esencial que, al tiempo que se cree la agencia, se establezca también un sistema de incentivos que busque reducir la discrecionalidad del regulador y aproximar sus decisiones y comportamientos a los objetivos para los cuales fue creada. El equilibrio entre independencia y control será un aspecto crucial en el diseño de este tipo de organismos.

En todo caso, y con independencia de que se establezcan tales sistemas de control, las agencias de regulación irán creando sus propias pautas de comportamiento y también sus propios intereses. Tales intereses tenderán alejarse más del Gobierno

con el paso del tiempo, como consecuencia de decisiones de carácter político y electoral, así como el propio conocimiento adquirido de la agencia y la búsqueda de su reputación. Entre los objetivos del regulador, cabría situar el buscar mantener su posición y ampliar sus funciones y por tanto su peso regulatorio. En esta línea se situaría la búsqueda del objetivo de maximizar el presupuesto señalada por Niskanen (1971) y citada en el apartado anterior.

En este sentido, el coste de una agencia independiente será previsiblemente mayor que el de la Administración tradicional. Como consecuencia de su mayor independencia, la agencia de regulación dispone también de mayor discrecionalidad en sus actuaciones y, por tanto, en la definición de objetivos que puedan apartarse de los del Gobierno o de aquellos para los que fueron creadas. De nuevo, la definición de un sistema de control y de rendición de cuentas se convierte en un aspecto esencial de su funcionamiento.

En España, los órganos sectoriales de regulación presentaban la característica común de haber sido creados mediante una Ley, en la que normalmente se incrementa la liberalización del sector y se pretende generar un sector con una competencia suficiente. Por tanto, la creación de estos organismos ha estado vinculada con el fomento de la competencia, aunque el énfasis en su cumplimiento ha sido diferente.

Así, en dichas normas se intentan diferenciar las funciones de carácter político, que recaen en el Ministerio correspondiente, y las funciones regulatorias que son delegadas a tales órganos. En todo caso, dicha distinción no siempre está clara y, en ocasiones, se priva a estos organismos de importantes funciones que parecería que tendrían que residir en ellos, mientras que, al mismo tiempo, se les tiende a atribuir una amplia diversidad de funciones con escasa definición de las mismas. Entre tales funciones se incluyen habitualmente competencias normativas, de control, sancionadoras, arbitrales, asesoras y ejecutivas.

Por esta vía se introduce un problema de falta de transparencia en el poder y funciones atribuidas al regulador que, finalmente, puede provocar que ciertas funciones, como la concesión de licencias de entrada al mercado o la fijación de tarifas para servicios regulados, sean compartidas por ambos poderes, lo cual da lugar, en muchos casos, a una excesiva participación del poder político en las mismas.

Este sistema de extensas pero poco definidas funciones, junto con la presencia del poder político en las decisiones finales, no parece ser un marco adecuado para que la presencia de estos organismos reguladores contribuya a generar confianza y credibilidad en el marco regulatorio más allá de lo que sería si esas funciones recayeran, por ejemplo, directamente en una Dirección General de un Ministerio (salvando las distancias, este argumento tendría las mismas raíces teóricas que el que

se refiere a que los Bancos Centrales independientes tendrían que tener un número muy limitado de objetivos con el propósito de afianzar su credibilidad).

2.6.2.3 Costes de funcionamiento

Finalmente, las agencias independientes suponen un coste económico superior al de la regulación directa desde la Administración tradicional. Dicha afirmación se sustenta en la necesidad de los órganos independientes de disponer de una estructura propia para su funcionamiento, incluyendo un Consejo (normalmente compuesto de un presidente y varios consejeros) con una remuneración periódica y habitualmente con dedicación exclusiva. A ello hay que añadir, por ejemplo, el coste inmobiliario de su sede, ya que, si la regulación se realizase desde una dirección o departamento ministerial, dicho órgano se ubicaría previsiblemente dentro del propio Ministerio. Finalmente, de especial relevancia sería el del personal del regulador que, en la medida que no se trate de personal funcionario, supondrá un incremento del coste de este organismo.

2.7 Características y diseño de las Agencias Independientes

La definición de agencia independiente no está clara en la literatura especializada, ya que la legislación aplicable varía notablemente entre países, por lo que el diseño de este tipo de organismos está sujeto a una cierta heterogeneidad empírica. Sin embargo, su diseño, las características organizativas atribuidas a este tipo de órganos y el poder regulador que se les otorga van a ser todos ellos aspectos determinantes de los niveles de independencia y credibilidad de las agencias de regulación y, por tanto, en la obtención de las ventajas que su creación supone frente a los costes comparados. Stern P. (1997) señala que es habitual asumir que una regulación efectiva es sinónimo de un regulador independiente, pero si dicho regulador no posee independencia formal del Gobierno, no debe catalogarse como tal.

El aspecto esencial atribuible a este tipo de entes reguladores es precisamente su independencia, esto es, la autonomía que sus decisiones pueden tener del poder político y de los propios regulados, con la finalidad de proteger a los consumidores del abuso de la posición dominante de los incumbentes en el mercado, protegiendo a los inversores del oportunismo gubernamental y promoviendo la eficiencia económica. Se evita, así, uno de los riesgos propios de un hipotético regulador de carácter político, el utilizar su potestad en aspectos tales como la fijación de tarifas con el fin de alcanzar objetivos distintos del bienestar común (fundamentalmente de carácter electoralista).

En opinión de Ariño Ortiz (2007), para hablar de reguladores independientes estos organismos deben cumplir necesariamente con tres características:

- A) Ser una autoridad reguladora (no asesora, ni instructora, ni ejecutora) dando lugar así a una verdadera descentración funcional dentro de la Administración.
- B) Ser independiente de empresas, políticos y medios de comunicación.
- C) Tener status “cuasi-judicial”, dada su tarea de aplicación y ejecución de la ley, debiendo existir a su vez el control de otro Tribunal Superior sobre sus decisiones.

La credibilidad y reputación de las agencias independientes deben convertirse, por tanto, en el objetivo prioritario de su diseño y creación. En este punto, sería interesante el concepto de “segundo óptimo” de la Teoría de la Economía del Bienestar que, aplicado al caso particular de las agencias, supone que, si se está dispuesto a dotar a las agencias de las características que realzan sus potencialidades y los beneficios de su constitución, la mejor opción podría ser abstenerse de crear tales agencias independientes. Es decir, si se crea una agencia de regulación y no se le dota de las características y funciones requeridas, el resultado de su creación puede ser mucho peor que si no se crease. *“Por ejemplo, si se dota de un gran poder a estos organismos, pero, al mismo tiempo, no se los dota de independencia, los mecanismos de control son insuficientes y los sistemas de selección de sus miembros son deficientes, entonces lo mejor sería cerrar la agencia independiente y devolver sus funciones a una Dirección General del Departamento Ministerial correspondiente”* (Gámir Casares & Durá Juez, 2013, pág. 144).

En este apartado se tratará de resumir cuales son las principales características que, desde un punto de vista teórico, deben cumplir las agencias de regulación

2.8 La imagen de falta de independencia

Uno de los principales, y más estudiados, problemas que se pueden presentar a las agencias reguladoras es, precisamente, la imagen que se pueda generar sobre su falta de independencia. Evidentemente, este hecho anularía las potenciales ventajas que estos organismos podrían aportar para conseguir una mayor credibilidad y una mayor confianza en el marco regulatorio, así como la aplicación consistente y sostenida en el tiempo de sus políticas. Como se adelantó en el apartado 2.6.1.1 anterior, la independencia de los reguladores es un objetivo en sí mismo que debe buscarse con su diseño, pero también es un instrumento para fomentar su credibilidad y, por tanto, la confianza en sus actuaciones a largo plazo.

Normalmente, se suelen citar tres grupos que pueden afectar a la independencia de estos organismos: el Gobierno, las empresas reguladas y otros, entre los que se suele incluir tanto la prensa como los sindicatos, consumidores u otros grupos con intereses en el sector. Adicionalmente, también se menciona como un elemento importante la autonomía financiera del regulador por cuanto su financiación puede convertirse en una forma de influencia sobre la actuación de tales órganos.

Como señala Thatcher (2002), consagrar la independencia de un regulador en la legislación no garantiza que su comportamiento y las decisiones que tome en el desarrollo de su actividad también sean independientes. De hecho, ante cualquier consideración sobre la independencia del regulador debe partirse de la idea de que la independencia que éste puede alcanzar respecto al Gobierno nunca será absoluta, sino que deberá valorarse en términos graduales y dependerá de la naturaleza de la misma.

2.8.1 La independencia política

Una de las justificaciones, si no la principal, de la creación de estos organismos era alejar algunas decisiones de la lógica partidista. La necesidad de independencia de los órganos de regulación ha sido subrayada reiteradamente no sólo por la literatura especializada sino también por importantes organismos internacionales como la OCDE o la Comisión Europea, que en la Tercera Directiva para el mercado energético, de septiembre de 2007, señala que los Estados miembros deben garantizar que la autoridad reguladora del mercado *“sea jurídicamente distinta y funcionalmente independiente de cualquier otra entidad pública o privada, y que su personal y los responsables de su gestión actúen con independencia de cualquier interés comercial y no pidan ni acepten instrucciones de ningún Gobierno ni ninguna otra entidad pública o privada”*.

Pese a tales requerimientos, en la práctica garantizar la independencia del regulador de todo tipo de injerencia política en su funcionamiento es harto complicado, fundamentalmente porque las vías a través de las cuales puede producirse dicha influencia política son muchas y variadas.

Además, el grado de independencia puede variar notablemente de un país a otro, por cuanto depende en gran medida de las características institucionales básicas de la economía, de las funciones asignadas al regulador, del personal que trabaja en el mismo y de los recursos financieros disponibles para el desarrollo de sus funciones y, sobre todo, (lo que es algo básico y difícil de influir o someter a reglas) de la actitud de los propios Gobiernos hacia los órganos de regulación. Existen numerosos trabajos empíricos centrados en la medición de la independencia de los reguladores en el

ámbito internacional. Un ejemplo es el de Gilardi (2005), que sobre la base de un índice de cinco variables (aspectos relacionados con el nombramiento de los responsables, de los demás miembros del órgano de regulación, tipo de relación con el Gobierno y el Parlamento, forma de financiación autonomía organizativa y competencias regulatorias), analiza las diferencias en el nivel de independencia en distintos países³¹. Sus resultados ponen de manifiesto que, entre los reguladores europeos, los británicos son los que han acumulado un mayor reconocimiento internacional en lo que a su nivel de eficiencia, credibilidad e independencia se refiere. También obtendrían un nivel de independencia elevado los reguladores irlandeses, franceses o suecos, a diferencia de los alemanes y suizos, que se caracterizan, en general, por un menor nivel de independencia.

Los Gobiernos pueden ejercer su influencia sobre las agencias de muy distintas formas. Además de la asignación presupuestaria, a la que nos referiremos después, los principales aspectos susceptibles de influencia política son el nombramiento/renovación de los miembros de la agencia, la orientación política sobre sus decisiones aproximando así la actividad del regulador a los objetivos del Gobierno, interviniendo en el ejercicio de las competencias propias del regulador, etc. De hecho, en ocasiones, esta “influencia” no se produce por un contacto directo entre el Gobierno y el regulador sino únicamente remarcando públicamente la orientación que al Gobierno le gustaría que tomara el sector en relación con determinados aspectos.

El nombramiento como responsables del regulador (presidente o consejeros) de personas cercanas o afines a la corriente política del Gobierno, es posiblemente una de las formas más directas para proceder a la “captura política” de estos organismos. Existe un importante debate sobre la inclusión de personas “vinculadas” a los partidos políticos en estos organismos, y la experiencia internacional muestra que en muchos países su presencia en los órganos de regulación es habitual. Como ejemplo, en Italia el 23% de los miembros de los órganos reguladores entre 1990 y 2001 fueron personas que, antes o después de ejercer tales funciones, ocuparon un cargo público, y el 73% eran personas afiliadas al partido en el Gobierno. En el lado contrario se encuentra Reino Unido, donde sólo el 3% eran personas que habían tenido un cargo público y ninguna estaba afiliada, basando la selección de tales responsables en el reconocido prestigio de los candidatos. En Francia la situación era similar a la de Reino Unido, mientras que en Alemania gran parte de los miembros de las agencias reguladoras eran funcionarios.

España no es una excepción a este tipo de prácticas. Ariño Ortiz (2007) destaca que se ha tendido a nombrar como responsables de estos órganos a personas afines a

³¹ En concreto, el análisis se basa en una muestra de 106 agencias reguladoras de diecisiete países (la UE-15 más Suiza y Noruega), pertenecientes a siete sectores económicos (telecomunicaciones, electricidad, finanzas, competencia, sector farmacéutico, seguridad alimentaria y medioambiente)

los partidos políticos, lo que se traduciría en un alineamiento político en sus votaciones, acorde con el origen de sus nombramientos. Este autor destaca especialmente el caso de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) en España, donde sus miembros procedían de las propuestas de los partidos políticos, habiéndose incluso ampliado el número de miembros para facilitar la representación en el mismo de todos ellos.

De este modo, el procedimiento para el nombramiento de los miembros de estos organismos es uno de los elementos centrales, aunque naturalmente no el único, que afectan tanto a su independencia como a la imagen de independencia que transmiten entre los agentes económicos. La posibilidad de la opción de renovación de los cargos a discreción del Gobierno acentúa estos problemas.

Se han realizado diferentes propuestas sobre esta cuestión, alguna de las cuales se recogen a continuación, pero, en cualquier caso, parece claro que el aspecto más importante para favorecer la independencia política del regulador es la propia predisposición del Gobierno en relación con la preservación de la imagen de independencia de estas Agencias Reguladoras.

Adicionalmente, otra forma de influencia política es el uso de la capacidad de los Gobiernos de impulsar modificaciones legislativas que afecten al organismo, por ejemplo, procediendo a su disolución y la creación de otro similar con otro nombre y algunas características distintas. La facultad que los Gobiernos tienen en este campo puede ser un poderoso instrumento a su disposición para influir en dichos organismos. Especialmente sensible es el período de tramitación de estas normativas, el cual, en ocasiones, puede ser prolongado.

2.8.2 Independencia de las empresas reguladas

“El organismo gubernamental regulador es un instrumento inevitable para el control público de las industrias, ocupaciones y otras ramas concretas de la actividad económica. La regulación de actividades es normalmente específica para cada actividad y, por consiguiente, requiere la aplicación de conocimientos especializados. Ocurre, sin embargo, que el organismo regulador, que surge por necesidad de la Administración, acaba siendo bien acogido en el seno de la actividad que ha de regularse. En efecto, por constante asociación y mutuas presiones, el organismo regulador se ve conducido hacia una actitud cooperadora, e incluso complaciente, respecto del grupo regulado”

Stigler G. (1996, pág. 101)

Junto con el Gobierno, las propias empresas reguladas son el otro gran polo de presión sobre las agencias reguladoras. Existen diversos elementos que contribuyen a un mayor riesgo de “captura” del regulador por el regulado. Entre ellos se han destacado algunos como la dependencia crítica, en muchos casos, del regulador de los propios datos ofrecidos por los regulados. Este caso se agrava cuando existe un operador con unas cuotas de mercado muy amplias ya que el regulador casi dependería de un monopolio informativo.

Otro elemento que contribuye a un mayor riesgo de captura es la llamada “puerta giratoria”, que se refiere a la frecuencia con la que empleados de las empresas del sector pasan a trabajar en el regulador, y a la inversa. Esta práctica fortalecería los lazos de proximidad entre regulador y regulados y, en algunos casos, su incidencia puede ser muy elevada (por ejemplo, en el Reino Unido alrededor del 71% de los miembros de los órganos reguladores provenían del sector privado y alrededor del 93% se incorporó a dicho sector – en gran medida como consultores -).

Este problema presenta importantes complejidades cuando un nuevo regulador empieza a dar sus primeros pasos. En estos casos, una de sus principales funciones consistiría en fomentar la entrada de nuevos competidores, para lo cual las estrategias que ponga en marcha el/los operador/es dominantes se convierte en uno de los principales obstáculos. El problema reside en que es posible que en estas primeras etapas buena parte de su personal proceda precisamente de ese operador dominante que, en muchas ocasiones, es o ha sido público.

En todo caso, las empresas reguladas disponen de importantes recursos que, en muchas ocasiones superan a los del regulador, y además tienen incentivos para tratar de influir en la evolución de la regulación.

El problema de la captura por parte de las empresas del sector puede incrementarse en los periodos finales de los mandatos cuando los miembros del regulador tienen que redirigir su carrera profesional. De este modo, la recomendación de largos mandatos encuentra su lógica (en el extremo, lo óptimo desde el punto de vista de preservar la independencia sería mandatos vitalicios, aunque presentan otros tipos de problemas).

2.8.3 Independencia financiera

Aunque se le suele prestar menor atención relativa que a otros tipos de influencia en el regulador, la manera en que se financian y su certidumbre en el tiempo también es un importante elemento que puede afectar a su imagen de independencia. Existen diversos modelos de financiación, pero no es una materia exenta de problemas

y es difícil encontrar un equilibrio entre el necesario control al que tienen que estar sometidos y la autonomía financiera y de gestión necesarias para su imagen de independencia.

En España, en general, se ha optado tradicionalmente por un sistema mixto de financiación de los reguladores en el que se combinan la obtención de ingresos desde los Presupuestos Generales del Estado con los procedentes de tasas por servicios prestados en el sector.

Este es uno de los elementos clave del funcionamiento de estos organismos, ya que, desde diferentes puntos de vista, se ve como necesario para incrementar la credibilidad del marco regulatorio lo que, a su vez, constituiría una de las justificaciones de su existencia. En todo caso la “independencia” no es un concepto absoluto y, además, es difícilmente cuantificable.

Adicionalmente, hay que tener en cuenta que, aunque el diseño institucional ayude a tener organismos con un mayor grado de independencia, en última instancia, la actitud y el respeto del propio Gobierno hacia el funcionamiento de estos organismos es una de las variables más importantes para un adecuado funcionamiento de los mismos.

2.8.4 Aspectos clave para el incremento de la independencia

A continuación, se exponen diferentes aspectos organizativos y de diseño de las agencias de regulación cuyo objetivo último sería favorecer su nivel de independencia y, por tanto, la imagen de credibilidad que transmiten en el sector.

2.8.4.1 Declaración explícita de independencia

La inclusión de una cláusula explícita en la normativa de creación de un órgano de regulación destacando su plena independencia orgánica y funcional del Gobierno y de los agentes del mercado, señalándose además que dicho órgano no aceptará ni solicitará instrucciones o sugerencias en sus actuaciones es una forma de publicitar el objetivo de independencia del organismo desde el momento mismo de su constitución. Parece claro que este tipo de declaraciones no impide, en ningún caso, la posible injerencia del Gobierno en las funciones de las agencias reguladoras, pero, en todo caso, si pueden servir para incrementar los costes políticos de tales comportamientos

Este tipo de cláusulas restrictivas a la influencia política en los reguladores han sido muy habituales en países como EEUU o en Alemania (Salvador Martínez, 2002), pero en España, sin embargo, no se aplicaron hasta la constitución de la CNMC.

Gámir Casares y Durá Juez (2013) destacan la conveniencia de que este tipo de cláusulas de fomento de la independencia sean bidireccionales, es decir, que además de señalar explícitamente que la autoridad reguladora no pedirá ni aceptará instrucciones, se establezca la obligación del Gobierno (y sus departamentos dependientes) de abstenerse de dar instrucciones o de intentar influir en tales organismos. Por ello, se recomienda incluir cláusulas de este tipo en ambos sentidos. Para ello, sería recomendable extender a los organismos de regulación y competencia, cláusulas similares a las incluidas en la normativa del Banco Central Europeo: *“...en el ejercicio de las facultades y en el desempeño de las funciones y obligaciones que les asignan el presente Tratado y los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales, ni el Banco Central Europeo ni los bancos centrales nacionales, ni ninguno de los miembros de sus órganos rectores podrán solicitar o aceptar instrucciones de las instituciones u organismos comunitarios, ni de los Gobiernos de los Estados miembros ni de ningún otro órgano. Las instituciones y organismos comunitarios, así como los Gobiernos de los Estados miembros, se comprometen a respetar este principio y a no tratar de influir en los miembros de los órganos rectores del BCE y de los bancos centrales nacionales en el ejercicio de sus funciones”*.

2.8.4.2 *Nombramiento de los miembros de los reguladores independientes*

El nombramiento de los miembros del regulador es uno de métodos de control o influencia política más evidentes, desde el punto de vista empírico, y uno de los que mayor atención ha recibido en la literatura especializada.

Por ejemplo, ya a principios de los 90, Wood y Waterman (1991) realizan un estudio sobre siete agencias reguladoras americanas en la década de los 70-80, y sus resultados vienen a demostrar que la designación de los responsables es uno de los elementos de control más efectivo. En cinco de los siete casos analizados, los resultados de la agencia reguladora cambian drásticamente como resultado de un cambio de liderazgo en la misma.

Por eso los procedimientos aplicados para el nombramiento de los miembros resultan especialmente relevantes como medio de incrementar la garantía de los agentes económicos sobre la independencia tanto de los actuales como, sobre todo, de los futuros responsables del organismo regulador.

En todo caso, pese a la creciente atención que se ha prestado a este aspecto, no se han definido mecanismos óptimos para la designación de los responsables de los

organismos reguladores que consigan aislar dichos nombramientos de la influencia política. Pero si algunas prácticas que parecen aceptadas por su influencia positiva en el objetivo de independencia política buscado.

En lo que se refiere a la potestad de los nombramientos pueden citarse varios modelos aplicados en el ámbito internacional³². En todos ellos pueden encontrarse deficiencias o desventajas que deberían ser subsanadas. A continuación, se describen brevemente estos sistemas:

A) Nombramiento por el Gobierno:

En esta primera opción el nombramiento de los responsables de los organismos reguladores recae en el Gobierno, y lo habitual es que la propuesta de los candidatos la realice el Ministerio del ramo. Aunque este sistema puede presentar la ventaja de evitar potenciales situaciones de bloqueo político de una institución, por desacuerdos en las cuotas o nombramientos de sus responsables, presenta la desventaja evidente de la presumible falta de independencia política de tales nombramientos. Desde el punto de vista de la estabilidad del organismo supone una clara desventaja, por cuanto las renovaciones de los miembros van a depender directamente del ciclo político y electoral. Esto último se intenta limitar por medio de un sistema de renovación parcial del organismo (por ejemplo, un tercio) y con la exigencia de determinados niveles de conocimientos técnicos y valía profesional a los candidatos propuestos. En todo caso, este sistema ofrece escasas garantías de independencia.

B) Nombramiento por el Parlamento:

En este segundo sistema es el Parlamento y no el Gobierno (pudiendo mantener éste la capacidad de propuesta de los candidatos) el que elija a los miembros, normalmente por una mayoría reforzada (por ejemplo, dos tercios o tres quintos). En este caso, cabe prever un mayor nivel de “independencia” por cuanto los candidatos propuestos deben ser aceptados por diferentes partes y no solo por el Gobierno. Sin embargo, este argumento resulta claramente cuestionable dada la posible existencia de mayorías parlamentarias y la posibilidad de generar bloqueos en los nombramientos por falta de acuerdos.

Más que reforzar el nivel de independencia de los nombramientos, este sistema favorecería el debate político de los mismos y, por tanto, la transparencia del sistema.

³² En algunos países anglosajones, se ha aplicado un sistema diferente a los comentados, optándose por la elección de los responsables del regulador a través de votación popular. Este es el método aplicado, por ejemplo, para la elección de los miembros de la Comisión del Ferrocarril de Texas (TRRC), que también se encarga de la regulación del sector del gas. (Güllen, Makaryan, Volkov, & Foss, 2007)

Pero se seguiría manteniendo el nombramiento de personas “afines” al Gobierno o con un perfil político próximo al mismo, incentivándose los “sistemas de cuotas” entre los partidos que derivaría, en la práctica, en el reparto de los miembros del órgano regulador entre las distintas fuerzas políticas presentes en el Parlamento.

C) Nombramiento por el Gobierno, pero con derecho de veto del Parlamento por mayoría reforzada.

La mayoría reforzada exigible puede ser, por ejemplo, de tres quintos o de cuatro séptimos. Esta opción, junto con la comparecencia de los candidatos puede combinar algunas de las ventajas de las dos opciones anteriores. Así, disminuiría la posibilidad de bloqueo en los nombramientos (ya que para el veto haría falta una mayoría de reforzada), y favorecería la transparencia ya que además de la comparecencia de los candidatos, éstos deben superar la votación de su nombramiento.

Podría darse la situación que, aunque la mayoría de la cámara votase a favor de aprobar el veto de un candidato, dichos votos no alcancen la mayoría necesaria para aprobar dicho veto, por lo que el nombramiento sería finalmente aceptado a pesar de tener una mayoría de la cámara en contra. Previsiblemente el Gobierno trataría de evitar el coste político de un nombramiento en esta situación, pudiendo replantearse la elección de un candidato y, en todo caso, la búsqueda de otros con unas características técnicas y profesionales que no provocasen la situación de veto descrita. De este modo, aunque estrictamente no lo necesite, se fomentaría una cierta negociación entre el Gobierno y otros grupos políticos.

En España, el sistema de nombramiento de los miembros de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) no ha seguido la opción anterior, sino que se ha inclinado por adoptar un claro sesgo político y, por tanto, un reducido nivel de independencia formal, como se verá en capítulos posteriores³³.

El criterio básico en el cual se ha basado mayoritariamente este tipo de nombramientos ha sido el reconocido prestigio de los candidatos, lo cual deja abierta prácticamente la adecuación al puesto de cualquier posible nombramiento, aparte de que la participación efectiva de la Cámara en el proceso de selección —especialmente si

³³ El Consejo de Ministros procedió a nombrar al presidente y los consejeros a propuesta del Ministro de Economía y Competitividad, entre personas de alto prestigio y competencia profesional en su ámbito de actuación, previa comparecencia de los candidatos ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados y siempre que el Congreso, por acuerdo adoptado por mayoría absoluta, no vetase el nombramiento en el plazo de un mes. Transcurrido dicho plazo se considerarían aceptados los nombramientos si no existe manifestación expresa del Congreso en su contra.

un partido tiene mayoría absoluta— es muy limitada (Rallo, 2014) y (OECD, 2014). Por el contrario, la selección *“debe basarse en criterios objetivos de mérito y capacidad, que en este caso resultan especialmente necesarios por la madurez, alta cualificación y preparación técnica que deben reunir los reguladores. En modo alguno puede basarse la selección en la proximidad política, amistad, cercanía personal o confianza ideológica que puedan suscitar los candidatos en el partido gobernante”* (Ariño Ortiz, 2007, pág. 11). En cualquier caso, ¿quién valora el “mérito” y “capacidad” de los candidatos?

Aspectos como la comparecencia de los candidatos ante el Parlamento (tanto del presidente como los consejeros) para exponer su programa de trabajo, su experiencia e idoneidad para el puesto, supondría un requisito necesario para favorecer el nivel de independencia de estos nombramientos. Esa comparecencia debería ser extensible, también, al responsable de la propuesta de los candidatos (habitualmente el ministro del ramo), como ocurre en EEUU. En todo caso, es cierto que estos requisitos no limitan la inferencia política en el nombramiento y, en muchas ocasiones, las votaciones y decisiones en el seno de los reguladores muestran una clara alineación con el origen de sus nombramientos. De hecho, en España han ocurrido situaciones extremas en lo que al nombramiento de los miembros de organismos reguladores se refiere que son una muestra clara del nivel de politización al que han estado sometidos, en general, este tipo de organismos. Así, en el momento de constitución de la CMT, los responsables de la comisión fueron nombrados por un sistema de cuotas políticas de forma que pudiesen estar representadas en su consejo las principales fuerzas políticas del Parlamento. Esto hizo necesario ampliar el número de puestos en el consejo (de los 7 inicialmente previstos a 9) para que todos los partidos pudiesen tener la requerida representación en el regulador (Ariño Ortiz, 2007).

Ligado a este tema se encuentra el número de miembros que debe regir las actuaciones del regulador. En general, parece haber coincidencia en la recomendación de que los consejos de este tipo de organismos sean multi-miembros, ya que dicha configuración ofrece las ventajas derivadas de la diversificación de experiencias y opiniones, menor riesgo de captura tanto política como sectorial de sus miembros y, por tanto, dota al regulador de mayor legitimidad y credibilidad en sus políticas (Kovacic W. , 2011).

2.8.4.3 *Renovación y duración de los mandatos.*

Además del nombramiento, los dos aspectos sobre los que existe un amplio acuerdo de su influencia en el nivel de independencia del regulador son la posibilidad de renovación en el cargo y la duración del mandato.

La posibilidad de que el nombramiento sea renovado una vez agotada la duración inicial del mandato genera, a priori, una predisposición de los miembros del regulador a “agradar” al encargado de materializar dicha renovación, que normalmente será el Gobierno. De esta manera, se genera una imagen alejada de la independencia del regulador frente a las autoridades políticas. Por ello, parecería recomendable evitar la posibilidad de renovación de los cargos en este tipo de organismos.

Respecto a cuál debe ser la duración del mandato, no se encuentra en la literatura especializada o en la experiencia internacional una opinión definida sobre este punto, aunque es importante que éste no quede sujeto a los cambios políticos que puedan derivarse de los períodos electorales. En general, se considera recomendable evitar nombramientos con una duración reducida por su influencia negativa en términos de independencia y credibilidad regulatoria. Frente a esta opción se encuentra la opuesta, esto es, realizar nombramientos indefinidos. Esta opción, poco extendida en la práctica³⁴ aunque si aplicada en casos concretos en el ámbito internacional, eliminaría la dependencia política de los miembros del regulador para continuar en sus cargos a largo plazo.

En la Directiva sobre el mercado energético, la Comisión Europea recomienda que los nombramientos se hagan por “*un periodo fijo y no renovable de, al menos, cinco años*”. En la literatura se apuntan diferentes duraciones mínimas deseables, que van desde cuatro o cinco años, hasta los nueve que defiende Ariño Ortiz (2007), evitando así su coincidencia con los ciclos electorales (para ello deberían evitarse duraciones de 4 años o múltiplos de 4). En general, una duración no inferior a 7 años parecería recomendable y, en todo caso, no renovable posteriormente, y combinado con renovaciones parciales de los consejeros (por ejemplo, de dos tercios), evitando así la renovación total de los miembros del consejo en un determinado momento. Esta última es una medida ampliamente recomendada y aplicada. La idea sería contribuir a las expectativas de los agentes económicos sobre la continuidad de la política aplicada por el organismo (ya que en caso de renovación total de sus miembros existiría una mayor incógnita sobre la orientación de la Agencia). En todo caso, habría que resaltar algunos inconvenientes. Por ejemplo, la renovación por tercios, implicaría que en

³⁴ El caso más conocido de mandatos vitalicios (y en un ámbito muy diferente al tratado en este informe) es el del Tribunal Supremo en los Estados Unidos. Adicionalmente, esta opción está siendo aplicada en diferentes países a las instituciones que son el objeto de este informe, como, por ejemplo, en los reguladores de telecomunicaciones en Dinamarca, Finlandia, Hungría, Irlanda, Noruega o México.

todas las legislaturas habría que proceder a la renovación de algunos consejeros. Ello podría fortalecer la tendencia de que el Gobierno de turno orientase “sus” nombramientos hacía personas cercanas, para compensar pasados o futuros nombramientos de otros Gobiernos.

2.8.4.4 Incompatibilidades con posterioridad a la finalización del mandato.

Con independencia de la duración del mandato, llegado el momento de su finalización, se produce una situación de incertidumbre para los responsables del regulador acerca de su vida profesional futura. Es ante la proximidad de ese momento cuando los responsables de los organismos reguladores pueden aproximar sus actuaciones y decisiones a las de las empresas del sector. Esto es, una forma de congratularse con las empresas reguladas y que dichas entidades se conviertan en una opción profesional una vez finalizado el mandato sería acercar las decisiones que se toman en el regulador a los intereses del propio sector.

Por ello, establecer un sistema de incompatibilidades para un periodo de tiempo inmediatamente posterior a la finalización del mandato en el organismo regulador, contribuye a evitar la posibilidad de captura y, en definitiva, a garantizar la independencia de sus decisiones. En general, la normativa de los organismos españoles ha establecido una limitación de dos años durante los cuales los reguladores no podrían desarrollar actividad profesional alguna relacionada con los sectores regulados, estableciéndose en paralelo un régimen de compensación económica por dicha limitación.

2.8.4.5 Razones para la revocación de los miembros del organismo regulador

Sobre este punto, es asumido que la predeterminación de las razones que justificarían la revocación de los responsables del órgano regulador contribuye a la independencia de tales organismos. Por tanto, parece recomendable establecer previamente (por ejemplo en el momento de su constitución) las causas de cese de los reguladores, quedando limitadas, en todo caso, a causas previamente tasadas (negligencia, incumplimiento de las obligaciones, actuación dolosa o delictiva) y requiriéndose, además, la previa existencia de un expediente sancionador instruido con todas las garantías (y con posibilidad de presentar, contra la decisión de separación del cargo, un recurso contencioso-administrativo con un procedimiento especial que permita la adopción de medidas cautelares).

En la práctica, existen pocos ejemplos de situaciones en las que la revocación de los responsables de los órganos de regulación se haya hecho por razones políticas, sin embargo, los problemas que esta cuestión ha generado en España en los últimos años (como se verá en los capítulos referidos a nuestro país) invitan a insistir en la necesidad de limitar este tipo de comportamientos. Larsen, Pedersen, Sorensen, y Olsen (2005) señalan que en la mayoría de los países no se contempla la posibilidad de apartar a los responsables de las funciones regulatorias por razones políticas (con la excepción de Holanda).

Sin embargo, merecen destacarse ejemplos como el de EEUU, país caracterizado por la amplia experiencia en la creación de reguladores independientes y, además, por la elevada independencia de los mismos. Pese a ello, determinados Gobiernos han llegado a exigir una carta de renuncia firmada previamente a la designación del candidato (con objeto de asegurar, así, su fácil sustitución en caso de convertirse en “incómodo” para el Gobierno). De este modo, se llegó a destituir de forma irregular a responsables de agencias de regulación por desarrollar políticas contrarias a las defendidas por el Gobierno. Esto último dio lugar a la sentencia *Humphrey's Executor v. United States*, derivada de la destitución del director de la Federal Trade Comision por desacato reiterado de los requerimientos gubernamentales para someterse a la política presidencial. La resolución judicial del Tribunal Supremo fue contraria a este tipo de actuación gubernamental (Fernandez Rojas, 2005).

En España, los reguladores existentes antes de la creación de la CNMC (por ejemplo, la CNE, CMT o CNSP) preveían entre las posibles razones de revocación el “cese por el Gobierno a propuesta del Ministro”, con el efecto negativo sobre la imagen de independencia del organismo que dicha posibilidad suponía. Una opción mejorada sería, en línea con lo previsto en la legislación aplicable al Consejo de Seguridad Nuclear en España, requerir la aprobación del cese, con una mayoría reforzada, de una de las Cámaras del Parlamento (normalmente aquella que, en su caso, tuviera alguna atribución en los nombramientos). Esta opción limitaría que el posible cese de un consejero esté vinculado únicamente a una decisión de carácter político al tiempo que obliga al Gobierno a negociar dicha posibilidad con otras formaciones políticas dotando así de mayor transparencia a la decisión final de cese.

2.8.5 Independencia financiera.

La financiación también constituye una fuente de autonomía, sobre todo si la agencia puede obtener recursos fijados por el Parlamento y sin tener que recurrir a la aprobación de su uso por un departamento o por el propio poder legislativo, lo que no excluye una rendición de cuentas de carácter periódico, generalmente anual. La

independencia financiera es, desde luego, importante para la autonomía de la Agencia (García-Verdugo, 2015).

Esta debería poder obtener, por otra parte, algunos recursos derivados de los servicios que preste a los usuarios, generalmente mediante tasas. Cuando la financiación del regulador depende únicamente (o en gran medida) de los presupuestos generales, la independencia de éste puede verse afectada negativamente por cuanto el Gobierno puede variar, o modificar, la cuantía de su financiación como forma de presión sobre las decisiones y políticas aplicadas por el regulador independiente. Tampoco debería verse influida por la aplicación de recortes vinculados a situaciones de crisis, ya que esto implicaría inestabilidad en su funcionamiento.

Este es un punto delicado ya que cualquier alternativa presenta importantes inconvenientes, si bien parece que la diversificación de las fuentes de financiación contribuiría favorablemente a aislar la evolución del regulador de presiones de carácter político o sectorial.

En definitiva, se trata de una materia importante en la que resulta difícil la generalización de principios a los diferentes sectores (por ejemplo, son muy diferentes las situaciones de sectores como el eléctrico con varios operadores significativos y con una facturación global muy elevada o el postal donde existe un claro operador dominante y en el que la facturación global es mucho más reducida).

2.9 La credibilidad de la agencia. El poder regulatorio.

Como se ha señalado entre las características que pueden justificar la creación de agencias de regulación o comisiones de defensa de la competencia de carácter independiente, un rasgo esencial de las mismas debe ser la credibilidad de su actuación. Es decir, como complemento a la independencia organizativa, de la que se ha hablado en el apartado anterior, su independencia funcional es lo que dota a estas agencias de la credibilidad y reputación en sus actuaciones.

Para ello, como subrayan Kovacic y Hyman (2012), al crear una agencia de la competencia deben definirse claramente cómo serán sus relaciones con el Ejecutivo del país. Idealmente, la agencia debería ser, a la vez, autónoma y responsable. Autónoma con respecto a las posibles presiones políticas; y responsable en cuanto al ejercicio de sus poderes y en el empleo de los recursos públicos que se le asignen. Y, por supuesto, para que una autoridad de la competencia logre un alto grado de autonomía es necesario que sea una agencia independiente.

La definición de las funciones y de la capacidad de actuación de la Agencia constituye un aspecto claro en apoyo o en detrimento de su grado de independencia. Como señala Ariño Ortiz (2007), la Agencia o Comisión debe ser y actuar como una autoridad reguladora, no asesora, ni instructora, ni ejecutora, lo que dará lugar a una verdadera descentralización funcional dentro de la Administración. En otras palabras, se debe otorgar a la Agencia o Comisión suficientes competencias e independencia para el desarrollo de sus funciones, de forma que pueda considerarse como un verdadero regulador, con capacidad sancionadora frente a los agentes que puedan poner en práctica medidas oligopolísticas o de no respeto a las regulaciones establecidas. Sólo así se garantiza su condición de independencia. La situación contraria sería la de un mero supervisor del mercado cuyas funciones reguladoras podrían acabar siendo competencia del Departamento del ramo y, por tanto, del poder político.

Un primer aspecto crucial para asegurar dicha independencia funcional es asegurar que no pueda recibir instrucciones ni directrices por parte del Gobierno y otros órganos públicos, ni por parte de las empresas y organizaciones privadas del mercado. Aunque esto puede parecer obvio, adquiere una gran importancia desde el punto de vista de la imagen de independencia y credibilidad del regulador y responde, además, a una exigencia de las directrices europeas en la materia. Esta declaración no impide en ningún caso que tanto el Gobierno como las empresas vinculadas al regulador (o al órgano de competencia) puedan tratar de influir en sus decisiones en su propio beneficio, pero, en todo caso, la aceptación de tales instrucciones supondría un incumplimiento de la Ley (Virgala Fouria, 2014).

La definición de los objetivos y las funciones del regulador reviste gran importancia para la propia eficacia del regulador. La OECD (2002) señala que los reguladores sectoriales han demostrado ser más efectivos y con un mayor nivel de credibilidad en sus actuaciones precisamente allí donde sus funciones y objetivos estaban perfectamente definidos en el momento de su creación. Por el contrario, cuando los mandatos o funciones del regulador están poco definidos, o sólo se establecen objetivos y actuaciones de carácter genérico (como la defensa del interés público o el fomento de la competencia), es mucho más complicado valorar las actuaciones del regulador, cuyo margen de discrecionalidad crece exponencialmente (Coen & Doyle, 1999), (Atkinson, 1989) y (Lowi, 1979).

Por ello, resulta recomendable que los objetivos y funciones del regulador sean reducidos, concretos y bien definidos y que cuente con los instrumentos para llevarlos a cabo. De hecho, si existiese más de un objetivo, estos deberían estar jerarquizados, tratando de reducir así, de nuevo, la posible discrecionalidad de los responsables en su aplicación.

Aunque las funciones atribuidas varían en función del sector, país y características propias del órgano, parece claro que la función principal del regulador es, precisamente, regular el mercado con el objetivo principal de asegurar el buen funcionamiento del mismo y, en el caso de los servicios públicos liberalizados, garantizar el desarrollo de la competencia efectiva, con todas las actuaciones que dicho objetivo llevaría aparejadas: poder para frenar estrategias anticompetitivas del operador dominante, capacidad de resolver disputas entre empresas, otorgamiento de licencias para actuar en el mercado o para el acceso a la red, fijación de tarifas y condiciones de acceso a la red, etc.

Es interesante la apreciación de Ariño Ortiz (2007, pág. 7) cuando señala que la actividad de las agencias de regulación *“es jurídica, no política; y, por ello, los Gobiernos no deben encomendarles tareas o funciones que supongan una amplia potestad de apreciación política, completamente discrecional y de difícil control judicial. Estándares como ‘protección del interés general’, ‘adecuado mantenimiento de los objetivos de la política sectorial’ y otras expresiones semejantes no deben figurar nunca como criterios de decisión en las tareas que se les encomiendan. Dejar en manos de los entes reguladores la apreciación -y en algún caso la configuración- de la política energética o de telecomunicaciones es algo impropio de estos entes, cuya actividad es estrictamente jurídica, de aplicación de la Ley”*.

El análisis de la capacidad regulatoria de los reguladores europeos pone de manifiesto que, en muchas ocasiones, tales funciones no están presentes en todos ellos, existiendo casos que se aproximan en mayor medida a órganos consultivos, o de asesoramiento, que de regulación. Así, el propio Ariño Ortiz (2007) señala que buena prueba de ello es que en las leyes de creación de tales órganos abundan expresiones como *“formular propuestas”, “emitir informes”, “instruir expedientes”, etc.*, que no son funciones decisorias. De hecho, según este autor, en ciertos casos cuando se les otorgan funciones de regulación *“no se configuran como facultades propias, sino delegadas o encomendadas por su verdadero titular, que es el Gobierno”*, reservándose la Administración los auténticos poderes de regulación (planificación, aprobación de tarifas, autorizaciones, etc.). Incluso, hay casos en los que la función arbitral del órgano regulador tiene carácter voluntario por las partes, que pueden aceptarle o no como árbitro. Finalmente, existen casos en los que se acepta incluso el recurso ordinario ante el Gobierno contra las resoluciones adoptadas por el regulador, lo que limita la capacidad de actuación de los mismos. En general, se considera que la formulación de las normas sectoriales debe recaer en los políticos mientras que de su aplicación debe ocuparse la autoridad reguladora.

Idealmente estos órganos de regulación deberían ser autoridades reguladoras en el sentido estricto de la palabra, con capacidad de ordenación y supervisión, ya que

la atribución de funciones consultivas y no decisorias a estos órganos supone que el Gobierno (a través de los Ministerios correspondientes) mantiene, en definitiva, el máximo poder regulatorio en aspectos esenciales como la aprobación de tarifas, los permisos de acceso a nuevos operadores, etc. Trasladar tales funciones desde el Ministerio al órgano de regulación contribuiría a aumentar la confianza en la independencia de las decisiones y, por tanto, la efectividad del modelo regulatorio, por lo que uno de los objetivos prioritarios sería incrementar y definir claramente las funciones regulatorias de estos órganos.

En su informe sobre España, la OCDE señalaba la menor capacidad regulatoria de los reguladores independientes en nuestro país destacando que buena parte de las funciones que, teóricamente, deberían recaer en tales organismos, seguían manteniéndose en los Ministerios correspondientes (OECD, 2000). Además, en España han existido diferencias importantes en el tipo de funciones atribuidas a estos órganos según el sector de adscripción de las mismas. Mientras en unos mercados han disfrutado de capacidad real de regulación, en otros sectores su poder regulatorio ha sido muy reducido. Por ejemplo, mientras que la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones (CMT) disfrutaba, en general, de unas competencias semejantes a las de otros órganos de regulación internacionales, la Comisión Nacional de Energía (CNE) tenía un poder regulatorio mucho más limitado.

Ariño Ortiz (2007) señala que en ocasiones las agencias reguladoras tanto europeas como americanas renuncian a su poder regulador y tienden a actuar únicamente en el “caso por caso”. Esperan a que surja un caso y clarifican los criterios de actuación en la medida que sea necesario para actuar sobre dicho caso concreto, y esperar a que surja el siguiente. Esta forma de actuación debería evitarse, obligando a los entes reguladores a hacer uso de su potestad reglamentaria.

Junto a dicha función principal de regular los mercados asegurando el desarrollo competitivo de los mismos, las agencias asumen también otras funciones, como la de vigilar el mercado y resolver las disputas que puedan entre las partes. Por ejemplo, entre las empresas reguladas, entre éstas y el Gobierno o entre los usuarios y las entidades prestadoras del servicio regulado. En este caso, el regulador debe actuar como “arbitro” ante los problemas que puedan surgir entre las partes. Esto es especialmente importante en aquellos casos en los que la entidad incumbente del mercado (antiguo monopolista) mantiene un fuerte dominio del mercado, pudiendo desarrollar prácticas anticompetitivas tendentes a limitar e incluso evitar la entrada de nuevos operadores. Esta función arbitral debe acompañarse además de la capacidad de la agencia para sancionar a las partes en caso de incumplimiento manifiesto de las reglas del mercado.

También pueden citarse otras funciones atribuibles a los órganos de regulación independientes en el ámbito sectorial como el asesoramiento a la Administración en el desarrollo de políticas o normas aplicables al mercado de que se trate tendentes a favorecer su desarrollo competitivo, ejercer funciones de coordinación con las autoridades de competencia, publicar periódicamente datos y/o estudios sobre el funcionamiento del mercado, etc.

2.9.1 *Revocación de las decisiones del regulador*

La capacidad regulatoria y la independencia de los órganos reguladores se ven limitadas como consecuencia de su subordinación implícita a los Ministerios de los cuales dependen. Dicha subordinación quedaría reflejada en la posibilidad de recibir instrucciones de tales órganos administrativos o en la posibilidad de realizar apelaciones sobre la doctrina del regulador ante instancias administrativas superiores. Desde el punto de vista de su autonomía funcional, las decisiones de la autoridad reguladora deberían poner fin a la vía administrativa siendo, en consecuencia, recurribles únicamente por vía judicial.

En general, parece que, en Europa, la posibilidad de revocación de las decisiones de los reguladores ha sido limitada. Por ejemplo, en Alemania un anexo a la ley de competencia de 1973 permitía al Ministro de Economía la posibilidad de revocar la negativa del regulador al desarrollo de una fusión si bien, según Thatcher (2002), sólo en seis ocasiones sus decisiones fueron revocadas entre 1973 y 2000. En España, el recurso de alzada sólo estuvo presente hasta el año 2011 en la Comisión Nacional de la Energía, que permitía plantearlo ante el Ministerio de Industria y Energía. La Ley de constitución de la nueva CNMC señala (art. 36) que los actos *“dictados en el ejercicio de sus funciones públicas pondrán fin a la vía administrativa y no serán susceptibles de recurso de reposición, siendo únicamente recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa”*.

En cualquier caso, se debería garantizar que las resoluciones de los reguladores, en el ámbito de sus funciones, no sean recurribles ante el Departamento Ministerial correspondiente (es decir, se debería eliminar el recurso de alzada) ya que, entre otras cosas, se ofrece una clara imagen de dependencia jerárquica muy negativa para la propia credibilidad del regulador³⁵. Sobre este punto Ariño Ortiz (2007) señala que *“sus actos no son actos políticos, sino resoluciones jurídicas, por lo que el control sobre ellos debe ser el mismo que tiene los jueces: el de otro Tribunal Superior”*.

³⁵ En España el recurso de alzada solo se aplicó para las resoluciones de la CNE, pudiendo considerarse una excepción al modelo regulatorio europeo.

En opinión de Kovacic (2011), existen decisiones concretas que deben quedar fuera de toda injerencia política, y una de ellas es la capacidad de imponer sanciones. El Gobierno no debe tener capacidad para establecer qué entidades o empresas deben ser investigadas, determinar si el regulador o la agencia de competencia enjuiciará o no a las partes, o influir en la resolución de un determinado conflicto, en particular estableciendo las sanciones por incumplimiento a los presuntos infractores. Sobre este punto, el respaldo jurídico sería la principal herramienta del regulador para desarrollar tales funciones sin verse influido por el Gobierno u otros órganos tanto públicos como sectoriales.

Ahora bien, como se ha señalado anteriormente, que el regulador sea independiente no significa que no deba preverse la existencia de mecanismos de control sobre su funcionamiento. Por ello, deben diseñarse formas de control sobre las actuaciones del regulador por parte del Parlamento, mediante las comparecencias de sus miembros y la remisión de los informes anuales, junto al control jurídico ejercido por los tribunales, ya que las decisiones del regulador pueden ser recurridas por vía contencioso-administrativa.

2.10 Modelo sectorial vs modelo multisectorial. Ventajas e inconvenientes

Hay un aspecto clave respecto a la configuración de las agencias de regulación independientes, y que tradicionalmente ha ido adquiriendo una gran atención por parte de la literatura especializada, que se refiere a la conveniencia de que tales organismos se creen como órganos sectoriales, dedicados por tanto únicamente a las funciones de un mercado determinado, o bien que revistan un modelo multisectorial, agrupando bajo su techo las funciones regulatorias de sectores económicos con características similares o complementarias.

Tales cuestiones, como decíamos, han venido recibiendo una atención creciente entre los expertos en los últimos años y han sido objeto de amplio debate internacional. Cabe citar, entre otros muchos los trabajos de Cordova-Novion y Hanlon (2002); Spyrelli (2004); Stern (2010) o la OECD (2014).

En la mayor parte de los países, incluida España, los reguladores sectoriales se crearon inicialmente como órganos unisectoriales, es decir, centrados en un sector concreto del mercado. Posteriormente, la proliferación de órganos, y el hecho de que algunos de ellos estuviesen dedicados a sectores con grandes semejanzas entre ellos en lo que a la política regulatoria se refiere, hizo que en la mayor parte de los países se optase por fusionar tales organismos. Además, en determinados casos, la importancia y el tamaño de determinados sectores regulados no justificarían el mantenimiento de un organismo especializado y unisectorial.

En definitiva, mientras que en los inicios de los 90 la mayor parte de los países optaban por la creación de organismos monosectoriales, a partir de mediados de esa década, los organismos multisectoriales fueron adquiriendo gran presencia internacional. Gran Bretaña inició la fusión de sus órganos de regulación sectoriales en 1997, con la creación de un órgano de regulación financiero unificado para posteriormente, en el año 2000 fusionar la Office of Electricity Regulation (Ofel) y la Office of Gas Supply (Ofgas) para formar la Office of Gas and Electricity Markets (Ofgem). Del mismo modo, en 2002 el Gobierno británico unificó sus instituciones reguladoras y sometió los medios de comunicación y las telecomunicaciones al control de un único organismo, OFCOM. Esta tendencia se extendió posteriormente en el ámbito internacional (por ejemplo, Canadá, Australia y algunos Estados dentro de Estados Unidos), y fundamentalmente europeo (como es el caso de Reino Unido y Alemania), de modo que los organismos multisectoriales son ahora una característica institucional común en todo el mundo (Jordana & Levi Faur, 2011). La mayoría de estos órganos de carácter multisectorial son el resultado de fusiones o bien de la expansión a nuevos sectores a partir de organizaciones ya existentes.

Muchos países han adoptado opciones intermedias a ambos modelos, esto es, han agrupado dentro de un mismo organismo regulador sectores con características afines o que, por la política regulatoria requerida para su funcionamiento, muestran características comunes. Así, se ha tendido a crear un regulador energético, en el cual se aglutinan las funciones regulatorias del sector eléctrico, gas, hidrocarburos, etc.; por otro lado, un regulador de telecomunicaciones, dentro del cual se incluyen también las funciones regulatorias del sector postal y audiovisual; y reguladores propios de transporte, incluyendo dentro del mismo las funciones atribuibles a transporte ferroviario, aeroportuario, etc. Este modelo mixto es el que se aplicó, por ejemplo, en España hasta la creación de la CNMC y el que encontramos también en buena parte de los países europeos en los últimos años.

Desde el punto de vista teórico, la cuestión radica únicamente en decidir si es mejor optar por la creación de organismos especializados para algunas ramas de actividad (por ejemplo, el caso de los reguladores de las telecomunicaciones o el del transporte ferroviario), si es más adecuado hacerlo por grandes sectores (energía; comunicaciones; transportes), o si puede ser mejor aún crear un organismo único de carácter multisectorial, con secciones internas sectorialmente especializadas.

Sin duda, ambos modelos muestran ventajas e inconvenientes. Entre las ventajas atribuidas a los reguladores multisectoriales, una de las que se suele citar en primer lugar es que puede garantizar una mayor independencia y neutralidad al hacer más difícil la posibilidad de captura por parte de una industria o un operador. Ese menor riesgo de captura aumenta cuando el regulador asume funciones regulatorias

de sectores que afectan a varios Ministerios y, por tanto, también a empresas reguladas (y dominantes) de sectores independientes. En esta situación, al regulador le compensaría asumir el importante coste que lleva aparejado el “resistir” a las presiones ejercidas por las empresas de un determinado sector puesto que eso sería una señal para el resto de sectores de su carácter de organismo independiente, evitando así futuros intentos de captura por parte de otras empresas/sectores.

Se subraya, asimismo, que este modelo puede implicar unos menores costes al reducir las duplicidades y solapamientos que sí suelen producirse cuando existe una diversidad de organismos. De hecho, la multiplicidad de instituciones se asocia a ineficiencias derivadas de la duplicación, a contradicciones y a un ámbito de competencia que puede acabar siendo demasiado estrecho. Se aduce, igualmente, que la existencia de un organismo multisectorial puede generar sinergias, ya que la experiencia y los procedimientos en un sector ante determinados problemas pueden trasladarse fácilmente a lo que sucede en otros sectores. *“Un regulador multisectorial facilita que se compartan las experiencias y los aprendizajes entre las distintas áreas de actuación del organismo, y genera sinergias en las actividades de supervisión y control del cumplimiento de la normativa...”* (Cordova-Novion & Hanlon, 2002, pág. 100). Son las ganancias en términos de *know-how* que derivan de una actuación que cubre diversos sectores y mercados, como señala Spyrelli (2004). Finalmente, se subraya también que la existencia de un regulador multisectorial conduce o facilita la aplicación de criterios uniformes, lo cual es importante en el caso de algunos servicios convergentes. En general, en la literatura especializada, son muchos los autores que han destacado los beneficios de las autoridades multisectoriales, especialmente en los ámbitos de telecomunicaciones y de servicios audiovisuales, o en transporte e infraestructuras. Ver, por ejemplo (Smith, 1997), (Joskow, 1998), (Sommer, 2001), (Georgosouli, 2013) o (OECD, 2014).

Frente a este tipo de organización multisectorial, los reguladores unisectoriales también presentan algunas ventajas que deben valorarse, aunque en comparación, el peso teórico de este tipo de organización parece menor. Su principal ventaja sobre el modelo anterior es el de la especialización que consiguen en un determinado sector y el conocimiento técnico acumulado sobre el mismo, en perjuicio de lo que ocurre en el modelo multisectorial, donde sus responsables enfatizarán o se centrarán en aquellas cuestiones que resulten aplicables a un amplio número de sectores, y no solo en aquellas que resulten de aplicación a un determinado ámbito económico (y no al resto).

Otra ventaja de la existencia de múltiples agencias unisectoriales es que se reduce el riesgo regulatorio, al diversificar o repartir entre todas ellas, el riesgo inherente a la aplicación de una determinada política regulatoria. Si dicha política resulta exitosa, puede estudiarse su extensión a otros sectores de la economía, pero si,

por el contrario, resulta infructuosa, el coste regulatorio de su fracaso es mucho menor si se ha centrado en un único sector que si se ha aplicado a varios sectores regulados.

En general, en la literatura especializada encontramos un mayor número de opiniones a favor de la creación de órganos de regulación multisectoriales. Kovacic y Hyman (2012) destacan las ventajas de las agencias multisectoriales basándose en su capacidad para generar sinergias, así como un ahorro de costes derivado de la coordinación de las políticas desarrolladas por institucionales independientes y funciones muy cercanas entre sí. Ahora bien, tales sinergias solo se producirán, señalan, si la fusión se produce entre funciones que sean verdaderamente complementarias. La unión de funciones regulatorias de diferentes sectores en una misma entidad permitiría más flexibilidad en la asignación de recursos, el aprovechamiento del know-how y de las prácticas de otros sectores y, en teoría, también una mayor coherencia de las regulaciones entre sectores (García-Verdugo, 2015).

Pero naturalmente también existen opiniones a favor de los organismos unisectoriales. Ariño Ortiz (2007, pág. 12), por ejemplo, señala que sin perjuicio de que se puedan unificar reguladores de subsectores próximos o semejantes, *“son preferibles los reguladores sectoriales a los multisectoriales, pues aunque hay principios comunes y criterios y técnicas regulatorios que se aplican por igual a todos los sectores ..., cada uno de ellos reúne características específicas, diferencias tecnológicas y de definición de mercados, con un índice de rotación de capitales distinto y otras singularidades que el regulador debe conocer, porque de ellas derivan soluciones diferentes a problemas aparentemente semejantes”*.

2.10.1 Regulador único: Fusión de órganos de regulación y competencia

Ahora bien, sí parece claro que tanto las ventajas teóricas como la experiencia internacional se han decantado claramente por la aplicación de modelos multisectoriales para las agencias de regulación en los últimos años, tales conclusiones no parecen tan claras cuando las opciones de organización de carácter multisectorial se refieren a la unión de agencias reguladoras con organismos de competencia.

La creación de organismos multisectoriales parece tener más ventajas que inconvenientes (aunque dependerá de su organización y estructura interna), sin embargo, cuando en tales órganos reguladores se integran también las funciones relativas a la vigilancia y promoción de la competencia, la complejidad del organismo

genera algunos problemas³⁶. En este caso estaríamos hablando de la fusión de organismos verticales, como los reguladores, centrados en un único sector, con organismos horizontales, esto es, aquellos cuyas funciones se extienden por cualquier sector de la economía dentro de las funciones que le han sido atribuidas. Un ejemplo clásico de organismos horizontal es el de las autoridades de competencia, cuyas funciones de protección y fomento de la competencia se extienden a cualquier sector de la economía, pero únicamente dentro de las funciones concretas que le han sido asignadas.

Las diferencias entre ambos tipos de organismos son muy notables. Fundamentalmente, las agencias verticales desarrollan sus funciones ex-ante, afectando al diseño y organización del sector económico en el que actúan, mientras que las agencias horizontales suelen desarrollar funciones ex-post, actuando únicamente en aquellos casos en los que se detecta la existencia de un comportamiento contrario a la legislación de competencia³⁷.

Esta opción supone un paso más allá en lo que a la creación de órganos multisectoriales se refiere y, aunque hasta la fecha la experiencia internacional extraíble de la aplicación de este modelo es escasa exceptuando el caso de Holanda y España en la UE o de México y Australia a nivel internacional, el debate sobre su idoneidad no ha hecho más que incrementarse.

Entre las ventajas que desde un punto de vista teórico cabría esperar de un organismo único se encontraría de nuevo el menor riesgo de captura, esto es, sería extensible la ventaja esperada de un organismo multisectorial pero incrementado ahora como consecuencia de añadir, dentro del mismo organismo, las funciones de carácter ex-post relativas a la competencia sectorial. Adicionalmente, favorecería una mejor coordinación de las funciones de regulación y competencia que, en ocasiones, pueden dar lugar a solapamientos de funciones entre organismos diferenciados y a “luchas de poder” sobre quién es el órgano competente para una decisión determinada.

Pese a las divergencias existentes entre los órganos de regulación y competencia, y que en ocasiones han llegado a presentar opiniones encontradas sobre una misma cuestión³⁸, ambos deben estar necesariamente coordinados y trabajar en

³⁶ Ver, por ejemplo, Delgado & Mariscal (2014)

³⁷ En todo caso, esta diferenciación no es estricta. Así las agencias de competencia, también desarrollan funciones ex-ante, por ejemplo, en el control y autorización de fusiones.

³⁸ En ocasiones los reguladores han tendido a aproximarse a los objetivos de las empresas reguladas en detrimento de los objetivos de defensa de la competencia en los mercados. Por otra parte, a veces se ha considerado que las autoridades de la competencia ignoran objetivos sociales más amplios, aparte de la promoción de la competencia, y carecen de conocimientos técnicos adecuados sobre sectores sumamente complejos.

una misma dirección ya que, por una parte, el crecimiento económico se favorece por una regulación pro-competencia, y al mismo tiempo, los objetivos de las autoridades de competencia y los reguladores son, de hecho muy similares (OECD, 2005). Por ello, es necesario impulsar la aplicación de políticas regulatorias que favorezcan la competencia y, en todo caso, favorecer la coordinación entre ambos tipos de organismos y el desarrollo de una política de regulación pro-competencia en sus mercados.

Al tiempo, dentro de esta coordinación de funciones, Gámir Casares y Durá Juez (2013) señalan que un organismo único facilitaría la transición que debe producirse en algunos sectores regulados que, en inicio, y dada la falta de liberalización que les caracterizaba, requerían de una estricta y extensa política regulatoria para su desarrollo y que, con el paso del tiempo, y la liberalización del sector, requieren una menor carga regulatoria y una mayor actuación de las autoridades de competencia para garantizar el correcto funcionamiento del mercado. Indudablemente este paso de política regulatoria a política de competencia es más sencillo cuando ambas emanan de un mismo organismo.

García-Verdugo (2015) destaca que existen aspectos de la legislación de competencia y regulación que presentan importantes complementariedades cuando pasan a ser aplicadas por una misma institucional funcional. Así, las investigaciones de competencia pueden verse beneficiadas del conocimiento sectorial derivado de la supervisión regulatoria. Además, el recurso a la competencia es un instrumento más dentro de las estrategias regulatorias disponibles. Finalmente, la unión de ambas tareas en una misma autoridad permitiría evitar conflictos jurisdiccionales en materias que potencialmente pueden afectar a ambos tipos de organismos. En definitiva, la presencia de complementariedades permitiría el aprovechamiento de sinergias y la flexibilidad en el uso de los recursos.

Para Cordova-Novion y Hanlon (2002), este diseño institucional único refleja una visión de la regulación sectorial como una fase de transición en el paso de los mercados restringidos a la liberalización y la competencia y presenta ventajas significativas en términos de facilitar el eventual recorte regulatorio que debe producirse en determinados sectores a medida que avanza su liberalización.

Fels y Ergas (2014) destacan las ventajas de la unificación por permitir ampliar la gama de instrumentos de actuación de la autoridad de competencia. Por ejemplo, puede ocurrir que la solución más eficiente a un problema de regulación sea reestructurar el mercado de manera que se promueva la competencia y se haga cumplir más vigorosamente las reglas en este ámbito. Al aunar en mismo organismo funciones de competencia e instrumentos regulatorios, la autoridad puede mezclar eficazmente los problemas y los instrumentos, evitando así la denominada

“mentalidad de silo”. Al mismo tiempo, puede haber casos en los que la identificación de la solución reguladora eficiente requiera un análisis de los impactos de la competencia, lo que para una autoridad integrada puede resultar más sencillo de implementar.

En todo caso, en su opinión, este tipo de decisiones de unificación de funciones serían más propias de países de tamaño reducido, en los que las economías de escala y el ahorro de costes primarían sobre los posibles beneficios de la especialización de un organismo.

Finalmente, puede citarse una ventaja de la fusión de funciones en un organismo único que sería la relativa al ahorro de costes. En la literatura especializada no existe coincidencia en que este hecho pueda considerarse una ventaja o mejor, que con la fusión se produzca un ahorro de costes real. Sin embargo, como se verá, este fue uno de los principales argumentos que se utilizaron para justificar la creación de la CNMC en España.

Indudablemente, el regulador único, también tendría, desde un punto de vista teórico, importantes inconvenientes. Entre ellos, el primero sería el riesgo institucional al que se expone este modelo. Si antes ya se ha destacado que una agencia unisectorial permite reducir el riesgo regulatorio en caso de error en la política económica aplicada, en el caso de un regulador único, en el que se unen además de los reguladores sectoriales del mercado la autoridad de competencia, el sistema sería completamente vulnerable a los errores que pueda generar dicho organismo. Además, al no existir otros órganos comparables, previsiblemente este regulador tardará más tiempo en darse cuenta de su error y en solventarlo.

Por otro lado, teóricamente la gran cantidad de funciones asumidas por este organismo dificultará sus actuaciones afectando negativamente a su credibilidad. Será más sencillo para sus responsables “esconder” los errores o fallos regulatorios de sus actuaciones en una cuestión o en un sector concreto. En definitiva, la existencia de un “monopolio regulador” puede tener también importantes desventajas. *“Una competencia sana entre agencias puede generar incentivos que impulsen la continua puesta al día de las técnicas y de los sistemas regulatorios y la introducción de innovaciones beneficiosas contribuyendo a abaratar el coste de la información para la sociedad. Asimismo, la agencia única puede empobrecer el debate en determinadas situaciones en las que tanto las autoridades de la competencia como las autoridades sectoriales pudieran tener que emitir un informe motivado con sus recomendaciones”* (Gámir Casares & Durá Juez, 2013, pág. 155).

La internalización del conflicto y la reducción de las diferencias entre la normativa de competencia y las funciones reguladoras no tiene por qué generar ventajas, ya que la transparencia de las decisiones y las posibles discrepancias entre

ambas cuestiones se verá reducida, se ocultarán los puntos de vista diferentes entre regulador y autoridad de competencia y el debate desaparecerá (Cordova-Novion & Hanlon, 2002).

Hay numerosas opiniones en contra de este tipo de fusión de organismos reguladores y autoridades de competencia, como la defendida por Ortiz Laverde (2014) al señalar que no existe constancia de que haya disminuido el riesgo de captura o que haya habido un ahorro real de costes. Meloni (2010), por su parte, señala que los conflictos entre las tareas de ambos tipos de organismos (regulación y competencia) no desaparecen por el hecho de unirlos en una misma entidad.

A esta misma conclusión llegan Delgado y Mariscal (2014) quienes señalan que para que las sinergias entre ambas sean efectivas es necesario prestar especial atención al diseño institucional y organizativo del organismo fusionado. La existencia de una estrategia y directrices únicas y claras es fundamental para su funcionamiento, si no se caería en el riesgo de que se mantengan como divisiones independientes sin un mandato unificado, al tiempo que el Gobierno debe asumir, desde el inicio, que se trata de una institución independiente. Respecto a los aspectos organizativos, estos autores destacan los riesgos, por ejemplo, de establecer un consejo con pocos miembros y enormes responsabilidades sobre un amplio número de sectores, lo que puede actuar como un cuello de botella para el funcionamiento de la institución. Al tiempo, resulta crucial la adecuación de los miembros a la hora de la selección. En este sentido, no será solo importante el conocimiento técnico de un sector, sino también su capacidad de relacionar y conocer otros sectores relacionados.

Para Kovacic y Hyman (2012), las sinergias esperadas con el modelo unificado sólo surgirían si las funciones que se combinan en una misma entidad son verdaderamente complementarias y no consisten en un cúmulo de tareas sin relación alguna (o peor, que pueden entrar en conflicto entre sí). Cuanto mayor sea la diversidad de funciones, menores serán las sinergias y mayor el tiempo que requerirá una agencia multifunción para ganar credibilidad en el desarrollo de dicha multiplicidad de funciones.

El “desenfoque” en los objetivos de la nueva entidad unificada es una de las críticas que ha recibido, por ejemplo, el modelo holandés, al considerarse inadecuado por algunos la excesiva importancia atribuida dentro de la nueva institución al sistema de protección de los consumidores, en perjuicio de las tareas regulatorias y de competencia (OECD, 2014).

De hecho, Jenny (2016) considera que atribuir a una autoridad de competencia funciones regulatorias en determinados mercados puede crear dificultades, especialmente en aquellos sectores que requieren una política de desregulación y

apertura a la competencia (monopolios legales, por ejemplo, o sectores de red con fuerte presencia de una entidad incumbente) propia de reguladores sectoriales y muy diferente, sin embargo, a las políticas de protección de la competencia propias de este otro tipo de autoridades. Es por ello que algunos países, como Francia, han optado por mantener tales funciones en organismos diferenciados, pero manteniendo herramientas de coordinación sobre cuestiones de interés mutuo. Por ejemplo, la autoridad de la competencia en Francia, cuando se ocupa de una cuestión de competencia en un sector regulado, debe solicitar la opinión del regulador sectorial, cuyo dictamen no es vinculante para la decisión de la autoridad de competencia, pero que se hace público. El responsable de competencia debe justificar, en su caso, la no aceptación de la opinión del regulador. Del mismo modo, cuando el regulador se ocupa de una cuestión técnica que pueda tener repercusiones en la competencia, debe consultar a la autoridad competente sobre las consecuencias para la competencia de sus decisiones regulatorias³⁹.

Otra opinión contraria a la unificación de las tareas de regulación y competencia en una misma entidad es la de Fels y Ergas (2014). En opinión de estos autores, no existe un vínculo estrecho entre ambas políticas y la combinación de las dos en una misma entidad puede debilitar la capacidad y el incentivo de la autoridad de competencia para actuar como un defensor de la competencia en las industrias reguladas.

Estos autores subrayan que la unificación de tales funciones reguladoras y de protección de la competencia en un único organismo puede dispersar a los responsables del mismo al verse obligados a tomar decisiones muy diferentes entre sí, desdibujando incluso las directrices de este órgano. Además, en su opinión, existen ventajas derivadas de la “rivalidad” entre autoridades. Así, la autoridad de competencia puede desempeñar un papel útil como defensor de la misma en las industrias reguladas, incluso en los casos en que el regulador del mercado pudiera preferir un enfoque diferente. La separación entre ambos organismos anima a cada uno a vigilar al otro y puede ayudar a asegurar que la autoridad de competencia, en su función de promoción, defiende los problemas de competencia cuando el regulador de la industria no los ha tomado suficientemente en cuenta⁴⁰.

³⁹ Para que este sistema de entidades diferenciadas y coordinadas funcione correctamente es necesario, como señala Jenny (2016), que estén perfectamente delimitadas las funciones y competencias de cada organismo, como ocurre en Francia. Dicha falta de delimitación clara de competencias ocasionó en España importantes fricciones entre reguladores y autoridad de competencia en el modelo anterior a la unificación.

⁴⁰ La Red Nacional de Banda Ancha en Australia sería un ejemplo para Fels & Ergas (2014), ya que, si la autoridad de competencia no hubiera sido responsable de la regulación de las telecomunicaciones, podría haber expresado con más fuerza sus dudas sobre un enfoque regulador que amplió los poderes del regulador a expensas de la competencia.

2.11 Notas finales del capítulo

Existe abundantísima bibliografía sobre los distintos aspectos teóricos que se han tratado en este capítulo, por lo que tratar de resumir o recopilar todos ellos quedaba alejado de las posibilidades de este trabajo. El objeto de este capítulo ha sido revisar, desde un punto de vista general, los principios doctrinales que soportan la regulación y la existencia de órganos reguladores, con objeto de que sirviera de pórtico y de anclaje para el análisis concreto del caso de España, que es el objetivo de esta tesis.

Adicionalmente, se ha hecho una revisión de los principales planteamientos de la Nueva Economía Institucional, destacando sus diferencias con la corriente neoclásica de la economía que, hasta los años 90, había sido la dominante en este campo. En este capítulo se resumen las principales aportaciones de esta rama de la ciencia económica y, en particular, su defensa de las instituciones y del cambio institucional como factores determinantes del desarrollo económico. Es precisamente dentro de este análisis de los modelos institucionales donde se encuadra la elaboración de esta tesis.

Hay varios puntos de los expuestos en este capítulo que parece conveniente subrayar como cierre del mismo, ya que no como conclusiones.

En primer lugar, parece claro que la existencia de competencia en los mercados garantiza su adecuado funcionamiento y genera ventajas para todas las partes (empresas, consumidores...). Sin embargo, los mercados no funcionan de forma perfecta ni eficiente en todos los casos. De hecho, existen ejemplos significativos de fallos en el funcionamiento de los mercados a través de la existencia de prácticas no competitivas (o anti-competitivas) y concentraciones de empresas que detentan o pueden poner en práctica su poder en los mercados en los que actúan. Estos serían solo algunos ejemplos de los citados defectos de funcionamiento de los mercados, pero, como se ha visto, existen numerosos tipos. Pues bien, esos “fallos del mercado” deben tratar de corregirse mediante el establecimiento de unas reglas de obligado cumplimiento para las empresas que actúan en los mismos. Es a través de la intervención pública en los mercados, mediante la aplicación de una política de regulación que favorezca la competencia como pueden corregirse tales ineficiencias.

Ahora bien, la regulación no garantiza en sí misma la corrección de los fallos de mercado, sino que dicha intervención, en caso de ser ineficiente, puede incluso generar mayores costes que los derivados de los citados fallos del mercado. Esto es lo que en la literatura especializada se conoce como “fallos del sector público”. Por tanto, no solo existen fallos de mercado que pueden justificar la regulación, sino que también

existen fallos del sector público al aplicar dichas políticas regulatorias que alejan los resultados esperados de la intervención de los efectos de la aplicación de la política regulatoria.

¿Cómo debe ser entonces esa intervención regulatoria para ser eficiente? Es precisamente en el objetivo de corregir esos fallos regulatorios donde se justifica la creación de órganos independientes encargados de tales funciones, diferenciando así la aplicación de la política regulatoria de la definición de la normativa, que se mantiene en la propia Administración. El objetivo de crear autoridades independientes de regulación es aislar la implementación de tales políticas de decisiones de carácter político o electoralista, incrementando así la credibilidad regulatoria. Un organismo de regulación independiente podrá, desde un punto de vista teórico, dotar a la política regulatoria de una continuidad y credibilidad mayor que si tales funciones y decisiones se mantienen dentro de lo que podemos denominar como Administración tradicional (Ministerios, Direcciones Generales, etc.).

Sin embargo, pese a los potenciales beneficios que esta forma de regulación presenta, las agencias independientes también conllevan ciertos problemas, o costes, que, en ocasiones, pueden incluso llegar a anular las ventajas teóricas que justifican su existencia. Será su diseño, las características organizativas de estas agencias y el poder regulador que le sea otorgado lo que va a determinar su nivel de independencia y credibilidad y, por tanto, que las ventajas esperadas de su creación superen a los costes que llevan aparejados.

El aspecto esencial atribuible a este tipo de entes reguladores es precisamente su independencia, esto es, la autonomía que sus decisiones pueden tener del poder político y de los propios regulados, además de la autonomía financiera del regulador en el desarrollo de sus funciones. Y, ¿cómo se consigue? La literatura ha mostrado algunos aspectos del diseño y modelo organizativo de tales organismos que influyen favorablemente en su nivel de independencia. El nombramiento de los miembros del regulador es uno de métodos de control o influencia política más evidentes, desde el punto de vista empírico, y uno de los que mayor atención ha recibido en la literatura especializada. Y, junto al nombramiento, otros aspectos que parecen influir directamente en el nivel de independencia del regulador serían la imposibilidad de renovación en el cargo de sus responsables y la fijación de mandatos con una duración lo suficientemente amplia para evitar la injerencia política en las decisiones del regulador.

Y, como complemento necesario a esa autonomía organizativa, los reguladores deben tener autonomía funcional, dotándoles así de la credibilidad necesaria en la implementación de su política y de la reputación en sus actuaciones. Por ello, estas agencias deben actuar como verdaderos reguladores, asumiendo las competencias

necesarias para el desarrollo de sus funciones, y no como organismos asesores o de supervisión manteniendo el Gobierno y sus departamentos buena parte de las decisiones regulatorias que debían transferirse a estos organismos.

Finalmente, hay un aspecto clave dentro del diseño organizativo y funcional de estos organismos que es su configuración como agencias de carácter sectorial o bien de organismos multisectoriales que agrupen en su seno funciones regulatorias de áreas afines. Este es un tema que ha ido adquiriendo una importancia creciente en la literatura especializada y que, como se verá, está directamente vinculado con el objeto de análisis de esta Tesis referido al caso español. Es por ello que el análisis de las ventajas e inconvenientes de ambos diseños y, en especial, de lo que puede considerarse como un segundo escalón en lo que a la configuración de organismos multisectoriales se refiere (con el desarrollo de modelos integrados de regulación y competencia) ha recibido una atención especial en este capítulo, resumiendo las principales ideas encontradas en la literatura especializada y las distintas corrientes de opinión a favor (y en contra) de este tipo de estructuras organizativas.

CAPÍTULO 3. MODELOS INSTITUCIONALES DE REGULACIÓN Y COMPETENCIA EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

3.1 Introducción

En Europa, las políticas de liberalización de los mercados y fomento de la competencia en las denominadas *utilities*, dieron lugar a la aparición de numerosos organismos independientes dedicados a la regulación de tales mercados, la supervisión de su funcionamiento y la protección de los consumidores en prácticamente todos los sectores liberalizados. Buena parte del impulso expansivo en lo que a creación de este tipo de organismos se refiere se encontraba en las exigencias europeas y, en concreto, en las obligaciones recogidas en las directivas comunitarias sobre la liberalización de los mercados. Reino Unido se convirtió en el país impulsor de este tipo de organismos en Europa, y sus agencias sirvieron de ejemplo a las creadas posteriormente en prácticamente todos los países europeos.

Más recientemente, sin embargo, la tendencia observada en muchos países europeos es la contraria, es decir, la proliferación en la creación de órganos independientes ha sido reemplazada por la tendencia a la reducción de los mismos con el objetivo de favorecer su control, así como de reducir el nivel de gasto aparejado. Dicha reducción deriva de la integración en un mismo organismo de funciones regulatorias de sectores afines o con un elevado grado de complementariedad en lo que a la aplicación de las políticas de liberalización y fomento de la competencia se refiere.

La integración de órganos de regulación sectoriales ha sido una tendencia común en prácticamente todos los países de nuestro entorno. Sin embargo, existen notables diferencias en lo que al nivel de integración de organismos de regulación se refiere. Mientras que unos países han optado por integrar únicamente aquellos órganos de regulación de sectores próximos (o afines) y, por tanto, con funciones regulatorias que presentan elevadas sinergias (sería el caso de Reino Unido), otros países han optado por integrar organismos de regulación de distintos sectores de red dando lugar a reguladores multisectoriales. Es el caso de Alemania o de Holanda (antes de la reforma de 2013). En ellos se han mantenido reguladores de carácter sectorial, con un nivel mayor o menos de integración de tales organismos y, en paralelo, un

órgano independiente encargado de la aplicación y defensa de la política de competencia en los mercados.

Frente a este grupo de países, en los que la integración se ha centrado en los órganos de regulación sectoriales, existe lo que podría considerarse un segundo escalón en la fusión de los órganos de regulación y supervisión. En él se encuentran aquellos países que han optado por unir en un mismo organismo las citadas funciones de regulación con las de defensa y fomento de la competencia. E incluso, en algunos casos, también con las de protección del consumidor. El número de países en los que se ha aplicado este tipo de integración de organismos independientes es mucho más reducido. Cabe citar el caso de la ACM holandesa en el ámbito europeo, que regula los mercados de energía, transporte y telecomunicaciones, así como la competencia y la protección de los consumidores, o de otros ejemplos, ya más lejanos, como el de Australia, donde el ACCC abarca los sectores de telecomunicaciones, agua y postal o los de México y Nueva Zelanda.

Parece claro que ambos tipos de funciones, las de regulación y defensa de la competencia tienen algunas fronteras y espacios que pueden llegar a ser comunes, pero también presentan objetivos notablemente diferentes. Es por ello que buena parte de los países europeos (y también internacionales) hayan optado por seguir disponiendo de agencias reguladoras de los sectores básicos y especialmente sensibles para la sociedad y la economía, como la energía, las telecomunicaciones o los transportes, y que, al propio tiempo, dispongan de una Comisión (o Agencia) responsable de la defensa y promoción de la competencia. Y solo muy pocos países – como Holanda y España (como se verá en los capítulos siguientes) – han optado por integrar ambas funciones en un solo organismo.

En todo caso, como se verá, si algo permite extraer el análisis de las experiencias internacionales y los modelos institucionales aplicados en cada uno de ellos, es que no existe acuerdo, como ya se ha anticipado, en cuanto al diseño organizativo óptimo para los órganos de regulación y competencia. Diferentes modelos pueden funcionar de forma óptima siempre que su diseño e implementación se adecue a las características económicas y regulatorias del país. En este sentido, cabe recordar las tesis defendidas por el nuevo institucionalismo, que fueron descritas en el apartado 2.5 anterior.

Las distintas combinaciones y modelos adoptados en el ámbito internacional permiten clasificar las tipologías de las agencias en cuatro grupos atendiendo al tipo de funciones que asumen:

1. **Regulador multisectorial:** En este grupo se encuentran, por ejemplo, el BNetzA alemán, que regula los sectores de electricidad, gas,

telecomunicaciones, postal y ferrocarril, o el ILR de Luxemburgo que une a los anteriores los mercados de transporte en general.

2. **Agencia de competencia + protección del consumidor:** En este grupo se incluyen aquellos casos en los que la fusión se produce, únicamente, entre órganos de competencia, como ha ocurrido en Dinamarca, Francia, Finlandia, Reino Unido o EEUU.
3. **Agencia de competencia + regulador multisectorial:** En el que se sitúa el caso de Holanda, país en el que el órgano de competencia se ha unido con el regulador de energía y transporte (que estaba operativo hasta abril de 2013), y también modelo implantado España a partir de 2013, al crear la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), que integra la vertiente reguladora con las funciones de la competencia.
4. **Agencia de competencia + protección del consumidor + regulador multisectorial:** Realmente en este modelo se sitúa la ACM holandesa, que regula los mercados de energía, transporte y telecomunicaciones, así como la competencia y la protección de los consumidores. Otro ejemplo es el de Australia, donde la ACCC abarca los sectores de telecomunicaciones, agua y postal.

Con todo, y a la vista de la variedad de modelos existentes, tanto desde el punto de vista teórico como en la práctica (Tabla 2), la pregunta que cabe hacerse es ¿existe un modelo óptimo o, al menos, mejor que el resto?

Las opiniones al respecto son, como cabría esperar, diversas y encontradas. Otow (2014) se plantea la cuestión de si es preferible coordinar las funciones de agencias independientes o si, por el contrario, los resultados son mejores cuando se opta por la integración bajo una misma entidad de distintas funciones. Mientras algunos defienden la idea de que la superposición de agencias les obliga a rivalizar en poder y credibilidad en el desarrollo de sus funciones, otros consideran que lo que sucede es que lo que se provocan son problemas de coordinación y de solapamiento de funciones, así como la duplicación de costes innecesarios.

Al mismo tiempo, surge el temor de la pérdida de peso de un tipo de función frente a otra dentro de un mismo organismo. Por ejemplo, en el caso de Holanda, algunos autores han criticado el excesivo peso atribuido dentro del nuevo organismo integrado a las funciones de defensa del consumidor. Para otros, sin embargo, la integración de las comisiones, tanto reguladoras como de competencia, permiten el aprovechamiento de sinergias y conocimientos entre los distintos ámbitos, lo cual tendría que repercutir positivamente en el funcionamiento de un órgano

multifuncional. El debate sigue, en todo caso, muy abierto, en especial, como se verá en los capítulos siguientes, en el caso de España.

Tabla 2. Diferentes modelos organizativos de las autoridades de competencia en la UE

PAISES	FUNCIONES DE LA AUTORIDAD DE COMPETENCIA			FUNCIONES DE INSTRUCCIÓN Y DECISIÓN	
	COMPETENCIA	COMPETENCIA + REGULACIÓN	COMPETENCIA + PROTEC. CONS.	1 ORGANISMO	2 ORGANISMOS
Austria		X			X
Bélgica	X				X
Bulgaria		X		X	
Chipre	X			X	
Rep.Checa		X		X	
Dinamarca		X		X	
Estonia		X	X	X	
Finlandia	X			X	
Francia			X	X	
Alemania	X			X	
Grecia	X			X	
Hungría		X	X	X	
Irlanda			X		X
Italia			X	X	
Letonia		X	X	X	
Lituania			X	X	
Luxemburgo	X				X
Malta			X	X	
Holanda		X	X	X	
Polonia		X		X	
Portugal	X			X	
Rumanía	X			X	
Eslovaquia	X			X	
Eslovenia	X			X	
España		X		X	
Suecia		X		X	
Reino Unido			X	X	

Fuente: Trillas & Xifré (2016)

Pero si desde un punto de vista teórico no se ha resuelto la cuestión de cuál sería el modelo institucional óptimo, en la práctica la variedad de modelos aplicados tampoco parece resolver, a priori, esta pregunta.

Así, por un lado, encontramos la citada tendencia hacia la unión (en distinto grado) de ambos tipos de funciones, o al menos el traspaso de determinadas funciones de regulación hacia las autoridades de competencia. Por ejemplo, en 2009 Dinamarca traspasó las tareas de regulación del sector de distribución del agua a la autoridad de competencia, en Estonia (2008) el órgano de competencia asumió las funciones regulatorias de los sectores de energía, ferrocarril y telecomunicaciones y en Lituania (2009 y 2011) la comisión de competencia del país se convirtió también en regulador ferroviario.

Pero, como destaca Jenny (2016), también han existido movimientos contrarios, es decir, países que han optado por separar funciones de regulación y competencia que coincidían en un mismo órgano. Tal es el caso de la propia Dinamarca, que, en 2010, al tiempo que fusionaba las funciones de regulación y competencia en el sector del agua, segregaba a la autoridad reguladora de la energía de la autoridad de competencia (uniendo a esta última, a su vez, las funciones de protección del consumidor). Y otro ejemplo es el de Estonia, que en 2014, después de transferir a la autoridad de competencia en el año 2008 las funciones de regulación de energía, agua, postal, ferrocarril, servicios aeroportuarios y telecomunicaciones, separó estas últimas (las de telecomunicaciones) en favor de un regulador sectorial especializado.

En definitiva, la variedad de modelos organizativos en el ámbito internacional es muy amplia. En este capítulo se han seleccionado, para su análisis, tres tipos de modelos institucionales europeos que, por su representatividad, pueden resultar de interés a efectos comparativos con el análisis posterior del caso de España. En concreto, se han tomado los casos de Reino Unido, Alemania y Holanda ya que representan cada uno de ellos un nivel diferente dentro de la tendencia a la integración de organismos reguladores que, como se ha dicho, viene imponiéndose en los últimos años.

El modelo alemán y el holandés resultan especialmente interesantes por haber sido la principal fuente de comparación con el modelo aplicado en España. Se incluye también el modelo británico que pese a alejarse más del caso de España también tiene aspectos de análisis que pueden ser interesantes a efectos comparativos. De hecho, este país partía de un diseño institucional próximo al existente en España hasta la reforma de 2013 y optó por la integración de sus dos autoridades de competencia en un solo organismo, en línea con lo que ocurrió en España con la Ley de Competencia de 2007. En lo que a los organismos reguladores se refiere, sin embargo, ha mantenido

organismos sectoriales de regulación fusionando únicamente aquellos que desarrollaban sus funciones en sectores muy próximos o afines del mercado. En definitiva, el modelo británico se aproximaría en gran medida al que había en España hasta la creación de la CNMC.

Junto a los tres modelos citados, se han añadido unas breves referencias a otros ejemplos internacionales que, por sus características, pueden resultar de interés, aunque no sean directamente comparables con el caso de España y la evolución del modelo institucional en nuestro país. Es el caso de EEUU, que se considera de interés por ser el país impulsor en la creación de organismos independientes de regulación; de México, por ser uno de los escasos ejemplos internacionales que aplican un modelo institucional integrado; y finalmente de Suiza, por ser un país europeo ajeno a la UE y, por tanto, no sujeto a sus directrices en lo que a la creación de organismos reguladores se refiere.

3.2 Reguladores sectoriales y autoridad de competencia: El modelo británico

El modelo de agencias regulatorias independientes aplicado en Reino Unido tiene importancia por ser el país precursor en Europa y el que mayor influencia ha ejercido sobre la expansión de este tipo de órganos en el resto de países europeos.

El modelo británico se ha caracterizado por la presencia de múltiples órganos de regulación sectorial e incluso, durante un tiempo, también por la presencia de varias autoridades de defensa de la competencia. Sin embargo, lo cierto es que, en los últimos años, Reino Unido también ha seguido la tendencia a la integración de organismos afines imperante en Europa. Pero, a diferencia de otros países, aquí la fusión de reguladores se ha limitado a aquellos con funciones afines o que actúan en sectores comunes o estrechamente relacionados entre sí. Se ha seguido, por tanto, un modelo tendente a la creación de reguladores convergentes, uniendo en un mismo organismo las competencias de política de regulación sectorial de áreas afines, como puede ser el caso de las telecomunicaciones o la energía.

