

Apuntes sobre la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de España

SANDRA ORTIZ¹

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
Matilde Carlón Ruiz (Directora)

Estudio adaptado a las Leyes 20/2013 de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado; 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, y 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, y al Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia.

RESUMEN

La creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia mediante la Ley 3/2013, cuyo objeto es el de garantizar la libre competencia y regular todos los mercados y sectores productivos de la economía española para proteger a los consumidores, requiere de un análisis detallado desde el surgimiento de las Autoridades Independientes y el concepto de regulación y

1 Abogada de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Máster en Derecho Público, especialidad Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España. Doctora en Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España. Docente investigadora del Departamento de Derecho de las Telecomunicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Correo-e: sandra.ortiz@uexternado.edu.co
Fecha de recepción: 19 de agosto de 2015. Fecha de modificación: 20 de septiembre de 2015. Fecha de aceptación: 10 de octubre de 2015. Para citar el artículo: ORTIZ, S. (2015). Apuntes sobre la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de España. *Revista Digital de Derecho Administrativo* n.º 14, Universidad Externado de Colombia, pp. 237-258. DOI: <http://dx.doi.org/10.18601/21452946.n14.12>

la incorporación de dichas autoridades en el ordenamiento español, haciendo especial énfasis en las Comisiones Reguladoras de los Servicios de Red. Se analiza además la revisión del modelo comparado y la tendencia de unificar organismos de igual naturaleza regulatoria o de competencia, así como los fallos proferidos por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el carácter complementario y el papel que cumple el derecho de la competencia como red de seguridad.

Palabras clave: regulación, competencia, integración, CNMC, supervisión.

Notes on the Spanish National Markets and Competition Commission

ABSTRACT

The establishment of a National Commission of Markets and Competition Law (CNMC) by statute 3/2013 aims to ensure fair competition and to regulate all economic activities in the Spanish markets and, by this means, to protect consumers. In order to understand the Commission's nature, this paper examines the emergence of independent authorities in Spain, as well as the existing trend to design competition and regulatory bodies under identical standards. Although the EU Court of Justices refer to the complementary nature and role of Competition Law as a safety net, the integration in a single entity like the CNMC can ensure legal certainty, investment and an appropriate regulatory framework for Spain.

Keywords: Regulation, competition, integration, CNMC, supervision.

NOTAS PRELIMINARES

Los organismos reguladores en el derecho español se han regulado globalmente en dos ocasiones, la primera vez mediante la Ley de Economía Sostenible² (en adelante LES), agrupándolos dentro de una categoría general atendiendo a los criterios previstos en la Directiva 2009/140/CE³, en la cual se propugnaba que

2 Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. BOE n.º 55, de 05/03/2011.

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

las legislaciones nacionales contarán con una sola clasificación de organismo regulador, dotado de independencia tanto del sector público como del sector privado, con amplios instrumentos para el cumplimiento de las funciones encomendadas y con mecanismos de control por parte del Legislativo y del poder judicial⁴.

La LES integró bajo una única categoría las Comisiones de Regulación existentes en España y las que en un futuro iban a crearse⁵, como la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la Comisión Nacional de Energía y la Comisión Nacional del Sector Postal, cuya característica fundamental era la de expedir reglas específicas para los sectores liberalizados y estratégicos para el desarrollo del país, siendo su característica fundamental la de que su creación responde al proceso adelantado por la Comunidad Europea (hoy Unión Europea) en los años noventa, y que dio origen al proceso de liberalización y donde se consideró pertinente que la labor se ejerciera por una entidad ajena a la Administración y la encargada de la gestión y prestación de los servicios⁶.

La particularidad de esta ley es que excluye de la definición de organismo regulador a la Comisión Nacional de Competencia, al considerar que las funciones asignadas a esta entidad están dedicadas a la labor de promoción y defensa de la Competencia y que su labor de regulación *ex post* o de carácter

4 Considerando 13 de la Directiva 2009/140/CE: "Debe reforzarse la independencia de las autoridades nacionales de reglamentación para garantizar una aplicación más efectiva del marco regulador y para aumentar su autoridad y la previsibilidad de sus decisiones. A tal efecto, debe disponerse expresamente en el Derecho nacional que, en el ejercicio de sus cometidos, la autoridad nacional de reglamentación responsable de la regulación *ex ante* del mercado o de la solución de litigios entre empresas esté protegida de intervenciones exteriores o presiones políticas que puedan comprometer su evaluación independiente de los asuntos que se le sometan. Tal influencia exterior hace que un órgano legislativo nacional resulte inadecuado para actuar como autoridad nacional de reglamentación con arreglo al marco regulador. A tal efecto, deben establecerse desde el inicio las normas relativas a los motivos de cese del responsable de la autoridad nacional de reglamentación a fin de disipar cualquier duda razonable en cuanto a la neutralidad de este organismo y su impermeabilidad a factores exteriores. Es importante que las autoridades nacionales de reglamentación responsables de la regulación *ex ante* del mercado dispongan de su propio presupuesto, que les permita, en particular, contratar personal cualificado en número suficiente. Para garantizar la transparencia, este presupuesto debe hacerse público anualmente".

5 Antes de la expedición de la Ley 3/2013, por la que se crea la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, el legislador español había creado la Comisión Nacional del Juego y la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria y el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales, regulado en la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, Comisiones o Consejos que nunca fueron creados y por consiguiente nunca entraron en funcionamiento, ni generaron para la Administración española algún tipo de erogación que justificara su supresión e incorporación en el nuevo regulador, y mucho menos un ahorro, como se indica en la exposición de motivos de la Ley de Creación de la CNMC, al ser entidades inexistentes en el tráfico jurídico.

6 MUÑOZ MACHADO (2008).

sancionador no corresponde a las potestades y atribuciones de un regulador sectorial; pero, si bien no se tipifica como organismo regulador, porque es la misma ley la que define qué es un organismo regulador, en determinados aspectos le eran aplicables algunos de los artículos previstos en la ley, principalmente los relacionados con la naturaleza jurídica y el régimen de funcionamiento de los organismos, artículo 8 numeral 2, en su integralidad la sección 3.^a dedicada a los órganos de dirección de los organismos reguladores, destacándose la conformación interna del Consejo, la forma de designación de sus miembros y el mandato de los mismos, las causales para el cese en el ejercicio de sus funciones, dando cumplimiento a lo dispuesto en las Directivas Europeas, así como las causales de incompatibilidad para el ejercicio del cargo de Comisionado o Presidente de cada una de las Comisiones y el régimen de transparencia en cuanto al ejercicio de las funciones encomendadas a cada una de las Comisiones y los controles previstos por parte del Parlamento y de los jueces⁷.

I. LA CREACIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA - CNMC

Precisamente con ocasión de la expedición de la Ley 3/2013, por la cual se crea la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en adelante CNMC, la cual es objeto de análisis en la obra que dirige la profesora de la Universidad Complutense Matilde Carlón Ruiz, se crea un macrorregulador, la CNMC, la segunda y tal vez la más trascendental de las reformas realizadas a este tipo de organismos, ya que se ha tratado *de la incorporación en una sola entidad de dos culturas tan diversas en sus orígenes, objetivos e instrumentos como lo son la regulación y el derecho de la competencia*⁸.

