



Universidad  
de La Laguna  
Facultad de Derecho



Grado en: Derecho.

Facultad de Derecho.

Universidad de La Laguna.

Curso 2015/2016

Convocatoria: Julio.

# **LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA PROS Y CONTRAS DE LA CONCENTRACIÓN DE LAS FUNCIONES DE REGULACIÓN Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA**

***(THE NATIONAL COMMITTEE OF MARKETS AND  
COMPETITION.***

***PROS AND CONS OF CONCENTRATION OF THE  
FUNCTIONS OF REGULATION AND ANTITRUST)***

- Realizado por: Jorge Trujillo Pérez
- Tutorizado por: D. Francisco José Villar Rojas
  
- Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas
- Área de conocimiento: Derecho Administrativo

## ABSTRACT

The object of this work is the study of the consequences, both favourable and unfavourable, of the radical change that has produced the Law 3/2013, of 4 of June, of Creation of the National Committee of Markets and Competition, unifying the functions of the economical regulation and antitrust in a single agency, the CNMC, for that, we are going to study the configuration of this new organization as other controversies borned because of the model change

## RESUMEN

Este trabajo tiene como objeto estudiar las consecuencias, tanto favorables como desfavorables, del cambio radical que ha supuesto la Ley 3/2013, de 4 de junio, de Creación de la Comisión Nacional de los Mercado y la Competencia, al aunar las competencias de regulación y de defensa de la competencia en un solo organismo, la CNMC, para lo que analizaremos la configuración de este nuevo organismo, así como las controversias surgidas a raíz del cambio de modelo.

# ÍNDICE

1. Introducción.....	4
2. Estudio del Ordenamiento Jurídico de la Regulación y la Competencia.....	6
2.1 Distinción teórica entre regulación y competencia.....	6
2.1 Evolución Normativa de los Organismos Reguladores.....	9
2.2 Evolución Normativa de la Autoridad de Defensa de la Competencia.....	22
3. Exposición y análisis de la estructura organizativa de la comisión nacional de los mercados y la competencia.....	25
4. Controversias surgidas a raíz de la Ley 3/2013.....	28
4.1 Problemas de la concentración reguladora y de defensa de la competencia...	28
4.2 Incidencia particular en su autonomía e independencia.....	36
5. Conclusiones.....	44
6. Bibliografía.....	46

## 1. INTRODUCCIÓN

1. Desde los años ochenta, la Unión Europea ha impulsado, de manera progresiva, un proceso de convergencia entre los países miembros, cuyo resultado más sobresaliente ha sido el del mercado único europeo, basado en cuatro libertades fundamentales, recogidas en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE en adelante): la libertad de movimientos de capitales (art. 63 TFUE); la libertad laboral (art. 45 TFUE); la libertad del comercio de productos y mercancías y la libertad de prestación de servicios (art. 26 TFUE).

2. Para la consecución de la libre prestación de servicios fue necesario romper con todos aquellos monopolios, no vinculados a una misión de interés general que solo pudieran operar en exclusividad para conseguirla -o que no pertenecieran a un sector excepcionado-, mediante la liberalización de dichos mercados con el objetivo de fomentar la competencia.

3. Para ello se recurrió a la Regulación Económica<sup>1</sup>, en torno a la que *«surgió un amplio debate sobre el grado en que los nuevos mercados que se abrían a la competencia debían estar sometidos a las normas y autoridades de defensa de la competencia nacionales, o si, por el contrario, debían ser los nuevos organismos sectoriales independientes los que llevaran a cabo la supervisión»*<sup>2</sup>. La respuesta que se dio en España, por influencia de la legislación europea, fue la de establecer un sistema de doble control, uno *ex ante* (regulación) y otro *ex post* (defensa de la competencia), que se ejercerían de manera separada por diferentes organismos.

4. En concreto, la misión de realizar el control previo recayó en los denominados “Organismos Reguladores”, que son «organizaciones separadas del Gobierno, las AAPP públicas territoriales, así como de los operadores económicos, y dotadas de autonomía

---

1 «Entendemos por regulación económica el conjunto de soluciones que utilizan la técnica regulatoria para implantar la competencia en sectores estratégicos antes monopolizados, de modo que puedan entrar en ellos nuevos competidores y permitir su actuación incluso en los “cuellos de botella” que puedan formarse o que procedan del pasado (Redes únicas o recursos escasos)» ARIÑO ORTIZ, G.; *“Lecciones de Administración (y otras políticas públicas)”*; Ed. Iustel 1ª Edición; Madrid; 2011; pag. 851

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

para velar por el adecuado funcionamiento de los correspondientes sectores económicos regulados»<sup>3</sup>, así como hacer propuestas sobre aspectos técnicos y resolver conflictos entre las empresas y la Administración. El número de estos organismos varió con el tiempo, pero en su momento de máxima proliferación fueron siete: la Comisión Nacional de Energía (CNE), la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones (CMT), la Comisión Nacional del Sector Postal (CNSP), el Comité de Regulación Ferroviaria (CRF), la Comisión Nacional del Juego (CNJ), la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria (CREA) y el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales (CEMA)

5. De forma paralela, pero en el ámbito del control *ex post*, la Comisión Nacional de la Competencia (CNC)<sup>4</sup> realizaba funciones de promoción de la competencia, que se ha definido «consensuadamente como el conjunto de actividades [...] encaminadas a promover un entorno competitivo para el desarrollo de las actividades económicas, por medio de mecanismos no coactivos, sobre todo a través de: la interacción con otras administraciones públicas, la promoción entre los agentes económicos y una sensibilización de empresas, consumidores y usuarios acerca de los beneficios de la competencia»<sup>5</sup>.