Es el caso, por ejemplo, del regulador de telecomunicaciones OFCOM, donde confluyeron las funciones sectoriales en materia de comunicaciones electrónicas y audiovisuales⁴¹. Más recientemente *la Enterprise and Regulatory Reform Act 2013* de 25 de abril, creó la *Competition and Markets Authority (CMA)*, que es la autoridad de competencia británica, en la que se fusionaron las funciones anteriormente atribuidas

⁴¹ Según Delgado, García Cobos, y García Díaz (2012) esta fusión de reguladores dentro del sector de telecomunicaciones supuso un ahorro estimado del 12% de los costes operativos.

a la Comisión de Competencia (CC) y una serie de responsabilidades desarrolladas por la *Office of Fair Trading (OFT)*.

La fusión de estos órganos se basaría en los beneficios esperados de aplicar criterios homogéneos en las decisiones regulatorias en mercados estrechamente relacionados e incluso interconectados. Por ejemplo, una diferencia de criterio entre la regulación del mercado de telecomunicaciones y la del mercado audiovisual causaría mayores distorsiones que entre el primero y el del gas (Delgado, García Cobos, & García Díaz, 2012).

Por otro lado, como se verá también en los apartados siguientes, otra característica del modelo británico es que los reguladores sectoriales poseen algunas funciones en materia de competencia, solapándose así sus actuaciones con las de la CMA. Por ello, ha sido necesario diseñar un sistema de coordinación y colaboración entre ambos tipos de organismos.

En los sub-apartados siguientes se resumen las características más destacables de los principales órganos de regulación sectoriales y la autoridad de competencia británica.

3.2.1 *Reguladores sectoriales independientes*

Reino Unido es el país europeo con mayor experiencia en la creación de este tipo de órganos reguladores, donde surgen a finales de los setenta, y que han ido sirviendo de ejemplo a la denominada “segunda ola” de instituciones reguladoras continentales que se desarrolla en Europa a partir de la segunda mitad de los noventa. Sin embargo, la creación de este tipo de órganos no era algo nuevo en Reino Unido, ya que la presencia de organismos públicos independientes ha sido una estrategia utilizada tanto por el Parlamento como por la Corona para limitar el poder del otro.

Ya en el siglo XIX se habían creado algunos órganos, asimilables a las posteriores agencias independientes. Moreno Molina (1995) señala que en 1846 se creó una entidad con tales características en Reino Unido, en concreto una Comisión Supervisora formada por cinco miembros, cuyo resultado no fue el esperado y fue suprimida cinco años después. Más tarde, en 1873 se constituyó la *Board of Commissioners*, que también sería suprimida años después debido a su ineficiencia y escasos poderes atribuidos. Es en 1888, con la creación de la *Railway and Canal Commission* cuando se crea la primera autoridad administrativa independiente. La mayor parte de las mismas surgen más tarde, en la década de los cincuenta y sesenta, impulsadas por el desequilibrio en las finanzas públicas y la política del Gobierno

conservador de Margaret Thatcher (1979-1990) de liberalización de los mercados y reducción de la presencia del Estado en la economía. En esta época se desarrolló el intenso programa de privatizaciones británico que incluyó a compañías como *British Telecom*, *British Petroleum*, *Rolls Royce*, *Jaguar*, *British Airways*, etc.⁴². Se crearon entonces un número muy elevado de órganos de regulación con el fin de regular estos mercados y controlar el elevado poder del que disfrutaban las sociedades privatizadas.

Desde el punto de vista legal, la mayor parte de estas agencias, a las que se denominan “*Quangos*” (siglas de “*Quasy autonomous non governmental organizations*” es decir, organizaciones no gubernamentales cuasi-autónomas), son organismos públicos ubicados fuera de la estructura de los departamentos ministeriales y dotados de un amplio nivel de autonomía⁴³. Dentro de estos *Quangos* se incluyen los *Executive Bodies*, *Advisory Bodies* y los *Tribunals*.

La proliferación en la creación de tales órganos hizo difícil precisar cuántas agencias de este tipo existían⁴⁴, máxime teniendo en cuenta que la creación de este tipo de órganos no ha seguido una política predeterminada sino la constitución de agencias para cada caso concreto, y que, una vez creado, un organismo de este tipo difícilmente desaparece (en todo caso se transformaría su régimen jurídico).

El primer regulador independiente creado en Reino Unido fue el del sector de telecomunicaciones (*Office of Telecommunications*, OFTEL), cuya constitución fue unida a la privatización del 50% de *British Telecommunications* mediante OPV en el año 1984. OFTEL serviría de modelo a gran parte de los reguladores sectoriales que se irían creando en otros países europeos. Mas tarde se crearon OFGAS (*Office of Gas Supply*) en 1986, OFFER (*Office of Electricity Regulation*) en 1989, Offwat (*Office of Water Services*) en 1989, ORR⁴⁵ (*Office of Rail Regulator*) en 1993 y Postcomm (*Postal Services Commission*) en 2000. A estos reguladores de industrias de red habría que añadir también la autoridad de aviación civil (*Civil Aviation Authority*, CAA) o la autoridad de servicios financieros (*Financial Services Authority*, FSA).

⁴² Sanchez Hernandez (2015).

⁴³ En Reino Unido existen también otro tipo de agencias, las “*Next Steps Agencies*”, creadas a partir de 1988 por el Gobierno conservador como una nueva forma de organizar la Administración basada en los principios de la descentralización funcional. Esto da lugar a la creación de agencias con personalidad jurídica propia, separada de la Administración, que forman parte del ejecutivo. El Gobierno establece los objetivos de estas agencias que tienen autonomía ejecutiva para su cumplimiento, ejerciendo sobre las mismas un control a posteriori, de forma que si no alcanzan sus objetivos, puede cesar a sus miembros (normalmente funcionarios).

⁴⁴ Según Salvador Martínez (2002), en 1994 el número total estaría en torno a 6.700 en todos los ámbitos de la Administración.

⁴⁵ Según House of Lords (2007, pág. 18), este es uno de los reguladores con mayor influencia política.

Todo ello dio lugar a una compleja estructura de regulación en la que se solapaban funciones y organismos. En este sentido, cabe destacar por su importancia el denominado “informe Hampton” (Hampton, 2005), que tras analizar la situación y estructura regulatoria británica subrayó la importancia de adecuar su tamaño y simplificar la estructura existente, reduciendo el número de reguladores y mejorando la coordinación y rendición de cuentas en todo el sistema regulatorio. En concreto, este informe recomendó la reducción de los treinta y un reguladores nacionales existentes mediante su agrupación en siete reguladores temáticos o sectoriales. (OECD, 2010)

A partir del año 2000 se inició un proceso de fusión de reguladores independientes que llevó a la unión de los órganos de regulación de sectores convergentes o próximos. Es el caso de la fusión de los reguladores de gas (OFGAS) y electricidad (OFFER), para crear la nueva Ofgem (*Office of Gas and Electricity Markets*). Al mismo tiempo, se fusionaron varios reguladores del sector de comunicaciones en la nueva OFCOM (*Office of Communications*) constituida en el año 2002. En concreto, OFCOM es el resultado de la fusión de ITC (*Independent Television Commission*), BSC (*Broadcasting Standards Comissions*), RA (*Radio Authority*), *Radiocomunications Agency* y OFTEL (*Office of Telecommunications*).

Además, este proceso de fusiones ha llevado aparejado un cambio en la organización de los nuevos reguladores, que, si bien tradicionalmente estaban dirigidos por un responsable individual, en concreto un director general, los nuevos órganos de regulación surgen como organismos colegiados, dirigidos por un consejo. Este cambio organizativo se extendió, además, a los reguladores preexistentes y a las autoridades de competencia (House of Lords, 2007).

Si bien hay elementos comunes a todos los órganos sectoriales en relación con sus funciones de regulación económica, cada uno de ellos tiene diferentes obligaciones legales, en particular en relación con sus deberes de competencia en el sector en el que actúan. En Reino Unido no se ha planteado la posibilidad de desarrollar un cambio en el modelo organizativo de los órganos de regulación sectorial descrito, pero sí de coordinar su funcionamiento especialmente en determinados temas que pueden ser comunes a todos los sectores.

Con este objetivo, en 2005 se creó un Grupo Mixto de Reguladores (JRG) que en marzo de 2014 fue sustituido por una Red de reguladores del Reino Unido (UKRN), cuyo objetivo es mejorar la coordinación entre los reguladores para el beneficio último de los consumidores (HM Government, 2014). Adicionalmente, el Gobierno británico estableció la obligación de informar periódicamente de la actividad y funcionamiento de estos organismos, fijando objetivos de obligado cumplimiento en cuanto a su actividad y beneficios para los consumidores.

Pese a las diferencias existentes entre ellos, cabe destacar algunas características genéricas de estos organismos. Por un lado, la responsabilidad e influencia política en su funcionamiento es limitada, aunque si es mayor en el nombramiento de sus responsables, ya que los nombramientos los realiza el Gobierno sin que intervenga el Parlamento.

Los miembros son elegidos por el Gobierno, y el Parlamento solo participa en aquellos casos en que se prevea expresamente en su ley de creación. Estos procesos de selección, o los criterios que sean tenidos en cuenta, no son públicos. En general, el nivel de politización de los cargos de responsabilidad en estas agencias es reducido (en pocos casos son personas afiliadas o con experiencia política previa) y suelen ser personas con experiencia profesional anterior en el sector privado.

En las normas de creación no se especifican los criterios de elegibilidad que, en la práctica, se reducen a los contactos y el conocimiento personal, y tampoco se exige que los miembros deban representar intereses o sectores diferentes. No existe un régimen de incompatibilidades. Sólo en algunos casos la Ley establece los motivos por los que el Gobierno puede cesar a los miembros (normalmente incapacidad o incumplimiento) aunque en general, aunque la ley no lo diga expresamente, se requiere de razones justificadas.

El control judicial también es muy escaso debido a la confusión propia de sus estatutos, y se reduce a una función de conocimiento meramente formal de las decisiones.

Sin embargo, respecto a su nivel de independencia de los regulados, diversos autores señalan que el principal problema de los reguladores británicos ha sido su captura por el sector privado, siendo utilizados por las empresas del sector como instrumento para influir en las políticas públicas que se les aplican⁴⁶.

Estos órganos deben elaborar anualmente un informe de sus actividades que es remitido al Parlamento. Dichos informes incluyen detalles de gastos e ingresos, así como estadísticas de sus actuaciones.

A) Regulador de telecomunicaciones: OFCOM

El regulador de comunicaciones británico (*Office of Communications*, OFCOM) es el regulador independiente y autoridad de competencia del sector de las comunicaciones de Reino Unido, que abarca los sectores de radiodifusión, telecomunicaciones y comunicaciones inalámbricas, así como los servicios postales.

⁴⁶ Betancor Rodríguez (1994)

Fue creado en 2003 como resultado de la fusión de cinco reguladores ya existentes. Su predecesor en tales funciones, la desaparecida Oficina de Telecomunicaciones (OFTEL), fue acusada de haber beneficiado al operador *BT Group* en el mantenimiento de un monopolio de telefonía fija que perjudicó a sus competidores. Se optó entonces por eliminar dicho regulador y sustituirlo por OFCOM⁴⁷.

Se financia mediante un sistema mixto a través de las tasas a las empresas del sector y las subvenciones recibidas a través de dos departamentos gubernamentales: el Departamento de Negocios, Innovación y Habilidades y el Departamento de Cultura, Medios y Deportes.

El órgano principal de decisión es el Consejo, con un presidente no ejecutivo (Chairman) y puede estar formado por hasta nueve miembros adicionales, tres de los cuales pueden ser cargos ejecutivos.

El nombramiento de los miembros no ejecutivos del Consejo corresponde al Secretario de Estado de Cultura, Medios y Deportes, así como la aprobación del nombramiento del Jefe Ejecutivo. De igual forma, sería el encargado de apartar a alguno de los citados miembros de su cargo cuando concurriera cualquiera de las circunstancias previstas en la legislación (quiebra, conflicto de intereses, la mala conducta o incapacidad). Los miembros adicionales del consejo que representan al personal (conocidos como "miembros del personal") pueden ser nombrados por el presidente y el resto de consejeros, si bien requieren también la aprobación del Secretario de Estado. Por tanto, en el nombramiento de los miembros del regulador no interviene el Parlamento, lo que deriva en la fuerte influencia política que tiene este regulador (y en general todos los reguladores británicos) por parte del Gobierno existente.

La duración del mandato tanto del presidente como de los consejeros no ejecutivos es de tres a cuatro años.

⁴⁷Ver Sanchez Hernandez (2015)

B) Regulador de energía: OFGEM

OFGEM (*Office of Gas and Electricity Markets*) es el regulador británico para el sector energético⁴⁸. Fue creado en 1999 mediante la fusión del regulador del sector gasista (OFGAS) y el regulador del mercado eléctrico (OFFER).

Está dirigido por la Autoridad del Mercado del Gas y la Electricidad (GEMA, *Gas and Electricity Markets Authority*), que es la encargada de establecer la estrategia de actuación del regulador, las decisiones en materia regulatoria, así como imponer multas y sanciones a las compañías reguladas del sector, que pueden ser recurridas ante los tribunales competentes, y establecer los gravámenes sobre combustibles fósiles en Inglaterra, Gales y Escocia.

Está formada por miembros ejecutivos y no ejecutivos, estos últimos nombrados por el Secretario de Estado de Energía y Cambio Climático. El nombramiento se realiza tras un proceso abierto y competitivo, y la duración del cargo es de cinco años. Los miembros ejecutivos, por su parte, son nombrados de acuerdo a la normativa para altos cargos de la Administración, y mantienen su puesto en la Autoridad mientras dura su cargo en el regulador, respetando en todo caso, los plazos máximos previstos en las directivas europeas de energía⁴⁹.

Se financia al 100% mediante tasas abonadas por las empresas del sector. En 2015 tenía 1.032 empleados.

Sus principales funciones respecto al sector eléctrico incluyen: asegurar demandas razonables de electricidad, asegurar que los poseedores de licencias pueden financiar sus actividades en el mercado, promover la competencia, proteger a los consumidores en relación con los precios y la calidad del precio, promover la eficiencia económica entre los oferentes de energía, asegurar el cumplimiento de la Ley de Electricidad, etc.

En el sector gasista, por su parte, sus funciones incluyen fomentar la competencia entre los proveedores de gas doméstico, emitir licencias para las compañías de transporte, embarque y suministro de gas, garantizar el cumplimiento de los requisitos de calidad, protección de los consumidores, etc.⁵⁰.

⁴⁸ Irlanda del Norte tiene su propia oficina de regulación de electricidad y gas OFREG (Sifontes, 2012).

⁴⁹ Ofgem (2015)

⁵⁰ Ver Sifontes (2012)

C) Regulador de servicios de agua: OFWAT

Es el regulador para la industria del agua y alcantarillado en Inglaterra y Gales, entre cuyas funciones se incluye asegurar la prestación del servicio con unos estándares de calidad, eficiencia y adecuación del precio para los consumidores, así como incentivar la competencia. Es un departamento gubernamental dirigido por el director general de los servicios de agua. Se financia con contribuciones aplicadas a las empresas reguladas que cubren el presupuesto aprobado por el Parlamento (Sifontes, 2012)

D) Regulador ferroviario: Office of Rail Regulation (ORR)

El regulador ferroviario fue creado por la Ley ferroviaria de 1993; pero en 2004 fue sustituido por un nuevo órgano estatutario, la Oficina de Regulación Ferroviaria (ORR, por sus siglas en inglés), constituido por la Ley de seguridad del ferrocarril y del transporte de 2003.

La Oficina de Regulación Ferroviaria (ORR) es el regulador independiente de la seguridad y economía de los ferrocarriles británicos. Es la responsable de regular el mercado y expedir licencias para los operadores de material ferroviario. También es la autoridad nacional de seguridad y salud de los ferrocarriles británicos.

Este organismo tiene una financiación mixta, por derechos de licencia y por una tasa de seguridad ferroviaria. Las actividades de regulación económica se financian con los derechos de licencia y las de seguridad y salud con la tasa de seguridad⁵¹.

3.2.2 Autoridad de competencia: CMA

Tradicionalmente, en Reino Unido habían existido dos autoridades de competencia. Por un lado, la denominada *Competition Commission* (CC), encargada de las fusiones y monopolios, y por otro OFT (*Office of Fair Trading*), cuyo objetivo era favorecer la competencia y evitar situaciones de abuso de poder de mercado.

En abril de 2013 se crea la CMA (*Competition and Markets Authority*) mediante la *Enterprise and Regulatory Reform Act 2013*, de 25 de abril, como un organismo independiente que combina en su seno las funciones de las dos autoridades

⁵¹ Parlamento Europeo (2011)

precedentes⁵², si bien su entrada en funcionamiento efectiva no se produciría hasta abril de 2014⁵³. En concreto, esta autoridad de competencia británica es responsable de la aplicación de la legislación general sobre la competencia, como la prohibición de los acuerdos contrarios a la competencia y abuso de posición de dominio en virtud de la Ley de Competencia de 1998, y los artículos 101 y 102 del Tratado de la Unión Europea, así como de la investigación de las fusiones y las revisiones de competencia a nivel de mercado. La CMA también se ha hecho cargo de la función de la OFT como fiscal en materia de cárteles criminales y la responsabilidad de la CC para la determinación de ciertas apelaciones de los reguladores sectoriales.

El objetivo de la fusión y, por tanto, la creación de una autoridad única en materia de competencia, era el implementar una política de competencia coherente y unificada, así como mejorar el nivel de eficiencia en la resolución de los expedientes.

Aunque la nueva CMA ha conservado algunas funciones relativas a la protección del consumidor, la mayoría de estas funciones, tradicionalmente desarrolladas por la OFT, han sido transferidas a otros organismos. Esto ha supuesto un cambio importante respecto a la tradición británica de combinar en un mismo organismo las funciones de protección del consumidor y desarrollo de la competencia.

En Reino Unido, las funciones de competencia corresponden al Departamento de Negocios, Innovación y Habilidades (BIS), que es el responsable de la política general para la defensa y el fomento de la competencia y, por tanto, también de establecer el marco de actuación de la CMA.

Dado que los reguladores sectoriales también pueden ejercer determinadas funciones en relación con la protección de la competencia en su ámbito sectorial, como se ha visto, esto ha generado ciertas fricciones entre ellos y la autoridad de competencia, que ha llevado al Gobierno a reforzar las competencias de esta última. Así los reguladores deben consultar a la CMA en materias de legislación de competencia que ha adquirido un mayor protagonismo en sus decisiones y se ha mostrado más exigente en sus actuaciones⁵⁴. Además, la Secretaria de Estado de Negocios, Innovación y Habilidades pueden restringir las funciones relacionadas con la competencia a los reguladores sectoriales, previa consulta, en caso de que se

⁵² Su creación fue fruto de la reforma más trascendental que se ha llevado a cabo en el régimen de Competencia en el Reino Unido en los últimos años (Ortiz, 2015).

⁵³ Desde la creación de la CMA hasta su puesta en marcha, un año después de su constitución, se realizaron varias consultas públicas, con el objeto de determinar el alcance de la CMA y la percepción sobre la nueva entidad. En paralelo se desarrollaron diversas reuniones entre los Directores de las dos entidades fusionadas, así como la presentación de los informes por parte de ambos equipos a efectos de precisar las actividades y resultados por cada uno y la línea a seguir en la Nueva Autoridad atendiendo a los objetivos y finalidades propuestos en la fusión (Ortiz Laverde, 2014).

⁵⁴ Ver Global Competition Review, United Kingdom (2015).

considere que éste no está haciendo un uso efectivo de sus facultades en relación con estas tareas.

En definitiva, con el nuevo modelo se ha buscado facilitar la coordinación en el desarrollo de las funciones relacionadas con el fomento de la competencia, que era precisamente una de las principales debilidades del modelo aplicado hasta la creación de la CMA. Así, por ejemplo, en 2014, OFGEM solicitó al CMA la elaboración de un análisis sobre el estado de la competencia en el sector de la energía, algo que hasta esa fecha y dado el reparto de tareas de competencia y los solapamientos existentes hubiera resultado impensable.

Ciertas decisiones pueden ser recurridas ante el Tribunal de Apelación de Competencia (CAT), un órgano especializado e independiente, mientras que las decisiones de control de concentraciones y de investigación de mercado pueden ser revisadas judicialmente.

Para favorecer el nivel de independencia de la CMA se han establecido determinados procesos, incluida la publicación de los informes y análisis, así como de la correspondencia con los ministros del ramo. Adicionalmente, está obligada a informar anualmente al Departamento de Negocios, Innovación y Habilidades (BIS) sobre: a) el cumplimiento de un beneficio financiero directo para los consumidores de al menos diez veces su coste para el contribuyente (estimado durante un período de tres años); y (b) el beneficio financiero directo para los consumidores de sus actuaciones, así como el coste de su funcionamiento⁵⁵.

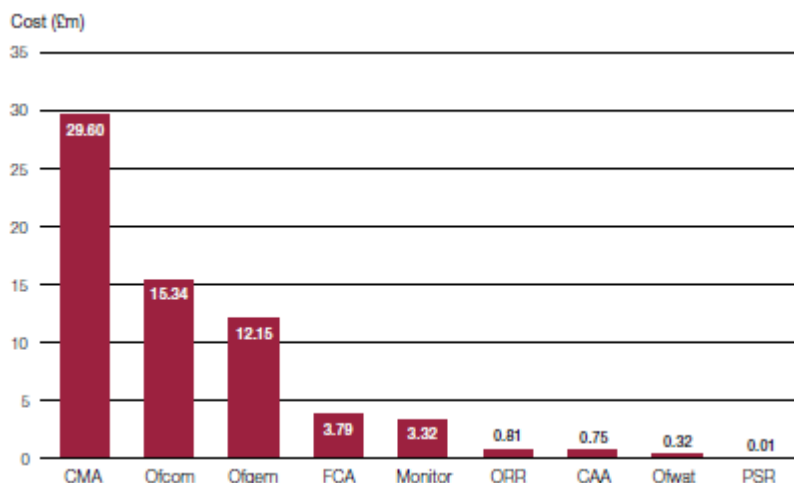
Orgánicamente, el hecho de formar parte de los departamentos gubernamentales no ministeriales, o los denominados *non-ministerial government departments*, permite garantizar su independencia, la gestión de sus recursos y el desarrollo de sus planes anuales de actividad⁵⁶.

En la actualidad, esta nueva autoridad de competencia británica ubicada en Londres cuenta con 700 empleados y tiene oficinas de representación en Escocia, Gales e Irlanda del norte.

⁵⁵ Para el período 2012-2015, el beneficio económico medio para los consumidores fue 745 millones de libras al año y la proporción de los beneficios directos sobre su coste fue de 11,2. (CMA, 2015)

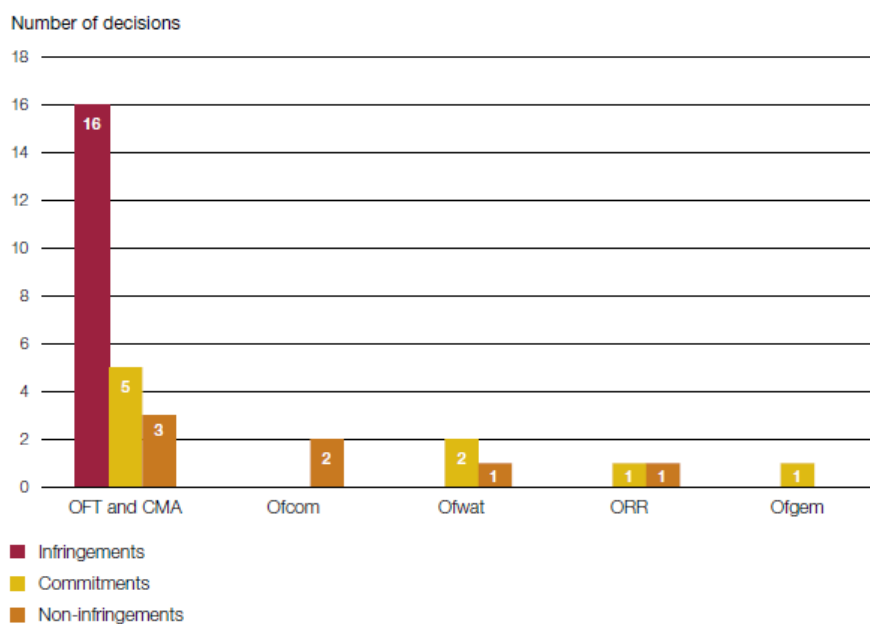
⁵⁶ Ortiz (2015)

Gráfico 4. Gasto estimado para el desarrollo de las funciones de competencia (2014-2015)



Fuente: National Audit Office (2016)

Gráfico 5. Número de expedientes cerrados (2010-2015)

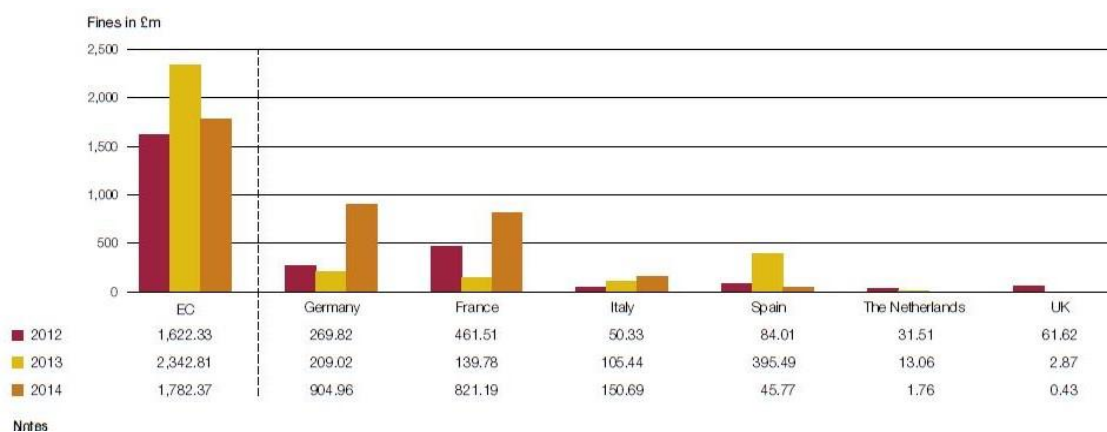


Fuente: National Audit Office (2016)

En opinión de National Audit Office (2016), el número de casos analizados por la autoridad de competencia británica es bajo, y lo mismo puede decirse de los expedientes elaborados por los reguladores sectoriales en relación con el cumplimiento de la legislación de competencia. Dicha afirmación se mantiene al

analizar la cuantía de las multas por incumplimiento y aún más al comparar con las autoridades de competencia de otros países europeos, si bien es cierto que en este último caso habría que tener ciertas cautelas como consecuencia de las diferencias existentes de tipo económico y legal entre tales regiones. Así, en 2014, el número de expedientes cerrados por la autoridad británica fue de 5 mientras que la francesa concluyó 22 expedientes y la autoridad alemana 29⁵⁷.

Gráfico 6. Cuantía de las multas impuestas por las autoridades de competencia en Europa (2012-2014)



Fuente: National Audit Office (2016)

3.3 Modelo de regulación multisectorial y autoridad de competencia. El caso de Alemania

En Alemania se ha seguido un modelo institucional convergente, basado en la creación de un regulador multisectorial, dentro del cual se han fusionado los reguladores sectoriales de ámbitos económicos que presentan ciertas complementariedades, manteniendo de forma diferenciada una autoridad de supervisión y fomento de la competencia (CC BKartA). Por tanto, aunque en el caso británico también se ha hablado de “convergencia” entre reguladores, los niveles aplicados en ambos países son muy diferentes. Mientras que, en el caso anterior, se fusionaban reguladores dentro de un mismo sector o dentro de ámbitos económicos estrechamente relacionados, en el modelo alemán, se ha optado por la creación de un gran regulador multisectorial en el cual se fusionan las tareas regulatorias de

⁵⁷ National Audit Office (2016)

prácticamente todos los sectores regulados (energía, telecomunicaciones, transporte, et.).

Así, el regulador multisectorial alemán, el *Bundesnetzagentur* (BNetzA) es el organismo independiente encargado de regular los sectores de electricidad, gas, telecomunicaciones, correos y transporte ferroviario a nivel nacional. Con sede en Bonn se ubica en la esfera del Ministerio Federal de Economía y Energía. Fue creado en 1998, siendo inicialmente el regulador sectorial de telecomunicaciones y correos, a los que se unió posteriormente el sector de la energía (en 2005) y el de ferrocarril (2006).

Por su parte, en paralelo al regulador multisectorial, el modelo mantiene una autoridad de competencia independiente, *Bundeskartellamt* (BKartA), cuyas funciones son la promoción y defensa de la competencia, para lo cual realiza investigaciones, imponiendo multas, detectando y sancionando los cárteles, la realización de informes sectoriales, el control de las fusiones y protección legal de los procedimientos en materia que afecte a la competencia. Posee una estructura compleja con 12 divisiones encargadas de ejercer las funciones que le han sido encomendadas. A continuación, se ahonda en las principales características de ambos organismos.

3.3.1 Regulador multisectorial (BNetzA):

A) Justificación:

En Alemania se ha optado por la creación de un regulador de industrias de red de carácter multisectorial. Dicho regulador ha sido el resultado de un proceso de integración progresiva de las funciones regulatorias de distintos sectores en un mismo organismo. Así, su origen se sitúa en el año 1998, con la liberalización y apertura a la competencia del mercado postal y de telecomunicaciones, que se había iniciado ya en el año 1994 con la privatización de *Deutsche Bundespost*, y su división en dos entidades *Deutsche Post* y *Deutsche Telekom*. La apertura a la competencia hizo necesaria la creación de una autoridad reguladora en materia de Telecomunicaciones y Correos, entonces llamada Autoridad Reguladora de Telecomunicaciones y Correos (*Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post*, RegTP), integrando las funciones hasta entonces desarrolladas tanto por el Ministerio correspondiente como por la Oficina Federal como supervisor de correos y telecomunicaciones.

Más tarde, en el año 2005, se añadieron a los sectores de telecomunicaciones y correos, las funciones de regulación de la electricidad y el gas, y en enero de 2006 se integraron también las del sector ferroviario (eliminándose a la autoridad que a la fecha desempeñaba la tarea regulatoria en esta materia). Se creó así un macro-regulador en materia de infraestructuras de red, el *Bundesnetzagentur für Elektrizität*,

Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (Agencia federal de redes para electricidad, gas, telecomunicación, correo y ferrocarriles).

La justificación de dicha transferencia de funciones a una sola entidad⁵⁸, responden a que todos los mercados fusionados eran antiguos monopolios que fueron abiertos a la competencia, por lo que debía aprovecharse el conocimiento adquirido por RegTP, sobre los sectores de telecomunicaciones y postal cuya regulación se basa en unos mismos principios si bien con las particularidades técnicas propias de cada sector. Este proceso obligó a una reestructuración de las funciones de la existente RegTP para la adecuación de la nueva estructura al aumento de las competencias.

En 2011, BNetzA llevó a cabo una evaluación del resultado del proceso de integración de los sectores de energía y ferrocarril dentro de su organización. De acuerdo con dicha evaluación (PWC, 2012):

- Las competencias multisectoriales refuerzan la independencia del regulador.
- Existen cuestiones regulatorias que son comunes en los diferentes sectores (por ejemplo, la determinación del WACC para el cálculo de la remuneración de las industrias reguladas), lo que favorece el aprovechamiento de sinergias.
- Se garantiza coherencia regulatoria en un entorno de creciente convergencia.

BNetzA estima adicionalmente que obtuvo un ahorro de costes administrativos del 25% entre 2006 y 2011 gracias a la fusión de los distintos organismos reguladores.

B) Estructura BNetzA:

Cuenta con un presidente, dos vicepresidentes, y un consejo asesor compuesto por 16 miembros de la cámara alta y 16 de la cámara baja. El presidente y los vicepresidentes de BNetzA son nombrados por el Presidente del Gobierno a propuesta del consejo asesor. La duración del cargo del presidente y los vicepresidentes es de 5 años, con posibilidad de renovación.

Por su parte, el consejo asesor del BNetzA, tal y como se establece en el artículo 5 de la Ley de Creación de la Agencia Federal de Redes, está formado por 16 miembros de la Cámara Alta del Parlamento y 16 por parte de la Cámara Baja, y son propuestos por el Parlamento Federal para un periodo de cuatro años. Además de proponer al presidente y vicepresidentes del regulador, sus funciones incluyen el asesoramiento en materias regulatorias. Respecto del sector de telecomunicaciones participa en decisiones específicas como la determinación de las condiciones de uso de

⁵⁸ Ortiz Laverde (2014)

determinadas frecuencias y la adjudicación del espectro, así como la determinación de las obligaciones del servicio universal, o la revisión ex post de las tasas de acceso. En el sector postal, la cámara se centra en el poder (ex ante y ex post) de autorización de tarifas y el control de las prácticas restrictivas de la competencia, incluyendo la regulación del acceso a la red postal. En el sector energético de la Ley de Energía da a las cámaras correspondientes el poder de decisión sobre cuestiones de acceso general e individual a las redes de electricidad y gas y en las tarifas de red.

El BNetzA cuenta con divisiones especializadas para cada uno de los sectores que regula, que es precisamente uno de los aspectos diferenciadores de este regulador frente a otros comparables a nivel europeo. Las decisiones en materia regulatoria se adoptan además en 9 cámaras o “*ruling chambers*” especializadas por sector y tipo de asunto. Cada una de ellas está compuesta por un presidente y dos asesores designados por el presidente del órgano regulador y actúan a modo de consejo de carácter especializado y toman decisiones en materias específicas previamente asignadas. Estas decisiones finales de las cámaras sólo pueden ser impugnadas ante los tribunales⁵⁹.

Existen tres cámaras para el sector de telecomunicaciones, cada una de ellas encargada de unas funciones concretas, cinco para el sector de energía y una para el sector postal. Pese a su incorporación al regulador en 2006, no se ha creado ninguna cámara específica para el sector ferroviario. Sin embargo, el artículo 4 de la Ley Federal de Administración de Ferrocarriles requiere la creación de un consejo asesor especial para hacer frente a los problemas de acceso de infraestructuras ferroviarias (Consejo Asesor de infraestructuras Ferroviarias). Este Consejo se compone de nueve miembros de la cámara alta (*Bundestag*) y nueve representantes de la cámara baja (*Bundesrat*). Los representantes del *Bundesrat* alemán serán miembros o representantes políticos del Gobierno federal. En virtud del artículo 35 de la Ley General de Ferrocarriles (AEG), el consejo asesor de infraestructuras ferroviarias tiene la tarea de asesorar al regulador en el desempeño de sus funciones, la elaboración de su informe y hacer propuestas sobre el enfoque de sus actividades. Está autorizado para obtener información y opiniones del regulador que tiene además la obligación de proporcionarle la información solicitada.⁶⁰

Tal y como destaca el COIT (2012), el regulador alemán se diferencia del resto de órganos europeos precisamente por la constitución de las citadas cámaras especializadas dentro del organismo, de forma que las decisiones no las toma un único consejo sino varios consejos o cámaras. Dada la amplitud de las funciones asignadas a este órgano multisectorial, con la estructura propuesta se garantiza la especialización y al mismo tiempo la adecuación en las decisiones.

⁵⁹ PWC (2012)

⁶⁰ http://www.bundesnetzagentur.de/cln_1422/EN/General/Bundesnetzagentur/AdvisoryCouncil/RailInfrastructure/RailInfrastructure_node.html

El BNetzA se financia a través de las tasas (y otro tipo de cargos) aplicadas a las empresas de los distintos sectores regulados, por tanto, no a través de los presupuestos federales. El presupuesto para 2015 fue de 68 millones de euros, si bien pueden existir variaciones como consecuencia, por ejemplo, de fallos judiciales. De ellos, aproximadamente el 66% proceden de las empresas del sector de las telecomunicaciones. La plantilla, ese mismo año era de alrededor de 2.900 empleados⁶¹.

C) Funciones:

La función principal del BNetzA es promover la competencia a través de la regulación de las telecomunicaciones, la energía, los servicios postales y ferroviarios y garantizar el acceso a la red no discriminatorio. En concreto, debe facilitar la liberalización y la desregulación de los mercados de telecomunicaciones, correos y energía garantizando el acceso a la red transparente así como examinar las tasas de acceso.

Para lograr tales objetivos, el regulador alemán cuenta con procedimientos e instrumentos eficaces, incluidos los derechos de información e investigación, así como con el poder de imponer sanciones graduadas por incumplimiento de la normativa.

Las decisiones en los campos de la electricidad, gas, telecomunicaciones y postal son tomadas por sus Cámaras correspondientes, y no por el presidente u órganos de dirección del regulador. En caso de discrepancia, podrán ser impugnadas ante los tribunales.

⁶¹ Bundesnetzagentur (2015)

Cuadro 1. Resumen de las funciones del BNetzA

TELECOMUNICACIONES	SERVICIOS POSTALES	ENERGIA Y GAS	FERROCARRILES
<p>-Garantizar una competencia justa y viable a través de Alemania en materia del suministro de telecomunicaciones básicas (servicio universal) a precios asequibles en todo el país.</p> <p>-Promoción de los servicios de telecomunicaciones en las instituciones públicas.</p> <p>- Garantizar el uso eficiente y libre de interferencias de frecuencias, teniendo también en cuenta los intereses de radiodifusión y protección de los intereses de seguridad pública.</p> <p>A su vez, desempeña las siguientes tareas:</p> <p>- Administrar las frecuencias y números de teléfono</p> <p>-Supervisar el mercado, y asesorar a los ciudadanos sobre las nuevas regulaciones y las implicaciones de estos.</p>	<p>-Garantizar una competencia justa y viable a través de Alemania en materia del suministro de los servicios postales (servicio universal) a precios asequibles en todo el país.</p> <p>A su vez, desempeña las siguientes tareas:</p> <p>-Emitir licencias postales contribuye a las soluciones para las cuestiones de normalización</p>	<p>-Garantizar que las ofertas de los servicios de energía y gas sean seguras, a un bajo precio para el consumidor, que sean eficientes y respetuosas con el medio ambiente.</p> <p>- Que exista una competencia real y efectiva en el suministro de electricidad y gas, así como una operación eficiente y confiable de los sistemas de suministro de energía para el largo plazo.</p>	<p>-Examinar los servicios de red y centros de servicio.</p> <p>-Revisar la cantidad y la estructura de los cargos por el uso de infraestructuras y servicios asociados.</p> <p>-Garantizar el acceso no discriminatorio a la infraestructura ferroviaria (procedimientos de asignación y resultados) y los servicios asociados.</p>

Fuente: Ortiz Laverde (2014) y Bundesnetzagentur.

D) Independencia:

El regulador alemán es considerado un ejemplo de organismo independiente por la OCDE⁶². Dicha calificación vendría derivada de una serie de factores. En primer lugar, la ley de creación de este organismo establece explícitamente que no puede recibir instrucciones del Gobierno sobre sus decisiones o estrategias de actuación referidas tanto a aspectos generales de su funcionamiento como a casos particulares que sean tratados por este órgano. Al mismo tiempo, las decisiones de este órgano de regulación sólo pueden ser apeladas en última instancia ante los tribunales.

En el caso de una disputa legal, la autoridad de supervisión, a saber, el Ministerio Federal de Economía y Tecnología (BMWV), no puede anular una decisión tomada por la Cámara dominante. Existe derecho de veto sobre algunas decisiones del

⁶² Ver OECD (2014, pág. 49).

regulador por parte del Consejo de Ministros o del Ministerio competente en circunstancias excepcionales y tasadas, como en materia de control de concentraciones.

Para favorecer la transparencia de sus decisiones, las consultas se hacen públicas, las audiencias son orales y se publican los documentos y las resoluciones adoptadas por parte de las Cámaras son públicas. También se han establecido mecanismos de responsabilidad; de ahí que cada año deberá presentar un informe sobre los cinco sectores. En concreto, informes bianuales, donde se indique la situación y desarrollo de los mercados de telecomunicaciones y energía, un informe específico respecto del sector de la energía, un Informe de la Comisión de Monopolios que se presentará cada dos años para informar de la existencia de una competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones y de energía, así como un Informe a la Comisión Europea en materia de energía que debe ser presentado anualmente.

Por otro lado, el nivel de independencia del regulador podría verse afectado por el órgano de nombramiento de su presidente y órganos directivos. Como se ha dicho, el presidente del BNetzA y sus vicepresidentes los nombra el Gobierno, pero con la intervención del Parlamento a través del Consejo Asesor del regulador. Los miembros de dicho Consejo son nombrados por el Parlamento, y es el Consejo el que propone los nombramientos de los cargos citados.

Por otro lado, como se ha apuntado, el regulador es independiente del Gobierno desde el punto de vista financiero, financiándose en el 100% de su presupuesto a través de las aportaciones del sector, a diferencia de la autoridad de competencia.

3.3.2 *Autoridad de competencia (Bundeskartellamt):*

La *Bundeskartellamt* (BKartA), es la autoridad federal independiente de competencia, cuya principal función es la de asegurar la aplicación del derecho de la competencia en la generación, en la producción y la oferta de bienes y servicios. Su actividad se orienta a evitar posiciones de abuso de poder de mercado que pueden incidir en los precios que pagan los usuarios finales y el control de los carteles así como de las concentraciones. Desde 1999 realiza también la revisión de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos por parte de la Administración federal. Además, desde el año 2005 la Oficina Federal puede llevar a cabo las denominadas investigaciones sectoriales con el fin de examinar más de cerca la situación de la competencia en los distintos sectores, con independencia de las actuaciones individuales concretas.

A) Estructura:

Tiene un presidente y un vicepresidente y se estructura en torno a 12 divisiones en las que recae la toma de decisiones del organismo en relación con los carteles, las fusiones y las prácticas abusivas. Las divisiones se organizan principalmente en función de los sectores de la economía; tres divisiones se ocupan exclusivamente de la acusación intersectorial de los carteles. En las divisiones de decisión, cada caso se decide por un órgano colegiado formado por el presidente de la respectiva división y dos miembros asociados. Todas las decisiones tienen que ser adoptadas por mayoría. Las Divisiones de decisión son autónomas y no están sujetas a instrucciones en su toma de decisiones.

Adicionalmente, dentro de este organismo se ubican los denominados tribunales de contratación pública (*Federal Public Procurement Tribunals*), encargados de proteger a los licitadores en la adjudicación de contratos públicos en el ámbito del Gobierno federal. En ellos, las decisiones recaen en un órgano colegiado formado por el Presidente del respectivo tribunal y dos miembros asociados.

El presupuesto de este organismo en 2014 fue de 27,6 millones de euros y contaba con 350 empleados.

B) Funciones:

La función de este órgano es asegurar la competencia y evitar situaciones de abuso de poder y prácticas dominantes en el mercado, así como favorecer el cumplimiento de la ley de competencia.

En el año 2014, el órgano de competencia alemán impuso multas por valor de 1.117 billones de euros como consecuencia de la formación de carteles en 9 expedientes⁶³. En ese mismo año recibió 1.188 notificaciones de control de fusiones de las que 22 fueron objeto de un procedimiento de examen, una de ellas fue prohibida y otra aprobada con condiciones. Al tiempo, se iniciaron 23 procedimientos de control por prácticas abusivas a la competencia. Los tribunales de contratación pública recibieron 124 solicitudes de revisión de procedimientos, de los que 28 fueron aceptadas y 39 rechazadas. Desde 2005, el órgano de competencia ha elaborado

⁶³ Fue con diferencia el ejercicio con mayores multas como consecuencia de las fuertes sanciones impuestas ese año a las empresas de los sectores de salchichas, cerveza y azúcar por el desarrollo de prácticas anticompetitivas y acuerdos para la fijación de precios. En 2013, la cuantía de las multas impuestas por el órgano de competencia alemán ascendió a 240 M.€ y en 2012 a 316 M.€.

informes sectoriales sobre diez sectores de la economía en los que pueden existir indicios de que la competencia en estos mercados está restringida o falseada.

Los mecanismos de colaboración entre la autoridad de competencia y el regulador multisectorial alemán, consisten en la remisión de comentarios por parte de la Autoridad de Competencia antes de la publicación de decisiones por parte de BNetzA específicamente sobre la definición de los mercados relevantes y la determinación de las posiciones significativas de mercado, lo cual permite y facilita la investigación. Otro de los mecanismos de coordinación diseñados, es la aplicación de unos mismos estándares para la resolución de casos concretos, lo que viene a concretarse en la estrecha y complementaria relación entre la política de competencia común y la regulación de cada sector (Ortiz Laverde, 2014).

Anualmente, la Global Competition Review evalúa la actuación de las autoridades de competencia en los distintos países. En los últimos años la agencia alemana se ha situado en la categoría “elite” de tales organismos⁶⁴.

C) Independencia:

La Oficina Federal basa sus decisiones únicamente en criterios competitivos. Es independiente en su toma de decisiones, es decir, no está sujeta a las instrucciones externas, si bien el Ministerio Federal de Economía y Tecnología tiene el derecho de dar “instrucciones generales” (artículo 52 de la ley contra las restricciones a la competencia). Sin embargo, tal y como señala la propia autoridad de la competencia, rara vez se hace uso de esta, siendo la última instrucción general recibida publicada hace 30 años⁶⁵.

Dado que solo utiliza criterios competitivos en la toma de sus decisiones, este organismo señala que puede haber excepciones en las cuales otros criterios puedan primar sobre éste, como por ejemplo razones de tipo social, económicas o políticas. Tales objetivos podrían incluirse dentro de la denominada “autorización ministerial”, de forma que el Ministerio Federal de Economía y Tecnología puede autorizar concentraciones que han sido prohibidos por la autoridad de competencia, en situaciones concretas en las cuales la restricción de la competencia se vea compensado por las ventajas para la economía en su conjunto, o por un interés público de primer orden.

⁶⁴ El Global Competition Review publica anualmente un ranking de las mejores autoridades de competencia a nivel mundial catalogando dichas entidades en una escala de 1 a 5 estrellas. Ver Global Competition Review (2015)

⁶⁵ Bundeskartellamt (2011)

Desde el punto de vista financiero, la autoridad de competencia alemana no es independiente del Gobierno, puesto que su financiación se realiza a través de los presupuestos generales federales.

3.4 Modelo integrado de regulación + competencia: El caso de Holanda

Holanda sería el ejemplo del tercer escalón en lo que a la integración de organismos de regulación y competencia se refiere en Europa. En concreto, es el único país europeo⁶⁶ que, junto con España (en los capítulos referidos a nuestro país se ahondará en las diferencias entre ambos modelos), ha optado por la fusión total de las funciones de regulación y competencia en un mismo organismo. En 2013 se fusionó la autoridad de competencia (NMa)⁶⁷, el regulador postal y de telecomunicaciones (OPTA) y autoridad de protección del consumidor (CA) para crear la nueva *Authority for Consumers and Markets (ACM)*⁶⁸. Es importante precisar que la autoridad de competencia holandesa (NMa), junto a las funciones propias de este tipo de organismos, había asumido anteriormente las funciones regulatorias de los sectores de energía y transporte.

Como se ha descrito en el caso de Reino Unido, existen varios ejemplos internacionales de fusiones de órganos de competencia: Además del referido de OFT y CC para crear la CMA en Reino Unido, en Finlandia (2013) se fusionó la *Competition Authority y la Consumer Agency* para crear una única agencia (KKV), en Dinamarca la también se fusionaron las autoridades de competencia y protección del consumidor en la *Danish Competition and Consumer Authority (KFST)*. Paralelamente, existen múltiples ejemplos de fusiones de órganos de regulación de sectores afines o próximos, como el comentado de Alemania, las fusiones sectoriales en Reino Unido, etc. Sin embargo, en Europa no existía precedente en la aplicación del modelo único de organismo responsable de las funciones de regulación y competencia.

La decisión de fusionar tales organismos no surgió en 2013 como algo novedoso en Holanda, sino que, como apunta Schäfers & Houdijk (2012), dicho diseño organizativo y la posibilidad de su implantación es una cuestión que se había venido tratando previamente. En concreto, en 2002 el Gobierno holandés ya anunció su plan de integrar OPTa y NMa, si bien finalmente tales planes fueron pospuestos en 2003 y también en 2004. Nuevamente se planteó tal posibilidad cuando se constituyó el

⁶⁶ A nivel internacional si existirían otros ejemplos, como el de Australia con la ACCC (Australian Competition and Consumer Commission) que regula las telecomunicaciones, el agua y los servicios postales o el de México.

⁶⁷ Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa).

⁶⁸ A diferencia del caso holandés, en España la fusión no alcanza también a la agencia de protección del consumidor.

tercer organismo, el CA, dedicado a la protección del consumidor, pero la posibilidad de fusión también fue finalmente desechada, optándose por el mantenimiento de los tres órganos como unidades independientes⁶⁹.

Aunque inicialmente su puesta en funcionamiento se preveía para el 1 de enero de 2013, la propuesta de creación fue rechazada inicialmente por el Parlamento el 3 de diciembre de 2012. El proyecto fue nuevamente analizado por el Senado holandés el 5 de febrero, aprobándose el día 26 de febrero de 2013 la fusión de los dos organismos reguladores y la de creación de la nueva autoridad. Dicha decisión fue publicada el día 28 de febrero, indicándose que el nuevo regulador iniciaría sus labores a partir del 1 de abril 2014⁷⁰.

A) Justificación:

Tal y como señala Otow (2014), la decisión de combinar tales funciones en un solo organismo fue una decisión fundamentalmente política, ignorando las opiniones de los expertos, así como otros posibles diseños alternativos. Similar es la conclusión de Schäfers y Houdijk (2012), que destacan que la razón que primó en la decisión del Gobierno para la creación de un súper-regulador fue fundamentalmente de carácter financiero, de hecho, el acuerdo de integración derivaba de un programa de recortes presupuestarios presentado en el Parlamento unos meses antes que incluía la combinación de varias autoridades reguladoras de los sectores no financieros en un intento de reducir el gasto público. En concreto, el plan incluía un ahorro de 7,4 millones de euros como consecuencia de la fusión.

Paralelamente, se añadieron a tales objetivos los de mejora de la eficiencia y eficacia de la supervisión tanto de la competencia como de la regulación de los mercados mediante la integración de funciones en una misma entidad, lo que permitiría hacer un mejor uso de sus conocimientos y experiencia. Es decir, la nueva entidad podría tener una visión integrada del problema de un determinado mercado, sin verse condicionada por los límites de sus funciones previamente existentes entre las tres entidades pre-existentes. Tales argumentos fueron los esgrimidos ampliamente en el memorándum explicativo de la Ley de creación de la ACM. Junto a los anteriores, el memorándum señala que un organismo de menor tamaño consigue adaptarse mejor al entorno cambiante tanto a nivel internacional como desde el punto de vista técnico, dado que tiene mayor flexibilidad y por tanto puede hacer un mejor

⁶⁹ Quedaron al margen de esta nueva autoridad, manteniéndose por tanto como reguladores independientes, la autoridad holandesa de salud (Nederlandse Zorgautoriteit) y la autoridad de los mercados financieros (Autoriteit Financiële Markten). (Swaak, y otros, 2013)

⁷⁰ Swaak, y otros (2013)

uso de los recursos al tiempo que sigue contando con el capital humano y técnico de los tres órganos precedentes.

B) Ventajas e inconvenientes:

Desde antes de su creación, y aún hoy, las opiniones sobre la conveniencia o no de fusionar los tres órganos citados en un súper-regulador ha sido objeto de numerosas opiniones en la literatura especializada. Han ido surgiendo opiniones a favor y, como cabía esperar, muchas críticas sobre el nuevo órgano y su funcionamiento. A continuación, se trata de resumir las principales corrientes de opinión existentes.

Desde el punto de vista de las ventajas o fortalezas del nuevo órgano, estas se centran, fundamentalmente, en la principal justificación argumentada para su creación: el ahorro de costes. Dicho ahorro se basa en la posibilidad de compartir determinadas unidades dentro de cada organismo que, de lo contrario, estarían triplicadas. Es el caso de las áreas legales o jurídicas, administrativas, servicios de biblioteca y documentación, etc.

Junto a la anterior, la otra ventaja habitualmente esgrimida para la fusión de los citados órganos es la posibilidad de compartir información y competencias entre las distintas direcciones del nuevo órgano, con las consiguientes mejoras en términos de eficiencia y funcionamiento. Aunque indudablemente las relaciones de cooperación y una adecuada coordinación entre los organismos podrían aportar ciertas ventajas de este tipo sin necesidad de llegar a una fusión total de los organismos en uno solo, lo cierto es que tales fortalezas se obtendrían en un grado mucho mayor como consecuencia de la unión de los mismos.

Ahora bien, según Otow, la decisión de fusión no estaba exenta de importantes riesgos y es por ello que también se han realizado importantes críticas sobre los riesgos o desventajas de la fusión de los organismos de regulación y competencia en Holanda. Así, algunos opinan que la creación de unidades separadas por funciones dentro de un mismo órgano, puede generar problemas de rivalidad entre tales unidades en relación con el prestigio, importancia o presupuestos de cada una de ellas. O, como señala Kovacic & Hyman (2012), que la integración de funciones en un único organismo no garantiza, por sí misma, la coordinación de funciones y responsabilidades.

En el caso de Holanda, los tres órganos fusionados eran relativamente “jóvenes”. El OPTA, esto es el regulador de los mercados de telecomunicaciones y servicios postales, fue creado en 1997 y se dedicó fundamentalmente al fomento de la

competencia en el mercado de las telecomunicaciones. El NMa, por su parte, se creó en 1998, como un órgano independiente, absorbiendo a su vez a la autoridad de supervisión de los mercados de gas, energía y electricidad. Esta última, si bien pasó a formar parte del NMa mantuvo sin embargo una cierta autonomía dentro de dicho órgano. En 2004 el NMa absorbió a su vez el *Transport Chamber*, responsable de la supervisión de los mercados de ferrocarril y transportes públicos, así como del aeropuerto de Schiphol. Por último, el CA, se constituyó en 2007 en respuesta a la legislación europea, y se creó como un departamento del Ministerio de Economía, funcionando como tal hasta la actual fusión con las otras dos autoridades⁷¹.

La crítica principal ampliamente repetida sobre la fusión de los tres organismos se basa en las importantes diferencias existentes entre los órganos preexistentes y las funciones desarrolladas por cada uno de ellos⁷². Como se ha dicho, el NMa era una autoridad de competencia constituida como un órgano de Gobierno independiente, sin personalidad jurídica ni personal, cuya función fundamental era la supervisión y sanción en caso de incumplimiento de las leyes de competencia. Era, por tanto, un órgano cuya actuación era ex-post (excepto en los casos de control de fusiones). Similares conclusiones son extensibles al CA, pero en este caso, para proteger los derechos de los consumidores. El CA era, además, un órgano dependiente del Gobierno, adscrito al Ministerio de Economía, Agricultura e Innovación. Frente a estos, el OPTA era un regulador sectorial del ámbito de telecomunicaciones y sector postal y, por tanto, el grueso de sus funciones se desarrolla ex-ante. Se configuraba como un órgano de Gobierno independiente con personalidad jurídica y personal propio.

Mientras que el intercambio de información y experiencias entre las distintas direcciones es apuntado por muchos como una importante ventaja derivada de la fusión, lo cierto es que, para otros, supone un importante riesgo por la falta de confidencialidad, por ejemplo, entre los distintos casos.

Finalmente, dada la configuración jurídica de la nueva ACM, como un organismo independiente sin personalidad jurídica ni personal propio, su consejo de Administración es independiente desde el punto de vista formal del Ministro de Economía, que no tendrá capacidad para influir en sus decisiones o en los casos particulares analizados por este órgano, si bien si podrá, dentro de sus funciones,

⁷¹ En el momento de su constitución se optó por mantener este órgano como independiente, y que no formase parte de la NMa, ya que, en opinión del Gobierno, aunque podían existir aspectos comunes ambos órganos tenían funciones y perspectivas diferentes. Ver Cseres (2013)

⁷² Para Schäfers & Houdijk (2012), sí que existen importantes puntos en común entre estas entidades. En concreto, la protección del consumidor, que es la fusión principal del CA, resulta fundamental también en relación con el sector postal y de telecomunicaciones para el OPTA, y, aunque de forma algo más alejada, también es importante para el NMa por cuanto está relacionado de forma indirecta con el correcto funcionamiento del mercado.

establecer la normativa general aplicable o la legislación referida a las sanciones por incumplimiento.

La legislación holandesa ha incorporado un análisis periódico sobre la evolución de los mercados, con el objeto de reconducir en caso necesario la actividad del regulador. En concreto, ha establecido revisiones de su organismo regulador de telecomunicaciones cada cuatro años, a través del mecanismo de la “*sunset clause*”. (Término de caducidad)⁷³.

C) Estructura:

La primera decisión respecto al nuevo organismo era la forma jurídica atribuible al mismo, teniendo en cuenta que cada uno de los tres órganos que se fusionaban tenía, hasta esa fecha, una personalidad jurídica diferente. El legislador optó por atribuir al ACM la forma jurídica de la extinta NMa, esto es, un órgano de Gobierno independiente con personalidad jurídica propia y dotada de personal. En este punto, la personalidad jurídica del nuevo órgano no era una cuestión relevante, pero si el hecho de que el nuevo organismo no tenga presupuesto (vendrá determinado por el Gobierno) ni personal propio. Esto ha sido considerado por algunos como una debilidad de partida del nuevo órgano. Por tanto, la ACM se constituyó como una autoridad administrativa autónoma (en virtud de la ley holandesa) y forma parte del Gobierno central holandés, pero no depende oficialmente de ningún Ministerio. No tiene capacidad legislativa, pero si sancionadora (Schäfers & Houdijk, 2012).

La Ley de Creación de la Autoridad Holandesa para los consumidores y los mercados fue modificada el 1 de agosto de 2014, y se conoce como Ley de Simplificación, cuyo fin era incrementar las eficiencias por la fusión entre los predecesores de la ACM y facilitar los procedimientos legales para la fusión de los tres órganos preexistentes, que son diferentes por razones históricas, facilitando la armonización, racionalización y simplificación de las normas de aplicación para el nuevo organismo.

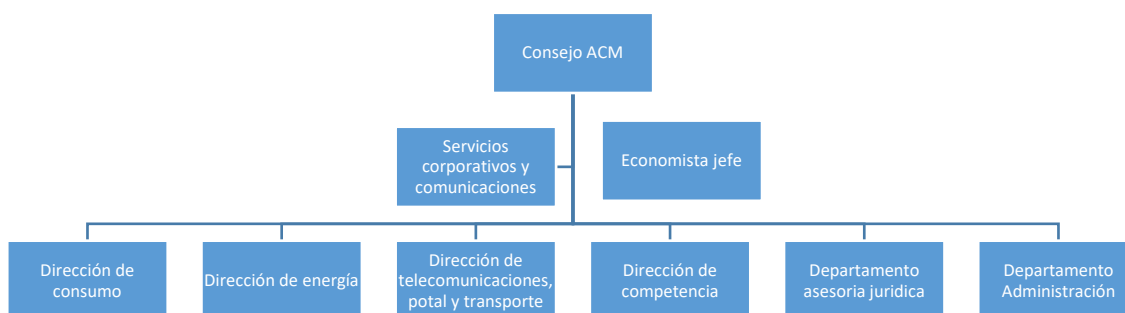
El proceso de fusión se diseñó con el objetivo de que la entidad resultante fuese más que la suma de las partes. Para ello, se estructuró en dos niveles: por un lado, el diseño organizativo y por otro la estrategia común de la nueva entidad.

En primer lugar, se consideró cual sería la mejor manera de diseñar la dirección y máxima responsabilidad de la nueva agencia, así como la estructura y funciones que debía incorporar. Para ello, los órganos de Administración de los tres órganos

⁷³ Ortiz Laverde (2014, pág. 449)

preexistentes acordaron un enfoque nuevo para la construcción de la organización, combinando las fortalezas de los tres. La creación de la nueva organización no llevó consigo, sin embargo, un cambio de la base legal, únicamente los ajustes necesarios para pasar de tres agencias a una nueva, adaptando las cuestiones de procedimiento.

Gráfico 7. Estructura de la ACM holandesa



La ACM se estructura en torno a un consejo de Administración de tres miembros, en representación de las tres entidades fusionadas. Según su Ley de creación, este Consejo puede tener hasta un máximo de cinco miembros incluyendo el Presidente. Sus integrantes son designados atendiendo a la experiencia acumulada para el desarrollo de las tareas asignadas a la nueva entidad.

El mandato del presidente, será de siete años y los demás miembros del Consejo serán designados para períodos de cinco años, en ambos supuestos, podrán ser reelegidos para el mismo período de tiempo.

En este sistema, el Consejo no tiene capacidad decisoria, sino que tal función corresponde a las distintas direcciones constituidas dentro de la ACM, aunque si podría modificar posteriormente las decisiones de estas direcciones⁷⁴.

Por debajo del Consejo se establecen seis direcciones entre las cuales existen competencias cruzadas o transversales. Lo que podría considerarse la herencia del antiguo OPTA se estructura en dos direcciones sectoriales, una de energía y otra centrada en las funciones de telecomunicaciones y sector postal. Por su parte, la dirección de competencia asume las funciones previas del antiguo NMa con excepción de los campos de energía y transporte que los asumen las direcciones específicas de tales sectores. Finalmente, las competencias del CA pasan a la dirección del

⁷⁴ García-Verdugo (2015)

consumidor. Junto a estas cuatro, se constituyen otras dos direcciones a las que competen funciones de carácter general como son las relacionadas con los servicios jurídicos de la ACM y las tareas administrativas.

Para el diseño de la estrategia y líneas de actuación de la nueva organización se tuvo en cuenta la opinión de las tres organizaciones fusionadas, así como de distintos grupos de interés, las empresas supervisadas, políticos, Ministerios, y académicos iniciado un proceso en el que todos pudieron expresar sus ideas y su opinión sobre el diseño del nuevo órgano. Asimismo, se tuvo en cuenta para el diseño de la ACM la experiencia de Australia y Nueva Zelanda.

En opinión de Otow (2014) si una cosa muestra el caso holandés es que la personalidad de los líderes y una cultura receptiva al cambio han sido aspectos cruciales en el desarrollo del nuevo modelo, con independencia del diseño y de su estructura organizativa.

De hecho, un aspecto especial en este proceso de fusión fue que, como resultado de una vacante en el consejo de Administración del NMa, el presidente del OPTA fue designado para presidir NMa y, al mismo tiempo, designado para presidir ACM. Esta combinación de funciones en una sola persona fue un factor importante en la fusión y se aseguró una estrecha cooperación entre las tres organizaciones en todo el proceso.

Un aspecto interesante en lo que a la estructura y reparto de funciones del nuevo organismo se refiere, es el hecho de que se ha optado por dividir las funciones anteriores desarrolladas por el órgano de competencia entre los sectores regulados, de modo que la nueva dirección de competencia se hace cargo de los casos de fusiones y las direcciones regulatorias de los casos de abuso, manteniendo en todo caso la colaboración entre las distintas direcciones. De esta forma se aprovecha el know-how sectorial para una instrucción más efectiva de las infracciones de competencia en sectores regulados (Delgado & Otero, 2015).

D) Capacidad reguladora y revisión de las decisiones:

Todas las decisiones de ACM pueden ser revisadas, únicamente, por los tribunales, lo que contribuye a la credibilidad e independencia del nuevo órgano. A juzgar por la jurisprudencia de las decisiones de ACM, los tribunales parecen seguir una mirada crítica al uso de competencias e instrumentos por este organismo. Su interpretación de las disposiciones legales y la valoración de la prueba también se examinan meticulosamente en los casos de apelación. La revisión judicial es un elemento crítico de los pesos y contrapesos que garantizan que las decisiones

independientes de los ACM se mantengan dentro de los límites de sus funciones legales⁷⁵.

Todas las apelaciones sobre las decisiones ACM corresponden al Tribunal de Distrito de Rotterdam y el comercio holandés y Tribunal de Apelación de la Industria (CBB). Con respecto a las sanciones, ya no es necesario buscar el asesoramiento de la Comisión Consultiva en recursos administrativos. Además, también se han simplificado las normas de publicación de las decisiones de ACM. En lugar de imponer multas, órdenes sujetas a multas coercitivas, o instrucciones vinculantes, ACM pueden también optar por utilizar el instrumento más ligero de los compromisos. El uso de este instrumento no requiere el establecimiento de una violación de antemano. Eso hace que sea más fácil para las empresas que ofrecen compromisos. Ver (ACM, 2014)

E) Independencia

La independencia de este nuevo órgano ha sido cuestionada. De hecho, las dudas respecto al nivel de independencia con el Ministro de Economía hicieron que el Parlamento pospusiera su constitución. Esas críticas se relacionan fundamentalmente con su falta de independencia financiera.

Desde este punto de vista, la ACM se integra dentro del Ministerio de Economía holandés. Su financiación deriva, por un lado, de las aportaciones de empresas de los sectores regulados y, por otro, de las sanciones económicas impuestas por este organismo. En el año 2013, el 55% del total de ingresos de la suma de los tres organismos precedentes derivaron de este último concepto, si bien gran parte de tales sanciones correspondían a multas impuestas en periodos anteriores. En 2014, dicho porcentaje se incrementó hasta el 69%⁷⁶.

En el momento de su constitución se tomaron determinadas medidas para evitar la influencia política en la configuración del nuevo organismo y el nombramiento de sus responsables. Así, ningún miembro del staff o del consejo de Administración tuvo la garantía de que iban a mantener su puesto tras la fusión. Todos tuvieron que aplicar a un nuevo puesto y participar en el proceso. Con ello se aseguró una rotación

⁷⁵ Es interesante la aportación de Outhuijse & Jans (2014), que destacan que, en el periodo comprendido entre enero de 2003 y enero de 2013, (por tanto, antes de la fusión y creación de la ACM), el 46% de las sanciones o multas impuestas por el órgano de competencia holandés (NMa) fueron anuladas o modificadas por el tribunal competente.

⁷⁶ Es necesario tener en cuenta que antes de la entrada en vigor de la nueva legislación, el cobro de las multas se producía una vez que existía sentencia en firme por parte de los tribunales, lo que difería en gran medida los ingresos por tales sanciones. Desde la entrada en vigor de la nueva ley, las multas son demandables a partir de las 24 semanas.

de personal importante, de hecho, alrededor del 30% del personal de la ACM fue redirigido a un nuevo puesto. Otras medidas para facilitar la coordinación de las funciones fueron la transferencia del personal especializado en abusos de la posición de dominio desde el departamento de competencia a los equipos de regulación sectorial existentes, creando así grupos multidisciplinares.

Al mismo tiempo, dado que se trata de un órgano autónomo administrativo sin personalidad jurídica, y no cuenta con personal propio, el personal adscrito a este organismo (en torno a 600 empleados) es transferido por el Ministerio competente, tal y como se deriva de la Ley Marco para las autoridades administrativas autónomas ("*Kaderwet Zelfstandige Bestuursorganen*"). De acuerdo con esta Ley dicho personal solo debe rendir cuentas ante el Consejo de Administración del ACM y no se le permite solicitar instrucciones del ministro, al tiempo que tampoco el ministro puede dar instrucciones al personal empleado por el ACM⁷⁷.

3.5 Otros modelos internacionales

Junto a los tres modelos organizativos anteriores, relevantes tanto por su importancia en el ámbito internacional como por el interés a efectos comparativos con el modelo español, en este capítulo se incluyen también algunas referencias a otros modelos organizativos que, por distintas razones, pueden tener interés en su diseño y configuración.

Tal es el caso de EEUU, que junto con Reino Unido en Europa es un país precursor en la creación y expansión de organismos de regulación independientes. Además, se ha tomado el caso de México, por resultar similar al aplicado recientemente en Holanda y al que, como se verá, se ha aplicado también en España. Finalmente, se incluyen unas breves referencias al modelo organizativo de Suiza por ser un país europeo ajeno a la UE y, por tanto, no sujeto a las obligaciones establecidas por ésta en el diseño organizativo de sus organismos de regulación y competencia.

3.5.1 El modelo de EEUU

El modelo norteamericano, propio de EEUU y Canadá, se ha caracterizado por la amplia presencia de este tipo de órganos de regulación en diferentes ámbitos sectoriales del mercado y con un elevado nivel de independencia del Gobierno.

⁷⁷ OECD (2014, pág. 52).

Las primeras agencias independientes fueron creadas con la revolución industrial para desarrollar importantes funciones que iban desde el diseño y la ejecución de políticas para las que se requería de una preparación técnica especializada, hasta la resolución de conflictos técnicos y jurídicos⁷⁸. La naturaleza técnica de tales órganos fue, por tanto, la base de su creación y de la idoneidad de este tipo de instituciones para el desempeño de las funciones de regulación. La primera agencia de este tipo creada en EEUU fue la *Interstate Commerce Commission*, en 1887, como Administración competente en el ámbito federal para regular y supervisar el funcionamiento del sector ferroviario.

Más tarde fueron surgieron otras agencias en distintos ámbitos del mercado⁷⁹, pero la verdadera expansión de agencias independientes en EEUU llegó después del *crac* del 29 y la era del *New Deal*, en la que el Gobierno de Roosevelt comienza a intervenir en mayor medida en la economía con el fin de recuperar el empleo y la capacidad industrial, participando activamente en la regulación de ciertos sectores económicos⁸⁰.

Posteriormente, en los años 60 y 70, con la Administración Kennedy, se busca recuperar la economía tras la crisis económica generada con la Segunda Guerra Mundial, dando lugar a una nueva ola en la creación de agencias independientes, pero en este caso no tanto para regular sectores económicos sino para proteger a los consumidores y usuarios, así como para la regulación de determinados ámbitos sociales como la salud, el medio ambiente, la seguridad en el trabajo, etc. De esta época es la *Equal Employment Opportunity Safety Commission* (1972), o la *Federal Energy Regulatory Commission* (1977), que reemplazó a la antigua *Federal Power Commission*.

Pero, aunque la creación de agencias independientes en EEUU habría ido unida a la necesidad (o conveniencia) de intervenir en determinados sectores económicos, Salvador Martínez (2002) señala que, en muchos casos, detrás de la creación de este tipo de órganos se encontraban razones políticas: se crean más agencias independientes cuando el signo político del Congreso y del Presidente es diferente, por lo que el objetivo de su creación es mantener dichos órganos, y sus funciones, fuera del ámbito de competencias del Presidente. Cuando ambos órganos están controlados por el mismo partido, sin embargo, no se crean agencias independientes sino

⁷⁸ Fernández Rojas (2005)

⁷⁹ Es el caso de la Federal Reserve System (1913), la Federal Trade Commission (1914), la Federal Radio Commission (1927) o la Federal Power Commission (1930).

⁸⁰ De ésta época son la Securities and Exchange Commission (1934), la Federal Communications Commission (1934), la National Labor Relations Board (1935), la United States Maritime Commission (1936) o la Civil Aeronautics Board (1938).

ejecutivas (adscritas a un departamento ministerial y por tanto dependientes del poder ejecutivo).

La característica fundamental de estas agencias norteamericanas es, precisamente, su independencia. Estos órganos regulatorios están separados de los tres poderes tradicionales (legislativo, ejecutivo y judicial) ya que, orgánicamente, no dependen de ninguno de ellos⁸¹. Junto a su independencia, estas agencias disfrutaban de un amplio grado de funciones, llegando al extremo de poseer, en determinados supuestos, funciones cuasi-judiciales dentro del propio sector. De hecho, algunas de las agencias de regulación creadas fundamentalmente a partir de los años setenta tenían facultades no solo de regulación y supervisión sectorial, sino que también les fueron otorgadas facultades discrecionales que, en definitiva, les conferían competencias para diseñar aspectos delicados de las políticas sectoriales.

Aunque no forman parte del poder ejecutivo, tienen funciones propias de las autoridades administrativas federales, como la concesión de licencias o la vigilancia de empresas de un sector económico. Además, aunque el nombramiento de sus miembros corresponde al Presidente, no puede ejercer el poder discrecional de nombramiento o remoción de los mismos, y estos, al no depender de un Ministerio o del propio Presidente, no tienen obligación de recibir órdenes ejecutivas.

Por otro lado, también ejercen funciones cuasi judiciales, debido a su poder sancionador, así como a la facultad para resolver controversias generadas en el sector. Y finalmente, también tienen funciones cuasi legislativas debido a su capacidad para regular el mercado federal. Aunque dicho poder legislativo recae en el Congreso, como así lo señala la Constitución norteamericana, la complejidad y especialidad técnica de la regulación sectorial ha hecho que finalmente se hayan delegado algunas de tales funciones a las agencias⁸².

En todo caso, es importante señalar que el grado de concreción de sus funciones en la Ley de constitución varía notablemente de un caso a otro. En ocasiones está muy definido y en otras se dota a la agencia de funciones un tanto ambiguas.

⁸¹ En todo caso, pese a la independencia que ha caracterizado este modelo, parece que no ha estado exento de cierta controversia y en prácticamente todos los Gobiernos se ha intentado limitar el nivel de independencia de estas agencias tratando de garantizar un cierto nivel de autoridad del presidente sobre las mismas. Tales transformaciones habrían tenido, como objetivo, de un lado, salvaguardar las competencias presidenciales en el diseño y ejecución de la política pública, y de otro, la atenuación de la rigidez de los presupuestos legales que permiten al presidente remover a los altos cargos de estas agencias independientes. Ver Fernández Rojas (2005)

⁸² Ver Sánchez Hernández (2015)

A) Organización y composición:

En EEUU, las agencias se crean por Ley y están dirigidas por órganos colegiados en los que las decisiones se toman por mayoría de los miembros.

Como consecuencia del elevado número y lo desordenado de su creación, se producen casos de solapamiento de actividades entre algunas agencias, con los consiguientes problemas de descoordinación. Cabe señalar, que el sistema administrativo federal se organiza en torno al Presidente, que es el Jefe del Estado y del Gobierno, del cual dependen los departamentos de Estado al frente de los cuales están los ministros. A su vez, de ellos dependen las agencias ejecutivas (*executive agencies*) sobre las cuales el Presidente es el responsable de la designación de sus miembros, así como de su retiro, y que sí pueden recibir órdenes o decretos presidenciales. En paralelo se sitúan las agencias independientes que, a diferencia de las anteriores, no están sujetas a tales decretos.

Los miembros de estas agencias son nombrados por el Presidente con la ratificación necesaria del Senado: El Presidente es el encargado de nominar a los candidatos y someterlos a la consideración del Senado, que deberá confirmar o rechazar el nombramiento. Una vez elegidos, por el Senado sólo podrán ser cesados por el Presidente previa verificación de la existencia de causas legales previamente tasadas.

Como requisito de elegibilidad suele establecerse que sean personas cualificadas con conocimientos demostrados en el sector que corresponda y que no tengan intereses relacionados con la actividad del regulador. En ocasiones las leyes de creación incluyen importantes restricciones a la presencia de consejeros afiliados a un mismo partido político, de forma que no más de la mitad pertenezcan a una misma formación. En la práctica, sin embargo, se observa una limitada cualificación técnica de los miembros de los órganos de regulación, en muchos casos están formadas por políticos en mayor medida que por técnicos, lo que les quita cierto nivel de independencia y legitimidad.

Respecto a la duración de tales cargos, existen periodos preestablecidos que el Gobierno debe respetar. Tales periodos suelen exceder el periodo presidencial, normalmente entre cinco y siete años. Se prevén los relevos de manera escalonada para permitir así una renovación gradual de los miembros de la institución y garantizar no solo la estabilidad de la agencia sino también la pluralidad de sus directivos.

Finalmente, el último de los aspectos que influyen en la independencia del Gobierno es la imposibilidad de remover a los directivos por parte del Gobierno sin existencia de causas justas (normalmente incompetencia manifiesta, abandono de las

funciones o conducta delictiva), existiendo de hecho sentencias de la Corte Suprema declarando constitucionales las limitaciones presidenciales a tales facultades de remoción.

En EEUU las agencias se financian fundamentalmente a través de ingresos públicos, convirtiéndose por tanto la fuente de financiación en la principal forma de influencia y control del Gobierno en los reguladores. Las agencias elaboran un anteproyecto que remiten al Presidente y éste lo aprueba, transforma o suprime para adecuarlos a las políticas gubernativas. Posteriormente el presidente remite el proyecto al Congreso para su aprobación⁸³. Algunas agencias se financian también a través de los ingresos (fundamentalmente tasas) que perciben por los servicios realizados en régimen de contraprestación. Esto les permite incrementar su cuota de independencia frente al Gobierno, pero su cuantía en proporción es muy reducida.

B) Control de las agencias:

Respecto al control gubernativo/presidencial, las agencias no están obligadas a cumplir con las órdenes presidenciales, no constituyendo necesariamente tal inobservancia ninguna merma en la validez jurídica de sus actuaciones ni causa suficiente para la remoción de los responsables. De hecho, el Gobierno no está facultado para revocar las disposiciones particulares emitidas por las agencias, por lo que no es posible ejercer un control a posteriori sobre las agencias independientes. El Presidente ejerce una función de supervisión, para garantizar la legalidad de las actuaciones del regulador, que va desde la ejecución presupuestaria y el uso de bienes públicos hasta las políticas laborales. En todo caso, fruto de los intentos por establecer métodos de control de las agencias, se fueron estableciendo algunos mecanismos de control a priori⁸⁴, como por ejemplo, la obligación de elaborar un estudio costes-beneficios previo a la aprobación de una norma pudiendo el poder ejecutivo impedir finalmente su aprobación, o la obligación de presentar un programa anual de la actividad del regulador para que fuese revisado y controlar su adecuación a las directrices generales del Gobierno, proyecto que una vez aprobado impedía a la agencia aprobar ninguna otra norma que no estuviera incluida en el mismo. En casos concretos el Presidente tiene competencia para conocer y modificar los proyectos de

⁸³ Para algunas agencias, con objeto de limitar la fuerte influencia presidencial en los presupuestos, el Congreso ha establecido procedimientos especiales en los que se establecen distintas formas para sortear tal influencia: prohibiendo al Presidente modificar el anteproyecto, enviando la agencia el mismo anteproyecto al Presidente y al Congreso o bien enviando los anteproyectos directamente al Congreso.

⁸⁴ Estos mecanismos fueron establecidos durante la presidencia de Reagan y posteriormente reformados por Clinton, pero en la misma línea.

ley de las agencias con anterioridad a su presentación parlamentaria, con el objeto de armonizar su contenido con las políticas gubernamentales.

Por otro lado, está el control parlamentario, ya que las agencias están controladas por comisiones permanentes del Congreso. Estas comisiones pueden solicitar información entre otras formas a través de sesiones de investigación en las que participan los responsables de las agencias que posteriormente dan lugar a informes. En la práctica la supervisión parlamentaria es muy limitada.

C) Independencia:

En la Ley de creación de estas autoridades de regulación se recoge expresamente que no pueden recibir directrices, órdenes o instrucciones del Presidente para el desarrollo de sus funciones y competencias. De hecho, como se ha señalado, no dependen del poder ejecutivo sino que se sitúan entre el Congreso y el Presidente.

En todo caso, la influencia del Presidente se produce, principalmente, en la elección de los vocales y su posible cese y en la modificación del proyecto de presupuesto. Teóricamente están más sometidas a la influencia del Congreso (aprueba su presupuesto y ratifica los vocales elegidos por el Presidente, puede modificar el régimen jurídico e incluso disolverlas), aunque en la práctica no ejerce tanta influencia sobre ellas.

3.5.2 El modelo de México

En México, después de más de una década de intentos y fracasos de promulgar la regulación asimétrica en las telecomunicaciones, como parte de los denominados “Pactos por México” (firmados el 2 de diciembre de 2012), se llevó a cabo una reforma del sector de las telecomunicaciones caracterizada, fundamentalmente, por los cambios introducidos en los organismos de competencia. En concreto, a través de la reforma constitucional aprobada en junio de 2013 se otorgaron, por un lado, mayores poderes al nuevo organismo de defensa de la competencia (Cofece)⁸⁵, al tiempo que se crearon tribunales especializados en competencia y telecomunicaciones. En este último sector, se creó un regulador único, IFT (Instituto Federal de Telecomunicaciones) que sustituyó al regulador del sector hasta esta fecha (Cofetel).

⁸⁵ Comisión Federal de la Competencia Económica (COFECE). Hasta esa fecha, el organismo de competencia había sido CFC (Comisión Federal de Competencia)

IFT, además de las funciones de regulador sectorial asume el cumplimiento de las normas de competencia en este mercado. De esta forma, en México desde la reforma de 2012 se aplica un modelo integrado similar al aplicado en Holanda o España, pero únicamente para el sector de las telecomunicaciones⁸⁶.

A) Creación de reguladores independientes:

El proceso de regulación del mercado de telecomunicaciones en México se inició con la privatización de la empresa Telmex, a la que le fueron otorgados los derechos exclusivos sobre la telefonía en el país quedando regulada, en inicio, por la Secretaría de Comunicaciones y Transportes (SCT). Posteriormente, con la aprobación de la Ley Federal de Telecomunicaciones de 1995⁸⁷ y la apertura del mercado a nuevos operadores, se cambió también el modelo regulatorio del sector, dando lugar a la creación en 1996 de Cofetel (Comisión Federal de Telecomunicaciones), que se constituye como un órgano autónomo con independencia operativa, de gasto y de gestión. Sin embargo, la Ley reserva para la SCT determinadas facultades regulatorias, tales como la programación y aplicación de las políticas sectoriales o la concesión de los títulos para la explotación de frecuencias del espectro radioeléctrico, o el control los distintos operadores a la red de telecomunicaciones.

Cofetel, por su parte, ejercía unas tareas regulatorias limitadas, como la elaboración de reglamentos administrativos, informes técnicos, opinar sobre el otorgamiento de licencias y permisos, registro de tarifas y proponer la imposición de sanciones. No tenía facultades en materia de promoción de la competencia. Como señalan Culebro y Gonzalez (2013), más que crear un regulador independiente lo que se hizo fue una separación de funciones que supone mantener la decisión de política pública sectorial dentro de la Secretaría y generar un nuevo espacio, semiautónomo, de consulta y revisión, que permitiese motivar y fundamentar las decisiones públicas en materia de telecomunicaciones. De hecho, la SCT, entre otras, tenía competencia para revisar las decisiones adoptadas por el Consejo de Cofetel.

Este Consejo del organismo regulador estaba formado por cuatro miembros designados por el Gobierno y, posteriormente, dicho número se amplió a cinco, uno de los cuales sería el presidente, aunque su designación seguía correspondiendo al Gobierno. La duración máxima del mandato, en el caso del presidente, era de cuatro años renovable. Los consejeros, por su parte, eran nombrados por ocho años

⁸⁶ Mientras que una propuesta similar se ha discutido para otros sectores regulados (sobre todo de energía), hasta ahora no se han adoptado esos cambios. (Delgado & Mariscal, 2014)

⁸⁷ Tal y como se establecía en el artículo transitorio decimoprimer de la Ley Federal de Telecomunicaciones.

renovables por un plazo adicional y solo podían ser removidos de su cargo por causa grave.

Dicho modelo, caracterizado por la fragmentación de las tareas regulatorias entre el órgano regulador y el propio Ministerio pudo originar una parálisis regulatoria con el riesgo de captura que, además, llevaba consigo (Alvarez, 2014).

Por su parte, las tareas de competencia eran desarrolladas por la Comisión Federal de Competencia Económica (Cofeco), caracterizada al igual que el regulador de telecomunicaciones, por las limitadas funciones y, sobre todo, por su limitada independencia.

Si bien desde su creación, ambos reguladores habían recibido numerosas críticas desde distintos ámbitos sectoriales por su falta de independencia y escasa funcionalidad, el informe de la OCDE en 2012 vino a confirmar tales problemas, favoreciendo en gran medida la posterior reforma de estos organismos⁸⁸. Entre otros aspectos, la OCDE recomendó la conveniencia de limitar la posibilidad de revocación de las decisiones del regulador dotando a las mismas de un carácter definitivo. La OCDE destacó el hecho de que los recursos judiciales habían limitado en gran medida la efectividad de las decisiones tomadas por el órgano regulador, lo que se traducía en un sector desregulado.

Ese mismo informe señaló la carencia de facultad sancionadora de Cofetel, destacando que todo órgano regulador debe estar dotado de los mecanismos que le permitan sancionar los incumplimientos de los operadores del sector y que tales sanciones deben ser proporcionales a su nivel de incumplimiento y suficientes para generar un efecto disuasorio en el resto de los operadores. En opinión de la OECD (2012) la facultad sancionadora es una función de regulación y no de política pública, por lo que debe corresponder al regulador, en este caso Cofetel, y no a una secretaría de Estado, y por tanto al Gobierno. Ligado al poder sancionador, la OCDE destacó también la necesidad de otorgar al regulador de independencia presupuestaria, siendo necesario, en su opinión, dotar a Cofetel de una fuente de financiación para satisfacer sus necesidades de gestión.

Finalmente, la OCDE, enfatizó la necesidad de coordinar las funciones de promoción y desarrollo de la competencia en el sector entre el regulador (Cofetel) y el órgano responsable de competencia (Cofece). Si bien tales facultades se dividían entre ambos organismos, la implementación de una adecuada colaboración institucional generaría, en su opinión, una adecuada promoción de competencia al tiempo que restringiría el poder de los agentes dominantes.

⁸⁸ Ver OECD (2012).

B) Reforma Constitucional: Regulador único de telecomunicaciones y órgano de competencia

Las críticas de los organismos internacionales, unidas a las manifestadas por distintos ámbitos económicos y sectoriales del país favorecieron que, impulsados por el cambio de Gobierno de 2012, se introdujera una reforma constitucional aprobada en junio de 2013 que incluía, entre otros aspectos, importantes avances en materia regulatoria y un cambio en el modelo institucional aplicado hasta la fecha. Dicha reforma incluyó la creación de dos nuevos órganos de regulación y competencia⁸⁹:

- *IFT (Instituto Federal de Telecomunicaciones), como regulador único de telecomunicaciones:*

Con la creación del IFT, como sustituto de Cofetel, se incrementó la independencia de este órgano de regulación⁹⁰ al tiempo que se le otorgaron las funciones de competencia en el sector que, hasta entonces, estaban reservadas al órgano de defensa de la competencia estatal.

El IFT se crea como un órgano constitucional autónomo con personalidad jurídica y patrimonio propios, independiente de los tres poderes de la unión. Sus funciones incluyen la regulación, promoción y supervisión del uso, aprovechamiento y explotación del espectro radioeléctrico, las redes y la prestación de los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, así como del acceso a infraestructura activa, pasiva y otros insumos esenciales.

Una de las grandes novedades de la reforma regulatoria en el sector de las telecomunicaciones es precisamente la fusión de las funciones de regulación y competencia sectoriales en el mismo órgano. Es decir, se transfieren al IFT las funciones que, en materia de competencia económica de los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión, desarrollaba hasta la fecha Cofece, pudiendo, por ejemplo, establecer regulación asimétrica para los participantes en estos mercados, imponer límites a la concentración nacional y regional de frecuencias u ordenar la desincorporación de activos, derechos o partes necesarias para asegurar el cumplimiento de los límites establecidos. Una de las principales novedades es la

⁸⁹ Para una ampliación de esta reforma y su contenido, ver Salazar (2013).

⁹⁰ Estos nuevos organismos nacieron con un nivel de autonomía elevado, y desconocido hasta esa fecha entre los organismos reguladores y de competencia en México, con las únicas excepciones del Banco Central, la Oficina de Estadística o la Comisión Electoral.

facultad exclusiva otorgada al IFT para el otorgamiento y revocación de concesiones en materia de radiodifusión y telecomunicaciones⁹¹.

Desde el punto de vista organizativo, la reforma trajo consigo la ampliación del número de consejeros, de 5 a 7 así como el proceso para la selección de los mismos. El nombramiento de los consejeros corresponde al poder ejecutivo federal, con la necesaria ratificación del Senado. En opinión de Delgado y Mariscal (2014), se trataba de un proceso excesivamente rígido en el cual se excluía automáticamente a candidatos experimentados por haber estado vinculados al sector privado en los tres años inmediatamente anteriores a su elección, al tiempo que se limitaba toda posibilidad de puertas giratorias entre el Gobierno y el sector privado. Debido a estas restricciones, el nombramiento de consejeros quedaba limitado en gran medida a políticos y funcionarios, con los problemas de independencia que ello llevaba consigo⁹². Además, se mantiene la posibilidad de reelección de su presidente una vez cumplido su mandato inicial de cuatro años, a decisión del Congreso, lo que también influía negativamente en su independencia.

La nueva legislación prevé el sistema de rendición de cuentas del regulador, requiriéndose la presentación anual de un programa de trabajo y trimestralmente un informe de actividades a los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la Unión; así como la comparecencia del presidente ante la Cámara de Senadores anualmente y ante las Cámaras del Congreso.

➤ *COFECE (Comisión Federal de Competencia Económica) como Autoridad de Competencia:*

Junto a la creación del regulador de telecomunicaciones, la reforma constitucional de 2013, establece las funciones del órgano encargado de la defensa y promoción de la competencia, la Comisión Federal de Competencia Económica

⁹¹ No obstante, se establece la obligación de notificar al Secretario de Comunicaciones y Transportes, previo a su determinación de expedición de alguna concesión, quien podrá emitir una opinión técnica no vinculante.