La obra describe con exactitud cuál era el régimen dispuesto hasta el momento, sus diferencias con el actual y fundamentalmente la extraña combinación que se ha hecho de tales órganos reguladores con los que aplican el derecho de la competencia, mezcla sorprendente sin duda y que implica novedades de calado importante que afectará a las empresas y organizaciones en sus estrategias jurídicas, y que sin duda se constituye en un modelo único en el contexto internacional ante la integración de las formas de regulación: la *ex ante* y *ex post*, en un solo organismo⁹, dotado de una estructura interna bastante peculiar, sin dejar de lado la transferencia de funciones de carácter regulatorio, que habían sido reconocidas en las Directivas Europeas a organismos reguladores a la Administración General del Estado, menoscabando de esta manera

7 VIRGALA FORLURIA (2012, pp. 61-115).

8 Véase a ORTIZ LAVERDE (2014).

9 CARLÓN RUIZ (2014, pp. 37-80).

la labor propia encomendada al regulador sectorial y la independencia para el ejercicio de las funciones, principalmente en los sectores de telecomunicaciones¹⁰ y de energía¹¹, aspectos que fueron cuestionados en su momento por la Comisión Europea y que en la actualidad son objeto de estudio por parte del Tribunal Supremo Español, producto del recursos interpuesto por parte de los antiguos comisionados integrantes de las extintas comisiones, lo cual ha derivado en que el alto Tribunal haya elevado ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial, con el fin de que se indique si la integración realizada por parte del Gobierno y el Legislador español en un solo órgano regulador es compatible con las directrices de la Unión Europea en materia de regulación y competencia, principalmente en aspectos tales como su independencia, su capacidad y competencia técnica, que pudieron verse menoscabadas en la integración¹².

La posibilidad de contar con un sola entidad que agrupara tanto las funciones de competencia como las de regulación surge como producto de la contienda electoral donde fue elegido el Partido Popular¹³, cuando surgieron nuevos aires de reforma de los organismos reguladores y la posibilidad de contar con una regulación eficiente y adecuada a las realidades del mercado, buscando la reducción de los costes administrativos que este tipo de entidades generan; la clasificación y reordenación de sus competencias, la necesidad de contar con un organismo simplificado y de poder garantizar su profesionalidad, neutralidad e independencia¹⁴, aspectos que se destacan en la exposición de motivos de la ley.

10 CARLÓN RUIZ (2014, pp. 299-364).

11 BACIGALUPO SAGGESE (2014, pp. 369-406).

12 elEconomista.es. *El Supremo lleva a Europa la creación de la CNMC: duda de su independencia*. Disponible en: <http://www.economista.es/economia/noticias/6891505/07/15/El-Supremo-lleva-a-Europa-la-creacion-de-la-CNMC-al-dudar-de-su-independencia.html>. En línea. En igual sentido. MUÑOZ, RAMÓN. *El Supremo cuestiona la legalidad de la CNMC y pide opinión a la UE*. Disponible en: http://economia.elpais.com/economia/2015/07/22/actualidad/1437562895_956039.html

13 Plan del Gobierno del Partido Popular, "Lo que España Necesita", en su apartado dedicado a un "4.5 nuevo sector público". Disponible en http://www.pp.es/actualidad-noticia/programa-electoral-pp_5741.html A su vez, se ha presentado un extenso documento con numerosos Anejos, titulado "Reforma de las Administraciones Públicas", fruto de una Comisión (CORA) formada por un nutrido grupo de cualificados miembros del sector público. Como todos los informes internos, tiene la virtud doble de la reflexión y la cercanía, mas, al mismo tiempo, su carácter endógeno implica siempre objetivos propios que suponen poner el acento en unos puntos y olvidar otros. Más útil, quizás inclusive partiendo de un análisis como el realizado por estos importantes funcionarios, sería luego que existiera una "Royal Commission" que, exógenamente y desde luego con tiempo, pudiera realizar un análisis más integral.

Disponible en: http://www.seap.minhap.gob.es/dms/es/areas/reforma_aapp/INFORME-LIBRO/INFORME%20LIBRO.PDF (Consultado 20/01/2014).

14 OGLETHORPE (2014, pp. 30-33).

II. LA DELIMITACIÓN DE LOS CONCEPTOS DE REGULACIÓN Y COMPETENCIA EN UNA SOLA AUTORIDAD. REVISIÓN DEL MODELO COMPARADO

La CNMC y la relación existente entre la regulación y la competencia, como culturas jurídicas diferentes y con ámbitos de actuación distintos, que han sido integrados en una sola entidad, son objeto de estudio por los autores de la obra, destacándose el capítulo del profesor Tomás de la Quadra, quien revisa de forma exhaustiva¹⁵ la figura del órgano regulador en la Unión Europea y si los parámetros establecidos en la legislación europea no fueron transgredidos con la creación del superregulador.

Aparece así, como primer problema a resolver, la delimitación de ambos conceptos en el plano jurídico, partiendo de que se trata de la institucionalización de técnicas económicas que han tenido un notable impacto en la legislación europea. Y que luego, una vez desarrollada en el ámbito comunitario o europeo, se trasladaron a los distintos Estados miembros. Por tanto, es resueltamente en Europa donde habríamos de buscar la mejor definición de ambas técnicas y conceptos.

Ello se hace examinando las normas que implantaron estos conceptos y técnicas en la propia Unión Europea. Luego, asimismo, y quizás por ser un imperativo impuesto por la propia Exposición de Motivos de la ley de creación de la CNMC, se estudia el modelo alemán y el holandés.

En cuanto al modelo alemán, hay que advertir que no es coincidente con el español, pese a las manifestaciones que se han realizado gubernamentalmente. Porque si bien integra algunos sectores económicos basados en economías de red (*Bundesnetzagentur*), lo cierto es que la Autoridad de Competencia (*Bundeskartellamt*) continúa como órgano completamente separado y en línea con su técnica tradicional. En modo alguno se mezclan regulación y competencia, por lo que los ingentes problemas que aquí se dan, carecen de la más mínima referencia en el modelo germánico¹⁶. Conviene insistir, ya que, más o menos de contrabando, esta es la tesis que se está intentado expandir y que, simplemente, no es cierta.

En cuanto al modelo holandés, la obra cuenta con el estudio profesor Jansen, de Utrecht University¹⁷, que sigue siendo una incógnita. Y lo es, por

15 DE LA QUADRA SALCEDO (2014, pp. 81-140).

16 Respuesta del catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid, Tomás de la Quadra-Salcedo, sobre la concentración de organismos supervisores en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, extraída de la entrevista realizada el 12 de septiembre de 2012, en el campus de Getafe de la UC3M. Disponible en: <http://fideca.wordpress.com/tag/organismos-reguladores/> Consultado 20/10/2012.