6. Este esquema se mantuvo invariable hasta la promulgación de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante Ley 3/2013), un nuevo súper-organismo que suponía, a su vez, la extinción de los diferentes organismos reguladores y de la CNC, y cuya misión, según reza en el apartado segundo del Artículo 1 de esta ley, tiene por objeto «*garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios*».

7. La creación de la Comisión Nacional del Mercado y la Competencia (CNMC) supuso como consecuencia más sobresaliente la fusión de las misiones de control *ex ante*

---

3 LUCIANO PAREJO, A; “*Lecciones de Derecho Administrativo: Orden económico y sectores de referencia*”; Ed. Tirant Lo Blanch; Valencia; 2015; pag. 80

4 Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia

5 “IPN 70/12, de 15 de marzo de 2012, [sobre el] ANTEPROYECTO DE LEY DE CREACIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA”. Comisión Nacional de la Competencia

y *ex post* en un mismo organismo, rompiendo así con el sistema establecido hasta entonces y desmarcándose de la senda seguida por casi todos los países de la UE. Muy especialmente de los más cercanos, como Francia, Italia y Reino Unido, que han separado las funciones de competencia de las de regulación, y que en este último aspecto han abogado por un sistema *unisectorial*; pero también de aquellos países que han aglutinado la regulación en organismos *polisectoriales* -el caso concreto del modelo alemán-, pues mantienen la distinción orgánica entre regulación y competencia. De manera excepcional, tan solo Holanda parece haber seguido “el camino español”, pero con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley. En conclusión, *«el modelo recientemente aprobado es un modelo inédito en Europa [a fecha de 2013], lo cual no es ni bueno ni malo en sí mismo, pero es lo que es»*<sup>6</sup>.

8. Descrita brevemente la evolución en España, así como el brusco cambio de rumbo llevado a cabo en el esquema institucional, el presente trabajo tiene como objeto estudiar las consecuencias, tanto favorables como desfavorables, de aunar las competencias de regulación *ex ante*, y de defensa de la competencia *ex post*, en un mismo organismo, así como los efectos producidos por la configuración orgánica de la CNMC, poniendo especial énfasis en la obligada independencia de la misma.

## **2. ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO JURIDICO DE LOS ORGANISMOS DE REGULACIÓN Y LA AUTORIDAD DE LA COMPETENCIA.**

### **2.1 Distinción teórica entre Regulación y Competencia**

9. Con respecto a la regulación, podríamos definirla como la actividad administrativa encaminada a la creación, fomento, de un entorno competitivo, en aquellos mercados donde este no se produce naturalmente, bien por ser monopolios u oligopolios naturales, bien por razones históricas, a través del uso de la técnica regulatoria, que se compone de tres elementos esenciales: la potestad normativa, a través de la que puede imponer

---

6 “La nueva Comisión Nacional del Mercado y la Competencia: naturaleza, régimen jurídico e independencia”. NAVARRO RODRÍGUEZ, P. “Revista General de Derecho Administrativo n.º. 34 (Iustel - 2013)”; pag. 3

derechos y deberes a los diferentes agentes del mercado; la capacidad para resolver conflictos *inter partes*; y la potestad sancionadora, como elemento coactivo que asegure el cumplimiento de lo establecido.

10. El que se parta de una situación de mercado en el que la competencia es nula o casi inexistente nos permite caracterizar y diferenciar la actividad regulatoria de otras destinadas, también, a intervenir en el mercado, pues está encaminada a la creación de un marco normativo, que establezca los derechos, deberes y cargas, dentro del que operarán las diferentes partes del mercado. El que necesariamente deba abogarse por este método la convierte en una actividad *ex ante*. Además, y a mayor abundamiento, su finalidad nos indica también que, en algunos casos, tiene un carácter transitorio<sup>7</sup>, ya que una vez logrado el ansiado entorno competitivo –siempre que no sea necesario mantenerlo de manera artificial- la regulación no solo deja de ser necesaria, sino que puede llegar a ser perjudicial, al beneficiar a algunos operadores en detrimento de otros, reduciendo así la competencia.

11. Todos estos caracteres, unidos –en el aspecto que nos ocupa- a sectores económicos de una sensibilidad extrema, tanto para la población en general como para el poder político en particular, ha supuesto que la realización de estas funciones se encomienden a unos órganos especializados que, en España, como ya sabemos, se conocen con el nombre de Organismos Reguladores –aunque en el ámbito comunitario se utiliza el término de Autoridad Nacional de Reglamentación-.

12. Estos organismos se caracterizan por su independencia, con el objetivo de «mantener determinadas funciones y objetivos estatales como algo estable, y permanente,

---

<sup>7</sup> «En algunos países como Estados Unidos [...] desde 2003 no existen obligaciones regulatorias de acceso para nuevos despliegues de redes de fibra» *Modelo organizativo de las autoridades nacionales de regulación y competencia en España*. Telefónica España; PWC; Madrid, 14 de febrero de 2012. Aunque, por otro lado, MONTERO PASCUAL (“*La Comisión Nacional del Mercado y la Competencia*”; 1ª Edición; 2013; pag. 237 y ss) opina que los mercados basados en infraestructuras en red tienen una fuerte tendencia a adoptar una estructura de oligopolio con una competencia reducida, pues el número de operadores en el mercado suele ser limitado, a lo que se suma la homogeneidad de los principales productos y la transparencia de los precios, junto con las barreras de entrada y salida de los mercados en red, que contribuyen a una colusión tácita entre los operadores. Todo ello hace que, ante las dificultades a los que se enfrenta la Defensa de la Competencia para fomentarla allí donde no existe, la intervención reguladora sea la única capaz de garantizar a largo plazo la satisfacción del interés general. En consecuencia, la vocación de transitoriedad que se le supone a la regulación pueda quedar en entredicho.

cualquiera que sea la orientación política que prevalezca en un momento determinado»<sup>8</sup>, y por una amplia discrecionalidad a la hora de ejercitar las funciones encomendadas, libertad que responde a las necesidades de adaptar el marco normativo a las condiciones cambiantes del mercado, así como a las características individuales de cada operador, aplicándose el marco de manera asimétrica, pues podría redundar en una mayor carga obligacional para algunos y mejores condiciones para otros. Asimismo, de manera histórica su ámbito de actuación ha sido de carácter sectorial, en favor de la especialización y del fomento de la «cultura regulatoria»<sup>9</sup>, lo que redundaba en una mayor eficiencia regulatoria.