⁹² El nombramiento de los miembros del Pleno del IFT requiere de un proceso reglado: El procedimiento se inicia con una convocatoria y la acreditación del cumplimiento de los requisitos señalados en la constitución, ante un Comité de Evaluación integrado por los titulares del Banco de México, el Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación y el Instituto Nacional de Estadística y Geografía. Una vez que el Comité de Evaluación acredita su cumplimiento, se realiza un examen de conocimientos en la materia y enviará al Ejecutivo una lista con un mínimo de tres y un máximo de cinco aspirantes, que hubieran obtenido las calificaciones aprobatorias más altas. El Ejecutivo seleccionará de entre esos aspirantes, al candidato que propondrá para su ratificación al Senado. Dicha ratificación se hará por el voto de las dos terceras partes de los miembros del Senado presentes, dentro del plazo improrrogable de treinta días naturales a partir de la presentación de la propuesta. Ver Salazar (2013).

(COFECE), un organismo autónomo con personalidad jurídica y patrimonio propio, como el IFC, que se encarga, tal y como se establece en el Decreto de reforma de la constitución (art. 28), de *“garantizar la libre competencia y concurrencia, así como prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados”*.

El Consejo de este organismo está compuesto por siete miembros propuestos por el Presidente de la República y ratificados por el Senado, con una duración en el cargo de 9 años. Para el nombramiento se requiere no haber ocupado en los últimos tres años ningún empleo, cargo o función directiva en las empresas sujetas a procedimientos sancionatorios del citado órgano.

La reforma constitucional de 2013 se tradujo en la legislación secundaria aprobada en el año 2014, en concreto, en la Ley Federal de Competencia Económica. Su aplicación trajo consigo un incremento notable en el nivel de independencia y funciones otorgadas al órgano de competencia del país. A ello contribuye el hecho de que se establezcan importantes requisitos para asegurar la independencia de los consejeros, el aumento de las funciones otorgadas a este órgano, así como el poder sancionador con la posibilidad de la desincorporación de activos de las empresas reincidentes en las prácticas sancionadas.

C) Coordinación:

Este nuevo modelo no ha estado exento de algunos problemas de reparto de competencia entre ambos organismos⁹³, e incluso también de reparto de presupuestos⁹⁴. Para el desarrollo de tales funciones, el IFT creó una unidad especializada dentro de su organización, la UCE (Unidad de Competencia Económica), con lo que se buscaba delimitar en cierta forma las decisiones o los procesos de regulación ex-ante con las decisiones del pleno sobre temas de competencia sectorial y, por tanto, con un marcado carácter ex-post. A diferencia, por ejemplo, del caso de España, en México es el mismo pleno el que decide sobre los temas regulatorios y de

⁹³ En octubre de 2015, un tribunal especializado resolvió el primer caso de conflicto entre los dos órganos reguladores que analizan cuestiones de competencia económica, al otorgarle al Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT) la potestad para resolver la petición de concentración entre las multinacionales Nokia y Alcatel Lucent. La Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE) había pedido al regulador sectorial en telecomunicaciones que le remitiera el expediente, al considerar que la fusión entre ambas compañías concernía más a la esfera de la manufactura que al de telecomunicaciones móviles.

⁹⁴ A IFT se le incrementó su presupuesto para el desarrollo de las nuevas funciones de competencia de telecomunicaciones en alrededor de un 350%, mientras que a COFECE únicamente en un 33%. Ello provocó la salida de buena parte de los miembros y expertos de este último organismo en busca de mejores posiciones y salarios en el regulador sectorial.

competencia (no hay salas diferentes para ambos temas). Además, el hecho de que el tamaño de la unidad de competencia de IFT sea más reducida que el resto de unidades del organismo puede ocasionar que, finalmente, las funciones regulatorias y las decisiones relacionadas tales funciones adquieran un mayor peso dentro del IFT⁹⁵.

Al mismo tiempo, dicho modelo exige coordinar las funciones y competencias del regulador con las otorgadas a COFECE, encargado de *“proteger el proceso de competencia y libre concurrencia mediante la prevención y eliminación de prácticas monopólicas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados”*⁹⁶.

Cuadro 2. El caso de Australia

The Australian Competition and Consumer Commission (ACCC)

Otro ejemplo internacional de modelo integrado es el de Australia, donde una misma entidad acumula las funciones de competencia y de regulación económica (no técnica) de determinadas industrias de red.

La Comisión Australiana de Competencia y Consumidores (ACCC) se constituyó el 6 de noviembre de 1995 mediante la fusión de la Comisión de Prácticas Comerciales (TPC) y la Autoridad de Vigilancia de Precios. La ACCC es responsable de administrar y hacer cumplir la Ley de Prácticas Comerciales de 1974 y la Ley de Vigilancia de Precios de 1983. La primera es el principal mecanismo regulador para abordar las prácticas anticompetitivas e injustas del mercado, incluido el uso indebido del poder de mercado, boicots secundarios y fusiones anticompetitivas. La segunda prevé la vigilancia y supervisión de los precios en las industrias con supervisión de precios por el Gobierno. Si bien la ACCC es responsable de hacer cumplir la ley de competencia, los individuos y las compañías pueden iniciar sus propios procedimientos legales y buscar daños y otros recursos contra las partes que supuestamente incumplen dicha normativa.

Además de su función principal de “competencia”, la ACCC tiene varias funciones clave de “regulación económica”, incluidas las responsabilidades en relación con los términos y condiciones de acceso a ciertas infraestructuras como las telecomunicaciones, el gas y la electricidad y el control de los precios sectores con un nivel de competencia reducido. El Consejo Nacional de la Competencia (CCN) asesora al Gobierno en cuanto a los derechos de acceso y, cuando estos se establezcan, actúa como “árbitro de última instancia”. Es decir, la ACCC tiene el poder de arbitrar las disputas de acceso y determinar las condiciones finales de mismo (incluyendo el precio) si los solicitantes de acceso y los propietarios de instalaciones esenciales no logran llegar a un acuerdo. La ACCC lleva a cabo funciones más específicas de “regulación económica” en el marco de los regímenes de acceso a las telecomunicaciones y redes de gas (con excepción de las del Estado de Western Australia). El papel del gas incluye el monitoreo del cumplimiento de las obligaciones de mercado y la aprobación de acuerdos de acceso (que abarcan servicios, tarifas de referencia, comercio y expansiones) de acuerdo con un código de la industria. La ACCC también desempeña un importante papel regulador en la industria eléctrica, incluyendo el establecimiento de límites de ingresos para las redes de transmisión de electricidad. También tiene una función de supervisión de la calidad del servicio con respecto a los aeropuertos.

Fuente: Cordova-Novion & Hanlon (2002)

⁹⁵ Ver Delgado & Mariscal (2014)

⁹⁶ Ley Federal de competencia, 2006.

3.5.3 *El modelo de Suiza*

Suiza no pertenece a la UE, por lo que no tiene la presión liberalizadora y de desarrollo de un modelo regulatorio que tienen otros países europeos. Sin embargo, en este país se observa una situación un tanto ambigua en lo que al modelo regulatorio se refiere. Por un lado, el grado de intervención pública en la economía ha sido tradicionalmente muy limitado, primando las actuaciones del sector privado. Pero, por otro lado, el estado tiene un nivel de independencia limitado respecto a los intereses privados.

Tradicionalmente, en Suiza, la escasa intervención del Estado no se ha traducido en la presencia de mercados competitivos y liberalizados, sino que ha derivado en la prevalencia de prácticas no competitivas (carteles) y autorregulación por parte del sector privado (lo que se denomina Gobiernos de interés privado). En este país la legislación ha sido un tanto indulgente con los carteles, lo que permitió la proliferación de carteles con todo tipo (Maggetti, Afonso, & Fontana, 2011).

Suiza ha tratado de adaptarse a los cambios estructurales y regulatorios marcados por la UE pese a no ser miembro de la misma. Su posición geográfica y sobre todo el deseo de participar en el mercado único (lo que solo era posible bajo la condición de reciprocidad) influyeron en tales decisiones. La influencia de las políticas y directrices de la UE se ha dejado ver, sobre todo, en las reformas de los sectores de red y el modelo regulatorio aplicado.

Cuando en la década de los noventa se trata de promover la competencia y liberalización de los mercados, en línea con lo ocurrido en la mayor parte de los países europeos, el problema de Suiza fue, por un lado, la falta de intervencionismo estatal, así como la propiedad y el control público. Por lo tanto, las políticas de liberalización desarrolladas se dirigieron sobre todo a la regulación de carteles privados y prácticas no competitivas por parte de actores privados, además de los monopolios públicos. En todo caso, los procesos de liberalización impulsados por la UE favorecieron la apertura a la competencia de los sectores como telecomunicaciones, energía o postal, así como la creación de reguladores independientes de telecomunicaciones, banca o competencia. De hecho, en ocasiones, el ritmo liberalizador en Suiza fue mayor que en otros países miembros, ya que eran menores las restricciones de acceso al mercado.

Pero en la aplicación de las políticas de liberalización y reformas sectoriales, Suiza contaba con otro hándicap que, a priori, dificultaría su implementación. El sistema político suizo es particularmente hostil a los cambios, existiendo un buen número de posibilidades de veto a las propuestas políticas por parte de la oposición. Así existen dos cámaras legislativas con idénticas competencias y los oponentes a una determinada reforma legislativa pueden plantear un referéndum para su paralización. En consecuencia, toda reforma legislativa se traduce, habitualmente en largos

procesos de negociación que incluyen no solo a los partidos políticos sino también a los grupos de interés afectos y a los cantones⁹⁷.

En general, la creación de órganos reguladores independientes para sus mercados, el proceso de desarrollo y las características de los mismos si difieren en cierto grado de las directrices europeas. La fuerte tradición de prácticas autorregulatorias y la prevalencia del interés privado en la economía y sus decisiones supusieron restricciones importantes a la creación de estos órganos de regulación independientes, ya que los actores privados fueron reacios a ser regulados por el sector público y a ceder parte de su poder a tales organismos. De hecho, los regulados mantuvieron desde el inicio una fuerte presencia en los órganos reguladores, en gran medida porque de ellos procedían los principales responsables de tales organismos. El resultado de todo ello fue un nivel de independencia media de los reguladores suizos inferior al de otros países europeos comparables, que se puede apreciar no solo en su diseño organizativo sino también en sus actuaciones⁹⁸.

A) Regulador de Telecomunicaciones:

En el caso de las telecomunicaciones y el sector energético, se observan ciertas características que diferencian el proceso liberalizador suizo del resto de países europeos. En ellos, la liberalización de los mercados y la creación de órganos de regulación independientes para asegurar el correcto funcionamiento de los mismos, coincidía con el dominio de ambos mercados por el monopolio en telecomunicaciones y las grandes empresas eléctricas privadas.

En el sector de telecomunicaciones, la liberalización se produjo en la década de los noventa, dividida en tres fases, si bien el grado de profundidad de tales políticas puede considerarse limitada. Se inició en 1991, con la nueva Ley de Telecomunicaciones que favoreció la apertura del mercado minorista a la competencia, pero no afectó a las conexiones a la red ni a los servicios universales. Dicha Ley incluía la creación de la *Federal Office of Communication* (BAKOM), que sería el órgano responsable de la regulación del mercado.

Más tarde, en 1997 se avanzó en la reforma del sector y la liberalización del mismo. La Ley de empresas de Telecomunicaciones cambió la organización del monopolio público de las telecomunicaciones suizo, PTT (*Post-, Telefon- und*

⁹⁷ Mach, Häusermann, & Papadopoulos (2003)

⁹⁸ Según los resultados obtenidos por Gilardi (2008), al estimar el nivel de independencia formal de los principales reguladores europeos, solo Alemania obtuvo, en ese momento, un peor resultado que Suiza.

Telegrafenbetriebe), separando las actividades de telecomunicaciones a una nueva empresa (*Swisscom*), que fue parcialmente privatizada. Al mismo tiempo, se ahondó en la liberalización del mercado mediante la regulación de las concesiones para la cobertura del servicio universal, así como las condiciones de interconexión a la red por terceros. Para ello se creó también la *Communication Commission* (Comcom), el organismo independiente responsable de la política de competencia.

Finalmente, en 2006 se completó la reforma de la Ley de Telecomunicaciones con la apertura del bucle local y con ello la apertura a la competencia del sector. Con todo, y pese a que se ha incrementado notablemente el número de operadores, la empresa pública *Swisscom* mantiene una posición dominante en el mercado, así como la concesión de los servicios universales.

En cuanto a los dos reguladores creados en el sector como parte del proceso de liberalización descrito, y pese a que mediante la reforma de la Ley de 1997 fueron dotados de amplias competencias regulatorias, lo cierto es que tales funciones tenían únicamente carácter *ex-post* y su capacidad real de actuación quedaba limitada a la interpretación que el Tribunal Federal hizo de la legislación, que no era muy precisa en cuanto al alcance de las funciones de tales organismos. La falta de una legislación que precise de forma concluyente las funciones de los reguladores independientes del sector ha favorecido que tales competencias puedan ser cuestionadas tanto por los tribunales, como se ha dicho, como por el propio incumbente del mercado⁹⁹. La dilución de las tareas regulatorias entre varios organismos reguladores, a los que hay que unir además el órgano de defensa de la competencia, habría contribuido a minimizar el poder regulatorio de tales órganos en beneficio del operador del mercado y otros operadores privados.

B) Regulador Postal:

El caso del sector postal suizo es interesante por el marco institucional en que se basa su regulación: existen tres autoridades reguladoras diferentes que se dividen en dos reguladores intersectoriales y una autoridad de regulación postal específica, que deben reportar a diferentes Ministerios¹⁰⁰.

El mercado postal de Suiza se caracteriza por la presencia de un operador incumbente, *Swiss Post*, 100% propiedad del Estado, al que le ha sido otorgada la cobertura del servicio postal universal.

⁹⁹ Ver Finger & Voets (2008)

¹⁰⁰ Maegli & Jaag (2008)

El regulador del mercado es PostComm, un órgano independiente vinculado al Ministerio Federal de Medio Ambiente, Transporte, Energía y Comunicación (DETEC). Sus funciones incluyen la supervisión del mercado postal asegurando la cobertura de los servicios universales, en términos de calidad y a precios asequibles. Asimismo, se ocupa de las quejas de los consumidores por tales servicios al tiempo que asegura el desarrollo de la competencia efectiva en el sector y la apertura del mismo a terceros (Maggetti, Ingold, & Varone, 2013).

Junto a las funciones regulatorias de PostComm, también tienen competencias en el sector la Comisión de Competencia (Comco) y el denominado “supervisor de precios”, ambos dependientes del Ministerio de Finanzas. El supervisor de precios es un órgano independiente encargado de establecer los precios de los servicios reservados o vinculados al servicio universal.

C) Regulador del mercado eléctrico:

En el sector de la electricidad, al contrario que en la mayor parte de los países, no ha existido en Suiza un monopolio público, sino que se ha caracterizado por la presencia de empresas privadas en una situación de monopolio local que se autorregulan¹⁰¹, mientras que la función de las autoridades federales queda limitada a la supervisión y desarrollo de aspectos regulatorios ligados a la seguridad, energía nuclear o energías renovables.

En este sector, el proceso de liberalización del mercado se inició más tarde en el tiempo, concretamente en 2007, después de un largo proceso de decisiones. Pese a que el Gobierno federal inicio la reforma del sector eléctrico en 1994, antes incluso de la aprobación de la Directiva europea en esta materia, no fue hasta el año 2000 cuando se aprobó la Ley del Mercado Eléctrico, que a la postre sería rechazada mediante referéndum popular en el año 2002. El objetivo de dicha Ley era abrir el mercado a la competencia con un mínimo de regulación. Para garantizar el acceso de terceros, la Ley introdujo la separación de la propiedad de la red de alta tensión (que correspondía a seis grandes empresas eléctricas) de la gestión de dicha red (monopolio natural), para lo cual se creó una empresa privada, pero controlada por el Gobierno suizo, encargada de gestionar dicha red (TSO).

Tras el rechazo de la citada Ley por referéndum, en 2007 se aprobó la nueva Ley de Suministro de Electricidad. Esta nueva Ley fortalece la independencia del gestor

¹⁰¹ La regulación del sector procede, en su mayoría de la principal asociación de empresas eléctricas suizas, *Union of Swiss Electricity Companies* (VSE).

de la red de alta tensión (TSO), al tiempo que se crea un organismo regulador independiente, la Comisión de la Electricidad (Electricity Commission, Elcom). Este organismo tiene un tamaño reducido en comparación con otros reguladores europeos (apenas 25 personas empleadas) pero se le dotó de competencias ex ante para la fijación de las tarifas de acceso a la red.

D) Regulador del sector ferroviario

En contraste con lo descrito para los sectores anteriores, el ferrocarril en Suiza muestra una situación de claro dominio del operador incumbente (*Swiss Federal Railway, CFF*) así como de dos pequeñas empresas de ferrocarril regional (BLS y SOB). Los principales operadores del sector crearon inicialmente una empresa, *Swiss Train Paths (STP)* para regular la asignación de los surcos ferroviarios a las distintas compañías. Dado que el grado de independencia de esta entidad era muy limitado¹⁰², en el año 2000 se creó el regulador independiente del sector ferroviario suizo, *Railways Arbitration Commission (RACO)*, cuya principal función era regular los posibles conflictos entre los operadores para el acceso a la red. En todo caso, no se trataba de un verdadero regulador independiente, ya que administrativamente depende del Ministerio federal de Transportes

E) Autoridad de competencia:

Junto a los reguladores sectoriales de telecomunicaciones, electricidad y sector postal, existe una autoridad responsable del desarrollo de la competencia en el mercado suizo, *Competition Commission (Comco)*, formada por un grupo de 11-15 expertos de diferentes disciplinas. Es el órgano encargado de la regulación de defensa de la competencia mediante la eliminación de los carteles nocivos, seguimiento empresas dominantes o monopólicas en busca de signos de comportamiento contrario a la competencia, hacer cumplir la legislación de control de concentraciones, etc.

La Ley competente en materia de competencia es la Ley Federal sobre los Carteles y otras Restricciones, de octubre de 1995, si bien no fue hasta el año 2003 cuando se ampliaron sus facultades para combatir de forma eficaz los carteles en el país¹⁰³. En concreto, con dicha reforma se estableció la posibilidad de sancionar a las empresas que infringieran la normativa de competencia en aspectos tales como los

¹⁰² Maggetti, Ingold, & Varone (2013)

¹⁰³ Hasta esa fecha, la Ley sancionaba a las empresas que infringían la legislación de forma repetida, pero no a las que lo hacían eventualmente (Berumen, 2009)

acuerdos horizontales (fijación de precios y reparto de cuotas de mercado) o verticales (imposición de precios mínimos de reventa o abusos de posición dominante).

3.6 Notas finales del capítulo

En este capítulo se han intentado resumir las características principales de los órganos de regulación y competencia existentes en distintos países en el ámbito internacional. Su análisis, así como los aspectos esenciales del modelo regulatorio aplicado en cada uno de dichos países proporciona una base fundamental para analizar y valorar posteriormente si el modelo institucional aplicado en España es el óptimo y, en todo caso, que opciones de diseño podrían tenerse en cuenta para su configuración.

A modo de resumen, cabe señalar que el modelo aplicado en España a partir de 2013, esto es, la fusión en un mismo organismo de las funciones de regulación de los mercados y fomento de la competencia, no es un caso aislado, y, aunque escasos, existen otros ejemplos similares en el ámbito internacional. Aunque si existen varios ejemplos de fusiones de órganos de competencia¹⁰⁴, por un lado, y órganos de regulación por otro, lo cierto es que la unión de ambos tipos de funciones en un único órgano solo se ha encontrado a nivel europeo en Holanda y España.

En el año 2013 Holanda fusionó en un mismo organismo, la Autoridad Holandesa de Consumidores y Mercados (ACM), la antigua autoridad de competencia holandesa (NMA), la agencia de protección del consumidor (CA) y el órgano de regulación de telecomunicaciones, y servicios postales. Pese a las similitudes existentes, no es posible valorar o extraer conclusiones determinantes sobre la idoneidad del modelo y del resultado derivado de la fusión de tales organismos, dado el escaso tiempo transcurrido desde su implantación, muy similar a la del modelo español.

Aunque entre las razones que justificaban su fusión se aludieron fundamentalmente las de eficacia, complementariedad, etc., lo cierto es que parece que las razones financieras y de ahorro de costes tuvieron un peso importante en la decisión final de aplicación del nuevo modelo holandés.

¹⁰⁴ En Reino Unido, en enero de 2014 se fusionó *The Office of Fair Trading* (OFT) y *The competition Commission* para crear la *Competition and markets Authority* (CMA). En Finlandia, en enero de 2013 se fusionó la *Competition Authority* y la *Consumer Agency* para crear una única agencia (KKV). En Dinamarca la *Competition Authority* y la *Consumer Agency* crearon la *Danish Competition and Consumer Auythority* (KFST). Otros ejemplos son el de Francia (DGCCRF, Dirección General) o EEUU (FTC)

Por otro lado, y pese a las notables similitudes existentes con el modelo español, también existen ciertas diferencias entre ambos. Así en España no se ha incluido en el nuevo súper-regulador las funciones de protección del consumidor, como si ha ocurrido en Holanda. Además, la diferencia de tamaño entre la economía holandesa y la española es notable. Según diversos autores, como se vio en el apartado 2.10.1, el modelo integrado puede resultar más adecuado en países de menor tamaño.

En el ámbito internacional, el caso más próximo sería el de México. En este país, a través de la reforma constitucional aprobada en junio de 2013, se aplicó también un modelo integrado de regulación y competencia, pero únicamente para el sector de las telecomunicaciones. Dicho modelo no ha estado exento de algunos problemas de reparto de competencia entre el nuevo organismo y el órgano de competencia (COFECE), e incluso para el reparto de presupuestos entre ambos.

En el caso de Alemania, el modelo aplicado difiere del anterior, puesto que no se ha optado por la fusión de funciones de regulación y competencia en un mismo organismo, sino que la integración se ha limitado a las tareas de regulación sectoriales creando así un organismo regulador de carácter multisectorial, y manteniendo de forma independiente un organismo encargado de las tareas de protección y promoción de la competencia en los mercados.

Así, el regulador multisectorial alemán, el Bundesnetzagentur (BNetzA) es el organismo independiente encargado de regular los sectores de electricidad, gas, telecomunicaciones, correos y ferroviario a nivel nacional. Por su parte, existe una autoridad de competencia independiente, Bundeskartellamt, cuyas funciones son la promoción y defensa de la competencia en los mercados, para lo cual realiza investigaciones, imponiendo multas, detectando y sancionando los cárteles, control de las fusiones, etc.

En el caso de Alemania, parece que el modelo aplicado habría favorecido, por una parte, las sinergias y la complementariedad en las funciones de regulación al fusionar en un mismo organismo las tareas de regulación de sectores con importantes similitudes ya que todos ellos fueron en origen monopolios de red, con un alto de independencia tanto del propio órgano de regulación como de la autoridad de competencia.

Más alejado del modelo español actual se encontraría el modelo británico. Se trata de uno de los ejemplos más importantes a nivel europea por ser un país precursor en la creación de autoridades de regulación independientes, habiendo ejercido una notable influencia en el resto de países europeos. En Reino Unido existe una Autoridad única de competencia de los mercados, junto a una serie de reguladores de carácter sectorial, esto es, especializados para un determinado ámbito del

mercado. Así, existe el regulador del mercado de telecomunicaciones, del sector de la energía, de servicios de agua o de transporte ferroviario. En el caso británico, sin embargo, también se llevaron a cabo importantes procesos de integración entre sus órganos de regulación y competencia sin embargo tales fusiones se llevaron a cabo solamente entre órganos afines o muy próximos en lo que a sus funciones regulatorias y sectoriales se refiere. Así, se fusionaron los órganos de regulación del sector de las telecomunicaciones y del mercado audiovisual por un lado, el de electricidad y gas por otro, o las dos autoridades de competencia existentes en un solo organismo.

Junto a los citados, en este capítulo se han incluido también una breve referencia a los ejemplos de otros países cuyos modelos si bien pueden diferir notablemente del caso de España, sirven para ilustrar la amplitud de modelos existentes en el ámbito internacional y la ausencia de una tendencia generalizada en cuanto al modelo organizativo óptimo aplicable. Es el caso de EEUU, que merece ser destacado por ser precursor en la creación de este tipo de organismos independientes, sirviendo de referencia a buena parte de las experiencias aplicadas posteriormente en el ámbito internacional. El modelo norteamericano, propio de EEUU y Canadá, se ha caracterizado por la amplia presencia de este tipo de órganos de regulación en diferentes ámbitos sectoriales del mercado, lo que en ocasiones origina problemas de coordinación e incluso solapamiento de funciones dado el elevado número de órganos reguladores existentes. En todo caso si hay una característica destacable del modelo norteamericano es precisamente su independencia.

Adicionalmente, se ha incluido el caso de Suiza, como ejemplo de un país europeo desarrollado y no perteneciente a la UE, por tanto, ajena en principio a las directrices liberalizadoras y regulatorias establecidas para los países miembros. Respecto a los reguladores independientes en este país, éstos se caracterizan por la fuerte presencia del sector privado en sus decisiones, en gran medida porque de ellos procedían los principales responsables de tales organismos. El resultado de todo ello ha derivado en un nivel de independencia media de los reguladores suizos inferior al de otros países europeos comparables.

CAPÍTULO 4. LAS AGENCIAS DE REGULACIÓN Y COMPETENCIA EN ESPAÑA: EVOLUCIÓN HISTÓRICA HASTA EL MODELO ACTUAL

4.1 Introducción

“La experiencia española constituye una manifiesta evidencia del valor de las reformas estructurales y regulatorias en apoyo del crecimiento económico. Entre los factores relacionados con el fuerte crecimiento económico de la economía española en los últimos tres años, la liberalización de los mercados y la apertura de la economía han sido cruciales. Tales reformas, iniciadas hace 15 años y aceleradas desde 1996, también han contribuido a flexibilizar y hacer más competitiva la economía, y han acelerado la convergencia de España en relación con Europa”

OECD (2000)

El objetivo de este capítulo es recoger la cual ha sido la evolución de las políticas de regulación y liberalización sectorial así de defensa de la competencia en España hasta el año 2013. Hasta esa fecha, ambos tipos de políticas siguieron una evolución un tanto variable y, en todo caso, no carente de paralelismo en cuanto a su intensidad y desarrollo. El objetivo, por tanto, será tratar de establecer la evolución temporal de ambas, centrándose para ello, no en la normativa de liberalización sectorial aplicada y en la legislación de competencia, lo cual se alejaría del propósito de esta tesis, sino en el modelo institucional que ha acompañado dicha evolución a lo largo de las últimas décadas hasta llegar al sistema de organismo único existente en la actualidad en España.

Aunque ambas políticas han seguido una evolución diferenciada en el tiempo, deben estar necesariamente coordinadas. De hecho, parece probado que el grado de implementación y la intensidad en la aplicación de una influye necesariamente en los efectos de la otra. En este sentido, resulta especialmente interesante el trabajo de Alonso Nuez y Rosell Martínez (2011), que demuestra empíricamente la relación existente entre los cambios de la regulación sectorial aplicados en España y el incremento de las prácticas anticompetitivas en esos sectores. Su estudio pone de

manifiesto que la presencia de organismos reguladores en un determinado sector no determina la disminución de los expedientes sancionadores por prácticas anticompetitivas, sino que lo favorece. De ahí la necesidad de coordinar ambos tipos de organismos y de fomentar la práctica de decisiones complementarias entre ellos.

En este capítulo, la evolución de los modelos institucionales en el ámbito de la regulación sectorial y la defensa de la competencia, vendrá a poner de manifiesto que la deseada coordinación entre ambos no ha existido en España en los años anteriores a la aplicación del modelo unificado. De hecho, han existido ocasiones en las que ambos órganos han adoptado decisiones diferentes e incluso contradictorias respecto a prácticas que podían resultar contrarias a la libre competencia en un determinado sector (fundamentalmente en el sector de las telecomunicaciones)¹⁰⁵.

Ambos modelos, han seguido, por tanto, un desarrollo dispar a lo largo del tiempo, como se verá en los apartados siguientes, y no es hasta la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, cuando con la creación de una nueva autoridad independiente de defensa de la competencia, (la Comisión Nacional de la Competencia) se introducen por primera vez mecanismos de coordinación entre ésta y los reguladores sectoriales para prevenir tales situaciones de discordancia (Bacigalupo Saggese, 2007).

4.2 Evolución del modelo regulatorio en España

La liberalización en España no ha evolucionado linealmente a lo largo de los últimos veinte años. Ciertamente, si comparamos la situación final con la de partida, el avance ha sido extraordinario, pero eso no excluye que en el camino haya habido fases de parálisis, e incluso retrocesos, en la apertura de algunos mercados, que curiosamente coinciden con las fases de mayor expansión económica. Por el contrario, los períodos de crisis han sido fértiles en intentos de aumentar la competencia en esos mercados.

En los años anteriores a la adhesión de España a la Comunidad Europea (1985), caracterizados por la presencia de una importante crisis económica, se empezaron a aplicar en España numerosas medidas liberalizadoras cuyo objetivo era preparar la

¹⁰⁵ El ejemplo más llamativo de tales discrepancias fue el derivado de la campaña publicitaria de Telefónica sobre los “Planes Claros”, que ofrecían unos descuentos que, en opinión del competidor de Telefónica (Retevisión), suponían un obstáculo al mercado para el resto de empresas. La CMT estimó que dichas ofertas no atentaban contra la competencia ni impedía el acceso al mercado de Retevisión. El TDC, sin embargo, concluyó lo contrario e impuso a Telefónica una multa por valor de 8,4 millones de euros. Telefónica recurrió dicha sanción primero ante la Audiencia Nacional, cuya sentencia redujo sustancialmente el importe de la multa, y posteriormente ante el Tribunal Supremo, que en su sentencia de 20 de junio de 2006 la anuló definitivamente (Bacigalupo Saggese, 2007, pág. 402).

economía para las exigencias a las que debería someterse con posterioridad a su adhesión. En esa fase, sin embargo, las políticas liberalizadoras aplicadas por nuestro país fueron voluntarias, ya que España no estaba obligada por la normativa comunitaria. De esa época es, por ejemplo, el conocido Decreto Boyer (1985) que incluía medidas como la liberalización de alquileres y horarios comerciales (Fernandez Ordoñez, 2004).

Con posterioridad a la firma del Tratado de Adhesión, la economía española vivió una etapa expansiva, en la que las políticas de liberalización sectoriales, caracterizadas por su intensidad, fueron el resultado de los compromisos firmados por España en el citado Tratado y del proyecto de mercado interior emprendido por el Gobierno. Este último, junto a medidas liberalizadoras de carácter genérico, incluía también políticas concretas de apertura sectorial para los mercados de telecomunicaciones, energía, transporte, correos, televisión, etc.

A partir de mediados de los noventa, y especialmente con el cambio de Gobierno de 1996 se inicia una etapa caracterizada por la liberalización de los sectores regulados (telecomunicaciones, energía, transportes...) que se mantendría hasta finalizar la década¹⁰⁶. Es en esta etapa cuando surgen las agencias de regulación sectorial en España que se mantendrían hasta el cambio de modelo de 2013, cumpliendo con las exigencias comunitarias de creación de organismos independientes de la Administración y el Gobierno para la aplicación de las políticas de re-regulación sectorial en los antiguos monopolios públicos.

En los apartados siguientes se ahonda en las distintas fases por las que ha pasado el modelo regulatorio español y, en concreto, la organización institucional asociada, describiendo brevemente las características principales de las agencias de regulación sectorial que se fueron creando en cada una de ellas. Se ha dividido la evolución del modelo regulatorio en tres fases: I) la primera incluye la década de los 80, en la que aparece lo que puede considerarse como los antecedentes de los órganos de regulación sectorial en España; II) la segunda fase se refiere a la década de los noventa, intervalo en el que se produce la expansión de las agencias sectoriales unidas al proceso de liberalización impulsado desde Europa;; y III) la última fase se centra ya en torno a 2011, esto es, en los años inmediatamente anteriores al cambio de modelo,

¹⁰⁶ Pero en este periodo también se dieron algunos pasos atrás en ámbitos concretos, derivados de un mayor intervencionismo y una reducción de la libertad económica (Fernandez Ordoñez, 2004). En su opinión, hubo ejemplos claros de reformas que se presentaron como liberalizadoras pero que su efecto sobre la competencia fue nulo, e incluso pudo perjudicarla. Es el caso de la liberalización del sector eléctrico, iniciado con la Ley de sector de 1997, cuyos efectos sobre la competencia nunca llegaron debido a la ausencia de medidas de reestructuración vertical y horizontal y a que no se separó la propiedad de los servicios monopolísticos de la propiedad de los servicios que se abrían a la competencia.

cuando empieza a plantearse la necesidad de coordinar y uniformizar el amplio número de órganos de regulación sectorial existentes en España. Para cada una de esas fases se tratará de ahondar en los órganos de regulación sectoriales creados, sus funciones así como sus principales características organizativas.

4.2.1 Fase 1: Años 80. Aparición de las agencias de regulación

La aparición de las agencias de regulación de carácter independiente en España cabe situarla en la década de los ochenta. En estos años se crearon reguladores financieros como el Banco de España o la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la Agencia de Protección de Datos y el que se considera como el primer regulador sectorial en España y que serviría de guía a la posterior expansión de este tipo de órganos, el Consejo de Seguridad Nuclear. Sus Leyes de creación los califican como “Autoridades Independientes” debido tanto a su autonomía financiera y funcional como a la forma de designación de sus miembros.

Sin embargo, aún no estaríamos ante reguladores de red, en el sentido de los que se crearían en la década de los noventa para regular los sectores liberalizados y cuya creación se ampararía en gran medida de las directivas comunitarias. En todo caso, dado que, como se ha señalado, el Consejo de Seguridad Nuclear se considera el antecedente de las posteriores agencias de regulación independientes en España, resulta de interés conocer sus características y funciones.

4.2.1.1 CONSEJO DE SEGURIDAD NUCLEAR:

Fue creado en el año 1980, mediante la Ley 15/1980, como una Autoridad Administrativa con la forma de Ente de Derecho Público. Fue la primera entidad independiente dentro de la Administración Central y sus funciones se centran en el control de la seguridad nuclear.

Su independencia deriva no solo de su forma organizativa sino también de la composición de su consejo y la forma de designación de sus miembros, estableciéndose en su ley de creación que estaría compuesto por personas cuyo conocimiento permitiera garantizar su independencia y objetividad en la toma de decisiones. En concreto, el consejo, formado por el presidente y cuatro consejeros, debe estar formado por personas con reconocida solvencia en las materias encomendadas, como las especialidades de seguridad nuclear, tecnología, protección radiológica y del medio ambiente, medicina, legislación o cualquier otra conexas con las anteriores, así como en energía en general o seguridad industrial. La designación de los

mismos corresponde al Parlamento¹⁰⁷, a propuesta del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, y la duración del mandato es de seis años, renovables por otros seis. Se establecen asimismo las causas para su destitución y los supuestos en los que el Gobierno, previo trámite previsto en la Ley, puede cesarlos¹⁰⁸. Dicha decisión debe estar motivada y claramente justificada.

En el desarrollo de sus funciones, el Consejo no puede recibir instrucciones, órdenes o cualquier tipo de directrices gubernamentales, siendo el Parlamento el encargado del control periódico de las actividades desarrolladas por el Consejo. Finalmente, es éste el que resuelve los recursos promovidos contra sus resoluciones o las de sus órganos, agotando de esta forma la vía administrativa, por lo que tales decisiones solo serían recurribles, en último término ante los tribunales de justicia.

En cuanto a las funciones otorgadas a este órgano, el artículo 2 de su ley de constitución le otorga potestad normativa, lo que le confiere habilitación para elaborar y aprobar informes normativos dirigidos a determinar las especificidades técnicas de las instalaciones nucleares y radiactivas y las actividades relacionadas con la seguridad nuclear y radiológica. Dicha capacidad es ajena a la potestad reglamentaria del Gobierno. De hecho, sus informes tienen carácter técnico, y habitualmente en su elaboración participan los propios afectados, siendo remitidos al Congreso de los Diputados antes de su aprobación.

Tampoco se le otorga plena capacidad sancionadora, sino que su potestad se reduce a la propuesta de tales sanciones. No concede las autorizaciones de las plantas nucleares, transporte de sustancias y materias radiactivas ni la fabricación de componente, ni fija los parámetros de inspección. Tiene, pues, un fuerte componente de órgano consultivo que emite actos de juicio (Ortiz Laverde, 2014).

¹⁰⁷ *“La posibilidad de que el órgano parlamentario vete a un candidato gubernamental, aunque en la realidad resulte difícil aplicación por la mayoría exigida, es una novedad de bulto y una garantía de independencia evidente, cuya transcendencia conviene retener. La simple necesidad de comunicar al Congreso los candidatos, con carácter previo al nombramiento, contribuye a reforzar la garantía de independencia”.* (López Ramón, 1991)

¹⁰⁸ El artículo 7, apartado 1, de la Ley de creación del CSN establece que:

El Presidente y Consejeros del Consejo de Seguridad Nuclear cesarán por las siguientes causas:

- a) Por cumplir setenta años.
- b) Por finalizar el período para el que fueron designados.
- c) A petición propia.
- d) Por estar comprendidos en alguna de las incompatibilidades establecidas en esta Ley.
- e) Por decisión del Gobierno mediante el mismo trámite establecido para el nombramiento cuando se les considere incapacitados para el ejercicio de sus funciones o por dejar de atender con diligencia los deberes de su cargo.

El Congreso de los Diputados, a través de la Comisión competente y por acuerdo de los tres quintos de sus miembros, podrá instar en cualquier momento al Gobierno el cese del Presidente y Consejeros.

En cuanto a las funciones autónomas, cuenta con la potestad de inspección y control de las instalaciones de transporte y fabricación, permitiéndosele ordenar su paralización, suspensión de funcionamiento, vigilancia de los niveles de radiación de las instalaciones y transporte; verificación de las dosis recibidas por el personal de operación, la evaluación del impacto ecológico y la concesión y renovación de las licencias.

En lo que corresponde a su régimen financiero, la Ley estableció dos mecanismos de financiación. El primero que corresponde a las Tasas de Servicios Prestados por el Consejo reguladas por la Ley 14/1999, de 4 de mayo, de Tasas y Precios Públicos prestados por el Consejo de Seguridad Nuclear⁷¹⁷, mediante la cual se actualizan las funciones que generan un hecho imponible del tributo y por consiguiente la importante financiación del Consejo.

En paralelo, el Consejo tiene la potestad de elaborar el anteproyecto de presupuesto anual, que eleva al Gobierno, con el fin de que éste lo incorpore a los Presupuestos Generales del Estado.

4.2.2 Fase 2: Desde mediados de los 90. Expansión de las agencias de regulación sectoriales

La segunda etapa en lo que a la evolución del modelo regulatorio se refiere, se caracteriza por la expansión de las agencias de regulación y su presencia en prácticamente todos los sectores liberalizados.

El proceso liberalizador de los mercados y los cambios en el modelo regulatorio iniciado en Europa en los años 80, e impulsado en gran medida por las directivas comunitarias, llegó a España a mitad de la década siguiente. El objetivo de tales medidas desregulatorias era favorecer la competencia en sectores que, tradicionalmente, se habían comportado como monopolios naturales. Dicho proceso de desregulación iría acompañado de la creación de órganos reguladores que gobiernen tales sectores de la economía al tiempo que favorecen la defensa de la competencia en los mismos. Es lo que se conoce como “re-regulación”.

Desde mediados de los noventa se inicia en España un proceso de liberalización sectorial que afecta a varios ámbitos económicos, si bien los más destacados, por la intensidad del proceso desarrollado, serían los de energía e hidrocarburos y los del sector de las telecomunicaciones.

El de energía e hidrocarburos fue el primer sector en introducir medidas tendentes a favorecer la entrada de competencia y, con ello, eliminar la regulación de

los precios. Para ello se buscó reducir las barreras de entradas favoreciendo la utilización de las redes de distribución por terceros y limitando las cuotas de mercado de los operadores incumbentes. La liberalización del sector vino de la mano de la Ley del Sector Eléctrico, en 1997, que incluía el calendario de apertura gradual del sector, así como de la Ley de Hidrocarburos de 1998, que eliminó el sistema de fijación de precios máximos de los carburantes.

En el sector de las telecomunicaciones, por su parte, el proceso de liberalización incluyó la eliminación del monopolio del que disfrutaba Telefónica como operador único de telefonía básica mediante la creación de un segundo operador, Retevisión, inicialmente mediante concesión administrativa y, posteriormente, a partir de 1997, mediante autorización regulada con condiciones. Desde enero de 1998 los operadores de cable podían prestar el servicio de telefonía en sus demarcaciones. Y en el ámbito de la televisión, la liberalización incluyó la supresión del servicio público de las televisiones locales y autonómicas.

En paralelo, aunque con menor relevancia que en los anteriores, se emprendió la liberalización de otros ámbitos sectoriales como los colegios profesionales, servicios funerarios y servicios postales. Sobre este último, en 1998 se garantiza el servicio postal universal al tiempo que se establece la liberalización progresiva del sector y la introducción de competencia.

En dichos sectores, la liberalización y re-regulación va acompañada de la creación de organismos independientes y de carácter colegiado, cuyo diseño respondía a organismos con personalidad jurídica independiente e integrados por personas independientes (tanto del Gobierno como de las empresas del sector) con amplios conocimientos técnicos y un reconocido prestigio en el sector. Con ello se buscaba separar la prestación de los servicios de la regulación sectorial.

Todas las Comisiones creadas en España en esta etapa, esto es, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, Comisión Nacional de la Energía o la Comisión Nacional del Sector Postal, son el resultado de la trasposición obligatoria de las directivas comunitarias, en las que, como parte del proceso de liberalización e introducción de competencia en tales mercados, se establece la obligación de crear un regulador independiente, con personalidad jurídica propia, autonomía financiera y presupuestaria y sin ningún tipo de influencia por parte de la Administración Central ni de los Agentes participantes en el mercado. De hecho, es la propia legislación comunitaria la que establece la estructura orgánica de estas comisiones, la forma de designación de sus miembros, su nombramiento y las razones por las cuales podrían cesar en su cargo, como elementos fundamentales para garantizar la independencia de la entidad y de las funciones que deben cumplir. Sus funciones se centrarían,

fundamentalmente, en fomentar la competencia en los tales sectores y evitar los posibles fallos de mercado en los mismos.

En cuanto al régimen jurídico aplicable a estas entidades a la hora de trasponer las directivas comunitarias al ordenamiento español, ocurre que se les dota de personalidad jurídica-pública, y se incluyen dentro de la categoría general prevista en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), Ley 6/1997, en su título III, que agrupa a todos los entes que cuentan con cierto grado de autonomía, pero con un fuerte grado de adscripción al Ministerio competente en el sector a regular. Pero, en contra de lo que sería previsible, esta Ley no incluye una definición del denominado “organismo regulador”, sino que es en la Disposición Adicional Décima de esta Ley donde se reconoce la existencia de una serie de organismos públicos, los cuales se regirán por la su Ley de creación y de manera supletoria por lo dispuesto por parte de lo dispuesto en la Ley 6/1997.

Por tanto, aunque en muchas ocasiones se utiliza la denominación de “agencia de regulación” para referirse a estos órganos reguladores, en España ocurre que la norma expresamente creada para ese tipo de órganos, la “Ley 28/2006, de Agencias Estatales para la mejora de los Servicios públicos” no resulta de aplicación para los órganos reguladores que nos ocupan, ya que no se trata propiamente de servicios públicos, sino de los nuevos servicios económicos de interés general. En suma, estos órganos se regulan por la Disposición Adicional Décima de la LOFAGE, como norma matriz o de cabecera y, posteriormente, por la legislación sectorial correspondiente.

Como consecuencia, estos organismos reguladores, en particular la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), la Comisión Nacional de la Energía (CNE), Comisión Nacional de la Competencia (CNC) y Comisión Nacional del Sector Postal (CNSP), mostraban niveles distintos de independencia y autonomía, de potestad sancionadora y capacidad funcional, etc.

Los acuerdos parlamentarios desarrollados entre 2004 y 2011 (VIII y IX legislatura) contribuyeron incrementar el número de organismos reguladores de ámbito económico, y al mismo tiempo, a introducir determinadas reformas legislativas tendentes a incrementar la independencia de tales organismos. Así, junto a la creación de la Comisión Nacional del Sector Postal, en el año 2007, se constituyó la Comisión Nacional del Juego (CNJ)¹⁰⁹, en 2010 el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales (CEMA)¹¹⁰ o en 2011 la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria (CREA)¹¹¹.

¹⁰⁹ Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego.

¹¹⁰ Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual.

¹¹¹ Real Decreto-ley 11/2011 de 26 de agosto.

En paralelo, se aprobaron nuevas normas tendentes, como se ha dicho, a favorecer el nivel de independencia de estos órganos de regulación, mejorando su diseño organizativo para garantizar su separación del poder político. Así, la Ley 5/2006, de 10 de abril, reguladora de los Conflictos de Intereses de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, estableció como preceptiva la comparecencia ante el Parlamento de los miembros de los órganos de regulación como condición necesaria y previa para su nombramiento¹¹².

En concreto, según esta Ley, el Gobierno, con carácter previo al nombramiento, pondría en conocimiento del Congreso el nombre de la persona propuesta con el fin de que se dispusiese su comparecencia ante la comisión correspondiente. Dicha comisión debía examinar a los candidatos propuestos, formulando las preguntas o requiriendo las aclaraciones pertinentes para finalmente emitir un dictamen sobre la existencia, en su caso, de conflicto de interés.

Aunque dicha normativa supuso un paso importante en términos de procedimiento y favorecería la transparencia en el nombramiento de los responsables de los órganos de regulación, el requerimiento de comparecencia parlamentaria quedaba limitado a la posible existencia de conflictos de interés, y no tanto a la idoneidad o no de los candidatos para el desarrollo de las funciones y responsabilidad para las que habían sido propuestos.

En este sentido, el impulso más significativo a la independencia de los organismos de regulación en España llegó en 2011 con la aprobación de la Ley 2/2011 de Economía Sostenible. Con ella se trató de unificar la normativa aplicable a los órganos de regulación y suplir las deficiencias legislativas existentes¹¹³, cuyos preceptos son aplicables a la Comisión Nacional de Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y la Comisión Nacional del Sector Postal, declarando

¹¹² Según el artículo 2 de esta Ley “El Gobierno, con carácter previo al nombramiento del Presidente del Consejo de Estado, pondrá en conocimiento del Congreso de los Diputados el nombre de la persona propuesta para el cargo a fin de que pueda disponer su comparecencia ante la comisión correspondiente de la Cámara, en los términos que prevea su Reglamento”. En el apartado 2 de este mismo artículo se señala que “El mismo procedimiento será seguido en relación con los nombramientos de las personas que vayan a ser designadas máximos responsables en los organismos reguladores o de supervisión incluidos en el artículo 3.2 k”, esto es, “El presidente y los vocales de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de la Comisión Nacional de Energía, el presidente, los consejeros y el Secretario General del Consejo de Seguridad Nuclear, así como el presidente y los miembros de los órganos rectores de cualquier otro organismo regulador y de supervisión”.

¹¹³ Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. Capítulo II. Organismos Reguladores. Artículo 8. 3: “*Los Organismos Reguladores están dotados de personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada. Actúan en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines con autonomía orgánica y funcional, plena independencia de las Administraciones Públicas y de los agentes del mercado. Asimismo, están sometidos al control parlamentario y judicial.*”

aplicables buena parte de sus preceptos a la Comisión Nacional de la Competencia. En particular, esta Ley establece para todos ellos los sistemas de controles, formas de designación y cese de sus miembros dando lugar así a una cierta coordinación y uniformidad hasta entonces no existente entre los reguladores. El contenido de esta ley y sus implicaciones sobre el modelo regulatorio se analizan en el apartado 4.2.3 siguiente.

4.2.2.1 COMISIÓN DEL MERCADO DE TELECOMUNICACIONES (CMT)

El regulador del mercado de telecomunicaciones se crea en 1996 mediante el Real Decreto-Ley 6/1996, de 7 de junio, de Liberalización de las Telecomunicaciones convalidado mediante la Ley 12/1997, de 24 de abril, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Adopta la forma jurídica de entidad de derecho público y sus funciones se centran en velar por la competencia efectiva en este mercado, la correcta formación de los precios y, al mismo, tiempo, ejercer de órgano arbitral en los conflictos que surjan entre los participantes en el sector.

Según Ortiz Laverde (2014), su convalidación por la Ley 12/1997 trajo consigo la ampliación de sus funciones, así como del tamaño de su Consejo, que pasó de cinco a siete miembros, aprovechándose al tiempo para incrementar las garantías de independencia del regulador frente al Gobierno y las empresas del mercado. Desde entonces, las directivas europeas y la insistencia de las autoridades comunitarias en el fomento de la independencia de estos organismos han hecho que se fuese adaptando su configuración y normativa a tales directrices.

La creación de este órgano responde al proceso de liberalización de servicios impulsado desde Europa en 1987 con el Libro Verde de las Telecomunicaciones donde se destacaba como un aspecto indispensable para garantizar la competencia en el mercado la presencia de un organismo regulador independiente ajeno a la prestación y explotación de los servicios de telecomunicaciones. Por ello, el nuevo regulador de telecomunicaciones se creó siguiendo la tendencia ya iniciada anteriormente en otros países con la constitución de este tipo de entidades reguladoras, fundamentalmente en Reino Unido, que se había convertido en el país precursor, con la creación en 1984 de la *Office of Telecommunications* (OFTEL).

La CMT se constituye como un Organismo Público dotado de personalidad jurídica y plena capacidad pública y privada, ajena a cualquier tipo de sujeción o relación de tutela de un órgano administrativo superior, por lo que sus decisiones ponen fin a la vía administrativa, y solo pueden ser revisables ante la jurisdicción contenciosa-administrativa.

Asimismo dispone de autonomía financiera, esto es, patrimonio propio independiente del Estado (artículo 48.13 y 14 de la Ley 32/2003) financiándose mediante: a) patrimonio propio e independiente del patrimonio del Estado; b) ingresos propios, provenientes en su mayoría del cobro de la llamada Tasa General de Operadores; y c) el presupuesto estimativo específico, anteproyecto que es remitido al Gobierno a través del Ministerio de Hacienda, para ser aprobado por parte de las Cortes Generales para ser integrado en el Presupuestos Generales del Estado.

En cuanto a su autonomía funcional, se trata de un órgano de carácter colegiado. Las decisiones las toma el Consejo, constituido por el presidente y seis consejeros, nombrados por un período de 6 años, y cuyo nombramiento debe acomodarse a las normas de designación, cese, régimen de incompatibilidades y remoción del cargo previstas en la legislación. Todos estos criterios previstos en la Ley 2/2011 de Economía Sostenible, artículo 13 a 16, constituyéndose como mínimos que garantizan la independencia del regulador. El nombramiento de los miembros del Consejo lo realiza el Gobierno, si bien no puede inferir en las funciones que la Comisión realice.

Otro aspecto destacable es su capacidad de autorregulación, lo que faculta a la Comisión para establecer, por sí misma, las propias normas para su funcionamiento a través del Reglamento Interno (antiguo art. 48.10, modificado por el art. 12.9 de la LES) aprobado por el Consejo donde se estipula la actuación de los órganos que forman parte de la Comisión, el procedimiento a seguir para la adopción de los acuerdos y la organización del personal.

Las competencias atribuidas a la CMT en su acto de creación fueron:

1. Arbitrar en los conflictos que puedan surgir entre operadores de redes y servicios del sector de las telecomunicaciones.
2. Informar las propuestas de tarifas de los servicios de telecomunicaciones prestados en régimen exclusividad y aquellos casos en los que exista una posición de dominio en el mercado.
3. Asesorar tanto al Gobierno y al ministro de fomento.
4. Adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la libre competencia en el mercador.
5. Denunciar ante los servicios de inspección de las telecomunicaciones del Ministerio de fomento las conductas que sean contrarias a la legislación.
6. Y las demás competencias que a bien le sean atribuidas a la comisión

Más tarde, con la aprobación de la Ley 32/2003 de Telecomunicaciones y la Ley 2/2011 de Economía Sostenible, se modifican las funciones atribuidas a la Comisión con el objetivo de adaptar sus atribuciones a los nuevos requerimientos normativos. De conformidad con el artículo 48 de la Ley 32/2003, y de lo previsto en la Disposición final trigésima cuarta de modificación de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, numeral 4, esta Comisión ejerce las siguientes funciones:

a) Arbitrar en los conflictos que puedan surgir entre los operadores del sector de las comunicaciones electrónicas, así como en aquellos otros casos que puedan establecerse por vía reglamentaria, cuando los interesados lo acuerden.

El ejercicio de esta función arbitral no tendrá carácter público. El procedimiento arbitral se establecerá mediante real decreto y se ajustará a los principios esenciales de audiencia, libertad de prueba, contradicción e igualdad, y será indisponible para las partes.

b) Asignar la numeración a los operadores, para lo que dictará las resoluciones oportunas, en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias, de acuerdo con lo que reglamentariamente se determine. La Comisión velará por la correcta utilización de los recursos públicos de numeración asignados. Asimismo, autorizará la transmisión de dichos recursos, estableciendo, mediante resolución, las condiciones de aquélla.

c) Ejercer las funciones que en relación con el servicio universal y su financiación le encomiende el título III de esta Ley.

d) La resolución vinculante de los conflictos que se susciten entre los operadores en materia de acceso e interconexión de redes, en los términos que se establecen en el título II de esta Ley, así como en materias relacionadas con las guías telefónicas, la financiación del servicio universal y el uso compartido de infraestructuras.

Asimismo, ejercerá las restantes competencias que en materia de interconexión se le atribuyen en esta Ley.

e) Adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta del servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por los operadores, la interconexión de las redes y la explotación de red en condiciones de red abierta, y la política de precios y comercialización por los prestadores de los servicios.

A estos efectos, sin perjuicio de las funciones encomendadas en el capítulo III del título II de esta Ley y en su normativa de desarrollo, la Comisión ejercerá las siguientes funciones:

1. ^a Podrá dictar, sobre las materias indicadas, instrucciones dirigidas a los operadores que actúen en el sector de comunicaciones electrónicas. Estas instrucciones serán vinculantes una vez notificadas o, en su caso, publicadas en el “Boletín Oficial del Estado”.

2. ^a Pondrá en conocimiento de la Comisión Nacional de la Competencia los actos, acuerdos, prácticas o conductas de los que pudiera tener noticia en el ejercicio de sus atribuciones y que presenten indicios de ser contrarios a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. A tal fin, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones comunicará a la Comisión Nacional de la Competencia todos los elementos de hecho a su alcance y, en su caso, remitirá dictamen determinante. Cuando la Comisión Nacional de la Competencia, en su caso, resuelva, sólo podrá disentir del contenido del dictamen determinante de forma expresamente motivada.

3. ^a Ejercer la competencia de la Administración General de Estado para interpretar la información que en aplicación del artículo 9 de esta Ley le suministren los operadores en el ejercicio de la protección de la libre competencia en el mercado de las comunicaciones electrónicas.

f) Emitir informe determinante en el marco de los expedientes de control de concentraciones de empresas que realicen actividades en el sector de su competencia, según lo previsto en el artículo 17.2 c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

g) Definir los mercados pertinentes para establecer obligaciones específicas conforme a lo previsto en el capítulo II del título II y en el artículo 13 de esta Ley.

h) Asesorar al Gobierno y al Ministro de Industria, Turismo y Comercio, a solicitud de éstos o por propia iniciativa, en los asuntos concernientes al mercado y a la regulación de las comunicaciones, particularmente en aquellas materias que puedan afectar al desarrollo libre y competitivo del mercado. Igualmente podrá asesorar a las comunidades autónomas y a las corporaciones locales, a petición de los órganos competentes de cada una de ellas, en relación con el ejercicio de competencias propias de dichas Administraciones públicas que entren en relación con la competencia estatal en materia de telecomunicaciones.

En particular, informará preceptivamente en los procedimientos tramitados por la Administración General del Estado para la elaboración de disposiciones normativas, en materia de comunicaciones electrónicas, especificaciones técnicas de equipos, aparatos, dispositivos y sistemas de telecomunicación; planificación y atribución de frecuencias del espectro radioeléctrico, así como pliegos de cláusulas administrativas

generales que, en su caso, hayan de regir los procedimientos de licitación para el otorgamiento de concesiones de dominio público radioeléctrico.

i) Ejercer las funciones inspectoras en aquellos asuntos sobre los que tenga atribuida la potestad sancionadora de acuerdo con el artículo 50.1 y solicitar la intervención de la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones para la inspección técnica de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas en aquellos supuestos en que la Comisión lo estime necesario para el desempeño de sus funciones.

j) El ejercicio de la potestad sancionadora en los términos previstos por esta Ley.

En los procedimientos que se inicien como resultado de denuncia por parte del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, el órgano instructor, antes de formular la oportuna propuesta de resolución, someterá el expediente a informe de dicho Ministerio. La propuesta de resolución deberá ser motivada si se separa de dicho informe.

k) Denunciar, ante los servicios de inspección de telecomunicaciones de la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones, las conductas contrarias a la legislación general de las telecomunicaciones cuando no le corresponda el ejercicio de la potestad sancionadora.

En los procedimientos que se inicien como resultado de las denuncias a que se refiere el párrafo anterior, el órgano instructor, antes de formular la oportuna propuesta de resolución, someterá el expediente a informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. La propuesta de resolución deberá ser motivada si se separa de dicho informe.

l) La llevanza de un registro de operadores, en el que se inscribirán todas aquellas cuya actividad requiera la notificación a la que se refiere el artículo 6 de esta Ley. El registro contendrá los datos necesarios para que la Comisión pueda ejercer las funciones que tenga atribuidas.

m) Cualesquiera otras que legal o reglamentariamente se le atribuyan o que le encomienden el Gobierno o el Ministerio Industria, Turismo y Comercio

Por tanto, atendiendo a las funciones descritas, las potestades otorgadas a la CMT pueden clasificarse en tres grupos: normativas, de vigilancia y supervisión y, finalmente, de inspección y sanción.

A) Funciones normativas:

La CMT tiene la capacidad de poder dictar normas de carácter general (disposiciones) dirigidas a los agentes participantes en el sector, que deben ser notificadas y/o publicadas en el BOE¹¹⁴.

B) Supervisión y vigilancia:

La CMT debe velar por el correcto funcionamiento del sector, por ello los operadores deben notificarle, con carácter previo al inicio de la actividad, la finalidad de la misma, con el objetivo de asegurar en todo momento la observancia de los requisitos previstos en la legislación sectorial.

C) Inspección y sanción:

Por último, la capacidad de inspección y sanción de la CMT, se circunscribe a las conductas que sean contrarias a las competencias de este organismo y a la normativa incluida en las circulares y resoluciones de esta entidad. Las sanciones se imponen atendiendo a la gravedad de la conducta y pueden ser recurridas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, lo cual se constituye como un elemento más que garantiza la legalidad de la actuación del órgano regulador, de forma que su independencia es simplemente un resultado legal.

En un principio, la CMT no tenía dicha potestad sancionadora, sino que fueron las posteriores modificaciones de la Ley General de Telecomunicaciones en los años 1998 y 2003, las que reconocieron tal facultad.

¹¹⁴ Esta facultad ha sido considerada como una de las atribuciones más polémicas de este organismo, ya que en determinados casos se consideraba que mediante dicha facultad, la CMT puede ordenar los mercados de telecomunicaciones, lo cual no solo puede circunscribirse de manera exclusiva del sector, denominándose como una potestad normativa ad extra, si bien más parece un "efecto reflejo" de las normas o reglas que pueda dictar la CMT que una potestad reglamentaria general alternativa a la gubernamental (Ortiz Laverde, 2014). El Tribunal Supremo estableció una serie de límites a esta potestad normativa de la CMT: límites subjetivos (tienen como destinatarios a las personas físicas o jurídicas que actúan en el sector), objetivos (deberán especificar las razones de expedición, el porqué del ejercicio de la potestad normativa y el objeto a regular) y formales (observancia por parte de los órganos de la CMT de las normas que regulan la elaboración de Circulares).

4.2.2.2 COMISIÓN NACIONAL DE LA ENERGÍA (CNE)

La Comisión Nacional de la Energía (CNE) fue creada mediante la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, quedando constituida en 1999. Se regía por el Real Decreto 1339/1999 de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión Nacional de Energía.

Este Organismo regulador tiene como precedentes a la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional (CSEN)¹¹⁵, que fue remplazada posteriormente por la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico Nacional (CNSE)¹¹⁶. A su vez, la nueva Ley 34/1998, que

¹¹⁵ Esta Comisión se crea mediante la Ley 40/1993, constituyéndose en el año de 1995, siendo su función principal el velar por el correcto y efectivo funcionamiento del sector eléctrico. En realidad, fue el primer regulador sectorial no financiero existente en España, y su creación respondió a las exigencias comunitarias. Tenía personalidad jurídica y patrimonio propio, con plena capacidad para actuar, para lo cual era indispensable separar las actividades de producción con la actividad regulatoria. Se le reconoce como un órgano de carácter técnico, su finalidad principal, de acuerdo con la ley de su creación era la de velar por la transparencia y no discriminación en las retribuciones de los sujetos del sistema eléctrico, velar por la efectiva competencia y que las decisiones que se adoptaran fueran eficientes para el mercado y los agentes participantes en el mismo.

En cuanto a su estructura, estaba formada por el Consejo de Administración, conformado por el Presidente (representante legal de la Comisión) y por seis vocales, que ejercían las funciones por un período de 5 años, (el mandato fijo garantizaba su independencia), el cual podría ser renovado por un período solamente; estableciéndose asimismo en el Estatuto de la entidad los supuestos para el cese en las labores y las correspondientes incompatibilidades para el ejercicio de las funciones, así como la imposibilidad de desempeñar cargo alguno u otra actividad profesional que tuviera relación directa con el sector eléctrico durante los dos años posteriores a la dejación del cargo.

Asimismo, (artículo 7) se estipuló en la Ley que dicha Comisión contaría un Consejo Consultivo, el cual sería el órgano de asesoramiento de la Comisión, con la participación de miembros de la Administración Central, de las Comunidades Autónomas, las empresas del sector eléctrico, las asociaciones de usuarios, las organizaciones dedicadas a la protección del medio ambiente; Presida por el Presidente de la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico.

En cuanto a las funciones, el artículo 8º de la Ley establece una serie de funciones tendentes a favorecer el funcionamiento del mercado:: 1) Desarrollo normativo eléctrico; 2) Régimen Tributario y aplicación de tarifas; 3) Planificación y autorización de instalaciones; 4) Determinar deficiencias en el suministro; 5) Órgano inspector y árbitro del sistema; 6) Órgano Sancionador; 7) Elaboración de memoria; 8) Velar por la competencia, 9) Otras funciones y 10) Las funciones que le encomiende el Gobierno.

¹¹⁶ Creada por medio de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sistema eléctrico, como el ente regulador independiente del sistema eléctrico español. Dicha Ley incorpora como aspecto esencial el abandono de la tradicional definición de servicio público pasando a denominarse servicio esencial, siendo el objetivo fundamental el consolidar la liberalización plena del sector energético. A tal efecto se crea el mercado de la electricidad y se atribuye a dos compañías no públicas la gestión económica y técnica del sistema: a la sociedad Compañía Operadora del Mercado Español de Electricidad, S. A. (OMEL), que, a partir de 30 de junio de 2004, cambió su denominación social por la de Operador del Mercado Ibérico de Energía, Polo Español, S. A. (OMEL) y a Red Eléctrica de España.

Ante esta nueva situación del mercado, se atribuye al regulador sectorial la labor de velar que el mercado eléctrico se comporte objetiva y transparentemente garantizando las condiciones de competencia, para lo cual se aumentan las funciones atribuidas a su predecesor. En concreto, la nueva Ley precisa y amplía la facultad de solicitud de información y de resolución de conflictos, atendiendo a la importancia que tales funciones deben tener en un mercado liberalizado por la confrontación de los operadores establecidos y los entrantes.

crea la CNE, incluye en la Disposición Adicional la supresión de la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico, constituyéndose por tanto la CNE como regulador único del mercado (incluyendo en este organismo regulador a los sectores de electricidad, gas y productos derivados del petróleo, además de ser vigilante del mercado energético integrado)¹¹⁷.

Se configura como un ente de derecho público con personalidad jurídica, patrimonio propio y con plena capacidad para obrar, adscrito al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.

Su forma organizativa adopta un carácter técnico (para lo cual las personas que lo integran deben ser expertos en las materias energéticas) y colegiado. Por ello, el órgano principal de Gobierno es su Consejo de Administración, formado por un presidente, que detentaba la representación legal de la Comisión y la presidencia de los Consejos Consultivos¹¹⁸ y de los órganos de Asesoramiento, y de ocho Consejeros, uno de los cuales ejercerá las funciones de Vicepresidente, y un secretario.

Conserva los rasgos característicos de las Autoridades Independientes, como lo son su autonomía e independencia. El nombramiento de sus miembros (presidente y consejeros), se realiza para un periodo de 6 años¹¹⁹, y debe realizarse entre personas de reconocido prestigio y competencia profesional, previa comparecencia en el Parlamento.

En cuanto a la composición de la entidad, la principal modificación radicó en la ampliación del número de miembros que integran el Consejo de Administración, con un Presidente y ocho vocales, asimismo se amplió el periodo a seis años.

¹¹⁷ En la Exposición de Motivos de la Ley 34/1988, se viene a precisar las razones del cambio de nominación y de la unificación en un único regulador en materia de energía:

“Las razones de un único regulador para los mercados energéticos, la vinculación e independencia de los sectores energéticos, la vinculación e independencia de los sectores energéticos, la similar problemática de algunos de ellos, especialmente, interrelación empresarial en este ámbito económico recomiendan atribuir a un único órgano la regulación y vigilancia del mercado energético, para garantizar su transparencia y coordinar adecuadamente los criterios de resolución de los asuntos que conozca”.

¹¹⁸ Se constituyen dos, uno dedicado al sector eléctrico y otro al sector de hidrocarburos. Estos Consejos consultivos están formados por miembros que representaban tanto a la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas, las compañías de los distintos sectores energéticos, los consumidores y usuarios y otros agentes y organizaciones relacionadas

¹¹⁹ Inicialmente la Ley preveía la posibilidad de reelección por un periodo igual por una sola vez, evitando la coincidencia con el periodo electoral como garantía de independencia de las funciones regulatorias de este órgano. Sin embargo, en el Tercer paquete de Directivas comunitarias se señalaba la conveniencia de evitar la renovación de tales cargos, por lo que su trasposición a la normativa española se hizo en 2012, mediante el Decreto-Ley 13/2012 la modificación propuesta en cuanto a la no reelección de sus miembros, e incorporada a la Ley 2/2011 de Economía Sostenible, que en el art.13.2. establece que “El mandato del Presidente y los Consejeros será de seis años sin posibilidad de reelección”.

Dentro de los controles sobre su funcionamiento establecidos para la CNE, ésta deberá elaborar y aprobar un presupuesto de carácter anual, que debe responder a las indicaciones dadas por parte del Ministerio de Economía y Hacienda, para que esta se adecue al mismo y lo remitirá a éste para su elevación al acuerdo del Gobierno y posterior remisión a las Cortes Generales, integrado en los Presupuestos Generales del Estado. El presupuesto de la Comisión Nacional de Energía tendrá carácter estimativo y sus variaciones serán autorizadas de acuerdo con lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

Un aspecto importante en lo que a la independencia de la CNE se refiere, es que todos los actos y resoluciones que se produzcan por parte de esta Comisión en el ejercicio de sus funciones pueden ser recurridas por vía administrativa, y posteriormente interponer las acciones correspondientes ante la jurisdicción contencioso-administrativa en los términos establecidos en su Ley reguladora. De hecho, uno de los grandes avances derivados de la Ley de Economía Sostenible¹²⁰ fue la eliminación del recurso ante el Ministerio, de forma que las decisiones adoptadas por la CNE solo podrían ser recurridas ante los tribunales contencioso administrativos, previo agotamiento de la vía administrativa, como sucedía particularmente con la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Esta mayor independencia derivada del ejercicio de sus funciones y que le fue otorgada por la Ley de Economía Sostenible, se amplió al permitir a la CNE la gestión de ciertos tributos, entre ellos la tasa proveniente de la prestación de servicios y realización de actividades de la CNE relacionadas con el sector, lo que permite que la CNE pueda cumplir con las funciones que le han sido encomendadas, al contar con independencia tanto económica como financiera.

En cuanto a las facultades atribuidas por la Ley a la CNE, éstas se encuentran reguladas en el apartado 3 de la Disposición adicional undécima de la Ley 34/1998, en el Real Decreto 1339/1999, las cuales fueron incrementadas por la Ley 17/2007 (Ley que transpuso las funciones de supervisión de los reguladores, tal como se encontraba previsto en la Directiva 2003/53/CE872) y en el Decreto-Ley 13/2012. A continuación, se describen las principales funciones de la CNE:

A) Funciones normativas:

La CNE tiene la capacidad de aprobar Circulares de desarrollo de los Reales Decretos u órdenes ministeriales, de carácter técnico y con relación directa con el

¹²⁰ Artículo 22 (Ley de Economía Sostenible). Impugnación de las decisiones de los Organismos Reguladores:

Los actos y resoluciones del Organismo Regulador dictadas en el ejercicio de sus funciones públicas pondrán fin a la vía administrativa, pudiendo ser recurridas ante la jurisdicción contencioso-administrativa en los términos establecidos en su Ley reguladora.

sector energético. Las circulares pueden ser de carácter general, en cuyo caso tendrán que ser publicadas en el BOE, o particular.

B) Funciones ejecutivas:

Se trata de una función general propia de todas las autoridades independientes que les capacita para desarrollar y ejecutar las leyes y reglamentos previstos para el funcionamiento del sector. En concreto, tales funciones comprenden:

1. Autorización de determinadas operaciones, en particular las que se realizan por parte de entidades que se encuentran reguladas, este tipo de autorizaciones deben ser notificadas al Ejecutivo.

2. Liquidación de costes de transporte y distribución de energía eléctrica.

3. Efectuar las liquidaciones correspondientes a los ingresos obtenidos por tarifas y peajes relativos al uso de las instalaciones de la red básica, transporte secundario y distribución, provenientes del sector del gas.

4. Acuerda de la iniciación de los expedientes sancionadores y realiza la instrucción de los mismos cuando sean competencia de la Administración General del Estado.

5. La potestad de determinar su organización y funcionamiento interno, la forma de selección y contratación del personal de la Comisión, en cumplimiento de las normas establecidas al respecto en el ámbito de la Administración General del Estado.

6. Acordar la iniciación de los expedientes sancionadores y autorizar las participaciones realizadas por sociedades con actividades que tienen la característica de reguladas.

C) Funciones de supervisión:

En cumplimiento de los mandatos previstos en la Ley 34 de 1998 y de las modificaciones incorporadas a través de la Ley de Economía Sostenible (LES), de 4 de marzo de 2011, esta Comisión debe efectuar un seguimiento permanente y continuado de las actividades realizadas por los agentes participantes en el mercado energético. En el supuesto de comprobarse la existencia de alguna práctica que afecte la libre competencia, ésta debe ejercer las medidas correspondientes para dar solución a la falla y notificar de esta situación a la Comisión Nacional de Competencia.

D) Funciones consultivas:

La CNE puede presentar propuestas en: 1) la elaboración de disposiciones de carácter general que afecten o incidan directamente a los mercados energéticos; 2) todo lo relacionado con la planificación energética y 3) la elaboración de proyectos cuyo objetivo sea o consista en la determinación de tarifas, peajes y retribución de las actividades energéticas.

E) Funciones de competencia:

Se encarga de verificar si los agentes participantes en el mercado energético actúan conforme a los principios de la libre competencia.

F) Funciones de investigación y sanción:

Potestad común a otras agencias reguladoras, cuya finalidad es que la Comisión pueda recabar toda la información necesaria para el cumplimiento de sus funciones, de ahí que la Ley la faculta para exigir información. Además, como producto de la información suministrada, esta entidad puede efectuar inspecciones con el fin de verificar las condiciones de las instalaciones y de comprobar los comportamientos de los agentes participantes en el sector. El resultado de todas las indagaciones conducirá a la Comisión a iniciar e instruir los expedientes y remitirlos a los diferentes organismos competentes, atendiendo a la gravedad de la infracción.

En lo que corresponde a las potestades de inspección, la Ley le atribuyó a la Comisión, a petición de la Administración General del Estado o de las Comunidades Autónomas, las siguientes funciones:

i) Las condiciones técnicas de las instalaciones

ii) El cumplimiento de los requisitos establecidos en los requisitos establecidos en las autorizaciones.

iii) Las condiciones económicas y actuaciones de los sujetos en cuanto puedan afectar a la aplicación de las tarifas y criterios de remuneración de las actividades energéticas, así como la efectiva separación de estas actividades cuando sea exigida.

Respecto a la facultad sancionadora, inicialmente dicha función no le fue otorgada a la CNE en su ley de creación, sino que se introdujo con el Real Decreto-Ley 13/2012, por el cual se transponen Directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas. A partir de esa fecha, si existían infracciones tipificadas en la Ley, la misma Comisión podría imponerlas de manera autónoma o de manera compartida

atendiendo al parámetro de la gravedad de la infracción¹²¹. Tal y como señala Hernandez (2005), *“la potestad de imponer sanciones previamente tipificadas en la Ley, constituye un mecanismo útil de disciplina de los agentes del sector. Así, al no existir impedimento legal de atribución parece conveniente que le sea otorgada esta potestad, de manera similar a la otorgada al Tribunal de Defensa de la Competencia, o se comparta dicha potestad con el Gobierno, dejando en manos de éste sólo las sanciones más graves o de mayor cuantía, tal como es el caso de la Agencia de Protección de Datos, la Comisión Nacional de Mercado de Valores, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones o el Banco de España.”*

G) Función de asesoramiento:

Esta entidad es un órgano consultivo en materia energética, para lo cual debe preparar los informes al Gobierno cuando los considera pertinente o cuando éste dicte determinadas normas para el desarrollo del sector. Asimismo, elabora informes sobre la planificación energética, las tarifas, las retribuciones o, cuando sea necesario, elaborar dictámenes en los supuestos en que se pretendan dar autorizaciones para nuevas instalaciones.

H) Función de resolución de conflictos:

Esta es una de las potestades que ha sido desarrollada con mayor amplitud, por la importancia que tiene el acceso a las redes y su incidencia para la consolidación de la competencia en el sector energético. Estableciendo las particularidades de esta

¹²¹ La modificación introducida es la siguiente al régimen sancionador de acuerdo con la transposición realizada de las Directivas comunitarias:

Dieciséis. Se añade un nuevo apartado 3 al artículo 66 con la siguiente redacción:

«3. La Comisión Nacional de Energía, dentro de su ámbito de actuación y de las funciones que tiene encomendadas, podrá imponer sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias a las empresas eléctricas por las infracciones administrativas tipificadas como muy graves en los párrafos 1, 2, 5, 6 y 7 del artículo 60.a) de la presente Ley, así como por aquellas tipificadas en los párrafos 8, 9 y 10 del citado artículo 60.a), en relación con los incumplimientos de resoluciones jurídicamente vinculantes o requerimientos de la Comisión Nacional de Energía en el ámbito de sus competencias.

Asimismo, la Comisión Nacional de Energía tendrá competencia para sancionar la comisión de las infracciones graves a que se hace referencia en el párrafo anterior cuando, por las circunstancias concurrentes, no puedan calificarse de muy graves y, en particular, en el caso de las tipificadas en los párrafos 4 y 5 del artículo 61.a) de la presente Ley, en relación con los incumplimientos de resoluciones jurídicamente vinculantes o requerimientos de la Comisión Nacional de Energía en el ámbito de sus competencias.

La Comisión Nacional de Energía tendrá competencia para sancionar aquellas infracciones leves tipificadas en el artículo 62 de la presente Ley, en relación con los incumplimientos de resoluciones jurídicamente vinculantes o requerimientos de la Comisión Nacional de Energía en el ámbito de sus competencias.

En cualquier caso, la cuantía de la sanción no podrá superar el 10 por ciento del importe neto anual de la cifra de negocios del gestor de la red de transporte a dicho gestor, o el 10 por ciento del importe neto anual de la cifra de negocios consolidada de la sociedad matriz del grupo verticalmente integrado a dicha empresa integrada verticalmente, según los casos.»

función, que es totalmente diferente a la función arbitral cuya regulación está prevista en el Reglamento de la Comisión, indicando que los conflictos que serán resueltos por parte de la Comisión no sólo serán los relativos a los contratos de acceso a las redes, sino que también tiene facultad para resolver los conflictos relacionados a la gestión económica y técnica del sistema, todos los aspectos fueron desarrollados en el Real Decreto 1339/1999, por el cual se aprueba el Reglamento de la Comisión Nacional de la Energía, en su artículo 14.

4.2.2.3 COMISIÓN NACIONAL DEL SECTOR POSTAL (CNSP)

Hasta el año 2007 la regulación del mercado postal en España se realizaba desde el propio Ministerio de Fomento, a través de la Subdirección General de Regulación de Servicios Postales, coincidiendo por tanto en el mismo Ministerio tanto la gestión del mercado postal y su operación del servicio universal y las funciones regulatorias del mercado. En consecuencia, hasta esa fecha era plenamente aplicable la frase de Wik-Consult (2006) en la que afirma que la autoridad reguladora española *“parece ser simplemente una oficina dentro un Ministerio, en lugar de una agencia con una genuina independencia institucional”*.

Efectivamente, el regulador postal en España hasta fechas relativamente recientes estaba integrado funcional y jerárquicamente dentro del Ministerio de Fomento, siendo el propio Ministerio el único que disponía de autoridad de apelación sobre las decisiones de la autoridad reguladora, y al cual estaba adscrito Correos como operador principal del mercado¹²². Junto a los problemas de independencia que esta adscripción organizativa implicaba, las funciones atribuidas al regulador también eran significativamente más reducidas que las de otros reguladores europeos. De hecho realizaba fundamentalmente tareas administrativas relacionadas con las quejas de los usuarios sobre el funcionamiento del mercado, mientras que tareas ampliamente extendidas entre los reguladores europeos como la concesión de licencias o autorizaciones postales, la fijación de los precios del servicio universal, la separación de cuentas del proveedor universal, la calidad de los citados servicios universales o la tarea del control de los subsidios cruzados, no recaían en el citado órgano sino en el propio Ministerio de Fomento. Por otro lado, tampoco desarrollaba funciones relativas al fomento y protección de las reglas de competencia en el sector (Wik-Consult, 2006). Sin embargo, y pese a la menor atribución de tareas, el regulador español disponía de un número de empleados similar al británico (Postcomm) que destacaba ya en esas

¹²² La Directiva del año 1997, transpuesta al ordenamiento español no exigía la creación de una Comisión independiente y que dependía de la voluntad de los Estados previo análisis determinar si creaban un ente dedicado exclusivamente a regular al sector postal. En el caso español, se prefirió por otorgar la regulación del sector postal al Ministerio de Fomento.

fechas por su elevado grado de independencia y por la atribución de importantes tareas no solo de tipo administrativo sino también de política postal y de competencia.

Para paliar algunas de las deficiencias señaladas y acomodarse al mismo tiempo a las exigencias de las directivas europeas en materia de competencia y liberalización del sector postal, en 2007 se impulsó la creación de un nuevo regulador, la Comisión Nacional del Sector Postal, a través de la Ley 23 de 2007, de 8 de octubre, de creación de la misma, aunque este nuevo órgano no empezaría a ejercer sus funciones hasta octubre de 2010.

Tal y como queda establecido en el artículo 1 de su Ley de creación, se configura como el *“organismo regulador del sector postal, con el objeto de velar por su transparencia y buen funcionamiento y por el cumplimiento de las exigencias de la libre competencia”*. Se trata de un organismo público con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar e *“independiente funcionalmente de la Administración General del Estado, si bien se encuentra adscrito al Ministerio de Fomento a través de la Subsecretaría, que asume el ejercicio de las funciones de coordinación entre la Comisión y el Ministerio”*. Por tanto, al nuevo regulador postal se le dotó de independencia funcional dentro de la Administración General del Estado, aunque manteniéndose su adscripción al Ministerio de Fomento.

En cuanto al objeto la Comisión, su ley de creación establece que será velar por la correcta prestación del Servicio Postal Universal, garantizando la libre competencia en el sector en condiciones adecuadas de calidad, eficacia, eficiencia, transparencia, sin interferir con las funciones en materia de competencia radicadas en la Comisión Nacional de Competencia y garantizando el pleno respeto de los derechos de los usuarios y de los operadores postales y sus trabajadores.

El artículo 7 de la Ley 23/2007, incluye el catálogo genérico de funciones del regulador postal, indicando las siguientes:

- Ejercicio de las competencias que se le atribuyen en la normativa postal y en la de los organismos reguladores.

- Asimismo será responsable de gestionar y controlar la utilización del censo promocional conforme a lo definido en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Protección de Datos, así como de su aplicación, conforme se determine reglamentariamente.

- La elaboración un informe sobre el desarrollo del mercado postal, que será presentado al Ministerio de Fomento y elevado a las Cortes Generales.

- Expedir resoluciones ya sean generales y especiales, las cuales podrá ser recurridas por vía administrativa y recurridas ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

- La Comisión Nacional del Sector Postal deberá presentar, en los términos que así se prevean normativamente, las Memorias, Planes de Actuación e Informes Económicos que, con carácter general, sean requeridos para los Organismos Reguladores.

Algunas funciones atribuidas a esta Comisión, como las de inspección, vigilancia y sanción fueron precisadas posteriormente por el artículo 52 y siguientes de la Ley 43/2010¹²³. En concreto la CNSP sería la encargada de la inspección y vigilancia de los operadores del sector postal, para lo que podía inspeccionar instalaciones, solicitar documentación pertinente etc. El artículo 54 precisa la función sancionadora de la Comisión en caso de trasgresión del ordenamiento sectorial.

En la ley de Economía sostenible de 2011 se establece su estructura organizativa y su nivel de independencia funcional. La Disposición final señala que esta Comisión está dirigida por un Consejo compuesto por un presidente (que será a su vez el presidente de la Comisión Nacional del Sector Postal) y seis consejeros. La composición, nombramiento, renovación, causas del cese, funciones e incompatibilidades, así como duración del cargo son las previstas en la sección 3.ª, del capítulo II, del título I de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible.

4.2.2.4 COMISIÓN NACIONAL DEL JUEGO (CNJ)

Se crea por medio de la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego (capítulo II, artículos 20-33). Esta Comisión se crea con el objetivo de velar por el adecuado funcionamiento del sector del juego y garantizar la efectiva disponibilidad y prestación de servicios competitivos en beneficio de los usuarios. Su finalidad era la de autorizar, supervisar, controlar y, en su caso, sancionar, el desarrollo, explotación y comercialización de los juegos y demás actividades previstas en el ámbito de aplicación de esta Ley (art. 20).

La CNJ se configura como un organismo funcionalmente independiente de la Administración General del Estado, pero adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda a través de la Secretaría de Estado de Hacienda y Presupuestos.

¹²³ Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal.

Entre las funciones atribuidas a esta Comisión se incluyen (art.21):

1. Desarrollar la regulación básica de los juegos y las bases generales de los juegos esporádicos cuando así se determine en la Orden Ministerial que las apruebe.

2. Proponer al titular del Ministerio de Economía y Hacienda los pliegos de bases de los procedimientos a los que se refiere el artículo 10.1 de esta Ley y conceder los títulos habilitantes necesarios para la práctica de las actividades reguladas objeto de esta Ley.

3. Informar, con carácter preceptivo, la autorización de las actividades de lotería sujetas a reserva.

4. Dictar instrucciones de carácter general a los operadores de juego.

5. Establecer los requisitos técnicos y funcionales necesarios de los juegos, los estándares de operaciones tecnológicas y certificaciones de calidad, y los procesos, procedimientos, planes de recuperación de desastres, planes de continuidad del negocio y seguridad de la información, de acuerdo con las previsiones contenidas en los reglamentos correspondientes y los criterios fijados por el Consejo de Políticas del Juego.

6. Homologar el software y los sistemas técnicos, informáticos o telemáticos precisos para la realización de los juegos, así como los estándares de los mismos, incluyendo los mecanismos o sistemas que permitan la identificación de los participantes en los juegos. En el ejercicio de esta función, la Comisión Nacional del Juego velará por evitar cualquier obstáculo injustificado a la competencia en el mercado.

7. Vigilar, controlar, inspeccionar y, en su caso, sancionar las actividades relacionadas con los juegos, en especial las relativas a las actividades de juego reservadas a determinados operadores en virtud de esta Ley, sin perjuicio de las facultades atribuidas a las autoridades de defensa de la competencia.

8. Perseguir el juego no autorizado, ya se realice en el ámbito del Estado español, ya desde fuera de España y que se dirija al territorio del Estado, pudiendo requerir a cualquier proveedor de servicios de pago, entidades de prestación de servicios de comunicación audiovisual, servicios de la sociedad de la información o de comunicaciones electrónicas, información relativa a las operaciones realizadas por los distintos operadores o por organizadores que carezcan de título habilitante o el cese de los servicios que estuvieran prestando.

9. Asegurar que los intereses de los participantes y de los grupos vulnerables sean protegidos, así como el cumplimiento de las leyes, reglamentaciones y principios que los regulan, para defender el orden público y evitar el juego no autorizado.

10. Establecer los cauces apropiados para proporcionar al participante una información precisa y adecuada sobre las actividades de juego y procedimientos eficaces de reclamación.

11. Resolver las reclamaciones que puedan ser presentadas por los participantes contra los operadores.

12. Gestionar los registros previstos en esta Ley.

13. Promover y realizar estudios y trabajos de investigación en materia de juego, así como sobre su incidencia o impacto en la sociedad.

14. Colaborar en el cumplimiento de la legislación de prevención de blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo y vigilar el cumplimiento de la misma, sin perjuicio de las competencias de otros órganos administrativos en relación con los operadores que realicen actividades de juego sujetas a reserva de actividad por la Ley.

15. Ejercer la función arbitral de conformidad con el artículo 25 de esta Ley.

16. Gestionar y recaudar la tasa por la gestión administrativa del juego.

17. Cualquier otra competencia de carácter público y las potestades administrativas que en materia de juegos actualmente ostenta la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos, con la salvedad de las funciones policiales que correspondan a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, sin perjuicio de las facultades atribuidas a las autoridades de defensa de la competencia.

18. Cualquier otra función que se le atribuya por el ordenamiento jurídico.

Desde el punto de vista organizativo (art.26), esta Comisión estaba dirigida por un Consejo compuesta por el Presidente y seis consejeros *“nombrados por el Gobierno, mediante Real Decreto, a propuesta del titular del Ministerio de Economía y Hacienda, entre personas de reconocido prestigio y competencia profesional, previa comparecencia oportuna de las personas propuestas como Presidente y Consejeros ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados, que versará sobre la capacidad de los candidatos”*. La duración del mandato de estos consejeros es de 6 años sin posibilidad de reelección, y la renovación de los miembros del Consejo se realizaría parcialmente para fomentar la estabilidad y continuidad del Consejo.

Desde el punto de vista financiero, la CNJ se financia a través de un sistema mixto: Por un lado, con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, previa elaboración anual de un anteproyecto de presupuesto con la estructura que señale el Ministerio de Economía y Hacienda y que debía ser aprobado por el Gobierno, estableciéndose que las variaciones en el presupuesto serían autorizadas por el titular del Ministerio de Economía y Hacienda, cuando su importe no excediese de un 5%, y por el Gobierno, en los demás casos (art. 32). Adicionalmente, la CNJ se financia mediante los *“ingresos obtenidos por la liquidación de las tasas previstas”* (art. 33).

4.2.2.5 CONSEJO ESTATAL DE MEDIOS AUDIOVISUALES (CEMA)

El Consejo Estatal de Medios Audiovisuales (CEMA) se creó a través de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (Título V, artículos 44-54), sin embargo, no llegó a constituirse formalmente. Se creó como un organismo público adscrito formalmente al Ministerio de Presidencia, en concreto como la autoridad independiente supervisora y reguladora de actividad de los medios de titularidad del Estado o que estén bajo su competencia, siendo sus objetivos (art. 45):

a) El libre ejercicio de la comunicación audiovisual en materia de radio, televisión y servicios conexos e interactivos en las condiciones previstas en la presente Ley.

b) La plena eficacia de los derechos y obligaciones establecidos en esta Ley: en especial todo lo referente al menor.

c) La transparencia y el pluralismo del sector de los medios de comunicación audiovisual.

d) La independencia e imparcialidad del sector público estatal de radio, televisión y servicios conexos e interactivos, y el cumplimiento de la misión de servicio público que le sea encomendada.

Desde el punto de vista de su diseño organizativo (art. 49), el CEMA se estructura como un órgano colegiado *“formado por la Presidencia, la Vicepresidencia y siete consejerías cuyos titulares serán nombrados por el Gobierno mediante Real Decreto, a propuesta del Congreso de los Diputados por mayoría de tres quintos entre*

*personas de reconocida competencia en materias relacionadas con el sector audiovisual en todas sus vertientes*¹²⁴.