17 JANSEN (2014, pp. 143-181).op. cit., pp.peos y conceptuales...obo.legar a un escenario de intrractorios s por parte de las extintas comisionesado, esto p

cuanto no ha acabado su transición. Está en pleno proceso. De ahí que intentar que sirva de paralelo a nuestro recién creado organismo, cuando ni siquiera ha acabado de completarse, es, como poco, un tanto aventurado. No puede ofrecer experiencia ni datos que sirvan de apoyo para la defensa de que efectivamente nos encontramos ante una institución exportable, y de hecho, falta tiempo todavía para que sea una realidad. Solo entonces podría intentarse la comparación, y debe tenerse presente que la realidad institucional de Holanda no puede tomarse como referente para la creación de una nueva institución.

Lo que llama la atención es que en todos estos casos se ha dispuesto de un amplio período, años desde luego, para ir realizando esta transición. Asombra que, por el contrario, en nuestro caso no se ha dado período alguno, sino que de forma acelerada se ha procurado que se realice una drástica ruptura, sin un deslizamiento suave que permita ir adoptando paulatinamente la cultura jurídica propia de los organismos que se fusionan, anticipando los problemas mediante modelos y previsiones que permiten anticipar soluciones.

La improvisación, desde luego, ha formado parte de la creación de este organismo en España, y a juicio de muchos observadores, no ha sido ajena también la idea de dar una respuesta política a los nombramientos que el anterior Gobierno había realizado en el último momento. Pero debemos advertir que el vaivén de las instituciones es el peor remedio que se puede aplicar para garantizar su estabilidad, parte esencial de su independencia. Volveremos sobre ello.

Naturalmente, el grueso del examen se realiza sobre el derecho español, siempre teniendo en mente tanto las aportaciones examinadas foráneas y europeas, como el interrogante, casi atormentado, de si es posible y factible aunar en un solo organismo ambas técnicas, regulación y competencia, con sus respectivos derechos –se ha impuesto hablar de derecho de la regulación y de derecho de la competencia– y obtener resultados plausibles para los mercados y, sobre todo, para los usuarios, clientes de las empresas sometidas a la aplicación de tales derechos.

El objeto principal de la obra es precisar en cada uno de los capítulos que la conforman en qué consisten una y otra, competencia y regulación. Se estudia así su origen, evolución y desarrollo. Y para hacerlo, además de examinar las diferentes teorías sobre tales conceptos, dado que el desafío que tenemos en este trabajo consiste principalmente en calificar lo que la ley ha realizado creando esta CNMC, se adopta inicialmente una posición subjetiva. Esto es, se examinan los antecedentes que constituyen el origen remoto de esta nueva Autoridad.

III. LAS COMISIONES DE REGULACIÓN Y LA AUTORIDAD DE COMPETENCIA

De un lado, y como producto de las exigencias europeas de crear Autoridades encargadas de establecer los mecanismos y criterios para la consolidación de

la competencia y la liberalización en los mercados, atendiendo que no puede existir mercado sin regulación, tales Autoridades, a las cuales se les denominó Autoridades Nacionales de Regulación (ANR), lograron asentarse como organismos reguladores uni-sectoriales en mercados estratégicos antes pertenecientes, como monopolios, al sector público.

Estos mercados, principalmente organizados en economías de red, fueron fundamentalmente los mercados de las telecomunicaciones, la energía y el sector postal (este último con una experiencia no muy relevante en España, desde la perspectiva de la desregulación). Tales mercados estaban caracterizados por el ejercicio de una actividad de carácter administrativo, ejercida de manera continuada, dirigida a unos sujetos específicos. A diferencia de la tradicional actividad administrativa, aparece la regulación sobre tales sectores como una actividad en que se suma la gestión, la ejecución, la programación y planificación, pero permitiendo actividad empresarial así orientada. Estos mercados son controlados en función de las obligaciones concretas que les hayan sido impuestas en razón a las particularidades del sector y con amplio margen de discrecionalidad¹⁸ técnica y económica, en atención a que la evolución de los mercados, generalmente por cuestiones tecnológicas, exige que las diversas problemáticas que se originen sean resueltas en función de la consecución del interés general, imponiendo dichas obligaciones y medidas, generales o específicas, pero que siempre respondan a la consecución del mismo.

Del otro lado de esta fusión legal, aparece el órgano encargado de definir y concretar el derecho de la competencia. Primero fue el conocido Tribunal de Defensa de la Competencia, realmente operante a partir de la Ley 16/1989, ya que la anterior legislación de 1963 de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia... no reprimió nada (no produjo ni un solo expediente sancionador, salvo uno de archivo de actuaciones). Pero siguiendo el impulso generado por la entrada en la entonces Comunidad Económica Europea, el nuevo Tribunal de Defensa de la Competencia dio un fuerte respaldo a la aplicación de este derecho, tanto en lo que hace al derecho sancionador como a la promoción de la competencia, y, al final de su existencia, también obtuvo éxitos notables en la aplicación de la política y el derecho de las concentraciones económicas.

Tras su transformación en 2007 en la Comisión Nacional de Competencia (CNC), su presencia en los mercados como un actor administrativo esencial no solo cobró importancia creciente en el ámbito local, sino el reconocimiento a su labor en el ámbito europeo.

Y así nos encontramos que ahora se trata de resolver el desafío que supone la fusión legal de unas Autoridades con otras. Y obviamente, de ofrecer resultados críticos, alternativas y, ocasionalmente, propuestas de mejora.

18 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2012, pp. 141-170).

La creación de la CNMC responde a la consecución, teórica, de dos objetivos fundamentales, a saber: a) la clarificación de las competencias existentes con el fin de evitar solapamientos y procedimientos contradictorios, y la reducción del número de organismos reguladores, lo que redundaría en la simplificación de su estructura y del funcionamiento de esta nueva entidad, y b) el aumento de la profesionalidad, la neutralidad e independencia de sus miembros¹⁹.

El origen de la Comisión que es analizada en la obra dirigida por parte de la profesora Carlón Ruiz, y que cuenta con la participación de importantes catedráticos y profesores de diversas universidad españolas, recoge el proceso que se empezó a gestar a lo largo del año 2011, en paralelo a la propuesta presentada por parte el Presidente del Gobierno actual en su discurso de investidura el mes de diciembre de dicho año²⁰. Ya allí propuso la revisión institucional de los organismos reguladores con el fin de reorganizar las funciones atribuidas en las diversas leyes de creación de las Agencias. Inevitablemente, quizás por extensión del concepto de Agencia Independiente (aunque paradójicamente jamás reguladas por la ley homónima), se abordaba también, como si de un mismo tipo de ente se tratase, a la CNC.

Los criterios a revisar y la elaboración de un nuevo modelo regulatorio dirigido a la creación de una nueva entidad se concretaron en dos Informes iniciales presentados en los meses de enero y febrero de 2012 por la propia Administración y por una importante consultora de negocios, la Universidad, quizás como le sucede últimamente, no fue llamada a colaborar, siendo así que había numerosos académicos realmente expertos en regulación y en competencia, en el campo del derecho, de la economía y de la técnica.