13. La competencia, por otro lado, «actúa en mercados donde la libre iniciativa y la competencia están ya implantados y se rigen sin mayores problemas por la regla de la libertad de comercio e industria»<sup>10</sup>, aunque tampoco se excluye de aquellos sectores sometidos a la regulación. Dicho de otra manera, allí donde hay mercado abierto –ya sea de manera total o solo parcial-, se aplica el Derecho de la competencia, cuyas reglas «son idénticas se apliquen a un sector u otro y, además, se aplican a posteriori, es decir, sobre la base de asumir que existe efectiva competencia en el sector concreto, como reacción a los falseamientos de la misma o como cautela frente a los riesgos contrastados. Desde esta perspectiva, el Derecho de la competencia [...] es un derecho de aplicación simétrica, ya que parte de la base de que todos los actores de un determinado mercado se encuentran en idéntica posición»<sup>11</sup>. ARIÑO ORTIZ<sup>12</sup> también reconoce una «cultura» propia de la Competencia, a la que caracteriza con tintes muchos más jurídicos y un espíritu tendente al ámbito corrector/sancionador, así como un enfoque mucho más procedimental y casuístico.

14. La función de Defensa de la Competencia, como ya vimos, se ha ejercido tradicionalmente en este país separando las funciones de instrucción y decisión, y aunque

---

<sup>8</sup> ARIÑO ORTIZ, G., DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J. M.; *“Reguladores Sectoriales y Defensa de la competencia: Una Aportación al Debate de su Fusión”*; Working Paper nº 42 de Ariño y Villar, abogados; 2012; pag. 14

<sup>9</sup> «En una situación óptima, reguladores y regulados se conocen bien y ambos actúan en sobre un consenso básico de lo que puede y no puede en el sector: es lo que hemos llamado “cultura regulatoria”» ARIÑO ORTIZ, G., DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J. M.; Op. Cit; 2012; pag 27

<sup>10</sup> ARIÑO ORTIZ, G., DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J. M.; Op. Cit; 2012; pag 24

<sup>11</sup> CARLÓN RUÍZ, M.; *“Las dos caras de Jano: lo que el Derecho europeo tiene que decir respecto de la convivencia entre regulación y competencia”*; en *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional* nº 20; 2013; pag. 7

<sup>12</sup> ARIÑO ORTIZ, G., DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J. M.; Op. Cit; 2012; pag 27



no es un requisito *sine qua non* en este ámbito, por órganos independientes funcionalmente de la Administración y el poder político –tradicionalmente el SDC y el TDC, aunque con posterioridad se agruparon en un mismo organismo: la CNC-. Además, a diferencia de la regulación, donde la competencia es exclusiva de las ANR, las normas de competencia pueden ser ejercidas también por la Comisión Europea, *ex* artículo 105.1<sup>13</sup> del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

15. Ahora bien, si bien es cierto que en el plano teórico existe una clara separación entre regulación y competencia, en la práctica esta distinción no es tan sencilla. Y ello es así porque la regulación sectorial «a menudo se ha construido a menudo en paralelo a las normas de la competencia (por ejemplo, la regulación de acceso a la red se ha construido en parte sobre la doctrina de las *essential facilities* del antitrust norteamericano) y haciendo uso de sus principales instrumentos de análisis (por ejemplo, los análisis de mercados del sector de las telecomunicaciones)»<sup>14</sup>, pero prescindiendo del, por lo general lento, proceso que rige en la Defensa de la Competencia.

## **2.2 Evolución Normativa de los Organismos Reguladores**

16. La primacía del Derecho Comunitario frente a la legislaciones nacionales hace necesario que el Derecho público y, en especial, el Derecho Público Económico sea interpretado de acuerdo con el Derecho Común Europeo, lo que «nos obliga a tomar como punto de partida el marco general en el que el Derecho europeo sitúa el intervencionismo estatal, pues no es posible la comprensión de la [...] configuración dada al servicio público fuera de este contexto, que es, en definitiva, uno de los factores determinantes de su formación».<sup>15</sup>

17. Así, repasando la evolución histórica del Derecho Público Europeo, tras la Segunda Guerra Mundial, «los poderes públicos asumen un protagonismo neto de la

---

<sup>13</sup> “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 104, la Comisión velará por la aplicación de los principios enunciados en los artículos 101 y 102. A instancia de un Estado miembro o de oficio, y en colaboración con las autoridades competentes de los Estados miembros, que le prestarán su asistencia, la Comisión investigará los casos de supuesta infracción de los principios antes mencionados. Si comprobare la existencia de una infracción, propondrá las medidas adecuadas para poner término a ella”

<sup>14</sup> MONTERO PASCUAL; Op. Cit.; pag. 241

<sup>15</sup> SENDÍN GARCÍA, M. A.; “Hacia un Servicio Público Europeo: El Nuevo Derecho de los Servicios Públicos”. Ed. Comares, 2003. Pag. 180

economía, incluso como empresarios o agentes productivos directos, y despliegan una protección social cada vez más integral, sostenida, sobre un sistema de fuerte presión fiscal y de seguros sociales»<sup>16</sup>. Esta visión del Estado como un ente prestador de servicios produjo que, llegada la década de los ochenta, la dimensión del sector público en la economía de los países europeos hubiera alcanzado niveles verdaderamente impresionantes, situándose en casi todos los países de la CEE en torno al 50% del PIB<sup>17</sup>, así como una estructura económica compuesta por «un conjunto de monopolios estatales que impedían la creación de un mercado a escala comunitaria [cuyo] resultado fue un sistema en que la determinación de las características [...], así como las tarifas, eran el resultado de una decisión pública; y, por lo tanto, eran actividades que se desarrollaban, en líneas generales, al margen de las reglas de mercado»<sup>18</sup>.