Su mandato tendría una duración de seis años, no renovable, y su condición de miembros del consejo sería además incompatible con *“el mantenimiento de intereses económicos, directos o indirectos, tanto en el sector específico de la comunicación audiovisual como en la industria productora o distribuidora de contenidos”*. Una vez al año, el consejo debería elevar a las Cortes un informe sobre el desarrollo de sus actividades y sobre la situación del mercado audiovisual. Las retribuciones de los miembros del Consejo se fijarían por el Ministerio de Economía y Hacienda, conforme al régimen de cargos directivos de entidades similares.

Financieramente, el CEMA se financia a través de un sistema mixto, integrado por (art.52): a) las tasas proporcionadas y equitativas que percibiese por la realización de sus actividades o la prestación de sus servicios y b) las transferencias que, con cargo al Presupuesto del Estado, efectuase el Ministerio de la Presidencia.

4.2.2.6 COMISIÓN DE REGULACIÓN ECONÓMICA AEROPORTUARIA (CREA)

La Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria (CREA) fue creada en 2011 mediante el Real Decreto-ley 11/2011 de 26 de agosto, sin embargo, no llegó a ser constituida formalmente y nunca entró en funcionamiento.

Dicha Comisión se crea como organismo regulador del sector del transporte aéreo en materia de tarifas aeroportuarias, siendo su objeto velar por la objetividad, no discriminación, eficiencia y transparencia de los sistemas de establecimiento y revisión de las tarifas aeroportuarias. Su constitución, por tanto, se enmarca dentro del modelo de gestión aeroportuaria impulsado por el Ministerio de Fomento en ese momento con la finalidad de que las tarifas aéreas se fijasen con independencia y objetividad.

Para ello, se configura como un organismo público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, y con plena independencia en el cumplimiento de sus fines (art.1). Esta Comisión *“se relaciona en el ejercicio de sus funciones con el Gobierno y la Administración General del Estado a través del titular del Ministerio de Fomento”*.

¹²⁴ Ese mismo artículo, en su apartado establece que si transcurridos dos meses desde la primera votación en el Congreso de los Diputados no se alcanzase la mayoría requerida de 3/5, el Parlamento procedería a su designación por mayoría absoluta.

Sus funciones son (art. 10): a) La función de supervisión del cumplimiento del procedimiento de transparencia y consulta llevado a cabo por “Aena Aeropuertos, S.A.”, y las sociedades concesionarias de servicios aeroportuarios; b) La función de supervisión de las tarifas aeroportuarias de “Aena Aeropuertos, S.A.”, de sus sociedades filiales y de las sociedades concesionarias de servicios aeroportuarios, estableciendo, en su caso, el importe o los criterios que habrá de seguir el gestor aeroportuario para que las modificaciones o actualizaciones tarifarias se ajusten al contenido de los citados artículos y de este real decreto-ley; c) Cualquier otra función que le atribuyan las leyes y las disposiciones reglamentarias para el cumplimiento de sus fines.

La CREA se crea como un órgano colegiado formado por el presidente del organismo y dos consejeros, lo que supone una reducción en el tamaño importante para tratar de adaptarse así a los requerimientos recogidos en la Ley 2/2011 y analizada en el apartado siguiente.

4.2.3 Fase 3: Coordinación y uniformidad entre organismos reguladores: Ley de Economía Sostenible de 2011

Ley 2/2011 de 4 de marzo, de Economía Sostenible tenía como objetivo incorporar importantes cambios en la economía española que eran indispensables para incentivar y acelerar su desarrollo con el fin de ser más competitiva. Por ello, junto a otros aspectos que quedan fuera del objetivo de esta tesis, en su capítulo II se introdujeron importantes modificaciones que afectaban a la regulación sectorial de la economía y al funcionamiento y organización de los órganos reguladores.

Gran parte de estas modificaciones derivan de las exigencias comunitarias y, en concreto, de la Directiva 2009/72/CE, sobre el mercado de la electricidad, donde se requería de una mayor independencia para los reguladores respecto del poder político. Tales exigencias lograron un cierto carácter expansivo en el modelo regulatorio español y se tradujeron en gran medida en el contenido de la Ley de Economía Sostenible.

En concreto, la Ley incorpora un régimen uniforme respecto a los organismos reguladores, principalmente en la forma de designación de los miembros que formarían parte de las Comisiones y los controles a los cuales estarían sujetos, lo cual redundaría en la independencia tanto orgánica como funcional característica de las tres Comisiones Regulatoras Independientes comentadas (CNE, CNMT, CNSP),

declarando aplicables buena parte de sus preceptos a la Comisión Nacional de la Competencia¹²⁵.

En cuanto a su estructura organizativa, esta ley (artículos 13-19), trató de establecer unas directrices horizontales aplicables a todos ellos tendentes a mejorar su independencia. Así, se precisa que los integrantes del Consejo de cada organismo de regulación serán nombrados por el Gobierno previa comparecencia de los mismos ante el Parlamento, entre personas con suficiente reconocimiento, prestigio y competencia profesional para desempeñar las funciones establecidas. Dicha exigencia de comparecencia parlamentaria es una de las principales novedades de esta ley, fundamentalmente por la importancia en términos de independencia que ello puede suponer. Dicha comparecencia tenía por objeto no solo valorar la idoneidad del candidato sino también del proyecto de actuación sobre el organismo y sobre el sector regulado. El ministro correspondiente también debía someterse al trámite parlamentario justificando las propuestas de candidatos.

El control parlamentario de los reguladores se completa con la obligación de presentar cada año la Memoria anual de actividades, el Informe Económico sectorial y el Plan de Actuaciones del organismo y, cada tres años, una Evaluación de los planes de actuaciones y los resultados obtenidos por el sector.

Otro de los principales cambios organizativos introducidos con esta Ley fue la reducción del número de miembros de los Consejo de los órganos de regulación a un total de 6 (anteriormente eran 9 consejeros), como un mecanismo tendente a mejorar la forma de Administración de la entidad¹²⁶. Adicionalmente, se limita la duración del mandato del presidente y los consejeros, que no podrá ser superior a seis años, adaptándose así a lo previsto en la Directiva 2009/72¹²⁷, y evitando su coincidencia con el ciclo político.

En paralelo, el artículo 16 estableció las causas tasadas para el cese de los responsables del órgano de regulación, añadiendo a las habituales como la renuncia o la expiración del mandato, otras en las que es el propio Gobierno el responsable del cese como consecuencia de incapacidad permanente, incompatibilidad sobrevinida o condena por delito doloso. Asimismo, se señala como causa excepcional la separación que puede ser acordada por el Gobierno, cuando se verifique ha existido un

¹²⁵ En concreto, no le son aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 10, 11, 14 17 y 18, relacionadas con el objeto, organización funciones de su presidente y lo relativo a su personal directivo y no directivo).

¹²⁶ En la exposición de motivos de la citada Ley se señala que: “se reduce el número de miembros de los Consejos con el fin de mejorar la gobernanza de las instituciones”

¹²⁷ En concreto, la Directiva del sector eléctrico, en el artículo 3.5, señala que los mandatos de los miembros de la comisión deberían tener un mandato fijo entre cinco a siete años y renovable por una sola vez. La fórmula que se incorporó a la Ley de Sostenibilidad fue de un mandato de seis años sin posibilidad de renovación.

incumplimiento grave e injustificado del cargo, o se ha evidenciado un conflicto de intereses, lo cual deja cierto margen de discrecionalidad al Gobierno para a través de tales motivos, y con previa instrucción del expediente por el Ministro responsable, apartar a un miembro del Consejo de sus funciones (Ortiz Laverde, 2014).

Al tiempo, se incluyeron una serie de requerimientos tendentes todos ellos a fomentar la independencia del regulador. Por ejemplo, se exigía tanto al presidente como a los consejeros de estos organismos una dedicación absoluta, prohibiéndose el ejercicio de cualquier actividad profesional privada relacionada con el sector regulado ni con empresas del sector o, en el caso de la Comisión Nacional de la Competencia, en la actividad realizada por la Comisión.

4.3 Evolución de la política de competencia en España

El paralelo a la evolución del modelo regulatorio en España se produce la evolución también de la aplicación de la política de defensa y fomento de la competencia. El objetivo de esta última será asegurar el adecuado funcionamiento de los mercados liberalizados, de forma que no se restrinja en ellos las actuaciones de los nuevos entrantes. Por ello, el objetivo de la política de competencia es evitar situaciones de abuso de posición dominante por parte de los incumbentes del mercado y, al mismo tiempo, controlar las concentraciones de empresas que, por derivar en una posición de control del mercado, pueden reducir el nivel de competencia efectivo en ese sector.

Los órganos de regulación y competencia deben ser complementarios en sus funciones. Alonso Nuez y Rosell Martínez (2011) constatan en su análisis que las medidas desregulatorias influyen en el incremento de las prácticas contrarias a la ley de competencia. Y, al mismo tiempo, la labor de los órganos de competencia produce un efecto aprendizaje en los sectores en los que se han instruido expedientes sancionadores.

En España, el proceso de desregulación no fue acompañado de un incremento paralelo de la competencia en los sectores económicos liberalizados, ya que en muchos de ellos existían importantes barreras de entrada y economías de escala que los operadores incumbentes se encargaban de mantener. *“La larga marcha hacia la liberalización del comercio interior en España ha sido también lenta y tortuosa, con frenazos, largas paradas e incluso pasos atrás”* (Castañeda Boniche, 2012). Y similar es la opinión de Petitbó (2017, pág. 92) cuando dice que *“el derecho de defensa de la competencia ha sido objeto de un proceso de modernización continuo; positivo, pero lento y mejorable”*.

De hecho, el análisis de la evolución de la política de competencia en España debe partir de la situación de ausencia de liberalización y de competencia que existía en los años cuarenta, justo después de la guerra civil española. A partir de los años cincuenta, sin embargo, se produce un cambio radical y se empiezan a aplicar políticas liberalizadoras en nuestro país que afectan no solo a la economía sino también a otros ámbitos de la sociedad, como la política y la cultura. Ese cambio de la política económica española vino amparado no solo por el impulso de los organismos internacionales y sus exigencias de apertura económica¹²⁸, sino también por el fracaso mostrado hasta la fecha por las políticas proteccionistas y antiliberales.

La liberalización empezó por el sector exterior, afectando tanto al comercio como a los capitales, y continuó con el mercado de trabajo, la liberalización comercial y del sistema financiero y, por último, y mucho más tarde que otros países de nuestro entorno, se acometió la liberalización de los servicios y la desregulación de los monopolios públicos¹²⁹.

Hasta la década de los noventa la aplicación de la política de competencia en España quedaba limitada en gran medida a las exigencias comunitarias y, en concreto, a los requisitos derivados de la entrada en el Mercado Común. A partir de 1989, con la aprobación de una primera Ley de Competencia, se re-impulsa la aplicación de esta normativa y la actividad de los organismos encargados de su aplicación, manteniéndose en esta etapa el modelo francés de la Ley de 1963, caracterizado por la presencia de dos instituciones, una independiente (TDC) y otra dependiente del Gobierno (SDC). En esa segunda etapa de la defensa de la competencia en España, este modelo, que se mantendría hasta 2007 tuvo un resultado más óptimo, aunque a lo largo de los 18 años que estuvo vigente se atravesaron fases de mayor y menor actividad y de mayor y menor eficacia en el desarrollo de sus funciones.

A finales de los noventa, como se ha dicho en el apartado anterior, se intensificó especialmente la liberalización de determinados sectores, como el de las telecomunicaciones, la electricidad, el transporte aéreo y el resto de transportes, avanzando incluso en el grado de liberalización más de lo que exigía el calendario establecido por la UE. Todo ello hizo que a finales de los años noventa, España se situara en lo que liberalización de los servicios se refiere en línea con buena parte de los países europeos de su entorno, aunque indudablemente si se compara con los países anglosajones, como EEUU y Reino Unido, precursores en la aplicación de este tipo de políticas, el grado de apertura de estos mercados en España es mucho más limitado.

¹²⁸ Acuerdos del FMI y el GATT, entrada en el Mercado Común y Acta Única.

¹²⁹ Fernández Ordóñez (2000).

La Ley de Competencia de 1989 no se reformaría hasta 2007. Esto es, coincidiendo con la época de los avances en materia de liberalización y desregulación de los mercados, los cambios normativos en materia de competencia fueron muy limitados. En el ámbito institucional, la aprobación de la Ley de Competencia de 2007 supone un cambio de modelo respecto al que estuvo vigente desde 1963, creando por primera vez una autoridad única encargada de las tareas de promoción y defensa de la competencia (CNC), aunque manteniendo separadas las tareas de instrucción y resolución de expedientes. Durante sus años de vigencia, la CNC se mostró como un organismo eficaz, en general, en el desarrollo de sus funciones.

4.3.1 Fase 1: Ley 110/1963 de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia y creación del Tribunal de Defensa de la Competencia:

Durante los años de la dictadura de Primo de Rivera (1923-1930) fueron surgiendo en España diversos monopolios que se mantuvieron durante los primeros años del Gobierno de Franco. Posteriormente, siguiendo con la tendencia generalizada en los países europeos tras finalizar la Segunda Guerra Mundial, de flexibilización de la autarquía, en septiembre de 1953 España firmó el Convenio sobre Ayuda Económica con EEUU, por medio del cual el Gobierno se comprometía a *“desalentar las prácticas y arreglos comerciales que tengan carácter de monopolio o cártel de los que resulte una restricción de la producción y un aumento de los precios o que pongan trabas al comercio internacional”* (Garrigues, 1964, pág. 37).

En ese momento, el desarrollo de un entorno competitivo en España era muy complicado dada la situación existente, con limitaciones a las importaciones, protección arancelaria excesiva, discriminaciones crediticias, rigideces laborales, falta de definición de las inversiones públicas, deficiencias en educación y formación profesional, etc. (Alcaide Guindo, 2005).

La firma del citado convenio con EEUU así como del Tratado de Roma en 1957 y la solicitud de Adhesión de España al mercado Común¹³⁰, derivaron en la aprobación de la primera Ley de competencia en nuestro país¹³¹, la Ley 110/1963, de 20 de julio,

¹³⁰ El Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (1957) incluía en su artículo 3g la obligación de que la Comunidad desarrolle “un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior”.

¹³¹ Para un mayor desarrollo de los acontecimientos que derivaron finalmente en la Ley de Competencia de 1963, ver Castañeda Boniche (2012).

de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia (LRPRC)¹³², que supuso al mismo tiempo la creación del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC).

El objetivo de esta Ley era prohibir las colusiones restrictivas de la competencia, así como los abusos de posición de dominio y las políticas tendentes a eliminar competidores en el mercado.

La ley establecía la imposición de multas por infracciones de tipo formal, como la falta de registro en las prácticas exceptuables (prácticas realizadas al amparo de una posición de dominio establecida por disposición legal, para lo que exigía su correspondiente registro y la publicación en el BOE) o la falta de inscripción de las operaciones de concentración por encima del umbral, para lo que el Tribunal podía imponer multas de 5.000 a 100.000 pesetas. La desobediencia de las intimaciones del Tribunal podría ser castigado por la jurisdicción ordinaria y, en caso de persistencia, el Gobierno podía imponer multas de 1.000 a 50.000 pesetas por día.

El Consejo de Ministros también podía multar atendiendo al perjuicio ocasionado a la economía del país siempre que no superara el 10% del valor de lo facturado en la práctica prohibida o bien hasta un 30% del valor de las mercancías o servicios afectados por la práctica.

Desde el punto de vista institucional, esta Ley de Competencia introduce la dicotomía que se mantendría en los años posteriores y que se caracteriza por el reparto de funciones de defensa y promoción de la competencia entre dos órganos especializados. Por un lado, el Servicio de Defensa de la Competencia (SDC), que es un órgano administrativo dependiente jerárquicamente e integrado dentro del Ministerio de Comercio y que es el encargado de instruir los expedientes sobre prácticas contrarias a la competencia. Y, por otro, el TDC, con funciones de resolución de tales expedientes y entre cuyas funciones se encontraba el proponer al Gobierno la imposición de las sanciones (o multas) por conductas anticompetitivas. La imposición de sanciones por prácticas restrictivas corresponde al Consejo de Ministros.

Además, junto a los dos anteriores, se creó un Consejo de Defensa de la Competencia, como órgano consultivo del Ministerio de Comercio, e incluido dentro del Servicio de Defensa de la Competencia, cuyas funciones eran puramente consultivas e incluían el proponer la iniciación de expedientes¹³³ y que actuaba como nexo entre el Tribunal y el Servicio. Además, también dentro del SDC se creó el

¹³² Esta ley fue desarrollada posteriormente por el Reglamento del Tribunal de Defensa de la Competencia, Decreto 538/65 de 4 de marzo de 1965, modificado por el Real Decreto 2574/82 de 24 de septiembre de 1982, y el Reglamento del Servicio de Defensa de la Competencia, Decreto 422/70 de 5 de febrero de 1970 y modificado por el Decreto 3564/72 de 23 de diciembre.

¹³³ En opinión de Garrigues (1964), dicha función excedía el carácter consultivo atribuido a este órgano.

Registro de Prácticas Restrictivas de la Competencia, en el cual se inscribían las prácticas exceptuables previstas por la Ley, así como los acuerdos de concentración de empresas que obtuvieran el control del 30% del mercado, para poder vigilar posibles situaciones de abuso de poder de dominio.

La aplicación de esta primera Ley de competencia en España no estuvo exenta de importantes críticas por parte de la doctrina especializada, fundamentalmente porque en España no había una cultura de aplicación de normas de defensa de la competencia en esos años y su aplicación respondía en gran medida exclusivamente a la necesidad de homologar la legislación española con el del resto de países de la Comunidad Europea¹³⁴. Así, Cases Pallarés (1995) señala que el problema principal es que se trataba de *“una norma que no se adecuaba al régimen económico intervencionista propio del momento en que aparece”*. Para Guillén Caramés (2005) existía una *“evidente desconexión entre el sistema de defensa de la competencia recién implantado y el conjunto de la política económica”*.

En consecuencia, dada la falta de medidas liberalizadoras en la economía española en ese periodo, el grado de aplicación de esta normativa fue muy escaso. Muestra de ello es que, en 22 años de actividad, el TDC dictó apenas 300 resoluciones¹³⁵ y se tardaron muchos años desde su aprobación hasta que se propuso por primera vez al Consejo de Ministros la imposición de una multa por prácticas anticompetitivas (1988). En opinión de Castañeda Boniche (2012), lo que determinó la escasa e irrelevante aplicación de esta Ley fue la falta de voluntad política para ello que resultó observable ya desde el momento de su aprobación, como demuestra el hecho de que ni siquiera se dotase a los órganos de competencia de la infraestructura técnica mínima para desempeñar sus funciones a un nivel elemental.

La aprobación de la Constitución de 1978 obligó a modificar la legislación de competencia para introducir la posibilidad de recuso contra las sentencias promulgadas por el Tribunal¹³⁶. Además, el principio reconocido en la Constitución de libertad de empresa (art. 38) obligó a una modificación más profunda e la Ley de Competencia.

En 1984, con la proximidad de la incorporación de España a la Comunidad Europea, el Gobierno impulsó el funcionamiento de los órganos de defensa de la competencia, lo que se tradujo tanto en una aplicación más activa de la Ley de competencia en vigor como en el desarrollo de los trabajos preparatorios de lo que finalmente sería la nueva Ley de Competencia de 1989. Así, se inician las

¹³⁴ Jeletcheva (2007)

¹³⁵ Perez-Bustamante (1999)

¹³⁶ Modificación del Reglamento del Tribunal por Real Decreto 2574/1982.

investigaciones de oficio y en 1988 el Tribunal empieza de nuevo a proponer al Gobierno la imposición de sanciones económicas a infractores de la legislación vigente, siendo todas ellas aceptadas e impuestas por el Gobierno.

4.3.1.1 *Tribunal de Defensa de la Competencia:*

El TDC se crea (art. 7) como un órgano adscrito en lo administrativo al Ministerio de Comercio. En ese mismo artículo, en su apartado 2, se destaca que *“el Tribunal gozará de plena y absoluta independencia en su función”*.

Desde el punto de vista organizativo, el TDC *“estará integrado por un Presidente, designado por el Jefe del Estado, y ocho Vocales, nombrados por Decreto, a propuesta del Ministro de Comercio, entre personas de prestigio nacional, reconocida ponderación e independencia de criterio, y que pertenezcan, en situación activa o pasiva, a las carreras judicial o fiscal o a cualquier otra del Estado, con categoría de Magistrado de término, Jefe superior de Administración o equivalente o Abogado con quince años de ejercicio profesional continuado, como mínimo. En los casos de los funcionarios de las carreras judicial y fiscal será necesaria, además, la conformidad del Ministro de Justicia”*¹³⁷. Todos ellos serán inamovibles en sus cargos.

Las funciones del TDC eran limitadas, ya que no disponía de plenitud de competencias en materia de prácticas restrictivas y, además, no se le atribuía la potestad sancionadora, que se mantenía en manos del Gobierno. El Tribunal proponía las sanciones (art. 15.1b)¹³⁸, pero la desobediencia de las resoluciones del TDC no podía ser sancionada por el propio Tribunal.

Sus funciones¹³⁹ se limitan a recibir el expediente instruido por el Servicio, recabar la información preceptiva, así como las alegaciones de los interesados, que podrán formular las alegaciones y resolver la admisión del expediente o bien su devolución al Servicio señalando las nuevas pruebas y diligencias a practicar¹⁴⁰.

¹³⁷ Art. 8 de la LRPRC

¹³⁸ Según Castañeda Boniche (2012) el Tribunal renunció muy rápido a desarrollar esta función y de hecho solo lo hizo una vez, en un caso de concentración del precio del aceite de oliva envasado en Cantabria (Sentencia de la Sección primera confirmada por Sentencia del Pleno en 1968), y el Gobierno no atendió su propuesta. El TDC tardó 20 años en proponer otra sanción.

¹³⁹ Ver artículos 12 a 19 de la LRPRC

¹⁴⁰ Castañeda Boniche (2012) relata como en la primera Memoria de Actividades del TDC, publicada en febrero de 1966, se advertía una actitud de autoexclusión al remarcar el Tribunal que su actuación carecía de iniciativa en la persecución de conductas y situaciones de restricción de la competencia, ya que solo podían ejercitarse con ocasión de los expedientes instruidos por el Servicio. Es decir, si el Servicio instruía poco, el Tribunal condenaba menos.

En caso de ser admitido a trámite el expediente, el Tribunal dictaba resolución determinando la existencia de prácticas prohibidas o exceptuables y, en tal caso, una vez acreditadas tales prácticas¹⁴¹, apercibía a los interesados del incumplimiento para que cesasen en tales actuaciones o bien proponía al Consejo de Ministros la aplicación de la sanción que correspondiese. En último caso, el TDC podía traspasar el tanto de culpa a los Tribunales de la Jurisdicción Ordinaria a los efectos de la exigencia de la responsabilidad criminal en el Código Penal.

Las resoluciones del TDC, así como los actos concretos que fuesen consecuencia de ellas, quedaban excluidos de la vía contencioso-administrativa y contra los mismos sólo se daba recurso de súplica para ante el Pleno del propio Tribunal (art. 29), mientras que las resoluciones adoptadas por el Consejo de Ministros si serían susceptibles de recurso contencioso-administrativo (art. 30). En todo caso, el art. 31 matiza en cierta forma el fin de la vía contencioso administrativa a las resoluciones del Tribunal al señalar que, si procederá dicho recurso contra los acuerdos definitivos que el Tribunal de Defensa de la Competencia dicte en materia de imposición de multas (y contra los no exceptuados en el artículo 29 por infracción de normas legales, incompetencia, desviación de poder y vicio esencial de forma causante de indefensión).

Con todo, las funciones atribuidas al Tribunal estaban bastante limitadas por cuanto no se le concedía la capacidad sancionadora, que seguía recayendo en el Gobierno, pudiendo únicamente proponer la aplicación de la sanción.

Este Tribunal fue considerado por numerosos autores como un órgano con “orientación-judicialista” dado que ejerce funciones de carácter judicial, por la selección de personal jurídico y fiscal, por el régimen de incompatibilidades del poder judicial, responsabilidades, etc.¹⁴²

4.3.1.2 *Servicio de Defensa de la Competencia:*

El SDC creado por el artículo 20 de la LRPRC, se constituye como un órgano integrado en el Ministerio de Comercio y adopta el papel de un “*servicio preparatorio de la actividad del Tribunal*”¹⁴³. El responsable del Servicio se designa por Decreto y adopta la categoría de director general. Las funciones atribuidas al mismo son: Llevar y

¹⁴¹ Cuando el Tribunal considere que las prácticas prohibidas han permitido obtener beneficios superiores a los que corresponderían en régimen de libre competencia, propondrá al Gobierno, a través del Ministerio de Hacienda, la imposición del gravamen complementario, elevándose la cuantía al veinticinco por ciento (art. 15 LRPRC).

¹⁴² Ver Jeletcheva (2007), Berenguer Fuster (2004), Soriano García (1998) o Garrigues (1964).

¹⁴³ Garrigues (1964) y Cases Pallarés (1995).

mantener en adecuado orden el Registro de Prácticas Restrictivas; tramitar los expedientes que deban ser sometidos al TDC, y vigilar el cumplimiento de las resoluciones del Tribunal.

Por tanto, el Servicio de Defensa de la Competencia no se constituye como un órgano decisorio ni se le atribuye la capacidad de emitir resoluciones, sino que su tarea se limita a preparar la información necesaria y las pruebas oportunas para que el Tribunal pueda adoptar las decisiones pertinentes.

4.3.2 Fase 2: Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia.

A mediados de los años noventa, se produce en España un proceso de desregulación en varios sectores económicos impulsado en gran medida por la normativa comunitaria y los criterios de convergencia requeridos para entrar a formar parte de la zona euro. Tales medidas exigían la liberalización de ciertos sectores de forma que dejaran de comportarse como monopolios naturales favoreciendo el desarrollo de prácticas competitivas en los mismos. Como se ha desarrollado en el apartado anterior de este capítulo, esta fase coincide con la aparición de órganos de regulación independientes de carácter sectorial como es el caso del regulador del mercado de la energía, de las telecomunicaciones, etc.

La aprobación de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia supuso un impulso a la política de competencia existente en España intentando, sobre todo, superar los defectos que frustraron la plena aplicación de la ley 110/1963 vigente hasta entonces (Alonso Nuez & Rosell Martínez, 2011).

Esta Ley armonizó la normativa española con la comunitaria en materia de competencia, señalando como objetivo en su Exposición de Motivos *“garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público”*.

El sistema legal de defensa de la competencia derivado de la Ley se caracteriza por los siguientes elementos:

- Se prohíben dos tipos de prácticas restrictivas de la competencia: los acuerdos entre empresas con objeto u efecto restrictivo de la competencia (artículo 1), que pueden ser objeto de autorización singular o exención por categorías, y la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio (artículo 6). También se habilita al TDC para conocer de los actos de competencia desleal que falseen sensiblemente la libre competencia.

- Se incorpora, por primera vez, un sistema de control de concentraciones¹⁴⁴, con los siguientes rasgos: a) Ámbito limitado a las operaciones susceptibles de alterar la estructura competitiva de los mercados por superar determinados umbrales¹⁴⁵; b) Notificación voluntaria de las operaciones de concentración, antes o después de ejecutada la operación, siendo confidencial el hecho de la notificación; y c) Procedimiento con dos fases, ante el SDC y el TDC, y decisión final por el Consejo de Ministros, con un plazo máximo de siete meses.
- Se incluye un mecanismo para analizar los criterios de concesión de las ayudas públicas desde la perspectiva de competencia y, en su caso, hacer recomendaciones para prevenir sus efectos anticompetitivos.

En cuanto a las instituciones encargadas de velar por su aplicación, esta Ley optó por seguir con el modelo francés, introducido en la Ley de 1963, manteniendo por un lado el Servicio de Defensa de la Competencia, dependiente directamente del Gobierno a través del Ministerio de Economía y Hacienda, y por otro lado, el Tribunal de Defensa de la Competencia, como un órgano independiente¹⁴⁶. Aunque en inicio, se preveía un cambio más profundo en este modelo institucional, lo cierto es que la nueva ley no supuso modificaciones importantes en los que a tales órganos se refiere.

El TDC seguía asumiendo funciones consultivas y decisorias, además de tutelar el mercado, y el SDC tenía encomendadas las funciones de instrucción de los expedientes por comportamientos contrarios a la competencia, así como la vigilancia de la ejecución y cumplimiento de las resoluciones que dictase el Tribunal. Así, en situaciones de conductas prohibidas, el expediente se instruye en el SDC, bien sea de

¹⁴⁴ En inicio, la notificación de las operaciones de concentración era voluntaria, y se regía por Real Decreto 1080/1992, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el procedimiento a seguir por los órganos de defensa de la competencia en concentraciones económicas y la forma y contenido de su notificación voluntaria. Posteriormente, para adaptar la legislación española a la comunitaria se estableció un sistema de notificación obligatoria por encima de los umbrales previstos, tal y como quedó recogido en el Real Decreto-Ley 6/1999, de 16 de abril, que además estableció la suspensión de las operaciones de concentración hasta su aprobación tácita o expresa.

¹⁴⁵ Se establece la obligatoriedad de la notificación previa para aquellas operaciones de concentración por debajo de los siguientes umbrales: a) que se adquiriera o se incremente una cuota igual o superior al 25% del mercado; b) que el volumen de ventas global en España del conjunto de los partícipes supere los 240 millones de euros y que al menos dos de los partícipes realicen en España individualmente un volumen de ventas superior a 60 millones de euros.

¹⁴⁶ Aunque como se verá, esta separación de las funciones de competencia en dos órganos diferenciados fue una de las principales críticas que se realizaron a la Ley de 1989 y en las que se basaron buena parte de las justificaciones para la necesidad de su reforma, también existen opiniones a favor de dicho modelo. Así, Gonzalo Solana (Presidente del TDC entre los años 2000 y 2005) señala en Fernández Ordoñez, Petitbo Juan, Solana González, Berenguer Fuster, & García Bernaldo de Quiros (2014) que la absoluta separación existente entre el órgano de investigación y resolución favorecía que el análisis de las decisiones en dos órganos claramente diferenciados fuese amplio y complementario, sobre todo al existir un órgano dedicado exclusivamente a la resolución. En su opinión, uno de los aspectos más favorables de la defensa de la competencia en España ha sido la fundamentación jurídica de sus resoluciones.

oficio o por denuncia. Terminada la investigación de los hechos y la práctica de la prueba, el Servicio redacta el Pliego de concreción de los hechos susceptibles de infracción, que comunica a las partes para sus alegaciones. Finalmente se redacta el informe para el Tribunal en el que, junto a la calificación de los hechos, se incluye la propuesta de imposición de sanciones.

En caso de declaración de conducta prohibida, el Tribunal podía imponer la sanción correspondiente (art. 13) que puede ascender hasta 150 millones de pesetas y aumentarse hasta el 10% del volumen de ventas del ejercicio anterior a la resolución. En dicha resolución, el Tribunal debía justificar el importe de la multa impuesta o bien la decisión de no imponer sanción alguna.

A diferencia de la etapa anterior, donde el Tribunal adoptaba un papel cuasi-judicial, con la nueva Ley se configura como un órgano de la Administración. Durante la primera mitad de los años noventa el Tribunal de Defensa de la Competencia fue adquiriendo una gran relevancia en la aplicación de la política de competencia en España, no solo en la persecución de abusos de posición dominante, concentraciones o sanciones por prácticas contrarias a la Ley, sino en gran medida por la función de fomento de la competencia que desarrolló durante esa época a través de sus informes, que se centraban en aquellos sectores de servicios cuya liberalización estaba retrasada en relación con otros países europeos. El Tribunal analizaba tales mercados y emitía recomendaciones tendentes a mejorar el grado de liberalización y de competencia en los mismos¹⁴⁷.

En esta época, además, este organismo ejerció un papel fundamental en la aceleración de los calendarios de liberalización que los Consejo Europeos establecieron para buena parte de los países europeos, y sobre los que el Gobierno trató de obtener cláusulas de aplazamiento.

Desde su entrada en vigor, la Ley de Competencia de 1989 no tuvo ninguna reforma hasta el año 1996¹⁴⁸, coincidiendo con el cambio de Gobierno que trajo consigo una intensa actividad legislativa vinculada a la liberalización de distintos sectores económicos y la introducción progresiva de la competencia en los mismos.

¹⁴⁷ Informe sobre el libre ejercicio de las profesiones (1992), Informe sobre Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios (1993), Informe sobre la competencia en España: Balance y nuevas propuestas(1995), y más tarde el Informe sobre el precio fijo de los libros (1997)

¹⁴⁸ RD-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica o la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que modifican algunos aspectos de la LDC para dotar de mayor transparencia y agilidad al tratamiento de las conductas y prácticas restrictivas, estableciendo, entre otros elementos, un plazo máximo para los procedimientos sancionadores.

En 1997 el Gobierno anunció que se iba a reforzar el papel y las funciones atribuidas al Tribunal a través de la aplicación de una serie de medidas entre las que destacaba la integración de la fase de instrucción de expedientes en el TDC (según la Ley dicha función correspondía al SDC), el dotar de mayor eficacia y capacidad ejecutoria a las resoluciones del este órgano, que la instancia para el recurso de las resoluciones del Tribunal pasase a ser el Tribunal Supremo así como aumentar los recursos humanos y económicos disponibles para el ejercicio de las funciones del TDC.

Posteriormente, en 1999¹⁴⁹ se introdujeron importantes modificaciones en la Ley, como por ejemplo en relación con los plazos establecidos para el procedimiento sancionador en caso de conductas restrictivas de la competencia (doce meses en la fase del SDC y doce meses en la del TDC). Al tiempo se reformó el control de las concentraciones al establecerse la obligación de notificar las operaciones que superasen los umbrales, antes o hasta un mes después de la conclusión del acuerdo de concentración, y darse publicidad al hecho de la notificación y al informe del TDC, después de la decisión del Consejo de Ministros¹⁵⁰. En estos años, el Tribunal ejerció una fuerte actividad adocrinadora en la sociedad y en la economía en general, así como de divulgación de los beneficios de la competencia en los mercados y la necesidad de reducir las regulaciones ineficientes.

Con todo, a lo largo de los años en que fue aplicada esta Ley, la política de competencia y, en particular, el grado de aplicación de las medidas tendentes a perseguir las prácticas restrictivas fue atravesando por distintas fases.

Tabla 3: Actividad anual de defensa de la competencia (1990-2003)

	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	Media anual
Persecución de conductas:															
Expedientes iniciados de oficio.....	4	11	11	9	5	13	15	14	12	9	3	1	2	0	8
Denuncias.....	80	74	95	99	94	86	120	214	146	145	99	95	70	53	109
Control de concentraciones:															
Notificadas	8	11	17	15	13	20	23	19	31	51	93	76	100	79	43
Remitidas al TDC	3	0	7	4	1	6	2	7	5	15	12	6	9	5	6

Fuente: Fernandez Ordoñez (2004)

¹⁴⁹ Real Decreto-Ley 6/1999, de 16 de abril, de Medidas Urgentes de Liberalización e Incremento de la Competencia y Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

¹⁵⁰ En opinión de Fernandez Ordoñez (2004) esta reforma supuso un paso atrás en lo que a la aplicación de la política de competencia se refiere, debido al aumento de la intervención del Gobierno en este campo, al dejar en manos de este la última decisión en todas las concentraciones notificadas

Como consecuencia de las medidas desreguladoras y de liberalización sectorial aplicadas, se fue incrementando de forma considerable el número de expedientes sancionadores analizados, especialmente entre 1996 y 1998, lo cual generó una fuerte carga de trabajo en esos años tanto para el Tribunal como para el SDC. A partir de ese año, con el cambio de Gobierno, empezó una fase de reducción paulatina de la participación de la Administración en la iniciación de los expedientes para la persecución de este tipo de prácticas. Y lo mismo ocurrió con el número de denuncias iniciadas por particulares.

Desde el año 2002 se redujo considerablemente el número de expedientes sancionadores que llegaron al SDC, quizá por un efecto de conocimiento y respeto a la Ley de Defensa de la Competencia en los distintos sectores¹⁵¹. El efecto de la regulación sobre las prácticas competitivas es especialmente observable en los sectores de la energía, así como postal y telecomunicaciones. En ellos hasta 1998 apenas existían expedientes sancionadores mientras que, a partir de ese año, como consecuencia de la introducción progresiva de medidas de liberalización en tales sectores, se incrementa notablemente su número.

En lo que al control de las concentraciones se refiere, si se fue produciendo una tendencia creciente en el tiempo, tal y como se recoge en la Tabla 3, que es especialmente destacable en los últimos años. En opinión de Fernandez Ordoñez (2004), la razón de dicho aumento se encuentra en los cambios legales introducidos a través de los decretos-ley de 1999 y 2000, que incorporaron la obligación de notificar las concentraciones, aunque no hubo un aumento significativo del número de concentraciones susceptibles de ser contrarias a la Ley y remitidas al Tribunal.

¹⁵¹ Alonso Nuez & Rosell Martínez (2011) desagregan el total de expedientes sancionadores instruidos por el SDC por sectores económicos y por años. Su resultado pone de manifiesto que en este intervalo, los sectores económicos más sancionados por prácticas restrictivas a la competencia fueron los de actividades empresariales (jurídicas, arquitectura e ingeniería), comercio al por mayor (sobre todo en relación con productos farmacéuticos), comercio al por menor (pan y productos de panadería), venta, mantenimiento y reparación (sobre todo en relación con la venta de carburantes para automoción), o producción y distribución de electricidad y gas y servicios de correos y telecomunicaciones.

Tabla 4. Actividad del Tribunal de Defensa de la Competencia (1993-2005)

	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005
Miembros del Tribunal (a 31 de dic.): Presidente, Vicepresidente, Secretario y vocales	9	9	7 (1)	10	10	10	10	10	10	10	10	10	10
Plantilla													
Titulados Superiores	3	3	3	4	4	4	4	4	nd	13	15	19	17
Cuerpos de Gestión	0	1	1	1	1	1	1	1	nd	3	3	5	4
Administrativos, Auxiliares, ...	17	17	17	17	17	17	17	17	nd	27	29	36	38
I Resoluciones.													
I.1. Prácticas prohibidas													
- Expedientes sancionadores	17	13	12	14	16	23	36	29	28	25	19	22	17
- Medidas cautelares	2	3	1	5	11	4	1	2	1	1	0	0	0
I.2. Autorizaciones singulares	20	56	45	40	45	32	43	38	26	42	29	40	26
I.3. Recursos contra actos del Servicio (2)	31	30	37	43	77	71	47	57	41	45	39	43	36
II. Informes (3)													
II.1. Concentraciones Económicas	3	2	5	3	3	5	11	12	9	7	8	3	7

(1) El descenso en el número de miembros de tribunal en ese año se debió al retraso de varios meses en el nombramiento de varias sustituciones por bajas o ceses.

(2) Según año de resolución.

(3) En el apartado de informes se omiten los numerosos informes sobre el establecimiento de grandes superficies comerciales, y otros con recomendaciones sobre la regulación en distintos sectores.

nd: No disponible

Fuente: Alonso Nuez y Rosell Martínez (2008) a partir de las memorias del TDC, resoluciones de expedientes y consultas a la Secretaría del Presidente del TDC

Los datos recogidos por Alonso Nuez y Rosell Martínez (2008) permiten diferenciar la actividad de los dos órganos de defensa de la competencia en España durante este periodo. En la

Tabla 4 se presenta la evolución de los medios humanos y actividad desarrollada en esos años por el Tribunal. Respecto a la plantilla, se observa el limitado tamaño de este órgano¹⁵², no siendo hasta el año 2002 cuando se incrementa el número de empleados disponibles. Respecto al número de expedientes sancionadores, hasta 1997 se situaba por debajo de 20 anuales, y es a partir de ese año cuando se produce un aumento importante en su actividad, lo que coincide con el aumento de entradas de denuncias en el Servicio (Tabla 5).

¹⁵² A este respecto, Fernández Ordoñez señalaba que tanto los recursos de personal como presupuestarios durante la etapa en la que fue Presidente del Tribunal (1992-1995) fueron muy escasos. Como anécdota, bromeaba al final de su mandato diciendo que gracias a su gestión se había triplicado el número de titulados que desarrollaban sus funciones en el Tribunal, puesto que había pasado de ser una persona a ser tres. En el año 2005, el Presupuesto del Tribunal fue de 35,8 millones de pesetas para el capítulo 2 (gastos en bienes y servicios corrientes) y 4,4 millones de pesetas para el capítulo 6 (Inversiones reales), un 30% inferior al de 2004 (Fernández Ordoñez, Petitbo Juan, Solana González, Berenguer Fuster, & García Bernaldo de Quiros, 2014).

A partir del año 2002 se produce una cierta reducción en el número de expedientes sancionadores del Tribunal, volviendo a una media de 20 por año. Con todo, parece que los ejercicios de mayores entradas de denuncias en el Servicio (1996-1998) se traducen en el máximo de resoluciones de expedientes sancionadores del Tribunal entre 1999 y 2001. Esto indicaría que transcurren varios años desde que entra un expediente en el Servicio y se produce la resolución por el Tribunal (en torno a 3 años según las estimaciones de Alonso Nuez y Rosell Martínez (2008)).

Tabla 5. Actividad del Servicio de Defensa de la Competencia (1993-2005)

	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005
Entradas de expedientes al Servicio	141	148	158	180	268	191	183	127	122	95	68	91	86
Expedientes finalizados	142	148	139	182	196	212	206	166	199	102	118	80	93
Finalizados trasladados al Tribunal	39	68	63	66	67	53	60	51	46	42	33	20	26

Fuente: Alonso Nuez y Rosell Martínez (2008) a partir de las Memorias del SDC

4.3.2.1 TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (TDC)

Se configura como un organismo público¹⁵³ con personalidad jurídica diferenciada y autonomía de gestión que, pese a dejar de ser considerado como un órgano jurisdiccional para convertirse en un órgano administrativo, conserva la denominación de Tribunal que le fue concedida en su creación en el año 1963. Depende orgánicamente de la Secretaría de Estado de Economía. Sus competencias incluyen el enjuiciamiento de las prácticas anticompetitivas en todo el territorio nacional.

Desde el punto de vista organizativo, se trata de un órgano colegiado, integrado por un Presidente y ocho vocales nombrados por el Gobierno entre juristas, economistas y otros profesionales de reconocido prestigio (art. 21.1). La duración del cargo se extiende durante 6 años renovables por un periodo similar, siendo la renovación de los vocales, por mitades, cada tres años. Con esta duración se buscaba no hacer coincidir su renovación con la del Gobierno encargado de su designación, evitando así una relación de dependencia directa del Tribunal con el Gobierno. Por su

¹⁵³ Jeletcheva (2007) señala que la ley 16/1989 no aclara la naturaleza jurídica del Tribunal ni el tipo de organización administrativa que se le aplica, esto es, organismo público, autónomo, Administración independiente, etc. La Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado tampoco precisó esta cuestión y no es hasta la aprobación de la Ley 24/2001 de medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social cuando se aclara la naturaleza jurídica del TDC señalando que se trata de un organismo autónomo, con personalidad jurídica pública diferenciada y autonomía de gestión.

parte, la posibilidad de renovar en su cargo una sola vez iría destinado a reducir el riesgo de captura, tanto política como de las empresas del sector.

Además, los miembros del Tribunal solo pueden ser cesados en su cargo durante su mandato por causas tasadas y previstas en la Ley (art. 23)¹⁵⁴, ejerciendo sus funciones con dedicación absoluta y estando sometidos al régimen de incompatibilidades de altos cargos de la Administración.

Para garantizar su independencia no está sometido al principio de jerarquía administrativa y no recibe órdenes e instrucciones ni del Gobierno ni de la Administración. Aunque está adscrito al Ministerio de Economía, el Tribunal ejerce sus funciones de forma independiente sometiéndose exclusivamente al ordenamiento jurídico (art. 20 de la Ley 16/1989). Sus resoluciones son vinculantes y agotan la vía administrativa, siendo impugnables únicamente ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

Su función principal es la de preservar el funcionamiento competitivo de los mercados garantizando la existencia de una competencia efectiva en los mismos, desarrollando para ello las funciones de resolución, informe y propuesta al Gobierno de modificación de aquellas disposiciones legales que sean causa de restricciones de la competencia¹⁵⁵. En particular, se le otorga la función de instruir los expedientes sancionadores del Servicio de Defensa de la Competencia (art. 25) proponiendo la supresión de restricciones a la competencia establecidas por disposición legal.

La Ley le concede funciones decisoras, consistentes en declarar la existencia de prácticas prohibidas, conceder las autorizaciones singulares y sancionar las infracciones (art. 26).

La función consultiva se presenta, por un lado, por la posibilidad de ser consultado por el Parlamento, Gobierno, Administraciones Públicas, Corporaciones Locales, etc., y por otro, por la emisión de un dictamen preceptivo sobre las

¹⁵⁴ 1. El Presidente, el Vicepresidente y los Vocales del Tribunal de Defensa de la Competencia cesarán en su cargo: a) Por renuncia; b) Por expiración del término de su mandato; e) Por incompatibilidad sobrevenida; d) Por haber sido condenado por delito doloso; e) Por incapacidad permanente; f) Por cese, determinado por incumplimiento grave de los deberes de su cargo a propuesta de tres cuartas partes del Tribunal.

2. El Presidente, el Vicepresidente y los Vocales del Tribunal de Defensa de la Competencia sólo podrán ser suspendidos en el ejercicio de su cargo: a) Cuando se dictare contra ellos auto de prisión o de procesamiento por delito doloso; b) Cuando se acuerde en expediente disciplinario o de declaración de incapacidad transitoria; c) Por sentencia firme condenatoria que imponga la suspensión como pena principal o accesoria.

¹⁵⁵ Informe sobre el libre ejercicio de las profesiones (1992), Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios (1993) y La competencia en España: balance y nuevas propuestas (1995).

operaciones de concentración económica de dimensión nacional que se sometan a control y de las operaciones de dimensión comunitaria que sean remitidas por la Comisión Europea, así como la elaboración de los informes en materia de ayudas públicas que distorsionen a la competencia.

En inicio, la Ley de Defensa de la Competencia de 1989 concedía al Tribunal la facultad consultiva y de emisión de informes para la promoción de la competencia (art.26), esencialmente destacando las condiciones de competencia mejorables e iniciando el debate para la promoción de la competencia y su divulgación. Dicha facultad fue modificada por el Real Decreto Ley 52/1999, de 28 de diciembre, que en su artículo 13 establece que el Tribunal podrá ser consultado en materia de competencia por las Cámaras Legislativas, el Gobierno, los Departamentos Ministeriales, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones Locales, Cámaras de Comercio y organizaciones empresariales, sindicales o de consumidores y usuarios, pero las competencias del informe de oficio del Tribunal quedan limitadas a los proyectos o proposiciones de ley que modifiquen o deroguen la Ley de Competencia o bien los reglamentos que la desarrollen¹⁵⁶ (Alcaide Guindo, 2005). Este cambio normativo determinó la desaparición de la promoción de la competencia como función desarrollada por el Tribunal.

El artículo 20 de la Ley de Competencia señala que el Tribunal “*ejerce sus funciones con plena independencia y sometimiento al ordenamiento jurídico*”. Pero ese mismo artículo, en su apartado 6 otorga al Ministerio de Economía “*el control de eficacia sobre su actividad*”¹⁵⁷.

En cuanto a su financiación, ésta deriva por un lado de los ingresos públicos procedentes de los Presupuestos Generales del Estado y, por otro, de los ingresos derivados de los rendimientos de la actividad (tasas) y del patrimonio del Tribunal.

4.3.2.2 SERVICIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (SDC)

Es el órgano administrativo encargado de la vigilancia del mercado y de la instrucción de los expedientes de infracción o autorización. Está integrado en la Secretaria de Estado de Economía a través de la Dirección General de Defensa de la

¹⁵⁶ Sin embargo, la Ley en artículo 31 concede al Servicio la función de dirigir informes y/o recomendaciones sobre materias de defensa de la competencia a cualquier departamento ministerial, CCAA, Corporaciones Locales, Cámaras de Comercio, y organizaciones sindicales, empresariales, de consumidores, etc.

¹⁵⁷ Según la Ley 6/1997 de 14 de abril de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado a la que remite el artículo 20.6 de la Ley de Competencia, el control de eficacia “tendrá por finalidad comprobar el grado de cumplimiento de los objetivos y la adecuada utilización de los recursos asignados”.

Competencia. Por tanto, a diferencia del Tribunal, el SDC está sometido al principio de jerarquía, pudiendo recibir instrucciones y órdenes del Gobierno. Según la Ley de competencia de 1989, tiene otorgadas las siguientes funciones:

- En materia de acuerdos y conductas restrictivas de la competencia: Incoar e instruir los expedientes sancionadores de conductas anticompetitivas, tramitar las solicitudes de autorización singular, vigilar el cumplimiento de las Resoluciones dictadas por el TDC, realizar investigaciones domiciliarias tanto en aplicación de la Ley como por cuenta de la Comisión Europea y otras autoridades nacionales de competencia.
- En materia de operaciones de concentración de empresas: Analizar las operaciones de concentración notificadas y elevar informe-propuesta al Ministro de Economía y Hacienda, gestionar la tasa por análisis y estudio de las operaciones de concentración, acordar la instrucción de oficio de expedientes.
- En materia de estudios y relaciones institucionales: Estudiar la situación competitiva en los sectores económicos y los efectos de las ayudas públicas sobre la competencia, informar sobre proyectos normativos, elaborar las propuestas normativas en la materia, y representar a España en el ámbito internacional.

4.3.2.3 CRÍTICAS AL MODELO

En la doctrina especializada se fueron realizando numerosas críticas al modelo aplicado en la política de competencia en España y sus organismos especializados tal y como se establece en la Ley de Defensa de la Competencia de 1989.

Por un lado, se realizaron críticas al nivel de independencia del TDC, en particular por la designación gubernamental de sus miembros, lo que sin duda supone una limitación de partida sobre el grado de independencia deseable en sus actuaciones. Por ejemplo Ariño y Lopez de Castro (2001) señalan que la designación podría haberse establecido, al menos, con la exigencia de una comparecencia obligatoria ante el Parlamento de las personas propuestas por el Gobierno. Berenguer Fuster (2004), por su parte, señala que sería deseable dicha comparecencia ante la Comisión de Economía del Congreso o del Senado, estableciéndose que para hacer efectivo el nombramiento se obtuviese el voto mayoritario de los miembros de dicha Comisión. En este sentido, conviene recordar que uno de los aspectos que garantizan la independencia del órgano de competencia en EEUU (FTC) es precisamente la aprobación parlamentaria del nombramiento de sus miembros.

Junto a la independencia, otra de las críticas repetidas sobre la actividad del TDC hasta esta fecha fue su escaso nivel de actividad y, sobre todo, su falta de expedientes sobre sectores de impacto dentro de la economía nacional, esto es, telecomunicaciones, energía, etc. Tal y como estaba diseñado el modelo, la mayoría de los expedientes se iniciaban por denuncias de los interesados, por lo que éste no podía imponer sus prioridades ni centrarse en aquellos sectores o prácticas anticompetitivas con un fuerte impacto en el funcionamiento del mercado.

Particularmente interesante es la crítica realizada por Berenguer Fuster (2004, pag. 13)¹⁵⁸ sobre la dualidad en los órganos de competencia que mantiene la ley de 1989. En su opinión, *“si en cualquier caso debe respetarse la previsión, establecida en la doctrina del Tribunal Constitucional y en la legislación de carácter general sobre la separación entre los órganos encargados de la instrucción y la resolución, no es menos cierto que no se sostiene el mantenimiento de la doble dependencia de los órganos y, más en concreto, la dependencia del Servicio respecto del Ministerio de Economía. Mientras se mantenga ese esquema, no podrá hablarse de plenitud de independencia de los órganos encargados de defensa de la competencia, máxime si, como ha ocurrido con posterioridad a 1996, muchas de las reformas introducidas en la Ley han ido encaminadas a fortalecer el órgano dependiente –el Servicio– en detrimento del Tribunal, que es el órgano independiente. Por otra parte, y en ese mismo orden de cosas, el mantenimiento de la total separación entre los dos órganos contribuye a alargar los procedimientos, lo cual va en detrimento de la eficacia en la persecución de las conductas anticompetitivas”*.

Similares son las consideraciones de Cases Pallarés (1995) sobre la dualidad del modelo, señalando que la separación de funciones en dos órganos y la existencia del posterior recurso *“implicará que el particular encontrará un procedimiento de 3 fases: una de instrucción ante el SDC, otra de resolución ante el TDC y, en su caso, una tercera de revisión ante el orden contencioso-administrativo. Ello genera importantes duplicidades y una lógica lentitud en la resolución final de las controversias. Además, la separación de la fase instructora del TDC supone una reducción de su operatividad”*¹⁵⁹. En su opinión, el modelo, tal y como está diseñado, genera una dependencia del TDC sobre el SDC, porque si este último no desarrolla completamente sus funciones, el Tribunal tampoco podrá completar las suyas, por lo que, en definitiva, la actividad y resultados del TDC dependen en última instancia del Ministerio, que es el que dicta las órdenes e instrucciones al Servicio de Defensa de la Competencia. Berenguer Fuster (2004) también propone crear un organismo único de competencia de eliminarse la dualidad existente. De hecho, en su opinión podría mantenerse la separación de

¹⁵⁸ Luis Berenguer fue vicepresidente del Tribunal de Defensa de la competencia entre 1995 y 1999.

¹⁵⁹ Cases Pallarés (1995, pág. 405) y Jeletcheva (2007, pág. 280).

funciones de instrucción y resolución de expedientes sin que ello supusiese la existencia de órganos diferenciados, como ocurre en EEUU donde se mantiene dicha diferenciación de funciones, pero dentro de órgano único de competencia, la FTC.

En esta misma línea crítica con el modelo dual se muestran Escudero y otros (2002) al considerar que el mantener la separación entre la instrucción del expediente por el Servicio y la resolución del mismo por el Tribunal había derivado con el tiempo en un traspaso paulatino de competencia desde el Tribunal al Servicio (Escudero, y otros, 2002, pág. 34). De hecho, Fernández Ordoñez (2004)¹⁶⁰ es aún más crítico con las funciones desarrolladas por el Tribunal en el periodo analizado, señalando que *“la impresión generalizada es que la calidad de los trabajos del Servicio de Defensa de la Competencia ha ido mejorando a lo largo de estos diez años, mientras que no se puede decir lo mismo de las resoluciones del TDC”*. En su opinión, la explicación a dicha falta de eficacia estaría en los pocos medios personales con los que contaba el Tribunal para el desarrollo de sus funciones, ya que, exceptuando a los vocales y el Presidente, apenas contaba con cuatro titulados universitarios, frente a las 90 personas (de las que 30 eran titulados) que desarrollaban sus funciones en el SDC. En este sentido Jeletcheva (2007) sugiere como propuesta de reforma ampliar las competencias de control del Tribunal sobre la actividad del SDC, incluyendo además entre sus funciones la remisión de propuestas de reforma de la legislación sobre competencia, así como las relaciones con las autoridades comunitarias de esta materia¹⁶¹.

En el año 2004, Fernández Ordoñez (2004) destacaba la necesidad de reforma de la entonces vigente Ley de competencia de 1989 para incorporar las prácticas más exitosas aplicadas en otros países europeos. Dichas reformas pasarían por fortalecer técnicamente al Tribunal y dotarlo además de mayor independencia, para lo que sería necesario revisar el sistema de nombramiento de sus vocales, y devolverle además la función de promoción de la competencia¹⁶² (*advocacy*) que había desarrollado a principios de los noventa.

¹⁶⁰ Fernández Ordoñez fue Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia entre 1992 y 1995.

¹⁶¹ Quizá una de las escasas opiniones favorables a la dualidad del modelo es la de Gonzalo Solana (Fernández Ordoñez, Petitbo Juan, Solana González, Berenguer Fuster, & García Bernaldo de Quiros, 2014) que señala que el cambio organizativo introducido en la Ley 15/2007, con la creación de un único órgano de competencia debe obligar a realizar mayores esfuerzos en justificar lo máximo posible las resoluciones, en este caso, de la Comisión Nacional de la Competencia, al no existir la separación de funciones de instrucción y resolución que, en su opinión, tan buenos resultados había tenido sobre la aplicación de la legislación de competencia en España.

¹⁶² Sobre la necesidad de intensificar la promoción de la competencia, prácticamente olvidada desde mediados de los noventa, se han manifestado también Alonso Nuez & Rosell Martínez (2008) o Alcaide Guindo (2005) entre otros.

Como se ha señalado, de acuerdo con el texto original de la Ley de 1989, el Tribunal había estado desarrollando entre 1992 y 1995 una importante labor en la promoción de la competencia, plasmada fundamentalmente en la emisión de informes que promovieron el debate pro-competencia. Alcaide Guindo (2005) señala que la experiencia demostró el flaco favor que se hizo con la modificación del reparto de competencias de promoción de la competencia y emisión de informes que se hizo entre el Tribunal y el Servicio. Aunque pudo haber razones justificadas para dicho cambio, como que el Servicio estaba en contacto directo con las unidades de estudio de regulación de los sectores dependientes del Ministerio, la carga de trabajo que para el SDC suponía la instrucción de expedientes era elevada y no se valoró, además, su falta de independencia. De hecho, parece que el Servicio no realizó informe alguno para la promoción de la competencia en estos años y, desde la modificación legislativa descrita, el Tribunal solo emitió uno¹⁶³ a solicitud del Ministro de Economía.

Según el informe elaborado por la OCDE en el año 2000¹⁶⁴, *“a lo largo de los años, los estudios e informes públicos de Tribunal han jugado un papel central en el proceso de reforma. Ese proceso no ha terminado. Sin duda, se han identificado los temas principales y muchas de las recomendaciones de reforma se han puesto en práctica. Para otros, las tareas son ahora desarrollar los detalles y controlar la reiteración de las vulneraciones detectadas. Pero incluso si el nivel de la reforma son los detalles, el estudio continuo, el análisis y debate público serán importantes. El Tribunal, de su posición de independencia del Gobierno, pueda ser una voz particularmente poderosa y creíble en ese debate. Las últimas revisiones de la ley de competencia dan al tribunal un nuevo papel de promoción de la competencia al hacer que los impactos anti-competitivos de las ayudas de Estado resulten transparentes. Además, las responsabilidades de análisis de política de competencia del Servicio se han expandido. La dotación adicional de recursos para esta función puede ser valiosa, pero más importante es que la voz independiente del Tribunal, continúe oyéndose”*.

En su opinión sería conveniente optar por un modelo donde existiese un único órgano de competencia, que parece ser, por otro lado, el modelo que prevalece en el derecho comparado. Así, como señala Solana González (2004), *“a nivel internacional se observa recientemente una convergencia de la mayoría de sistemas de Estados Miembros de la Unión Europea hacia un modelo de una sola institución administrativa encargada tanto de la instrucción como de la resolución de los expedientes sancionadores. Actualmente, Alemania, Dinamarca, Holanda, Irlanda, Italia, Portugal, Reino Unido y Suecia cuentan con un modelo institucional de defensa de la competencia de estas características. Dentro de los quince antiguos Estado Miembros,*

¹⁶³ Informe sobre las condiciones de competencia en el sector de la distribución comercial (2003)

¹⁶⁴ OCDE (2000, pág. 34)

solo Bélgica, Francia y España permanecen con un modelo basado en dos instituciones.”

Un paso más allá en cuanto a la conveniencia de que existiese ese órgano único de competencia y evitar con ello la excesiva atención a la coordinación de órganos que exige un modelo como el aplicado hasta la fecha en España es el que propone Alonso Soto (1997). En opinión de este autor, en situaciones de liberalización sectorial con presencia de antiguos monopolistas, se hacía necesaria la presencia de un órgano encargado de la vigilancia y control del mercado con fuerte conocimiento del sector y con rapidez de respuesta, por lo que, en su opinión, tales funciones debían recaer en el regulador independiente, que presenta además la ventaja de actuar ex-ante y, por tanto, de forma preventiva. Los órganos de competencia, a diferencia de los reguladores, no tienen un conocimiento especializado de carácter sectorial, pero, si tendrían la ventaja de disponer de un conocimiento global del funcionamiento de los mercados, mayor especialización en la normativa de competencia y mayor independencia en sus actuaciones que el regulador. La aplicación de las normas de competencia por un único organismo, frente a la fragmentación entre distintos reguladores sectoriales garantiza una aplicación similar en todos los ámbitos económicos. Como desventajas presentan su actuación ex-post y la larga duración de sus resoluciones.

Dichas consideraciones y, en general, la necesidad de reformar la legislación de competencia y su marco institucional, quedaron recogidas en el “Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia” (Ministerio de Economía y Hacienda, 2005). Dicho Libro plantea un cambio general del modelo institucional de competencia al proponer la existencia de un único órgano de defensa de la competencia. Pese a que considera que el modelo derivado de la Ley de 1989 presentaba ventajas en términos de garantía de la separación de funciones de instrucción y resolución así como en relación con la independencia del órgano competente, también pone de manifiesto la existencia de debilidades en relación con la eficacia de las actuaciones y los problemas derivados de existir actuaciones en dos planos diferentes: duplicación de trámites de procedimiento y mayor longitud de los plazos requeridos hasta que las resoluciones son firmes, inadecuada delimitación de competencias con los reguladores sectoriales, etc., señalando además que *“no hay una relación directa entre el número de órganos y la independencia de sus decisiones”*¹⁶⁵.

Para avanzar en el modelo institucional español, este Libro Blanco propone:

“Crear una nueva Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, autoridad independiente única que integraría como órganos autónomos, garantizando la separación

¹⁶⁵ Ministerio de Economía (2005, pág. 44).

de instrucción y resolución, el Tribunal de Defensa de la Competencia y el Servicio de Defensa de la Competencia actuales” y, adicionalmente, “Reforzar la coordinación con los reguladores sectoriales”.

Dicho documento ahonda aún más en la estructura del que sería el nuevo órgano de competencia y su estructura proponiendo dos alternativas: a) un esquema vertical, con un órgano colegiado de resolución y dirección de la institución, del que dependería el de instrucción, b) un esquema piramidal, con un Presidente del que dependerían los dos órganos: uno colegiado de resolución y otro de instrucción.

La primera opción respondería a la idea de integrar el SDC en el TDC, lo que plantea el problema de que no quedarían claramente separadas las funciones de instrucción y resolución, dada la dependencia jerárquica de la primera con respecto a la segunda. Adicionalmente, el hecho de que el órgano colegiado fuese responsable de la dirección de la institución le restaría operatividad y eficiencia ya que no podría centrarse exclusivamente en la resolución de los expedientes en aplicación de la LDC. Por tanto, el Libro Blanco recoge la conveniencia de la segunda opción como la más recomendable para el nuevo organismo.

4.3.3 Fase 3: Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia. Creación de la Comisión Nacional de Competencia

La Ley 15/2007, de 3 julio, de Defensa de la Competencia, se aprueba para adaptar la normativa española a la comunitaria sustituyendo a la Ley de 1989, y dar respuesta al tiempo a las necesidades de reforma del sistema de defensa de la competencia existente hasta esa fecha en España.

Con carácter previo a su aprobación se abrió un extenso periodo de consulta pública y tramitación en las Cortes, generando un debate público de gran trascendencia. Dicho proceso se inició con la publicación del Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia¹⁶⁶, recabándose la participación de la comunidad jurídica y empresarial. Con las conclusiones de la consulta pública se elaboró el primer Anteproyecto de Ley, sobre el que nuevamente se recabaron observaciones e informes especializados. Con todo, el Proyecto de Ley fue aprobado por el Consejo de Ministros de 25 de agosto de 2006, iniciándose entonces el proceso de tramitación parlamentaria, cuyo texto definitivo fue aprobado el 3 de julio de 2007, casi un año después de su inicio.

Su objetivo, entre otros aspectos, es adaptar la estructura institucional del sistema de competencia para alcanzar una mayor independencia, eficacia y agilidad

¹⁶⁶ Ministerio de Economía (2005)

administrativa al tiempo que busca adaptar la legislación de competencia al sistema normativo comunitario y a las competencias de las Comunidades Autónomas en esta materia¹⁶⁷. Con esta nueva Ley se buscó intensificar la aplicación de la política de competencia en España, dotando de más medios y personal a la institución encargada de su aplicación a la vez que se incluyeron importantes modificaciones legislativas.

En términos generales, la Ley de competencia de 2007 prohíbe las conductas restrictivas de la competencia consistentes en acuerdos, decisiones, prácticas concertadas, etc. (art. 1) o bien los abusos de posición dominante (art. 2) y los actos desleales que, por falsear la libre competencia, afecten al interés público (art. 3).

Para favorecer su correcta aplicación, la nueva Ley incluye un endurecimiento de las sanciones respecto a la legislación precedente, así como una graduación de las infracciones con sanciones máximas para cada tipo. Establecer unos criterios que permitieran cuantificar el importe de la multa a priori, tenía como objetivo crear un efecto disuasorio y al tiempo, incrementar la seguridad jurídica. Así, se clasifican las infracciones en (art. 64): a) Leves, sancionables con una multa de hasta el 1% del volumen de negocios del infractor; b) graves, sancionables con multa de hasta el 5% del volumen de negocio, y; c) muy graves, en las que la sanción puede llegar hasta el 10%.

Adicionalmente, la Ley establece un programa de exención o reducción de las multas (denominado programa de clemencia)¹⁶⁸ cuyo objetivo es facilitar la detección de los carteles. De acuerdo con el citado programa, la CNC garantiza a un miembro de un cartel la exención (cuando sea la primera empresa de un cartel la que aporte información) o reducción de la multa (cuando no sea la primera empresa de un cartel o la CNC ya tuviera información suficiente para llevar a cabo la inspección) a cambio de su colaboración aportando información que permita a la autoridad de la competencia declarar la infracción o realizar una inspección a partir de febrero de 2008¹⁶⁹. Esta novedad legislativa venía a alinear el sistema español con la legislación comunitaria de defensa de la competencia, así como con la de buena parte de los países miembros, aumentando la seguridad jurídica de las empresas que denunciases la existencia de un cártel que afectase al comercio intracomunitario¹⁷⁰.

¹⁶⁷ Para un mayor desarrollo de las novedades de la Ley de defensa de la competencia y de su contenido ver Guerra Fernández & Rodríguez Encinas (2007) o Uría Menéndez (2007).

¹⁶⁸ Art. 65 y 66 de la Ley de Defensa de la Competencia.

¹⁶⁹ Para evitar comportamientos oportunistas por los miembros de un cartel y, en particular por el que denuncia su existencia, la ley excluye de los beneficios de exención o reducción de multa a aquellos miembros del cartel que, aun siendo el denunciante de su existencia, hubiera invitado u obligado a otros miembros a sumarse al mismo.

¹⁷⁰ Si no se implantase en España un programa de clemencia, existiría el riesgo de que las empresas no revelasen a la Comisión Europea o a otras autoridades de defensa de la competencia

Aunque la confidencialidad de tales cuestiones hace difícil una valoración objetiva del resultado de dicho programa, diversas fuentes especializadas han señalado el éxito de tales medidas. Por ejemplo, en el primer día de vigencia del programa se presentaron 6 solicitudes de clemencia, mientras que el 16% de los expedientes incoados en 2008 en la CNC tuvieron su origen en una solicitud de clemencia (Martín Tubía & Pelayo Martínez, 2009). En todo caso, su aplicación también podría haber perjudicado, en cierto grado, las funciones de la CNC, de modo que las investigaciones de posibles carteles quedasen limitadas, en cierto grado, a aquellos de cuya existencia tenía conocimiento a través del programa de clemencia.

Junto a una mayor transparencia en la aplicación de la Ley se buscó también hacerlo de forma más eficiente. Para ello se redujeron los plazos máximos de tramitación de los expedientes sancionadores favoreciendo la flexibilidad de los supuestos de ampliación y suspensión de tales plazos. Frente a la antigua Ley, que preveía un plazo máximo de 2 años para instruir y resolver el procedimiento sancionador, el art. 36.1. de la nueva Ley reduce dicho plazo hasta los 18 meses. Y se agilizó el control de las concentraciones, que ahora decidiría el órgano de competencia al notificársele directamente las operaciones a él, y el Gobierno solo podía discrepar en aquellos casos en los que existiesen motivos de interés público distintos de la defensa de la competencia.

Una novedad importante de esta Ley es la aplicación judicial en materia de prácticas restrictivas y abusos de posición de dominio (art. 1 y 2), esto es, se atribuye al poder judicial competencia para aplicar los citados artículos en su integridad.

En el ámbito institucional, la principal novedad de esta Ley fue el cambio respecto al modelo que se había aplicado hasta la fecha en España, optando por la unificación de los dos organismos competentes en materia de competencia en un único organismo, la Comisión Nacional de Competencia (CNC). Pese a la unificación del Tribunal y Servicio de Defensa de la Competencia, dentro de la CNC se mantuvo la separación de instrucción y resolución de los expedientes, para garantizar así la independencia de sus decisiones. Al tiempo que realiza esta reestructuración de la autoridad de competencia se le amplían las funciones otorgadas y se le dota de mayor independencia que a los organismos que le preceden.

nacionales su participación en un cártel, ya no que no estaba garantizada su protección en la jurisdicción española ante posibles sanciones que pudieran imponerse si, por ejemplo, la autoridad española responsable de tales cuestiones llegaba a conocer, como resultado de las inspecciones realizadas por otra autoridad, la participación en un cártel que había sido revelada por la propia empresa a otra autoridad nacional o comunitaria en el marco de un programa de clemencia.

4.3.3.1 COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA (CNC)

La CNC se crea como una “entidad de Derecho público con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, adscrita al Ministerio de Economía y Hacienda, que ejercerá el control de eficacia sobre su actividad. La Comisión Nacional de la Competencia¹⁷¹ actuará en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines con autonomía orgánica y funcional, plena independencia de las Administraciones Públicas” (art. 19).

Dentro de la CNC se mantiene la separación en dos órganos de las tareas de instrucción y resolución de expedientes. Así, por debajo del Presidente de la CNC, como máximo representante y figura de dirección del organismo, se sitúa la Dirección de Investigación, encargada de instruir los expedientes, y el Consejo de la Comisión, encargado de la resolución de los expedientes. Dicho Consejo está compuesto por el presidente (con voto de calidad) y seis consejeros con mandatos no renovables¹⁷². La separación de funciones entre las fases de instrucción y resolución se aplica tanto a los expedientes por prácticas restrictivas a la competencia como a los de control de las concentraciones.

La dependencia de ambas estructuras de una misma presidencia suscitó ciertas reticencias respecto a la independencia entre la instrucción y resolución de expedientes que se trató de resolver dotando a la Dirección de Investigación de la facultad para la apertura de procedimientos sancionadores y de control de concentraciones sin necesidad de aprobación o supervisión del Consejo (art. 34.1)¹⁷³.

Tanto el presidente, como los miembros del consejo de la CNC y el director de investigación serán nombrados por el Gobierno, mediante Real Decreto, a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda. El nombramiento del presidente y miembros del consejo se realiza entre “entre juristas, economistas y otros profesionales de reconocido prestigio, previa comparecencia ante la Comisión de Economía y Hacienda del Congreso, que versará sobre la capacidad y conocimientos técnicos del candidato propuesto” (art. 29). Para el nombramiento del director de investigación se requiere la aprobación previa por mayoría simple del Consejo de la CNC. El mandato del presidente y consejeros era de seis años sin posibilidad de renovación, frente al modelo anterior con una duración de 5+5 años, lo que favorece la renovación y

¹⁷¹ El Estatuto de la Comisión Nacional de la Competencia se aprueba en el Real Decreto 331/2008, de 29 de febrero.

¹⁷² Para facilitar la transición al nuevo órgano desde la estructura institucional de la Ley anterior, los ocho vocales del extinto Tribunal de Defensa de la Competencia se mantendrían en el Consejo hasta la expiración de su mandato (Disposición Transitoria segunda).

¹⁷³ Guerra Fernández & Rodríguez Encinas (2007).

rotación de los miembros dentro de la CNC. La ley no prevé un periodo obligatorio de cuarentena al abandonar el cargo en la CNC.

Para favorecer la transparencia de este órgano, la Ley prevé expresamente (art. 28) su sometimiento al control del Parlamento mediante la remisión de la memoria anual de actuaciones a la Comisión de Economía y la comparecencia anual de su presidente para exponer las principales líneas de actuación y su programa a futuro.

La Comisión es el órgano responsable de aplicar en todo el territorio nacional y en todos los sectores la normativa de competencia, así como los artículos 81 y 82 del Tratado de la CE. La Ley otorga expresamente a la CNC funciones como la promoción de la competencia¹⁷⁴ para cuyo objetivo se creó la Dirección de Promoción de la Competencia, encargada de la elaboración de informes sobre el funcionamiento competitivo de los mercados, así como guías sobre regulación eficiente y favorecedora de la competencia y de informes previos sobre cualquier normativa que pudiera ocasionar restricciones a la competencia. Parece que, en este campo, la CNC tuvo una repercusión importante con sus informes, comparable a lo que había ocurrido en la primera mitad de los noventa¹⁷⁵.

La Ley faculta también a la Comisión para la impugnación ante los tribunales de los actos administrativos que obstaculicen la competencia efectiva en los mercados (art. 12.3). Las resoluciones de la CNC son recurribles ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

Por primera vez, la nueva Ley de Competencia buscó establecer una coordinación necesaria entre las funciones de la CNC y los reguladores sectoriales en relación con aquellas funciones que resultasen de interés común (art. 17)¹⁷⁶. Tales

¹⁷⁴ Esta función ya estaba prevista en la Ley 16/1989 pero desde mediados de los noventa, coincidiendo con la intensificación de las políticas de liberalización sectorial dejó de ser relevante, y la autoridad de competencia se centró fundamentalmente en labores de instrucción y resolución de expedientes sancionadores y no en la promoción de la competencia.

¹⁷⁵ De esta época son el "Informe sobre las relaciones entre fabricantes y distribuidores en el sector alimentario" (2011) y el "Informe sobre la consulta efectuada por la Secretaria de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa sobre el mercado de carburantes de automoción" (2012).

¹⁷⁶ Artículo 17. Coordinación con los reguladores sectoriales:

"1. La Comisión Nacional de la Competencia y los reguladores sectoriales cooperarán en el ejercicio de sus funciones en los asuntos de interés común.

2. A los efectos de lo previsto en el apartado anterior, se transmitirán mutuamente de oficio o a instancia del órgano respectivo información sobre sus respectivas actuaciones así como dictámenes no vinculantes en el marco de los procedimientos de aplicación de la regulación sectorial y de la presente Ley. En todo caso:

a) Los reguladores sectoriales pondrán en conocimiento de la Comisión Nacional de la Competencia los actos, acuerdos, prácticas o conductas de los que pudiera tener conocimiento en el ejercicio de sus atribuciones que presenten indicios de ser contrarios a esta Ley, aportando todos los elementos de hecho a su alcance y uniendo, en su caso, el dictamen correspondiente.

mecanismos de coordinación suponen la transmisión de información sobre sus respectivas actividades, así como la realización de dictámenes no vinculantes en los procedimientos de aplicación de la regulación sectorial y de defensa de la competencia. La CNC debe solicitar al organismo regulador información no vinculante en los expedientes sancionadores o den control de concentraciones que afecten a actividades del sector que sean de su competencia. Y, al contrario, el regulador deberá solicitar informe a la CNC sobre las circulares, instrucciones o decisiones de carácter general en aplicación de la normativa sectorial que puedan influir en las condiciones de competencia de los mercados.

Parece que la actividad de este nuevo órgano fue especialmente eficaz en la lucha contra los carteles, en parte debido al éxito del programa de clemencia incluido en la nueva ley. También influyó positivamente la especialización y el conocimiento sectorial de la nueva Dirección de Investigación¹⁷⁷.

De hecho, tal y como destaca Díez Estella (2014), pese a los momentos iniciales de vacilación (por el excesivo celo en los procedimientos de inspección domiciliaria o posturas equivocadas en las operaciones de concentración), la CNC fue ganando prestigio y reconocimiento, convirtiéndose en una autoridad de competencia de referencia en el ámbito comunitario por su independencia, por la cualificación de sus consejeros, rigor de sus informes y resoluciones así como por la aplicación de la normativa de competencia en España.

4.3.3.2 CRÍTICAS AL MODELO

La principal razón argumentada por el Gobierno para integrar los órganos de regulación y competencia fue la necesidad de eliminar la existencia de decisiones

b) Asimismo, los reguladores sectoriales solicitarán informe a la Comisión Nacional de la Competencia, antes de su adopción, sobre las circulares, instrucciones o decisiones de carácter general en aplicación de la normativa sectorial correspondiente que puedan incidir significativamente en las condiciones de competencia en los mercados.

c) La Comisión Nacional de la Competencia solicitará a los reguladores sectoriales la emisión del correspondiente informe no vinculante en el marco de los expedientes de control de concentraciones de empresas que realicen actividades en el sector de su competencia.

d) La Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas solicitarán a los reguladores sectoriales la emisión del correspondiente informe no vinculante en el marco de los expedientes incoados por conductas restrictivas de la competencia en aplicación de los artículos 1 a 3 de la presente Ley.

3. Los Presidentes de la Comisión Nacional de la Competencia y de los respectivos órganos reguladores sectoriales se reunirán al menos con periodicidad anual para analizar las orientaciones generales que guiarán la actuación de los organismos que presiden y, en su caso, establecer mecanismos formales e informales para la coordinación de sus actuaciones”.

¹⁷⁷ Castañeda Boniche (2012)

contradictorias entre los órganos de regulación sectoriales y el órgano de competencia. En concreto, fueron varias las situaciones de enfrentamiento entre la CMT y la CNC, siendo especialmente destacables las críticas del órgano de competencia a la responsabilidad del regulador de telecomunicaciones en la existencia de precios excesivos en el mercado mayorista de telecomunicaciones¹⁷⁸. Y lo mismo ocurrió con la existencia de expedientes por infracciones de la legislación de competencia en el sector de las telecomunicaciones¹⁷⁹. Tales situaciones fueron criticadas por las empresas señalando que generaban un elevado grado de inestabilidad regulatoria¹⁸⁰.

Ward (2014) señala que muchas fuentes del sector han criticado que el nuevo modelo supondría un retroceso en la intensidad de la política de competencia aplicada en España, que tuvo su boom con posterioridad a la creación de la CNC en el año 2007. Este organismo desarrolló importantes esfuerzos en la lucha contra los carteles y los incumplimientos de la legislación de competencia.

Aunque se han realizado importantes esfuerzos en continuar con las actuaciones de la CNC, e incluso buena parte de los directivos y empleados de este organismo han continuado en la nueva CNMC, lo cierto es que se han observado algunas diferencias en las actuaciones de ambos órganos. Por ejemplo, la CNC optaba por la imposición de multas y sanciones a las empresas incumplidoras, y la CNMC, por el contrario, habría optado por técnicas de dialogo con las empresas evitando en lo posible la imposición de sanciones. Así, entre octubre de 2012 y octubre de 2013, la CNC impuso multas por valor de 454 millones de euros. Fue el periodo de más sanciones, ya que, en media, entre 2007 y 2013, la cuantía anual de las multas fue de 190 millones de euros.

En lo que a su diseño organizativo se refiere, ha suscitado ciertas críticas el cambio en la duración del mandato para los miembros de la CNC frente al modelo precedente, al acortar sustancialmente la duración máxima del mismo, desde los 5+5 años del modelo anterior, a los 6 años sin posibilidad de renovación de la CNC. A priori, una mayor duración del mandato favorece la independencia de los consejeros. Por el contrario, un mandato excesivamente corto y sin posibilidad de renovación podría favorecer las denominadas “*revolving door*”. De tal forma que las decisiones del

¹⁷⁸ Informe de la Comisión Nacional de la Competencia sobre las propuestas de la CMT relativas a “los precios del servicio de acceso desagregado al bucle” de 17 de enero de 2013.

¹⁷⁹ En diciembre de 2012 la CNC impuso una sanción de 119 millones de euros a los operadores de telefonía móvil (Movistar, Vodafone y Orange) por abuso de su posición de dominio al aplicar precios excesivos en los servicios mayoristas que prestaban a los operadores móviles virtuales. Así la CNC sancionó a las empresas por una actuación en un mercado que era analizado periódicamente por la CMT sin que esta hubiese considerado la necesidad de realizar intervención alguna. La CMT emitió un informe contrario a la posición de la CNC que fue rebatido por esta última en su resolución.

¹⁸⁰ Delgado & Otero (2015)

consejero podrían verse influidas en mayor medida por su futuro profesional una vez terminado el mandato que por las funciones propias de la defensa de la competencia (captura por el sector)¹⁸¹. Por tanto, la decisión de acortar el mandato en el nuevo organismo de competencia en España podría favorecer su independencia del Gobierno, pero no respecto del sector, no habiéndose encontrado ninguna justificación de las razones de dicha decisión.

Adicionalmente, la reducción en el número de consejeros tampoco es considerado necesariamente como un factor positivo. Si bien puede reforzarse la homogeneidad en la resolución de expedientes al existir menos ponentes, puede derivar en una sobrecarga de trabajo y en que las decisiones del organismo estén condicionadas por la existencia de perfiles claramente definidos. Para Padrós Reig (2006), la reducción en el número de consejeros solo podría justificarse con un incremento del número de técnicos cualificados en el organismo. Sin embargo, el tamaño comparativo de la CNC era más reducido que el de otros organismos de regulación existentes en España¹⁸².

¹⁸¹ Padrós Reig (2006)

¹⁸² De hecho, el Libro Blanco Ministerio de Economía y Hacienda (2005, pág. 70) destaca que “las autoridades españolas de competencia disponen de unos medios humanos y materiales claramente menores a los de los países de nuestro entorno”.

CAPÍTULO 5. MODELO ACTUAL DE REGULACIÓN Y COMPETENCIA EN ESPAÑA: CREACIÓN DE LA CNMC

5.1 Introducción

La evolución del modelo institucional de regulación y competencia en España, o mejor, la ausencia de un modelo definido, derivó en un esquema de órganos independientes un tanto complejo, en el que, además de la autoridad de competencia (CNC), se encontraban múltiples reguladores de carácter sectorial (CMT, CNE, CNSP, etc.). Un sistema calificado por algunos de “aparatoso, hartamente confuso y escasamente operativo”¹⁸³. Ariño y de la Cuétara (2013, pág. 9), por su parte, señalan que los *“reguladores sectoriales difieren entre sí más de lo que parece, y que la intercambiabilidad de sus técnicas y conocimientos es bastante limitada”*.

Parecía necesario, en definitiva, definir un modelo organizativo que favoreciese la coordinación entre todas las instituciones reguladoras y que estableciese, al tiempo, un nivel mínimo de homogeneidad entre ellas, dado que, como se ha descrito en el capítulo anterior, el nivel de independencia y su capacidad funcional diferían notablemente de unos a otros.

Dicha uniformidad ya se había buscado con la referida Ley de Sostenibilidad de 2011 para los organismos reguladores (CNE, CNMT, CNSP), resultando aplicables incluso parte de los preceptos de esta Ley a la CNC. Sin embargo, la mayor parte de los mismos se centraban en aspectos relacionados con la mejora de su independencia y no tanto con su estructura organizativa, por lo que no tuvo ningún efecto en este sentido.

Con todo, se empieza a plantear la conveniencia, por un lado, de disminuir el número de organismos independientes y, al mismo tiempo, racionalizar sus funciones limitando las discrepancias que habían surgido entre ellos como consecuencia del solapamiento de poderes. Parecía que España seguiría la tendencia observada en buena parte de los países europeos de nuestro entorno, en los que en los últimos años se había ido produciendo una cierta tendencia hacia la fusión de organismos reguladores, aunque, como se ha visto en el CAPÍTULO 3, el nivel de integración

¹⁸³ Así calificó el modelo español Ramón Paralada en el año 2004, dentro de la conferencia sobre “El sistema garantizador del Derecho de defensa de la competencia” (original mecanografiado, pág. 7), en el marco de los cursos de formación continua para jueces y magistrados de la Escuela Judicial (Consejo General del Poder Judicial, Madrid. Tomado de Bacigalupo Saggese (2007, pág. 397)

variaba notablemente de unos a otros. Sin embargo, cuando se hace público el Anteproyecto de la Ley creación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia y se anuncia la intención de refundir todos los organismos reguladores junto a la autoridad de competencia en un único organismo, empiezan a surgir las primeras opiniones contrarias a la propuesta del nuevo modelo, que supondría la aplicación del nivel máximo de integración entre órganos independientes. *“Primero fueron los dioses sin nombres y las creencias, después el mercado y el dinero, y años más tarde, las influencias y las instituciones. En este devenir, la creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) ha abierto una nueva etapa en la defensa de la competencia y la supervisión regulatoria en España”* (Marín Quemada, 2014, pág. 7)

En este capítulo se analizan cómo fueron los trámites anteriores a la aprobación de la ley de creación de la CNMC, las distintas justificaciones que apoyaban el cambio de modelo institucional y también las críticas recibidas por el nuevo diseño organizativo. Asimismo, se resume el contenido de la Ley 3/2013 de Creación de la CNMC y los aspectos esenciales de su diseño.

5.2 Modelo integrado de regulación + competencia.

La aprobación de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, supuso un cambio radical en el modelo de regulación y competencia aplicado hasta entonces en España, como consecuencia del cambio institucional que trajo consigo. De hecho, la nueva Ley no supuso un cambio en el marco de la legislación de competencia en España, sino únicamente un cambio institucional. En concreto, frente a la tendencia histórica de proliferación de los órganos de regulación y competencia, el nuevo modelo opta por la fusión de todos ellos en un solo organismo.

Efectivamente, se suprimieron prácticamente todos los organismos reguladores de carácter económico existentes hasta esa fecha¹⁸⁴. En concreto, la aprobación de la nueva Ley supuso la extinción automática de la Comisión Nacional de la Competencia, la Comisión Nacional de la Energía y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, así como del Comité de Regulación Ferroviaria¹⁸⁵ y la Comisión Nacional del Sector Postal¹⁸⁶, ambos de reciente creación en ese momento, e incluso otros que todavía no habían entrado en funcionamiento hasta ese momento, como la

¹⁸⁴ Quedarían al margen los organismos de carácter financiero, como el Banco de España y la CNMV.

¹⁸⁵ Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario.

¹⁸⁶ Ley 23/2007, de 8 de octubre, de liberalización del Servicio Postal universal

Comisión Nacional del Juego¹⁸⁷, la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria¹⁸⁸ y el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales¹⁸⁹. Su extinción trajo consigo, además, el cese anticipado de los mandatos de los presidentes y consejeros de tales organismos.

En sustitución de todos ellos se creó la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en la que se agruparon las funciones y competencias de los organismos de regulación y competencia precedentes. La aprobación de la nueva Ley trajo consigo también el traspaso al Gobierno y los organismos ministeriales dependientes, de determinadas funciones que, hasta la fecha, habían desarrollado algunos de los organismos reguladores precedentes, como el registro de los operadores, la inspección y otras tareas administrativas¹⁹⁰.

5.2.1 Justificación del Gobierno sobre el cambio de modelo organizativo

En el discurso de investidura ante el Congreso de los Diputados del 19 de diciembre de 2011, el Presidente del Gobierno planteaba la necesidad de llevar a cabo una reforma de los órganos de regulación haciendo hincapié en la necesidad de *“reducir el número de organismos reguladores y reordenar sus competencias, proponiendo un nuevo sistema de nombramiento de sus miembros con mayor intervención del Congreso de los Diputados”*. Por ello, anunció que en el primer trimestre de 2012 el Gobierno remitiría a las Cortes *“una Ley para el refuerzo de la independencia de estos organismos y mejora de la regulación de la actividad económica”*.

Posteriormente, el 20 de enero de 2012 el Consejo de Ministros acordó la creación de un grupo de trabajo integrado por representantes de todos los Ministerios que sería el encargado de elaborar una propuesta para la reforma de los organismos reguladores partiendo de los siguientes objetivos: a) Reducir el número de organismos; b) clarificar y reordenar sus competencias; c) simplificar su estructura y funcionamiento; y, d) garantizar su profesionalidad, neutralidad e independencia.

¹⁸⁷ Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego. Este organismo fue creado pero no llegó a ser constituido.

¹⁸⁸ Real Decreto-ley 11/2011, de 26 de agosto. Se crea para garantizar la independencia en el proceso de licitación de concesionarios de aeropuertos.

¹⁸⁹ Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual.

¹⁹⁰ *“Algunas previsiones de asunción por los poderes públicos de poderes detentados hasta ahora por los organismos de regulación, la insistencia de reconducir las competencias del único organismo de regulación hacia tareas de supervisión o el cuidado en reducir competencias normativas de las comisiones son una reconquista del terreno que se había entregado a las comisiones independientes. Esa pérdida de independencia no augura nada bueno para la regulación”* (De la Quadra Salcedo, 2012)

El Consejo de Ministros de 24 de febrero de 2012 conoció el “Informe sobre la reforma de los organismos supervisores”, presentado por la Vicepresidenta y Ministra de la Presidencia que anticipaba un Anteproyecto de Ley de reforma de organismos supervisores dirigido —por considerar excesivamente costoso el número de reguladores y necesitado de una revisión multisectorial tras un largo proceso de liberalización, transición a la competencia y avance tecnológico— a satisfacer la flexibilización de los mercados, la reducción de las trabas administrativas, la simplificación regulatoria y la austeridad y profesionalidad del sector público.