El primer Informe fue elaborado por el Ministerio de la Presidencia y presentado en el Consejo de Ministros de 20 de enero 2012, denominado "Informe sobre la Situación Actual de los Organismos Reguladores y su Posible Reforma"²¹; y el segundo Informe, preparado por PricewaterhouseCoopers Asesores de Negocios, S.L. (PwC) para Telefónica, se denominaba "Modelo

19 Consejo de Ministros de 20 de enero de 2012. Disponible en: <http://www.lamoncloa.gob.es/ConsejodeMinistros/Enlaces/240212-enlacesupervisores.htm>

20 ORTIZ LAVERDE (2014, pp. 356 ss.). Quien realiza un análisis del proceso de formación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, precisando los alcances de la forma, la justificación de la misma y el análisis comparativo respecto de los modelos tenidos en cuenta tanto por el Gobierno para la creación del nuevo ente. Se destacan en este capítulo los diversos informes elaborados por parte de las extintas Comisiones, en los que se pone de manifiesto la escasa justificación de la reforma, el impacto que tendría para el mercado en general y cuáles podrían ser esas fórmulas alternativas para contar con reguladores más fuerte y que las relaciones de cooperación y coordinación entre estos organismos con la Comisión de Competencia se consolidaran para evitar pronunciamientos contradictorios, sin llegar a un escenario de integración que fue el que finalmente se aprobó.

21 ORTIZ LAVERDE (2014, pp. 378 ss.).

organizativo de las autoridades nacionales de regulación y competencia en España"²²; informes que se complementan ampliamente.

En efecto, el primero de los Informes presenta de manera genérica los aspectos generales de los organismos reguladores, su régimen tanto de adscripción como presupuestario, las tendencias en el derecho comparado y un listado de conclusiones. De las mismas se infiere que es indispensable la reforma en el sector público y particularmente de los organismos reguladores, debido al incremento en la creación de este tipo de entidades en los últimos años en España. Se entiende que estos deben orientar su actuación bajo criterios de eficiencia, lo que conduce a la reducción del número de organismos existentes, la simplificación en su estructura, mejorando su funcionamiento, y aumentando la profesionalidad, neutralidad e independencia de sus miembros, y evitando decisiones contradictorias o duplicidades innecesarias al momento de analizar o sancionar una conducta, por un organismo regulador o por la Autoridad de Competencia.

En realidad, no se precisa en el contenido de este informe la razón por la cual se opta por la reducción del número de entidades. Pero se deduce que es la posible desregulación de ciertos mercados en particular, haciendo desaparecer a la Agencia Reguladora correspondiente, lo que está detrás de tal eclipse parcial de estos organismos. El Informe insiste en que de ello puede derivar un aumento de la inversión, que a su vez trae como consecuencia inmediata la activación de la actividad económica y del empleo, reduciendo los índices de paro y reactivando el ciclo económico.

El segundo Informe coincidía prácticamente en las mismas recomendaciones y precisaba los modelos de referencia: la Autoridad Federal de Redes Alemana y Autoridad de los Mercados y Competencia de Holanda, para la construcción del nuevo modelo español.

Estos documentos son la génesis de diversos anteproyectos de ley, que ya dieron lugar a algún debate, antes de ser presentado en las Cortes el Proyecto por el cual se pretendía crear una sola entidad encargada de desempeñar tanto las funciones de competencia como de regulación.

Luego se fueron sumando los diversos informes remitidos por los organismos reguladores (Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, Comisión Nacional de la Energía y Comisión Nacional del Sector Postal), Comisión Nacional de Competencia y del Consejo de Estado, culminando todo el proceso con la promulgación de la Ley 3/2013 de 5 de junio, resultado de un arduo proceso legislativo, donde fue obligatoria la adopción de mecanismos en los que se garantizara la independencia de la Comisión, atendiendo a las observaciones realizadas por la Comisión Europea sobre la reforma, y ordenando así el traspaso en su totalidad

22 PricewaterhouseCoopers Asesores de Negocios, S.L. (PwC). Modelo organizativo de las autoridades nacionales de regulación y competencia en España Telefónica España Madrid, 14 de febrero de 2012.

de las funciones y atribuciones que detentaban los organismos fusionados, salvo aquellas funciones que a juicio del Ejecutivo eran de carácter administrativo y que deberían ser asumidas o reasumidas por los Ministerios. Como se ve, se dan cita ya desde el principio los argumentos para un enérgico debate.

Para examinarlos críticamente resulta necesario efectuar una revisión del modelo comparado desde dos perspectivas.

La primera, referida al origen de las Autoridades Independientes –con sus características y elementos diferenciadores respecto a las demás autoridades administrativas del Estado–, hace necesario conocer la experiencia en Estados Unidos. Ahí habrá que examinar tanto el concepto de regulación –el cual dista profundamente de otros métodos de intervención, con caracteres propios, instrumentos y potestades que se orientan a la imposición de obligaciones amparadas en un amplio margen de discrecionalidad y cuyo objetivo fundamental es garantizar la defensa y protección del interés general– como el concepto de Autoridades Independientes –cuya definición gravita sobre la independencia de sus miembros para el ejercicio de sus funciones, ajenos a los intereses gubernamentales y de los agentes, poniendo en valor su especialidad técnica y las potestades atribuidas para disciplinar y ordenar el mercado–. La suma de ambas reflexiones lleva a afirmar que se diferencia la regulación por Agencias de la reglamentación y organización tradicional con la que las Administraciones actuaban en los distintos sectores económicos.

Y una segunda perspectiva, revisando los modelos internacionales donde se han integrado en una sola entidad; sabemos que se ha realizado, bien integrando a todos los reguladores de las industrias de red en un solo organismo, o bien realizando la unificación en una sola entidad que ejerce tanto las funciones de regulación como las de competencia. Y se examina la argumentación y el debate generado en torno a tales fusiones, precisándose que si bien la integración puede derivar en una disminución de la captura del regulador y en ahorros en costes, y aportar la conveniencia de compartir criterios y metodologías similares, hay que analizar si existen pruebas que permitan afirmar que las unificaciones o integraciones realizadas a la fecha han disminuido la captura o secuestro del regulador o logrado la reducción de costes efectivamente. Por ejemplo, en cuanto al ahorro de costes, no tiene sentido alguno afirmar que se reduce un determinado monto de retribuciones computando entre ellas... las de personal correspondiente a Comisiones que no se habían creado (p. ej., el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales).

La justificación esgrimida para la configuración del nuevo modelo solo aludió a la reducción del número de integrantes en sus órganos de gobierno, no en las demás dependencias o direcciones de la entidad. Y por otro lado, la existencia de criterios homogéneos²³ en los mercados regulados tiene que ser

23 DELGADO, JUAN; GARCÍA COBOS, JULIO y GARCÍA DÍAZ, ANTÓN. *La reforma de los Organismos*

real y efectiva (no meramente teórica) si se quieren fusionar sus Autoridades Reguladoras, lo cual se puede predicar en aquellos supuestos en los que existe una relación directa entre ellos, por ejemplo, el mercado de las telecomunicaciones con el mercado audiovisual, pero no con el mercado ferroviario o aeroportuario.

Nos encontramos en presencia de mercados que pueden tener como elemento común unos mismos criterios organizativos, pero que no pueden trasladarse a las particularidades propias de cada sector. En efecto, cada sector concreto, atendiendo a sus propios rasgos, determina su configuración y los criterios para asegurar la competencia efectiva en él²⁴.