18. Partiendo de esta situación monopolística de ámbito nacional comenzó en el seno de la actual Unión Europea un proceso de liberalización gradual de las grandes industrias de redes –telecomunicaciones, servicios postales, energía, gas y transportes–, a través de la adopción de diferentes normativas en las que se especificaron las obligaciones de servicio público, los derechos de los consumidores y usuarios y consideraciones en materia de seguridad. Se creó, pues, un marco regulador que, sin embargo, no llegó a tener un carácter verdaderamente global, pues a la hora de legislar sobre estos asuntos se prefirió seguir un planteamiento de ámbito sectorial, en el que cada área desarrollo un corpus legislativo propio «según sus características técnicas y económicas que exigen soluciones propias en su detalle»<sup>19</sup>, y que, por cuestiones de extensión, se estudiarán aquí de manera conjunta.

19. Así, podríamos situar el punto de partida del proceso transformador en el ámbito de las telecomunicaciones, que ha sido el sector sobre el que el Derecho Comunitario ha incidido en mayor medida, marcando el camino a seguir a los demás Servicios de Interés General. Curiosamente, este proceso se inicia, no a través de una norma comunitaria, sino mediante una sentencia<sup>20</sup> del antiguamente denominado Tribunal de Justicia de la

---

<sup>16</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J. A (Dr.); *“Las Técnicas de Regulación para la Competencia: Una Visión Horizontal de los Sectores Regulados”*; Ed. Iustel, 2011.

<sup>17</sup> ARIÑO ORTIZ, G.; *“Principios de Derecho Público Económico”*; Ed. Comares, 1999; pag. 250

<sup>18</sup> SENDÍN GARCÍA, MIGUEL ÁNGEL Op. Cit.. Pag. 225

<sup>19</sup> ARIÑO ORTIZ, G.; Op. Cit; 1999; pag. 560

<sup>20</sup> STJCE. Asunto 41/83 de 20 de marzo de 1985, *República Italiana vs Comisión de las Comunidades Europeas*

Comunidad Europea (actual Tribunal de Justicia de la Unión Europea). El Reino Unido había concedido a *British Telecommunications* –en adelante BT- el monopolio legal en la gestión de los sistemas de telecomunicaciones del país, dotándole para el ejercicio de dicho monopolio de un poder normativo de carácter reglamentario a través del cual estableció reglas que trataban de impedir la competencia de determinadas empresas, que ofrecían al público servicios a precios particularmente bajos. La Comisión entendió que las normas violaban el artículo 86<sup>21</sup>, pues hacía que las demás agencias de distribución se vieran «desfavorecidas en la competencia frente a las autoridades y agencias nacionales de los demás Estados miembros», y emitió una Decisión obligando a cesar esas prácticas reglamentarias. La República de Italia interpuso recurso de anulación por entender que BT estaba ejerciendo un poder público, y no actuando en el marco de la empresa privada, así como que la Decisión violaba el antiguo art. 222 TCE<sup>22</sup>; y que en todo caso lo que hacía se podría encuadrar dentro de la excepción del art. 90.2 TCE –que, en el momento de la sentencia, había sido sustituido por el art. 86.2, suscrito al pie de la página anterior-

20. El Tribunal respondió a todas estas cuestiones entendiendo que: 1) los reglamentos no han sido aprobados por una autoridad pública, sino una empresa privada, por lo que se le aplica la normativa comunitaria; 2) que el monopolio de BT se

---

<sup>21</sup> «1. Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 12 y 81 a 89, ambos inclusive. 2. Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad. 3. La Comisión velará por la aplicación de las disposiciones del presente artículo y, en tanto fuere necesario, dirigirá a los Estados miembros directivas o decisiones apropiadas.» El alcance de este artículo tiene una importancia capital a la hora de entender el proceso liberalizador que estamos estudiando, pues supone la pieza angular a través de la cual la Comisión fundamentó las diferentes medidas encaminadas a abrir estos mercados a la competencia. Muchas de estas decisiones tuvieron como destino final el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, que emitió muchas sentencias interpretativas de este precepto, la mayoría de ellas favorables a la Comisión, entre las que debemos destacar: la STJCE 188 a 190/80, de 6 de julio de 1982, *Francia, Italia y el Reino Unido contra Comisión*, que declaró que el art. 86 «se refiere únicamente a aquellas empresas sobre cuyo comportamiento deben los Estados asumir una responsabilidad especial debido a la influencia que [estos] pueden ejercer sobre dicho comportamiento»; la STJCE 30/87, de 4 de mayo de 1988, *Asunto Bodson*, que determinó el alcance del concepto Estado miembro, extendiéndolo a todas las Administraciones Públicas de carácter territorial inferior al Estado; la STJCE 202/88, de 19 de marzo de 1991, *Francia contra Comisión*, que estableció la diferencia conceptual entre los derechos exclusivos y los derechos especiales; o la anteriormente citada, y desarrollada, STJCE 41/83, de 20 de marzo de 1985, *República Italiana vs Comisión de las Comunidades Europeas*.