En la referencia de dicho Consejo de Ministros de 24 de febrero de 2012 se señalan los motivos que justificaban el cambio de modelo. En concreto:

- a) *“En primer lugar, la seguridad jurídica. Esta reforma permitirá clarificar las competencias, aplicar criterios homogéneos en ámbitos regulatorios con las mismas características económicas y, además, garantiza la necesaria armonización entre la política sectorial y de competencia, reduciendo la incertidumbre regulatoria”.*
- b) *“Además, se incrementará la eficiencia en la asignación de los recursos públicos, evitando duplicidades por el solapamiento de funciones, y alcanzando sinergias y ahorros adicionales”.*
- c) *“Por otro lado, mejora la calidad supervisora al aunar en un solo órgano un profundo conocimiento técnico, sectorial y de competencia. El incremento de la calidad vendrá determinado también por la mayor independencia y neutralidad del Organismo”.*

En definitiva, el excesivo tamaño del sector público y el elevado número de organismos reguladores existentes en España fueron, de acuerdo con la justificación gubernamental, los principales argumentos para el cambio del modelo institucional, con los efectos que traería consigo en términos de ahorro y reducción de organismos. Así, el Ministro de Economía y Competitividad¹⁹¹ justificaba el ahorro esperado derivado de la reforma señalando que *“el número de altos cargos pasa de 50 a 9; el ahorro neto estimado solo de la partida correspondiente a remuneraciones de altos cargos supera los 4,2 millones de euros. El ahorro en gastos de funcionamiento deriva fundamentalmente de los ahorros por infraestructuras y servicios redundantes y, como consecuencia, el mejor aprovechamiento de los recursos y medios comunes. Con una estimación de mínimos muy conservadora el ahorro por gastos de funcionamiento sería de 6 millones de euros. Aunque es difícil cuantificar en este momento todos los ahorros que se generarán con la puesta en marcha de la Comisión ... partiendo del supuesto de que el ahorro equivaldrá al 10 % de los gastos actuales, se considera que la creación de la comisión supondría unos ahorros brutos anuales de más de 28 millones de euros, de*

¹⁹¹ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados de 20 de diciembre de 2012. Debate de totalidad del Proyecto de Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

los cuales 18 millones serían el resultado de la no puesta en funcionamiento de varios organismos, y el resto, de la eliminación de altos cargos y el ahorro en gastos de funcionamiento a causa de la integración. Si consideramos como hipótesis de partida que el ahorro fuera del 20 % de los gastos actuales, se superarían entonces los 34 millones de euros. A modo de ejemplo, se puede aportar el caso de Alemania, donde la existencia de un único supervisor multisectorial de industrias de red supuso un ahorro del 25 % de los gastos, por lo que es de prever que el impacto sea incluso superior al que les he señalado”.

Tabla 6. Personal y presupuesto de los órganos de regulación y competencia en España, 2013

ORGANISMOS	Nº efectivos (excl. altos cargos)	Coste de personal (miles de €)	Otros gastos de funcionamiento (miles de €)	Total gastos (miles de €)
CNC	176	8.513	2.985	11.498
CNE	214	13.176	13.220	26.396
CMT	145	8.896	9.398	18.293
CNSP	23	846	1.011	1.856
CEMA	23	1.343	4.578	5.921
CNJ	143	5.356	5.000	10.356
CREA	15	550	283	833
CRF	2	142	20	162
TOTAL	741	38.821	36.494	75.315

Fuente: Memoria de impacto Proyecto de Ley de creación de la CNMC

La Tabla 6 recoge el presupuesto y personal (excluidos los gastos por altos cargos) de los órganos de regulación y competencia existentes (algunos no habían entrado en funcionamiento) antes de la creación de la CNMC. En el caso de la CEMA y el CNJ constituyen una previsión de los gastos de funcionamiento de estos organismos, mientras que los gastos previstos del CREA y CRF se han obtenido de información provista por los Ministerios de adscripción.

Dicha reforma se apoyó, además, en el incremento de la seguridad jurídica y los problemas de coordinación y la existencia de criterios divergentes que el mantenimiento de un elevado número de organismos traía consigo.

Por otra parte, en el preámbulo de la citada Ley 3/2013 se añadía un argumento adicional a los ya señalados: la tendencia internacional de fusionar autoridades de regulación con actividades similares ejemplificada en el caso de los Países Bajos¹⁹². Pero lo cierto es que, como se puede extraer de los modelos internacionales incluidos en el CAPÍTULO 3 de esta tesis, no se ha producido tal tendencia, siendo efectivamente el caso de los Países Bajos el único ejemplo comparable al español, que en abril de 2013 fusionó las autoridades nacionales de competencia, protección de los consumidores y los reguladores postal y de telecomunicaciones en un único organismo.

Aunque estas fueron las razones aportadas por el Gobierno, lo cierto es que el cambio institucional impulsado por la Ley 3/2013 tuvo desde el inicio importantes críticas sobre las razones “ocultas” que habían motivado dicho cambio. Para muchos¹⁹³, fue el cese anticipado de los consejeros y responsables de los órganos reguladores y de competencia, así como el nombramiento de nuevos consejeros afines al Gobierno lo que impulsó el cambio de modelo¹⁹⁴.

5.2.2 Trámites para la aprobación de la Ley

El texto del primer Anteproyecto de Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y Competencia elaborado por el Gobierno es de fecha 28 de febrero de 2012. Sobre dicha versión, los órganos reguladores emitieron sus correspondientes informes poniendo de relieve sus consideraciones y objeciones acerca del modelo propuesto y la integración en una única entidad de los órganos de regulación y competencia. Así, con fecha 13 de marzo de 2012 la CNSP emitió su informe sobre

¹⁹² “La situación actual en España, en la que se ha aprobado la creación de ocho organismos supervisores vinculados a los mercados de productos y de servicios y se ha previsto la creación de otro más, debe evolucionar hacia los modelos que se están implantando en los países de nuestro entorno”.

¹⁹³ “En último término puede latir la sospecha de si la operación no respondería también, en alguna medida, al deseo de quitarse de encima a los consejeros heredados de la etapa del Gobierno anterior, aunque cada uno con sus propios orígenes en función de los criterios de nombramiento, que todavía tenían por delante años de mandato. Todo ello para ejercer un pleno control de los importantes sectores económicos afectados” (De la Quadra Salcedo, 2012)

¹⁹⁴ Cuando, finalizando la Legislatura, el Gobierno del PSOE procedió a cubrir numerosas vacantes existentes en los organismos reguladores con afines y altos cargos del Gobierno a lo que la oposición política representada por el PP respondió con un igual que se nombran se cesan. Aunque el Programa Electoral del Partido Popular se limitaba a formular como propuesta: “Redefiniremos la organización y funciones de los organismos reguladores sobre la base de los principios de independencia, profesionalidad, austeridad y eficacia”.

tales cuestiones y el 15 de marzo de 2012 lo hicieron tanto la CNE como la CMT y la Comisión Nacional de la Competencia.

Junto a estos, se recabaron también opiniones e informes de otros organismos públicos y departamentos ministeriales vinculados, en cierto grado, con el proyecto de creación del nuevo organismo, como la Dirección General de Aviación Civil (15 de marzo de 2012), el Comité de Regulación Ferroviaria, AENA (15 de marzo de 2012), las Secretarías Generales Técnicas del Ministerio de Economía y Competitividad (23 de marzo de 2012), Hacienda y Administraciones Públicas (28 de marzo de 2012), Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (30 de marzo de 2012), e Industria, Energía y Turismo (19 de abril de 2012), las Secretarías de Estado de Energía (9 y 16 de abril de 2012) y Telecomunicaciones y Sociedad de la Información (16 de abril) y el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (11 de mayo de 2012).

Las opiniones y recomendaciones incluidas en tales informes dieron lugar a sucesivas versiones del Anteproyecto¹⁹⁵, hasta concluir el 26 de julio de 2012 con la versión definitiva del Anteproyecto de Ley que fue remitido al Consejo de Estado para su informe, acompañado de una memoria de análisis del impacto normativo. Mediante acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de septiembre de 2012 se declaró el carácter urgente del Anteproyecto remitido en consulta, por lo que el Consejo de Estado debía emitir su informe en un plazo de nueve días.

Dicho organismo emitió el dictamen con fecha 13 de septiembre de 2012 y, el 27 de ese mismo mes, el Consejo de Ministros aprobó la remisión a las Cortes Generales del Proyecto de Ley de Creación de la Comisión Nacional de Mercados y Competencia, para su trámite y aprobación, acompañado del dictamen del Consejo de Estado y de la Memoria de Impacto Normativo.

El Proyecto de Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia fue presentado en el Congreso de los Diputados el 10 de octubre de 2012, y el 19 de ese mismo mes pasó a la Comisión de Economía y Competitividad para su trámite y aprobación.

La Ley consta de treinta y cinco artículos agrupados en cinco capítulos, quince disposiciones adicionales, diez disposiciones transitorias, una única disposición derogatoria, diez disposiciones finales y un anexo. El capítulo I, "Naturaleza y régimen jurídico", procede a la creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, y el capítulo II establece las "Funciones" otorgadas a dicho organismo. El

¹⁹⁵ Entre el 22 de mayo de 2012 y el 20 de julio se elaboraron hasta 7 versiones intermedias del Anteproyecto, sobre las cuales se realizaron a su vez diversas observaciones y recomendaciones por parte de varios de los organismos públicos citados.

capítulo III, “Organización y funcionamiento”, regula la composición, el régimen de nombramiento y cese y las funciones de los órganos rectores de la Comisión, que comprenden el Consejo y el presidente de la Comisión. El capítulo IV, “Régimen de actuación y potestades”, regula los aspectos esenciales en relación a las facultades de inspección y supervisión, a la potestad sancionadora, al régimen de contratación y del personal y al régimen económico-financiero, patrimonial y presupuestario. Por último, el capítulo V, “Transparencia y responsabilidad”, delimita todos aquellos asuntos que la Comisión deberá hacer públicos y regula el control que el Congreso y el Senado ejercerán sobre la Comisión.

El 20 de diciembre de 2012 se debatió la totalidad del Proyecto en el Pleno del Congreso de los Diputados, habiéndose presentado un total de 5 enmiendas a la totalidad para su devolución y dos enmiendas de texto alternativo al Proyecto redactado por el Gobierno¹⁹⁶. Dichas enmiendas argumentaban, en general, la falta de independencia del nuevo organismo y la escasa justificación del modelo unificado propuesto, basándose para ello en la ausencia de modelos comparables dentro de la Unión Europea. Por ello, varios grupos propusieron en sus enmiendas un modelo alternativo basado en la reducción del número de organismos reguladores a tres (agrupando para ello a los reguladores de sectores convergentes o próximos en temas regulatorios) y el mantenimiento, además, como órgano independiente, de la autoridad de competencia. Dos de las enmiendas a la totalidad presentadas fueron retiradas¹⁹⁷ y el resto quedaron rechazadas tras la votación en el Pleno, al igual que la solicitud de avocación, siguiendo, por tanto, el trámite pertinente ante la Comisión.

La Ponencia encargada de redactar el Informe sobre el Proyecto de Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, tras estudiar dicha iniciativa así como las enmiendas presentadas, emitió con fecha 20 de marzo de 2013 su Informe de conformidad con el texto remitido por el Gobierno.

Dentro del proceso de tramitación del Proyecto de Ley ante la Comisión de Economía y Competitividad del Congreso, se presentaron 306 enmiendas al texto del Proyecto de Ley propuesto por el Gobierno. Dichas enmiendas fueron sometidas a votación en la Comisión de Economía y Competitividad el 20 de marzo de 2013. Al texto definitivo fueron incorporadas en su totalidad las enmiendas presentadas por el Partido Popular, que suscribió acuerdos con otros grupos parlamentarios para la modificación de aspectos concretos del proyecto, modificaciones que atendieron – esencialmente– a los compromisos adquiridos con la Comisión Europea. El Proyecto, aprobado con competencia legislativa plena fue trasladado al Senado.

¹⁹⁶ Las enmiendas fueron presentadas por el Bloque Nacionalista Galego, Esquerra Republicana de Catalunya, Coalición Canaria, PNV, UPyD, IU y Convergencia i Unió.

¹⁹⁷ Las presentadas por el Grupo Parlamentario Vasco y Convergencia i Unió.

En esta Cámara, el Proyecto recibió 5 propuestas de veto y 378 enmiendas que fueron publicadas en el Boletín del Senado del 25 de abril de 2013. El 13 de mayo la ponencia designada para informar sobre el Proyecto de Ley emitió su informe sin modificaciones respecto al texto remitido por el Congreso de los Diputados. Dicho informe fue aprobado con el voto a favor de los ponentes del Grupo Parlamentario Popular en el Senado y el voto en contra de los restantes grupos. En consecuencia, quedaban rechazadas todas las enmiendas presentadas al texto del Proyecto. Las propuestas de veto por su parte, fueron defendidas y votadas en la reunión de la Comisión de Economía y Competitividad del Senado del día 16 de mayo de 2013, dando como resultado el rechazo de todas ellas.

Los votos particulares así como las enmiendas presentadas fueron votadas en el Pleno del Senado celebrado el 22 de mayo de 2013, quedando todas ellas rechazadas, por lo que resultó aprobado el texto definitivo del Proyecto de Ley por las Cortes Generales. La Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, fue publicada en el Boletín Oficial del Estado el 5 de junio de 2013.

5.2.3 Apoyos al cambio de modelo

Como se ha descrito en el apartado anterior, la fase de desarrollo del Anteproyecto de Ley, antes de su aprobación por el Consejo de Ministros y su traspaso al Parlamento, contó para su elaboración y, posteriormente, para su modificación y mejora, con los informes de varios organismos públicos y departamentos ministeriales, así como con la opinión de algunas entidades especializadas del sector privado.

Por el modelo organizativo propuesto y por las similitudes que presenta con el contenido del Anteproyecto que posteriormente sería presentado el Gobierno merece especial atención el informe elaborado por PWC en febrero de 2012.

Los informes emitidos por los órganos de regulación sectoriales y de competencia que serían integrados posteriormente en la CNMC sirvieron para mejorar la versión inicial del texto del Anteproyecto y dieron lugar a una nueva versión que sería la presentada para su dictamen al Consejo de Estado. El informe de este último, por su contenido e influencia antes de la aprobación por el Consejo de Ministros, se resume junto a los anteriores en este apartado.

Sin embargo, es importante señalar que tanto los órganos de regulación como el informe del Consejo de Estado señalan que, dada la envergadura de la reforma planteada por este Proyecto de Ley, hubiera sido deseable la posibilidad de una

audiencia pública en la que se hubiese recogido la opinión sobre la reforma, por ejemplo, de las empresas representativas de los intereses de los distintos sectores afectados por la misma. Así, el Consejo de Estado considera que, desde el punto de vista institucional, hubiera sido deseable contar con el informe del Consejo Económico y Social.

5.2.3.1 Informe de PWC

Para la redacción de la primera versión del Anteproyecto de Ley (28 de febrero de 2012), el Gobierno contó con el apoyo del informe elaborado por PWC¹⁹⁸, a solicitud de Telefónica, sobre la estructura organizativa de las autoridades de regulación en España. Dicho informe, de fecha 14 de febrero de 2012, incluía un análisis de la situación actual y el modelo organizativo de los reguladores en España, su comparación con otros países europeos, y proponía la reforma del modelo organizativo aplicable en el futuro, basado, fundamentalmente, en la integración en un único organismo de la autoridad de competencia y los reguladores sectoriales independientes.

El informe parte del análisis de los reguladores sectoriales y de competencia existentes en España, su estructura actual, funciones y principales características, así como la oportunidad de su reforma y los objetivos que dicha reforma debería perseguir. Basándose en la literatura económica especializada destaca la existencia de dos modelos organizativos para este tipo de organismos: por un lado, los órganos reguladores de carácter sectorial, y por otro los de carácter multisectorial. En su opinión, estos últimos favorecen la independencia del regulador y reducen el riesgo de captura del mismo frente al sector y también frente al poder político.

Utilizando dichos argumentos, así como la estructura organizativa de las autoridades de regulación y competencia en el ámbito internacional, PWC propone el modelo organizativo aplicable en el futuro en España. En concreto, se recomienda agrupar en un solo organismo (al que denomina Comisión de Supervisión de Mercados) las funciones desempeñadas hasta la fecha por la CMT, CNE, CNSP y la autoridad de competencia (CNC), así como por las comisiones que, en ese momento, estaban pendientes de creación (CEMA, CNJ, CREA).

Para ello, se crearía un único organismo, dirigido por un consejo como órgano máximo de decisión, que estaría integrado por entre 7 y 9 miembros, nombrados por Gobierno, previa aprobación del Parlamento, con una duración del mandato de entre 5 y 7 años, y de carácter no renovable.

¹⁹⁸ PWC (2012)

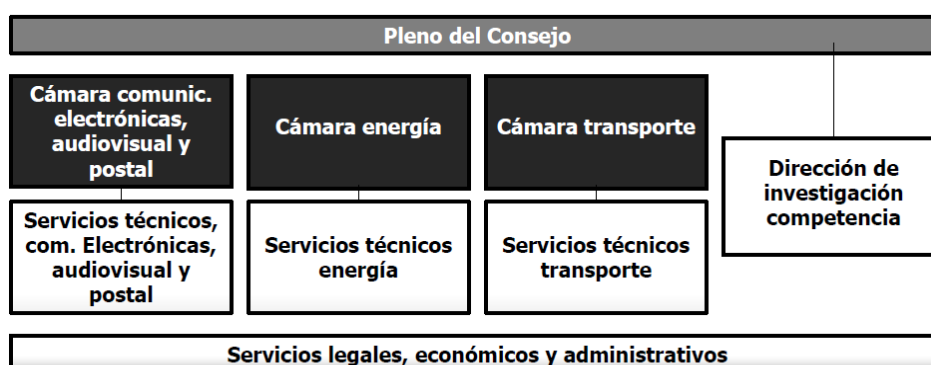
El informe señala también que una parte de sus miembros deberían ser expertos en los sectores regulados (comunicaciones electrónicas, energía o transporte) con reconocida capacidad y experiencia, mientras que el resto de Consejeros serían profesionales de reconocida capacidad y experiencia en el ámbito jurídico y económico de la defensa de la competencia.

Se subraya asimismo que las decisiones del Pleno solo debían ser recurribles ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.

Las funciones de regulación se dividen en tres cámaras diferenciadas dentro del nuevo organismo, cada una de ellas dedicada a un sector específico (comunicaciones electrónicas, audiovisual y postal; energía y transporte). Estas cámaras sectoriales estarían dirigida por tres miembros del pleno del nuevo órgano, que debían ser expertos en el sector pertinente. Adicionalmente se crearía una Dirección de Investigación de la Competencia que mantendría las competencias desarrolladas hasta la fecha por la CNC. Las decisiones de las cámaras sectoriales podrían ser recurridas ante el Pleno del Consejo, mientras que las decisiones de la Dirección de Investigación corresponden directamente al Pleno del Consejo.

Dando soporte común a todas estas Cámaras y a la Dirección de Investigación existirían los departamentos de Servicios Legales, Económicos y Administrativos.

Gráfico 8. Modelo organizativo del nuevo regulador propuesto por PWC (2012)



Fuente: PWC (2012)

Sobre la base de dicha estructura, PWC recomienda la obligación de comparecer anualmente ante el Congreso de los Diputados para informar sobre el progreso en el cumplimiento de los objetivos del organismo, incluyendo la transición

de la aplicación de la normativa ex-ante a la supervisión ex-post en aquellos mercados donde sea posible.

En su opinión, dicho modelo garantiza el cumplimiento de los objetivos requeridos por el Gobierno en la reforma prevista de los órganos de regulación al tiempo que favorecería un ahorro estimado de entre 18 y 23 millones de euros anuales.

5.2.3.2 Informe del Ministerio de Presidencia

Entre la documentación de acompañamiento al Anteproyecto de Ley se encuentra el “Informe sobre la situación actual de los organismos reguladores y su posible reforma” elaborado por el Ministerio de Presidencia y presentado al Consejo de Ministros el 20 de enero de 2012. En él se detalla el número de reguladores existentes en España y sus características organizativas, acompañado de un resumen del derecho comparado, concluyendo que existe en el ámbito internacional una tendencia creciente hacia la fusión de organismos reguladores con el objetivo fundamental de mejorar su eficacia. Tales afirmaciones se apoyan en el ejemplo de Alemania, que fusionó los reguladores de industrias de red en un único organismo manteniendo de forma independiente la autoridad de competencia, y en el de Holanda, que en ese momento estaba inmerso en el proceso de reforma para fusionar todos los organismos reguladores, de protección del consumidor y defensa de la competencia en un mismo órgano. *“En base a estas experiencias, dada la situación actual de los organismos reguladores en España y el objetivo del Gobierno de acometer una reforma profunda en el sector público con criterios de eficiencia, se propone reducir el número de organismos, simplificar su estructura y funcionamiento y aumentar la profesionalidad, neutralidad e independencia de sus miembros”*.

5.2.3.3 Dictamen del Consejo de Estado (CdE)

Antes de su remisión al Consejo de Ministros, el Anteproyecto de ley de creación de la CNMC fue sometido, como es preceptivo y como anteriormente ya se ha indicado, a consulta con carácter de urgencia al Consejo de Estado, que emitió su dictamen el 13 de septiembre de 2012.

Entre sus opiniones, el Consejo destaca que hubiera sido deseable una tramitación más detenida del texto, que hubiese permitido perfilar aspectos concretos como los relativos a la distribución de funciones entre la CNMC y los departamentos ministeriales, así como los que se refieren a la estructura organizativa, financiera y de personal de la nueva institución. Ello permitiría *“evitar el riesgo real de pérdida de*

eficacia en la supervisión hasta el momento encomendada a órganos que cuentan ya con una experiencia decantada en las respectivas materias, así como para evitar una merma en la independencia en la actuación del regulador”. En concreto, se señala que existen “atribuciones de importancia que deben quedar claramente incluidas en el elenco de funciones de la CNMC”, como es el caso de la especificación de la potestad sancionadora de la Comisión.

Sobre el modelo general de unificación de los órganos de regulación y competencia en un único organismo, el CdE señala que *“subsisten entre los sectores sometidos a supervisión – y cuya unificación se pretende- diferencias muy relevantes que bien podrían haber cristalizado en otro modelo diferente, de regulación más general en los aspectos relativos a la independencia y ciertas funciones, pero que mantuviera en cambio la existencia por separado de los reguladores en los diversos sectores (o, al menos, de los reguladores ex ante con separación del superior de la competencia). Habiéndose optado por un sistema distinto debe en todo caso cuidarse que el régimen único que deriva del anteproyecto no se traduzca en una uniformidad aplicativa, de dedicación de medios y de ejercicio de funciones, en mercados cuya consistencia, volumen y experiencia reguladora son muy diferentes”.*

5.2.3.4 Memoria del análisis de impacto normativo

De acuerdo con lo exigido por el Real Decreto 1083/2009 de 3 de julio, por el que se regula la memoria de análisis de impacto normativo, con fecha 27 de septiembre, el grupo interministerial creado al efecto presentó la correspondiente Memoria sobre el Anteproyecto de Ley de creación de la CNMC, que debía remitirse, junto con el dictamen del Consejo de Estado, al Congreso de los Diputados para la tramitación del Proyecto.

Dicha Memoria señala que para alcanzar las funciones y objetivos de la reforma de los órganos reguladores perseguidos por el Gobierno y aprobados en el Acuerdo del Consejo de Ministros del 20 de enero de 2012 (reducir el número de organismos, simplificar su estructura y funcionamiento y aumentar la profesionalidad e independencia de sus miembros), existirían tres alternativas:

- a) Modelo holandés: Creación de un único organismo que se encargaría de velar por la competencia en los mercados con funciones ex-ante y ex-post.
- b) Modelo alemán: Creación de un organismo multisectorial que se encargaría de velar por la competencia en los sectores regulados con funciones ex-ante y mantener además la CNC como organismo independiente encargado de la

defensa de la competencia en las industrias de red y resto de mercados con funciones ex-post.

- c) Modelo mixto: Creación de un organismo multisectorial que velaría por la competencia con funciones ex-ante y ex-post y, al tiempo, mantener la CNC pero con competencias muy reducidas ya que no se encargaría de la defensa y promoción de la competencia en los sectores clave.

Si bien cada uno de ellos presenta ventajas e inconvenientes, dicha Memoria destaca que el modelo holandés *“salva los principales inconvenientes de los dos primeros modelos, al integrarse en un solo organismo las funciones de supervisión y ordenación de todos los sectores de red, así como las funciones de aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia para el resto de sectores. No obstante, esta alternativa tiene el riesgo de crear una entidad demasiado sistémica. En este sentido, la integración se realizaría simplificando la mayor parte de las funciones de los organismos sectoriales, por lo que el resultado sería una mayor defensa de la competencia. La preocupación de que el organismo detentara demasiado poder se resolvería a través del sistema de nombramiento y separando muy bien las funciones de instrucción y resolución”*.

Tabla 7. Ventajas de los tres modelos institucionales comparados en la Memoria de Impacto Normativo

ANÁLISIS COMPARATIVO DE LAS VENTAJAS DE LAS TRES ALTERNATIVAS CONSIDERADAS			
VENTAJAS	MODELO HOLANÉS (integración CNC con el organismo multisectorial)	MODELO ALEMÁN (integración sólo de los organismos sectoriales)	MODELO MIXTO (trasvase de las competencias de la CNC al organismo multisectorial en los sectores de las industrias de red)
Ahorro en infraestructuras, consejeros, gastos de administración y operativos, recursos humanos redundantes	Máximo	Mínimo	Medio
Reducción de tareas duplicadas CNC - organismo sectorial	Máximo	No se eliminan	•Se eliminan algunas duplicidades, pero, dadas las interconexiones entre sectores regulados y no regulados, la necesidad de que haya personal cualificado para investigar estos expedientes en ambos organismos introduce duplicidades.
Aplicación más coherente de la política de competencia y reducción de riesgo de fallos de coordinación	•Se eliminan los riesgos y se optimiza la coherencia en la aplicación de la política de competencia	•No se elimina el riesgo de fallo de coordinación entre regulador sectorial – CNC, pero se garantiza una aplicación coherente de la Ley de Defensa de la Competencia.	•Los riesgos de fallo de coordinación aumentan considerablemente ya que son dos autoridades distintas las que se encargan de aplicar una misma ley, por lo que, para garantizar la uniformidad de criterio, la necesidad de coordinación sería mucho más elevada. •Los riesgos de fallo de coordinación aumentan en expedientes donde haya interconexiones.
Ganancias de eficacia en cuanto al objetivo de velar por la competencia	•Se maximizan, al garantizar: a) unicidad de criterio y fortaleza de la institución; b) mejor input para la instrucción; c) elevación del perfil económico en las funciones de regulación y del perfil técnico en las de supervisión ex post.	•Medio, al garantizar la unicidad de criterio en los modelos de red sin que se cosechen las sinergias del primer modelo.	•La separación de la autoridad de competencia por sectores se considera nociva ya que se pierde la perspectiva de los mercados, muy interconectados en la generalidad de los casos. •La pugna entre autoridades sobre cuál es el mercado relevante y por a quién le compete la resolución de expedientes puede, por un lado, retrasar indebidamente la iniciación de procedimientos y, por otro lado, reducir la eficacia general de la política de competencia (cada autoridad "pelearía" por lo suyo, existiendo el riesgo de que las pugnas se resuelvan por criterios distintos a los económicos).

Fuente: Memoria de impacto normativo del proyecto de Ley de creación de la CNMC

Respecto al diseño y funciones de la CNMC, la Memoria analiza y valora las opiniones expresadas por los órganos reguladores en sus informes subrayando su incorporación al texto definitivo del Anteproyecto. Considera que dicha reforma constituye una oportunidad para la mejora de la supervisión sectorial y defensa de la competencia, al tiempo que mejorara la independencia de los consejeros y presidente en el desarrollo de sus funciones.

Entre los cambios incorporados al texto del Anteproyecto se encuentra la separación expresa de los procedimientos de instrucción y resolución, la potestad de la CNMC de dictar circulares o el que sean los consejeros los que elijan al presidente mediante votación secreta y por un periodo máximo de tres años. Asimismo, las opiniones y sugerencias de los reguladores habrían facilitado la concreción de las funciones de la nueva Comisión. Respecto a su forma de financiación, que es uno de los aspectos que había generado opiniones encontradas entre los reguladores, la Memoria señala que, tras la oportuna consulta a la Comisión Europea, finalmente se ha optado por un sistema de financiación presupuestaria, regulándose la gestión y recaudación de los recursos y las tasas de los actuales organismos reguladores.

De acuerdo con la Memoria, los beneficios de esta reforma se dejarían sentir en una mejora de la intervención pública en estos sectores, así como en el aumento en el nivel de competencia efectiva en los mismos destacando, además, el impacto económico y presupuestario de su aplicación. En conjunto, considerando el impacto en los Presupuestos y el gasto anual de los organismos, la reforma produciría un ahorro a medio plazo con la subsiguiente reducción de la carga impositiva.

De acuerdo con las estimaciones incluidas en la Memoria, la eliminación de los 50 consejeros existentes en los organismos sectoriales y de competencia existentes antes de la reforma supondrían un ahorro estimado de 5.225.440 €. Frente a dicha cuantía, el nuevo organismo, con 9 consejeros, tendría un coste anual por altos cargos de 940.579 €.

Por otro lado, la no puesta en funcionamiento de los reguladores constituidos (CEMA, CNJ y CREA) supondría un ahorro en gastos de personal de 1.636.253 € y de 17,1 M.€ en gastos de funcionamiento. La estimación del ahorro en gastos de funcionamiento por las economías de escala derivadas de la integración del resto de organismos se estimó en un 10% de los gastos de funcionamiento actuales, lo que equivaldría a 5,8 M.€.

Tabla 8. Estimación del ahorro bruto por la integración de organismos

AHORRO BRUTO INTEGRACIÓN			
Concepto	Altos cargos (€)	Resto de gastos de funcionamiento (€)	Total (€)
No creación de CEMA, CNJ y CREA	1.636.253	17.109.198	18.745.451
Economías de escala integración del resto de organismos	3.589.187	5.820.596	9.409.783
TOTAL AHORRO NETO	5.225.440	22.929.794	28.155.234

Fuente: Memoria de impacto normativo del proyecto de Ley de creación de la CNMC

En conjunto, la aplicación de la reforma propuesta por el Gobierno supondría unos ahorros brutos anuales de 28,2 M.€

5.3 Ley 3/2013. Creación de la CNMC: Características y diseño

La Ley 3/2013, de 4 de junio, supone la creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Consta de 37 artículos repartidos en 5 capítulos, junto con 15 disposiciones adicionales, 10 disposiciones transitorias, una disposición derogatoria única y 10 disposiciones finales junto con un anexo.

El Capítulo I de la Ley crea la CNMC configurándola como un organismo público de los previstos en la Disposición Adicional Decima de la LOFAGE, dotando al nuevo organismo de *“personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada y actúa, en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines, con autonomía orgánica y funcional y plena independencia del Gobierno, de las Administraciones Públicas y de los agentes del mercado. Asimismo, está sometida al control parlamentario y judicial... (y) adscrita al Ministerio de Economía y Competitividad, sin perjuicio de su relación con los Ministerios competentes por razón de la materia en el ejercicio de las funciones”* (art. 2). Dicho organismo se crea con el *“objeto de garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios”*.

La independencia del nuevo organismo adquiere una gran importancia al señalar, en su artículo 3 que la CNMC actuará *“con independencia de cualquier interés empresarial o comercial... En el desempeño de las funciones que le asigna la legislación,*

y sin perjuicio de la colaboración con otros órganos y de las facultades de dirección de la política general del Gobierno ejercidas a través de su capacidad normativa, ni el personal ni los miembros de los órganos de la CNMC podrán solicitar o aceptar instrucciones de ninguna entidad pública o privada”.

Asimismo, la independencia del organismo queda reforzada al señalar la Ley (art. 36.2) que los actos y resoluciones de la CNMC *“pondrán fin a la vía administrativa y no serán susceptibles de recurso de reposición, siendo únicamente recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa”*. Se impide así que las decisiones del regulador sean recurribles ante cualquier instancia ministerial, sino únicamente ante los tribunales ordinarios.

5.3.1 *Diseño organizativo: Consejo y Direcciones*

a) Consejo de la CNMC con Salas de Regulación y Competencia:

La CNMC se configura como un organismo colegiado donde las decisiones las toma el consejo (art. 14), que está formado por 10 miembros, incluidos el presidente y el vicepresidente¹⁹⁹. Los acuerdos se adoptarán por mayoría de votos de los asistentes y, en caso de empate, decidirá el voto de quien presida la reunión.

A su vez, el Consejo se estructura en torno a dos salas, una dedicada a temas de competencia y otra a las cuestiones de supervisión regulatoria (art.18). Cada una de las salas está compuesta por cinco miembros del Consejo. La Sala de Competencia estará presidida por el Presidente de la CNMC y la de Supervisión regulatoria por el Vicepresidente. El Consejo en pleno determinará la asignación de los miembros del Consejo a cada sala, así como el régimen de rotación entre salas de los consejeros, incluyendo los criterios de selección y periodicidad de las rotaciones²⁰⁰. En caso de que concurriesen circunstancias excepcionales que lo justificasen, podrán adoptarse otras medidas tendentes a garantizar el adecuado funcionamiento de las salas.

Las salas deberán emitir informe en los siguientes asuntos:

¹⁹⁹ Se optó por incrementar el número de miembros del Consejo respecto a los órganos de regulación y competencia precedentes (cuyo número de consejeros variaba entre 3, 5 y 7), aunque dicho incremento estaría justificado por la amplitud de las funciones y sectores regulados que absorbe el nuevo organismo (Rallo, 2014).

²⁰⁰ Aunque dicho sistema de rotación puede tener como objetivo que ningún Consejero quede “cautivo” en una sala y un sector específico (lo que aumentaría el riesgo de captura), también impide que pueda hablarse de especialización por parte de los Consejeros en las materias sobre las cuales tendrán que resolver (Gomez Alessandri, 2013).

a) Por la Sala de Competencia, en los procedimientos que 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 que estén relacionados con los sectores señalados en la Ley.

En caso de divergencia de criterio entre la Sala de Competencia y la de Supervisión regulatoria, el asunto será puesto en conocimiento del Pleno.

Por su parte, las funciones del Consejo son (art. 21):

1. Resolver y dictaminar los asuntos que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia tiene atribuidos por esta Ley y por el resto de la legislación vigente.

2. Resolver los procedimientos sancionadores previstos en la legislación sectorial y en la Ley 15/2007, de 3 de julio, y sus normas de desarrollo cuando no correspondan a otros órganos de la Administración General del Estado.

3. Solicitar o acordar el envío de expedientes de control de concentraciones que entren en el ámbito de aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio, a la Comisión Europea, según lo previsto en los artículos 9 y 22 del Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, de 20 de enero, sobre el control de las concentraciones entre empresas.

4. Acordar el levantamiento de la obligación de suspensión de la ejecución de una concentración económica, de conformidad con el artículo 9.6 de la Ley 15/2007, de 3 de julio.

5. Resolver sobre el cumplimiento de las resoluciones y decisiones en materia de conductas prohibidas y de concentraciones.

6. Adoptar las comunicaciones previstas en el artículo 30.3 de esta Ley, así como las declaraciones de inaplicabilidad previstas en el artículo 6 de la Ley 15/2007, de 3 de julio.

7. Aprobar las circulares previstas en esta Ley.

8. Interesar la instrucción de expedientes.

9. Adoptar los informes a que se refieren las letras a), b) y c) del artículo 5.2 de esta Ley, los informes, estudios y trabajos sobre sectores económicos y en materia de competencia y los informes en materia de ayudas públicas.

10. Acordar la impugnación de los actos y disposiciones a los que se refiere el artículo 5.4 de esta Ley.

11. Aprobar su Reglamento de funcionamiento interno, en el cual se establecerá su funcionamiento administrativo y la organización de sus servicios.

12. Resolver sobre las recusaciones, y correcciones disciplinarias del Presidente, Vicepresidente y consejeros y apreciar la incapacidad y el incumplimiento grave de sus funciones.

13. Nombrar y acordar el cese del personal directivo, a propuesta del Presidente del Consejo.

14. Nombrar y acordar el cese del Secretario, a propuesta del Presidente del Consejo.

15. Aprobar el anteproyecto de presupuesto y formular las cuentas del organismo.

16. Aprobar la memoria anual del organismo, así como los planes anuales o plurianuales de actuación en los que se definan objetivos y prioridades.

“Los actos y resoluciones del Presidente y del Consejo, en pleno y en salas, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia dictados en el ejercicio de sus funciones públicas pondrán fin a la vía administrativa y no serán susceptibles de recurso de reposición, siendo únicamente recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa” (art. 36).

b) Presidente:

El art. 19 detalla las funciones que corresponden al presidente de la CNMC. De forma resumida, entre tales funciones se encuentra: Convocar al Consejo en pleno por propia iniciativa o a petición de, al menos, la mitad de los consejeros, y presidirlo; ostentar la representación legal e institucional de la Comisión; impulsar la actuación de la Comisión y el cumplimiento de las funciones que tenga encomendadas, en particular, la propuesta de los planes anuales o plurianuales de actuación, en los que se definan sus objetivos y prioridades; dirigir, coordinar, evaluar y supervisar las distintas unidades de la Comisión, sin perjuicio de las funciones del Consejo; en particular coordinar, con la asistencia del Secretario del Consejo, el correcto funcionamiento de las unidades de la Comisión; efectuar la rendición de cuentas de la

Comisión y comparecer ante el Parlamento en los términos previstos en la normativa; y, ostentar la presidencia del Consejo de Defensa de la Competencia.

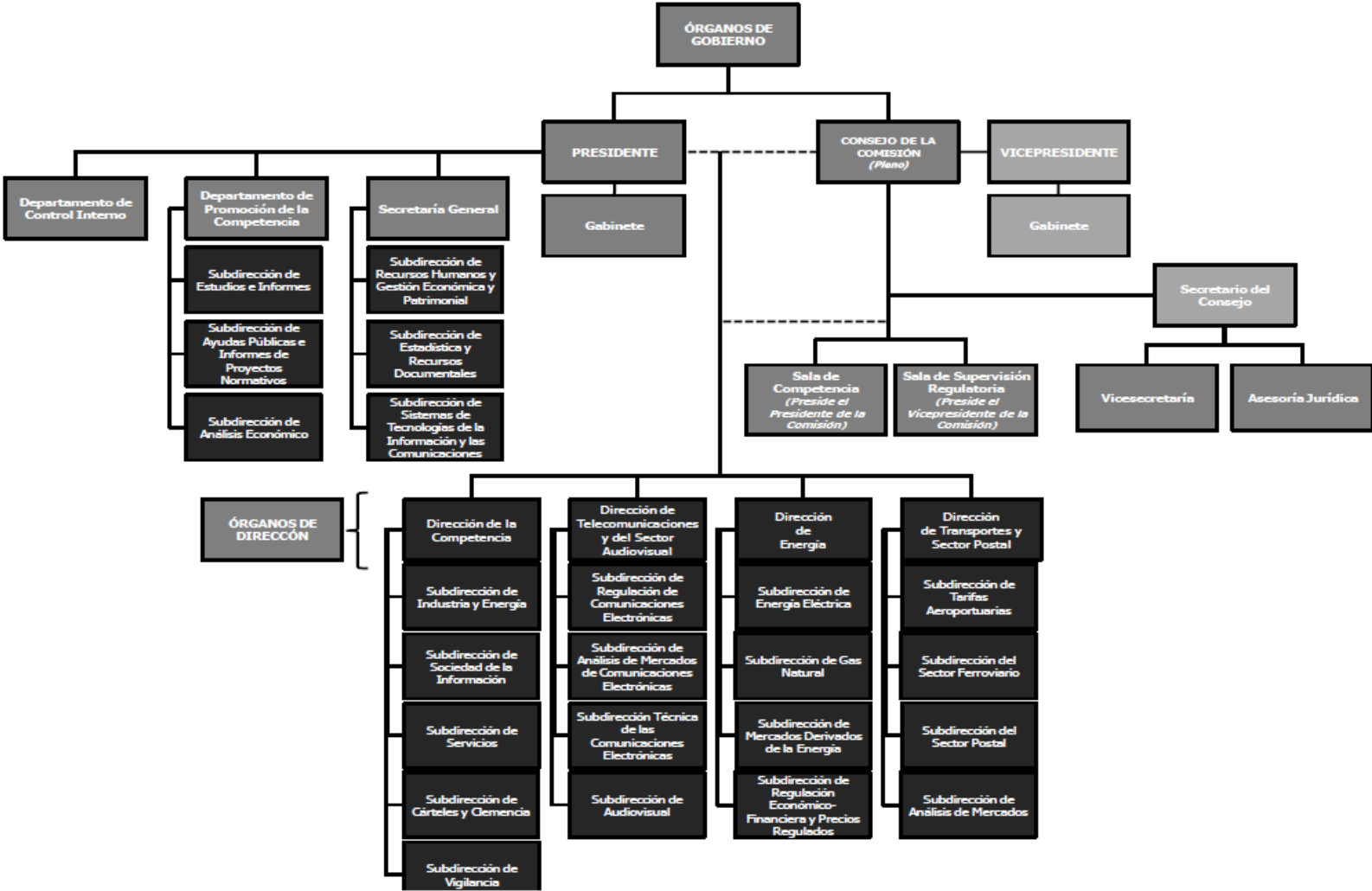
c) Direcciones de Instrucción:

Junto a estos dos órganos de Gobierno de la CNMC (presidente y consejo), se establece la estructura básica de los órganos de dirección, en concreto cuatro direcciones de instrucción (art. 25):

- a) Dirección de competencia: Se dedica a la instrucción de los expedientes de defensa de la competencia y a la aplicación de la Ley correspondiente
- b) Dirección de Telecomunicaciones y servicios audiovisuales: Instrucción de expedientes que correspondían a la CMT y los que hubieran correspondido, en su caso, al Consejo Estatal de Medios Audiovisuales si este hubiera entrado en funcionamiento.
- c) Dirección de energía: Encargada de la instrucción de expedientes de la CNE.
- d) Dirección de transportes y sector postal: Instrucción de los expedientes de la CNSP, CRF y CREA.

Estas direcciones ejercen sus funciones con independencia del Consejo y sus titulares deben tener dedicación exclusiva. Junto a la instrucción de los expedientes, las direcciones pueden desarrollar las funciones que les delegue el Consejo con excepción de las de desarrollo normativo y de resolución y dictamen.

Gráfico 9. Estructura organizativa de la CNMC



Fuente: CNMC

5.3.2 *Nombramiento de los Consejeros y Directores*

Los Consejeros “serán nombrados por el Gobierno, mediante Real Decreto, a propuesta del Ministro de Economía y Competitividad, entre personas de reconocido prestigio y competencia profesional en el ámbito de actuación de la Comisión, previa comparecencia de la persona propuesta para el cargo ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados. El Congreso, a través de la Comisión competente y por acuerdo adoptado por mayoría absoluta, podrá vetar el nombramiento del candidato propuesto en el plazo de un mes natural a contar desde la recepción de la correspondiente comunicación. Transcurrido dicho plazo sin manifestación expresa del Congreso, se entenderán aceptados los correspondientes nombramientos” (art. 15).

El peso de la elección de los miembros del regulador, por tanto, sigue recayendo en el Gobierno, exigiéndose unos requisitos de idoneidad notablemente abiertos y genéricos y estableciendo como único requerimiento la comparecencia ante el Parlamento. La participación del Parlamento, sin embargo, no se plantea, como un sistema de ratificación del candidato, sino únicamente como un sistema de veto que ya existía, por ejemplo, en la Ley 15/1980 de Creación del Consejo de Seguridad Nuclear (CSN) y que nunca ha sido activado.

En definitiva, y pese a los intentos por “despolitizar” el nombramiento de los consejeros de la CNMC, se sigue manteniendo un sistema tácito de “reparto de cuotas” en el nombramiento de los consejeros de forma que se mantendrá una representación política en el Consejo acorde a la representatividad parlamentaria de cada grupo político en el Congreso. De esta forma, una vez satisfechos los acuerdos políticos previos a los nombramientos no cabe esperar que el Parlamento apruebe veto alguno a la propuesta realizada por el Gobierno, produciéndose de hecho una ratificación parlamentaria tácita (Rallo, 2014)²⁰¹.

²⁰¹ El nombramiento de los consejeros de la CNMC fue un tema ampliamente criticado y tratado en la prensa especializada. A modo de ejemplo: “El Gobierno propuso a las tres principales fuerzas políticas de la oposición, PSOE, CiU y PNV, nombrar a personas de su confianza para formar el consejo. Al PSOE le hubieran tocado dos, lo que hubiera dejado al PP con seis puestos. Sin embargo, el partido socialista ha rechazado proponer a dos consejeros porque no quiere participar de ninguna forma en este nuevo organismo... Así las cosas, y ante el rechazo del PSOE de nombrar a dos representantes, los diez consejeros son personas de confianza de tres partidos conservadores, PP, CiU y PNV” (Carreño, 2013). “La composición del consejo de Administración empieza a ser el claro objeto de deseo político y para que no haya dudas el grupo socialista ha decidido aceptar la “mano tendida” del ministro Luis de Guindos para participar en el nuevo superregulador único de toda la actividad económica en España.... El Ministerio de Economía no quiere ofrecer al PSOE más de dos consejeros y los delegados socialistas reclaman tres. La cuestión no es baladí porque el máximo órgano de Gobierno de la nueva entidad

En opinión de algunos autores, la despolitización del nombramiento de los Consejeros y responsables del regulador estaría en la modificación del sistema de propuesta de candidatos mediante: a) la concreción y objetivación de los requisitos exigidos a los candidatos; b) abriendo la facultad de propuesta de candidatos a otras instancias distintas del Gobierno (a través del Ministro de Economía) admitiendo incluso la posibilidad de postulación individual; c) evaluando técnicamente las condiciones exigidas al candidato para su nombramiento por un comité cualificado; d) de entre los aspirantes que superasen la valoración técnica anterior de los requisitos exigidos, el Gobierno realizaría su propuesta de candidatos y propondría su nombramiento al Parlamento (Rallo, 2014).

En cuanto al nombramiento de los directores (y resto del personal directivo), éstos son nombrados y cesados por el pleno del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a propuesta de su presidente. La selección se realizará mediante convocatoria pública y con procedimientos basados en los principios de igualdad, mérito y capacidad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 13.2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 31.5 de esta Ley (ver art. 26.3).

Sobre este punto, se produjeron algunas modificaciones a lo largo de la tramitación de la Ley. Así, en inicio el Anteproyecto de 28 de febrero de 2012 preveía que los directores fueron nombrados por el Consejo de la Comisión. Posteriormente, el Anteproyecto del 26 de julio señalaba que su nombramiento correspondía al Gobierno mediante Real Decreto, y así se mantuvo también en el Proyecto de Ley de 10 de octubre de 2012. La Comisión Europea advirtió al Gobierno de España de la infracción del Derecho Comunitario anunciando la posibilidad de denuncia por tales cuestiones, lo que llevó a la modificación del articulado del proyecto de Ley quedando finalmente establecido que será el consejo de la CNMC el órgano encargado de nombrar y cesar al personal directivo a propuesta de su Presidente.

5.3.3 Duración del mandato

El mandato de los miembros del Consejo será de seis años sin posibilidad de reelección. La renovación de los miembros del Consejo se hará parcialmente cada dos años, de modo que ningún miembro del Consejo permanezca en su cargo por tiempo superior a seis años (art. 15.2).

tendrá 10 comisionados, incluyendo el presidente y dos de los sillones en el consejo están reservados a los representantes de CiU y PNV respectivamente.” (Navas, 2013).

Por tanto, pese al carácter político del nombramiento de los miembros de la CNMC, la Ley introdujo otros instrumentos tendentes a favorecer la independencia política (o al menos a despolitizar) a los miembros de su Consejo, como la limitación en la duración del mandato y la rotación parcial de los miembros. *“Pocas reglas más saludables para el buen funcionamiento de un organismo regulador independiente como la que prohíbe la reelección de sus integrantes”* (Rallo, 2014). En todo caso, es prácticamente imposible evitar que un miembro del órgano regulador pueda tender a aproximar sus decisiones a las del Gobierno que le ha nombrado, porque, aunque no exista la posibilidad de renovación para dichas funciones, el regulador podría condicionar (o influir) en sus decisiones ante la expectativa de otro puesto u otro destino público al término de su mandato²⁰².

5.3.4 Causas tasadas de cese

La existencia de unas causas previstas para el cese del mandato de carácter no discrecional y fiscalizables jurídicamente constituyen un sistema de garantía de la independencia del regulador. La Ley establece que los miembros del Consejo cesarán en su cargo (art. 23):

- a) Por renuncia aceptada por el Gobierno.
- b) Por expiración del término de su mandato.
- c) Por incompatibilidad sobrevenida.
- d) Por haber sido condenado por delito doloso.
- e) Por incapacidad permanente.

f) Mediante separación acordada por el Gobierno por incumplimiento grave de los deberes de su cargo o el incumplimiento de las obligaciones sobre incompatibilidades, conflictos de interés y del deber de reserva. La separación será acordada por el Gobierno, con independencia del régimen sancionador que en su caso pudiera corresponder, previa instrucción de expediente por el titular del Ministerio de Economía y Competitividad.

“Si durante el período de duración del mandato correspondiente a un determinado Consejero se produjera su cese, el sucesor será nombrado por el tiempo que restase al sustituido para la terminación de su mandato. Si el cese se hubiera

²⁰² Evitar este riesgo es prácticamente imposible. Quizá una posibilidad de limitarlo sería incluir en el régimen de incompatibilidades futuras un periodo de “congelación” similar al que se aplica respecto a las empresas del sector para impedir la captura del regulador (Rallo, 2014).

producido una vez transcurridos cuatro años desde el nombramiento, no resultará de aplicación el límite anterior, y el sucesor será nombrado por el periodo de seis años previsto con carácter general” (art. 23.2).

La Disposición Adicional Tercera de la Ley de creación de la CNMC, sobre el régimen especial de incompatibilidad e indemnización del presidente, vicepresidente y consejeros de los organismos que se extinguen, establece que éstos, durante los dos años posteriores a su cese *“no podrán ejercer actividad profesional privada alguna relacionada con el sector regulado, tanto en empresas del sector como para empresas del sector, en el caso de los Organismos Reguladores”*. Añade, asimismo, que al cesar en sus cargos *“tendrán derecho a percibir, a partir del mes siguiente a aquel en que se produzca su cese y durante un plazo igual al que hubieran desempeñado el cargo, con el límite máximo de dos años, una compensación económica mensual igual a la doceava parte del ochenta por ciento del total de retribuciones asignadas en el presupuesto en vigor durante el plazo indicado”*.

5.3.5 Incompatibilidades de los Consejeros.

La ley prevé y limita la posibilidad de captura del regulador por el mercado, o por el sector en el que desarrolla sus funciones, mediante la fijación de una serie de incompatibilidades para el desarrollo de sus funciones. Para ello, el art. 22 de la Ley 3/2013 exige la dedicación exclusiva de los miembros de la CNMC, aplicándoles el régimen de incompatibilidades previsto en la ley 5/2006, de 10 de abril, sobre conflictos de intereses, en virtud de la cual los consejeros de la CNMC no podrán desarrollar ninguna actividad pública o privada más allá de la gestión limitada de su patrimonio privado.

Además, dichas limitaciones afectan tanto a la etapa anterior, como a la posterior de la duración del mandato de los consejeros. Así:

- a) *“El Presidente, el Vicepresidente, los consejeros, directivos y empleados, o sus representantes, 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. En el caso de los miembros del Consejo dicha circunstancia deberá hacerse pública” (art. 24).*
- b) *“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).

El objetivo de estas medidas sería evitar la existencia de “puertas giratorias” entre el regulador y las empresas del sector.

5.3.6 Funciones de la CNMC

El capítulo II de la Ley, artículos 5 al 12, desarrolla las funciones atribuidas a la CNMC. Por un lado, la Comisión desarrolla funciones, de carácter general, sobre el conjunto de los mercados, dedicadas a la defensa y promoción de la competencia (art. 5). Dentro de este grupo de funciones se incluyen las siguientes:

a) Supervisión y control de todos los mercados y sectores económicos.

b) Funciones de arbitraje sometidas por los operadores económicos o encomendadas por la legislación. Dicho procedimiento no es público, se regula mediante Real Decreto y se debe ajustar a los principios esenciales de audiencia, libertad de prueba, contradicción e igualdad.

c) Aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de defensa de la competencia, control de las concentraciones económicas y ayudas públicas.

d) Aplicar en España los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y su Derecho derivado, así como adoptar medidas y decisiones para aplicar los mecanismos de cooperación y asignación de expedientes con la Comisión Europea y otras comisiones nacionales de competencia de los Estados miembros previstos en la normativa comunitaria relativa a la aplicación de las normas sobre competencia.

e) Promover y realizar estudios y trabajos de investigación en materia de competencia, así como informes generales sobre sectores económicos.

Adicionalmente, la CNMC actuará como órgano consultivo sobre cuestiones relativas al mantenimiento de la competencia efectiva y buen funcionamiento de los mercados y sectores económicos. Para ello: En ejercicio de esta función, llevará a cabo las siguientes actuaciones:

a) Podrá participar, mediante informe, en el proceso de elaboración de normas que afecten a su ámbito de competencias en los sectores sometidos a su supervisión, a la normativa de defensa de la competencia y a su régimen jurídico.

b) Informar sobre los criterios para la cuantificación de las indemnizaciones que los autores de las conductas previstas en los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, deban satisfacer a los denunciados y a terceros que hubiesen resultado perjudicados como consecuencia de aquéllas, cuando le sea requerido por el órgano judicial competente.

c) Informar sobre todas las cuestiones a que se refiere el artículo 16 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, y el Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en cuanto a los mecanismos de cooperación con los órganos jurisdiccionales nacionales.

d) Cualesquiera otras cuestiones sobre las que deba informar, de acuerdo con lo previsto en la normativa vigente.

Junto a dichas funciones de carácter general, la Ley encomienda a la CNMC realizar determinadas funciones de carácter singular, en sectores y mercados regulados en los que la aplicación de las normas de competencia resulta insuficiente para garantizar el desarrollo de una competencia efectiva en los mismos. En este grupo se encuadran las funciones que, tradicionalmente, habían desarrollado los reguladores sectoriales. Incluyen la supervisión y control de las actividades desarrolladas en los siguientes sectores:

- a) Mercado de comunicaciones electrónicas. (art.6)
- b) Mercado de la electricidad y gas natural. (art.7)
- c) Sector postal (art.8)
- d) Comunicación audiovisual (art.9)
- e) Tarifas aeroportuarias (art.10)
- f) Sector Ferroviario (art. 11)

Junto a ellas, la CNMC tiene atribuida la función de resolución de conflictos que le sean planteados por los operadores (art. 12). En concreto: conflictos por acceso de terceros a las redes; en relación con la gestión económica y técnica del sistema y el transporte, incluyendo las conexiones entre instalaciones; conflictos en materia de acceso, interconexión e interoperabilidad; los recursos frente a las decisiones de las sociedades concesionarias de servicios aeroportuarios relativas a la modificación del sistema o nivel de sus tarifas aeroportuarias; conflictos entre el operador designado para prestar el servicio postal universal y otros operadores postales que prestan servicios en el ámbito del servicio postal universal respecto al acceso a la red postal y a otros elementos de infraestructura y servicios postales; conflictos que se susciten en relación con la cesión de canales de radio y televisión; en el sector ferroviario, corresponde a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia conocer y

resolver las reclamaciones que presenten las empresas ferroviarias y los restantes candidatos en relación con la actuación del administrador de infraestructuras ferroviarias; etc.

Respecto a las funciones atribuidas a la nueva Comisión, la Ley 3/2013 incluyó una reordenación de las mismas y un traspaso de determinadas funciones desarrolladas hasta ese momento por los reguladores independientes hacia los Ministerios correspondientes. Este ha sido uno de los temas más discutidos tanto en el proceso de tramitación de la nueva ley y entre los medios especializados²⁰³. Las funciones atribuidas a cada uno de los Ministerios se especifican en las Disposiciones Adicionales séptima a duodécima de la Ley, y según la Memoria del Análisis del Impacto Normativo que acompañaba al Proyecto de Ley de creación de la CNMC, con dicha reestructuración funcional se habría perseguido, fundamentalmente, *“la eficacia de la intervención pública”, ya que “los Ministerios pasan a asumir todas aquellas tareas de índole administrativa que venían ejerciendo los organismos reguladores, para cuyo desempeño no se requiere una especial independencia, así como tareas que resultaban de escasa utilidad para la consecución de los objetivos de la Comisión. Ello permite que la nueva Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia concentre su actuación en las funciones que verdaderamente sirven a su objeto fundamental, velar por un funcionamiento correcto de los mercados y la libre competencia”*.

5.3.7 Potestad sancionadora

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ejercerá la potestad de inspección y sanción, para lo que *“se garantizará la debida separación funcional entre la fase instructora, que corresponderá al personal de la dirección correspondiente en virtud de la materia, y la resolutoria, que corresponderá al Consejo”* (art. 29).

La resolución del procedimiento pondrá fin a la vía administrativa y contra ella podrá interponerse recurso contencioso-administrativo.

5.3.8 Régimen presupuestario

La ley 3/2013 reconoce la independencia patrimonial de la CNMC (art. 33), señalando que se financiará con los siguientes bienes y medios económicos:

a) Las asignaciones que se establezcan anualmente con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.

²⁰³ Ver apartados 5.4 y 5.5 de este capítulo.

b) Los bienes y derechos que constituyan su patrimonio, así como los productos y rentas del mismo.

c) Cualesquiera otros que legalmente puedan serle atribuidos.

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia elaborará y aprobará anualmente un anteproyecto de presupuesto, cuyos créditos tendrán carácter limitativo, y lo remitirá al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas a través del Ministerio de Economía y Competitividad para su posterior tramitación.

5.3.9 Publicidad y control parlamentario

Basándose en gran medida en las novedades introducidas con la Ley 2/2011 de Economía Sostenible en materia de transparencia, el artículo 37 de la Ley establece la obligación de hacer públicas todas las disposiciones, resoluciones, acuerdos e informes dictados por la CNMC en aplicación de las leyes que las regulan. En particular, se difundirán:

a) La organización y funciones de la Comisión y de sus órganos, incluyendo los currículums *vítæ* de los miembros del Consejo y del personal directivo.

b) La relación de los acuerdos adoptados en las reuniones del Consejo.

c) Los informes en que se basan las decisiones del Consejo.

d) La memoria anual de actividades que incluya las cuentas anuales, la situación organizativa y la información relativa al personal y las actividades realizadas por la Comisión, con los objetivos perseguidos y los resultados alcanzados, que se enviará a la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados y al titular del Ministerio de Economía y Competitividad.

e) Los informes económicos sectoriales, de carácter anual, en los que se analizará la situación competitiva del sector, la actuación del sector público y las perspectivas de evolución del sector, sin perjuicio de los informes que puedan elaborar los departamentos ministeriales. El informe se enviará en todo caso a la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados y a los titulares del Ministerio competente en el sector de que se trate y del Ministerio de Economía y Competitividad y en su caso, al titular del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, en la parte relativa a las reclamaciones de los usuarios finales.

f) Otros informes elaborados sobre la estructura competitiva de mercados o sectores productivos, sin perjuicio de su remisión al titular del Ministerio de Economía y Competitividad.

g) El plan de actuación de la Comisión para el año siguiente, incluyendo las líneas básicas de su actuación en ese año, con los objetivos y prioridades correspondientes. Este plan de actuaciones se enviará también a la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados y al titular del Ministerio de Economía y Competitividad.

h) Los informes elaborados sobre proyectos normativos o actuaciones del sector público.

i) Las reuniones de los miembros de la Comisión con empresas del sector, siempre que su publicidad no afecte al cumplimiento de los fines que tiene encomendada la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

j) Las resoluciones que pongan fin a los procedimientos.

k) Las resoluciones que acuerden la imposición de medidas cautelares.

l) La iniciación de un expediente de control de concentraciones.

m) La incoación de expedientes sancionadores.

n) La realización de inspecciones de acuerdo con la Ley 15/2007, de 3 de julio.

Además, cada tres años, la CNMC presentará una evaluación de sus planes de actuación y los resultados obtenidos para poder valorar su impacto en el sector y el grado de cumplimiento de las resoluciones dictadas. Estas evaluaciones se enviarán también a la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados y al titular del Ministerio de Economía y Competitividad.

Junto a la obligación de hacer públicas todas las actuaciones e informes descritos, la Ley especifica el control parlamentario que se ejercerá sobre la CNMC (art. 39), a través de las comparecencias anuales del Presidente de la Comisión ante el Congreso para exponer las líneas básicas de su actuación y sus planes y prioridades para el futuro. Dichas comparecencias estarán basadas en la memoria anual de actividades y el plan de actuación.

Adicionalmente, cada tres años el Presidente comparecerá de forma especial para debatir la evaluación del plan de actuación y el resultado obtenido por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

5.4 Principales rasgos del debate de la Ley en el Parlamento

Tal y como se ha descrito en el apartado 5.2.2 de este capítulo, los trámites hasta la aprobación del Proyecto de Ley se apoyaron en los informes elaborados por los propios órganos reguladores y de supervisión afectados por la reforma, así como en los dictámenes del Consejo de Estado y la memoria elaborada por el grupo de trabajo interministerial creado al efecto. El único informe de carácter externo existente fue el elaborado por PWC (a solicitud de Telefónica) antes de la redacción del Anteproyecto de Ley.

La tramitación y debate del modelo de reforma institucional no estuvo acompañado, por tanto, en la existencia de informes externos e independientes de carácter económico y jurídico que sustentase la justificación del nuevo modelo. A ello hay que añadir que no existía un modelo comparable y en funcionamiento en países de nuestro entorno, por lo que no resultaba fácil valorar las posibles ventajas e inconvenientes de su aplicación en España.

Por todo ello, el debate parlamentario de la Ley contó con numerosas críticas y con la oposición al modelo propuesto de prácticamente todos los grupos parlamentarios a excepción del Gobierno. Es este un aspecto que se considera particularmente importante para la debida valoración del Proyecto presentado y de la Ley que finalmente se aprobó por parte del Congreso y del Senado.

El 20 de diciembre de 2012, el Ministro de Economía y Competitividad presentó en el Pleno del Congreso el Proyecto de Ley de creación de la CNMC, presentándose 5 enmiendas a la totalidad de devolución y 2 enmiendas de texto alternativo sobre el propuesto por el Gobierno. Dichas enmiendas fueron presentadas por el Grupo Parlamentario Mixto, Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV), Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA, (Izquierda Plural), Grupo Parlamentario Catalán (Convergencia i Unió) y el Grupo Parlamentario Socialista.

En general, tales enmiendas mostraban la disconformidad de los grupos parlamentarios, por un lado, con el modelo institucional propuesto en el Proyecto de Ley y, en concreto, con la fusión de las funciones de regulación y competencia en un único organismo y, por otro, la crítica política por las consecuencias que la creación de la nueva Comisión tenía sobre el cese anticipado de los consejeros de los órganos fusionados, la pérdida de funciones del nuevo organismo o la localización de las sedes de dicho órgano.

Todos los Grupos (con la única excepción del Grupo Parlamentario en el Gobierno) coincidieron en las críticas al modelo organizativo propuesto y en su propuesta de mantener la separación de las funciones de regulación y competencia en

órganos diferenciados, basándose para ello en la ausencia de modelos comparables dentro de la Unión Europea²⁰⁴ y la previsible falta de independencia del nuevo órgano.

Respecto al modelo de regulación si existían ciertas diferencias, si bien, en general, la propuesta de modelo alternativo planteado en las enmiendas era la creación de órganos de regulación de carácter multisectorial, agrupando sectores afines en materia regulatoria, y manteniendo de forma independiente, el órgano encargado de promover y defender la competencia. Así, el Grupo Parlamentario Socialista, en su intervención ante el Pleno señaló: *“Planteamos cuatro organismos, uno dedicado a la defensa de la competencia y otros tres que reunirían las actuales funciones y competencias: por un lado, de la Comisión Nacional de Energía; por otro, una comisión nacional de las comunicaciones que integraría la Comisión Nacional del Servicio Postal e integraría también el comité de medios audiovisuales; una tercera estructura sería una comisión nacional del transporte que integraría dos comités, el de regulación ferroviaria y el de regulación económica aeroportuaria”*²⁰⁵. Las propuestas del resto de Grupos Parlamentarios fueron prácticamente coincidentes en cuanto al modelo organizativo aplicable²⁰⁶, justificando sus propuestas en la ausencia de un

²⁰⁴ *“El modelo regulador integrado en esta iniciativa se sitúa en las antípodas del modelo de la Unión Europea. No tiene referencias internacionales ni ofrece mejoras de eficiencia ni reducciones de costes significativos y, lo que es peor, es contrario a la legislación comunitaria, señor ministro. No existen referencias internacionales que nos permitan conocer las bondades del modelo que se propone. Lo único cierto que sabemos de este modelo es que de los veintisiete países de la Unión Europea solo Estonia lo tiene operativo y que el Parlamento de Holanda lo ha rechazado recientemente.”* Diputada Oramas González-Moro. Grupo Parlamentario Mixto (Coalición Canaria).

²⁰⁵ Diputada Narbona Ruiz (Grupo Parlamentario Socialista) Intervención en el Pleno del Congreso de los Diputados celebrado el 20 de diciembre de 2012. Debate a la totalidad del Proyecto de ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

²⁰⁶ *“El modelo elegido supone separarse del modelo mayoritario que existe en la Unión Europea y está plenamente contrastado, que es el de organismos reguladores unisectoriales y específicos en donde al menos hay un regulador energético, otro en materia de telecomunicaciones y una autoridad de competencia”.* Diputada Fernández Dávila. Grupo Parlamentario Mixto (Bloque Nacionalista Galego).

“Nosotros apostamos por la reducción del número de reguladores a tres más uno, agrupando sectores convergentes o muy relacionados y manteniendo separada la Comisión Nacional de Competencia, dada su condición de regulador ex post horizontal, la separación entre instrucción y decisión y, por último, el nombramiento de los presidentes y consejeros por el Congreso. En definitiva, ningún invento, un modelo similar al de los países de nuestro entorno”. Diputada Oramas González-Moro. Grupo Parlamentario Mixto (Coalición Canaria).

“Si se quiere evitar la proliferación de organismos reguladores, limitemos su número, separemos por un lado la Comisión Nacional de Competencia y establezcamos por otro dos o tres grupos de órganos reguladores”. Diputado Azpiazu Uriarte. Grupo Parlamentario Vasco.

“Nosotros favorecemos unificar los reguladores sectoriales en un único organismo, pero no así unificarlos con el organismo que defiende la competencia, porque los reguladores sectoriales se dedican a un único sector, a sectores concretos, y realizan una actividad de regulación ex ante, mientras que el organismo de defensa de la competencia es transversal, se refiere a todos los sectores y no a unos concretos y realiza unas actividades fundamentalmente ex post.” *“Si ustedes admiran tanto el modelo alemán, el modelo alemán es el que propone UPyD: unificar los reguladores sectoriales pero no unificarlos con el organismo de defensa de la competencia”.* Diputado Anchuelo Greco. Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia.

ejemplo de referencia en Europa del modelo planteado por el Gobierno, así como en la pérdida de independencia y especificidad que redundaría en el nuevo órgano supervisor.

Adicionalmente, se plantearon otras críticas al Proyecto, de carácter secundario, centradas en el trasvase de competencias desde los reguladores hacia el Gobierno²⁰⁷, el hecho de que las funciones de protección del consumidor no se integren en la nueva Comisión²⁰⁸, o los sistemas de nombramiento de los responsables del nuevo organismo²⁰⁹.

“Le proponemos que en el ámbito de la regulación ex ante, en vez de los seis organismos actuales más el de la competencia, existan solo tres: la Comisión Nacional de la Energía, que continuaría con las competencias actuales; la Comisión Nacional del Transporte, que agruparía de manera diferenciada el transporte aéreo y el transporte ferroviario; la Comisión Nacional de las Telecomunicaciones, que agruparía la actual Comisión Nacional de Telecomunicaciones y los nonatos consejo estatal de medios audiovisuales y la comisión nacional del sector postal”. Diputado Coscubiela Conesa. Grupo Parlamentario IU, ICV-EUiA, CHA.

“¿Por qué no cambian ustedes de criterio y, en vez de un gran organismo regulador en el que todo va a depender única y exclusivamente del Gobierno, no plantean la posibilidad de abrir la puerta a que exista un organismo de regulación y otro organismo de supervisión? Abrirían la posibilidad de que en algunas de las enmiendas o de los planteamientos que hacemos diferentes grupos parlamentarios pudiéramos llegar a un acuerdo en esta dirección”. Diputado Sánchez I Llibre. Grupo Catalán de convergencia i Unió.

²⁰⁷ *“Hay una serie de funciones regulatorias que hasta ahora estaban en distintos departamentos ministeriales y, por tanto, era una buena ocasión para llevarlas ahora a la nueva comisión. Sin embargo, no se hace esto; lo que estaba en los departamentos ministeriales sigue ahí. La cosa es peor, incluso hay funciones que estaban en los organismos regulatorios que ahora se unifican y que se pasan a los departamentos ministeriales”.* Diputado Anchuelo Greco. Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia.

²⁰⁸ *“Por otro lado, quedan fuera de esta reforma las funciones de protección del consumidor. Digo esto porque es muy curioso, porque se da como precedente el caso holandés y la única justificación del caso holandés era unir la defensa del consumidor con las otras actividades; sin embargo, en este caso la defensa del consumidor queda fuera de la reforma”.* Diputado Anchuelo Greco. Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia.

“Asimismo el proyecto de ley que hoy estamos debatiendo también contradice la tendencia europea en organización de los organismos reguladores al recentralizar tareas hasta ahora ubicadas en los reguladores independientes o denegarles la competencia en materia de usuarios, lo que constituye una parte esencial del proyecto holandés que el Ejecutivo elige como referencia para la reforma”. Diputado Sánchez I Llibre. Grupo Catalán de convergencia i Unió.

²⁰⁹ *“Otra de las cuestiones que señala la Comisión Europea en su enmienda a la totalidad, si me permite, es precisamente esta singularidad del nombramiento de los directores por parte del Gobierno. Solo nueve consejeros, según el proyecto de ley, tendrían que entender de un abanico de expedientes variadísimo, con una gran e incluso creciente complejidad tecnológica. Cuantos menos consejeros haya y más materias tenga que analizar cada consejero rápidamente antes de un consejo, más importante es la figura del director. Y si el director lo nombra el Gobierno, es la Comisión Europea —no solo todos los grupos, que se lo han recordado a usted cuando han subido a esta tribuna— la que entiende que eso merma la independencia en la dirección de los organismos reguladores”.* Diputada Narbona Ruiz. Grupo Parlamentario Socialista.

Finalmente, se realizaron determinadas críticas de carácter político sobre aspectos puntuales del diseño organizativo y geográfico de la CNMC, como es la ubicación de la sede/s²¹⁰.

Dos de las enmiendas a la totalidad presentadas fueron retiradas en el debate parlamentario²¹¹ y el resto quedaron rechazadas tras su votación en el Pleno, al igual que la solicitud de avocación, siguiendo el Proyecto, por tanto, el trámite pertinente ante la Comisión.

El Grupo Parlamentario en el Gobierno suscribió acuerdos con otros grupos parlamentarios para la modificación de aspectos concretos del proyecto, modificaciones que atendieron a los compromisos adquiridos con la Comisión Europea, fundamentalmente los referidos a la separación en dos salas diferentes e independientes de las tareas de regulación y competencia. El diputado Sánchez i Llibre, del Grupo Parlamentario Catalán en el Congreso señalaba que *“Cuando se produjo el debate en el Pleno del Congreso, nuestro grupo parlamentario planteó una enmienda a la totalidad, pero a lo largo del debate se inició un diálogo para la tramitación parlamentaria en esta Comisión que desde nuestra perspectiva ha fructificado. Convergència i Unió ha llegado a un acuerdo relevante con el Partido Nacionalista Vasco y el grupo parlamentario que da soporte al Gobierno, el Grupo Parlamentario Popular, en todos aquellos aspectos que nosotros consideramos fundamentales. Como fruto de este acuerdo y de este diálogo la ley que entró el Congreso no va a tener absolutamente nada que ver con la que va a salir de esta Comisión. Se han modificado aspectos muy relevantes y hemos incorporado algunos de los posicionamientos de nuestro grupo, como el de que prevaleciera la independencia entre el Gobierno y el futuro órgano regulador. Creemos que hemos mejorado esta cuestión sensiblemente, ya que hemos pasado de tener única y exclusivamente una sala a tener dos. Es cierto que lo óptimo hubiera sido tener tres, pero tenemos los diputados que tenemos. Estamos intentando pactar y dialogar con el grupo parlamentario que tiene la mayoría absoluta, pero, dadas las actuales circunstancias, pasar de tener una sala de regulación y competencia a tener dos —una de regulación y otra de competencia— es un paso significativo. Con las enmiendas que hemos consensuado y que se van a aprobar después de este debate se van a crear dos salas —una de regulación y otra de*

²¹⁰ “El cambio de la sede de la Comisión Nacional de las Telecomunicaciones a Barcelona ha sido importante. Creo que usted debe garantizar hoy que eso va a continuar siendo así, termine como termine el debate de este proyecto de ley”. Diputado Coscubiela Conesa. Grupo Parlamentario IU, ICV-EUiA, CHA.

“Resulta curioso que la ley fije que la sede del organismo deba estar en Madrid. En ningún caso dudamos nosotros del carácter de capitalidad que este Gobierno piensa dar a esta ciudad, pero hasta el momento ello no formaba parte de los textos legislativos. Otra cuestión importante, señor ministro, es la ubicación de las direcciones generales de instrucción”. Diputado Sánchez I Llibre. Grupo Catalán de convergencia i Unió.

²¹¹ Las presentadas por el Grupo Parlamentario Vasco y Convergencia i Unió.

competencia— y cuatro direcciones estratégicas (competencia, energía, telecomunicaciones audiovisuales y transportes). También hemos conseguido que los directores, que en el proyecto inicial eran escogidos por el Gobierno, sean elegidos por el consejo a través de la comisión. Finalmente, también hemos planteado que la comisión recupere todas aquellas funciones que antes tenían tanto la Comisión Nacional de la Energía como la Comisión Nacional de Telecomunicaciones. En el proyecto pasaban prácticamente todas al Gobierno, pero con las enmiendas que ha planteado nuestro grupo parlamentario hemos conseguido que estas competencias vuelvan a estar en la comisión y no en el Gobierno. También queríamos mantener que diferentes comunidades autónomas tuvieran la ubicación que algunas sedes importantes. Nuestro grupo ha elaborado una enmienda que también presentó en el debate de totalidad y que para Convergència i Unió es muy importante. Es la enmienda 212, que pretende mantener la dirección de instrucción de los asuntos de supervisión regulatoria en los sectores de las telecomunicaciones y servicios audiovisuales en la sede actual de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en Barcelona. ... También hemos consensuado algunas enmiendas a las cuales me he referido anteriormente, que van en la dirección de que el personal directivo del futuro órgano de la comisión nacional de los mercados y la competencia no sea nombrado por el Gobierno sino por la comisión”.

Sin embargo, ello no redujo las fuertes críticas a la reforma institucional planeada, y prueba de ello es que, en la Comisión de Economía y Competitividad del Congreso celebrada el 20 de marzo de 2013, se presentaron 306 enmiendas al texto del Proyecto de Ley propuesto por el Gobierno.

Ante la Comisión de Economía se mantuvieron, en general, y de forma prácticamente coincidente, las críticas al modelo institucional único propuesto por el Gobierno que ya se habían desarrollado en el debate parlamentario sobre la totalidad del proyecto y que han sido descritas en este mismo apartado. Se añadieron, en todo caso, las opiniones acerca de la insuficiencia de separar en dos salas independientes las decisiones de regulación y de competencia, por ser en último caso el Pleno de la CNMC formado únicamente por diez miembros el responsable de tales decisiones. Así fue señalado por los diputados de distintos grupos parlamentarios²¹².

Sin embargo, en Comisión las críticas más importantes de los distintos Grupos parlamentarios recayeron en el cese de los consejeros de los órganos de regulación y

²¹²“Como decía, partiendo de la máxima de que rechazamos el modelo de integración de todo en un solo organismo, aunque sea con dos salas, desde nuestro punto de vista no son suficientes las reformas que se han hecho”. Diputada Vázquez Morillo (Grupo Parlamentario Socialista).

“En primer lugar, tenemos diferencias sobre el modelo global que se plantea. ... El organizar la nueva comisión en dos salas palia el problema, pero no lo corrige del todo”. Diputado Anchuelo Crego (Grupo Parlamentario de UPyD).

competencia existentes y el nombramiento de nuevos consejeros para la CNMC. Así, el representante del Grupo Parlamentario de UPyD señalaba en su intervención que *“la última reticencia, y la más importante de todas, tiene que ver con la independencia política de este nuevo organismo. Antes me he referido a la independencia funcional, pero me refiero ahora a la independencia política. Hace falta ser ingenuo para no acabar llegando a la conclusión de que el objetivo principal que busca esta reforma es uno que no está explicitado en ningún lugar del texto: cambiar el color político de unos reguladores ya previamente politizados por un nuevo color político. Es una maniobra de abordaje político que intenta sustituir a los actuales consejeros, antes de que concluyan su mandato, por unos nuevos consejeros. Mi grupo no idealiza la independencia política de los reguladores actuales —creemos que están politizados—, pero tampoco pensamos que la solución pueda ser cambiar de color político sin cumplir los plazos”*. En línea con dicha posición, el Grupo Parlamentario Socialista apuntaba que *“quiero empezar hablando —el señor Martínez-Pujalte sabrá por qué empiezo por ahí, me lo recordaba el otro día— de que no respeta el cumplimiento de los mandatos de los actuales consejeros. Creemos que esta es la causa fundamental de la modificación de la ley. El hoy ministro Montoro advertía: El Partido Popular no respetará los nombramientos si llega al poder. Llegó incluso a amenazar a los candidatos en aquel 2011 de que se atuvieran a las consecuencias si aceptaban los nombramientos. Este es uno de los temas que recalca la vicepresidenta de la Comisión Europea, y le recuerda el artículo 3 de la directiva marco. Hay varias directivas que hablan de este tema, y todas ellas dicen que las autoridades reguladoras se deben nombrar con un mandato fijo y que solo pueden ser destituidos —estoy leyendo de forma literal de una de las directivas— porque ya no se cumplan las condiciones de la directiva o porque hayan sido culpables de falta de acuerdo con el derecho interno. Ninguna de estas causas se ha producido, sin embargo, la primera actuación que se pondrá en marcha será el cese de los consejos. Yo me pregunto: si la Unión Europea abrió un procedimiento de infracción contra Hungría por un caso similar y tuvo que rectificar ¿por qué no lo hará ahora contra España? Nosotros se lo preguntaremos en caso de que no lo haga, aunque yo confío en que lo hará. Han abierto un melón muy peligroso porque si la Unión Europea aceptara esto supondría que, con el cambio de cada Gobierno, cambiarían los consejeros de los organismos.”*

Tras las votaciones, solo aprobadas en la Comisión las enmiendas transaccionales al texto propuestas por el Grupo Parlamentario Popular. En cuanto a las votaciones del resto de las enmiendas de los grupos parlamentarios, fueron aprobadas por mayoría las presentadas por el Grupo Parlamentario Popular y dos de las presentadas por el Grupo Parlamentario Catalán, el resto fueron rechazadas.

En su traspaso al Senado el Proyecto recibió 5 propuestas de veto²¹³, todas ellas rechazadas tras la votación en la Comisión de Economía y Competitividad del 16 de mayo de 2013, y 378 enmiendas por los Grupos Parlamentarios. Tales enmiendas fueron rechazadas en virtud del voto favorable por mayoría del Grupo Parlamentario Popular en el Senado y el voto en contra de los ponentes de los restantes grupos parlamentarios.

5.5 Opiniones críticas externas sobre el modelo de organismo único

Las fases previas a la aprobación definitiva de la Ley 3/2013 en junio de ese año y, en concreto, los trámites legislativos para su aprobación no estuvieron exentas de importantes críticas al modelo propuesto. Tales críticas vinieron desde ámbitos muy distintos que incluyen organismos especializados, prensa, expertos independientes y la propia Comisión Europea. A tales opiniones hay que añadir las expresadas por los propios organismos reguladores y de competencia a los que afectaba el cambio de modelo y que, en general, se mostraron contrarios a la reforma propuesta.

Con todo, y pese a que con las opiniones contrarias de los distintos grupos parlamentarios en el Congreso así como con las críticas expresadas por la Comisión Europea durante su tramitación, la Ley fue incorporando determinadas modificaciones tendentes a mejorar el diseño institucional inicialmente previsto, lo cierto es que la Ley 3/2013 no contó desde su aprobación con el respaldo ni del Parlamento ni de los profesionales y empresas del sector ni tampoco se recibieron (apenas) opiniones favorables desde la prensa especializada y los expertos de temas regulatorios y de competencia.

5.5.1 Informes de los reguladores sectoriales y de competencia

Una vez elaborada la primera versión del Anteproyecto de Ley, tal y como se ha descrito en el apartado anterior, el Gobierno consultó y requirió las opiniones y recomendaciones de los reguladores sectoriales y de la autoridad de competencia, además de otras empresas y áreas ministeriales, con el fin de mejorar el modelo propuesto para la creación de la CNMC. A continuación, se resumen los aspectos más destacables de dichos informes.

²¹³ Dichos vetos fueron presentados por el Grupo Parlamentario Mixto, Grupo Parlamentario Entesa pel Progrés de Catalunya y el Grupo Parlamentario Socialista.

5.5.1.1 Informe de la CMT

El 15 de marzo de 2012, el Consejo de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones aprobó el Informe sobre el Anteproyecto de Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

En relación con el modelo organizativo de unificación de las funciones de regulación y competencia, la CMT *“entiende que la distinta naturaleza de los organismos reguladores, por un lado, y de las autoridades horizontales de competencia, por otro, no abogan a favor de la integración de las ANRs²¹⁴ y la autoridad de competencia bajo un único organismo. Tampoco lo refrenda la experiencia internacional puesto que en los países de la Unión Europea ambas actividades (regulación sectorial y supervisión horizontal de todos los mercados) están claramente separadas. Esto mismo ocurre, con carácter general, a nivel internacional.*

Aun cuando resulta indudable que el buen funcionamiento de los mercados requiere de un cierto nivel de coordinación entre la autoridad de competencia y los reguladores sectoriales, la misma puede desarrollarse por otros cauces, desde la asunción de las funciones de competencia por parte del regulador para su sector concreto (como es el caso de la autoridad británica, OFCOM), hasta la promoción de protocolos y otros instrumentos que faciliten la coordinación y complementariedad de las actividades de ambos organismos”.

Junto a los aspectos generales de la reforma organizativa, la CMT destaca los problemas que la integración puede generar sobre la autonomía e independencia de la nueva entidad, ya que obligaría a aplicar un régimen jurídico uniforme a los distintos reguladores ignorando el diferente estatus de independencia del que gozan cada uno de los organismos integrados.

Además, se plantea si una estructura organizativa como la incluida en el Anteproyecto, con un Consejo de 10 personas como máximo órgano de decisión del nuevo regulador, y con funciones indelegables, resulta adecuado para el tamaño y las funciones que debe asumir, máxime teniendo en cuenta que, a diferencia de lo que ocurría con los reguladores sectoriales existentes, la nueva entidad no tendría la autonomía para diseñar su propia organización interna, sino que tales cuestiones vendrían establecidas en el Estatuto Orgánico que apruebe el Gobierno.

Finalmente, la CMT desaconseja también el traspaso de competencias desde los reguladores sectoriales hacia los Ministerios competentes. En particular, actividades hasta la fecha desarrolladas por la CMT no pasarían al nuevo órgano de regulación y competencia, sino al Ministerio de Industria, Energía y Turismo. Tal es el

²¹⁴ Autoridades Nacionales de Regulación.

caso de la numeración, portabilidad, interconexión, servicio universal, registro de operadores y resolución de conflictos.

5.5.1.2 Informe de la CNE

La CNE aprobó el 15 de marzo de 2012 su Informe sobre el Anteproyecto de Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. A diferencia de la CMT, este organismo no se manifestó en relación con el modelo organizativo propuesto en el Anteproyecto, ni tampoco sobre la justificación aportada por el Gobierno para su implementación. En su opinión tales aspectos *“constituyen cuestiones de política regulatoria que, dentro del respeto a las exigencias derivadas del Derecho de la Unión Europea, corresponde ejercer a los poderes públicos”*. En todo caso, y aunque no entre a valorar tales cuestiones a favor de un organismo multisectorial, si *“se pone de manifiesto la multitud, complejidad y especificidad de funciones que de acuerdo con las Directivas europeas la Autoridad Reguladora Nacional ... debe ejercer. Lo anterior da idea de la complejidad organizativa a la que se enfrentará la autoridad multisectorial propuesta en el Anteproyecto. Asimismo, la integración en una misma autoridad de las funciones de competencia con el resto de funciones sectoriales será otro factor de complejidad añadida que tampoco es objeto de valoración en el presente informe”*.

Si se refiere la CNE a aspectos concretos de la nueva CNMC previstos en el Anteproyecto de Ley y que, en su opinión, pueden resultar contrarios a las Directivas Comunitarias en materia energética. Así, tales Directivas²¹⁵ requieren que las autoridades reguladoras en materia energética gocen de un nivel adecuado de independencia y autonomía, que podría no cumplirse en relación con aspectos concretos del Anteproyecto, como el control de eficacia sobre la actuación de la CNMC por parte del Ministerio de Economía y Competitividad. En opinión de la CNE, dicho control debía ser suprimido, sin perjuicio del control económico y financiero permanente que pueda ejercer la Intervención General de la Administración del Estado, así como de las funciones que corresponden al Tribunal de Cuentas.

En línea con lo señalado por la CMT, la CNE también destaca el hecho de que debe ser la propia autoridad de regulación y competencia creada la que establezca su organización interna, a través de su reglamento interno, no debiendo ser cuestiones de establecimiento reglamentario. Finalmente, se manifiesta contrario al traspaso de competencias en materia energética desde el regulador (y por tano desde la futura CNMC) hacia el Ministerio de Industria, Energía y Turismo, defendiendo y justificando

²¹⁵ Directiva 2009/72/CE (art. 35) y Directiva 2009/73/CE (art. 39).

la conveniencia de que tales funciones se mantengan dentro del órgano de regulación independiente.

5.5.1.3 Informe de la CNSP

El Informe de la CNSP sobre el Anteproyecto de Ley de creación de la CNMC fue aprobado por este órgano regulador en su sesión del 13 de marzo de 2012.

En opinión del regulador postal, *“la sustitución del modelo actual por el propuesto en este Anteproyecto de Ley es un proceso complejo que requiere reflexión y colaboración con los agentes económicos y, en consecuencia, tiempo. De lo contrario se podrían generar disfunciones, inseguridad jurídica e incertidumbre en los mercados. Estos son los motivos por los que aquellos países europeos que han optado por el modelo más integrado, singularmente Alemania y Holanda, han cimentado el desarrollo de estos procesos en el diálogo y el establecimiento de plazos suficientes”*.

“Dada la novedad del modelo propuesto en el Anteproyecto no se cuenta con experiencia contrastada en su implementación, circunstancia ésta que implica una necesidad aún mayor de pautar el proceso de integración y colaborar con los agentes afectados para evitar los riesgos inherentes a todo cambio estructural.

Por otra parte, la mayoría de países de la Unión Europea han apostado por un grado de integración de sus órganos reguladores bastante menor al del Anteproyecto de Ley y esto no parece que afecte a su grado de independencia. Es decir, no parece que exista una correlación entre integración y riesgo de ser captable, tanto por el sector privado como por el poder político, como expresamente así señala la Exposición de motivos, ya que si existiese tal correlación los países de nuestro entorno hubiesen sentado las bases para reforzar la independencia de sus reguladores”.

5.5.1.4 Informe de la CNC

En su Informe sobre el Anteproyecto de Ley de creación de la CNMC, de fecha 15 de marzo de 2012, la CNC señala que a diferencia de lo que ocurrió en 2007 con su propia constitución, donde se abrió un debate y un proceso de reflexión que implicó a las autoridades de competencias, administraciones públicas y sociedad civil, articulándose las propuestas para su desarrollo en un Libro Blanco que fue sometido a consulta pública, *“la actual propuesta de reforma del modelo de órganos reguladores y de competencia ha seguido un cauce opuesto. No parece haberse contado con el asesoramiento de los organismos independientes involucrados ni se ha producido un debate abierto con el resto de potenciales interesados o afectados. Todo ello pese a ser*

un proyecto de reasignación de competencias y de reforma institucional de mayores dimensiones que el anteriormente descrito, de no tener precedentes contrastables en el ámbito internacional y, específicamente, comunitario y de comportar un elevado riesgo de pérdida de eficacia en el desempeño de las importantes funciones que se le encomiendan de no acertar en el diseño institucional". Por ello, en lo que se refiere a la unificación en un mismo órgano de las funciones de regulación y supervisión de los mercados así como las de defensa de la competencia, la CNC considera que sería deseable el desarrollo de un proceso de reflexión y debate antes de proponer el Proyecto al Parlamento.