Esta fue la razón para que se escogiese la creación de organismos unisectoriales, cuya finalidad es, resueltamente, ejercer sus funciones dentro de un mercado concreto (entrada al mercado; acceso a redes; obligaciones de servicio público y garantía de derechos), atendiendo siempre a la necesidad y conveniencia de las mismas para el sector²⁵ para garantizar la competencia y la realización del resto de los bienes públicos²⁶.

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, sin dudar, se constituye en un modelo único en el entorno europeo²⁷.

La creación de una entidad de esta envergadura en España solo puede derivar en un aumento en la inestabilidad regulatoria y de inseguridad en los mercados, sumado a la primacía que puede darse del derecho de la competencia sobre la regulación, en el momento de la resolución de los asuntos dentro de la misma.

La incorporación en una misma entidad de un solo tipo de procedimiento administrativo, en este caso concreto de carácter sancionador característico del derecho de la competencia, donde se exige una clara separación de las funciones de instrucción y decisión, no puede replicarse ni aplicarse respecto de asuntos que son conocidos por parte de los organismos reguladores, donde la inmediatez, la complementariedad, la dinámica del mercado y la constante evolución de los mercados son sus verdaderas leyes no escritas. Es un grave

mos de Regulación (I): Los límites a la integración. Disponible en: <http://www.fedeablogs.net/economia/?p=18939> Consultado el 5/05/2014.

24 BETANCOR RODRÍGUEZ (2010).

25 BETANCOR RODRÍGUEZ (2010, p. 375).

26 DE LA QUADRA SALCEDO (2014, p. 94).

27 COSTAS, ANTÓN. Una fusión explosiva. *El País*. Disponible en: http://economia.elpais.com/economia/2013/03/01/actualidad/1362144382_919892.html Sobre este aspecto, el Presidente de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en su comparecencia ante el Congreso de los Diputados, alude a que la fórmula que incorpora la CNMC es única, de allí el interés de otros reguladores, principalmente la Autoridad holandesa que inspira este modelo, lo cual se configura en un contrasentido. Sesión n.º 52 del Congreso de los Diputados, José María Marín Quemada ha comparecido hoy, 13 de mayo de 2014, en la Comisión de Economía y Competitividad del Congreso de los Diputados.

error. Se exige un procedimiento nuevo para los casos de regulación. Algún día tendrá que conseguirse.

La integración de todas las Agencias puede derivar, como producto de la homogeneización en cuanto a criterios y metodologías de actuación por parte del nuevo regulador²⁸, una disminución en la efectividad de la misma regulación en cada uno de los sectores.

Resulta evidente la conveniencia y las aportaciones que supondría de haber revisado realmente y en profundidad, incluso con práctica *in situ*, otros modelos comparados, donde la convergencia en sectores afines en una misma entidad ha sido la tendencia generalizada en el resto de Europa, teniendo como referente el modelo anglosajón.

De esta manera se podría garantizar la seguridad jurídica y las inversiones, finalidades previstas en la Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia²⁹, cuyo diseño institucional no garantiza la consecución de dichos objetivos. Más aún, puede acrecentar la inseguridad jurídica, por la incertidumbre respecto a las decisiones de la CNMC y el desconocimiento de la tendencia regulatoria a seguir, la cual responde a un modelo en construcción, con un sinnúmero de zonas grises y con unos altos costos.

El segundo aspecto a debatir es lo correspondiente al aumento de la profesionalidad, independencia y neutralidad.

Fueron múltiples los foros de debate doctrinal de los autores, crítica de la opinión pública, coincidente en designar como un mal la penetración política de entidades que tendrían que disponer de independencia, a su vez basada en el prestigio que finalmente habría de reposar en el apoyo técnico que tendrían sus miembros.

Las denominadas "Agencias Independientes", tal como se configuran en el derecho europeo, quieren, sobre el papel, teóricamente, responder precisamente a lo que se vino en denominar el "Estado Neutral"³⁰. Esto es, se desgajarían ciertas parcelas de la Administración Pública en sectores sensibles, entendiendo por tales aquellos que tienen un carácter estructural por ser indispensables, exigir una alta calidad en la prestación basada en criterios puramente técnicos, constituirse en fuente de seguridad jurídica para los inversores y exigir

28 DELGADO, GARCÍA COBOS y GARCÍA DÍAZ. *La reforma*, cit., p. 2.

29 Exposición de Motivos de la Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: "A la hora de plantear la revisión del sistema, el primer elemento que ha de tomarse en consideración es algo que debe caracterizar, no ya a cualquier mercado, sino a todos los sectores de la actividad económica: la seguridad jurídica y la confianza institucional. Estas se consiguen con unas normas claras, una arquitectura institucional seria y unos criterios de actuación conocidos y predecibles por todos los agentes económicos. 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 la misma materia".

30 SALA ARQUER (1984, pp. 401-422).

una alta motivación y justificación en sus decisiones, especialmente cuando vienen a regular un sector.

Ciertamente estas "Agencias" pueden disponer de poder de regulación, o por el contrario, actuar *ex post facto* caso por caso. Este último es, exactamente, el supuesto de la Autoridad de Competencia, que en todas sus versiones ha venido actuando, solamente, como decisor y ejecutor, mediante el ejercicio de la potestad sancionadora, de los problemas y asuntos que se le presentaban. Pero lo que no tenía era un poder reglamentario genérico cuya misión fuera organizar y orientar un determinado sector. Precisamente, la Autoridad de Competencia actúa después de que una conducta haya tenido lugar, en su labor más típica, cual es la lucha contra los carteles y los abusos de posición dominante; si bien es cierto que en el ámbito de las concentraciones económicas sí tiene que actuar no solamente de presente sino mirando también al futuro, al autorizar o no una operación de fusión empresarial. Pero asimismo, actúa incluso en este supuesto caso por caso, no estableciendo una línea general que monitorice a un sector económico. Luego distinguiremos este aspecto de las "Guías" y demás ámbitos de actuación de derecho indicativo o suave, claramente distinto también del poder regulador. Nótese que en la denominada Ley de Economía Sostenible, la CNC apenas tuvo que aceptar algunas y matizadas aplicaciones de la misma, mientras que por el contrario, las Autoridades de Regulación típicas entraban de lleno en el objetivo de esta última ley³¹.

IV. LAS PARTICULARIDADES DE LAS AUTORIDADES REGULADORAS

Por su lado, las "Autoridades Reguladoras", exactamente apartadas, se supone en teoría, de toda intromisión política para así poder realizar su neutral labor al servicio del interés general definido en la norma concreta, cuentan resueltamente con este poder regulador, potestad nueva y diferente de las tradicionales que venían siendo utilizadas por la Administración Pública tradicional.