<sup>22</sup> En este artículo se recogía el Principio de Neutralidad, que permitía a los Estados Miembros «determinar en el orden interno qué actividades quedan reservadas al sector público, creando monopolios nacionales». SENDÍN GARCÍA, M. A. Op. Cit. pag. 226

circunscribe a la gestión de las redes de comunicación y su puesta a disposición de los usuarios, pero no a otros servicios; y 3) que, para entender que la viabilidad de la misión de interés general podría verse afectada, sería necesario que la pérdida económica de BT tuviera un impacto tan elevado que determinase la imposibilidad de cumplir con la misión.

21. En relación a esta Sentencia, TERRÓN SANTOS comenta que «facilitó, en buena medida, el desarrollo de todo el proceso liberalizador posterior»<sup>23</sup> y “*El Libro Verde sobre el desarrollo del mercado común de los servicios y equipos de telecomunicaciones*”, de 29 de junio de 1987 la considera una pieza clave para la futura interpretación del tratado en lo referente a las Telecomunicaciones<sup>24</sup>, teniendo una influencia considerable en las reflexiones que la Comisión desarrolló en ese documento; ideas que, un año después, se tradujeron en la *Directiva 88/301/CE*, que podemos considerar como el primer acto comunitario que, desde el punto de vista legislativo, inicia el proceso liberalizador, pues obliga a los Estados miembro, a través de su artículo 3, a velar «por el que los operadores económicos tengan derecho a importar, comercializar, conectar, poner en servicio y mantener los aparatos terminales» en el ámbito comunitario, sin importar la nacionalidad de origen de dichos operadores.

22. A la *Directiva 88/301/CEE* la siguieron en el tiempo –y siempre dentro del ámbito de las telecomunicaciones- la *Directiva 90/388/CEE, de la Comisión*, relativa a la competencia en el mercado de los servicios de telecomunicaciones, que prevía la “abolición de los derechos exclusivos o especiales para suministro de servicios de telecomunicaciones, distintos de los servicios de telefonía vocal”, y la *Directiva 92/44/CEE*, en donde se recoge por primer vez el uso del término Autoridad Nacional de Reglamentación (ANR de ahora en adelante), cuyo artículo 1.2 las contempla como «el organismo o los organismos de cada Estado Miembro, jurídicamente distintos y funcionalmente independientes de los organismos de telecomunicaciones, a los que el Estado miembros correspondiente, confíe, entre otras, las funciones reglamentarias». A continuación, «en 1994, la *Directiva 94/46/CE*, que modifica la anterior, hace extensiva

---

<sup>23</sup> TERRÓN SANTOS, D; “*Autoridades Nacionales de Reglamentación. El caso de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*”; Ed. Comares, 2004; pag. 16

<sup>24</sup> “The Court's judgement must be seen as a cornerstone for the future interpretation of the Treaty with regard totelcommunications.” [COM (1987) 290 final; pag. 124]

la liberalización a las comunicaciones por satélite. Un año más tarde se lleva a cabo una nueva modificación [...] a través ahora de la *Directiva 95/51/CE*. [...] Dos Directivas de 1996, también modificando la *Directiva 90/388/CE*, darán culminación a este proceso, [...] la segunda [de ellas], la *Directiva 96/19/CE*, establece la plena liberalización»<sup>25</sup>.

23. Con respecto al tema que nos ocupa, la importancia de esta última Directiva es capital, pues en su Considerando 11<sup>26</sup> se habla, por primera vez, de la creación de un organismo independiente, que se tradujo en el Derecho Español con el *Real Decreto-Ley 6/1996, de 7 de junio, de Liberalización de las Telecomunicaciones*, creando la Comisión del Mercado de las Comunicaciones (CMT), a la que se le atribuyeron diversas competencias de arbitrio y asesoramiento<sup>27</sup>, entre otras, así como la definición de “órgano independiente”, si bien sus miembros eran elegidos por el Gobierno. Es en la CMT donde encontramos el primer organismo regulador en el ámbito de los Servicios de Interés General<sup>28</sup>. A mayor abundamiento, menos de un año después el *Real Decreto-Ley* fue sustituido por la *Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones*, que dotó a la CMT de «nuevas potestades de resolución administrativa de conflictos entre operadores, el control sobre procesos sectoriales de concentración empresarial [...] se ampliaba de cinco a siete el número de consejeros de la CMT y se establecían una serie de garantías para asegurar la independencia del organismo regulador, como el reconocimiento de un patrimonio propio e independiente del patrimonio del Estado»<sup>29</sup>.

---

<sup>25</sup> SENDÍN GARCÍA, M. A. Op. Cit.. pag. 227-228

<sup>26</sup> “[...] Por consiguiente, el establecimiento y la administración del plan nacional de numeración deberá encomendarse a un órgano independiente del organismo de telecomunicaciones”

<sup>27</sup> “La Comisión desarrollará las siguientes funciones en los términos que reglamentariamente se determinen: arbitrar en los conflictos que puedan surgir entre operadores de redes y servicios [...]; informar las propuestas de tarifas de los servicios [...] prestados en exclusiva [...]; asesorar al Gobierno y al Ministro de Fomento” (art. 1.Dos.2.)

<sup>28</sup> La primera Autoridad Independiente del Derecho Español fue, realmente, el Consejo de Seguridad Nuclear (CSN), a la que le siguió la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y la transformación del Banco de España (BE) en un organismo de regulación y control del sector bancario, si bien ninguna de estas “autoridades” se encuadra dentro de los Servicios de Interés General relacionados con la CNMC.

También es cierto, en el sector de la energía se creó en 1994 la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional (CSEL); sin embargo, la Ley 40/1994 la definía en su artículo 6º “como entidad de derecho público”, y no como un “ente regulador”, tal como definió la Ley 34/1998 a la CNE.