"En cualquier caso, la CNC considera que la decisión de integrar en un único organismo la defensa de la competencia y distintas funciones de regulación en sectores de red ya ha sido adoptada por el Gobierno y puede ser, si se realiza de forma adecuada, una oportunidad para mejorar el sistema de supervisión y regulación actual sin obstaculizar los resultados del modelo consensuado instaurado por la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia. Modelo que, con menos de un quinquenio de funcionamiento, se ha consolidado en nuestro país, ha ganado una sólida reputación en el contexto europeo y ha servido de inspiración para las reformas de defensa de la competencia en otros países de nuestro entorno europeo e iberoamericano".

En lo que se refiere al diseño de la Comisión y su puesta en funcionamiento, la CNC considera que existen determinadas cuestiones que no están definidas en el Anteproyecto con la debida claridad, que exigen un mayor desarrollo o concreción o que resulta preciso que se replanteen.

Así, pese a que la nueva Comisión asume las competencias que estaban atribuidas a la CNC por la Ley de Defensa de la Competencia manteniendo ésta su vigencia, no ocurre lo mismo con el diseño institucional contenido en la Ley de Defensa de la Competencia para su aplicación, ya que no se mantiene la absoluta separación funcional entre el órgano instructor – la Dirección de Investigación- y el órgano de resolución – el Consejo.

Por ello, *"sería conveniente que la separación funcional estuviese expresamente reconocida en el APL [Anteproyecto] y se plasmase ulteriormente en el Estatuto Orgánico para garantizar una estructura orgánica adecuada para la correcta aplicación de la normativa de defensa de la competencia. En este sentido, sería deseable que se incluyeran en el APL disposiciones como las que figuran en la normativa vigente de competencia, relativas al nombramiento y cese del personal de las unidades de instrucción ...; y al nombramiento y cese de los Directores También cabría considerar la posibilidad de que los Directores de las unidades de instrucción cesaran por decisión de una mayoría lo suficientemente amplia de Consejeros".*

En línea con lo señalado por los reguladores sectoriales, la CNC se muestra contraria con que sea el Gobierno, mediante reglamento, el que establezca la estructura organizativa de la CNMC, señalando que sería deseable en el Anteproyecto, *“una mayor definición de la estructura del nuevo organismo, en la medida en que entiende que, ..., este desarrollo es de especial importancia para garantizar la correcta aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia”*.

“Por otro lado, este amplio abanico de competencias a asumir por la Comisión genera cierta incertidumbre sobre la capacidad de que puedan ser ejercidas convenientemente por un Consejo de composición no excesivamente amplia, 9 miembros, que puede verse desbordado por el volumen de asuntos a resolver”.

5.5.2 Críticas de la Comisión Europea

Las críticas de la Comisión Europea al nuevo modelo institucional de regulación y competencia aplicado en España comenzaron ya en la etapa de trámite de la Ley, y se basaron fundamentalmente en su falta de independencia y en el cese anticipado de los miembros de los consejos de los órganos de regulación y competencia precedentes. Así, en 2002, los servicios de la Comisión señalaban que *“este nuevo organismo deberá ser más eficiente y podría fomentar la competitividad en todos los sectores económicos, ya que permitiría el examen desde el punto de vista de la competencia de todas las legislaciones sectoriales antes de su adopción. Sin embargo, el actual proyecto de Ley que crea la CNMC no garantiza que esta Comisión realice su actividad reguladora de forma eficaz e independiente”* (Comisión Europea, 2012, pág. 25).

Más tarde, la Vicepresidenta de la Comisión Europea y Comisaria Responsable de la Agenda Digital para Europa, Neelie Kroes, mediante carta de 11 de febrero de 2013 al Ministro de Industria y Turismo, se manifestaba sobre la posible infracción del derecho comunitario²¹⁶ del nuevo organismo al incumplir la iniciativa legislativa aspectos sustanciales del marco regulatorio europeo en el sector de las comunicaciones electrónicas. La CE señalaba su preocupación acerca de su *“conformidad con los objetivos políticos, principios regulatorios y obligaciones jurídicas que se derivan del derecho de la Unión Europea”* y, en particular, el debilitamiento de su independencia. La Comisión Europea destacó además el traspaso de competencias desde el nuevo organismo al ejecutivo, y la falta de competencias del nuevo regulador

²¹⁶ En concreto, sobre la posible apertura de un procedimiento del art. 258 TFUE que establece: *“Si la Comisión estimare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados, emitirá un dictamen motivado al respecto, después de haber ofrecido a dicho Estado la posibilidad de presentar sus observaciones. Si el Estado de que se trate no se atuviere a este dictamen en el plazo determinado por la Comisión, ésta podrá recurrir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea”*.

para asegurar una “*regulación efectiva e imparcial*” ya que, en su opinión, la autoridad española de regulación y competencia pasaría a ser una de las de menos competencias y funciones de la Unión Europea. Por último, la CE expresaba su preocupación por la vulneración de la independencia de los consejeros de la CMT como consecuencia del cese anticipado de su mandato por la entrada en vigor de la nueva ley de creación de la CNMC.

Con posterioridad a la aprobación de la Ley, en diciembre de 2013, la Comisión Europea mantuvo las opiniones contrarias al nuevo organismo, como manifestó la propia Comisaria mediante carta remitida al Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso de los Diputados, destacando “*sus preocupaciones sobre el nombramiento y cese de los miembros del Consejo y la atribución de ciertas competencias*” señalando que “*los servicios de la Comisión están evaluando la compatibilidad de la legislación nacional pertinente con los requisitos aplicables en el marco de la legislación de la UE*” sobre tales cuestiones.

5.5.3 Opiniones críticas de expertos independientes y prensa especializada

Desde que se inició el trámite de elaboración y debate de la Ley de creación de la CNMC fueron surgiendo numerosas críticas por parte de expertos independientes y personas vinculadas en cierto grado a los sectores regulados²¹⁷. Dichas críticas se centraron, por un lado, en la decisión de unir en un único organismo las funciones de regulación y competencia, y por otro, en el cese anticipado de los mandatos vigentes de los consejeros de los órganos fusionados y el nombramiento de nuevos miembros del consejo de la CNMC.

5.5.3.1 Críticas generales al modelo:

Las opiniones en contra del modelo integrado aplicado en España fueron numerosas²¹⁸. En muchos casos se ampararon en la falta de ejemplos internacionales

²¹⁷ “*Esperemos que el tiempo sea el instrumento, acaso el único instrumento que consolide una reforma cuyas debilidades y torpezas, hasta ahora, no se han podido ocultar ante el examen pormenorizado que se hace en trabajos extensos e intensos*”. “*Los pocos estudios que a la fecha se han adelantado sobre la CNMC, nos permite concluir que difícilmente pueden conseguirse resultados de éxito como consecuencia de los organismos reguladores con las Autoridades de competencia*”. “*El intento que se realiza en la ley de creación no augura un resultado feliz ni para la Regulación ni para la competencia, ni, por ende, para los ciudadanos*”. (Ortiz, 2015)

²¹⁸ “*He leído lo que se ha publicado sobre este proyecto de ley. No he encontrado a ningún experto a favor. Ni a ninguna institución española o europea que lo apoye. Todo lo contrario. Esto no es buena señal. Con esta política sucede lo mismo que con la austeridad compulsiva. Tampoco encontrará a ningún economista solvente que la defienda*”. (Costas, 2013).

sobre la fusión de los órganos de regulación y competencia, por lo que el argumento del derecho comparado para justificar la reforma, como señala Navarro Rodríguez (2013), no es sólido ni definitivo. En ningún país de la UE la autoridad de competencia está integrada con el regulador energético o el de telecomunicaciones. De hecho, destaca que *“todos los países de la UE, y muy especialmente los más cercanos a nosotros, como son Francia, Italia y Reino Unido, tienen un modelo unisectorial similar al de España hasta la reforma... Solo un país pequeño como Holanda ha integrado esta autoridad con algunos organismos reguladores”*.

Como señala Trillas (2013), parecen existir razones políticas e incentivos para mantener separados e independientes ambos tipos de organismos de regulación y competencia. De hecho, aunque destaca que existen razones a favor y en contra de la fusión de reguladores, en el caso de España el objetivo del Gobierno habría sido tratar de reducir la independencia del regulador en un momento en que las exigencias europeas en este sentido eran cada vez mayores.

De la Quadra Salcedo (2012) mostró su “inquietud” ante el nuevo modelo regulatorio propuesto y por sus posibles efectos *“por el fracaso o el desfallecimiento de la regulación —o de la falta de regulación”*. *“La fusión pretendida conduce al imposible conocimiento de los sectores que regulan por los encargados de su regulación, y con ello, muy probablemente, al caos y, a la postre, a la desregulación. Por no mencionar el grave riesgo, en esas condiciones, de captura del regulador”*. Junto a esto, el trasvase de funciones desde los reguladores a la Administración, y por tanto al Gobierno, también generaba opiniones negativas del nuevo modelo: la *“asunción por los poderes públicos de poderes detentados hasta ahora por los organismos de regulación, la insistencia en reconducir las competencias del único organismo de regulación hacia tareas de supervisión o el cuidado en reducir competencias normativas de las comisiones son una reconquista del terreno que se había entregado a las comisiones independientes. Esa pérdida de independencia no augura nada bueno para la regulación”*.

Para Ariño y de la Cuétara (2013) la fusión proyectada *“encierra un enorme peligro. Entra, como elefante en cacharrería, en la delicada tarea de mantener regulados los principales sectores estratégicos españoles, con la misma mentalidad que si se tratase de una refundición de los servicios de publicaciones de distintos departamentos. Trata de solucionar problemas típicamente regulatorios con un enfoque puramente político-burocrático, desatendiendo las orientaciones y principios de la buena doctrina regulatoria que poco a poco iba emergiendo en nuestro país. Este es un camino seguro al fracaso”*. Por ello dicha fusión *“debería reconsiderarse, a favor de unas integraciones parciales que permitan conseguir los objetivos de reducción de organismos, ahorro y eficiencia perseguidos, sin provocar los peligros y el desconcierto de la fusión general”*.

La fusión de órganos con “funciones y culturas” diversas puede entrañar importantes problemas para su unificación²¹⁹. *“Poner juntos a los defensores de la competencia con los reguladores sectoriales es como mezclar churras con merinas. No tienen los mismos objetivos. La Comisión de Competencia defiende el interés de los consumidores. Los organismos reguladores sectoriales, como la Comisión de Telecomunicaciones, buscan que las empresas maximicen la inversión eficiente”* (Costas, 2013). Díez Estella (2014), por su parte, manifiesta sus serias dudas sobre la capacidad de la CNMC para hacer frente de forma efectiva a todas las funciones de defensa de la libre competencia y regulatorias que le han sido atribuidas y similares son las opiniones manifestadas, por ejemplo, por Jimenez Laiglesia (2012) o por Gorriz, (2014).

La opinión de fusionar únicamente órganos reguladores de sectores afines y mantener de forma independiente la autoridad de defensa de la competencia es muy repetida, en línea con lo ya ocurrido, por ejemplo, en el debate parlamentario del Proyecto de Ley (ver apartado 5.4 de este capítulo). Ese modelo dual es el defendido, por ejemplo, por Ruiz Peris (2013) o Brokelmann (2012) para quien *“si la integración de los distintos reguladores tiene todo el sentido del mundo -también para fortalecer su independencia de las empresas de cada sector, evitando así el fenómeno conocido como captura del regulador- su fusión con la autoridad de defensa de la competencia no lo tiene. El Derecho de la competencia persigue objetivos no siempre coincidentes con los del Derecho regulador y desde luego aplica métodos totalmente distintos, por lo que resulta elemental la separación de ambos organismos”*. Similar es la opinión en este sentido de Gomez Alessandri (2013), para quien debería haberse optado por crear *“un verdadero super-regulador único, para todos los sectores de la actividad económica que implicaran el uso de redes (transporte, energía, telecomunicaciones y sector postal) tal y como ha sucedido en Alemania. De esta manera se habría solucionado el sinsentido de que determinados reguladores (que no autoridades de competencia) analicen de manera estanca cuestiones que, en virtud de la evolución tecnológica y comercial, merecen ser tratadas cada vez más con una visión integrada”*. En su opinión, *las consecuencias negativas que se derivarán de la aplicación del modelo holandés a España parecen superiores al ahorro de costes que implique la creación de la CNMC”*.

Otros, como por ejemplo, Delgado, García Cobos, y García Díaz (2012) o Llobet, (2012), apostaron por un modelo más próximo al británico, que aprovecharse las potenciales sinergias de mercados convergentes al tiempo que mantuviese de forma independiente las decisiones de los organismos reguladores y de competencia. En lugar de cinco reguladores como los existentes antes de la reforma (más los que no

²¹⁹ Ruiz Peris (2013)

habían entrado en funcionamiento), más la CNC, proponen un modelo de tres reguladores con mayores competencias agrupando los existentes en: energía, comunicaciones y transporte. Al mismo tiempo se mantendría la figura de la autoridad de competencia. Para estos autores, un mayor grado de integración, como el que se aplica en el modelo alemán u holandés, no aportaría ganancias en términos de calidad regulatoria ni supondría un ahorro sustancial de costes adicional.

Costas (2013), incluso, propone dejar las cosas como están porque *“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”*.

Un aspecto tratado por diferentes autores respecto al modelo organizativo aplicado a la nueva CNMC, es la posibilidad de que surjan discrepancias y diferencias de opiniones entre las salas de regulación y competencia de este organismo. En tales situaciones, las posturas divergentes *“serán objeto de conocimiento del Pleno del Consejo. El inconveniente viene dado en el caso que dichas desavenencias se mantengan, lo cual habilitará al Presidente de la Comisión a que emita su voto de calidad, implicando que al ser el mismo el que preside la Sala de Competencia, se opte normalmente por la postura incorporada en el informe de la Sala de Competencia”*. De ahí *“la conveniencia de que ambas Salas fueran presididas por dos Vicepresidentes, lo cual garantizaría efectivamente la calidad del Voto del Presidente”*. (Ortiz Laverde, 2014).

Gomez Alessandri (2013) ahonda más en la crítica a las dos Salas del Consejo de la CNMC señalando que si con la creación de las mismas lo que se pretendía era aproximar en cierta forma el modelo aplicado con la estructura institucional alemana (regulador multisectorial y autoridad de competencia como órganos independientes)²²⁰, *“cabe preguntarse por qué el Gobierno ha considerado adecuado aplicar este modelo de separación funcional al Consejo de la CNMC y no a la estructura institucional en su totalidad”*. Aunque la separación del órgano de decisión en dos salas diferenciadas puede tener sus ventajas para mantener el ritmo y el foco de la actividad en una institución como la CNMC con tantas funciones asignadas, la necesidad de coordinar las tareas hubiera aconsejado, en opinión de García-Verdugo (2015), no solo exigir informes cruzados entre las dos salas sino que tanto el presidente como el vicepresidente de la Comisión formaran parte de ambas salas, reforzando así la unidad y la coordinación de actuaciones entre ambas. En definitiva, existen obstáculos para la creación de sinergias en la actuación de la CNMC derivadas, por ejemplo, de la diversidad de funciones que debe asumir la sala de regulación, que puede llevar a la

²²⁰ La separación en dos salas fue incorporada como enmienda del Grupo Parlamentario Popular al Proyecto de Ley en respuesta a las críticas y presiones ejercidas por los distintos grupos parlamentarios y otros órganos especializados en el proceso de tramitación de esta Ley

falta de especialización de sus miembros y, por tanto, a desaprovechar las potenciales sinergias entre sectores, o de la falta de colaboración e incluso la entrada en conflicto entre los miembros de ambas salas²²¹.

5.5.3.2 *Críticas por la pérdida de independencia, politización de nombramientos y cese anticipado de consejeros*

Uno de los principales reproches realizados a la nueva Comisión es que supone una pérdida de independencia respecto a la que gozaban los organismos predecesores. Como destaca Navarro Rodríguez (2013), los detractores de la Ley de creación de la CNMC afirmaban que, en realidad, la reducción a un solo organismo regulador no perseguía una reducción de costes o una mayor independencia de la CNMC, sino un mayor control sobre sus decisiones²²².

El temor a la politización de la CNMC ha sobrevolado desde su inicio como consecuencia del nombramiento de sus consejeros y el cese anticipado de los mandatos vigentes de los consejeros de los órganos reguladores y de competencia. *“Puede latir la sospecha de si la operación no respondería también, en alguna medida, al deseo de quitarse de encima a los consejeros heredados de la etapa del Gobierno anterior, aunque cada uno con sus propios orígenes en función de los criterios de nombramiento, que todavía tenían por delante años de mandato. Todo ello para ejercer un pleno control de los importantes sectores económicos afectados. Si eso fuera así, el panorama sería todavía más sombrío en la perspectiva de la salida de la crisis”*²²³. Similares son las opiniones, por ejemplo, Díez Estella (2014).

El reparto de los miembros del Consejo de la CNMC fue un tema muy criticado en presa²²⁴, proponiéndose incluso listados de candidatos idóneos²²⁵. Critilo (2013) reprochaba el hecho de que, en un órgano regulador e independiente, los partidos políticos repartan los cargos del Consejo: *“Ha llegado la hora del reparto del botín. Quedan tan sólo unos días para que el proyecto de Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) acabe su tramitación en el*

²²¹ Delgado & Otero (2015)

²²² Ver Carazo (2012)

²²³ De la Quadra Salcedo (2012)

²²⁴ “La composición del consejo de Administración empieza a ser el claro objeto de deseo político y para que no haya dudas el grupo socialista ha decidido aceptar la “mano tendida” del ministro Luis de Guindos para participar en el nuevo superregulador único de toda la actividad económica en España. ... El Ministerio de Economía no quiere ofrecer al PSOE más de dos consejeros y los delegados socialistas reclaman tres. La cuestión no es baladí porque el máximo órgano de Gobierno de la nueva entidad tendrá 10 comisionados, incluyendo el presidente y dos de los sillones en el consejo están reservados a los representantes de CiU y PNV respectivamente. (Navas, 2013).

²²⁵ Ver Alfaro & Marcos (2013).

Senado y los representantes de los partidos políticos han empezado a mover sus fichas para repartirse los cargos. La fórmula a la que parece que se va a llegar es la 6+2+1+1 (seis consejeros para el PP, dos para el Psoe, uno para CiU y uno para el PNV)”.

En casos de mayoría absoluta en el Gobierno, el nombramiento de los Consejeros plantea problemas de elevada politización, ya que se puede hacer un uso indebido de dicha mayoría para nombrar personas “no idóneas”. Por ello quizá hubiera sido deseable, tal y como señala García-Verdugo (2015), reforzar la posibilidad de veto de la Comisión de Economía eliminando la exigencia de mayoría absoluta. En cualquier caso, y por muchas medidas que se tomen, es un problema de responsabilidad institucional que, como destaca este mismo autor, no se eliminará mientras los representantes democráticos no decidan actuar con criterios profesionales en la selección de personas para cargos públicos. De todas formas, y ante tales situaciones, como “*second best*” estaría la exigencia de asegurar la diversidad política de los miembros del Consejo, circunstancia ésta que, en el momento de la creación de la CNMC tampoco fue tan completa como hubiera sido deseable.

En este sentido, especialmente crítica es la opinión de Fernández-Villaverde y Garicano (2013) sobre la idoneidad de los Consejeros nombrados y los criterios utilizados para su selección: “*Necesitamos una CNMC vigorosa y vigilante. Y esto requiere de dos cosas: conocimiento técnico e independencia del poder. En otras palabras: el saber qué hacer y el querer hacerlo. La lista de los consejeros nombrados nos dice que la CNMC no va a cumplir con su misión. “¿Por qué selecciona el Gobierno entonces a estos consejeros? Para tener una CNMC dócil que responda al teléfono cuando Moncloa llame”.*

Para Ruiz Peris (2013), es el propio diseño organizativo el que falla considerando que no está claro el papel de los miembros de la CNMC. Si se trata de especialistas que deben analizar a fondo los expedientes instruidos para dictar su resolución, el número de consejeros (10) es insuficiente. Si, por el contrario, sus funciones se limitan a supervisar la labor de los directores de área, entonces el problema es la falta de independencia, puesto que estos últimos los nombra el Gobierno sin veto parlamentario.

Junto a la politización de sus consejeros, la otra crítica repetida por sus efectos sobre la independencia y eficacia de la CNMC fue la redistribución de sus funciones, y el traspaso de parte de ellas a los Ministerios competentes en la materia. Así, si la instrucción de los expedientes la realizan las direcciones de la CNMC, dichas funciones pasarían en realidad a los Ministerios, volviéndose por tanto a una situación similar a la existente en la Ley de Defensa de la Competencia de 1989, de dualidad en las labores de competencia, y donde la instrucción de los expedientes la realizaba el Servicio de Defensa de la Competencia (integrado en el Ministerio de Economía y Hacienda) y la

resolución recaía en el Tribunal de Defensa de la Competencia²²⁶. Lo mismo ocurriría con la función 14 (resolución de las operaciones de concentración empresarial en el sector energético) atribuida a la CNE y que, con la nueva legislación, pasará al Ministerio de Economía (Górriz López, 2013), (Navarro Rodríguez, 2013) y (Navas, 2013).

5.5.3.3 Críticas sobre la justificación del modelo basadas en el ahorro y la eficiencia

Un argumento ampliamente repetido entre las justificaciones y razones para la fusión de los reguladores sectoriales y autoridad de competencia es el del ahorro de costes derivado tanto de la unión de los existentes como de la no creación de algunos *de los nuevos reguladores en proyecto*. En opinión de Ariño y de la Cuétara (2013), *“no parece que sea ésta una razón muy poderosa a favor de la fusión”* ya que en gran medida los reguladores fusionados se financian vía tasas al sector y, por ejemplo, la CNE aportaba *“vía sanciones más de lo que cuesta su mantenimiento”*. Y similares consideraciones pueden realizarse sobre las posibles ganancias en eficiencia gracias a las sinergias existentes entre los órganos fusionados. Con el tiempo es posible que la integración favorezca una mejora en la eficiencia, pero también generará importantes problemas técnicos de funcionamiento por las diferencias existentes entre ellos.

Mucho se repitió desde el Gobierno que el nuevo modelo supondría un ahorro de costes de 28 millones de euros. Sin embargo, como señala Llobet (2012) buena parte de ese ahorro (18 millones) deriva de la no creación de reguladores constituidos pero que hasta ese momento no habían entrado en funcionamiento. Pero *“el hecho de que no se creen no significa que no sea necesario disponer de los medios necesarios para llevar a cabo sus funciones. Con lo cual, o bien el nuevo organismo estará infravalorado o bien una parte del ahorro anunciado no será cierto”*.

Ruiz Peris (2013) considera que las principales ventajas derivadas del modelo de creación de la CNMC, esto es, ahorro, reducción del riesgo de captura, o ganancias de eficiencia, se obtendrían de igual forma en un modelo dual (autoridad de competencia y autoridad reguladora multisectorial). *“Esta solución permite también el ahorro de dieciocho millones de euros procedentes de renunciar a la creación de nuevas autoridades reguladoras sectoriales independientes y la parte del león de los otros diez millones derivados de la eliminación de duplicidades, devolución de competencias al Estado y eliminación de altos cargos, reduciendo enormemente la aparición de costes posteriores ahora ocultos. En definitiva, la solución dual es como*

²²⁶ Górriz López (2013).

mínimo comparablemente ahorrativa respecto a la unitaria y probablemente mas barata”.

Por otro lado, una de las ventajas habitualmente esgrimidas para justificar la integración en un mismo órgano regulador de funciones y sectores afines es la explotación de posibles sinergias. Sin embargo, a la vista de la estructura organizativa de la CNMC, varios autores²²⁷ señalan que es difícil dilucidar la forma en que tales sinergias podrían producirse. Su organización en cuatro direcciones, cada una de las cuales comprende uno de los reguladores precedentes, impide una integración transversal de las funciones que previamente se realizaban en organismos independientes.

El primer argumento incluido en el preámbulo de la Ley 3/2013 para la creación de la CNMC era *“garantizar la seguridad jurídica”* ya que *“cuanto mayor sea la proliferación de organismos con facultades de supervisión sobre la misma actividad más intenso será el riesgo de encontrar duplicidades innecesarias en el control de cada operador y decisiones contradictorias en una misma materia”*. Sin embargo, en opinión de Gomez Alessandri (2013), el problema acaecido entre la CNC y la CMT y sus contradicciones, no se debía a la proliferación de reguladores, ya que la autoridad de competencia no tenía capacidad regulatoria ni sectorial, sino que tales desavenencias se debían *“al choque frontal que ha existido entre ambas autoridades”* y que empeoró aún más desde que se anunció la intención de crear un *“super-regulador”*. A la espera de ver como quedaba finalmente el marco institucional de la nueva Comisión, ambas mantuvieron un pulso con el fin de destacar los errores de su competidora, buscando en último término verse beneficiada en el nuevo marco institucional que se estaba configurando.

5.6 Síntesis de las principales críticas al modelo de creación de la CNMC

Tras analizar el proceso de creación de la CNMC y los momentos inmediatos a su entrada en funcionamiento, llama la atención las importantes críticas que recibió el nuevo modelo institucional desde ámbitos muy diversos. En primer lugar, el diseño y los trámites hasta la aprobación del proyecto de Ley, contó con las opiniones negativas tanto de los informes elaborados por los propios órganos reguladores y de supervisión afectados por la reforma. Asimismo, el debate parlamentario de la Ley contó con numerosas críticas y con la oposición al modelo propuesto por parte de, prácticamente, todos los grupos parlamentarios a excepción del Gobierno. A dichas críticas se unió también la Comisión Europea, cuyas opiniones obligaron incluso a

²²⁷ Delgado & Otero (2015)

cambiar determinados aspectos del diseño inicialmente previsto para el nuevo organismo tratando de adaptarlo en mayor medida a las exigencias comunitarias.

Con todo la Ley 3/2013 no contó tampoco con el respaldo de los profesionales y empresas de los sectores afectados por las funciones regulatorias del nuevo organismo, ni tampoco se recibieron (apenas) opiniones favorables desde la prensa especializada ni de los académicos y expertos en temas regulatorios y de competencia.

La Tabla 9 resume las principales críticas que recibió la CNMC tanto en las fases de tramitación de su Ley de creación como en los momentos inmediatamente posteriores a su entrada en funcionamiento. En ella se observa cómo las críticas y opiniones contrarias a la creación de un “super-regulador” que aunase las funciones de regulación sectorial y defensa de la competencia surgieron en prácticamente todos los ámbitos analizados. Tanto los distintos grupos parlamentarios en el Congreso, como los órganos de regulación y competencia fusionados en la nueva Comisión, como los expertos y académicos de tales cuestiones se mostraron en contra de este nuevo modelo, apoyándose, especialmente estos últimos, en la falta de referencias internacionales comparables (más allá de la de Holanda que se encontraba en una fase de desarrollo similar a la de España en ese momento), así como a la falta de concreción de los beneficios que, a priori, aportaría el nuevo modelo en forma de ahorro de costes y ganancias de eficiencia.

El diseño organizativo de la CNMC fue otra de las cuestiones que más opiniones negativas suscitó el nuevo modelo. El reducido tamaño del Pleno (10 Consejeros) que debían decidir sobre todas las cuestiones de regulación y competencia analizadas por la CNMC generó muchas críticas, especialmente en la prensa especializada y en el Parlamento, justificadas en la escasa especialización y conocimiento de los Consejeros del abanico tan amplio de cuestiones regulatorias y sectoriales. Y lo mismo ocurrió con la separación en dos salas independientes, dentro del pleno, de los temas de regulación y competencia. Aunque con ello se trató de paliar las fuertes críticas, expresadas en el Parlamento ante la necesidad de separar tales cuestiones, este tema, junto a la creación de las direcciones de instrucción generó muchas opiniones negativas en prensa y trabajos de investigación en esa época.

Finalmente, la politización del nuevo organismo, por el sistema de nombramiento de los nuevos consejeros y por no requerir experiencia y especialización en tales cuestiones para su nombramiento, como, sobre todo, por el cese anticipado de los consejeros de los organismos reguladores y de competencia que se fusionaron en la nueva comisión, favoreció las críticas de la Comisión Europea sobre esta cuestión, suscitando opiniones negativas tanto en el debate parlamentario de la nueva Ley como en la prensa especializada. Tales críticas dieron lugar a la apertura del proceso por parte del Tribunal Supremo y su traslado al Tribunal de Justicia de la UE

como consecuencia de la denuncia planteada por hasta entonces presidente de la CMT y uno de sus consejeros.

Los órganos de regulación sectoriales centraron sus críticas al nuevo modelo fundamentalmente en el traspaso de competencias hasta esa fecha desarrolladas por ellos hacia los Ministerios y departamentos ministeriales competentes en cada materia, así como en la pérdida de independencia funcional del nuevo organismo y los problemas de coordinación de competencias que previsiblemente podrían surgir con la unión en una única Comisión de órganos y funciones claramente dispares.

Tabla 9. Síntesis de las principales críticas a la creación y diseño de la CNMC

TIPO DE CRÍTICAS	ARGUMENTOS CRÍTICOS	GRUPOS PARLAMENTARIOS	ORGANISMOS FUSIONADOS				COMISIÓN EUROPEA	TRIBUNAL SUPREMO	EXPERTOS INDEPEND. Y PRENSA ESPECIALIZADA
			CNE	CMT	CNSP	CNC			
CRÍTICAS GENERALES AL MODELO	Modelo “regulado único” (regulación + competencia)	X ⁽¹⁾	X ⁽⁷⁾	X	X ⁽⁸⁾	X ⁽¹⁰⁾			X
	Falta de referencias internacionales	X		X	X				X
	No favorece ahorro de costes								X
	No supone ganancias de eficiencia								X
CRÍTICAS AL DISEÑO ORGANIZATIVO	Pleno reducido de 10 miembros	X ⁽⁶⁾		X		X			X
	Diseño organizativo (sala de regulación y competencia)	X ⁽⁵⁾				X			X
	Direcciones de instrucción y politización de los directores	X ⁽⁵⁾				X			
	Politización nombramiento de Consejeros	X							X
	Cese anticipado de Consejeros	X					X	X	X
CRÍTICAS A LAS FUNCIONES ATRIBUIDAS A LA CNMC	Traspaso de funciones al Gobierno	X ⁽²⁾	X	X			X		X
	No integración de funciones protección al consumidor	X ⁽³⁾							
	Problemas de coordinación		X	X					
CRÍTICAS POR PÉRDIDA DE	Perdida de independencia funcional		X	X			X	X	X

TIPO DE CRÍTICAS	ARGUMENTOS CRÍTICOS	GRUPOS PARLAMENTARIOS	ORGANISMOS FUSIONADOS				COMISIÓN EUROPEA	TRIBUNAL SUPREMO	EXPERTOS INDEPEND. Y PRENSA ESPECIALIZADA
			CNE	CMT	CNSP	CNC			
INDEPENDENCIA	Pérdida independencia financiera								
OTRAS CRITICAS	Ubicación geográfica	$\chi^{(4)}$							

Fuente: Elaboración propia.

(1) Todos los grupos Parlamentarios, a excepción del PP mostraron su oposición a la fusión en un mismo organismo de las funciones de regulación y competencia. Las diferencias se limitaron al modelo alternativo propuesto por cada uno de ellos: a) Órgano de regulación multisectorial + Autoridad de competencia (UPyD, Convergencia i Unió) o; b) Reguladores sectoriales de sectores afines + Autoridad de competencia (PSOE, Bloque Nacionalista Galego, Coalición Canaria, PNV, IU)

(2) UPyD

(3) UPyD

(4) IU, Convergencia i Unió.

(5) Todos los grupos, a excepción del PNV y Convergencia, que pactaron dicha reforma con el PP, se mostraron contrarios a la separación de las funciones de regulación y competencia en dos salas independientes como solución al problema de coordinación y fusión de ambas funciones en un mismo organismo. En general, se considera que esta opción consigue reducir ciertos riesgos, pero no paliarlos.

(6) Tanto PSOE como IU destacaron en sus intervenciones ante en la Comisión de Economía que un Pleno de solo 10 miembros era insuficiente para la cantidad y requerimientos técnicos de las decisiones que debían tomar.

(7) La CNE no se muestra contraria explícitamente a la fusión en un único organismo, señalando que son “cuestiones de política regulatoria” que “corresponde ejercer a los poderes públicos”. Se limita a señalar la complejidad de este modelo.

(8) No se muestra contraria al modelo, pero si destaca su complejidad y la necesidad de reflexión y colaboración de los agentes económicos para evitar disfunciones. En su opinión no necesariamente la integración de los reguladores afecta a la independencia.

(9) Considera que sería necesario un proceso de reflexión y debate antes de proponer el Proyecto de Ley, mediante el desarrollo de un Libro Blanco, como ocurrió en la Ley de competencia de 2007

(10) La CNC no se opone abiertamente al nuevo modelo, pero insiste en la necesidad de abrir un proceso de reflexión, análisis y debate sobre la conveniencia del mismo y su diseño con carácter previo a la presentación del proyecto de ley, como ocurrido antes de la creación de la CNC.

CAPÍTULO 6. FUNCIONAMIENTO DE LA CNMC

6.1 Introducción

El CAPÍTULO 5, se ha centrado en el análisis del modelo institucional aplicado en España desde la óptica del diseño, centrándose únicamente en los aspectos organizativos de la nueva institución y las opiniones (críticas en su mayoría) emitidas en las fases inmediatamente anteriores a su aprobación por el Congreso, en 2013.

Por ello, transcurridos casi cuatro años desde su aprobación, este capítulo se centra en el funcionamiento de la CNMC a lo largo de ese intervalo. Solo analizando cual ha sido su evolución en estos años será posible extraer una opinión fundada de la conveniencia o no de la aplicación de un modelo integrado y, en concreto, si la fusión de todos los órganos de regulación y competencia en un organismo único ha generado los beneficios esperados con dicha unión.

Desde una óptica teórica, existen aspectos de la política de regulación sectorial y de la protección de la competencia en los mercados que son altamente complementarias, y la fusión de ambas bajo una misma institución favorecería tales complementariedades. Como apunta García-Verdugo (2015), las investigaciones de competencia pueden verse beneficiadas del conocimiento sectorial derivado de la supervisión regulatoria. Además, el recurso a la competencia es un instrumento más dentro de las estrategias regulatorias disponibles. Y, finalmente, la unión de ambas tareas en una misma autoridad permite evitar conflictos jurisdiccionales en materias que potencialmente pueden afectar a ambos tipos de organismos. En definitiva, la presencia de complementariedades debería permitir el aprovechamiento de sinergias y la flexibilidad en el uso de los recursos. Marín Quemada (2014) ha subrayado, asimismo, que la unión de ambas funciones en un mismo organismo facilita la coordinación entre la regulación sectorial y las políticas de competencia y solo de esa manera se garantiza que la competencia pueda actuar de forma transversal sobre el conjunto de la economía.

El objetivo de este capítulo será, por tanto, ahondar en el análisis del funcionamiento real de la CNMC desde su creación y en los principales problemas que han ido surgiendo desde entonces en el desarrollo de sus funciones. De esta forma será posible extraer una opinión fundada de los resultados de la aplicación de un modelo integrado de regulación y competencia en España. Especialmente, como se ha dicho en varias ocasiones a lo largo de este trabajo, porque no existen ejemplos

comparables en nuestro entorno más próximo. El único ejemplo europeo de este tipo de diseño institucional es el de Holanda, pero su implementación se produjo casi al mismo tiempo que el cambio de modelo en España, por lo que tampoco ha transcurrido en ese caso un intervalo temporal suficientemente amplio para extraer resultados concluyentes.

En este capítulo, a los problemas teóricos derivados del diseño de la CNMC y a los generados por el propio funcionamiento de la institución, se ha añadido un apartado dedicado a exponer algunos indicadores de actividad de la CNMC desde su creación para tratar de valorar si el cambio de modelo institucional ha podido tener algún efecto observable en el desempeño de sus funciones.

El objetivo es que todo ello permita valorar si el modelo integrado está produciendo los efectos esperados o si, por el contrario, sería conveniente plantearse una reformulación del mismo que pudiese corregir, en último término, los potenciales errores en el diseño del modelo y su aplicación en España.

6.2 ¿Funciona el modelo unificado?

La crítica más habitual a la CNMC, ya desde el momento de su diseño y trámite de constitución, ha sido la relativa a la aplicación de un modelo unificado, es decir, a la fusión en una misma institución las funciones de supervisión regulatoria multisectorial con las de defensa de la competencia. Este modelo supuso un cambio esencial respecto al aplicado hasta esa fecha en España, pasando de un modelo organizativo caracterizado por la presencia de reguladores unisectoriales y de una autoridad de defensa de la competencia independiente, a la existencia de un único organismo encargado de todas esas funciones. Tal y como se vio en el CAPÍTULO 3, este modelo se ha aplicado hasta la fecha en un número muy reducido de países y, en todo caso, en ninguno de los grandes países europeos.

Dichas críticas se han centrado en lo inadecuado del modelo unificado y su falta de ventajas respecto al modelo precedente, o a otros posibles, como el repetido “modelo alemán”. En general, se podría considerar que existe un amplio acuerdo en los beneficios derivados de aunar en un único organismo funciones de supervisión regulatoria de sectores con un elevado nivel de complementariedad. El desarrollo de tales tareas por un mismo regulador permite una mayor flexibilidad en la asignación de los recursos y el aprovechamiento de sinergias y *know how* entre sectores con importantes coincidencias. Al mismo tiempo, la política regulatoria aplicada en todos ellos, y el hecho de que las decisiones deriven de un mismo organismo, favorecerían la coherencia de la política sectorial y una cierta convergencia en las decisiones regulatorias.

Son muchos los autores que han destacado los beneficios de las autoridades multisectoriales, especialmente en los ámbitos de telecomunicaciones y de servicios audiovisuales, por ejemplo, o en sectores de transporte e infraestructuras. Por ejemplo, Smith (1997), Joskow (1998), Sommer (2001), Cordova-Novion & Hanlon (2002), Spyrelli (2003), Georgosouli (2013) y OECD (2014).

Sin embargo, esa coincidencia en los potenciales beneficios de las agencias multisectoriales no se mantiene ante la posibilidad de añadir también las funciones de defensa de la competencia en un mismo órgano. Como señala García-Verdugo (2015), las diferencias entre las funciones de defensa de la competencia y las de supervisión regulatoria son conocidas. Mientras que la primera prohíbe las conductas que limitan la libre competencia en los mercados y se aplica con carácter ex-post en todos los sectores, la regulación sectorial actúa ex-ante estableciendo las normas de funcionamiento en los sectores regulados (acceso al mercado, precios, etc.), habitualmente en monopolios naturales o en sectores liberalizados. Es por ello que las experiencias internacionales de fusión de tales funciones y la aplicación de modelos unificados de regulación y competencia son mucho menos frecuentes que los de órganos de regulación multisectoriales.

Tal y como señala la OECD (2005), pese a las divergencias existentes entre los órganos independientes de regulación y competencia, y que, en general, ambos han tendido a presentar comportamientos encontrados en muchos países, estos organismos deben estar necesariamente coordinados y trabajar en una misma dirección ya que, por una parte, el crecimiento económico se favorece por una regulación pro-competencia, y al mismo tiempo, los objetivos de las autoridades de competencia y los reguladores son de hecho muy similares. Por ejemplo, los reguladores a menudo se centran en prevenir "precios excesivos", asegurando el acceso a las instalaciones esenciales y la reducción de las barreras de entrada. Estos objetivos son compartidos por las autoridades de competencia en la mayoría de los países de la OCDE. Por ello, es necesario impulsar la aplicación de políticas regulatorias que favorezcan la competencia y, en todo caso, favorecer la coordinación entre ambos tipos de organismos y el desarrollo de una política de regulación pro-competencia en sus mercados.

De hecho, la OCDE destacaba distintos ejemplos de coordinación necesaria entre ambos tipos de políticas. Era el caso de Australia y Países Bajos, donde las autoridades de competencia desempeñaban funciones más directas en algunos de estos ámbitos de regulación. Y otros donde, en ausencia de reguladores sectoriales, especialmente en países no pertenecientes a la OCDE, a menudo se invocaban leyes de competencia para regir sectores no regulados. Asimismo, se destaca el hecho de que en algunos países se hubiese optado por colocar miembros de los reguladores como consejeros de las autoridades de competencia y, al contrario, como un instrumento

eficaz para asegurar la coordinación de intereses entre ambos tipos de organismos²²⁸. Y junto a tales mecanismos de coordinación entre reguladores y autoridades de competencia, la OCDE apuntaba también, ya en 2005, la posibilidad de fusionar ambos organismos en una misma entidad, como una forma de garantizar la coherencia en el enfoque de la aplicación de la legislación de competencia de un regulador sectorial y una autoridad de competencia²²⁹.

Las ventajas e inconvenientes de la aplicación de un modelo institucional integrado para los organismos de regulación y competencia, y las opiniones existentes en el ámbito internacional, fueron resumidas en el apartado 2.10 de esta tesis. Para algunos autores, la integración de tales organismos reporta importantes ventajas en términos de coordinación de las políticas implementadas por tales autoridades, favoreciendo las sinergias y complementariedades entre las funciones desarrolladas por todos ellos. Sirvan los ejemplos de Cordova-Novion y Hanlon (2002), para quienes la fusión de organismos sitúa las funciones de regulación sectorial como una fase de transición hacia la liberalización y la competencia de los mercados, limitando al mínimo necesario la regulación sectorial de las economías y evitando así políticas regulatorias innecesarias. O de Fels y Ergas (2014), quienes, en esa misma línea, destacan que al unir en un mismo organismo funciones de competencia e instrumentos regulatorios, la autoridad puede mezclar eficazmente los problemas y los instrumentos, evitando así la denominada “mentalidad de silo”. Al mismo tiempo, puede haber casos en los que la identificación de la solución reguladora eficiente requiera un análisis de los impactos de la competencia, lo que para una autoridad integrada puede resultar más sencillo de implementar.

Pero, frente a tales potenciales ventajas, el modelo integrado conlleva también algunos problemas importantes, que han sido destacados por un buen número de estudios dentro de la literatura especializada en los últimos años. La internalización de

²²⁸ Tal era el caso de la Comisión Australiana de Competencia y Consumidores (ACCC), que tenía como consejeros miembros de la Autoridad Australiana de la Radiodifusión, el Tribunal Independiente de Precios y Regulación de Nueva Gales del Sur y la Oficina Victoriana del Regulador General. Al mismo tiempo, algunos miembros de la ACCC fueron nombrados miembros asociados de la Australian Communications Authority.

²²⁹ OECD (2005) citaba como ejemplo de la fusión de un regulador con una autoridad de competencia el de Holanda, donde el Gobierno creó cámaras dentro de la NMa para la regulación del sector. El regulador de la energía en este país, la Oficina de Regulación de la Energía (DTe) estaba bajo la supervisión de la autoridad de competencia, la NMa. DTe era responsable de la implementación y supervisión de la Ley de Electricidad de 1998 y la Ley de Gas de 2000. En 2004, la Oficina de Regulación de Transporte fue establecida como otra cámara en la NMa. El modelo de cámara permitía que existiesen conocimientos altamente especializados relacionados con sectores en la estructura de una autoridad de competencia centrada en cuestiones generales de mejora de la competencia. Este podría considerarse un paso previo a la posterior fusión de los órganos de regulación y competencia en Holanda y la aplicación, a partir de 2013, de un modelo unificado. Como se verá esto es una diferencia significativa con el proceso de unificación que se aplicó en España, donde la celeridad en la fusión y la ausencia de pasos intermedios en su aplicación, uno de los problemas que ha arrastrado la actual en los primeros ejercicios de funcionamiento.

los conflictos y solapamientos de funciones entre ambos tipos de organismos, las tensiones internas ante la toma de decisiones en las que puedan primar las políticas de regulación o de competencia, etc., son todos ellos factores de potenciales desventajas derivadas de la implementación de un modelo unificado.

Para Cordova-Novion y Hanlon (2002), este modelo afecta negativamente a la transparencia, ya que no se hacen públicos los puntos de vista o las opiniones diferentes sobre determinadas cuestiones sectoriales y el debate desaparece en situaciones en las que, previsiblemente, una autoridad de competencia y un regulador pueden tener opiniones encontradas. Además, la complejidad de este tipo de estructuras puede llevar a una inadecuada coordinación interna en su funcionamiento que desemboque, por ejemplo, en una priorización de unas decisiones sobre otras, o en una inadecuada utilización de los recursos dentro del organismo²³⁰. De hecho, una fuente de problemas internos puede derivarse del hecho de mezclar en un mismo organismo a personal y directivos con culturas de trabajo y organizativas muy distintas entre sí.

Junto a las potenciales ventajas e inconvenientes que, desde un punto de vista teórico pueden apuntarse sobre el modelo integrado, es especialmente importante la consideración de en qué situaciones o para qué circunstancias resultaría un modelo organizativo adecuado. Cabe recordar nuevamente que, tal y como avanzaban los defensores del neoinstitucionalismo (ver apartado 2.5 de esta tesis), no existe una institución o un modelo institucional óptimo para todas las circunstancias ni para todos los países (Dixit, 2009) y, por ello, no se pueden proponer “instituciones globales estándar” (Chang, 2006), es decir, fórmulas organizativas que, por su éxito en un determinado país, deban extrapolarse a otros mercados. En definitiva, como apuntaba Eggertsson (2005), no debemos olvidar que realizar “trasplantes institucionales” de un país a otro o de una sociedad a otra supone importantes riesgos.

Trasladando tales apreciaciones a las opiniones referentes a la conveniencia o no de un modelo unificado entre los órganos de regulación y competencia, es importante la matización de Fels y Ergas (2014) sobre el tamaño de la economía en la cual se aplicaría dicho diseño. En su opinión, las ventajas de un modelo integrado serían especialmente significativas, o esperadas, en países de tamaño reducido, en los que las economías de escala y el ahorro de costes primarían sobre los posibles beneficios de la especialización de un organismo. De hecho, Jenny (2016) considera que atribuir a una autoridad de competencia funciones regulatorias en determinados mercados puede crear dificultades, especialmente en aquellos sectores que requieren una política de desregulación y apertura a la competencia (monopolios legales, por ejemplo, o sectores de red con fuerte presencia de una entidad incumbente) propia de

²³⁰ Jenny (2016)

reguladores sectoriales y muy diferente, sin embargo, a las políticas de protección de la competencia propias de este otro tipo de autoridades. Es por ello que algunos países, como Francia, han optado por mantener tales funciones en organismos diferenciados, pero manteniendo herramientas de coordinación sobre cuestiones de interés mutuo. Por ejemplo, la autoridad de la competencia en Francia, cuando se ocupa de una cuestión de competencia en un sector regulado, debe solicitar la opinión del regulador sectorial, cuyo dictamen no es vinculante para la decisión de la autoridad de competencia, pero que se hace público. El responsable de competencia debe justificar, en su caso, la no aceptación de la opinión del regulador. Del mismo modo, cuando el regulador se ocupa de una cuestión técnica que pueda tener repercusiones en la competencia, debe consultar a la autoridad competente sobre las consecuencias para la competencia de sus decisiones regulatorias²³¹.

Para Kovacic y Hyman (2012), las sinergias esperadas con la integración sólo surgirían si las funciones que se combinan son verdaderamente complementarias y no consisten en un cúmulo de tareas sin relación ninguna (o peor, que pueden entrar en conflicto entre sí). Cuanto mayor sea la diversidad de funciones, menores serán las sinergias y mayor el tiempo que requerirá una agencia multifunción para ganar credibilidad en el desarrollo de dicha multiplicidad de funciones.

En definitiva, pese a las diferencias obvias existentes entre las funciones de un regulador sectorial y una autoridad de defensa de la competencia, y a la conveniencia o no de unificar ambas funciones en un mismo órgano independiente, lo cierto es que los dos tipos de funciones deben estar coordinadas necesariamente en la aplicación de sus políticas, y esto puede hacerse favoreciendo mecanismos de coordinación entre ambas o bien, como en el caso de España, uniendo esas dos funciones en una misma organización institucional.

Para García-Verdugo (2015), la segunda opción, esto es, la fusión de organismos, favorece el aprovechamiento de sinergias y complementariedades entre ambos tipos de funciones. Así, la autoridad de competencia puede verse beneficiada del conocimiento técnico y especializado propio de los reguladores sectoriales y, a su vez, estos últimos, pueden aprovechar el conocimiento trasversal de los mercados propio de los responsables de competencia.

Por otro lado, al ser un paso más allá en la necesaria coordinación entre ambos tipos de organismos, la unificación debería tender a limitar los conflictos de

²³¹ Para que este sistema de entidades diferenciadas y coordinadas funcione correctamente es necesario, como señala Jenny (2016), que estén perfectamente delimitadas las funciones y competencias de cada organismo, como ocurre en Francia. Dicha falta de delimitación clara de competencias ocasionó en España importantes fricciones entre reguladores y autoridad de competencia en el modelo anterior a la unificación.

competencia en ámbitos u operaciones concretas en los que ambos coinciden. Es cierto que esto último puede conseguirse sin llegar a unir en una misma entidad las dos instituciones, pero en el caso de España no debe obviarse que éste era precisamente uno de los problemas existentes en el modelo institucional aplicado antes de la creación de la CNMC y fue una de las razones que apoyaron el diseño de este nuevo modelo. En esa etapa existieron problemas de coordinación importantes entre la autoridad de competencia (CNC) y algunos reguladores sectoriales, especialmente la CMT. Ambos órganos mostraron públicamente importantes divergencias en sus criterios y decisiones, con los problemas de inseguridad jurídica que ello conllevaba. Estos problemas de coordinación en la etapa anterior al modelo actual no fueron baladís, y de hecho tuvieron que resolverse en los tribunales competentes.

Entonces, en el caso de España, ¿los problemas de coordinación entre regulación y competencia que existían con organizaciones independientes se han resuelto con el modelo unificado actual? La respuesta parece clara: No.

La CNMC se diseñó, como se describió con mayor detalle en el capítulo anterior, con un sistema de direcciones separadas por funciones, especializadas tres de ellas en un ámbito sectorial concreto y una cuarta en las funciones de competencia. Paralelamente, se añadieron otros departamentos horizontales cuyo objetivo era precisamente facilitar la coordinación con los anteriores (es el caso del departamento de “*advocacy*”, la secretaria general, el departamento de control interno, asesoría jurídica, etc.). En paralelo, se diseñaron mecanismos de coordinación de funciones tales como la posibilidad de realizar informes cruzados entre las salas de regulación y competencia o la posibilidad de recurrir al Pleno del Consejo en caso de desacuerdos importantes entre las decisiones de las dos salas. Pero, es precisamente el diseño de las dos salas dentro del Consejo, la de competencia y la de supervisión regulatoria, lo que mayores problemas de des-coordinación y fricción interna ha generado dentro de la CNMC.

Este diseño puede ser beneficioso desde el punto de vista de la especialización. En una organización del tamaño de la CNMC la separación de las decisiones en dos salas independientes parece que podría favorecer la flexibilidad y la rapidez en el desarrollo de la actividad. Sin embargo, su diseño no estaba previsto inicialmente en el Proyecto de Ley que se presentó en el Parlamento, sino que fue el resultado de una enmienda posterior incorporada durante la tramitación de la Ley, en parte para tratar de frenar las críticas de la Comisión Europea, así como las realizadas por los distintos partidos políticos durante el debate parlamentario de la iniciativa.

Transcurridos tres años desde su entrada en funcionamiento, la separación del Consejo en dos salas ha influido negativamente en la coordinación necesaria entre las

tareas de regulación y de competencia en el seno de la CNMC. Aunque, como se ha indicado, la ley preveía mecanismos de coordinación entre ambas salas, lo cierto es que tales mecanismos no han funcionado, o al menos no han reducido los problemas generados entre ambas salas, que han tendido a actuar, en ocasiones, como si de organismos diferenciados e independientes se tratara, y no como dos partes de una misma entidad.

Con todo, ¿estaba justificada la aplicación del nuevo modelo? Aunque indudablemente existen opiniones en ambos sentidos, a favor y en contra, lo cierto es que el modelo en sí, su diseño como un modelo unificado de regulación y competencia no debía suponer, en sí mismo, un problema. En la nota sobre España de la OECD (2014) se calificaba de “razonable” el cambio de modelo aplicado, puesto que el anterior, basado en reguladores sectoriales especializados, fue diseñado al comienzo del proceso de liberalización acometido en España y la situación competitiva de los sectores afectados, en particular de las telecomunicaciones y la energía, habían variado notablemente desde entonces, existiendo además importantes convergencias entre dichos sectores. La nueva situación de la economía española obligaba a la coordinación entre las políticas de regulación y de promoción de la competencia. De hecho, el citado documento señaló que si bien había transcurrido poco tiempo desde la implementación del nuevo modelo, el diseño organizativo integrado presentaba importantes beneficios potenciales para los consumidores en particular y para la economía en general, aunque sin obviar que para la completa integración de los organismos precedentes en la nueva estructura debe transcurrir un mayor plazo de tiempo que permita integrar completamente funciones, estructuras e instituciones muy diferentes entre sí.

A la vista de lo sucedido durante los tres años de funcionamiento, y las opiniones de distintos organismos y medios especializados, parece que el problema no ha sido la aplicación de un modelo integrado de regulación y competencia, sino la falta de coordinación interna entre ambos tipos de funciones, que han hecho que no se haya aplicado un verdadero modelo integrado, sino que - en la práctica - la CNMC se haya comportado como si hubiese dos organismos independientes dentro de su seno. Dichas discrepancias, que tienen su origen en las desavenencias entre los propios consejeros (y algunos directores) de la CNMC, han terminado por afectar el normal funcionamiento del Consejo²³².

²³² Parte de estos problemas han derivado de las actuaciones de la Dirección de Promoción de la Competencia, que es un área dependiente del presidente, y no una de las cuatro direcciones de instrucción creadas en la CNMC. En concreto, parece que la decisión del presidente de reducir determinadas competencias de la Sala de Competencia en favor de dicha Dirección de Promoción, habría generado tensiones internas dentro de este organismo.

En este sentido, la opinión de García-Verdugo (2015) es que la solución a tales problemas de coordinación no es rechazar el modelo integrado para aplicar un modelo multisectorial, “a la alemana”, con una autoridad de competencia independiente y un regulador de carácter multisectorial, sino tratar de solucionar los citados problemas de coordinación sobre la base del diseño y la estructura organizativa existente.

Pero son muchas más las opiniones que defienden lo contrario, y apuestan por el retorno a un modelo de doble autoridad. Como señala Petitbó (2016), esto solo tendría un riesgo, vencer la deriva intervencionista de los órganos de reguladores. En su opinión, junto a dicha separación de funciones, la independencia orgánica y la fusión del órgano de competencia con las funciones de defensa de los consumidores y usuarios supondrían un avance importante.

Trillas y Xifré (2016) también consideran injustificado el modelo unificado. En su opinión, la coordinación de las políticas de regulación y competencia tiene sentido en sectores liberalizados pero ello no justifica la posición extrema de integrar casi toda la regulación y la política de competencia en una sola agencia, especialmente cuando la integración no está diseñada con el bienestar del consumidor como objetivo principal. Esta posición extrema no se justifica ni por razones de productividad ni de competitividad, ya que la relación entre las instituciones de regulación y la política de competencia no está bien establecida.

Así pues, transcurridos tres años desde la entrada en funcionamiento del modelo unificado en España, parece que la respuesta a la pregunta planteada en este apartado es que el modelo unificado no ha funcionado bien en España. En esta situación, opinar sobre si han existido realmente ventajas comparativas en relación con el modelo precedente que existía en España es prácticamente imposible, fundamentalmente porque, como se ha avanzado (y se ahondará en los apartados siguientes de este mismo capítulo) los problemas de funcionamiento interno de la CNMC han impedido valorar si realmente el problema es el propio modelo unificado o el diseño y funcionamiento interno de la CNMC.

En otros países, como en Holanda, el modelo integrado parece que sí está funcionando, pero es cierto el tamaño de la economía de este país no es comparable con la española. En el caso de los países con un tamaño reducido, puede pesar negativamente el mantenimiento de entidades diferenciadas para las tareas de regulación y competencia, por lo que la fusión de ambos tipos de organismos permitiría el aprovechamiento de economías de escala y una reducción de costes.

Al tamaño hay que añadir también el contexto en el que se produce la fusión. En el caso de Australia, por ejemplo, la decisión de unificación de tareas en la ACCC vino dada, en gran medida, por la percepción de “fracaso” del regulador de

telecomunicaciones. Teniendo en cuenta las particularidades de cada país, su situación de partida y las razones que justifican o no el cambio de modelo, la adecuación o no de la unificación dependerá de factores concretos y su éxito o fracaso del diseño y adaptación al nuevo modelo.

En España no se darían, a priori, las condiciones de tamaño que justificasen la fusión de todos los organismos en un único órgano de supervisión, y tampoco había “fracasado” el modelo anterior como para justificar el cambio de diseño planteado. Las posibles razones que justificaron la aplicación del modelo unificado en España ya fueron descritas ampliamente en el CAPÍTULO 5 anterior, y entre ellas parece que jugaron un papel importante las de carácter político.

En todo caso, la situación actual y la experiencia adquirida obligarían a buscar posibles soluciones, que pasarían bien por rediseñar el modelo actual unificado buscando solucionar las dificultades de funcionamiento observadas en la actual CNMC, o bien por abandonar el modelo unificado y plantear la separación de las funciones de regulación y competencia en órganos diferenciados e independientes. Tales posibilidades, así como las ventajas e inconvenientes de cada una de ellas se analizarán con detalle en el apartado 6.4 de este capítulo.

6.3 Análisis del funcionamiento de la CNMC: Principales problemas y grado de desempeño

Si en el capítulo anterior se ha tratado, fundamentalmente, el diseño de la CNMC y el modelo elegido para su implementación, con las ventajas y desventajas (o críticas) derivadas del mismo, parece necesario avanzar un paso más en el análisis de esta nueva Comisión y valorar su funcionamiento real, así como las posibles diferencias con los reguladores sectoriales y la autoridad de competencia que existían antes de su fusión.

Lo cierto es que, como ya se ha indicado, en los apenas cuatro años que han transcurrido desde su creación, la CNMC y el modelo institucional único aplicado en España han sido objeto de numerosas críticas basadas tanto en los “errores” de diseño de esta nueva Comisión, su falta de independencia y los problemas derivados del nombramiento de sus consejeros, como en aspectos concretos derivados de su actividad, como la falta de eficacia de sus resoluciones, la cuantía de las sanciones impuestas o los problemas internos de funcionamiento de la institución que han trascendido y paralizado la toma de decisiones en su seno.

Como se verá, gran parte de los problemas de funcionamiento de la CNMC derivan de la falta de consenso con la que se produjo su creación. Como señala Ariño

Ortiz (2007, pág. 2), *“las Administraciones independientes sólo son viables cuando sobre un tema existe un consenso político previo, por el que todas las fuerzas coinciden en mantener determinadas funciones y objetivos estatales como algo imparcial, estable y permanente, cualquiera que sea la orientación política que prevalezca en un momento determinado”*. En el caso de la CNMC no se dieron tales circunstancias y dichas desavenencias iniciales se han mantenido, posteriormente, y en distinto grado, a lo largo de su funcionamiento durante estos años.

En este capítulo se tratará de profundizar en tales cuestiones y valorar la posible justificación o no de tales críticas en base a criterios objetivos sobre la implantación y funcionamiento de la CNMC en los años transcurridos desde su creación. Para ello, por un lado, se tratan los problemas derivados del diseño de la CNMC y su organización interna y, por otro, los problemas observados en su funcionamiento.

6.3.1 Los problemas derivados del diseño organizativo de la CNMC

6.3.1.1 Falta de coordinación interna: El problema de las salas

Las dificultades de coordinación interna dentro de la CNMC son un problema que se ha venido observado desde el momento de su entrada en funcionamiento, quizá como consecuencia de su elevado tamaño y la cobertura de un ámbito de competencias que es, a la vez, amplio y dispar. Este es claramente un problema de diseño. Tales dificultades se han dejado sentir en los conflictos que se han venido produciendo – como ya se ha apuntado – entre las dos salas (de supervisión y competencia) creadas dentro del pleno, en un intento por separar las funciones de regulación y competencia, y cumplir así con las exigencias europeas.

En concreto, se crearon dos salas dentro del consejo de la CNMC, la de competencia presidida por el presidente de la Comisión y la de regulación presidida a su vez por la vicepresidenta de la CNMC. Dicho diseño, que inicialmente no estaba previsto en el Anteproyecto de Ley de creación de la CNMC fue incorporado en la última fase de su tramitación en el Parlamento, respondiendo en gran medida a las fuertes críticas realizadas por parte de casi todos los grupos políticos, así como a las opiniones de la Comisión Europea. Pero, lo cierto es que las reticencias iniciales sobre el diseño se fueron concretando en la falta de viabilidad del modelo y los graves problemas de funcionamiento que se han ido generando. Tales problemas derivan de las opiniones contrarias de algunos de los miembros de la Sala de Competencia y la presentación de votos particulares en las resoluciones emitidas por esta sala. En la práctica, buena parte de dichas discrepancias serían una muestra de las luchas internas

entre los consejeros de la CNMC y, quizás, del soterrado propósito de obstaculizar el normal funcionamiento del organismo²³³.

Lo cierto es que ese diseño organizativo ha limitado en gran medida el aprovechamiento de sinergias entre tales decisiones. Mientras que, por una parte, se diseñó un modelo unificado, por otra, se estableció una separación clara entre ambos tipos de decisiones que, posteriormente, y por los problemas internos del propio Consejo de la CNMC, ha derivado en una absoluta separación entre ambas salas y el desconocimiento de las decisiones y criterios utilizados por cada una de ellas. De hecho, no se ha aprovechado la posibilidad de realizar informes cruzados sobre aquellas cuestiones que afectan a ambas salas, como se preveía en la Ley de creación de la CNMC (art. 21.2.). Además, en las limitadas ocasiones en que estos informes se han realizado, no se han hecho públicos.

En definitiva, se diseñó un modelo unificado, pero en la práctica se ha creado una institución bajo cuyo techo coexisten dos organismos diferenciados e independientes, por un lado el responsable de la regulación sectorial y por otro la autoridad de defensa de la competencia.

La separación de las dos salas dentro del Consejo parece uno de los primeros problemas que deberían abordarse en el seno de la CNMC para facilitar su mejor funcionamiento y el cumplimiento de sus funciones. Algunos autores, como García-Verdugo (2015) consideran que una posible solución a tales problemas sería que tanto el presidente como el vicepresidente de la CNMC formasen parte de las dos salas, lo que permitiría a ambos conocer las decisiones y actividad del organismo. De hecho, así se contemplaba en una primera versión de la Ley de creación de la Comisión que posteriormente se modificó en la fase de enmiendas.

Otra dificultad derivada del diseño de las dos salas sería la rotación de los consejeros entre una y otra prevista en la Ley de creación. Dicha rotación dificulta la especialización en un determinado tipo de temas. Parecería más adecuado evitar esta rotación y facilitar la especialización de los consejeros y, al mismo tiempo, diseñar sistemas de coordinación que permitieran a los responsables de la CNMC tener una visión de conjunto de la institución y de los asuntos tratados por las distintas áreas.

Finalmente, la ausencia de sinergias y la falta de una verdadera integración de los organismos fusionados en el seno de la CNMC sería consecuencia, en parte, del diseño organizativo establecido por debajo del Consejo. Junto a lo dicho respecto a la separación de las salas, se establecieron direcciones diferenciadas para cada uno de los reguladores sectoriales, agrupándolos por mercados, y otra dirección para las funciones de competencia. Esto habría favorecido que, en la práctica, cada una de esas

²³³ Marcos (2015)

direcciones haya mantenido la “independencia” en su funcionamiento. Únicamente se crearon áreas comunes para temas de carácter administrativo, ajenas a las funciones propiamente dichas de regulación y competencia, como son recursos humanos, Administración, asesoría jurídica, etc. A diferencia de lo ocurrido en otros países, como en Holanda, en España no se crearon grupos de trabajo multidisciplinares que habrían favorecido la aparición de sinergias y la creación de una verdadera institución única (Delgado & Otero, 2015).

6.3.1.2 *El cese anticipado de los consejeros de los organismos fusionados en la CNMC*

Otro de los problemas que ha ido arrastrando la CNMC desde su creación ha sido el del cese de los consejeros de los organismos reguladores precedentes, así como de la CNC y el nombramiento de los nuevos consejeros. Este problema, que surgió antes incluso de la creación de la CNMC ha derivado, por un lado, en imposibilitar el correcto funcionamiento de este organismo y, por otro, en sentencias condenatorias por parte del Tribunal de Justicia Europeo por las decisiones de cese de los antiguos consejeros.

Los problemas se remontan al año 2011, cuando el Gobierno socialista procedió a la renovación de algunos de los consejeros de la CNC, CMT y CNE cuyos mandatos habían finalizado. El grupo parlamentario en ese momento en la oposición (PP) se opuso a dicha renovación y, ante la negativa del Gobierno, anunció que, en la siguiente legislatura, en caso de llegar al Gobierno, no respetaría tales nombramientos. La fórmula elegida para crear la CNMC, extinguiendo los reguladores existentes supuso la finalización de los mandatos de los consejeros de dichos organismos y el nombramiento de los nuevos consejeros de la CNMC²³⁴.

²³⁴La Disposición Adicional Tercera de la Ley de creación de la CNMC, sobre el régimen especial de incompatibilidad e indemnización del presidente, vicepresidente y consejeros de los organismos que se extinguen, establece que éstos, durante los dos años posteriores a su cese “no podrán ejercer actividad profesional privada alguna relacionada con el sector regulado, tanto en empresas del sector como para empresas del sector, en el caso de los Organismos Reguladores”. Añade, asimismo, que al cesar en sus cargos “tendrán derecho a percibir, a partir del mes siguiente a aquel en que se produzca su cese y durante un plazo igual al que hubieran desempeñado el cargo, con el límite máximo de dos años, una compensación económica mensual igual a la doceava parte del ochenta por ciento del total de retribuciones asignadas en el presupuesto en vigor durante el plazo indicado”. En cumplimiento de tal disposición, doce altos cargos de los reguladores (CMT, CNE, CNSP y CNC) cuya fusión originó la actual CNMC estuvieron percibiendo durante dos años tales indemnizaciones por los ceses, que variaban en función de sus respectivos puestos, entre 4.693 y 9.389 euros mensuales.

Tales discrepancias hicieron que, en el momento de la creación de la CNMC y el nombramiento de sus nuevos consejeros, el partido en la oposición (PSOE) no participase en los mismos, por lo que finalmente los miembros del nuevo Consejo fueron nombrados por el partido político en el Gobierno (PP) y dos por PNV y CIU. Desde el inicio, las discrepancias en el nombramiento de los consejeros de la CNMC han derivado en disputas internas en el seno del Consejo, en la oposición a determinadas decisiones internas de las Salas, especialmente dentro de la sala de competencia y a la presentación de numerosos votos particulares a decisiones y resoluciones del Consejo. Todo ello ha dificultado en gran medida el adecuado funcionamiento del Consejo de la CNMC provocando una ralentización en la toma de decisiones e incluso la paralización de algunas de ellas.

Desde el punto de vista jurídico, el Tribunal Supremo puso en duda la legalidad de la creación de la CNMC como regulador único al entender que podía afectar negativamente a la independencia de esta nueva Comisión respecto al Gobierno e incumplir las directivas comunitarias que regulan estas materias. Este proceso se inició a instancias del hasta entonces presidente de la CMT y un consejero de dicho organismo que recurrieron ante este Tribunal el cese en sus cargos coincidiendo con la creación de la CNMC. En su recurso señalaban que se trataba de un acto nulo por producirse antes de la expiración de su mandato (que era de 6 años) y sin que hubiese concurrido ninguna causa de cese de las legalmente previstas.

Por ello el Tribunal Supremo, en un auto fechado el 3 de julio de 2015 acordó plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea tres cuestiones prejudiciales para saber si efectivamente el nuevo modelo se acomodaba al marco regulador europeo. En concreto tales cuestiones hacían referencia a: a) si el cese anticipado de los consejeros de los órganos fusionados puede afectar a la independencia de la nueva Comisión; b) la compatibilidad con el marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas; y c) si las condiciones de independencia de las autoridades nacionales de regulación en materia de redes y servicios de comunicaciones electrónicas han de ser análogas a las requeridas para las autoridades nacionales de control de protección de datos personales.

El auto del Supremo señala que es cuestionable si la fusión en un solo órgano de los anteriores supervisores sectoriales resulta compatible con la configuración de los órganos nacionales de regulación de redes y telecomunicaciones que se desprende de la Directiva 2002/21/CE, que *“exige que las autoridades nacionales dispongan de un órgano regulador propio, no integrado en otro superior, de modo que quede suficientemente garantizada no solo su independencia sino también su capacidad y competencia técnica”*. Asimismo, pone en duda *“la existencia de razones suficientes para considerar si, con ocasión de una reforma legal que reordena la organización general de los órganos reguladores, es posible no respetar la totalidad del mandato de*

*los consejeros y presidente de la CMT inicialmente previsto... sin que los titulares del órgano hubieran incurrido en ninguna de las causas legales existentes*²³⁵. Tras el escrito del Supremo, se abrió el plazo para el pronunciamiento del abogado general de la UE y, posteriormente, el fallo del Tribunal de Justicia de la UE.

El 19 de octubre de 2016, el Tribunal de Justicia de la UE emitía sentencia sobre tales cuestiones resolviendo que la fusión de los organismos reguladores era compatible con la normativa comunitaria, pero el cese anticipado de los miembros del Consejo de la CMT infringía la normativa comunitaria respecto a la exigencia de independencia de los reguladores nacionales de telecomunicaciones. En concreto, el Tribunal europeo señalaba que *“los Estados miembros velarán porque los consejeros del órgano (regulador) solo puedan ser destituidos en caso de que dejen de cumplir las condiciones requeridas para el ejercicio de sus funciones”*.²³⁶

Dicha sentencia tiene dos consecuencias importantes: por un lado, al estimar los recursos de los citados consejeros de la CMT, anula sus ceses y obliga al Gobierno a ser restituidos en sus cargos. Por otro, implica que todos los ceses vulneraron el derecho comunitario, si bien, al no haberlo denunciado, al resto de afectados no les asiste el derecho a una restitución de sus puestos²³⁷.

Junto al caso de Hungría, descrito en el Cuadro 3, también existía en España otro precedente: La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 9 de julio de 2008 en la que se estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo deducido contra Acuerdo del Gobierno de la Generalitat de 31 de mayo de 2005, sobre cese del director de la Agencia Catalana de Protección de Datos (ACPD). El 31 de mayo de 2005 el Govern de la Generalitat de Catalunya decidió la separación del entonces Director de la ACPD imputándole incumplimiento de sus obligaciones concernientes a la salvaguarda de la independencia y objetividad del Organismo, y perjuicios a los ciudadanos y a la imagen de la Agencia al amparo de art. 13.3 c) de la Ley 5/2002, de 19 de abril, de la ACPD donde se enuncia como causa de cese: la *“separación acordada por el Gobierno, previa instrucción del correspondiente expediente, a propuesta de las tres cuartas partes de los miembros del Consejo Asesor, por incumplimiento de sus obligaciones, incompatibilidad, incapacidad sobrevenida para el ejercicio de sus funciones o condena por delito doloso”* (Rallo Lombarte, 2012, pág. 247). Recurrido dicho cese, fue anulado por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 31 de mayo de 2008 por no ser conforme a derecho, otorgándole al ex-director una indemnización compensatoria pero sin reponerlo en su cargo, al no

²³⁵ Muñoz (2015)

²³⁶ La sentencia se refiere únicamente al presidente y un consejero de la CMT puesto que fueron los únicos que recurrieron ante el Tribunal Supremo el cese anticipado de su mandato. Los ceses, sin embargo, afectaron a 17 consejeros de la CNE, CMT y CNSP.

²³⁷ De Miguel & Monforte (2016)

haberse razonado suficientemente las causas de su cese ni concretar la conducta que constituyó tal inobservancia o cercenación de sus atribuciones.

Cuadro 3. El precedente de Hungría en el cese anticipado de consejeros

Ya existían precedentes en la jurisprudencia europea sobre una situación asimilable a la de España que hacían prever cual iba a ser el desenlace de esta cuestión. En concreto, la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 8 de abril de 2014 (Caso C-288/12, Comisión vs Hungría), se ocupa del caso del cese anticipado de un regulador por creación de una nueva Autoridad independiente y supresión de la anterior.

El 8 de junio de 2012 la Comisión Europea demandaba a Hungría por incumplir las obligaciones derivadas de la Directiva 95/46/CE al destituir anticipadamente al supervisor de protección de datos, nombrado por el Parlamento para un periodo de 6 años. Dicho supervisor, cesado el 1 de enero de 2012 por creación de un nuevo órgano regulador, fue nombrado el 29 de septiembre de 2008, por lo que su mandato finalizaba en septiembre de 2014. Para la Comisión Europea, esta destitución anticipada vulneraba la independencia exigida por la Directiva 95/46/CE, y la subsanación de la infracción obligaba a restituir en el cargo al anterior supervisor de protección de datos durante el período de tiempo de su mandato restante sin que la destitución anticipada pudiera justificarse salvo “por razones imperiosas y objetivamente verificables”.

Las Conclusiones del Abogado General Melchior Wathelet emitidas el 10 de diciembre de 2013 resultaron plenamente coincidentes con la posición de la CE y propusieron declarar el incumplido por Hungría del art. 28.1 de la Directiva 95/46/CE. Dicho abogado subrayó el impacto de la futura sentencia del Tribunal de la UE en la garantía de la independencia de los reguladores nacionales en otros sectores: “una sentencia del Tribunal de Justicia que declare la existencia de un incumplimiento en el presente asunto tendría una enorme importancia, no sólo para las autoridades creadas al amparo del artículo 28.1 de la Directiva 95/46/CE, sino también para cualquier otra autoridad independiente creada en aplicación del Derecho de la Unión. Garantizando a estas autoridades independientes la estabilidad de su mandato hasta su expiración prevista, salvo que concurren razones graves, preestablecidas por la ley y objetiva-mente comprobables, esta sentencia tendría el efecto de limitar considerablemente el riesgo pernicioso de “obediencia anticipada” a actores externos, ya sean públicos o privados. Tal sentencia haría desaparecer “la espada de Damocles” que representa la amenaza paralizante de terminación anticipada de su mandato”.

Finalmente, la sentencia del Tribunal de Justicia, ha asumido la totalidad de las Conclusiones emitidas por el Abogado General y ha zanjado definitivamente las dudas existentes sobre la vulneración de la independencia que deriva del cese anticipado de los reguladores por el legislador: El hecho de que esta terminación antes de tiempo obedezca a un cambio de modelo institucional no puede hacerla compatible con la independencia de las autoridades de control... los Estados miembros son libres de adoptar y modificar el modelo institucional que consideren más adecuado para sus autoridades de control. No obstante, deben en este marco velar por que no se limite la independencia de la autoridad de control... la cual implica la obligación de respetar la duración del mandato de tal autoridad”. Por todo ello, el TJUE declaró que Hungría había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud de la Directiva 95/46/CE al poner fin antes de tiempo al mandato del regulador por la decisión legislativa que extinguía el organismo y creaba uno nuevo de ámbito competencial más extenso.

Teniendo en cuenta la jurisprudencia europea descrita, España habría incumplido el derecho comunitario en el cese anticipado de los consejeros de los órganos fusionados en la CNMC y el nombramiento de nuevos responsables.

6.3.2 Los problemas derivados de su funcionamiento

6.3.2.1 Independencia de la CNMC

La creación de agencias de regulación y competencia independientes responde al objetivo primordial de separar las decisiones y actuaciones de estos organismos del Gobierno y de las decisiones políticas. Así se reconoce en el artículo 2 de la Ley 3/2013 de creación de la CNMC: *“La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia está dotada de personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada y actúa, en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines, con autonomía orgánica y funcional y plena independencia del Gobierno, de las Administraciones*

Públicas y de los agentes del mercado. Asimismo, está sometida al control parlamentario y judicial”.

Sin embargo, en buena parte de este tipo de organismos, en general, y en el caso de la CNMC en particular, se mantiene su vinculación orgánica con el Gobierno. En el caso español, el propio artículo 2 de la citada ley de creación de la Comisión señala que *“está adscrita al Ministerio de Economía y Competitividad, sin perjuicio de su relación con los Ministerios competentes por razón de la materia en el ejercicio de las funciones a que se refieren los artículos 5 a 12 de esta Ley”*. En definitiva, la CNMC se constituye como un órgano independiente tanto del poder político como de los mercados y *“sin perjuicio de la colaboración con otros órganos y de las facultades de dirección de la política general del Gobierno ejercidas a través de su capacidad normativa”, ni el personal ni los miembros de los órganos de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrán solicitar o aceptar instrucciones de ninguna entidad pública o privada”*.

En este sentido, el caso de la CNMC no es un caso aislado. En muchos países, las autoridades independientes, de regulación o de competencia, están adscritas a un Ministerio o bajo la responsabilidad de éste, pero, a pesar de ello, mantienen su independencia funcional de dicho ámbito gubernamental dado que el Ministerio no interfiere directamente en su funcionamiento o en las decisiones del mismo. En la mayoría de ellos, incluso, se recoge legislativamente la prohibición de recibir (o pedir) instrucciones al Gobierno. En otros países, sin embargo, sus autoridades están adscritas a un Ministerio y sujetas a su supervisión pudiendo recibir instrucciones generales en el desarrollo de sus funciones (como la CMA en el Reino Unido o la ACCC en Australia).

Otros países, por el contrario, han optado por separar sus autoridades de la competencia del Ministerio o departamento gubernamental correspondiente para mejorar la independencia real (o percibida) de la autoridad.

En todo caso, es importante tener en cuenta la opinión de OECD (2015, pág. 5), que señala que, pese que a un elevado grado de independencia de los reguladores y órganos de competencia es altamente deseable para su adecuado funcionamiento y eficacia, la autonomía institucional completa de estos organismos puede no ser siempre deseable o práctica. Por ejemplo, la rendición de cuentas al Ministerio responsable puede ser adecuada como forma de someter a la autoridad de competencia a la supervisión administrativa del regulador, lo que no supone que pueda influir en sus decisiones. También puede haber ciertas funciones de política de competencia para las que la autoridad correspondiente preferiría no estar totalmente separada del proceso político, puesto que, por ejemplo, la defensa efectiva de la competencia en determinados mercados puede resultar más sencilla cuando puede

establecerse un diálogo con determinadas áreas del Gobierno. Por supuesto, pueden emplearse otros mecanismos de coordinación que no requieran necesariamente la adscripción orgánica de la autoridad de competencia o del regulador con un Ministerio. Lo importante, señala la OECD (2015), es que la autoridad de competencia no quiera estar tan aislada del Gobierno (ya sea como resultado del diseño institucional u otros factores) que pierda "relevancia" en el proceso de formulación de sus políticas.

Kovacic y Wineman (2015) establecen cuatro requisitos para garantizar la independencia política de las autoridades de competencia: a) requerimiento legal de independencia y de no recibir ni pedir directrices políticas para su funcionamiento; b) no revisión judicial de las decisiones de la agencia; c) independencia de presiones de los mercados y empresas públicas o privadas vinculadas a la actividad de la agencia; y d) independencia financiera de la agencia de forma que su presupuesto no dependa de decisiones políticas.

Indudablemente, existen aspectos formales y organizativos con una gran influencia en la independencia del regulador, como ocurre con las condiciones del nombramiento de sus consejeros y los plazos de sus mandatos. El nombramiento de los miembros del regulador entre personas de reconocida competencia y con una alta cualificación para el desarrollo de sus funciones, así como la confirmación del nombramiento por el Parlamento (y no de forma unilateral por el Gobierno) son factores importantes de cara a garantizar el mayor nivel de independencia política. Parece claro, además, que la fijación de mandatos largos puede influir favorablemente en la independencia como también el hecho de que tales mandatos no sean renovables una vez finalizado el mismo, ya que en tal caso existiría la posibilidad de que adaptasen sus decisiones para tratar de "agradar" a la autoridad u órgano de Gobierno encargado de su nombramiento en el último tramo de su mandato para garantizar así su renovación. De igual forma, el escalonamiento en el nombramiento de los consejeros también contribuiría favorablemente a su independencia, puesto que disminuye la posibilidad de utilizar dichas renovaciones para asegurarse mayorías decisorias en el consejo. Y finalmente, la existencia de causas de cese tasadas y predefinidas por ley también contribuye a la mejorar la independencia política del regulador, evitándose así situaciones límite en que un miembro del consejo pueda ser retirado de su cargo por supuestas desavenencias u opiniones con los objetivos del Gobierno.

En el caso de la CNMC, si bien se tomaron algunas medidas tendentes a favorecer el grado de independencia del nuevo organismo, que ya fueron comentadas en el capítulo anterior, siguió manteniéndose una fuerte vinculación política de los consejeros en el momento de su nombramiento. Además, dadas las desavenencias existentes entre los distintos partidos políticos en el momento de la propuesta de

consejeros para la CNMC, todos ellos fueron finalmente nombrados por el Gobierno y los partidos políticos que apoyaron a éste en la aprobación de la Ley de creación del Consejo. La independencia política de alguien que ha sido propuesto por un determinado partido político puede ser cuestionable. Por ello, la legislación exige tanto la comparecencia en el Parlamento de los candidatos propuestos por el Gobierno como la posibilidad de veto de los miembros de la Comisión del Congreso por mayoría absoluta.

Y si no existe independencia en el nombramiento de los miembros del Consejo, no existe tampoco en el nombramiento de los directores de las distintas direcciones técnicas de la CNMC. Los miembros del Consejo de la CNMC y también los directores generales deberían ser nombrados mediante un proceso verdaderamente abierto, basado en el mérito y abierto de manera efectiva a personas ajenas a la institución.

Respecto a su financiación, parece claro que la autoridad de regulación y competencia debe tener una independencia financiera en el sentido de que sus decisiones o actuaciones no puedan en ningún caso ser premiadas o castigadas con determinados efectos sobre su presupuesto. Por otro lado, si la autoridad se beneficia directamente de las multas y sanciones que impone existe la posibilidad de que su independencia se vea afectada. Parece recomendable que tales sanciones se destinen al presupuesto general y no al presupuesto específico de la agencia, aunque esto no ocurre en todos los países. Por ejemplo, las autoridades de competencia de Portugal, Bulgaria y Perú están financiadas en parte por las multas impuestas.

En general, varios países han ido introduciendo recientemente algunas reformas en la financiación de sus autoridades de competencia tendentes a diversificar y, en todo caso, facilitar la autofinanciación del organismo evitando su dependencia del Gobierno y de los presupuestos generales. Tal es el caso de Italia, donde su autoridad de competencia estableció un nuevo sistema de financiación, cuya vigencia comenzó en 2013 y que establecía una contribución obligatoria por parte de las sociedades constituidas en Italia cuyo volumen de negocios superase los 50 millones de euros. Esta contribución sustituye a los anteriores recursos financieros de la Autoridad italiana de la competencia, esto es, el presupuesto público y las tasas de fusión. Otro ejemplo es el de Portugal, que modificó en 2014 el sistema de autofinanciación parcial de su autoridad de competencia pudiendo ésta cobrar honorarios por los servicios prestados, percibir el 40% de las multas impuestas por incumplimiento del principio de competencia, ingresos por vía de impuestos a los reguladores sectoriales (fijados anualmente por el Ministro de Hacienda para cada regulador sectorial y que deben estar comprendido entre el 5,5% y el 7% de los recursos propios del regulador) y, finalmente, si fuese necesario, puede recibir una asignación presupuestaria del Ministerio de Economía.

En el caso de la CNMC, pese a tener patrimonio propio, sus recursos derivan de los Presupuestos Generales del Estado, lo que reduce en la práctica su nivel de independencia. De hecho, podría ocurrir que, ante la falta de acuerdo del Gobierno con las decisiones de la CNMC, éste pudiera recortar la asignación presupuestaria prevista, o bien que, en situaciones de crisis económica, el presupuesto de dicha institución se viera reducido, generando así una inestabilidad temporal de dicho organismo²³⁸.

Vinculado a tales cuestiones de financiación y a su falta de independencia económica se encuentra uno de los problemas observados en el funcionamiento de la CNMC: la imposibilidad de administrar sus recursos y, por tanto, las dificultades reales para poder contratar libremente a su personal. Jenny (2016) destaca en su estudio que para que una autoridad de competencia pueda realizar una gestión eficaz de sus recursos es necesario que pueda elegir al personal más cualificado y que, además, utilice sus recursos de la manera más eficaz para el cumplimiento de sus objetivos. Esto no siempre ocurre, y en muchas ocasiones, como en España, las autoridades de la competencia no tienen libertad para elegir a su personal a través de un proceso abierto, transparente y competitivo, pudiendo contratar únicamente personal de los antiguos reguladores sectoriales o bien desde el Ministerio al cual está vinculado el organismo.

Este tipo de limitaciones puede tener importantes consecuencias para el desarrollo de las funciones del organismo de regulación y competencia. En ocasiones, como señala Jenny (2016), los Gobiernos tienden a priorizar las funciones de vigilancia de la competencia en detrimento de las reguladoras, lo que genera un problema de reasignación de funcionarios que tienen cierta experiencia económica en tareas diferentes. Las tareas de competencia requieren habilidades analíticas legales y económicas diferentes de las que son útiles en la regulación. Por lo tanto, los funcionarios con experiencia en la regulación económica pueden no ser los mejores preparados para manejar casos de competencia. Además, cuando tienen una larga experiencia en la regulación, pueden tener menos flexibilidad para adaptarse a una nueva tarea.

6.3.2.2 *Pérdida de competencias reguladoras*

Otro de los problemas que ha generado mayores críticas a la CNMC ya desde el momento de su creación y que se han mantenido posteriormente por parte de la Comisión Europea ha sido la pérdida de competencias de este organismo y el traspaso de algunas de ellas hacia los Ministerios del ramo en el momento de su creación. Tal y

²³⁸ García-Verdugo (2015)

como se recoge en el preámbulo de la Ley de creación de la CNMC, el objetivo era traspasar a los Ministerios competentes determinadas funciones *“para cuyo desempeño no se requiere una especial independencia”*, así como otras de *“escasa utilidad”*.

Si bien las presiones de los propios organismos reguladores y las opiniones contrarias de la Comisión Europea llevaron a limitar el número de funciones traspasadas a Ministerios en mayor medida de lo inicialmente previsto en el borrador del Anteproyecto, lo cierto es que la CNMC perdió determinadas funciones que hasta su constitución estaban atribuidas a la CNE y CMT (disposiciones adicionales 6 a 11 de la Ley de creación de la CNMC).

En febrero de 2015 la Comisión Europea abrió expediente a España por haber privado a la CNMC de tales competencias en el sector energético y de telefonía; en concreto, la competencia para fijar los peajes eléctricos o parte regulada de la tarifa de la luz. Esto último otorgaría al Gobierno la capacidad de variar la tarifa para ciertas industrias, convirtiéndose así en un instrumento de intervención.

En septiembre de 2016 la Comisión Europea envió a España un dictamen motivado justificando la pérdida de independencia de la CNMC y el incumplimiento de las directivas de electricidad y gas de 2009. Tras las alegaciones realizadas por el Gobierno de España, la Comisión estudia su denuncia ante el Tribunal de Justicia Europeo.

El propio presidente de la CNMC ha requerido mayor capacidad y funciones para este organismo en su comparecencia ante la Comisión de Economía en octubre de 2016. Respecto al mercado eléctrico señaló que sus actuaciones *“serían mucho más eficaces si la CNMC tuviera las competencias que establecen las directivas europeas; somos el único regulador de la energía de la UE cuyas decisiones en ámbitos muy relevantes no son vinculantes”*. También solicitó un mayor *“desarrollo de un marco regulador del sector postal, el ferroviario o el de los transportes por carretera”*.

En este sentido, es interesante la comparativa de las funciones atribuidas a la CNMC en materia de telecomunicaciones, con las competencias de los principales reguladores de este sector en el ámbito europeo.

De la comparación de competencias recogida en la Tabla 10 se extrae claramente que la CNMC dispone de menos funciones regulatorias en el sector de las telecomunicaciones que un regulador sectorial convergente, como es el caso de OFCOM en Reino Unido, y también de un regulador de carácter multisectorial, como es el caso de BNETZA en Alemania. En el caso de Holanda, cuyo organismo unificado sería directamente comparable con el caso de la CNMC, dispone de mayores competencias en este ámbito que el regulador español.