La regulación, idea procedente claramente del derecho norteamericano y precisamente de sus Agencias Independientes –hasta el punto de que el denominado derecho administrativo norteamericano es básicamente el derecho de estas Agencias– es un poder diferente del que estamos habituados. Consiste en la posibilidad de encargar a un órgano neutral, de carácter técnico, toda la gestión legal –normativa– y ejecutiva y cuasijudicial de un sector económico o técnico. Y hacerlo además mediante una monitorización permanente de dicho sector, atendiendo a técnicas de carácter fundamentalmente económico, con justificación en la consecución del interés general que debe presidir exacta y

31 LAGUNA DE PAZ (2015, pp. 267-296).

resueltamente la organización del mercado en que dicho sector opera. Suma pues a la tradicional potestad reglamentaria –realmente ejercida a través de derecho indicativo normalmente, aunque hay incursiones en una genuina potestad reglamentaria al uso habitual– técnicas de ejecución, con posibilidades suasorias de conductas contrarias, al encomendársele también la potestad sancionadora, incluyendo la resolución de conflictos entre los operadores e inclusive, como vamos a ver, un inédito (por ahora) poder de genuino arbitraje. Todo lo cual lleva a que en el ejercicio de las normas de regulación que ella misma crea –y que crea por pura legitimidad técnica muy lejanamente apoyada en un reconocimiento democrático– disponga de un poder discrecional³² que supera los criterios y exámenes al uso tradicionales para controlar la discrecionalidad. Se trata no solo ya de la consabida discrecionalidad técnica, sino de que, superando este criterio al basarse en el dominio de la técnica, no queda vinculada exactamente por sus propios actos en lo que a la regulación se refiere, pudiendo cambiar de criterio si así lo puede justificar con una seria motivación. Y es que si el mercado cambia –por razones tecnológicas, empresariales, macro y microeconómicas, o por el propio marco legal, sea nacional o comunitario–, el poder regulador cambia asimismo y evoluciona a velocidad inmensa, para ajustarse al cambio e incluso anticiparse a él, cuando no provocarlo directamente.

No hay parámetros jurídicos fácilmente predicables de este poder regulador si se insiste en someterlo a los criterios habituales y tradicionales.

Y mayor prueba aún se encuentra en la difícil tarea asignada a los jueces en casos como los que tengan que resolver en el ejercicio de su, supuestamente plena, potestad de control sobre el poder regulador.

Porque sucede que el juez debería disponer en tales casos de conocimientos técnicos que al menos le permitieran entender las pruebas periciales que proceden de tales Autoridades reguladoras o que se presenten para combatir tales decisiones y resoluciones. Pero es tal la diferencia técnica y de conocimiento económico altamente sofisticado, que además se mueve en un entorno puramente discrecional, que el resultado es el de una clara asimetría entre el juez y la Autoridad. Tendría a su vez que regularse un equipo de apoyo permanente a jueces especializados si se quisiera mínimamente fiscalizar en cuanto al fondo a tal Autoridad. Podemos comprobar cómo, en la jurisprudencia, a empezar por la de los tribunales comunitarios, se llega a hablar sin pudor alguno de la “deferencia” que hay que tener con la Comisión Europea en estos temas (y *ceteris paribus* aplicables aquí en España a nuestros tribunales). Así se dice exactamente en las sentencias europeas que constituyen por esta razón la última parte de la tesis doctoral. Esa “deferencia” es la irremisible expresión de la impotencia de controlar a quien, por razones de información asimétrica, dispone

32 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, TOMÁS RAMÓN. *Sobre los límites constitucionales*, cit., p. 147.

de un conjunto de conocimientos difícilmente fiscalizables, y que resultan ser exactamente el núcleo duro de su gestión cotidiana. Esto es, que no se trata de que en algún supuesto exista un aspecto que haya que resolver apelando a un criterio técnico, sino que es toda la actividad continuada, cotidiana, la que permanentemente está utilizando este lenguaje técnico, totalmente cambiante además, mudable según circunstancias tecnológicas y económicas y que para servir al interés general vinculado al sector tiene que mudar y cambiar a su vez de manera continua.

De ahí que haya que hablar, ciertamente, de regulación como una potestad que se disuelve en un conjunto de técnicas, que en su mayor parte solamente son fiscalizables en ámbitos puramente formales. El control de la discrecionalidad en el ejercicio de este poder es todo un nuevo desafío a las nuevas generaciones de juristas. Por ahora los avances son fundamentalmente de orden formal, tales como establecer límites en función del fin –pero siempre que aparezca ese fin ya se eclipsan los poderes judiciales en cuanto al control del fondo–, la exigencia de Memorias e Informes que puedan, luego, ser examinados con calma por equipos técnicos al servicio de quienes puedan y deban ejercer ese poder de control, y así sucesivamente.

Nos topamos pues con un tipo de normas que rigen "*ex ante*" un determinado sector, para así poder orientarlo, dirigirlo a distancia, en muchas ocasiones con decisiones fulminantes y por tanto inapelables en la práctica y que, al final, pretenden servir a un interés general pero concretado a un sector difícilmente intercambiable con otro distinto.

En la regulación, pues, cobra importancia absoluta la formación, experiencia y prestigio que tenga cada uno de los miembros del órgano.

Quizás una técnica como la CRE SAP portuguesa sirva a estos efectos y por eso la relatamos³³. Se trata de una imposición de la "troika" comunitaria, establecida en el Memorandum de Entendimiento celebrado con ocasión de la intervención de Portugal para otorgarle el rescate financiero que sus cuentas exigían, so pena de quiebra del Estado luso.

La técnica consiste en utilizar transparencia, publicidad y técnica como principios rectores de la contratación de personal cualificado allí donde se necesite. Muy resumidamente, el procedimiento consiste en realizar una convocatoria pública para cualquier puesto técnico –en el caso de la CNMC podría alcanzar a los propios consejeros–, pudiendo presentarse a esa llamada de la Administración cualquier interesado que se considere capacitado para desempeñar tal cargo. Previamente, debe admitir que todo candidato a cualquier puesto que entre a concursar concede de antemano que todo su proceso sea público y todos los resultados se publiquen informáticamente en la red, de manera que cualquier observador, competidor o analista, a un golpe de teclado en su

33 SORIANO GARCÍA (2013, pp. 36-52).

ordenador, tenga acceso a todo el procedimiento y a todos los datos, incluido en su caso las calificaciones negativas que pueda sufrir (con lo cual puede volverse en su contra todo el proceso, ya que alguien públicamente reprobado puede encontrar luego dificultades para encontrar un trabajo equivalente). Y la Agencia de Protección de Datos portuguesa ha admitido plenamente que si el interesado acepta previamente que tales datos sean publicados, no hay obstáculo alguno para que efectivamente sean conocidos y permanezcan en la red a disposición de todos. Por supuesto si se opone a esta exigencia, simplemente no entra en el proceso de selección.

El sistema funciona razonablemente bien y ha permitido neutralizar técnicamente a la Política, respecto de un notable número de puestos de responsabilidad.

Desde luego, nada que ver con el nombramiento que se hace en nuestro país en prácticamente ningún sector, y desde luego, no en la CNMC.