<sup>29</sup> DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. (dr.); “*Derecho de la Regulación Económica. IV. Telecomunicaciones*”; Ed. Iustel, 2009, 1ª edición; pag. 202

24. En 1998, la «necesidad de trasponer armonizadamente una serie de Directivas comunitarias de finalidad liberalizadora [las enumeradas en los párrafos anteriores, entre otras], como la necesidad de introducir y regular el concepto de “servicio universal” en el campo de las telecomunicaciones» obligaron al legislador a elaborar un cuerpo legislativo unitario que se materializaría en la *Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones*. Este profundo cambio de filosofía, unificando en una sola norma todo el corpus normativo, pretendía implantar, de forma gradual, los mecanismos propios de un régimen plenamente liberalizado, para lo que estableció un régimen de transición al nuevo sistema, respetando rigurosamente los plazos fijados por la normativa comunitaria.<sup>30</sup>

25. Tras ella, comenzó un nuevo marco regulador formado por cinco Directivas: la *Directiva 2002/21/CE* («Directiva marco»), la *Directiva 2002/19/CE* («Directiva sobre acceso»), la *Directiva 2002/20/CE* («Directiva sobre autorización»), la *Directiva 2002/22/CE* del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas («Directiva sobre servicio universal») y la *Directiva 2002/58/CE* del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas («Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas»), denominadas conjuntamente «la Directiva marco y las Directivas específicas». Su transposición al Ordenamiento Jurídico español se realizó por medio de la *Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones*.

26. La Directiva Marco «impuso a los Estados miembros que las autoridades nacionales de reglamentación fueran organismos competentes para desarrollar las misiones encomendadas en la propia Directiva y en las directivas específicas»<sup>31</sup>, y se las dotó de un papel capital en la prosecución de los objetivos liberalizadores, para lo que potenciaron sus funciones de regulación *ex ante* y se comenzó a hablar de la necesidad de que fueran verdaderamente independientes con respecto a los Gobiernos nacionales<sup>32</sup>, si bien en la práctica esta “independencia” solo se materializó con respecto a los

---

<sup>30</sup> DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. (dr.); Op. Cit.; pag. 203.

<sup>31</sup> TERRÓN SANTOS, D.; Op. Cit; pag. 19

<sup>32</sup> “los Estados miembros deben garantizar la independencia de la autoridad o autoridades nacionales de reglamentación con el fin de asegurar la imparcialidad de sus decisiones.” (Considerando 11)

operadores del sector<sup>33</sup>, y solo parcialmente, pues no era raro en ese momento que empresas que debían someterse al control del ANR correspondiente fueran de titularidad estatal<sup>34</sup>.

27. Asimismo, en el Considerando 35 se comenta la necesidad de que las ANR y las Autoridades Nacionales en materia de Competencia trabajen de manera coordinada. Intención que resulta en el artículo 3.5 de la citada *Directiva*, y que establece que “*las autoridades nacionales de reglamentación y las autoridades nacionales en materia de competencia se transmitirán mutuamente la información necesaria para la aplicación de las disposiciones de la presente Directiva y de las Directivas específicas*”.

28. En 2003, tan solo un año después de «la Directiva Marco y las Directivas Específicas», la Comisión Europea publicó *El Libro Verde sobre los Servicios de Interés General*<sup>35</sup>, en el que se comienza a reflexionar sobre la necesidad de que las ANR sean independientes no solo con respecto a los agentes del sector, sino también de los diferentes Gobiernos, pues «la importancia, así como la naturaleza permanente, compleja y cambiante de los trabajos de regulación, requieren a menudo de la especialización e independencia de un organismo regulador sectorial»<sup>36</sup>. Asimismo, se debate también sobre la necesidad de delimitar las responsabilidades de las autoridades de la competencia y de los organismos reguladores, pues «suelen solaparse en gran medida», afirmando que corresponde a las autoridades de competencia «intervenir cuando el regulador no esté en condiciones de garantizar el respeto de las reglas horizontales en materia de competencia o se abstenga de intervenir»<sup>37</sup>.

29. Este debate fructificó en la *Directiva 2009/140/CE*, que modificó ampliamente la «Directiva Marco», incluyendo profundos cambios en la configuración y las

---

<sup>33</sup> “Los Estados miembros garantizarán la independencia de las autoridades nacionales de reglamentación, velando por que sean jurídicamente distintas y funcionalmente independientes de todas las entidades suministradoras de redes, equipos o servicios de comunicaciones electrónicas. Los Estados miembros que mantengan la propiedad o el control de empresas suministradoras de redes o servicios de comunicaciones electrónicas velarán por que exista una separación estructural efectiva entre la función de regulación y las actividades relacionadas con la propiedad o el control.” (art. 3.5)

<sup>34</sup> «ha planteado problemas por lo que respecta a la independencia de la autoridad reguladora nacional en algunos casos en que el Estado miembro también ostenta la propiedad o el control de las empresas que operan en el sector» *Libro Verde sobre los Servicios de Interés General* pag. 13. COM (2003) 270 final de 23.5.2003

<sup>35</sup> COM (2003) 270 final de 23.5.2003

<sup>36</sup> Op. Cit. El Libro Verde... pag. 13

<sup>37</sup> Op. Cit. El Libro Verde... pag. 53

competencias de la CMT. De manera resumida, en el Considerando 13 de esta Directiva se expone que «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».

30. Con esta declaración de intenciones se observa la pretensión de la Unión Europea de llevar un paso más allá la regulación del sector, pues si bien hasta entonces se había propugnado la independencia con respecto a los agentes del sector, a partir de este momento se pretende convertir a las ANR en verdaderas *Independent Regulatory Commissions* (IRC) al estilo del Derecho Norteamericano, aunque adaptadas al Ordenamiento Europeo, de tal manera que se introduce en la «Directiva Marco» un nuevo artículo 3 bis en el que se estipula que las ARN «actuarán con independencia y no solicitarán ni aceptarán instrucciones de ningún otro organismo en relación con la ejecución de las tareas que les asigne la legislación nacional por la que se aplique el Derecho Comunitario [...] esto no impedirá la supervisión de conformidad con el Derecho constitucional nacional»<sup>38</sup>; también se limitan las causas de cese de los miembros de dichos ARN y se determina la necesidad de que tengan presupuestos separados.