Tabla 10. Comparativa de las competencias de los principales reguladores europeos en el sector de las telecomunicaciones

COMPETENCIAS	Holanda ACM	Reino Unido OFCOM	Alemania BNETZA	Portugal ANACOM	Dinamarca DBA	Francia ARCEP	España CNMC
Competencias en redes y servicios de comunicación electrónica							
Registro de operadores	si	si	si	si	n.a	no	no
Definición de mercados e identificación de operadores SMP	si	si	si	si	si	si	si
Imposición de obligaciones a SMP	si	si	si	si	si	si	si
Resolución de conflictos entre operadores	si	si	si	si	si	si	si
Resolución de disputas entre operadores y otras entidades	si	si	si	si	no	si	no
Competencias regulación <i>ex post</i>	si	si	Parte	Parte	no	no	si
Competencias de numeración							
Desarrollo del Plan Nacional de Numeración	no	si	si	si	si	si	no
Gestión de los planes nacionales de numeración	no	si	si	si	si	si	no
Asignación de derechos de uso de números, direcciones y nombres	si	si	Parte	si	si	si	no
Gestión y control de derechos de uso de números, direcciones y nombres	si	si	Parte	si	si	si	no
Armonización en el uso de números o rangos de números específicos	no	si	si	si	si	si	no
Competencias sobre servicio universal y protección de consumidores							
Protección a usuarios con necesidades especiales	Parte	si	si	si	si	no	no
Competencias para la protección del consumidor	si	si	si	si	si	si	no
Designación del operador/es con obligación de servicio universal	no	si	si	si	si	no	no
Supervisión de obligaciones en SU (calidad del servicio, tarifas, etc)	si	si	si	si	si	si	no
Cálculo del coste neto del SU	no	si	si	si	si	si	Parte
Implementación y gestión del mecanismo de financiación del SU	no	n.a	si	si	si	si	no
Competencias sobre protección de datos personales							
Protección de datos personales	Parte	no	si	si	no	no	no
Competencias sobre seguridad e integridad de las redes							
Seguridad e integridad de redes	no	si	si	si	Parte	no	no
Competencias sobre Radiofrecuencias							
Desarrollo del Plan Nacional de Frecuencias	no	si	si	si	si	no	no
Asignación de frecuencias	no	si	si	si	si	si	no
Armonización del uso de frecuencias	no	si	si	si	si	no	no
Gestión del uso de frecuencias	no	si	si	si	si	si	no
Supervisión de las restricciones a derechos de uso existentes	no	si	si	si	si	si	no
Competencias sobre estandarización de los equipos							
Estandarización de los equipos	no	si	si	si	si	si	no
Competencias sobre portabilidad							
Aspectos técnicos y administrativos de la conservación del número de teléfono	Si	si	si	si	si	si	no
Competencias sobre interconexión							
Asegurar el acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios	si	si	si	si	si	si	si

Fuente: CNMC blog

6.3.2.3 Falta de eficacia sancionadora

Entre las funciones atribuidas a la CNMC se incluye el establecimiento de sanciones como consecuencia del incumplimiento de la legislación de competencia. A este respecto, el art. 131.2 de la vigente Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (y del art. 29.2 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, de próxima entrada en vigor) señala que: *“El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas”*.

La Ley de Defensa de la Competencia debe garantizar que el importe de la multa sea disuasorio y para ello establece los límites máximos de las multas por incumplimiento de la legislación sobre el volumen de negocios total de la entidad infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la sanción.

Dichos límites son del 1% para infracciones leves, 5% para infracciones graves y 10% para las muy graves (art. 62 y 63 de la Ley de defensa de la competencia de 2007).

Durante la existencia de la CNC, su actividad estuvo marcada por la imposición de un elevado número de sanciones y por la cuantía de las mismas consiguiendo el efecto disuasorio perseguido por la legislación. De hecho, en el año 2009 publicó una Comunicación sobre la cuantificación de las sanciones aplicables a los infractores de las normas de competencia, con la que buscaba establecer unas directrices generales que guiasen su actuación contribuyendo así a la transparencia y objetividad en el cálculo de las sanciones y la búsqueda de su efecto disuasorio²³⁹.

Sin embargo, dicha comunicación fue anulada, de facto, por las sentencias de la Audiencia Nacional; en concreto por la del 29 de enero de 2015, lo que generó un desconcierto importante en el cálculo de las sanciones de la CNMC. La citada sentencia, y otras anteriores anularon buena parte de las sanciones impuestas por la CNC e instaron a que fuesen recalculadas por considerarlas desproporcionadas.

La experiencia sancionadora de la CNMC desde su creación ha llevado a considerar la necesidad de reformar dicha función y, en particular, el procedimiento de cálculo de las sanciones aplicadas a las empresas incumplidoras. Así, Robles (2016) destaca la falta de sentido de imponer multas equivalentes al 3%-5% del volumen de negocios de una empresa que, gracias al incumplimiento de la legislación de competencia, ha logrado un incremento en su facturación superior al 15%. En consecuencia, las sanciones pierden así la función disuasoria y preventiva que se espera de las mismas. *“Las sanciones han de ser acordes a lo establecido en la legislación, de la suficiente cuantía para que desestimulen el incumplimiento de la legislación, pero sin que provoquen la desaparición de competidores en el mercado. El objetivo fundamental de la defensa de la competencia es evitar un deterioro de las condiciones de competencia efectiva en los mercados”* (Fernández Ordoñez, Petitbo Juan, Solana González, Berenguer Fuster, & García Bernaldo de Quiros, 2014, pág. 136).

A este hecho se añade el “procedimiento de terminación convencional”, cuyos límites deberían ser definidos. Básicamente, supone la facultad de imponer obligaciones de comportamiento con la finalidad de poner fin a una infracción y remover los efectos de ésta en el mercado y, además, de prevenir su repetición estableciendo ex -ante las relaciones jurídicas entre los participantes en el mercado.

²³⁹ Comunicación de 6 de febrero de 2009, de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los arts. 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los arts. 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea (LA LEY 1545/2009) (BOE 36, de 11 de febrero de 2009).

Finalmente, sobre la imposición de sanciones, la CNMC ha sancionado, por primera vez, a personas físicas por incumplimiento de la legislación de competencia, ejerciendo sobre ellas la acción penal.

La cifra de sanciones impuestas por el CNMC desde su creación, fueron 74,9 millones de euros en 2014, cifra que en 2015 se elevó hasta los 478,4 millones, superando las cifras sancionadoras de la CNC en el pasado²⁴⁰. Hasta octubre de 2016 las sanciones alcanzaron los 195 millones de euros.

Con todo, un elevado porcentaje de las resoluciones sancionadoras impuestas por la CNMC son revocadas en apelación o casación, poniendo de manifiesto la existencia de una disparidad de criterios entre los tribunales y la CNMC en la aplicación del sistema sancionador. A ello hay que añadir que buena parte de tales multas no se cobran, como ha señalado recientemente el Tribunal de Cuentas²⁴¹.

En opinión de Marcos (2016), en los últimos tiempos, la intervención de los jueces y tribunales contencioso-administrativos ha reducido significativamente la fuerza disuasoria de las normas de defensa de la competencia, desvirtuando en cierto grado la labor de las autoridades responsables en este campo. De hecho, habitualmente tales revisiones no se producen sobre el fondo de la sanción o del incumplimiento que ha dado lugar a su imposición, sino sobre cuestiones de forma y procedimiento.

Tabla 11. Principales multas de la sala de competencia de la CNMC

Referencia	Expediente	Fecha	Sanción (€)
S/0445/12	Equipos contra incendios	26 Junio 2014	1.871.528,59
S/0453/12	Rodamientos ferroviarios	4 Diciembre 2014	3.933.583
S/0428/12	Palés	22 Septiembre 2014	4.961.694
S/0429/12	Gestión de residuos	8 Enero 2015	98.201.302
S/0473/13	Postes de Hormigón	15 Enero 2015	1.873.112
S/0464/13	Puerto de Santander	11 Febrero 2015	90.000

²⁴⁰ Esta cifra, estimada por Marcos (2016), resulta de restar del importe de las sanciones publicitado por la CNMC para 2015 las cantidades que exonera a los beneficiarios del programa de clemencia o la reducción del importe de la sanción. Según la CNMC el importe de las sanciones en 2015 fue de 531.663.751 euros.

²⁴¹ Literalmente, que «la CNMC no disponga de información sobre las cuantías cobradas de las multas y sanciones impuestas; ello supone una pérdida significativa de control del proceso global» Tribunal de Cuentas. Informe de fiscalización de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, ejercicio 2014, y del proceso de integración en ella de los organismos públicos declarados a extinguir por la Ley 3/2013 (LA LEY 8683/2013), aprobado el 26 de mayo de 2016, 28.

Funcionamiento de la CNMC

Referencia	Expediente	Fecha	Sanción (€)
S/0474/13	Precios Combustibles Auto	20 Febrero 2015	32.400.000
S/0425/12	Industrias Lácteas 2	26 Febrero 2015	88.258.813
S/0471/13	Concesionarios Automóviles 2015 (Audi/Seat/VW; Toyota; Land Rover; Hyundai y Opel)	28 Mayo 2015	27.338.323
S/0486/13		5 Mayo 2015	1.675.035
S/0487/13		5 Marzo 2015	3.255.810
S/0488/13		5 Marzo 2015	2.031.171
S/0489/13		5 Marzo 2015	5.379.064
S/0490/13	Acuerdos Telefónica-Yoigo	16 Junio 2015	6.300.000
S/0469/13	Fabricantes Papel y Cartón	18 Junio 2014	57.686.188
S/0454/12	Transportes Frigoríficos	25 Junio 2015	8.859.314
S/0483/13	Redes Abanderadas	8 Julio 2015	22.994.440
S/0482/13	Fabricantes de automóviles	23 julio 2015	92.007.346
S/0436/12	DTS Distribuidora TV Digital	23 Julio 2015	15.500.000
S/0491/13	Col. Abogados Guadalajara	1 Septiembre 2015	89.983
S/0500/13	AGEDI/AIE Radio	26 Noviembre 2015	2.790.420
S/0481/13	Construcciones modulares	3 Diciembre 2015	18.700.833
S/DC/0516/14	ICOGAM	17 Diciembre 2015	65.655
S/DC/0503/14	Fabricantes de Turrón	7 de Abril de 2016	6.123.590
S/DC/0505/14	Concesionarios Chevrolet	28 de Abril 2016	1.722.467
S/0455/12	Agencias de Viajes	12 Mayo 2016	324.133
S/DC/0504/14	AIO	26 Mayo 2016	60.277.577

Fuente: Marcos (2016)

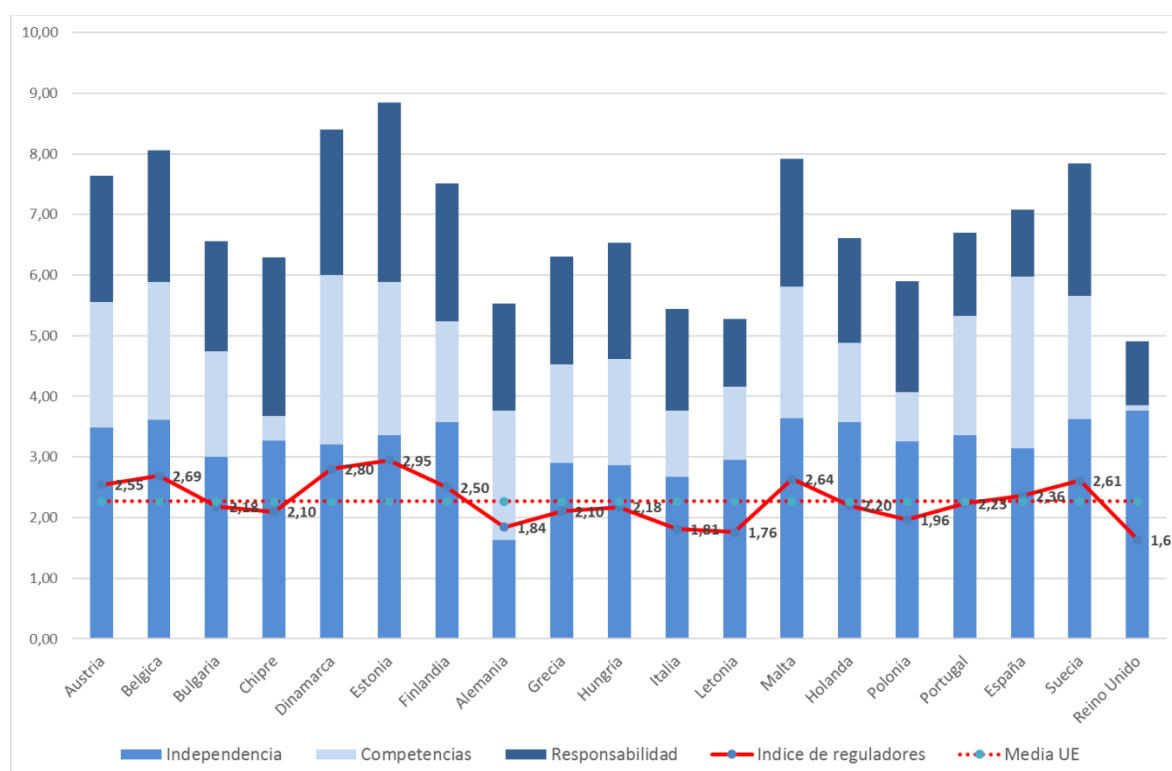
6.3.3 Indicadores de actividad de la CNMC

Para poder valorar si una agencia reguladora, o autoridad de competencia, desarrolla su desempeño de forma adecuada o si, por el contrario, es necesario modificar su diseño es necesario contar con criterios, o *benchmarks*, objetivos. Los criterios habitualmente utilizados para valorar una iniciativa reguladora (o una institución) pueden resumirse en cinco: Cumplimiento del mandato legislativo;

rendición de cuentas; bondad de los procedimientos; presencia de conocimiento especializado; y eficiencia²⁴².

Pero además de los criterios valorativos es necesario medir el desempeño de tales instituciones. En este ámbito cada organismo, disciplina o investigador concreto utiliza sus propias mediciones y criterios valorativos. Así, la OCDE ha elaborado periódicamente los “*Indicators of Product Market Regulation*”, utilizados para valorar el desempeño y la calidad de las instituciones de supervisión en los sectores regulados en los distintos países.

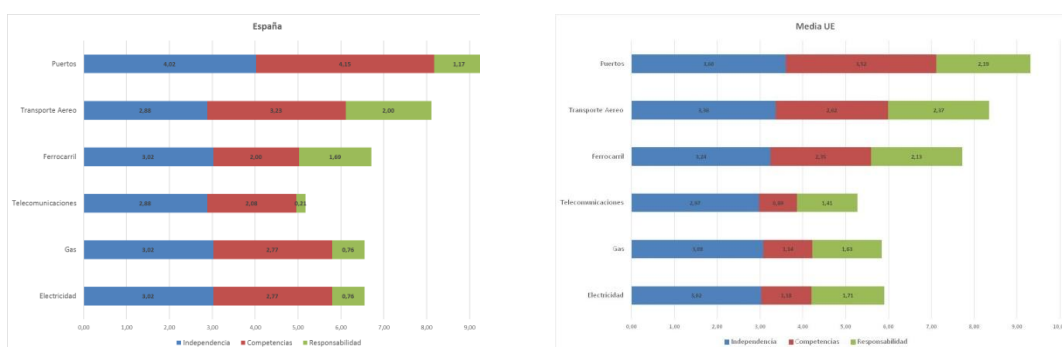
Gráfico 10. Indicador PMR de organismos reguladores sectoriales elaborado por la OCDE (2013)



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos publicados por la OCDE

²⁴²Ver Baldwin, Cave, & Lodge (2012) y García-Verdugo (2015).

Gráfico 11. Indicador PMR de la OCDE por sectores. Comparación de España y la UE



Fuente: Fuente: Elaboración propia a partir de los datos publicados por la OCDE

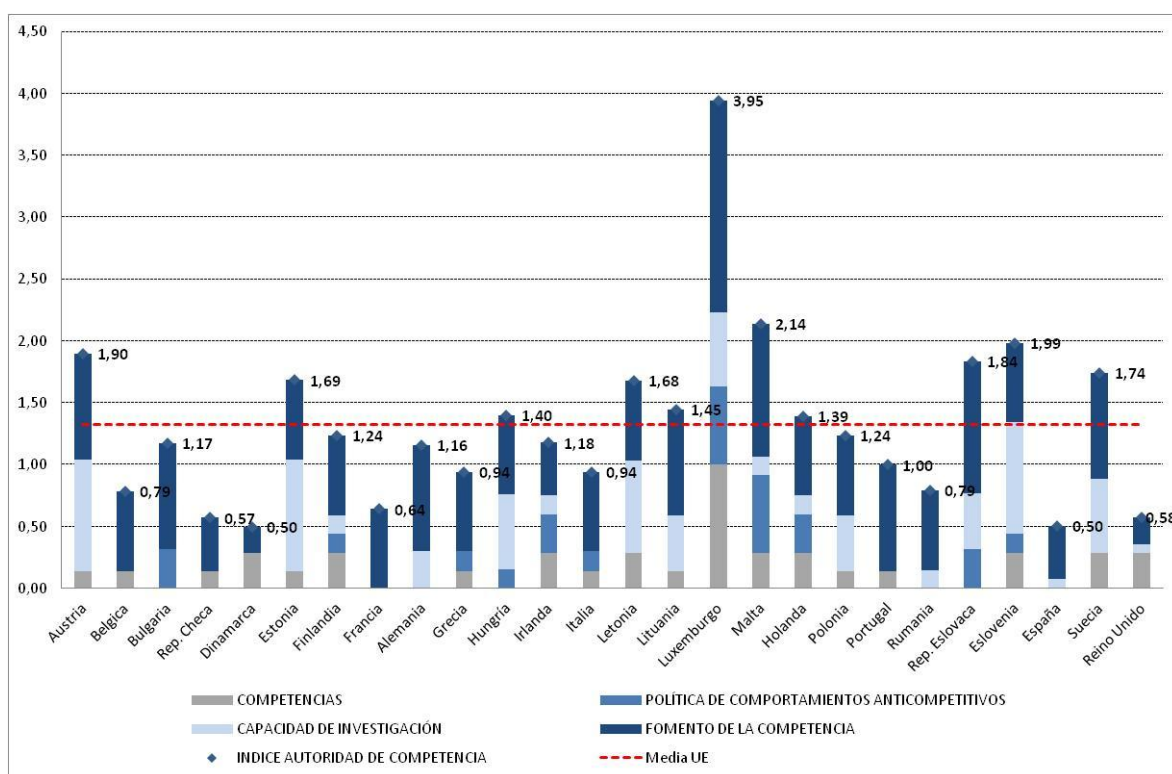
En el Gráfico 10 se recogen los valores medios de dicho indicador para los países de la UE en 2013²⁴³. En el caso de España, el valor global de dicho indicador, estimado como la media de todos los órganos de regulación sectorial, se encontraba en línea con el de los países europeos. De hecho, aunque el valor de dicho indicador era algo inferior a la media global en términos de independencia y responsabilidad del regulador, estaba por encima de la media europea en términos de competencias y funciones atribuidas a los mismos.

Por sectores (Gráfico 11), el regulador de los mercados energéticos español (CNE) alcanzaba un valor del indicador superior al de la media europea, como consecuencia – fundamentalmente - de la amplitud de su ámbito de actuaciones y funciones, y lo mismo ocurría con el regulador de telecomunicaciones (CMT), pese a obtener ambos una valoración inferior a la media en relación con la responsabilidad del regulador por sus actuaciones. De los reguladores de los sectores de transporte, quizá el aspecto más destacable fuese el menor nivel de independencia del regulador aeroportuario en relación con la media europea en el año 2013.

Ese mismo indicador estimado para las autoridades de competencia de los distintos países de la UE en 2013 se recoge en el Gráfico 12. En él se observa el reducido valor de dicho indicador para la autoridad de competencia española, muy por debajo de la media europea y también de los países de la OCDE.

²⁴³ Ver Koske, Naru, Beiter, & Wanner (2016) y Alemani, Klein, Koske, Vitale, & Wanner (2013)

Gráfico 12. Indicador PMR de autoridades de competencia elaborado por la OCDE



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos publicados por la OCDE

Tales indicadores PMR solo están disponibles hasta 2013 por lo que, en el caso concreto que nos ocupa no servirían para observar si el cambio de modelo institucional aplicado en dicho año en España supuso un cambio significativo en la valoración de la CNMC en relación con los organismos de regulación precedentes.

Es difícil valorar la actividad de la CNMC puesto que su entrada efectiva en funcionamiento no se produce hasta 2014, por lo que, hasta la fecha, solo habrían transcurrido tres ejercicios completos de actividad de esta nueva comisión. En todo caso, si pueden tomarse algunos indicadores de funcionamiento que permitan extraer algún tipo de conclusión de su actividad durante estos primeros ejercicios y, sobre todo, compararlo con el de los órganos que dieron lugar a su creación. Para ello, podemos tomar como referencia el volumen de la actividad desarrollada por la CNMC así como la actividad sancionadora y de defensa de la competencia.

6.3.3.1 Volumen de actividad y capacidad sancionadora

Tomando el ejercicio 2012, que fue el último completo de actividad de los órganos de regulación y la CNC, sus consejos resolvieron o tuvieron conocimiento de

más de 3.100 asuntos en total. Por su parte, en 2014, primer ejercicio completo de actividad de la CNMC, esta Comisión resolvió más de 2.700 asuntos. Aunque la importancia de los expedientes y el volumen real de trabajo generado no puede determinarse a través del número de expedientes, si parece que el funcionamiento de la CNMC es comparable al de los reguladores y autoridad de competencia antes de la fusión de sus funciones²⁴⁴.

En 2015 la CNMC desmantelo 14 cárteles e impuso unas sanciones que ascendieron a casi 500 millones de euros. En 2016 se habría mantenido dicha actividad la cuantía de multas por tales infracciones se elevó hasta los 300 millones.

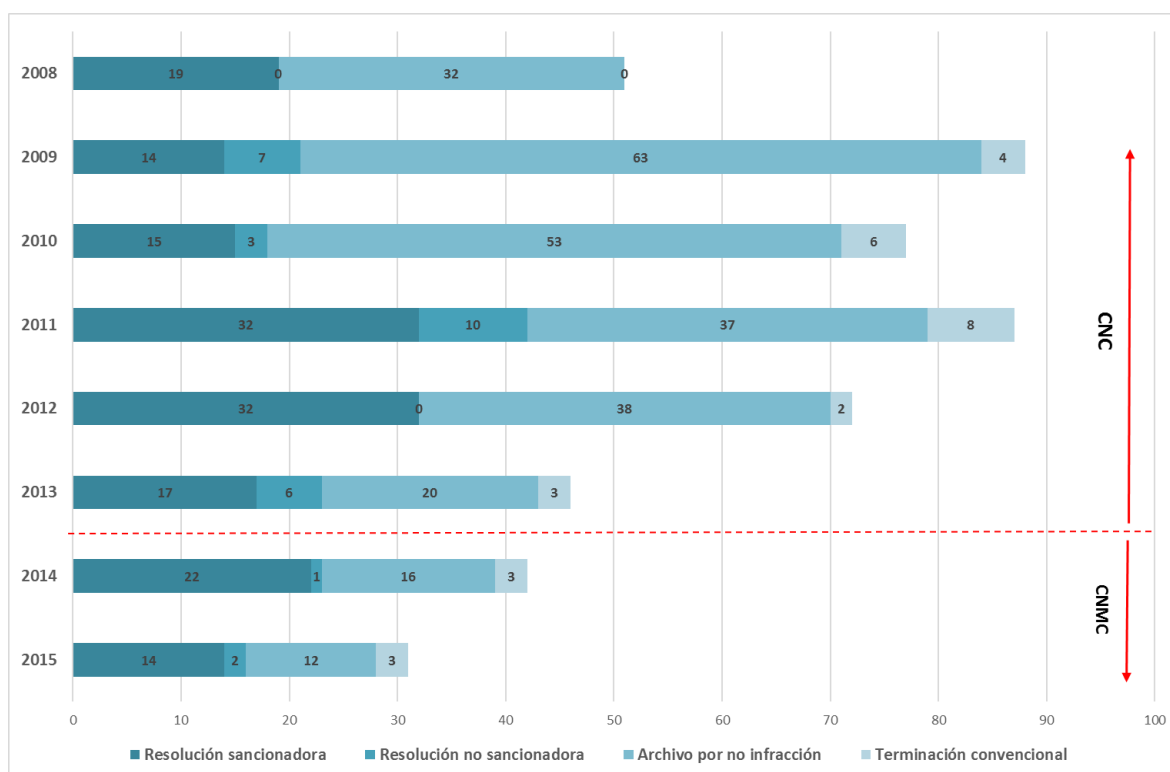
Desde su creación, una de las críticas más repetidas a la CNMC en relación con el desarrollo de sus funciones ha sido la menor intensidad sancionadora de este organismo por incumplimiento de la legislación de competencia, especialmente al compararlo con el de sus predecesores, y en concreto, en comparación con la intensa actividad sancionadora desarrollada en los ejercicios anteriores por la CNC.

El Gráfico 13 recoge el número total de expedientes analizado por el consejo de la CNC y la CNMC, en este último caso los analizados por la sala de competencia. De tales datos sí parece extraerse un menor volumen de actividad desde la creación de la CNMC. Concretamente desde 2013 se habría reducido notablemente el número de expedientes analizados. Sin embargo, el porcentaje de resoluciones sancionadoras sobre el total se ha mantenido a lo largo de los años analizados incrementándose de hecho respecto a la etapa de la CNC. Así, en 2015 el 45% del total de los expedientes analizados por el Consejo tuvieron una resolución sancionadora, en 2014 dicho porcentaje fue del 52%. Entre 2008 y 2013, es decir, en la etapa de la CNC, el porcentaje medio de resoluciones sancionadoras fue del 32% sobre el total de expedientes examinados por el Consejo. En esa etapa, pese a que el Consejo analizaba un número superior de expedientes, casi el 60% del total eran archivados por no probarse la existencia de infracción contra la legislación de competencia. Dicho porcentaje llegó hasta el 72% del total de expedientes en 2009.

La mayor parte de los expedientes sancionadores se deben a acuerdos restrictivos de la competencia (art. 1 de la ley). En dicho grupo de prácticas anticompetitivas se encuentran los acuerdos de carteles, así como por concentración horizontal o vertical.

²⁴⁴ García-Verdugo (2015)

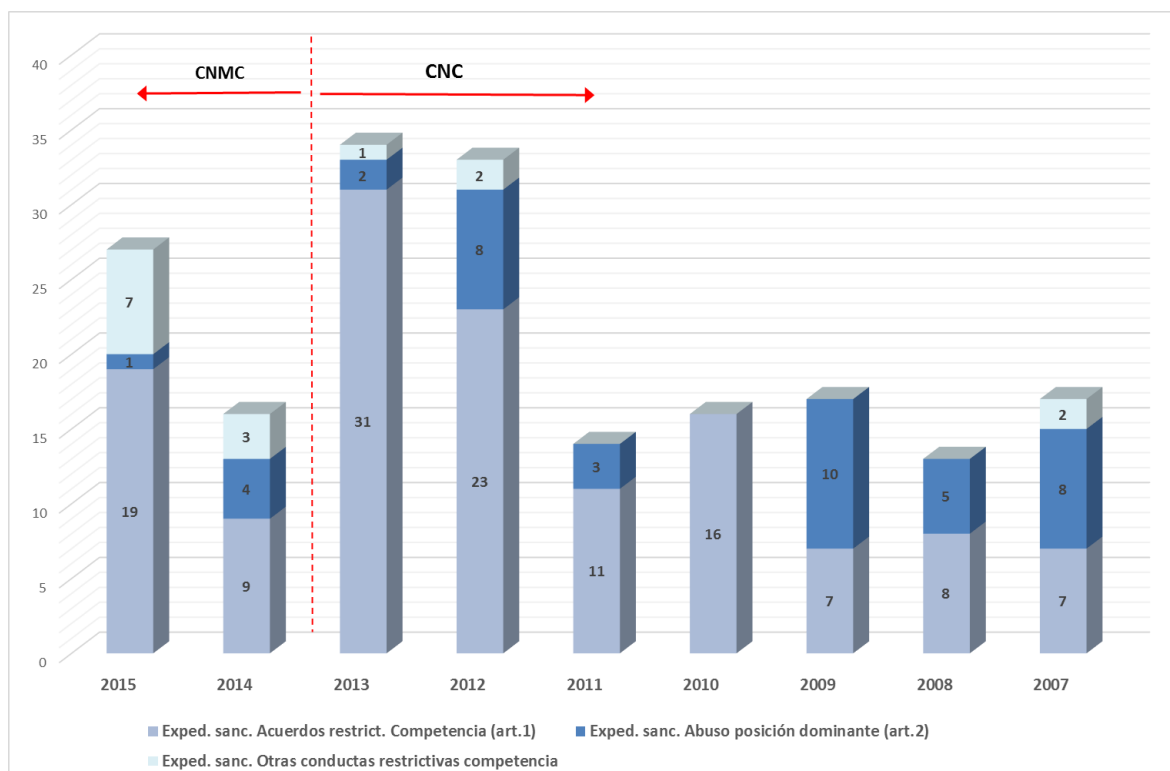
Gráfico 13. Nº de expedientes de competencia analizados (2008-2015)



Fuente: Elaboración propia a partir de la información de las Memorias anuales de la CNMC y CNC

Respecto a las multas por conductas restrictivas de la competencia, desde su creación en octubre de 2013 y hasta el mismo mes de 2016, la CNMC impuso multas por importe de 911 millones de euros, siendo el ejercicio 2015 el de mayor intensidad en lo que al valor de las multas se refiere, alcanzando los 549 millones de euros (alrededor de 20 millones de euros, en media, por expediente sancionador). Esta cifra sitúa a la CNMC claramente por encima de la CNC en lo que a las sanciones con conductas anticompetitivas se refiere, superando ampliamente la cuantía de las multas impuestas por esta última en 2013, su último año de actividad antes de la fusión y también el ejercicio con mayor intensidad sancionadora hasta ese momento de la autoridad de competencia en España. Entre 2007 y 2013, la cuantía media de las sanciones por conductas restrictivas de la competencia impuestas por la CNC fue de 167 millones de euros. En los dos ejercicios completos de funcionamiento de la CNMC (2014-2015), dicha media se elevaría hasta los 302,8 millones.

Gráfico 14. Nº de expedientes sancionadores por tipo de incumplimiento de la ley de competencia (2007-2015)



Fuente: Elaboración propia a partir de la información de las Memorias anuales de las dos Comisiones de Competencia

En todo caso, buena parte de las críticas realizadas a las labores sancionadoras de la CNMC se realizaron como consecuencia de la reducida cuantía de las mismas en 2014, con 56 millones de euros, la cifra más baja desde el año 2007. En opinión de Ward (2014), dicha reducida cuantía de las sanciones impuestas por la CNMC en ese ejercicio podría ser consecuencia de las apelaciones realizadas ante la Audiencia nacional por las multas impuestas en ejercicios anteriores por la CNC y que determinaron la reducción de las mismas por vía jurisdiccional (y en muchos casos su anulación)²⁴⁵ y el cambio en los criterios para el cálculo de la cuantía máxima de tales sanciones²⁴⁶. En su opinión, la CNMC podría haber estado en ese ejercicio a la expectativa de tales resoluciones, al tiempo que habría tratado de reducir las cantidades de las sanciones impuestas para tratar de evitar así futuras confrontaciones con los Tribunales. Al mismo tiempo, este autor señala que el consejo de la CNMC se

²⁴⁵ Telefónica, PRISA o L’Oreal, vieron anuladas –o rebajadas– por los tribunales las multas impuestas por la CNC por diversas conductas presuntamente anticompetitivas.

²⁴⁶ El tope máximo del 10% de facturación en la cuantificación de la sanción o las exenciones por acogerse a los programas de clemencia.

volvió más exigente en los criterios requeridos para probar la existencia de una infracción de la legislación de competencia.

Sea cual sea la razón, lo cierto es que en los primeros meses desde su constitución si parecía existir un cambio de tendencia respecto a ejercicios precedentes en lo que a la política sancionadora del nuevo organismo se refiere. Así, en su comparecencia ante el Parlamento del 13 de mayo de 2014, el presidente de la CNMC destacó que la sanción –como término de un expediente contra una compañía por presuntas prácticas anticompetitivas- es el “*fracaso del sistema*”, y que la autoridad supervisora no tiene como principal objetivo multar a las empresas sino entablar un diálogo constructivo para llegar a otro tipo de resultados²⁴⁷. Dicha actitud habría llevado a la autoridad de competencia a buscar soluciones a las conductas anticompetitivas distintas a la imposición de una multa, mediante la implantación paulatina de sistemas que hasta la fecha habían tenido una aplicación limitada en España, como la terminación convencional y la presentación de compromisos).

Gráfico 15. Multas por incumplimiento de la legislación de competencia (2007-2015)



Fuente: Elaboración propia a partir de la información de las Memorias anuales de las dos Comisiones de Competencia

²⁴⁷ Díez Estella (2014)

La tendencia de la intensidad sancionadora de la CNMC en 2015 parece continuar en 2016, donde la CNMC impuso la segunda mayor multa de la historia (128,8 millones de euros) a un grupo de empresas fabricantes de pañales para adultos por formar un cartel y acordar precios un 40% superiores a lo estimado en caso de competencia perfecta. En 2015 la CNMC impuso una multa de 171 millones de euros a veintiuna empresas de distribución y comercialización de vehículos por el intercambio sistemático de información confidencial.

A partir de mayo de 2016 se produjo un cambio importante en lo que a la política sancionadora de la CNMC se refiere respecto a lo que venía ocurriendo hasta la fecha ya que, por primera vez, sancionó personalmente a los directivos de determinadas empresas (cartel de pañales) por el desarrollo de prácticas anticompetitivas. Hasta entonces la imposición de multas se había realizado a las empresas, no a sus directivos. Y en octubre de 2016, en su comparecencia ante el Parlamento, el presidente de la CNMC, en aparente oposición a lo que había señalado en esta misma Cámara en mayo de 2014, solicitó más competencia y mayor capacidad sancionadora para el organismo que preside señalando que en la actualidad *“la cuantía de las sanciones no es equiparable, a veces ni de lejos, al daño que producen los carteles”*.

Sin embargo, el elevado volumen de multas impuestas no se traduce en directamente en cobros. Según la CNMC, alrededor del 80% de los expedientes sancionadores se cobran. De hecho, la CNMC no habría cobrado ninguna las sanciones impuestas, ya que no se han resuelto las alegaciones y recursos impuestos por las empresas sobre tales sanciones.

A la vista de los datos de número de expedientes y volumen de sanciones de la CNMC en el área de competencia, no parecen corroborarse las críticas repetidas sobre esta institución sobre su falta de funcionamiento o la menor intensidad en el desempeño de sus tareas respecto a los organismos precedentes, especialmente en lo que a la sala de competencia se refiere. Tales indicadores de desempeño parecen señalar que la CNMC ha funcionado cuanto menos al mismo ritmo que sus predecesores y, en ocasiones, han superado claramente los marcadores del modelo anterior. Por tanto, los problemas de funcionamiento interno de la CNMC no parecen haberse dejado sentir en el ejercicio de sus funciones que han seguido, al menos, al ritmo que en etapas anteriores en las que no existía un modelo unificado de regulación y competencia.

6.4 Posibles reformas de la CNMC

Las críticas de las que ha sido objeto la CNMC desde su creación (y antes incluso, durante su tramitación parlamentaria, como se ha visto en el capítulo anterior), y los problemas de funcionamiento observados, han llevado a los partidos políticos y al propio Gobierno a plantearse la reforma del modelo con el objetivo de cambiar su diseño institucional y de dar solución a los fallos observados.

Cabe señalar que, puesto que las autoridades de competencia nacionales son competentes para la aplicación de los artículos 101 y 102 del Tratado fundacional de la UE, deben cumplir con las exigencias comunitarias derivadas del derecho europeo. Dicha legislación otorga un elevado grado de discrecionalidad a los países miembros en el diseño de sus organismos de competencia, incluyendo la fusión con otros reguladores. En concreto, tal como se recoge en la “Comunicación de la comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: Diez años de aplicación de la normativa antimonopolio del Reglamento (CE) nº 1/2003: logros y perspectivas futuras”:

26. El Derecho de la UE da a los Estados miembros un elevado grado de flexibilidad para el diseño de sus regímenes de competencia. Pese a la falta de requisitos específicos en la legislación de la UE, la posición de las ANC ha evolucionado hacia una mayor autonomía y eficacia. Muchas legislaciones nacionales contienen salvaguardias específicas para garantizar la independencia e imparcialidad de las ANC. Por ejemplo, las recientes reformas en Chipre, Irlanda, Grecia y Portugal han reforzado la posición de las ANC. Las reformas se han recomendado en otros Estados miembros para reforzar la posición institucional y los recursos de las ANC en el marco del Semestre Europeo. La Comisión ha seguido de cerca los casos en que las ANC se fusionaron con otros reguladores. Tal amalgama de competencias no debe conducir a un debilitamiento de la aplicación de la normativa de competencia ni a una reducción de los medios asignados al control de la competencia.

27. Para garantizar el cumplimiento efectivo de las normas de competencia de la UE, las ANC deben ser independientes en el ejercicio de sus funciones y disponer de recursos adecuados. Aún persisten retos a este respecto, en particular en lo que se refiere a la autonomía de las ANC con respecto a sus respectivos Gobiernos, y a los nombramientos y destituciones de los directivos o de los responsables de la toma de decisiones de las ANC. También han surgido problemas a la hora de garantizar recursos humanos y financieros suficientes. Esto se refleja en la resolución de los directores de las ANC adoptada en la REC sobre la persistencia de la necesidad de instituciones eficaces, que se tomó en el contexto de recortes en los créditos destinados a

diversas autoridades. La resolución subrayaba, entre otras cosas, la necesidad de disponer de recursos adecuados en términos de infraestructuras y expertos.

28. Por otro lado, los logros obtenidos hasta la fecha siguen siendo frágiles y reversibles en cualquier momento. Esto contrasta con ámbitos políticos afines, como los ferrocarriles, la energía y las telecomunicaciones, en los que la legislación de la UE ya prevé una serie de requisitos en materia de independencia y recursos financieros y humanos de las autoridades nacionales de supervisión.

29. Es necesario garantizar que las ANC puedan llevar a cabo sus funciones de forma imparcial e independiente. Para ello, se necesitan unas garantías mínimas para velar por la independencia de las ANC y de sus directivos y miembros de sus consejos de Administración y dotar a las ANC de suficientes recursos humanos y financieros. A este respecto es importante asignarles un presupuesto separado y concederles autonomía presupuestaria, establecer un procedimiento de nombramiento de sus directivos y miembros de sus consejos de Administración que sea claro y transparente y se base en los méritos, disponer de garantías que aseguren que los despidos solo pueden efectuarse por motivos objetivos no relacionados con el proceso de toma de decisiones de la ANC, y de normas sobre conflictos de intereses e incompatibilidades de los directivos y miembros del consejo de las ANC.

A la vista de tales propuestas, cabría hablar de dos posibles opciones para la evolución del modelo institucional de regulación y competencia en España en el futuro más próximo:

- a) La primera opción pasaría por reformar el modelo actual, manteniendo la CNMC como organismo único de regulación y competencia, pero realizando determinados cambios en su diseño organizativo y funcional que corrigiese los errores que se han observado desde su entrada en funcionamiento.
- b) La segunda opción supondría la aplicación de un nuevo modelo institucional basado en la separación en dos organismos independientes de la actual CNMC, uno dedicado a las funciones de regulación sectorial y otro centrado en la defensa de la competencia. Es decir, esta opción supondría un cambio del modelo institucional unificado existente en la actualidad en España para pasar a un “modelo alemán”.

Sobre el diseño de las autoridades de competencia y el proceso que debe seguirse para su adecuada implementación (aunque tales consideraciones pueden extenderse a los órganos independientes de regulación y competencia en general), y

ante la posible reforma del modelo existente en España, cabría considerar la opinión y recomendación de Kovacic y Hyman (2012). Estos autores señalan que el diseño de todo modelo institucional debe pasar necesariamente por tres fases: identificación de las debilidades del modelo actual, realizar una propuesta de reforma y, por último, debatir y decidir sobre su aplicación. Solo así podrán valorarse los costes/beneficios de su reforma. No cabe esperar, señalan, que un país acierte en su diseño institucional plenamente desde el primer momento, como tampoco que el primer prototipo de un nuevo avión comercial sea perfectamente adecuado para la producción a gran escala, señala estos autores. Los vuelos de prueba permiten a una empresa aeroespacial identificar mejoras que harán que el modelo de producción sea un avión muy superior, y solo volando podrá mejorarse el prototipo. Y, del mismo modo, la única forma de entender la adecuación de un diseño institucional como el que nos ocupa es implementarlo. A partir de ahí, la mejora de la calidad y su diseño dependerá del compromiso deliberado de evaluación regular del desempeño del sistema, pudiendo valorar así los beneficios y costes de realizar un nuevo diseño e implementarlo o mejorar el modelo existente.

Pero para poder valorar si un diseño institucional es o no adecuado, Kovacic y Hyman (2012), señalan que es necesario que transcurra un tiempo, se requiere paciencia para evaluar si un arreglo institucional dado está a la altura de los objetivos que se le han dado. Si el ciclo de cambio es demasiado corto, es posible que nunca se llegue a apreciar completamente las fortalezas y debilidades del modelo cualquier diseño dado.

Por último, no deben obviarse los costes de las reorganizaciones de una institución ya existente ni mucho menos los inherentes a un cambio de modelo.

Lo que en todo caso cabe afirmar claramente es que no hay un modelo ideal que se ajuste a todas las situaciones. La mejor manera de diseñar una autoridad de competencia es que un país comience considerando las cuestiones que parecen ser más relevantes para sus circunstancias domésticas y las compensaciones que tienen que hacer para alcanzarlo. En todo caso, el diseño institucional influirá en la forma en que la autoridad de competencia cumpla sus funciones. Las autoridades encargadas de la competencia, que deben cumplir los indicadores de desempeño, naturalmente tendrán preferencia a la promoción ya la aplicación porque la disuasión de las medidas de aplicación suele ser muy difícil de medir. Las autoridades de competencia que tienen funciones normativas en ciertos sectores, es probable que tengan objetivos diferentes y también utilicen un enfoque más regulador (mediante el uso de remedios conductuales) que las autoridades de competencia que sólo son responsables de la competencia. Las autoridades de competencia que no cuentan con una financiación adecuada recibirán decisiones o consejos de menor calidad que las autoridades de competencia más financiadas, ya sea porque no dispondrán de personal suficiente o

porque su personal más calificado será cazado regularmente por el sector privado y se enfrentarán a un mayor nivel de rotación de su personal. Esas diferencias en los resultados o en la forma en que las autoridades de la competencia cumplen sus funciones son inevitables porque las autoridades de la competencia se sitúan en un entorno jurídico, político, sociológico o económico diferente.

Quizá uno de los principales problemas existentes en el diseño de las autoridades de competencia en particular, y de los organismos independientes en general, es que los propios organismos no participan en su diseño, no opinan sobre cual deberían las reformas aplicables para mejorar su desempeño.

En los apartados siguientes se desarrollarán con mayor profundidad las dos opciones de reforma planteadas. En primer lugar, se ahondará en la posibilidad de reformar el modelo actual corrigiendo los fallos observados en su funcionamiento y apuntando algunos de los aspectos concretos que deberían ser tenidos en cuenta en dicha reforma (apartado 6.4.1.) En segundo lugar, se plantea la opción de cambiar el modelo unificado y optar por la segregación de la CNMC en dos órganos independientes. Esta es la opción que, en la actualidad, parece contar con mayores apoyos desde distintos ámbitos políticos y de personas especializadas. En todo caso, para su correcto desarrollo, y para evitar fallos como los que se han puesto de manifiesto en los primeros años de funcionamiento de la CNMC, deberían tomarse algunas cautelas en su diseño tendentes a favorecer su correcto desarrollo, así como un adecuado nivel de independencia de las nuevas instituciones (apartado 6.4.2.) Finalmente, se plantea, como tercera opción, la posibilidad de incluir en la autoridad de competencia (bien como un organismo independiente o bien como parte de la CNMC) las funciones de protección y defensa de los consumidores (apartado 6.4.3).

6.4.1 Reforma del modelo actual: Mantenimiento de la CNMC

Transcurrido cuatro años aproximadamente desde la puesta en marcha de la CNMC es posible realizar una valoración más objetiva de su funcionamiento que vaya más allá de la referida únicamente a su diseño institucional. Sobre este último, muchas fueron las críticas que se realizaron desde ámbitos e instituciones muy diversas, tal y como se desarrolló en el capítulo anterior, pero ahora, frente a las múltiples opiniones favorables al cambio del modelo unificado, surgiría otra posibilidad que se basaría en tratar de solucionar los problemas de funcionamiento y diseño de la actual CNMC manteniendo el modelo unificado existente.

A la vista del desarrollo del modelo durante estos años, parece claro que es necesario, cuanto menos, reformar aquellos aspectos del mismo y de la CNMC que han supuesto una limitación al correcto funcionamiento de este modelo.

Como se ha ido avanzando a lo largo de este capítulo, parece que buena parte de los problemas observados en la CNMC no serían consecuencia directa del diseño y aplicación de un modelo unificado de regulación y competencia, ya que de hecho dicho modelo (o al menos uno con grandes semejanzas al existente actualmente en España) es el que se ha aplicado también en algunos países, como en el caso de Holanda dentro de la UE, o de Australia. Allí, no han existido grandes problemas en su implementación y, pese a que, en los inicios de todo cambio de modelo, es necesario ir corriendo determinados desajustes que puedan ir surgiendo, el sistema unificado está funcionando correctamente²⁴⁸.

En España, los problemas que han ido surgiendo se deben a los defectos de funcionamiento interno de la CNMC, especialmente en lo que a la composición del Consejo y toma de decisiones dentro del mismo se refiere. El problema de la institución única en España no fue su diseño sino la precipitación que caracterizó el cambio de modelo, sin búsqueda de consenso en la definición ni composición del nuevo organismo, lo que dio lugar a un Consejo caracterizado por la ausencia de diversidad ideológica en su seno y, como se ha visto posteriormente, también en sus actuaciones, por desavenencias internas entre sus miembros que han limitado e incluso paralizado la toma de decisiones dentro de la CNMC. Se hizo un diseño “desde arriba”, *“desde un punto de vista puramente orgánico y no se prestó atención ni al diseño funcional ni a la adopción de estructuras concretas que materializasen los (escasos) beneficios prometidos”* (Delgado & Otero, 2015).

Indudablemente, no es fácil integrar organizaciones con objetivos, funciones y culturas diferentes. Esto requerirá un proceso de adaptación paulatina y gradual²⁴⁹.

²⁴⁸ En una entrevista publicada en junio de 2014, Chris Fonteijn, actual presidente de la ACM holandesa decía que *“personalmente estoy cada vez más convencido de que la fusión fue una buena idea”*. En su opinión, cuando analizan ahora los temas de energía y telecomunicaciones lo hacen desde el punto de vista de la competencia, gracias a la creación de equipos mixtos con expertos en competencia y regulación. *“Esto tiene un efecto sobre la robustez de la solución, y estoy absolutamente convencido de que la combinación está creando sinergias. Un ejemplo de sinergia es el trabajo de la Oficina del Economista Jefe, que ahora sirve a todas las áreas de la agencia, a veces incluso simultáneamente en proyectos conjuntos. Si bien todavía tenemos un camino por recorrer porque ACM es aún joven, las sinergias ya se están realizando en términos de eficiencia, así como en términos de reducción de costes”*. En su opinión el desafío futuro de la ACM era precisamente *“evitar silos”*. El presidente de esta entidad señala que cuando se produjo la fusión, trataron de tomar como ejemplo el caso de la FTC americana, planteándose como objetivo que el nuevo organismo su organización estuviese realmente integrado, donde el lado de la competencia sea consciente de lo que tanto las áreas de regulación como de protección del consumidor hacen y, al mismo tiempo, se integre el liderazgo común de la organización. *“Creo que el principal desafío que tenemos es intentar no tanto priorizar dentro de la competencia o dentro de la reglamentación y el consumidor, sino establecer prioridades más generales para la propia agencia”* (Fonteijn, 2014).

²⁴⁹ Durante su intervención en la jornada organizada por la CNMC, el Sr. Chris Fonteijn, presidente de la ACM holandesa, explicó que, en lugar de crear nuevas estructuras en un órgano regulador recién creado, lo fundamental tener flexibilidad dentro de la organización para ir adaptando

Por ello, y dado que gran parte de los problemas observados en la CNMC no derivan del diseño de un organismo integrado de regulación y competencia y de la aplicación de un modelo unificado, cabe pensar que podrían solucionarse (o limitarse) con una reforma de cuestiones concretas del modelo actualmente aplicado en España.

6.4.1.1 Ventajas de la reforma

Mantener el modelo de organismo único existente en la actualidad, permitiría aprovechar las potenciales ventajas derivadas de este tipo de modelo y en las cuales se apoyó precisamente la justificación del cambio de modelo en 2013. La ventaja principal sería que la fusión de todas las funciones de regulación sectorial y defensa de la competencia en un mismo órgano, creando por tanto la figura de un “super-regulador”, reduce su riesgo de captura tanto por el Gobierno como por las propias empresas reguladas. Desde un punto de vista teórico, dicho riesgo de captura es mayor en las autoridades de regulación sectorial, donde debido a su tamaño y especialización en un determinado ámbito económico, existe un mayor riesgo de influencia de las grandes empresas en sus decisiones.

Adicionalmente, el modelo institucional unificado presenta ventajas en términos de su capacidad de adaptación a mercados cambiantes, así como en términos de aprendizaje y aprovechamiento de sinergias entre los distintos mercados y áreas en las cuales desarrolla sus funciones.

Desde el punto de vista de la necesaria coordinación de las políticas de fomento de la competencia y regulación sectorial, el modelo de organismo único supondría el nivel máximo de cooperación posible, favoreciendo tanto un amplio conocimiento de las políticas y actuaciones de las demás áreas como el apoyo y trabajo conjunto en cuestiones en las que las funciones y competencias de los reguladores sectoriales y la supervisora de competencia verían solapadas sus funciones. En teoría, este modelo maximiza el aprovechamiento de sinergias entre las funciones de regulación y competencia.

Finalmente, quizá una de las ventajas más importantes de la reforma del modelo actual manteniendo la esencia del modelo de funciones integradas, pero tratando de corregir los problemas aflorados hasta la fecha, sería la de la credibilidad. Para la economía española en general resulta una falta de credibilidad y de coherencia en la aplicación de sus políticas realizar dos cambios de modelo de las políticas de regulación y defensa de la competencia en un intervalo temporal de 4 años. El corto periodo de tiempo transcurrido desde la implantación del modelo único actual hace

a los nuevos requerimientos, así como una mentalidad dinámica para que la experiencia pueda ser compartida entre equipos (Fonteiijn, 2015).

que dicho modelo se encuentre aún dentro del intervalo requerido para ajustar y adaptar el modelo diseñado e ir corrigiendo los errores o fallos que puedan ir surgiendo con su funcionamiento. Esas serían, por tanto, las reformas que deberían llevarse en la actualidad y no necesariamente empezar nuevamente de cero con el diseño y aplicación de un nuevo modelo radicalmente diferente, de nuevo, del existente en la actualidad y que tampoco supondría, a priori y según las primeras noticias, una vuelta al modelo existente antes de la reforma de 2013. Además, el cambio de modelo no garantiza la solución a todos los problemas, sino que algunos de ellos se mantendrían de igual de forma en instituciones independientes, y a ellos podrían añadirse otros nuevos.

6.4.1.2 Inconvenientes de la reforma

A la vista de los grandes problemas de funcionamiento existentes en el seno de la CNMC, este organismo ha venido actuando durante los años transcurridos desde su creación como dos órganos independientes, uno de regulación, presidido por la sala de regulación y otro de competencia (con su correspondiente sala al mando), pero ubicados bajo un mismo techo, el de la CNMC. En la práctica no han existido apenas labores de coordinación entre ambos tipos de funciones, y el grado de fusión y unificación de los distintos órganos sectoriales y de competencia que se unieron para crear la CNMC también ha sido muy limitado. Tales discrepancias, originadas en gran medida en la composición interna del Consejo y el nombramiento de los responsables de las distintas áreas dentro de la CNMC han generado comportamientos encontrados y luchas internas entre tales áreas del organismo que han limitado, si no paralizado, el normal funcionamiento del mismo.

Ante esta situación, aunque puedan buscarse reformas para tratar de limitar tales problemas, esos cambios no garantizarían que puedan solucionar las fuertes deficiencias existentes dentro de la CNMC. Buena parte de tales cambios estarían asociados a la renovación de la composición del Consejo de la CNMC (por el cumplimiento de los mandatos) y a la entrada de nuevos miembros para los que sería necesario buscar el consenso con el resto de fuerzas políticas en el Parlamento. En todo caso, ello no garantiza la solución a los problemas de funcionamiento interno y podrían llegar a convertirse en “parches” sobre el modelo integrado.

Como señala Robles (2016), parece haber pocas economías de escala entre la instrucción de un procedimiento para la detección y sanción de un cártel, propia de una autoridad de competencia, y el establecimiento de la metodología para el cálculo de peajes y cánones de acceso en infraestructuras reguladas, propias de un regulador sectorial. Por ello, con independencia de que puedan arbitrarse mecanismos de

coordinación entre tales funciones, las fuertes diferencias existentes entre tales competencias seguirían manteniéndose.

6.4.1.3 Reformas aplicables sobre el modelo actual

En caso de que se optase finalmente por mantener el modelo unificado de regulación y competencia bajo una misma institución, sería necesario, como se ha señalado, realizar importantes reformas en su funcionamiento para tratar de solucionar las graves deficiencias observadas que han derivado, en la práctica, en una cierta parálisis en lo que a la toma de decisiones y aplicación de políticas (fundamentalmente en el área de competencia) se refiere.

Dichas reformas pasarían, necesariamente, por revisar el diseño organizativo de las dos salas dentro del consejo de la CNMC y establecer mecanismos de coordinación entre las funciones de regulación y competencia. Al mismo tiempo, y a la vista de los problemas observados en su funcionamiento, sería conveniente mejorar el nivel de independencia financiera de este organismo, tanto por la vía de los ingresos, como por la vía del gasto, de forma que la CNMC pueda gestionar libremente sus recursos y adaptarlos de acuerdo a sus propias necesidades y objetivos.

➤ **Rediseño organizativo de las Salas y el Consejo de la CNMC**

En el apartado 6.3.1 de este capítulo se describieron los problemas de funcionamiento interno que ha tenido la CNMC desde el momento de su creación como consecuencia de la falta de coordinación interna de las tareas de regulación y competencia y, en especial, a los problemas generados entre las dos salas del Consejo. La separación del Consejo de la CNMC en dos salas no estaba prevista, en inicio, en el diseño de este organismo. De hecho, en el Proyecto de Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia presentado en el Congreso de los Diputados el 10 de octubre de 2012 para su tramitación parlamentaria no se preveía dicha separación. En dicho Proyecto se preveía un Consejo formado por 9 miembros, entre ellos el presidente y el vicepresidente, que sería el encargado de decidir sobre cuantas cuestiones se planteasen en su seno.

Posteriormente, a lo largo de la tramitación parlamentaria de la Ley, y como consecuencia de las enmiendas incorporadas a su articulado²⁵⁰, la Ley de creación de la CNMC estableció un Consejo integrado por 10 consejeros (incluidos presidente y

²⁵⁰ Cabe recordar, como se detalló en el capítulo 6, sobre la creación de la CNMC, que solo se aprobaron e incorporaron al texto definitivo las enmiendas presentadas por el Grupo Parlamentario Popular así como las pactadas por dicho Grupo con PNV y CIU.

vicepresidente), que podrá actuar “en pleno o en sala” (art. 16.1). El artículo 18 de la Ley establece la existencia de dos salas, una de regulación y otra de competencia en el seno del Consejo, así como las funciones atribuidas a las mismas²⁵¹.

Este diseño, en dos salas, ha supuesto uno de los problemas más destacables de la CNMC desde su creación, limitando cualquier posibilidad de sinergia entre las funciones de regulación y competencia, así como las posibilidades reales de integración en una institución de todos los organismos fusionados. Por ello, en caso de mantener el organismo como un supervisor unificado, sería necesario abordar los problemas derivados de este diseño en dos salas que se ha mostrado claramente deficitario²⁵². Cabe planear distintas alternativas de reforma al diseño actual de las salas del Consejo:

En primer lugar, algunos expertos como García-Verdugo (2015) consideran que gran parte del problema se solucionaría con una pequeña modificación de la Ley actual de funcionamiento de la CNMC de forma que tanto el presidente como el vicepresidente de este organismo formasen parte de ambas salas. De esta forma ambas salas estarían formadas por seis miembros. Dicha reforma vendría a solucionar en parte el problema de la ausencia de coordinación existente entre las dos salas, facilitando que los responsables del organismo tengan una visión de conjunto de las decisiones y problemas analizados en el mismo. Sin embargo, no parece que esta “sencilla” reforma pueda solucionar el importante problema de falta de integración de las estructuras de regulación y competencia y la ausencia de sinergias.

²⁵¹ Artículo 21: Competencias de pleno y salas.

1. *El pleno del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia conocerá de los siguientes asuntos:*

a) *Los que, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 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 artículo 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.*

2. *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 artículos 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 artículo 5 de esta Ley que estén relacionados con los sectores a los que se refieren los artículos 6 a 11.*

²⁵² Otros autores, sin embargo, consideran que la creación de dos salas fue adecuada. Así Delgado & Otero (2015) señalan: “Se mantuvo por otro lado, y con buen criterio, una sala del Consejo específica para la aplicación de la legislación de competencia”.

Una segunda opción de reforma a considerar sería la de mejorar los sistemas de coordinación entre las funciones de regulación y competencia existentes en la actualidad. El objetivo de la integración de los reguladores y autoridad de competencia bajo una institución única era, precisamente, actuar como un organismo único facilitando la cooperación y coordinación necesaria entre ambos tipos de funciones. Parece claro que unir en un mismo organismo funciones en cierto grado complementarias como son la regulación de determinados mercados y el fomento y protección de la competencia en los mismos facilitaría la consecución de tales objetivos. Su integración debería favorecer, por ejemplo, la creación de grupos de trabajo para una determinada cuestión, y con ello, obtener la visión conjunta del problema y la toma de decisiones acordes a los objetivos de todas las políticas afectadas.

Junto a la integración de organismos en una institución única, en el momento de la creación de la CNMC se tomaron también determinadas medidas tendentes a favorecer los citados objetivos de coordinación entre organismos previamente independientes. Tal es el caso de la elaboración de informes cruzados entre las dos salas del Consejo o la rotación de consejeros entre ambas salas. Hasta entonces, en el modelo anterior, con organismos de regulación y competencia independientes esta posibilidad no se recogía en la Ley, por lo que opinar sobre temas que sobre los que debía decidir otro organismo no era fácil, ni habitual.

Sin embargo, a la vista de los problemas que ha venido arrastrando la CNMC en los escasos años transcurridos desde su creación, parece deducirse que tales mecanismos no habrían alcanzado los objetivos esperados y, por ello, cabría plantearse una reforma de los mismos. El uso de tales informes parece que ha sido muy limitado dentro de la CNMC. Por ello, sería necesario mejorar o incentivar su elaboración, como un elemento de coordinación y cooperación necesario entre ambas salas. El objetivo sería tratar de evitar la actuación de ambas salas como organismos e independientes, tal y como ha ocurrido desde la creación de la Comisión. Existen opiniones, incluso, a favor de que tales informes pudiesen hacerse públicos, pese a que dicha posibilidad no está recogida en la ley.

Respecto a la rotación de consejeros entre las salas de regulación y competencia, tal y como se recoge en el Reglamento de Funcionamiento Interno de la CNMC aprobado el 4 de octubre de 2013, el pleno de la Comisión aprobará, por mayoría, el régimen de rotación de los consejeros entre ambas salas, el número de consejeros sometidos al mismo y su periodicidad. Cada mes de diciembre se publicará en el BOE la composición de las salas para el año siguiente.

Aunque dicho sistema de rotaciones tendría como objetivo fundamental evitar el riesgo de captura de los consejeros por el mercado, puede favorecer también la

coordinación de funciones en el seno de la CNMC, al generalizar el conocimiento de todos los consejeros de todos los asuntos tratados por la CNMC y, por tanto, favorecer la integración de funciones, presenta también otros problemas que sería necesario valorar. Por un lado, no parece que haya contribuido en gran medida al funcionamiento interno del Consejo ni a los objetivos de coordinación perseguidos y, por otro lado, impide la especialización de los consejeros en asuntos que, como es el caso de la supervisión regulatoria o la competencia en los mercados, que requieren de múltiples conocimientos para la adecuada toma de decisiones y, por ello, de un cierto grado de especialización y experiencia acumulada de sus consejeros.

Finalmente, la creación de equipos multidisciplinares de trabajo, fomentando la cooperación entre las distintas direcciones existentes dentro de la CNMC sería necesaria para evitar que actúen como organismos independientes y se aprovechen las sinergias. Por ejemplo, sería recomendable, como proponen Delgado y Otero (2015), aprovechar el conocimiento sectorial acumulado por los reguladores en un determinado mercado para luchar contra los carteles y sus efectos anticompetitivos.

Las propuestas de reforma anteriores podrían contribuir a mejorar el funcionamiento actual de la CNMC pero parece complicado que puedan suponer una solución a los fallos observados en su ejercicio. Por ello, cabría plantear la posibilidad de volver al diseño de la CNMC que se incluía tanto en el Anteproyecto como en el posterior Proyecto de ley de creación de este organismo, basado en el establecimiento de un consejo encargado de aprobar todas las decisiones y expedientes tanto de cuestiones de competencia como de regulación. Se evitarían así los enfrentamientos observados entre ambas partes y se generaría una visión integrada de las decisiones y funcionamiento de la CNMC como un organismo único²⁵³.

Pero, en tal situación, ¿sería suficiente un mínimo de 10 consejeros para dar salida al elevado número de expedientes que llegarían al Consejo? Y, aún más, ¿puede un consejero tener conocimiento especializado y suficiente de cuestiones tan diversas como la regulación del mercado energético, de telecomunicaciones o de transporte aéreo y, además, de cuestiones de competencia y actuaciones contrarias a la misma? Parece que la respuesta sería negativa. No resultaría una opción funcional. Para que dicho sistema pudiese funcionar sería necesario dotar de mayores funciones a las direcciones de área dentro de la CNMC para que tales direcciones pudiesen tomar decisiones sobre cuestiones que solo requiriesen el visto bueno del Pleno dejando al Consejo el análisis y debate de temas y expedientes de mayor trascendencia. Es decir, sería necesario, como apuntan Delgado y Otero (2015) o bien reducir las competencias del Consejo de forma que se convierta en un supervisor de las actuaciones y decisiones de las direcciones, como ocurre en el modelo holandés o en el británico, o, por el

²⁵³ Ver Marquina (2015)

contrario, favorecer la especialización de sus miembros y dotar al Consejo de mayores medios para el desarrollo de tales funciones (como ocurre en el modelo alemán).

➤ **Incrementar la independencia financiera y organizativa**

La CNMC se financia con cargo a los Presupuestos Generales del Estado. La Comisión elabora una propuesta de presupuesto atendiendo a su previsión de gastos e inversiones para el ejercicio y dicha propuesta es aprobada (o rechazada) por el Gobierno. Dicho sistema de financiación supone una pérdida de independencia de este organismo frente al Gobierno que puede decidir, en última instancia, modificar la partida presupuestaria de esta Comisión recortando, por ejemplo, su asignación para el ejercicio siguiente en función de su grado de “conformidad” con las decisiones y actuaciones del órgano supervisor. Si lo comparamos con la forma de financiación de los organismos predecesores de la CNMC, esta Comisión sigue el método aplicado en la CNC de un presupuesto limitativo derivado de los Presupuestos Generales del Estado, mientras que los reguladores sectoriales (CMT y CNE) no tenían un presupuesto limitativo, sino que se financiaban mediante tasas aplicadas sobre las empresas del sector.

Para reducir dicha dependencia política desde el punto de vista financiero, cabría analizar la posibilidad de cambiar el sistema de financiación por un modelo mixto, en el que una parte de la asignación presupuestaria anual de la CNMC provenga de los Presupuestos Generales del Estado y otra parte se obtenga vía tasas sobre las empresas reguladas o como un porcentaje sobre la cuantía de las sanciones impuestas. En paralelo, la asignación con cargo a los Presupuestos Generales podría establecerse con carácter plurianual, evitando así la citada influencia política en la cuantía de dicha asignación.

Junto a lo anterior, también sería importante incrementar la independencia financiera de la CNMC por el lado del gasto. García Verdugo ha destacado la poca flexibilidad de la que goza la CNMC para establecer su política de gasto y de organización interna.

En la actualidad, su plantilla se reparte entre un 60% de personal laboral, la mayor parte proveniente de la integración de los reguladores sectoriales (fundamentalmente CNE y CMT), y un 40% de funcionarios, que provienen mayoritariamente de la CNC. La fusión de culturas tan diferentes ha creado algunos problemas organizativos manteniéndose en gran medida las diferencias existentes

antes de la fusión y aspectos tan llamativos, como el solapamiento de diferentes convenios de personal aplicados al tiempo dentro de una misma institución²⁵⁴.

La evolución de la plantilla, así como su composición depende en mayor medida de decisiones del Gobierno que de la propia CNMC. Por un lado, las plazas de funcionarios dependen directamente del Gobierno, y las de personal laboral también deben acogerse a las ofertas de empleo público anuales, debiendo pasar todo proceso de contratación por las condiciones establecidas desde la Secretaria de Estado de Función Pública. Parece, por tanto, una reforma necesaria incrementar el grado de autonomía de la CNMC para gestionar su propia política de recursos humanos.

6.4.2 Segregación en dos organismos independientes

A la vista de los problemas de coordinación y funcionamiento que han ido surgiendo desde la entrada en funcionamiento de la CNMC, en 2016 empezaron a plantearse posibles reformas sobre el diseño de la CNMC desde los distintos grupos políticos. Dichas reformas pasaban por la segregación de la CNMC en dos autoridades independientes, por un lado, un órgano de regulación sectorial y, por otro, una autoridad independiente de competencia.

Así, en el “Acuerdo para un Gobierno Reformista y de Progreso” firmado en febrero de 2016 entre el PSOE y Ciudadanos, tras las elecciones de diciembre de 2015, se incluía la *“Reforma de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, dotándola de mayor independencia funcional y recursos, y en su caso acercándola al modelo alemán. La CNMC dispondrá de la autoridad necesaria de competencia, plenas capacidades normativas para los reguladores, independencia de recursos financieros y suficiente personal cualificado (...)”*.

Adicionalmente se añadía también, como parte de esas reformas, la *“Integración en la CNMC de las competencias en materia de consumo tal y como ocurre en la mayoría de países de la UE. De esta forma se unificarían en una misma agencia independiente de ámbito nacional las competencias en materia de defensa de la competencia y de protección de los consumidores, al menos en lo que respecta al ámbito de la competencia desleal y sin perjuicio de las competencias de las comunidades autónomas en materia de consumo”*.

²⁵⁴ Se mantienen vigentes tres convenios laborales: el aplicado al personal laboral de la CMT, de la CNE y el de los funcionarios.

Más tarde, en el pacto firmado entre PP y Ciudadanos en julio de 2016 (“150 Compromisos para Mejorar España”) se incluía, dentro de las medidas de Competencia y eficiencia en los mercados de bienes y servicios:

“Es fundamental que los mercados de bienes y servicios cumplan de la forma más eficiente la labor de asignación que desempeñan en la sociedad, satisfaciendo las demandas de los consumidores y vigilando la competitividad de nuestro sistema productivo. Para ello es imprescindible garantizar la independencia y evitar injerencias políticas en los organismos reguladores. La mala asignación de recursos y la falta de competencia tienen un coste altísimo en términos de productividad para la sociedad.

Mejorar la regulación económica de los distintos sectores es una tarea permanente, en cuyo ámbito proponemos las siguientes medidas:

12. Garantizar la independencia de los organismos reguladores evitando la politización de sus órganos de Gobierno. Las Autoridades Administrativas Independientes poseerán independencia orgánica y funcional en términos equivalentes a los que hoy tiene la AIREF, incluyendo su financiación con tasas establecidas por ley. Sus Presidentes y sus Consejeros serán elegidos por el Pleno del Congreso de los Diputados, entre personas de reconocido prestigio y con más de diez años de experiencia profesional, y sus directivos serán seleccionados a través de procedimientos transparentes y meritocráticos.

13. Separar la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) en dos entidades independientes, siguiendo el modelo vigente en la mayoría de países de nuestro entorno:

Una Autoridad Independiente de los Mercados (AIReM) que asumirá las funciones de supervisión y control de los sectores económicos regulados (en especial, el sector energético, telecomunicaciones y audiovisual, transportes, y servicios postales, a los que se sumará el juego) y de resolución de conflictos entre operadores económicos.

Una Autoridad Independiente de Defensa de la Competencia (AIDeCo) que asumirá las funciones de promoción de la competencia, de aplicación de la normativa española y europea de defensa de la competencia y de garantía de la unidad de mercado. La AIDeCo asumirá además las funciones de protección y defensa de los consumidores y usuarios, siguiendo el modelo imperante en la Unión Europea, sin perjuicio de las competencias que corresponden a las Comunidades Autónomas”.

Ambas propuestas, prácticamente iguales entre sí en cuanto al modelo institucional propuesto, suponían, en definitiva, aproximar el modelo español al “alemán”, que ya fue defendido por prácticamente todos los grupos políticos en el debate parlamentario de la Ley 3/2013 que dio lugar a la creación de la actual CNMC.

En ambos casos se propone, igualmente, atribuir a la autoridad de competencia las funciones de defensa del consumidor, hasta ahora asumidas en España por un organismo independiente.

La propuesta de segregación de la CNMC se concretó el 2 diciembre de 2016 con la presentación en el Congreso de una proposición no de ley en la que Ciudadanos insta al Gobierno a dividir el citado organismo en dos órganos independientes: *“La concentración de varios reguladores en un solo organismo, aunque en ocasiones puede estar justificada para dificultar que sean «susceptibles de captura», no tiene sentido cuando se hace en tantos ámbitos y tan dispares, entre los que no existe ninguna sinergia, como entre competencia y telecomunicaciones. Además, la nueva CNMC también recibió críticas en lo referente a la garantía de independencia y autonomía que estos organismos deben tener. Su creación desaprovechó la ocasión para crear un mecanismo de nombramiento que asegure la capacidad e independencia, con publicidad, abierto a expertos internacionales y realizados por una comisión independiente”*.

En definitiva, parece que el Gobierno habría optado ya por dar marcha atrás en el proyecto de creación de un modelo unificado de regulación y competencia en España, mediante la creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), para elaborar una “ley de secesión” que permita separar los organismos fusionados en dicha Comisión. Sería el momento, por tanto, de empezar con el diseño del nuevo modelo,

La separación de la CNMC y, en concreto, de las funciones de supervisión y regulación sectorial de las de defensa de la competencia en dos organismos independientes ha recibido un amplio apoyo desde diferentes ámbitos económicos y especializados²⁵⁵. En la mayor parte de los casos se han destacado las importantes ventajas en términos de independencia y funcionamiento que dicha separación de las funciones de regulación y competencia traería consigo.

Sin duda, antes de proponer un diseño o un modelo de regulación y competencia segregado, a la vista de la experiencia de las fases iniciales de implantación del modelo actual, la primera cuestión que debería tenerse en cuenta es buscar el consenso de los distintos partidos en el Parlamento, así como de los expertos y de los propios organismos implicados. Este fue precisamente uno de los principales problemas observados en la creación de la CNMC y que influyó en gran medida en los problemas de funcionamiento que dicho organismo ha ido arrastrando desde su constitución. Conocer las opiniones de todas las partes implicadas, establecer un calendario progresivo de diseño y mejora del modelo y alcanzar un consenso que

²⁵⁵ Ver Robles (2016)

permita configurar el nuevo modelo de supervisión sería, en definitiva, fundamental para facilitar su posterior implantación.

6.4.2.1 Ventajas de la segregación

Sin duda, la principal ventaja de la segregación de la CNMC sería terminar con la situación de conflicto interno que ha protagonizado el funcionamiento de la CNMC desde su creación y que se ha ido acrecentando con el paso del tiempo. Dicha situación ha derivado en la paralización de determinadas decisiones de este organismo.

La aplicación de un modelo en el que se mantengan separadas, en organismos diferenciados, las funciones de supervisión regulatoria y competencia permitirá adaptarse al modelo que, en la actualidad, vienen aplicando la mayor parte de los países europeos de nuestro entorno y, parece, que sin grandes problemas de funcionamiento.

Gran parte de los problemas observados en la CNMC derivan de las disputas internas entre consejeros y las divisiones existentes en el seno de su Consejo. La segregación del organismo pondría fin a tales discrepancias que, en la práctica, han hecho que la CNMC funcione más bien como dos organismos independientes (uno de regulación y otro de competencia) bajo un mismo techo. El diseño del nuevo modelo y, en su caso, de los organismos de regulación y competencia encargados de tales funciones debería permitir buscar el consenso, desde el inicio, con todos los grupos políticos para evitar así situaciones posteriores de conflicto como las acaecidas en el seno de la CNMC.

Por otro lado, esta opción supondría la existencia de dos consejos diferenciados, con un número de consejeros cada uno que oscilaría, a priori, entre 5 y 7 cada uno. De esta forma, la segregación no obligaría al cese de los actuales consejeros de la CNMC, con los problemas que ello trajo consigo en el pasado, y, de hecho, podría solucionar en parte, la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE en relación con el cese anticipado de los consejeros de la CMT, que obliga a restituir en su puesto a dos consejeros de dicho organismo. Dado que, en la actualidad, varios consejeros han cumplido su mandato y se encuentran en funciones, la reforma del modelo permitirá, al mismo tiempo, renovar la composición de los dos potenciales consejos dando entrada a nuevos consejeros con el consenso de todos los grupos políticos.

Las potenciales ventajas de coordinación entre las funciones de regulación y competencia, que eran uno de los puntos a favor de la aplicación de un modelo unificado, podrían generarse igualmente mediante adecuados sistemas de

cooperación, información y colaboración entre una agencia de regulación multisectorial y una autoridad de competencia, evitándose al tiempo, las desventajas y los grandes problemas de funcionamiento observados en la CNMC como consecuencia de la fusión de ambos tipos de funciones y las fricciones generadas en el seno de esta entidad. De hecho, parece claro que la unificación en una misma entidad de ambas funciones no garantiza la coordinación de las mismas y que los informes preceptivos entre las Salas, previstos en la norma de creación de la CNMC²⁵⁶, no han tenido el efecto esperado como mecanismo de coordinación entre ambas salas y, por tanto, entre las funciones de regulación y competencia.

Por otro lado, si finalmente se optase, como parece, por un modelo alemán, al mantener la fusión de todos los reguladores sectoriales en un organismo multisectorial, este se vería beneficiado de las ventajas propias de este tipo de órganos, tales como el aprovechamiento de economías de escala y sinergias, así como la reducción del riesgo de captura tanto por las entidades de los sectores regulados como de los políticos, al tiempo que facilitaría la coordinación y coherencia en la política regulatoria de los sectores afectados.

Es decir, el nuevo modelo de organismos segregados permitiría disfrutar de las ventajas esperadas de la creación de reguladores multisectoriales evitando, al mismo tiempo, los problemas que conlleva la unión de tales funciones con las de protección y fomento de la competencia.

6.4.2.2 *Desventajas o problemas del cambio de modelo*

Dar marcha atrás en un modelo organizativo que lleva apenas cuatro años de funcionamiento es, sin duda, una señal de fracaso en su diseño y puesta en práctica. La creación de la CNMC supuso un cambio radical respecto al sistema de organismos de regulación y competencia que existía en España hasta la fecha, pasándose de un modelo caracterizado por la presencia de una autoridad de competencia con amplio bagaje en España y de múltiples organismos de regulación sectorial, a un modelo unificado en el que un único organismo asume las funciones desarrolladas hasta la

²⁵⁶ Art. 21.2. de la Ley de creación de la CNMC:

“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 artículos 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 artículo 5 de esta Ley que estén relacionados con los sectores a los que se refieren los artículos 6 a 11”.*

fecha por 7 comisiones u órganos hasta entonces independientes, con notables diferencias tanto en su organización como en su funcionamiento, y sujetos a normativas sectoriales muy diferentes entre sí. Su implementación debía requerir, por tanto, un tiempo razonable de adaptación y una puesta en funcionamiento de forma paulatina en el cual el nuevo organismo fuese corrigiendo los posibles desajustes internos y se produjese una fusión real de todos los organismos y funciones que se unieron en la nueva CNMC.

Por ello, dar marcha atrás en el modelo diseñado, además de una señal de error en el diseño del mismo, supone una muestra de falta de credibilidad y de inestabilidad en la política de regulación y competencia aplicada que, sin duda, puede afectar negativamente al nuevo modelo que, en su caso, llegue a aplicarse en el futuro más próximo.

La separación en dos entidades diferenciadas de las funciones de regulación y competencia actualmente concentradas en la CNMC, pese a tener algunas ventajas, como ha sido señalado, y solucionar algunos de los problemas observados en el funcionamiento actual de la Comisión, no supone en sí, la solución a todos ellos. Algunos de tales problemas, seguirían existiendo en las dos autoridades independientes que se creasen. Tal es el caso del nombramiento de los consejeros y directivos de tales organismos y la necesidad de exigencia de una solvencia técnica acreditada de los candidatos, de la requerida independencia financiera de estos organismos y de su capacidad para dotarse de los medios técnicos y humanos necesarios y capacitados para su correcto funcionamiento. Asimismo, sería necesario solventar los problemas de coordinación entre el órgano de regulación multisectorial y la autoridad de defensa de la competencia, diseñando para ello sistema que faciliten la cooperación entre ambas instituciones.

6.4.2.3 Algunas exigencias deseables en el nuevo modelo

A la vista de las ventajas, y sobre todo de las desventajas que la segregación de la CNMC en dos entidades diferenciadas podría traer consigo, sería necesario tratar de limitar tales problemas desde el inicio con un diseño organizativo que minimice dichas cuestiones.

Pensar que es posible crear un organismo completamente independiente (o aislado) del Gobierno o de cualquier tipo de interferencia política es irreal. Inevitablemente dichas influencias van a existir puesto que concurren numerosas vías por las que pueden producirse: a través del nombramiento de sus miembros, a través de su financiación, a través de las competencias otorgadas al organismo, etc. El objetivo, por tanto, sería tratar de limitar en lo posible tales influencias políticas, de

forma que las posibilidades o vías de injerencia en la actividad y decisiones del órgano independiente sean las menores posibles y, por tanto, la transparencia en sus decisiones y en la política aplicada favorezca el incremento de la credibilidad del organismo.

Junto a la necesidad de garantizar el nivel suficiente de independencia del nuevo regulador multisectorial y de la autoridad de competencia en sus distintas vertientes, un aspecto fundamental para el adecuado funcionamiento del nuevo modelo que, en su caso, pudiera aplicarse, sería establecer un adecuado sistema de coordinación entre ambas autoridades. Para ello, como se verá existen distintos métodos que se han aplicado a nivel internacional y cuya implementación en España debería ser valorada. Finalmente, será necesario asegurar la eficiencia de las decisiones del regulador y supervisor de los mercados, dotándolos de las competencias necesarias para el desarrollo eficaz de sus funciones y con unos niveles de transparencia suficientes. En los sub-apartados siguientes se apuntan algunas ideas sobre tales posibles reformas.

➤ **Diseñar mecanismos de coordinación de regulación y competencia:**

La relación entre las autoridades de competencia y los reguladores sectoriales ha resultado en muchas ocasiones complicadas, dando lugar a diferencias de opinión y desencuentros en sus decisiones y puntos de vista sobre una determinada cuestión. En España, tales desavenencias fueron claras entre la CNC y la CMT antes de la creación de la CNMC y se han hecho patentes también dentro del nuevo modelo unificado. En general, cada uno buscará defender su ámbito de actuación y sus competencias.

Por ello, deben buscarse mecanismos de coordinación que garanticen la colaboración entre ambas instituciones, así como el desarrollo de regulaciones pro-competencia en los sectores afectados. OECD (2005), resume algunos de los mecanismos de cooperaciones aplicables entre las autoridades responsables de la defensa de la competencia y los reguladores sectoriales, destacando que no existe ningún país de la OCDE que aplique todos ellos, sin embargo, una adecuada combinación de algunos de ellos bastaría para garantizar un nivel de colaboración suficiente entre ambos tipos de funciones. Entre tales sistemas de coordinación, se citan a continuación algunos sobre los que cabría valorar su aplicación en el nuevo modelo que, en su caso, llegue a aplicarse en España:

- Un primer sistema de cooperación entre la autoridad de regulación y competencia, supone el diseño de un marco que recoja, por escrito, la obligatoriedad de los mecanismos de coordinación entre los responsables de competencia y regulación, evitando así duplicidades y asegurando la

coherencia entre las decisiones de los organismos competentes. En particular, dicho marco contendría disposiciones sobre el suministro de información a la otra parte en caso de ser requerida para el desempeño de sus funciones, la obligación de abstenerse en cualquier actuación cuando la otra parte está desempeñando sus funciones sobre esa misma materia o competencia, o la obligación de cada organismo de consultar al otro antes de realizar cualquier actuación sobre mercados, empresas o situaciones concretas en las que ambos tengan competencia²⁵⁷.

- Otra forma de coordinación entre ambas políticas sería atribuir a la autoridad de competencia ciertas funciones propias de la regulación sectorial. Con ello se busca evitar la existencia de un exceso de regulación en determinados sectores en los que, incluso cuando ya no existan las causas que justificaban la necesidad regulatoria, la inercia institucional y la necesidad de supervivencia del regulador, que no quiere perder competencias, hace que mantenga dichas normas regulatorias. Atribuir a la autoridad de competencia la capacidad para determinar si una empresa tiene o no poder de mercado sobre un producto o servicio que justifique la necesidad de aplicar una política regulatoria en el mismo sería un ejemplo de este sistema²⁵⁸.
- En línea con lo anterior, garantizar que las autoridades de competencia puedan realizar comentarios públicos y expresar su punto de vista sobre los reglamentos sectoriales, requiriéndose además una respuesta por escrito del regulador a tales puntos de vista, constituye una vía de promoción de la competencia y de cooperación entre ambos organismos²⁵⁹.
- Otorgar poderes concurrentes sobre determinados ámbitos tanto a las autoridades de competencia como a los reguladores sectoriales obliga a ambos a colaborar y actuar de forma conjunta sobre una determinada cuestión²⁶⁰.

²⁵⁷ La OCDE cita en este sentido los ejemplos de Irlanda o Francia. En este último caso, pese a no existir un marco explícito, por escrito, de cooperación, la ley de telecomunicaciones y la ley de energía permiten la cooperación entre los reguladores y la autoridad de competencia.

²⁵⁸ OECD (2005, pág. 7) cita el ejemplo de México.

²⁵⁹ En Italia, por ejemplo, pese a la autoridad de defensa de la competencia no tiene competencia sobre el sector bancario, ésta tiene la capacidad de presentar su punto de vista sobre asuntos regulatorios bancarios al órgano competente, en este caso el Banco de Italia. Después de dicha presentación, el regulador bancario debe responder y no puede permitir acciones anticompetitivas a menos que existan circunstancias especiales (en particular, la estabilidad del sistema está en riesgo) y que la autoridad de competencia esté de acuerdo.

²⁶⁰ Esto es lo que se hizo, por ejemplo, en Reino Unido, a través de la Ley de Competencia de 1998, que otorgó poderes concurrentes a los reguladores sectoriales de electricidad, gas, telecomunicaciones, agua y ferrocarril, entre otras áreas. A su vez, la legislación no permitía, expresamente, el ejercicio de sus funciones por una autoridad mientras que esas mismas funciones estuviesen siendo desempeñadas por la otra, evitando así el riesgo de actuaciones solapadas y opuestas de ambos organismos. Para ello, se requería que cuando sobre una cuestión existiera jurisdicción concurrente, la autoridad deberá notificar previamente a las otras autoridades u organismos con capacidad atribuida sobre esas mismas cuestiones antes de iniciar su actuación. Las autoridades competentes debían decidir entre sí quién ejercería los poderes en relación con un caso determinado.

- Otra forma de cooperación necesaria y de coordinación de intereses de los reguladores sectoriales y las autoridades de competencia es facilitar la presencia en el Consejo de la autoridad de competencia de directivos y/o consejeros de los órganos de regulación, y viceversa²⁶¹. En esta misma línea, el fomento de las transferencias o intercambios de personal entre el regulador sectorial y la autoridad de competencia, ya sean unilaterales o bilaterales, pueden mejorar considerablemente el proceso de comunicación entre tales organismos.
- En Holanda, antes de la aplicación del modelo unificado actual, y como paso previo en la coordinación de competencia y regulación sectorial, el Gobierno creó cámaras especializadas por sectores dentro de la autoridad de competencia para garantizar así un conocimiento altamente especializado del funcionamiento y aspectos concretos de la política regulatoria de un sector que permita mejorar la competencia y las políticas de promoción de la misma aplicables en dicho mercado.
- Los Gobiernos realizan habitualmente evaluaciones de impacto regulatorio para asegurar que las nuevas regulaciones sean necesarias y que sus beneficios excedan el coste de su implementación o de otras regulaciones alternativas. Dichas evaluaciones deberían incluir, igualmente, el impacto sobre la política de competencia. Esto obliga a los reguladores a valorar y conocer los efectos que sus resoluciones tienen sobre el desarrollo de la competencia en los mercados en los cuales desarrollan sus funciones. En Reino Unido, por ejemplo, se requiere que todas las evaluaciones de impacto regulatorio incluyan una evaluación de competencia (excepto cuando la propuesta afecta únicamente a los servicios públicos).
- Finalmente, la OECD (2005) señala entre los mecanismos de coordinación aplicables, el garantizar un tribunal único para la supervisión final de los casos de derecho de la competencia, cualquiera que sea su origen. En el Reino Unido, el Tribunal de Apelación de la Competencia es el órgano de apelación común para las decisiones de la Comisión de la Competencia y de los reguladores con respecto a la aplicación de la ley de competencia. Esto mismo existe también en Polonia o Francia.

En caso de no llegar a un acuerdo, sería finalmente el Secretario de Estado, previa audiencia de ambas partes el que determinaría qué autoridad ejercería su poder de actuación en relación con un caso determinado. Asimismo, en este país se permitía que el personal de una autoridad actuase como personal del organismo con poder de decisión para un caso determinado.

²⁶¹ Sirva como ejemplo el caso de la Comisión Australiana de Competencia y Consumidores (ACCC) que, junto a los consejeros permanentes, tiene consejeros asociados nombrados por distintos reguladores sectoriales

➤ **Sistema de nombramiento de los consejeros e independencia política:**

Desde el punto de vista organizativo, uno de los factores con mayor influencia en el nivel de independencia y en el posterior funcionamiento del órgano supervisor es el sistema de nombramiento de los miembros del Consejo. Es en ese momento cuando el Gobierno tiene la oportunidad para nombrar como responsables del organismo personas afines a sus ideas y, por tanto, a su política regulatoria o de competencia. Teóricamente, el diseño de un órgano independientemente orgánicamente del Gobierno, cuyos responsables sean nombrados a través de un sistema basado en sus conocimientos y experiencia previa en el campo para el cual se propone su nombramiento, y que dicha selección se realice a través de un proceso transparente donde el Gobierno solo pueda proponer los candidatos, pero sea el Parlamento el que deba refrendar el nombramiento, es un sistema que garantiza un nivel de independencia suficiente de los consejeros evitando la injerencia política en este campo. Otros factores tales como el establecimiento de un mandato de duración fija, y no renovable, contribuyen igualmente a incrementar la independencia del órgano de supervisión en su actuación.

Dicho sistema teórico se aproximaría bastante al existente en España y según el cual se nombraron los consejeros de la actual CNMC.

Sin embargo, hay un aspecto que puede contribuir también, en cierto grado, al nivel de independencia del regulador/autoridad de competencia, y es evitar un peso excesivo de los consejeros afines o próximos a una determinada opción política en el consejo. La diversidad política en el seno del consejo puede ser un factor importante en aras de garantizar la independencia en las decisiones del órgano de supervisión²⁶². Cabe recordar que en la creación de la CNMC y, en concreto, en el nombramiento de los consejeros, seis fueron nombrados por el partido en el Gobierno (PP) y los otros dos por partidos nacionalistas (PNV y CIU) que pactaron con el Gobierno la Ley de creación de la CNMC.

Una forma de evitar esa influencia política en el consejo de los organismos independientes es la participación en el nombramiento de un grupo de expertos que sean los encargados de proponer a los candidatos atendiendo a su valía profesional, conocimientos, experiencia contrastada, etc. Para que posteriormente sean aceptados o rechazados por el Parlamento, que puede vetar el nombramiento por un sistema de mayorías.

La participación de los expertos garantiza que los candidatos seleccionados dispongan de los conocimientos técnicos y la experiencia necesaria para el desarrollo

²⁶² En la Federal Trade Commission (FTC), no más de tres de los cinco miembros del consejo pueden ser miembros o afines al mismo grupo político.

de las funciones para las cuales se le propone. La participación del grupo de expertos podría incluir las propuestas de nombramiento en lugar de ser el Gobierno el que propone directamente a sus candidatos o bien, como ocurre actualmente, que sea el Gobierno y demás grupos parlamentarios los que puedan proponer sus candidatos y que éstos sean posteriormente evaluados por el comité de expertos atendiendo a su experiencia y conocimientos del sector, como paso previo a su aceptación o rechazo por el Parlamento.