En nuestro caso se ha dado algún paso de avance, pero sin duda es un examen político, hecho por políticos, omniscientes por tanto, por decirlo de forma eufemística. Porque el nombramiento lo hace el Gobierno, como siempre usando el latiguillo habitual de "personas de reconocido prestigio"... Presentan su *curriculum* al Congreso (Comisión que corresponda) y por mayoría absoluta se les vota; cabe el veto, pero realizado por tres quintas partes de los miembros del Congreso. Con ello, la presentación es política y el examen es político. Lo que garantiza exacta y resueltamente es que se ha elegido a un buen... político, quien razonará políticamente y su conducta será política sabiendo a qué partido político se debe. Exacta y diametralmente opuesto a lo que se pretende en un "Estado Neutral"³⁴.

Para examinar y ofrecer un juicio crítico sobre el modelo CNMC es necesario examinar sus orígenes, ver los antecedentes. Sin ellos no se comprendería en absoluto a qué responde el cambio, qué se ha modificado y cómo realizar un balance del resultado legal.

Tiene pues que comprenderse que se estudie, con exhaustividad, todo el entramado, la urdimbre que se creó (y la que no se creó), para así proceder a realizar la oportuna crítica y proponer mejoras.

34 DELGADO, GARCÍA COBOS y GARCÍA DÍAZ. *La reforma de los Organismos de Regulación (II): mejoras en la gobernanza*, cit. El sistema de designación previsto no mejora la profesionalidad, sí la transparencia en la comparecencia de los Consejos ante la Comisión del Congreso de los Diputados. Si existe profesionalidad en los miembros, como criterio principal, para que proceda a su designación, se estaría garantizando de esta manera no solamente la independencia sino la neutralidad de la entidad y estaríamos en presencia de un Autoridad neutral.

Por consiguiente, la tarea a desarrollar por la entidad es no solo demostrar su independencia de los agentes económicos, sino garantizar su independencia del Gobierno, la cual vendrá de la mano de la profesionalidad de los miembros en la adopción de decisiones basada en la defensa de los intereses de los ciudadanos y la satisfacción del interés general; solo así podrá demostrarse la independencia de la entidad.

V. NATURALEZA JURÍDICA E INDEPENDENCIA DE LA ENTIDAD

En lo que corresponde a la "naturaleza jurídica" de la CNMC, se estudia exhaustivamente su régimen jurídico y se analiza si se compadece con su misión institucional, examinando algunos fallos del legislador, que luego se desarrollan más en el siguiente capítulo referido a la independencia de este organismo.

También se examinan el régimen presupuestario, de contratación, y, naturalmente, el sistema de control parlamentario en nombramientos que ya ha sido mencionado. Asimismo se menciona la técnica habitual de control judicial, las relaciones con el Poder Ejecutivo, con la Administración General del Estado y con las instituciones europeas, con lo cual se logra un panorama completo y acabado de su posición institucional dentro del esquema de las Administraciones Públicas y del derecho administrativo.

Dada la importancia, crucial, de la independencia que tiene que revestir la Comisión, tanto orgánica como funcionalmente, se dedicaron dos capítulos a desarrollar lo que significa, el primero consagrado a la independencia de la entidad, aspecto crucial para la nueva entidad, y que como ya se ha indicado, está siendo objeto de análisis por parte del Tribunal Supremo Europeo³⁵.

Así se examinan las funciones (y disfunciones) del Consejo y las Salas, criticando la omnisciencia supuesta a los consejeros, que han de conocer todos los sectores regulados y a la par ser expertos en derecho de la competencia. Además, se incluye todo el complejo mundo de relaciones con las diferentes Direcciones de Instrucción en cada uno de los Sectores y en Competencia, especificando los problemas de información que existen entre ellos y con el Consejo y que pueden llevar al fracaso a esta organización. Y todos los demás órganos de la Comisión, sus atribuciones, funciones, régimen de personal, en fin, todo lo que exige un conocimiento profundo de una institución.

Se llega a la conclusión de que es un diseño inmaduro por incierto, donde tendrá que realizarse un importante esfuerzo personal y no formalizado para ir solventando los problemas que vayan apareciendo por falta de previsión legal; así, por ejemplo, la extraña dependencia administrativa al permitirse determinados recursos ante el Ministerio, con incompatibilidad con lo que debería ser una genuina autonomía. En fin, se examina todo su perfil de funcionamiento y organización, y se vuelve a comprobar que la improvisación es lamentablemente mayor incluso de lo que cabe esperar a primera vista.

En la obra se analizan las atribuciones en cabeza de la CNMC, con análisis de sus funciones, especialmente las referidas a las de regulación, supervisión y control. Se estudia sus potestades, tanto la general de dictar actos administrativos como la potestad normativa, la inédita función arbitral –que curiosa-

35 POMED SÁNCHEZ (2014, pp. 189-258).

mente supone una llamada a terceros como verdaderos árbitros con emisión de laudo, si bien queda cuestionada si llegara a tener, de ponerse en práctica, la cualidad de "cosa juzgada" y ser un genuino "equivalente jurisdiccional", por usar la expresión del Tribunal Constitucional. Con hilo fino, hay que separar esta función de la de resolución de conflictos, que es un mecanismo alternativo de solución de controversias, que opera al modo del artículo 107.2 de la Ley 30/1992, al igual que la terminación convencional, al modo del artículo 88 de la misma ley, que ya se conoce y aplica, con su modalidad específica, desde la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia³⁶. Y es que dirimir controversias es labor de primera índole en organismos como la CNMC, ya que desde un acceso de terceros a la red, hasta estrechamiento de márgenes o lanzamiento de campañas publicitarias, pueden exigir a los competidores que actúe este organismo, poniendo fin, con técnicas resolutorias imperativas, a tales disputas. No se puede confundir con el Arbitraje, entre otras razones por cuanto cabe, con plena jurisdicción, examinar el contenido de fondo de la decisión, aunque ya hemos indicado, simultáneamente, las enormes dificultades que encontrará el Poder Judicial en casos como estos. Por consiguiente, se hace indispensable la creación de un oportuno y adecuado conjunto de procedimientos dentro de la misma entidad, ante la diversidad de funciones que detenta. De ahí que sea necesario apelar a la buenas prácticas regulatorias, como podría ser el sistema de competencias concurrentes, como un mecanismo óptimo para evitar resoluciones contradictorias en la misma entidad. Sumado a otra serie de mecanismos orientados a limitar la discrecionalidad de la autoridad reguladora, en este caso la CNMC³⁷.

Asimismo se estudian en profundidad todas las actuaciones propias del derecho de la competencia, anunciando ya los problemas y cuestiones que presenta su cohabitación con la técnica reguladora.

Sirven extraordinariamente para poner de manifiesto cómo Regulación y Competencia, como agua y aceite, difícilmente encontrarán la alquimia que las permita fundirse.