---

<sup>38</sup> Artículo 1.3).b) de la *Directiva 2009/140/CE de 18.2.2009*



31. Esta modificación –la última llevada a cabo por ahora en el Derecho Comunitario– supuso una actuación contraria a la norma habitual de la Unión Europea de no intervenir en la estructura orgánica de los Estados miembro, en tanto en cuanto «ha llegado a la conclusión de que la existencia de un ente regulador independiente es *conditio sine qua non* para el buen funcionamiento del sistema [imponiéndolo] como un sistema obligatorio de gobierno, pues sin él no es posible un mercado único liberalizado»<sup>39</sup>.

32. La evolución hasta aquí estudiada, como ya se expuso anteriormente, supone el paradigma del proceso liberalizador llevado a cabo en la Unión Europea, extrapolándose en mayor o menor medida al resto de sectores regulados. Así, en una primera fase, a la ya citada *Directiva 96/19/CE*, en el ámbito de las telecomunicaciones, le siguió ese mismo año en el sector energético la *Directiva 96/92/CE, sobre normas comunes del mercado de electricidad*, transpuesta por la *Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico* y la *Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos*, que creó la CNE, como un organismo con personalidad jurídica y patrimonio propios, aunque fuertemente dependiente del Gobierno; dos años después se publicó la *Directiva 97/67/CE, relativa a las normas comunes para el desarrollo del mercado interior de los servicios postales de la Comunidad*, plasmada en España a través de la *Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de la Liberalización de los Servicios Postales*, que si bien no creó ningún organismo regulador supuso la apertura de este sector, en línea con la política liberalizadora llevada a cabo por las telecomunicaciones; y cinco años después, las tardías *Directivas 2001/14/CE, relativa a la adjudicación de la capacidad de infraestructura ferroviaria, aplicación de cánones por su utilización y certificación de la seguridad* y *2001/16/CE, relativa a la interoperabilidad del sistema ferroviario convencional*, fueron transpuestas por la *Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario*, cuyo artículo 82 creó el Comité de Regulación Ferroviaria (CRF), pero como un «órgano colegiado integrado en el Ministerio de Fomento», por lo que «la Comisión [...] expuso dudas sobre su compatibilidad con las Directivas [...] e inició un procedimiento que acabó con la presentación de un recurso por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia fundado en cinco motivos: i) el administrador de infraestructuras no dispone de la independencia necesaria para el ejercicio de sus competencias [...] iii) falta de independencia del organismo regulador; iv) insuficiencia del regulador para supervisar la competencia en

---

<sup>39</sup> ARIÑO ORTIZ, G. DE LA CUÉTARA, J. *et al*, *Regulación Económica: Lecturas Escogidas*, 1.ª ed., Pamplona, 2012, p. 310

los mercados de servicios ferroviarios»<sup>40</sup>. Además, las pocas competencias atribuidas al CRF hizo que «más que un organismo activo para promover la competencia en el sector del transporte ferroviario, el Comité fue[ra] [...] [un] órgano de resolución de conflictos entre operadores y entre éstos y el administrador de la infraestructura ferroviaria».<sup>41</sup>

33. La segunda fase tiene su punto de partida en la «Directiva Marco» y las «Directivas Específicas», a las que acompañan las *Directivas 2003/54/CE* y *2003/55/CE*, relacionadas con el sector energético y, sobre todo la última de estas, establecieron un conjunto de competencias mínimas para las ANR, importándose a España mediante la *Ley 12/2007, de 2 de julio por la que se modifica la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, con el fin de adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/55/CE*. Tras ellas, en 2007, España creó, *motu proprio*, la Comisión Nacional del Sector Postal<sup>42</sup>, un «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» configurado como «un organismo público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar [...] independiente funcionalmente de la Administración General del Estado»<sup>43</sup>.

34. Finalmente, la última de las fases se inició realmente en 2007, aunque las Directivas más relevantes –las atinentes a la energía y las telecomunicaciones, conocidas como «Tercer Paquete»- se postergaron hasta 2009, debido al fuerte debate que surgió para su aprobación. Así, de manera excepcional, la primera de ellas fue la *Directiva 2007/65/CE, de servicios de comunicación audiovisual*, que se transpuso con la *Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual*, con la que se creó el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales (CEMA), aunque, como veremos posteriormente, nunca llegó a existir en la práctica.

35. En el sector de la energía, las *Directivas 2009/72/CE* y *2009/73/CE*, fueron un paso más allá en lo relativo a asegurar la independencia del organismo regulador, debido

---

<sup>40</sup> “Memoria de Actividades del Comité de Regulación Ferroviaria y Aeroportuaria (1 enero – 7 octubre 2013)” de 12 de mayo de 2014. Pag. 18

<sup>41</sup> “Memoria del Comité de Regulación Ferroviaria e informe sobre el mercado y el sector ferroviario en España 2011” de 12 de abril de 2012. Pag.7

<sup>42</sup> Ley 23/2007, de 8 de octubre, de creación de la Comisión Nacional del Sector Postal

<sup>43</sup> Artículo 1 de la Ley 23/2007.

principalmente a la experiencia obtenida durante esos años que «le indica claramente que unos reguladores fuertes resultan necesarios para asegurar el adecuado funcionamiento del mercado, especialmente en lo que se refiere al uso de infraestructuras de red, [hasta tal punto que] el tercer paquete [...] marca como uno de sus objetivos primordiales la introducción de medidas encaminadas a convertir las autoridades reguladoras en organismos más fuertes y más independientes»<sup>44</sup>. Para finalizar, a las dos normas anteriores le siguió la *Directiva 2009/140/CE*, relacionada, como ya hemos visto, con el sector de las telecomunicaciones.