Que un candidato sea propuesto por el Gobierno para formar parte del Consejo de un organismo independiente no supone necesariamente que dicho consejero vaya a votar en el seno del mismo atendiendo a los intereses políticos del partido en el Gobierno, sin embargo, dado que podría llegar a ser un factor de influencia política es conveniente reducir en lo posible las posibilidades de que tal inferencia pudiera llegar a producirse. El objetivo fundamental sería garantizar que los miembros de los órganos reguladores y de supervisión tengan los conocimientos y competencias necesarias para el desarrollo de sus funciones, y que su nombramiento se base, por tanto, en tales aspectos y no únicamente en su vinculación o cercanía a un determinado partido político.

Recientemente, se han producido algunos avances en este ámbito, al presentarse en el Congreso una Proposición de Ley²⁶³ cuyo objetivo es precisamente cambiar el sistema de selección de los responsables de los órganos de regulación en España e incrementar su independencia, reduciendo así los nombramientos de carácter puramente político en tales organismos²⁶⁴. Las funciones de esta Comisión sería evaluar la idoneidad de los candidatos propuestos por el Gobierno para formar

²⁶³ Proposición de Ley para garantizar la independencia de los nombramientos en los organismos reguladores. BOCG Congreso de los Diputados. XII Legislatura. Serie B. 23 de diciembre de 2016. Presentada por Ciudadanos.

²⁶⁴ La estructura de la Comisión de Expertos no ha sido definida hasta el momento. La propuesta incluida en el Proyecto de Ley presentado por Ciudadanos establece una estructura integrada en el Ministerio de Presidencia y presidida por un magistrado de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, elegido por sorteo entre los 33 miembros de la Sala. Formaran parte de dicha Comisión: un consejero permanente del Consejo de Estado, el presidente de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal, un catedrático universitario (con el número máximo de sexenios de investigación), una persona que haya ocupado un puesto similar al que es objeto de evaluación, y una persona que haya ejercido como juez o abogado general del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y un abogado y un letrado de las Cortes Generales que actuará como secretario de la Comisión. Todos los integrantes de esta Comisión habrán de ser elegidos por sorteo y su mandato será de dos años.

En su comparecencia ante el Congreso (31 de enero de 2017), el Ministro de Economía anunció la posibilidad de que dicha Comisión de expertos esté formada por los presidentes de los reguladores del mercado (Airef, las dos entidades en las que podría segregarse la actual CNMC, CNMV, Banco de España y Agencia de Seguros). Junto a ellos podrían incorporarse, además, otras autoridades como el presidente del Consejo de Estado o un magistrado del Tribunal Supremo.

parte de algunos de los órganos de regulación existentes en España²⁶⁵, como paso previo, en caso del informe favorable de esta Comisión, a su comparecencia en el Parlamento. Además, cuanto el Gobierno así lo considere, esta Comisión podrá asumir también la propuesta de candidatos para una determinada función²⁶⁶.

Una vez propuestos los candidatos al puesto, la legislación actual, siguiendo el modelo americano, exige la comparecencia del candidato ante la Comisión correspondiente del Congreso que puede vetar el nombramiento por mayoría absoluta²⁶⁷. En opinión de García-Verdugo (2015), sería recomendable eliminar dicha exigencia de mayoría absoluta, requiriéndose únicamente el voto negativo de la mayoría de los miembros de la Comisión para anular el nombramiento de un determinado candidato. De esta forma se evitaría el uso político de las mayorías absolutas en el Parlamento para facilitar la aceptación o el rechazo de un determinado candidato por razones distintas de sus cualificaciones para el cargo para el cual se ha propuesto o, al contrario, nombramientos de personas por su afinidad política al grupo político con mayoría en el Parlamento con independencia de su cualificación.

Junto a los requisitos señalados para garantizar la independencia en el nombramiento de los miembros de los órganos de supervisión y regulación, es importante establecer también mandatos de duración fija y no renovables. De esta forma se evita que el consejo, o parte de sus miembros, puedan acomodar sus decisiones a las ideas del Gobierno para asegurarse así la reelección en su cargo.

De igual forma, deben establecerse explícitamente y con detalle, los criterios en base a los cuales un consejero puede ser apartado de sus funciones, para evitar así situaciones potenciales en las que la falta de alineación en sus decisiones con las opiniones o ideas del Gobierno pudieran llevar a su cese.

➤ **Independencia orgánica del Gobierno e incremento de sus competencias:**

Otro factor importante para evitar la influencia política en el regulador y autoridad de competencia y en las decisiones del mismo es evitar su dependencia orgánica y funcional. No basta con prohibir expresamente el aceptar o sugerir

²⁶⁵ Dicha Comisión emitirá un informe motivado sobre la idoneidad de los candidatos para los siguientes cargos: Presidente del Consejo de Estado, máximos responsables de los organismos reguladores y de supervisión, presidente del Consejo Económico y Social, presidente de la Agencia EFE, Director de la Agencia Española de Protección de Datos.

²⁶⁶ Según se recoge en la exposición de motivos de esta Proposición de Ley, dicho planteamiento no es novedoso, sino que se asemeja, por ejemplo, al contemplado en el artículo 254 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que establece un control similar para los candidatos propuestos para el ejercicio de las funciones de Juez y Abogado General del Tribunal de Justicia y del Tribunal General de la Unión Europea.

²⁶⁷ Art. 15.1 de la Ley 13/2013.

directrices en sus decisiones, sino que es recomendable establecer una separación orgánica del Gobierno, evitando la adscripción de la autoridad de competencia e incluso de los reguladores sectoriales (o multisectoriales) de Ministerio/s competente.

Al mismo tiempo, para que una autoridad de regulación y/o de competencia sea verdaderamente eficaz es necesario dotarle de las competencias suficientes y fomentar su independencia funcional.

En el momento de la creación de la CNMC, se introdujo una redistribución de las competencias regulatorias entre los Ministerios competentes en cada uno de los mercados y la nueva institución reguladora. En general, dicha redistribución supuso, de facto, una pérdida de determinadas competencias que hasta entonces recaían en los reguladores sectoriales (fundamentalmente CMT) a favor del Gobierno y sus departamentos ministeriales (concretamente a la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, dependiente del entonces Ministerio de Energía y Turismo)²⁶⁸. Aunque en un principio el objetivo era transferir mayores funciones al Gobierno, durante la tramitación del Proyecto de Ley, como consecuencia en gran medida de las presiones de la Comisión Europea y las críticas recibidas por distintos ámbitos, se mantuvieron finalmente en la CNMC un mayor número de tales funciones²⁶⁹, señalándose que se el traspaso de competencias se había limitado a aquellas de carácter puramente administrativo²⁷⁰.

Con todo, para asegurar la independencia real de los reguladores/supervisores del mercado, así como la verdadera eficacia de sus funciones es necesario cuidar que no haya transferencias de funciones hacia los Ministerios no justificadas, es decir, que supongan la reserva para el Gobierno de determinadas funciones regulatorias que debían recaer en el regulador independiente. En opinión de García-Verdugo (2015), con posterioridad a la creación de la CNMC han existido modificaciones legislativas que han favorecido tales transferencias, como los peajes eléctricos de la ley de Metrología

²⁶⁸ En el preámbulo de la Ley de creación de la CNMC se establece que se traspasan ciertas funciones a los Ministerios *“para cuyo desempeño no se requiere una especial independencia”* o bien *“eran funciones “de escasa utilidad”* para el desempeño de los objetivos marcados para la nueva Comisión.

²⁶⁹ Entre otras, las funciones cuyo traspaso se preveía eran: el Registro de Operadores; gestión y control de planes de numeración así como otorgar los derechos de uso de números, direcciones y nombres a los operadores; fijar los aspectos técnicos y administrativos de la portabilidad; garantizar el acceso, la interoperabilidad y la interconexión entre operadores; imponer a los operadores que controlen el acceso a los usuarios finales obligaciones de interconexión; imponer obligaciones relativas al acceso o a la interconexión a operadores que no hayan sido declarados con poder significativo en el mercado; hacer público el listado de operadores principales; o determinar si la obligación de la prestación del servicio universal puede implicar una carga. (Gomez Alessandri, 2013).

injustificada.

²⁷⁰ Las funciones transferidas aparecen recogidas en las Disposiciones Adicionales 6-11 de la Ley de creación de la CNMC)

o mediante la modificación de la Ley General de Telecomunicaciones²⁷¹. De hecho, en general, el Gobierno suele mostrarse reacio a cualquier transferencia de competencias hacia los reguladores intendent²⁷². En todo caso, tales cesiones de funciones en uno u otro sentido, deben hacerse con el consenso de ambas partes y basadas, en cualquier caso, en el cumplimiento de los objetivos marcados para el regulador/supervisor.

➤ **Independencia financiera:**

El Gobierno puede influir en el desarrollo de las funciones de un organismo independiente a través de su financiación. Si parte de los ingresos de un organismo dependen del Gobierno, vía Presupuestos Generales del Estado (o incluso el 100% como ocurre con la CNMC), éste podrá influir en su actuación y en sus decisiones limitando tales fondos. Por ello, una forma de incrementar la independencia de los órganos de regulación y competencia sería asegurar que mayoritariamente puedan financiarse a través de tasas sobre las empresas del sector o a través de parte de las sanciones que impone ante incumplimientos, por ejemplo, de la legislación de competencia.

La independencia financiera del Gobierno debe extenderse no solo por el lado de los ingresos, sino también al del gasto, facilitando que el organismo pueda gestionar sus fondos y tomar decisiones sobre cuestiones tan importantes para el desarrollo de su actividad, como la política de gasto y contratación de personal. Por ello, es necesario reforzar la independencia financiera del regulador y de la autoridad de competencia en el futuro, y resultan extensibles las opiniones que, sobre esta cuestión se han planteado en el apartado anterior. Independientemente de que se mantenga el modelo de organismo único o que, como parece, se opte finalmente por segregar la CNMC y aplicar en España un modelo similar al alemán, sería recomendable tener en cuenta las consideraciones realizadas acerca del incremento de la independencia financiera del Gobierno por la vía de los ingresos y también por la vía del gasto.

²⁷¹ Gomez Alessandri (2013)

²⁷² “El Gobierno es reacio a ceder a la CNMC el papel de regulador de la actividad de Aena, pese a las quejas del órgano de competencia, las directivas europeas que así lo aconsejan y el consenso a favor tanto de los grupos de la oposición como de las aerolíneas” (Magariño, 2016).

➤ **Transparencia y responsabilidad de sus actuaciones:**

En opinión de Gal (2016), la independencia de los organismos de competencia (y regulación) conlleva también un riesgo derivado de su falta de responsabilidad en sus decisiones²⁷³. En esta misma línea, Kovacic y Wineman (2015) señalan que un elevado nivel de independencia tendría un coste sustancial (e “*inacceptable*”).

Es por ello que deben preverse mecanismos de control de sus actuaciones. Aunque sus decisiones pueden estar sujetas a la opinión de los tribunales,

➤ **Eficacia de sus actuaciones y decisiones:**

La credibilidad de los reguladores y de las autoridades de competencia requiere que sus decisiones sean efectivas y, por tanto, sean aplicadas. La revisión de las mismas por los tribunales o por otras instancias del poder político supone una merma importante de su credibilidad.

En este sentido, sería importante revisar el sistema sancionador existente en la actualidad y en particular la eficacia del mismo en lo que a los incumplimientos de la normativa de competencia se refiere. En la actualidad, su eficacia se ha mostrado muy limitada. Por un lado, porque gran parte de las resoluciones sancionadoras de la autoridad de competencia (en este caso de CNMC) son posteriormente revisadas (e incluso pueden llegar a ser anuladas) por los tribunales. Por otro lado, porque el procedimiento de cálculo para fijar la cuantía máxima de las sanciones aplicables por incumplimientos de la ley de competencia no parece estar cumpliendo la función disuasoria esperada, evitando así la repetición de este tipo de actuaciones anticompetitivas. Dicho de otro modo, a las empresas les resulta “rentable” incumplir la normativa. Dicho sistema sancionador debe ser revisado en la nueva autoridad de defensa de la competencia que, en su caso, pudiera llegar a crearse para facilitar así la credibilidad de sus sanciones y que éstas tengan verdaderamente un efecto disuasorio en el mercado.

6.4.3 *Fusionar defensa de la competencia y protección de los consumidores.*

Las dos propuestas de reforma y segregación de la CNMC realizadas por los grupos políticos (PP-Ciudadanos y PSOE-Ciudadanos), incluían la atribución a la nueva

²⁷³ “[La independencia] tiene la aparente virtud de aislar las acciones de la agencia de la influencia política adversa, pero también [aislar] las acciones de la agencia de la responsabilidad política” Casazza (2015, pág. 731).

autoridad de competencia de las funciones de protección de los consumidores. A diferencia de la citada separación de regulación y competencia en entidades independientes, esta propuesta ha contado, en general, con escaso respaldo entre los expertos y organismos especializados.

Quizá una de las escasas ventajas de esta fusión es la señalada por Robles (2016): *“la coordinación entre la protección de los consumidores y la defensa de la competencia permitiría impedir que la limitada racionalidad de aquéllos pueda ser explotada por los empresarios”*. En general, las ventajas habitualmente aludidas para la unión de ambos tipos de competencias en un mismo organismo se centran en la complementariedad de objetivos y políticas, la posibilidad de utilizar herramientas y recursos complementarios, mayor capacidad para detectar problemas de funcionamiento de los mercados, etc.

Pero pese a que, efectivamente, en ocasiones se considere que ambas funciones son complementarias debido a que comparten el objetivo común del bienestar del consumidor, lo cierto es que entre ambas existen grandes diferencias. La función de protección del consumidor requiere de una legislación y un análisis técnico diferente al de los temas de competencia, por lo que parecen más las dificultades y desventajas de su fusión que sus potenciales beneficios. Así, hay que destacar, en primer lugar, las dificultades de coordinación de las funciones de competencia con las de protección del consumidor. Entre las cuales el grado de similitud o de complementariedad no es muy amplio.

Según la Constitución Española, artículo 51, la protección de los consumidores incluye *“la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”*. Cabría prever que las funciones atribuidas a la autoridad de competencia en esta materia serían únicamente las de defensa de los legítimos intereses de los consumidores. Pero en este sentido es interesante la exposición de Robles (2016) al señalar que *“la CNMC ya es competente para reprimir las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores cuando afecten al interés público. Conforme al artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia: “La Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas conocerán en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público.”*

En la práctica, la interpretación que de este artículo han hecho nuestras autoridades de competencia y tribunales permite su aplicación incluso en aquellos casos en los que se trata de un conflicto entre los intereses privados o difusos de los consumidores y los intereses privados de los empresarios, profesionales y cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado con los que aquéllos se

relacionen. Si se trata, por lo tanto, de reformar la CNMC sólo para atribuirle competencia para la aplicación de las normas que protegen a los consumidores frente a los actos de competencia desleal de aquéllos, parece que ya tiene tales competencias.

A los inconvenientes de la falta de coordinación de ambos tipos de funciones habría que añadir otros como la pérdida de foco en los objetivos del organismo o el riesgo de realizar una inadecuada reasignación de recursos entre ambos tipos de funciones. Es previsible que la mayor parte de tales recursos, tanto técnicos como financieros se dirijan hacia las funciones de competencia, cuyos expedientes tienen habitualmente un tamaño mucho mayor y requieren de mayor trabajo, adoptando la defensa de los consumidores un papel secundario dentro de la institución. Con todo, en los últimos años se ha observado una cierta tendencia a nivel internacional hacia la fusión de tales tareas bajo un mismo organismo.

Tabla 12. Países que han fusionado/separado funciones de competencia y protección del consumidor

FUSIONADAS	SEPARADAS	VALORARON LA FUSIÓN PERO LA RECHAZARON
Lituania (2000)	Islandia (2005)	Bulgaria
Corea (2006,2008)	Japón (2009)	China (2005)
Italia (2007, 2014)	Reino Unido (2013-2014)	Estonia (2008)
Dinamarca (2010)		Brasil (2012)
Finlandia (2013)		
Holanda (2013)		
Irlanda (2014)		

Fuente: Jenny (2015)

Tal y como se recoge en la tabla, algunos países (aunque menos en número) han optado por separar en entidades diferenciadas tales funciones. En tales casos la justificación de dicha separación fue el incrementar la efectividad en la aplicación de la política de competencia en el caso de Islandia, y la de protección de los consumidores

en el caso de Japón. En concreto, Islandia argumentaba que el hecho de que su autoridad de competencia se dedique "exclusivamente" a la aplicación y la promoción de la competencia, permite una orientación muy clara de los objetivos, lo que a su vez facilita la priorización y hace que la autoridad esté bien equipada para hacer frente a los cambios en el entorno económico. Este diseño ha permitido al nuevo organismo poner su peso en las tareas más importantes en un momento dado, y por eso facilitar la toma de decisiones, así como las políticas activas de promoción de la competencia²⁷⁴.

Quizá el ejemplo más significativo pudiera ser el de Holanda, ya que ha aplicado desde una fecha muy similar un modelo unificado comparable al de la CNMC en España, añadiendo además, las funciones de defensa de los consumidores. Allí, además, dichas funciones han recibido una atención prioritaria dentro del nuevo organismo (ACM) y de hecho la fusión se organizó en torno al consumidor como una preocupación central del nuevo modelo. Para ello, se creó un Departamento de Consumo dentro de la ACM y se estableció un servicio web, el ConsuWije, que asesora a los consumidores sobre sus derechos. En esta misma línea, la reforma de la Comisión de Competencia y Mercados en el Reino Unido ha incluido también una atención especial a la protección de los consumidores.

En todo caso, como señalan Trillas y Xifré (2016), las razones para la integración parecen ser diferentes en los casos de España y los Países Bajos. En España, la reforma se justifica principalmente por la posibilidad de obtener beneficios de las economías de escala y de lograr una "fiabilidad institucional" más sólida. Sin embargo, el alcance de tales objetivos parece complicado ya que, dado que la Constitución atribuye competencias legales de protección del consumidor a las Comunidades Autónomas, cualquier modificación en las políticas aplicadas en este ámbito requerirá el acuerdo no solo del Gobierno Central sino también de los autonómicos.

6.5 Principales conclusiones del capítulo

Tras el análisis del diseño de la CNMC y del propio funcionamiento de la institución incluido en este capítulo, parecen que existen razones que justifican la necesidad de revisar el modelo organizativo aplicado para tratar de corregir los problemas observados tanto en su propio diseño como, sobre todo, en el funcionamiento de la institución en los apenas cuatro años de su existencia.

En este capítulo, se han planteado las dos alternativas que, a priori, resultarían aplicables para reformular el modelo integrado actual: a) reformar el modelo actual

²⁷⁴ OECD (2014)

manteniendo un diseño integrado y tratando de corregir los defectos observados; o b) segregar la CNMC en dos organismos independientes, uno de carácter multisectorial encargado de las funciones de regulación y otro dedicado a las funciones de defensa de la competencia.

En ambos casos se han tratado de exponer las ventajas e inconvenientes de cada opción, así como las exigencias o características deseables para el/los órganos de regulación y competencia futuros.

En la literatura especializada parece existir una opinión claramente favorable hacia la segunda opción, esto es, la eliminación del modelo integrado y la aplicación de un nuevo modelo institucional semejable al existente en la actualidad en Alemania. Esta opción presenta ventajas importantes. Sin duda la principal sería terminar con la situación de conflicto interno existente en el seno del Consejo de la CNMC, derivado fundamentalmente de la falta de integración y coordinación de las tareas de regulación y competencia dentro de una misma entidad. El diseño del Consejo, dividido en dos salas independientes para ambos tipos de funciones no ha contribuido a favorecer la búsqueda integración y los beneficios esperados con este diseño integrado. En definitiva, la segregación en dos organismos permitiría adaptarse al modelo que viene aplicando buena parte de los países de nuestro entorno.

Sin embargo, ello no debe obviar el grave problema que este cambio de modelo puede llevar aparejado: Dar marcha atrás a un modelo organizativo que supuso un cambio radical respecto a las estructuras existentes hasta esa fecha en España apenas cuatro años después de su implantación sería una señal de fracaso organizativo y del diseño del modelo de regulación y competencia en España. Y, lo que es peor, afectaría negativamente a la credibilidad y estabilidad de estas políticas.

Finalmente es importante valorar que, aunque como se ha avanzado, el cambio de modelo y la segregación reportaría importantes ventajas, esto no supondría, en sí mismo, la solución a algunos de los defectos observados en la actual institución reguladora y que, en todo caso, habrían de ser revisados con independencia de que, en el futuro más próximo exista un único organismo encargado de tales funciones de supervisión o, como parece más posible a la vista de los primeros pasos dados por el Gobierno, se opte por segregar dichas funciones en dos organismos diferenciados. En concreto, la revisión del sistema de nombramiento de los responsables de los órganos reguladores, la mejora de su nivel de independencia tanto organizativa como funcional y financiera, el dotarlos de verdaderos poderes reguladoras y el diseño de un adecuado sistema de coordinación entre el órgano de regulación multisectorial y la autoridad de defensa de la competencia, serían todos ellos aspectos necesarios para asegurar el adecuado funcionamiento de un hipotético modelo futuro.

Si la opinión mayoritaria desde los organismos y personas especializadas (y desde el propio Gobierno y otras fuerzas políticas del Parlamento) apuntaría a la segregación, mucho más discutible sería la opción de atribuir a la autoridad de competencia, en su caso, las funciones de defensa de los consumidores. Sobre esta última opción no parece existir una opinión general favorable hacia dicha integración.

CAPÍTULO 7. CONCLUSIONES

En este trabajo se ha tratado uno de los asuntos que ha recibido, en los últimos años, una elevada atención en el ámbito económico de nuestro país: La configuración a partir del año 2013 de un modelo organizativo de regulación y competencia en España basado en la creación de un organismo unificado que asume todas las funciones de supervisión sectorial, así como las de fomento de la competencia.

Dicho modelo supuso un cambio profundo en lo que a la organización y diseño organizativo de las agencias independientes aplicado hasta entonces se refiere. Y es a partir de ese cambio de modelo, o mejor, del diseño de un modelo institucional para los organismos de supervisión independientes, donde surge la necesidad de ahondar en la evolución de este tipo de instituciones en España y, en concreto, en el análisis de la conveniencia y adecuación del nuevo modelo a las características regulatorias y de competencia de nuestra economía.

El trabajo de análisis incluido en esta tesis ha consistido en ahondar en la evolución de dicho modelo institucional en España, desde la aprobación de la primera Ley de Competencia, en 1963, y la creación de una autoridad de defensa de la competencia, pasando por la creación de órganos de regulación independientes y su diseño organizativo, para analizar cómo han ido evolucionando tales organismos en el tiempo hasta llegar a su configuración actual. El objetivo sería evaluar, en base a dicho proceso evolutivo, cuales podrían ser las posibles vías de desarrollo del modelo institucional de regulación y competencia en España en el futuro más próximo.

El objetivo planteado en esta tesis se encuadra próximo a una corriente de la economía, denominada la Nueva Economía Institucional, que ha ido adquiriendo una importancia creciente dentro del análisis económico en los últimos años, y cuyos preceptos incluyen, fundamentalmente, el énfasis en las instituciones y, en concreto, en la necesidad de su análisis como factor de relevancia en el desarrollo económico de un país.

El modelo neoclásico tradicional de la economía, que fue la corriente mayoritaria hasta los años 90, no tiene en cuenta en su análisis la influencia de las instituciones, defendiendo la existencia de mercados eficientes en los cuales es únicamente el sistema de precios el que asigna los recursos. Por ello, hasta prácticamente finales del S.XX las instituciones no eran una variable relevante dentro del análisis económico.

Sin embargo, tales modelos neoclásicos demostraron ser insuficientes para explicar la evolución de las instituciones, su evolución en el tiempo y también su diversidad. Por ello, el objetivo de la NEI es precisamente completar dicho análisis con un mejor conocimiento de las instituciones, poniendo de manifiesto su importancia y los efectos derivados sobre la eficiencia y la evolución económica. De esta forma, comienzan a surgir estudios que buscan responder a preguntas como por qué las instituciones económicas emergen de una forma y no de otra, que diferencias genera, en términos de eficiencia, la aplicación de un modelo institucional u otro, o cómo tales instituciones interactúan con las estructuras organizativas de la economía y favorecen el cambio institucional. Incluso organismos internacionales como el Banco Mundial o el FMI empezaron a enfatizar el papel de las instituciones en el desarrollo económico.

Una de las conclusiones de esta corriente institucionalista es que no existe una institución o un modelo institucional perfecto, sino un “*second-best*” sujeto a las restricciones de incentivos, compromisos y reglas tanto políticas como sociales de una determinada economía. Por ello, lo que funciona en un país no necesariamente asegura su éxito en otro. Y también por ello, la aplicación de una determinada política económica, aunque sea correcta, puede fallar como consecuencia de la ineficiencia de sus instituciones.

Es en este contexto de análisis institucional, del estudio de su evolución y de sus posibles efectos donde se encuadra el objetivo de esta Tesis, pero referido a la evolución del modelo institucional de los organismos de regulación y competencia en España y a la definición del modelo actual.

En línea con lo que ocurrió en la mayor parte de las economías, en España las instituciones han sido las grandes olvidadas en el análisis económico, y su influencia apenas ha sido tomada en cuenta en la configuración de los modelos económicos. Sin embargo, la propia evolución económica y, en particular, la crisis económica de los últimos años, ha devuelto a tales estructuras a la primera línea del análisis económico. Se ha demostrado que las instituciones son un factor clave dentro del desarrollo económico de un país y que su configuración es una variable relevante para favorecer su éxito o su fracaso.

Y es dentro de ese resurgir de las instituciones y de su análisis económico, lo que lleva a plantearnos la conveniencia de analizar cómo ha sido la evolución del modelo institucional de regulación y competencia en España. Dada la importancia que la historia y la evolución de las instituciones tiene en su desarrollo futuro, este análisis parte de dicho objetivo, de conocer cómo ha sido la evolución de las instituciones de regulación y defensa de la competencia en España hasta llegar al modelo unificado actual.

Este objetivo se ha apoyado en el resumen de las principales teorías que sustentan la necesidad de regulación en los mercados y las distintas formas en que el Estado puede intervenir en la economía para corregir los denominados fallos de mercado. De ello se derivan las justificaciones que apoyan la creación de agencias independientes y las características que, desde un punto de vista teórico, deben tener estos organismos para garantizar las ventajas de su constitución frente a otras formas de regulación pública de los mercados.

Adicionalmente, se ha realizado un análisis de los principales modelos organizativos existentes en Europa, fundamentalmente, para conocer la configuración de los organismos de regulación y competencia y cómo ha evolucionado el modelo institucional en otros países de nuestro entorno más próximo.

En línea con los preceptos defendidos por la Economía de las Instituciones, el proceso evolutivo del modelo institucional de regulación y competencia en España ha sido lento y pausado. Así, en el ámbito de la defensa de la competencia, la primera Ley aprobada en España es del año 1963 e incluye el primer modelo institucional de autoridad de competencia en nuestro país, el Tribunal de Defensa de la Competencia. Dicho organismo, que surge inicialmente como un órgano cuasi-judicial y con poca actividad, fue evolucionando hasta aproximarse en mayor grado a un órgano administrativo de defensa y promoción de la competencia a partir de la Ley de 1989. Entre sus problemas de funcionamiento se encontraban su escaso tamaño, el alto nivel de politización (fundamentalmente por el nombramiento de sus consejeros) y la duplicidad de funciones derivada de la existencia de un organismo dedicado a la instrucción de los expedientes de competencia, el Servicio de Defensa de la Competencia, junto con el Tribunal como órgano de resolución. Tales problemas derivaron en la reforma de 2007 y la unión de ambos en una única institución de competencia, la CNC.

Por el lado de la regulación, la evolución de los organismos independientes en este ámbito también ha sido lenta y, además, de carácter acumulativo. Desde la creación de los primeros reguladores sectoriales en España, la CMT y CNE a mediados de los noventa, se fueron sucediendo la creación de nuevos órganos de supervisión para distintos mercados (postal, aeroportuario, ferrocarril, audiovisual, etc.).

Dicho proceso evolutivo se mantiene hasta que en el año 2013 (en concreto el 4 de junio) se aprueba un cambio del modelo institucional que, a grandes rasgos, supone la unificación en un solo organismo, de todos los órganos de regulación sectorial independientes y también de la autoridad de competencia. Se crea así la CNMC siguiendo un modelo de organismo integrado que rompe con la tendencia observada hasta esa fecha en España y del que tampoco existen modelos comparables

en el ámbito internacional más cercano, ya que Holanda lo instauró incluso unos meses después que España.

El diseño de este nuevo organismo se justifica en la necesidad de coordinar y ordenar el enjambre de organismos de regulación y supervisión independientes que había en España, tratando de aprovechar, al tiempo, las economías de escala y conocimientos. Buena parte de su justificación, sin embargo, se debía a razones presupuestarias y la búsqueda de ahorros de costes gracias a la fusión de organismos.

Tanto la fase de diseño y aprobación de este nuevo organismo, como su funcionamiento posterior, se han caracterizado por las críticas mayoritarias tanto a su configuración, es decir, a su forma, como a sus funciones, esto es, a las actuaciones de este organismo desde el momento de su puesta en marcha. En los capítulos 5 y 6 de esta tesis se ahonda en tales cuestiones, pero lo cierto es que en los apenas cuatro años que han transcurrido desde su constitución, las críticas continuas a la Comisión han derivado tanto de los errores de diseño que arrastraba este organismo desde antes incluso de su implantación (como la división del Consejo en dos salas independientes de regulación y competencia o los problemas de falta de independencia derivados del nombramiento de sus consejeros), como de otros aspectos concretos relativos al desarrollo de su actividad y el grado de implementación de sus funciones (por ejemplo, la falta de eficacia de sus resoluciones, la cuantía de las sanciones impuestas o los problemas internos de funcionamiento de la institución que han trascendido y paralizado la toma de decisiones en su seno).

Sin duda la falta de consenso con la que nació esta institución ha sido un lastre en el desarrollo de sus actuaciones posteriores. La experiencia habría demostrado que, efectivamente, *“las Administraciones independientes sólo son viables cuando sobre un tema existe un consenso político previo, por el que todas las fuerzas coinciden en mantener determinadas funciones y objetivos estatales como algo imparcial, estable y permanente, cualquiera que sea la orientación política que prevalezca en un momento determinado”* (Ariño Ortiz, 2007, pág. 2).

La celeridad con que se realizó un cambio de modelo organizativo tan drástico como el descrito no contribuyó, sin duda, a la estabilidad del mismo y a su adecuada implantación. Pero, además, y enlazando nuevamente con los postulados de la Economía Institucional, no se valoró de forma suficiente el entorno económico y social en el cual se iba a implantar dicho modelo. Parece, en todo caso, que no era el modelo organizativo que mejor se adaptaba a la situación económica y política de España en ese momento. Y buena parte de tales problemas se han dejado sentir en el funcionamiento de la CNMC, en las fricciones internas de su consejo y en la falta de unidad observada en su seno, sin que haya existido una verdadera fusión de culturas de los órganos precedentes. En consecuencia, las ventajas esperadas en términos de

aprovechamiento de conocimientos y sinergias no han alcanzado los objetivos esperados, si bien es cierto que los indicadores de actividad y desempeño de este organismo no habrían empeorado respecto a etapas anteriores.

Buena parte del problema estaría en, definitiva, en que la creación de la CNMC. De forma más amplia, podríamos decir que el diseño institucional actual de regulación y competencia en España no ha sido el resultado del propio proceso evolutivo de tales organismos, condicionado en todo caso por la estructura preexistentes, sino que ha respondido a una decisión política. Siguiendo a Easterly (2008), habría sido un cambio “de arriba abajo”, es decir, derivado de una Ley diseñada por el Gobierno, en lugar de un cambio “de abajo a arriba”, esto es, como resultado de un proceso gradual y evolutivo de las propias instituciones que, posteriormente, quedase reflejado en la legislación pertinente.

En todo caso, y llegados al modelo actual aplicado en España, es cierto que existen deficiencias de diseño, o de forma, de la CNMC que han lastrado su funcionamiento y también algunas de sus funciones, debido a la pérdida de competencias regulatorias a favor del Gobierno. Pero, llegados a este punto, ¿resulta justificado plantear un nuevo modelo institucional apenas cuatro años después de su implantación? No lo parece. En términos de credibilidad, la política de regulación y de fomento de la competencia en España podrían verse negativamente afectadas. Un modelo institucional necesita tiempo para su implantación y para su ajuste, en definitiva, requiere un entorno de estabilidad para adecuar su funcionamiento y adaptarse al resto de estructuras institucionales tanto políticas como sociales de la economía. En España no se ha dejado transcurrir ese plazo mínimo de adaptación.

Además, importar un nuevo modelo institucional basado en el aplicado en otros países con un cierto grado de éxito, como es el caso de Alemania, no garantiza en ningún caso, que vaya a ocurrir lo mismo en nuestro país. Sin duda las diferencias entre ambas economías son notables, pero también las diferencias políticas.

En España, los organismos independientes en general, y la CNMC en particular, adolecen de un nivel suficiente de independencia política. El sistema de nombramientos de los miembros de este tipo de organismos se ha caracterizado históricamente por su influencia política. Cabe destacar que los consejeros son nombrados por el propio Gobierno, aunque se requiere de su comparecencia parlamentaria previa a su nombramiento, si bien la capacidad real de veto del Parlamento en tales situaciones es muy limitada.

El rediseño del sistema de nombramientos, buscando el consenso Parlamentario, y basando tales designaciones en la capacidad y adecuación de los candidatos a los requerimientos exigidos por el puesto para el cual se proponen (y no

en su afinidad política), debe ser, sin duda, la primera medida a aplicar en el futuro. Aislar las instituciones de regulación y competencia de la influencia política y dotarles de la capacidad regulatoria necesaria para el desarrollo de sus funciones son las reformas imprescindibles en el caso de España.

Tales medidas no implican un cambio de modelo, únicamente una reforma sobre el modelo institucional actual. En todo caso, a la vista de lo acontecido en los últimos meses, parece que la decisión política ya ha sido tomada y el Gobierno planteará en el futuro más próximo la implantación de un nuevo modelo, siguiendo el diseño aplicado en Alemania, y caracterizado por la desmembración de la CNMC en dos organismos diferenciados, uno encargado de las tareas de regulación multisectorial y otro, independiente, dedicado a la defensa y promoción de la competencia en los mercados.

Con independencia de que este cambio llegue finalmente a implantarse o no, lo que subyace detrás de tales planteamientos es la falta de consideración, o de respeto, que se ha tenido tradicionalmente por las instituciones en general y por este tipo de organismos de regulación en particular.

La estructura institucional y organizativa es importante por cuanto determina los incentivos de los sujetos políticos y, por tanto, el resultado político. Si las instituciones están mal diseñadas, sus políticas tendrán poca calidad y, en consecuencia, carecerán de credibilidad, aspecto este fundamental en la definición de una política regulatoria o de fomento de la competencia. En definitiva, la inadecuada definición del marco institucional, y su falta de respeto, influirá en la evolución económica del país, afectando negativamente, en tal caso, a su crecimiento. Para que esto no ocurra es necesario fomentar el respeto a las instituciones, el análisis de su evolución y su influencia en la eficiencia económica, dotando a tales instituciones de la estabilidad y permanencia necesaria para su desarrollo. Si una sociedad aspira a ser exitosa en lo político y en lo económico, señala Vilas (2012), debe practicar una respetuosa observancia de las reglas institucionales que la rigen.

En España, la fase de definición e implementación de los aspectos fundamentales de las políticas de regulación sectorial y fomento de la competencia ya se realizó (sería la etapa de las aperturas de mercados, privatizaciones, desregulación sectorial, fomento de la competencia en los antiguos monopolios, etc.). Ahora, el objetivo sería otro, el de garantizar el buen funcionamiento de las instituciones para que tales políticas puedan dar sus frutos en el desarrollo económico. Y ese “buen hacer” institucional requiere dejar a un lado las pugnas políticas y las luchas por definir el marco institucional aplicable en el futuro y garantizar su funcionamiento y su estabilidad.

En definitiva, el problema no es tanto el modelo institucional aplicado, y si es mejor el “holandés” o el “alemán” para el caso de España. Hasta ahora, sin que haya transcurrido tiempo suficiente para su valoración objetiva, los problemas de la CNMC no han sido el propio modelo integrado, sino la imposibilidad de ponerlo en práctica y favorecer la implantación e integración de todas las estructuras preexistentes dentro de un mismo organismo. Los enfrentamientos políticos por el nombramiento de los responsables de este organismo, la búsqueda de “cuotas” en su consejo y los bloqueos de decisiones por enfrentamientos internos entre sus responsables han impedido su implantación y su funcionamiento.

Definir un nuevo modelo institucional de regulación y competencia que responda, exclusivamente, a una decisión política, (de nuevo de “arriba abajo” como decía Easterly (2008)), llevaría inevitablemente a más problemas. En definitiva, aplicar un nuevo diseño organizativo para tales organismos no garantiza la solución a las ineficiencias y defectos, tanto de forma como de fondo, que se han venido observando en los últimos años.

En España, los problemas de funcionamiento de la CNMC no derivan directamente de la aplicación de un modelo unificado en sí mismo. Indudablemente es opinable que sea o no el modelo más adecuado para la estructura institucional y política de este país, pero no es al modelo en sí mismo al que cabe culparle de los defectos observados, sino más bien al diseño interno de la CNMC y a los problemas internos generados en su seno. Todo ello consecuencia en gran medida de la precipitación con la que se llevó a cabo la implantación del nuevo modelo y a la falta de consenso a la que ya nos hemos referido. Como apuntaban Delgado y Otero (2015), en ningún momento se diseñó una Comisión atendiendo a los objetivos funcionales ni a la adopción de una estructura que materializase los beneficios esperados con la implantación de un modelo de este tipo: las sinergias y la coordinación de funciones en su seno.

Entonces, si esto es así, tales problemas (o buena parte de los mismos) podrían solucionarse con una reforma del modelo actual que permitiese corregir los fallos observados. Mantener el modelo unificado actual permitiría aprovechar las potenciales ventajas (la mayor parte de las cuales no se han materializado) derivadas de la integración de las funciones de regulación y competencia, fundamentalmente en términos de reducción del riesgo de captura del regulador, aprovechamiento de sinergias y coordinación de funciones y ganancias de credibilidad. Esta última ventaja es importante. El modelo unificado supuso un giro radical en la estructura organizativa de los órganos independientes en España y una apuesta por un diseño muy diferente al que existía hasta esa fecha. Si apenas cuatro años después, se optase por un nuevo cambio de modelo y la aplicación en el futuro más próximo de otro diseño organizativo para este tipo de instituciones, sin duda la credibilidad de este tipo de políticas en

España se vería seriamente perjudicada. Además, como ya hemos dicho, el cambio de modelo no garantizaría nuevamente el éxito de su aplicación y, en todo caso, llevaría aparejada la incertidumbre propia de la adecuación (o no) de su diseño e implantación.

El cambio, necesario y en algunos casos inevitable, no puede sino ser gradual: *“pequeñas modificaciones aportan grandes resultados”* (Acemoglu & Robinson, 2012, pág. 428)²⁷⁵. Por ello, en esta Tesis (apartado 6.4.1) se proponen una serie de correcciones o modificaciones sobre el diseño actual de la CNMC que pueden contribuir a reducir (si no a eliminar) buena parte de los problemas de funcionamiento y forma de este organismo. En concreto, la renovación de la composición del Consejo y la revisión del sistema de nombramiento de los nuevos consejeros sería una de las cuestiones clave. El nombramiento de nuevos miembros debería requerir, esta vez sí, del consenso parlamentario para evitar así repetir de nuevo posibles situaciones de bloqueo político en las decisiones del Consejo y, en todo caso, reducir el elevado grado de politización de un organismo cuya característica más deseable es, precisamente, su independencia.

Y, por otro lado, sería necesario revisar el diseño organizativo de las dos salas dentro del consejo de la CNMC, debido a los problemas internos y al bloqueo de decisiones que este diseño ha generado, y, al tiempo, establecer mecanismos de coordinación eficientes entre las funciones de regulación y competencia. En este punto debe precisarse que el diseño de dos salas dentro del Consejo fue una consecuencia derivada en gran medida de las presiones comunitarias para mantener separadas las funciones de regulación y competencia y de las reticencias de la Comisión sobre la aplicación de un modelo integrado en España.

Sobre la primera de tales cuestiones ya se ha avanzado en la definición de un nuevo sistema para el nombramiento de los consejeros de los organismos de regulación y competencia, en general, y que resultaría aplicable para la CNMC. La exigencia de solvencia técnica acreditada a los candidatos ha quedado prevista tanto en el *“Anteproyecto de ley sobre racionalización y ordenación de los organismos supervisores de los mercados y para la mejora de su gobernanza”*²⁷⁶ elaborado por el Gobierno, como en la Proposición de Ley presentada sobre esta cuestión en el

²⁷⁵ Tomado de Vilas (2012).

²⁷⁶ El objetivo de este Anteproyecto es *“reordenar la arquitectura institucional de la defensa de la competencia y la supervisión en el ámbito económico y financiero en España, con el fin último de mejorar el sistema de gobernanza económica”*. Dicho objetivo incluye *“racionalizar estructuras para adaptarlas a las mejores prácticas internacionales ... así como aprovechar al máximo las sinergias posibles...”*. Asimismo, ello requiere *“reforzar la independencia”*, para lo que *“el sistema de nombramiento de los órganos de Gobierno resulta no menos importante”*. En definitiva, este Anteproyecto de Ley elaborado por el Gobierno incluye la creación de 4 nuevas Autoridades Administrativas Independientes (AAI): de Competencia, de Supervisión y Regulación de los Mercados, y otras dos relativas al sector financiero y que, por tanto, quedarían fuera del objeto de análisis de esta Tesis (AAI de Seguros y Planes de Pensiones y AAI de protección de los Usuarios de Servicios Financieros y de los Inversores Financieros).

Congreso²⁷⁷ (ver apartado 6.4.2.3 de esta Tesis). En ambos casos, el objetivo sería aislar en lo posible el nombramiento de los responsables de los organismos reguladores de vinculaciones de carácter político, introduciendo para ello en el sistema de nombramiento a un grupo, o comité de expertos, que serían los encargados de proponer o valorar a los candidatos (en caso de que la propuesta siga recayendo en el Gobierno) atendiendo a su valía profesional, conocimientos, experiencia contrastada, etc. Posteriormente, dichos candidatos podrán ser aceptados o rechazados por el Parlamento mediante la posibilidad de veto por un sistema de mayorías que, preferiblemente, no debería exigir el ser mayoritaria, evitando así la influencia política en aquellos casos de mayoría parlamentaria en el Congreso de un determinado partido.

Tales medidas, tendentes todas ellas a favorecer la independencia política, junto con el fortalecimiento de la independencia financiera del organismo, y el incremento de su poder regulatorio y la corrección de los defectos de diseño organizativo, contribuirían a reducir gran parte de las deficiencias observadas en el modelo integrado aplicado actualmente en España. Esta posibilidad, en todo caso, habría contado hasta la fecha con escaso apoyo tanto en el ámbito político como en el académico, ya que, para muchos, tales reformas podrían llegar a convertir en “parches” los cambios aplicables sobre el modelo integrado. De hecho, si no existe un verdadero interés por parte de todos los ámbitos institucionales y por parte de todas las áreas incluidas dentro de la CNMC, con independencia de que puedan arbitrarse todo tipo de mecanismos de coordinación de funciones, las discrepancias entre las competencias de regulación y competencia, por ejemplo, seguirían manteniéndose.

Frente a esta opción, la que ha recibido mayor apoyo desde todos los ámbitos de análisis, y la que parece haber decidido ya el Gobierno actual, es la de realizar un nuevo cambio del modelo institucional de regulación y competencia y segregar la CNMC en dos entidades independientes: Por un lado, un órgano de regulación multisectorial y, por otro, una autoridad independiente de competencia. Se retrocedería así un escalón en lo que a la integración de organismos independientes se refiere, optando por la fusión de organismos únicamente en el ámbito de la regulación sectorial, aprovechando por tanto las ventajas propias de la integración de funciones afines en este campo, pero manteniendo las funciones de competencia, caracterizadas por su aplicación de carácter horizontal y ex-post, en un organismo diferenciado e independiente del primero. Esta segunda opción coincidiría, por tanto, con el diseño institucional aplicado en Alemania, que fue además el que recibió un amplio apoyo para su implantación, desde la mayor parte de órganos especializados y también desde

²⁷⁷ Proposición de Ley para garantizar la independencia de los nombramientos en los organismos reguladores. BOCG Congreso de los Diputados. XII Legislatura. Serie B. 23 de diciembre de 2016. Presentada por Ciudadanos.

los distintos grupos parlamentarios en la oposición, en la fase de tramitación de la Ley de 2013. Por ello, a priori, cabría esperar que su implantación contase con un amplio consenso, evitando por tanto una de las grandes deficiencias de partida que ha tenido el modelo actual. De hecho, para evitar repetir errores del pasado, y como paso previo a la implantación de un nuevo modelo, el Gobierno a través del Ministerio de Economía ha abierto un periodo de consulta pública sobre el Anteproyecto²⁷⁸.

Desde un punto de vista teórico, este cambio de modelo solucionaría la principal desventaja del diseño único actual: los conflictos internos entre las áreas de regulación y competencia y la falta de coordinación entre ambos tipos de funciones y decisiones en el seno del Consejo. En realidad, la CNMC ya ha estado funcionando desde su creación como dos órganos independientes bajo un mismo techo, porque, como se ha dicho, el grado de integración de funciones, personal, métodos de trabajo, etc., ha sido muy limitado. Por lo que los mecanismos de coordinación serían necesarios no solo en este caso sino también si se mantuviese el modelo unificado.

Pero sin duda, como se ha dicho, la señal de fracaso y de pérdida de credibilidad del diseño de la política de regulación y competencia en España sería elevada. En menos de cinco años España podría llegar a aplicar tres modelos organizativos completamente distintos entre sí. La señal de inestabilidad regulatoria sería inevitable (y justificada).

En definitiva, con independencia del diseño del nuevo/s modelos que puedan aplicarse en el futuro en España, y de que cualquier cambio organizativo requerirá necesariamente de un periodo de adaptación y corrección de pequeños defectos de engranaje, lo ocurrido con la implantación de la CNMC en España debe servir para evitar en adelante, diseños y aprobaciones precipitadas, carentes de consenso y generadoras, en definitiva, de sensaciones de falta de credibilidad regulatoria y de inseguridad jurídica en ámbitos tan importantes para el desarrollo económico como la regulación sectorial y defensa de la competencia en los mercados. La importancia de las instituciones, de su análisis y su influencia en el desarrollo económico debe llevar necesariamente al respeto por tales estructuras, a la definición de un marco institucional estable, que favorezca la eficiencia, y a evitar trasplantes institucionales cuyo éxito o fracaso no está garantizado y que dependerá fundamentalmente del entorno político e institucional en que dicho modelo se aplique.

Partiendo del trabajo de análisis elaborado en esta Tesis, centrado en el estudio de la evolución del modelo institucional de regulación y competencia en España hasta

²⁷⁸ Como señala Robles (2017), no deja de ser llamativo el hecho de que se haya abierto un proceso de consulta pública sobre la posible reforma del modelo institucional de supervisión y regulación de los mercados, sobre un modelo que ya parece haber sido elegido, por lo que el margen de opinión sería, cuanto menos, limitado.

la actualidad, se abrirían nuevas líneas de investigación para el futuro. En concreto, el estudio del modelo institucional realizado podría completarse con un análisis cuantitativo en términos de eficiencia de los resultados del modelo integrado en España y Holanda, cuya implantación coincidió en el tiempo con la de la CNMC. Al tiempo, dicha comparación podría extenderse también al caso de Alemania. Dicho análisis, necesario para valorar en términos objetivos el efecto real que sobre la eficiencia ha generado el cambio de modelo en España no se ha incluido en este trabajo fundamentalmente por la imposibilidad de contar con una serie temporal suficiente amplia para estimar índices de eficiencia del modelo integrado en España (de hecho, en el momento de elaborar esta Tesis solo se tendría acceso a los datos referidos a dos ejercicios completos). Al mismo tiempo, este análisis permitiría comparar las diferencias de desempeño entre el modelo integrado aplicado a partir de 2013 y el modelo institucional que existía en España hasta esa fecha, con una autoridad de competencia y múltiples órganos de regulación de carácter sectorial.

REFERENCIAS

- Acemoglu, D., & Robinson, J. (2012). *Why nations fail. The origins of power, prosperity and poverty*. New York: Crown Business.
- ACM. (2014). *Informa anual 2014*.
- Alcaide Guindo, C. (2005). La evolución de la política de defensa de la competencia. *ICE, Nº 826*, 245-258.
- Alemaní, E., Klein, C., Koske, I., Vitale, C., & Wanner, I. (2013). *New indicators of competition law and policy in 2013 for OECD and non- OECD countries*. OECD.
- Alfaro, J., & Marcos, F. (10 de mayo de 2013). *Modesta propuesta para mejorar la calidad de nuestras instituciones: buenos candidatos para la CNMC*. Obtenido de derechomercantilespaña.blogspot.com.es: <http://derechomercantilespaña.blogspot.com.es/2013/05/modesta-propuesta-para-mejorar-la.html>
- Alonso Nuez, M. J., & Rosell Martínez, J. (2011). Desregulación y política de competencia. Un análisis empírico. *El Trimestre Económico, Vol. LXXVIII (1), Num. 309*, 87-114.
- Alonso Nuez, M. J., & Rosell Martínez, J. (2011). Desregulación y política de competencia. Un análisis empírico. *El Trimestre Económico, Vol. LXXVIII (1), núm. 309*, 87-114.
- Alonso Nuez, M., & Rosell Martínez, J. (2008). Política de Defensa de la Competencia en España: Evolución reciente y perspectivas. *Economía Industrial, 369*, 195-2011.
- Alonso Soto, R. (1997). *Los organismos reguladores y la defensa de la competencia: Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones vs Autoridades de Defensa de la Competencia*.
- Alvarez, C. L. (2014). Organos reguladores de telecomunicaciones. *Revista de Investigación Jurídica Técnico Profesional Praxis de la Justicia Fiscal y Administrativa. Vol. 6*.
- Arias, X., & Caballero, G. (2003). Instituciones, costos de transacción y políticas públicas: Un panorama. *Revista de Economía Institucional, Vol. 5, No. 8*, 117-146.

Referencias

- Ariño Ortiz, G. (2007). Sobre la naturaleza y razón de ser de los entes reguladores y el alcance de su poder reglamentario. *Revista electrónica de Direito Administrativo Económico, No. 10*.
- Ariño Ortiz, G. (2007). Sobre la naturaleza y razón de ser de los entes reguladores y el alcance de su poder reglamentario. *Revista eletrónica de Direito Administrativo Económico, No 10, .*
- Ariño, G. (2007). *Empresa pública, empresa privada, empresa de interés general*. Colección Monografías Aranzadi.
- Ariño, G., & de la Cuétara, J. M. (2013). Reguladores sectoriales y defensa de la competencia. Una aportación al debate de su fusión. *Política Económica y Regulatoria en Telecomunicaciones, Num. 8 (abril)*, 98-109.
- Ariño, G., & Lopez de Castro, L. (2001). *Derecho de la competencia en sectores regulados: fusiones y adquisiciones, control de empresas y poder político*. Granada: Comares.
- Arrow, K. (1987). Relections on the essays. En G. Feiwel, *Arrow and the foundations of the Theory of Economic Policy* (págs. 727-734). New York: New York University press.
- Atkinson, M. (1989). Strong states and wead states. Sectoral policy networks in advanced capitalist economies. *British Journal Os Political Science*.
- Bacigalupo Saggese, M. (2007). La coordinación de la Comisión Nacional de la Competenca con los reguladores sectoriales en la nueva Ley de Defensa de la Competencia. *Revista de Administración Pública, Nº 174*, 395-419.
- Baldwin, R., & Cave, M. (1999). *Understanding Regulation. Theory, strategy and paractice*. Oxford: Oxford university Press.
- Baldwin, R., Cave, M., & Lodge, M. (2012). *Understanding regulation. Theory, strategy and practice*. Oxford University Press.
- Banks, J., & Weingast, B. (1992). The political control of bureaucracies under asymmetric information. *American Journal of Political Science, No. 36*.
- Barkow, R. (2010). Insulating agencies: Avoiding capture through institutional design. *Public Law & Legal Theory Research Paper Series. Working Paper No. 82*. New York University School of Law.
- Baumol, W., Panzar, J., & Willing, R. (1982). *Contestable markets and the theory of industry structure*. New York: Harcourt Brace Jovanovich.

- Bayón Sosa, M. L. (2012). La economía y la regulación desde los "costos de ransacción": Un enfoque crítico. *Revista Caribeña de las Ciencias Sociales*.
- Benham, A., & Benham, L. (2000). Measuring the cost of exchange. En C. Menard, *Institutions, contracts and organizations: Perspectives from New Institutional Economics* (págs. 367-375). Edward Elgar.
- Berenguer Fuster, L. (2004). *Sistema de defensa de la competencia*. Madrid: Alternativas.
- Berumen, S. (2009). *La politica de comeptencia en Europa*. ESIC.
- Betancor Rodriguez, A. (1994). *Las Administraciones independientes: Un reto para el Estado social y Democrático de Derecho*. Madrid: Tecnos.
- Beyer, H. (1992). Ronald H. Coase y su contribución a la teoría de la economía y del derecho. *Estudios Públicos, No. 45*.
- Böllhoff, D. (2001). New regulatory agencies in British-German comparison. The impact of public sector reform policies. *ECPR 29 th Joint Sessions of Workshops, 6-11 april*. Grenoble.
- Brokelmann, H. (27 de febrero de 2012). Competencia y regulación en la nueva CNMC. *Cinco Dias*.
- Bundeskartellamt. (2011). *The Bundeskartellamt in Bonn. Organisation, task and activities*.
- Bundesnetzagentur. (2015). *Annual Report 2014*.
- Caballero Miguez, G. (2009). El papel de las instituciones en la geografía humana: un enfoque desde la nueva economía institucional. *Economía, sociedad y territorio, Vol. IX, Num. 29, enero-abril*, 1-31.
- Caballero Miguez, G. (2011). Economía de las instituciones: de Coase y North a Williamson y Ostrom. *Ekonomiaz, N. 77, 2º trimestre*, 14-51.
- Caballero, G. (2002). El programa de la nueva economía institucional: lo macro, lo micro y lo político. *Ekonomiaz, No. 50*, 230-261.
- Calvert, R., McCubbins, M., & Weingast, B. (1989). A theory of political control and agency discretion. *American Journal of Political Science, No. 33*, 588-611.
- Carazo, J. (25 de Febrero de 2012). El Gobierno unifica los reguladores para controlar sus decisiones. *Cinco Dias*.

Referencias

- Carreño, B. (5 de septiembre de 2013). La derecha copa los cargos del nuevo regulador que debe vigilar la competencia entre empresas. *eldiario.es*.
- Casazza, D. (2015). Liberty requires accountability: checking delegations to independent agencies. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 729 (38)2.
- Cases Pallarés, L. (1995). *Derecho administrativo de la defensa de la competencia*. Madrid: Marcial Pons.
- Castañeda Boniche, A. (2012). Liberalización del comercio interior y defensa de la competencia. *ICE*, Nº 868, 113-131.
- Chang, H.-J. (1997). The economics and politics of regulation. *Cambridge Journal of Economics*, No. 21, 703-728.
- Chang, H.-J. (2006). La relación entre las instituciones y el desarrollo económico. Problemas teóricos claves. *Revista de Economía Institucional*, Vol. 8, No. 14, 125-136.
- Clavero Arévalo, M. (1962). Personalidad jurídica, Derecho general y Derecho singular en las Administraciones autónomas. *Documentación Administrativa*, No. 58.
- CMA. (2015). *CMA impact assessment 2014/15*.
- Coase, R. (1960). The problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics*, Vol. 3, No. 1, 1-44.
- Coase, R. (2011). El problema del costo social. *Economía y Desarrollo*, Vol. 10, No. 1, 9-52.
- Coen, D., & Doyle, C. (1999). *Designing economic regulatory institutions for European network industries*. London Business School, Mimeo.
- COIT. (2012). *Reflexiones del COIT en torno a la reforma de los reguladores sectoriales*. Grupo de política públicas y regulación.
- Comisión Europea. (2012). *Evaluación del programa nacional de reforma y del programa de estabilidad para España 2012*. Bruselas.
- Consejo de Estado. (2012). *Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*. Madrid: 13 de Septiembre.
- Cordova-Novion, C., & Hanlon, D. (2002). Regulatory governance: improving the institutinal basis for sectoral regulatos. *OECD Journal of Budgeting*, 2 (3).

- Costas, A. (3 de marzo de 2013). Una fusión explosiva. *EL PAIS*.
- Critilo. (14 de mayo de 2013). *Ultimas noticias del regulador único: la hora del reparto del botín*. Obtenido de hayderecho.com: <http://hayderecho.com/2013/05/14/ultimas-noticias-del-regulador-unico-la-hora-del-reparto-del-botin/>
- Cseres, K. (2013). *Integrate or separate. Institutional design for the enforcement of competition law and consumer law*. University of Amsterdam: Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper, No. 2013-023.
- Cuadrado Roura, J., & Carrillo Neff, M. (2008). *Expansión del sector público empresarial en las autonomías y ayuntamientos. Evolución y análisis de las posibles causas*. Universidad de Alcalá: Instituto Univesitario de Análisis Economico y Social, No. 03/2008.
- Cuadrado-Roura, J. R., & Carrillo Neff, M. (2015). Agencias de regulación y competencia. La independencia y la elección de un modelo multisectorial o integrado. *Revista de Control Externo, Vol. XII, No. 51, 77-105*.
- Culebro, J., & Gonzalez, C. (2013). Regulación y evolución de organismos reguladores en telecomunicaciones. El caso de México y Francia. *Gestión y Política Pública, Vol. XXII, Nº 1, 45-83*.
- De la Quadra Salcedo, T. (22 de abril de 2012). A la confusión por la fusión. *El País. Negocios*, pág. 21.
- De Miguel, B., & Monforte, C. (17 de Noviembre de 2016). La CNMC busca apoyos en Bruselas para evitar su desguace. *Cinco Días*.
- De Miguel, B., & Monforte, C. (17 de Noviembre de 2016). La CNMC busca apoyos en Bruselas para evitar su desguace. *Cinco Días*.
- Del Sanz Cordero, S. (1994). La huída del Derecho Administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas. *Revista de Administración Pública, No. 133, 57-98*.
- Delgado, J., & Mariscal, E. (2014). Integrating regulatory and antitrust powers: Does it works? Case studies from Spain and Mexico. *Competition Policy International, Vol.10 (1), 135-159*.
- Delgado, J., & Otero, H. (25 de Septiembre de 2015). *La CNMC: historia de una reforma inacabada*. Obtenido de funcasBlog: <http://blog.funcas.es/la-cnmc-historia-de-una-reforma-inacabada/>

Referencias

- Delgado, J., & Otero, H. (2015). La CNMC: La historia de una reforma inacabada. *Papeles de Economía Española*, nº 145.
- Delgado, J., García Cobos, J., & García Díaz, A. (21 de febrero de 2012). *La reforma de los organismos de regulación (I): Los límites a la integración*. Obtenido de <http://nadaesgratis.es>: <http://nadaesgratis.es/admin/la-reforma-de-los-organismos-de-regulacion-i-los-limites-a-la-integracion>
- Díez Estella. (2014). *Informe sobre la CNMC*. Fundación Ciudadanía y Valores, Nº 211.
- Díez Estella, F. (2014). *Informe sobre la CNMC*. Fundación Ciudadanía y Valores, Nº 211.
- Dixit, A. (1996). *The making of economic policy: A transaction-cost politics perspective*. Cambridge: The MIT Press.
- Dixit, A. (2009). Governance Institutions and Economic Activity. *American Economic Review*, 99 (1), 5-24.
- Easterly, W. (2008). Institutions: Top down and bottom up? *American Economic Review: Papers & Proceedings*, No. 98 (2), 95-99.
- Eggertsson, T. (1990). *Economic behaviour and institutions*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Eggertsson, T. (2005). *Imperfect institutions*. The University of Michigan Press.
- Enns-Jedenastik, L. (2015). Credibility versus Control: Agency independence and partisan influence in the regulatory state. *Comparative Political Studies*, Vol. 48 (7), 823-853.
- Escudero, A., Ferrer, R., García, J., Rincón, R., Sopeña, V., & Zuelco, T. (2002). *Apuntes de derecho de la competencia comunitario y español*. Madrid: Dykinson.
- Fels, A., & Ergas, H. (2014). Institutional design of competition authorities. *Roundtable on changes in institutional design of competition authorities, 122nd meeting of the OECD Competition Committee*.
- Fels, A., & Ergas, H. (2014). Institutional design of competition authorities. *Roundtable on changes in Institutional Design of Competition Authorities*. OECD.
- Fernández Ordoñez, M. (1999). La protección de la competencia desde los órganos sectoriales. *Gaceta Jurídica*, No. 204 (97).

- Fernandez Ordoñez, M. (2004). La política de competencia en España. *Papeles de Economía Española, No. 100 (II)*.
- Fernández Ordóñez, M. A. (2000). *La competencia*. Alianza Editorial.
- Fernández Ordoñez, M., Petitbo Juan, A., Solana González, G., Berenguer Fuster, L., & García Bernaldo de Quiros, J. (2014). La competencia a través de sus protagonistas. *ICE, Nº 876*, 125-144.
- Fernandez Rojas, G. (2005). La Administración por agencias independientes en los EEUU de America. *Revista Universitas*, 177-205.
- Fernández-Villaverde, J., & Garicano, L. (27 de Septiembre de 2013). Arbitrariedad y competencia. *El País*.
- Finger, M., & Voets, A. (2008). *Comparative study on the effectiveness of telecommunications regulators*. Lausanne: MIR.
- Fiorina, M. (1985). Group concentration and the delegation of legislative authority. En R. Noll, *Regulatory policy and the social sciences*. Berkley: University of California Press.
- Fontejn, C. (Junio de 2014). Interview with Chris Fontejn, Charirman of the Board, Netherlands Authority for Consumers and Markets. (T. A. Source, Entrevistador)
- Fontejn, C. (2015). *Trends in institutinal design of competition and regulatory authorities*. Madrid: CNMC.
- Gal, M. (2016). *Agency independence*. OECD.
- Galbraith, J. (1956). *American capitalism: The concep of countervailing power*. Boston: houghton-Mifflin.
- Galvan, S., & Schwartz, M. (2002). Teoría económica y credibilidad en la política monetaria. *Gaceta Económica, año 7, Número especial*.
- Gámir Casares, L., & Durá Juez, P. (2013). *La economía de las agencias reguladoras*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos.
- García de Enterría, E. (2003). Una nueva sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la sumisión a las normas comunitarias sobre contratación pública de las sociedades mercantiles de titularidad de las

Referencias

- Administraciones Públicas. *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 120.
- García-Verdugo, J. (2015). El diseño institucional de la CNMC: Análisis crítico y propuestas de reforma. *Papeles de Economía Española*, nº 145.
- Garrigues, J. (1964). *La defensa de la competencia mercantil*. Madrid: Sociedad de Estudios y Publicaciones.
- Georgosouli, A. (2013). The FCA-PRA coordination scheme and the challenge of policy coherence. *Capital Markets Law*, Vol. 8, Nº 1, 62-76.
- Gilardi, F. (2005). The formal independence of regulators: A comparison of 17 countries and 7 sectors. *Swiss Political Science Review*, Vol. 11, No. 4, 139-167.
- Gilardi, F. (2008). *Delegation in the regulatory state, independent regulatory agencies in Western Europe*. Northampton, MA: Edward Elgar.
- Global Competition Review. (2015). Rating Enforcement 2015.
- Global Competition Review. (2015). United Kingdom. En *The Handbook of Competition Enforcement Agencies*.
- Gomez Alessandri, J. (2013). La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: Planeamientos iniciales y resultado. *La Ley*, Nº 8168, Sección Doctrina, Año XXXIV, 1-20.
- Gomez Reino, E., & De Abel, F. (2003). Privatización, eficiencia y responsabilidad patrimonial del Estado. *Revista General de Derecho Administrativo*, No. 4.
- Gonzalez Moreno, M. (1997). *Los servicios de la economía española. Viejos problemas, nuevos retos*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos.
- Górriz López, C. (28 de junio de 2013). *CNMC: ¿Frankenstein al servicio de la competencia?* Obtenido de Actualidad de derecho mercantil.: <http://blogs.uab.cat/dretmercantil/2013/06/28/cnmc-frankenstein-al-servicio-de-la-competencia/>
- Gorriz, C. (2014). The Spanish National Commission on Markets and Competition. *World Competition*, Vol. 37, Nº 3.
- Groebel, A. (1 de Marzo de 2010). Introduction to the Bundesnetzagentur (BNetzA). *Visit of FTS. International Relations / Postal Regulation Bundesnetzagentur*. Bonn.

- Gual, J., Jódar Rosell, S., & Ruiz Posino, A. (2006). *El problema de la productividad en España: ¿Cual es el papel de la regulación?* Documentos de Economía, No 1. La Caixa.
- Guédon, M. (1991). *Les autorités administratives indépendantes*. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- Guerra Fernández, A., & Rodríguez Encinas, A. (2007). La nueva Ley de Defensa de la Competencia: Principales novedades. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, Num. 18, 42-56.
- Guillén Caramés, J. (2005). *Libre competencia y Estado autonómico*. Madrid: Marcial Pons.
- Güllen, G., Makaryan, R., Volkov, D., & Foss, M. (2007). *improving regulatory agency efficiency and effectiveness*. Washington University: International Society for New Institutional Economics.
- Hampton, P. (2005). *Reducing administrative burdens: effective inspection and enforcement*. London: HM Treasury.
- Hernandez, J. C. (2005). Regulación y Competencia en el Sector Eléctrico. (Evolución, Regulación actual y Perspectivas de Futuro). *The Global Lay Colecction Legal Studies Series*. Navarra: Thomson- Aranzadi.
- HM Government. (2014). *Collaboration between Economic Regulators*.
- House of Lords. (2007). *UK Economic Regulators. Volume I*. Authority of the House of Lords. The Stationery Office Limited.
- Jacobzone, S. (2005). Independent Regulatory Authorities in OECD countries: an overview. En OECD, *Designing Independent and accountable regulatory authorities for high quality regulation*. Porceeding of an Expert meeting in London; United Kingdom, 10-11 January : OECD.
- Jaffe, L. (1973). *The illusion of the ideal Administration*. Harvard Law Review, Vol. 86.
- Jeletcheva, M. (2007). Las autoridades de defensa de la competencia. Los Estados Unidos y la Unión Europea. España y Bulgaria. Madrid: Universidad Complutense. Facultad de Derecho .
- Jenny, F. (2015). The institutional design of competition authorities: International debates and trends. *Advances in the analysis of competition policy and regulation*. Cresse.

Referencias

- Jenny, F. (2016). *The institutional design of competition authorities: Debates and trends*.
- Jimenez Laiglesia, J. M. (10 de Abril de 2012). Una oportuna perdida. *Cinco Días*.
- Johnson, C. (1992). *The dynamics of conflict between bureaucrats and legislators*. Armonk, NY: ME Sharpe.
- Jordana, J., & Levi Faur, D. (2011). *La arquitectura de los organismos reguladores: modelos multisectoriales y monosectoriales*. ESADE.
- Joskow, P. (1998). *Regulatory principles for reforming infrastructure sectors in developing countries*. World Bank.
- Joskow, P. (2002). Transaction cost economics, antitrust rules and remedies. *Journal of Law, Economics & organization*, Vol. 18, No. 1, 95-116.
- Kay, J., & Vickers, J. (1988). Regulatory reform in Britain. *Economic Policy*, Nº 3., 286-351.
- Koedijk, K., & Kremers, J. (1997). Apertura de mercados, regulación y crecimiento en Europa. *Colección de Estudios de la Caixa*, No. 11, 67-95.
- Koske, I., Naru, F., Beiter, P., & Wanner, I. (2016). *Regulatory management practices in OECD countries*. OECD.
- Kovacic, E., & Hyman, D. (2012). Competition agency design: What's on the menu? *Public Law and Legal Theory Paper*, No. 2012-135.
- Kovacic, W. (2011). competition agencies, independence and the political process. En W. Drexl, & R. Podszun, *Competition policy and the economic approach*. Foundations and limitations.
- Kovacic, W., & Hyman, D. (2012). *Competition agency design: What's on the menu?* The George Washington University Law School. Public Law and Legal Theory Paper.
- Kovacic, W., & Wineman, M. (2015). The Federal Trade Commission as an Independent Agency: Autonomy, Legitimacy and Effectiveness. *Iowa Law Review*, Vol, 100, p2108.
- Kreps, D. (1990). Corporate culture and economic theory. En J. Alt, & K. Shepsle, *Perspectives on positive political economy*. Cambridge: Cambridge university Press.

- Kydland, F., & Prescott, E. (1977). Rules rather discretion: the inconsistency of optimal plans. *Journal of Political Economy*, No. 85.
- Larsen, A., Pedersen, L., Sorensen, E., & Olsen, O. (2005). *Independent regulatory authorities in Europe*. Amternes og Kommunernes Forskningsinstitut.
- Levy, B., & Spiller, P. (1996). *Regulations, institutions and commitment: Comparative studies of telecommunications*. Nueva York: Cambridge University Press.
- Llobet, G. (15 de noviembre de 2012). *Organismos reguladores y autoridades de competencia, ¿Mezclar o agitar?* Obtenido de <http://nadaesgratis.es: http://nadaesgratis.es/gerard-llobet/organismos-reguladores-y-autoridades-de-competencia-mezclar-o-agitar>
- Lopez Ponton, E. (2008). Un criterio de eficiencia para la concepción y la evaluación de las políticas públicas. *Revista de Economía Institucional*, Vol. 10, No. 18, 149-178.
- López Ramón, F. (1991). El Consejo de Seguridad Nuclear: Un ejemplo de Administración independiente. *Revista de Administración Pública*, Nº 126, pp:189-216.
- Lowi, T. (1979). *The end of liberalism: The second republic of United States*. New York.
- Lowi, T. (1985). The state in politics. The relation between policy and administration. En R. Noll, *Regulatory policy and the social sciences*. Londres: University of California Press.
- Mach, A., Häusermann, S., & Papadopoulos, Y. (April de 2003). Economic regulatory reforms in Switzerland: adjustment without European integration, or how rigidities become flexible. *Journal of European Public Policy* 10 (2), págs. 301-318.
- Maegli, M., & Jaag, C. (2008). Regulatory institutions and governance cost in the postal sector: The case of Switzerland. *(Re) Regulation in the wake of Neoliberalism*. ECPR.
- Magariño, J. (19 de enero de 2016). Fomento se reafirma frente a la CNMC como regulador único de Aena. *Cinco Días*, pág. 3.
- Maggetti, M., Afonso, A., & Fontana, M.-C. (2011). *The more it changes, the more it stays the same? Swiss liberalization and regulatory policies in comparative perspective*.

Referencias

- Maggetti, M., Ingold, K., & Varone, F. (2013). Having your cake and eating it, too: Can regulatory agencies be both independent and accountable? *Swiss Political Science Review*, 19 (1), 1-25.
- Majone, G. (1996). *Regulating Europe*. London: Routledge.
- Majone, G. (2001). Nonmajoritarian Institutions and the Limits of Democratic Governance: A political transaction-cost approach. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, No. 157, 57-78.
- March, J., & Olsen, J. (1989). *Rediscovering institutions: the organizational basis of politics*. New York: Fress Press.
- Marcos, F. (30 de enero de 2015). *La sala de competencia de la CNMC está rota ¿nadie va a hacer nada?* Obtenido de <http://nadaesgratis.es>.
- Marcos, F. (2016). Incontinencia judicial en defensiva de la competencia. *Diario La Ley*, Nº 8802, Sección Tribuna.
- Marín Quemada, J. M. (2014). La Comisión Nacional de los Mercados y la competencia: Una neva etapa la competencia y la supervisión regulatoria en España. *Revista ICE. 60 aniversario de la primera Ley de Competencia en España, Enero-Febrero*. No. 876, 7-15.
- Marquina, F. (17 de Febrero de 2015). *A la CNMC se le ven las costuras*. Obtenido de Queland.es: <http://www.queland.es/a-la-cnmc-se-le-ven-las-costuras/>
- Martín Tubía, E., & Pelayo Martínez, E. (2009). Reflexiones tras un año de vigencia del programa español de clemencia. *Boletín Económico del ICE*, Nº 2975, 63-72.
- McLean, I. (2002). *The origin and strange history regulation in the UK: three case studies in search of a theory*. Workshop paper.
- Meloni, G. (2010). Enabling regulatory reform. *Making reform happen: Lessons from OECD Countries*, OECD Publighsing.
- Milgrom, P., & Roberts, J. (1992). *Economics, organizations and management*. Prentice-Hall International.
- Ministerio de Economía. (2005). *Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia*. 20 de enero.
- Ministerio de Economía y Hacienda. (2005). *Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia*. 20 de enero de 2005.

- Moe, T. (1990). The politics of structural choice: Toward a theory of public bureaucracy. En Williamson, *Organization theory: From Chester Barnard to the present and beyond* (págs. 116-153). New York: Oxford University Press.
- Moe, T. (1991). Politics and the theory of organization. *Journal of Law, Economics and Organization*, No. 7, 106-129.
- Monroe, K. (1991). *The economic approach to politics*. New York: Harper Collins.
- Moreno Molina, A. (1995). *La administración por agencias en los EEUU*. Universidad Carlos III, Boletín Oficial del Estado.
- Muñoz, R. (23 de Julio de 2015). El supremo cuestiona la legalidad de la CNMC y pide opinión a la UE. *El País*.
- Muñoz, R. (23 de Julio de 2015). El Supremo cuestiona la legalidad de la CNMC y pide opinión a la UE. *El País. Economía*.
- National Audit Office. (2016). *The UK competition regimen*.
- Navarro Rodríguez, P. (2013). La nueva Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: naturaleza, régimen jurídico e independencia. *Revista General de Derecho Administrativo*, No. 34.
- Navas, J. A. (7 de junio de 2013). Guindos tendrá la facultad de nombrar al "gran mandarín" de la Regulación y la Competencia. *El Confidencial*.
- Navas, J. A. (9 de MAYO de 2013). Guindos tiende la mano al PSOE para que entre en el consejo del futuro regulador único. *EL PAIS*.
- Navas, J. A. (9 de mayo de 2013). Guindos tiende la mano al PSOE para que entre en el consejo del futuro regulador único. *El Confidencial*.
- Nelsori, R., & Sampat, B. N. (2001). Las instituciones como factor que regula el desempeño económico. *Revista de Economía Institucional*, No. 5, 17-51.
- Niskanen, W. (1971). *Bureaucracy and representative government*. Chicago: Aldine Atherton.
- Noll, R. (1989). Economic perspectives on the politics of regulation. En R. W. Schmalensee, *Handbook in industrial organization*, Vol.2, cap.22. Amsterdam.
- North, D. (1990). *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge: Cambridge university Press.

Referencias

- North, D. (1993). Institutions and credible commitment. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, Vol. 149, N.1., 11-23.
- North, D. (1995). Five propositions about institutional change. En J. Dnitht, & I. Sened, *Explaining social institutions*. University of Michigan Press.
- North, D. (2005). *Understanding the process of economic change*. Princeton: Princeton University Press.
- North, D., & Weingast, B. (1989). Constitutions and Commitment: The Evolution of Institutions Gobening Public Choice in Seventeenth-Century England. *The Journal of Economic History*, Vol. 49, No. 4, 803-832.
- Obregon Ruiz, J. (2014). *Legislación secundaria en materia de competencia económica. ¿Que es y por qué es necesaria?* Fundación Rafael Preciado Hernandez. Documento de Trabajo 539.
- OCDE. (2000). *Estudios económicos de la OCDE, España*. Madrid: Mundi-Prensa Libros.
- OCDE. (2000). *Regulatory reform in Spain: The role of competition policy in regulatory reform*. París.
- OECD. (2000). *Regulatory reform in Spain*. Paris: OECD.
- OECD. (2002). *Regulatory policies in OCDE countries: From interventionism to regulatory governance*. París.
- OECD. (2005). *The relationship between competition authorities and sectoral regulators*. OECD.
- OECD. (2010). *Better Regulation in Europe. Sweden*.
- OECD. (2010). *Better Regulation in Europe. United Kingdom*.
- OECD. (2012). *Estudio sobre políticas y regulación de telecomunicaciones en México*. Paris: OECD.
- OECD. (2014). *Roundtable on changes in institutinal design of competition authorities*. OECD.
- OECD. (2014). *Roundtable on changes in institutional design of competition authorities*. Paris: DAF/COMP/WD (2014) OECD.
- OECD. (2014). Roundtable on changes in institutional design of competition authorities. Note by Iceland. OECD.

- OECD. (2014). *Roundtable on changes in institutional design of Competition authorities. Note by the Netherlands*. OECD.
- OECD. (2014). *Roundtable on institutional changes. Note by the European Union*. OECD Competition Committee.
- OECD. (2015). *Annex to the summary record of the 123rd meeting of the competition committee held on 15-19 June 2015*. Paris: OECD.
- Ofgem. (2015). *Annual Report and Accounts*.
- Olson, M. (1991). Autocracy, democracy and prosperity. En R. Zeckhauser, *Strategy and choice*. Cambridge: MIT Press.
- Ortín, A. (1 de enero de 2016). "Los doce de Competencia" dejan de cobrar 6.593 euros de media al mes por no hacer nada. *Vozpópuli*.
- Ortiz Laverde, S. (2014). Entre regulación y competencia: revisión institucional de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia CNMC. *Tesis*. Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho.
- Ortiz, S. (2015). Apuntes sobre la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en España. *Revista Digital de Derecho Administrativo, nº 14, segundo semestre*, 237-258.
- Ostrom, E. (1990). *Governing the commons*. Cambridge: Cambridge university Press.
- Ostrom, E. (2004). Rules without enforcement are but words on paper. *IHDP, No. 2*, 8-12.
- Ostrom, E., Janssen, M., & Anderies, J. (2007). Going beyond panaceas. *Proceedings of the National Academy of Sciences, Vol. 104, No. 39*, 15176-15178.
- Otow, A. T. (2014). Erosion or innovation? The institutional design of competition agencies. A Dutch case study. *Journal of Antitrust Enforcement*, 25-43.
- Othuijse, A., & Jans, J. (2014). *Judicial review of decisions of the dutch competition authority*. University of Groningen. Faculty of Law: Research Paper Series, No. 2/2015.
- Padrós Reig, C. (2006). Un nuevo marco institucional de la defensa de la competencia en España. *Serie Política de la Competencia, Nº 19/2006*. Instituto Universitario de Estudios Europeos. Universidad San Pablo: CEU Ediciones.

Referencias

- Pagliari, S. (2012). How can we mitigate capture in financial regulation? En S. Paligari, *Making good financial regulation: Towards a policy response to regulatory capture* (págs. 1-50). City University London: International Centre for Financial Regulation.
- Parada, R. (1999). Derecho administrativo, Vol. I. (parte general). Madrid: Marcial Pons, 11ª edición.
- Parlamento Europeo. (2011). *Tipología y estructura de los organismos reguladores del sector ferroviario de la UE*. Bruselas.
- Peltzman, S. (1976). Toward a more general theory of regulation. *Journal of Law and Economics*, Nº 19., 211-240.
- Perez-Bustamante, R. (1999). Lección inaugural: fundamentos históricos y jurídicos del derecho de la competencia en la Unión Europea y en España. En L. Ortiz Blanco, *Derecho de la competencia europeo y español*. Madrid: Dykinson.
- Petitbó Juan, A. (2000). La defensa de la competencia en el ámbito del sector servicios. *ICE*, Num. 787, 153-185.
- Petitbó, A. (9 de septiembre de 2016). Competencia ciudadana. *El Economista*.
- Petitbó, A. (2017). Actualidad del derecho de la competencia. *Revista del Consejo General de Economistas*, No. 12 (marzo), 82-92.
- Pino Hidalgo, E. (2007). El neoinstitucionalismo: Un enfoque heterodoxo sobre el papel de las instituciones en el desarrollo. *Denarius*, Vol. 13, No. 3, 97-125.
- Posner, R. (1974). Theories of economic regulation. *The Bell Journal of Economics*.
- Posner, R. (1977). *Economic analysis of law*. Boston: Little Brown.
- PWC. (2012). *Modelo organizativo de las autoridades nacionales de regulación y competencia en España*.
- Rallo Lombarte, A. (2012). Política, economía y derechos: La independencia de los reguladores (¿Quo vadis?). Reflexiones generadas a partir de la reforma constitucional de 2011. *Teoría y realidad constitucional*, Num. 30, 225-258.
- Rallo, A. (2014). La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Los reparos de las instituciones europeas sobre la independencia del regulador. *Teoría y Realidad constitucional*, No. 34, 193-234.

- Robles, A. (26 de septiembre de 2016). *La posible reforma de la CNMC (II): el diseño institucional y las funciones de la autoridad de competencia*. Obtenido de Competencia y Regulación: <http://derechocompetencia.blogspot.com.es/2016/09/la-posible-reforma-de-la-cnmc-ii-el.html>
- Robles, A. (15 de Septiembre de 2016). *Sobre la posible reforma de la CNMC (I): el reforzamiento de la posición institucional de la autoridad de competencia* . Obtenido de Competencia y Regulación: <http://derechocompetencia.blogspot.com.es/2016/09/sobre-la-probable-reforma-de-cnmc-i-el.html>
- Robles, A. (5 de marzo de 2017). *Crónica de una muerte anunciada: la CNMC, la nueva AAI de competencia y la necesaria reforma de los artículos 63 y 64 LDC*. Obtenido de Competencia y regulación: [http://derechocompetencia.blogspot.com.es/2017/03/cronica-de-una-muerte-anunciada-la-cnmc.html?utm_source=feedburner&utm_medium=email&utm_campaign=Feed:+CompetenciaYRegulacin+\(Competencia+y+Regulaci%C3%B3n\)](http://derechocompetencia.blogspot.com.es/2017/03/cronica-de-una-muerte-anunciada-la-cnmc.html?utm_source=feedburner&utm_medium=email&utm_campaign=Feed:+CompetenciaYRegulacin+(Competencia+y+Regulaci%C3%B3n))
- Roig, M. (30 de septiembre de 2016). Bruselas pone en duda la independencia de la CNMC. *Expansión*, pág. 6.
- Ruiz Peris, J. I. (2013). La reforma institucional del derecho de la competencia español. *Diario La Ley 21/2013. Nº 8015*.
- Sala Arquer, J. (1992). Huída al Derecho privado y huída del Derecho. *Revista Española de Derecho Administrativo, No. 75*.
- Salazar, R. (2013). *Organo regulador de las telecomunicaciones en México pasado, presente y futuro*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Salvador Martínez, M. (2002). *Autoridades independientes: Un análisis comparado de los EEUU, El Reino Unido, Alemania, Francia y España*. Barcelona: Ariel.
- Sanchez Hernandez, H. A. (Diciembre de 2015). Tesis Doctoral: La noción de autoridad administrativa independiente en España y en Colombia. Universidad Carlos III de Madrid, Departamento de Derecho Público del Estado.
- Sancho, D. (2003). Regulación y agencias reguladoras independientes: Elementos clave para la consolidación de su diseño institucional. *VII Congreso Internacional del*

Referencias

- CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, 28-31 de octubre. Panamá: Univesidad Pompeu Fabra.
- Sapir, A. (1994). La estructura de los servicios en Europa: un marco conceptual. *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, No. 3.
- Schäfers, T., & Houdijk, J. (2012). The Netherlands` New Authority for Consumers and Markets: Towards a problem-based approach. *World Competition*, 35, 659-670.
- Shepsle, K. (1991). Discretion, institutions and the problem of government commitment. En Bourdieu, & Coleman, *Social Theory for changing society*. Westview Press.
- Shotter, A. (1990). *Free Market Economics*. Cambridge, Mass. 2ª edición: B. Blackwell.
- Sifontes, D. (2012). *Regulación económica y agencias regulatorias independientes: Una revisión de la literatura*. Universidad de Carabobo y Universidad complutense de Madrid.
- Smith, W. (1997). *Utility regulators-roles and responsibilities*. Worldbank, Nº 128.
- Solana González, G. (2001). La defensa de la competencia en una economía globalizada. *AECA: Revista de la Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas*, No. 56, 12-13.
- Solana González, G. (2003). Pasado, presente y futuro del modelo español de defensa de la competencia. *Anuario de la Competencia*, No. 1, 29-56.
- Solana González, G. (2004). La defensa de la competencia en España. *Revista del Instituto de Estudios Económicos 2004: 25 años de economía de mercado: (2y3)*, 313-324.
- Sommer, D. (2001). *Multi-utilities: Plicy*. World Bank, Nº 228.
- Soriano García, J. (1998). *Derecho público de la competencia*. Madrid: Marcial Pons.
- Spiller, P., & Levy, B. (1996). *Regulations, institutions and commitment*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Spiller, P., & Tommasi, M. (2000). The Institutional Foundations of Public Policy: A Transactions Approach with Application to Argentina. *Annual Conference 2000 of the International Society for New Institutional Economics*. Tubingen.
- Spiller, P., & Tommasi, M. (2005). The Institutions of regulations. En C. Menar, & M. Shirley, *Handbook of New Institutional Economics*. Springer.
- Spulber, D. (1989). *Regulation and markets*. Londres: MIT.

- Spyrelli, C. (2003). Regulating the regulators? An assessment of institutional structures and procedural rules of national regulatory authorities. *International Journal of Communications Law and Policy*, Nº 8.
- Spyrelli, C. (2004). Regulating the regulators? An assessment of institutional structures and procedural rules of national regulatory authorities. *International Journal of Communications Law and Policy*, No. 8.
- Stern, J. (2010). The evaluation of regulatory agencies. En B. e. al., *The oxford handbook of regulation* (págs. 223-258).
- Stern, P. (1997). What makes an independent regulator independent? *Business Strategy Review*, Vol. 8, Issue, 2, Summer, 67-75.
- Stigler, G. (1971). The theory of economic regulation. *Bell Journal of Economics and Management Science*, nº 2, 3-21.
- Stigler, G. (1988). *Chicago studies in political economy*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Stigler, G. (1996). La teoría de la regulación económica. En G. Bel, *Privatización, desregulación y ¿competencia?* Editorial Civitas. Colección Economía.
- Stiglitz, J. (1989). *On the economic role of the state*. Cambridge: Blackwell.
- Suanzes, P. (30 de enero de 2017). Nadal acepta devolver a la CNMC las competencias en peaje eléctrico. *El Mundo*.
- Subitats, J. (1990). *Policy instruments, public deliberation and evaluation processes*. Madrid: Instituto Juan March de Estudios e Investigaciones.
- Swaak, C., Viaene, H., Wesseling, R., Wytinck, P., Braeken, B., & Gillet, D. (2 de Abril de 2013). New Dutch Authority for Consumers and Markets becomes operational. Stibbe.
- Thatcher, M. (2002). Regulation after delegation: Independent regulatory agencies in Europe. *Journal of European Public Policy*, Vol. 9, No. 6, 954-972.
- Tollison, R. (1991). Regulation and interest groups. En J. High, *Regulation. Economic theory and history*. University of Michigan.
- Trillas, F. (2013). *The institutional architecture of regulation and competition: Spain's 2012 reform*. IESE Business School, WP-1067-E (abril).

Referencias

- Trillas, F., & Xifré, R. (2016). *Institutional reforms to integrate regulatin and competition policy: Economic analysis, International perspectives, and the case of the CNMC in Spain*. Barcelona: Universitat Autònoma de Barcelona. Facultat d'Economia. Departament d'Economia Aplicada. Document de Treball 16.07.
- Uría Menéndez. (2007). *Guia pràctica de la Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia*.
- Vilas, C. (2012). Instituciones: Ni tanto ni tan poco. *Revista Aportes, No. 30*, 43-51.
- Virgala Fouria, E. (2014). Los organismos reguladores en el Estado constitucional del siglo XXI: su independencia (especial referencia al caso español). *Fundamentos, No.8*, 161-212.
- Viscusi, W., Vernon, J., & Harrington, J. (1995). *Economics of regulation and antitrust*. MIT Press.
- Wallis, J., & North, D. (1986). Measuring the transaction sector in the American economy. En L. Stanley, Engerman, & R. Gallman, *Long-Term factors in American Economic Growth*. University of Chicago Press.
- Ward, A. (2014). *Spain's CNMC: The Story so far*. Competition Policy International.
- Wik-Consult. (2006). *Principales desarrollos en el sector postal (2004-2006)*. Comisión Europea - D.G. Mercado Interno.
- Williamson, O. (1979). Transaction-Cost Economics: The governance of contractual relations. *Journal of Law and Economics, 22 (2)*, 233-262.
- Williamson, O. (2000). The new institutional economics: Taking stock, looking ahead. *Journal of Economic Literature, Vol. 38*, 595-613.
- Wood, B., & Waterman, R. (1991). The dynamics of political control of the bureaucracy. *American political Science Review, Vol. 85*.
- Wood, B., & Waterman, R. (1994). *Bureaucratic dynamics*. Boulder: Westview.
- Zárate, A., & Vallés, J. (2006). Reflexiones en torno al debate del impacto económico de la regulación y los procesos institucionales para su reforma. *Información Comercial Española, Revista de Economía, No. 829*, 205-234.