Prueba de ello es, para empezar, que la solución de la Unión Europea es resueltamente contraria a la norteamericana, con lo cual ya podemos suponer que el tema no está resuelto ni se espera que lo esté próximamente. En Norteamérica, que en la Sherman Act de 1890 y en la Clayton Act de 1914 inventó de arriba abajo el derecho antitrust, se ha dado primacía a la confianza depositada en el regulador sectorial, de manera que si una Autoridad Reguladora adopta una decisión, crea una legítima expectativa en el operador y en el mercado que luego no puede venir a desconocer la Autoridad de Competencia. Y sin

36 LAGUNA DE PAZ (2015, pp. 267 ss.).

37 DELGADO, GARCÍA COBOS y GARCÍA DÍAZ. *La reforma de los Organismos de Regulación (II)*, cit., p. 2.

embargo, en la Unión Europea, acuciada por los problemas de integración de los mercados en un espacio único europeo, se da primacía al derecho de la competencia, haya dicho lo que haya dicho el Regulador Nacional. Es más, le impone al operador principal cargas no escritas ni pensadas desde luego en ninguna organización empresarial, tales como tener que solicitar ella misma que se eleven las cargas autorizadas nada menos que por el propio Regulador, una especie de confesión calvinista ante sí mismo, que ni se entiende ni se puede comprender fácilmente.

Lo cierto es que el análisis de casos muestra que las relaciones entre Competencia y Regulación ni son pacíficas ni están resueltas. Y desde luego el camino emprendido de mezclarlas en un "*totum revolutum*" presidido por personajes que deben ser omniscientes y omnipotentes, no parece resolver en un asunto tan humano como dar servicio y hacerlo competitivamente.

Como siempre, tenemos que confiar en las instituciones, pero las instituciones deben volverse confiables. Y para ello, la estabilidad, la permanencia, el "*lento* o como mucho *adagio*" es la forma más eficaz de conseguirlo³⁸.

No ha sido así en lo que hace a la creación de la CNMC. 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 realizados en la obra de la profesora Carlón, del profesor Montero Pascual³⁹ y de la tesis doctoral de la profesora Ortiz Laverde⁴⁰.

La revisión de los diferentes capítulos que integran la obra, y de 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 la fusión de organismos reguladores con las Autoridades de Competencia. Tras un detenido examen, analizando en profundidad toda la evolución propia y comparada, 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, últimos destinatarios, normalmente en su condición de clientes, de tales políticas, legislación y administración.

38 Este el objetivo a conseguir por parte de la CNMC. De ahí que se haya expedido el Plan Estratégico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Disponible en: http://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/cnmc/PlanEstrategico_CNMC.pdf, por el cual se busca la máxima eficacia y el mejor funcionamiento de los mercados. Esta herramienta se constituye en la hoja de ruta que desarrollara la entidad para la consecución de los objetivos previstos en la Ley de Creación de la Comisión.

39 MONTERO PASCUAL (2013).

40 ORTIZ LAVERDE. *Entre regulación y competencia*, cit.

BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO SAGGESE. La reordenación de las competencias en materia de energía, pp. 369-406. En MATILDE CARLÓN RUIZ (dir.), *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*. Civitas-Thomson Reuters.
- CARLÓN RUIZ, MATILDE. Claves de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia: una opción integradora y multisectorial de regulación "ex ante" y "ex post" de los mercados. su papel sobrevenido como garante de la unidad de mercado, pp. 37-80. En MATILDE CARLÓN RUIZ (dir.), *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*. Civitas-Thomson Reuters.
- CARLOS RUIZ, MATILDE. Reordenación de las competencias regulatorias en relación con el mercado de las comunicaciones electrónicas a resultas de la aprobación de las leyes 3/2013, de creación de la CNMC, y 9/2014, General de Telecomunicaciones, pp. 299-364. En MATILDE CARLÓN RUIZ (dir.), *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*. Civitas-Thomson Reuters.
- COSTAS, ANTÓN. Una fusión explosiva. *El País*. Disponible en: http://economia.el-pais.com/economia/2013/03/01/actualidad/1362144382_919892.html [en línea].
- DE LA QUADRA SALCEDO, TOMÁS. Perfiles europeos y conceptuales de las autoridades reguladoras y de su estatuto. La cuestión de su independencia, pp. 81-141. En MATILDE CARLÓN RUIZ (dir.), *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*. Civitas-Thomson Reuters.
- DELGADO, JUAN; JULIO GARCÍA COBOS y ANTÓN GARCÍA DÍAZ. *La reforma de los Organismos de Regulación (II): mejoras en la gobernanza*. Disponible en: <http://www.fedeablogs.net/economia/?p=18939>
- Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, por la que se modifican la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.
- elEconomista.es. *El Supremo lleva a Europa la creación de la CNMC: duda de su independencia*. Disponible en: <http://www.economista.es/economia/noticias/6891505/07/15/El-Supremo-lleva-a-Europa-la-creacion-de-la-CNMC-al-dudar-de-su-independencia.html>
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, TOMÁS RAMÓN. (2012). Sobre los límites constitucionales del poder discrecional. *Revista de Administración Pública* n.º 187, pp. 141-170.
- JANSEN, OSWALD. (2014). Comparative experiences for the supervision of regulated sectors: The Dutch case, pp. 143-181. En MATILDE CARLÓN RUIZ (dir.), *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*. Civitas-Thomson Reuters.

- LAGUNA DE PAZ, JOSÉ CARLOS. (2015). La Comisión Nacional de Mercados y Competencia como autoridad de defensa de la competencia, pp. 267-296. En MATILDE CARLÓN RUIZ (dir.), *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*. Civitas-Thomson Reuters.
- Ley 3/2013, de 4 de junio de 2013, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (BOE n.º 134 de 5/06/2013).
- MONTERO PASCUAL, JUAN JOSÉ. (2013). *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Entre la actividad administrativa de regulación y el Derecho de la competencia*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MUÑOZ, RAMÓN. *El Supremo cuestiona la legalidad de la CNMC y pide opinión a la UE*. Disponible en http://economia.elpais.com/economia/2015/07/22/actualidad/1437562895_956039.html
- MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. (2008). 1. Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación Económica. En AA.VV., *Derecho de la Regulación Económica. I. Fundamentos e Instituciones*, dirs. SANTIAGO MUÑOZ MACHADO y JOSÉ ESTEVE PARDO. Madrid: Iustel.
- OGLETHORPE, KATY. (2014). Spain. The painful birth of el super regulador. *Global Competition Review*, vol. 17, n.º 1, diciembre-enero, pp. 30-33.
- ORTIZ LAVERDE, SANDRA MILENA. (2014). Entre regulación y competencia: revisión institucional de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia - CNMC. Memoria para optar para el título de Doctor. Universidad Complutense de Madrid.
- POMED SÁNCHEZ, LUIS. (2014). La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, Administración independiente, pp. 189-258. En MATILDE CARLÓN RUIZ (dir.), *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*. Civitas-Thomson Reuters.
- SALA ARQUER, JOSÉ MANUEL. (1984). El Estado neutral. Contribución al estudio de las administraciones independientes. *Revista de Derecho Administrativo* n.º 42, abril-junio, pp. 401-422.
- SORIANO GARCÍA, JOSÉ EUGENIO y BILHIM, JOAO. (2013). La racionalidad política y técnica en la selección de la alta Administración Pública y gestión pública portuguesa: una experiencia útil para España. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* n.º 38, pp. 36-52.
- VIRGALA FORURIA, EDUARDO. (2012). Los organismos reguladores en la crisis económica: su reformulación en la Ley de Economía Sostenible. *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 32, n.º 94, pp. 61-115.