36. Mención aparte merece lo sucedido en España con respecto a los Organismos Reguladores en 2011, fecha en la que, dicho sea de paso, aún no se habían transpuesto las Directivas de la última fase<sup>45</sup>. Hasta entonces, como se ha podido observar, el número de ARN en España era bastante reducido: en 1996 se creó la CMT, en 1998 la CNE, en 2003 el CRF y en 2007 la CNSP. Sin embargo, a partir de 2010, con la creación *de iure* del CEMA, comenzaron a proliferar, por voluntad tanto del Gobierno como del Legislador, los organismos reguladores.

37. Este proceso se inició con la *Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible* (LES), que, entre otras modificaciones que estudiaremos enseguida, introdujo un marco normativo común a todos ellos, y aplica por primera vez el término de “organismo regulador” a las ANR de este país: «A los efectos de lo previsto en este Capítulo, tienen la consideración de Organismo Regulador las actuales Comisión Nacional de Energía, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y Comisión Nacional del Sector Postal» (*artículo 8.1*).

38. Centrándonos en los cambios, la LES, tal y como describe en el apartado III de su Exposición de Motivos, «aborda la reforma de los organismos reguladores, introduciendo

---

<sup>44</sup> COSTA I CAMPI, M<sup>a</sup> T. “*La coordinación institucional de los órganos reguladores en el ámbito regional: creación de la agencia europea de cooperación (ACER) en el marco del tercer paquete de directivas comunitarias*”; en *Perspectivas de la Regulación Energética en Iberoamérica*, 1.<sup>a</sup> ed. Pamplona, 2010 pag. 14

<sup>45</sup> Si bien es cierto que la LSE introdujo algunos de los cambios que propiciaron las Directivas de 2009, en el *Informe sobre el Anteproyecto de creación de la CNMC*, elaborado por la CNE y aprobado a fecha de 15 de marzo de 2012, se comenta en la página 12 que «procede señalar que las Directivas [...] que componen el llamado “tercer paquete legislativo para la creación de un mercado interior europeo” se encuentran aún pendientes de transposición al Derecho Español. Y en el mismo sentido se pronuncia la CMT en idéntico informe (MTZ 2012/398), *mutatis mutandi*, al afirmar en la página 10 que «las Directivas según la revisión de 2009 no han sido transpuestas al Derecho Español».

por primera vez en nuestro ordenamiento un marco horizontal, común a todos ellos, que asume sus características de independencia, frente al Gobierno y frente al sector correspondiente, y su actuación de acuerdo con principios de eficiencia y transparencia», lo que supone un salto cualitativo en el aspecto normativo, por uniformar unos organismos que hasta ese momento, a pesar de tener la misma finalidad, eran bastante dispares entre sí: «mientras la CMT [y la CNSP] tiene la máxima independencia funcional (agotamiento de la vía administrativa, potestad sancionadora propia sin recurso administrativo alguno), la CNE se colocaba hasta la LES en la posición contraria (recurso de alzada para la mayoría de sus decisiones, ausencia de potestad sancionadora propia)»<sup>46</sup>; además, mientras que en la CMT y la CNSP las causas de cese de sus miembros eran tasadas<sup>47</sup> (incapacidad permanente, incumplimiento grave de las obligaciones<sup>48</sup>, condena por delito doloso o incompatibilidad sobrevenida), en la CNE además de las causas enumeradas se añadía el «cese por el gobierno, a propuesta motivada del Ministro de Industria y Energía»<sup>49</sup>, lo que otorgaba una notable discrecionalidad al Gobierno de turno para destituir a los miembros de la CNE.

39. Estas diferencias se suprimen con la LSE, que garantiza la «autonomía orgánica y funcional» en el artículo 8.3, lo que, en concordancia con el artículo 22<sup>50</sup>, supone que las decisiones de la CNE ya no serán susceptibles de recurso de alzada; y uniformiza en el artículo 12 la composición y las causas de cese de los organismos reguladores, acomodándolas a las previstas anteriormente para la CMT y la CNSP –que a todas luces garantizaban una mayor independencia-. A estas dos modificaciones se suman numerosos cambios tendentes a garantizar la autonomía de los organismos reguladores con respecto al poder político (mandatos de seis años con prohibición de reelección, lo que da estabilidad al puesto y los hace menos tendentes a complacer al Gobierno al no necesitar

---

<sup>46</sup> VÍRGALA FORURIA, E.; “*Los Organismos Reguladores en la Crisis Económica: su reformulación en la Ley de Economía Sostenible*”; en *Revista Española de Derecho Constitucional*, num. 94, enero-abril; 2012; pag. 74

<sup>47</sup> Artículo 4.7 de la *Ley 23/2007, de 8 de octubre, de creación de la CNSP*; y Artículo 48.8 de la *Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones*

<sup>48</sup> «hay que interpretar restrictivamente el término de “incumplimiento grave de los deberes de su cargo”, de manera que el Gobierno esté obligado a identificar el deber incumplido y la forma del mismo» VIRGALA FORURIA, E. “*Los Organismos Reguladores...*”; pág. 93

<sup>49</sup> Disposición Adicional Undécima.5.c) de la *Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos*.

<sup>50</sup> «*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*».

asegurarse su continuidad en el cargo; o la potestad para aprobar su Reglamento de organización y funcionamiento<sup>51</sup>, entre otras).

40. Finalmente, el que el CRF no se incluya en el rango de los organismos reguladores obedece a lo dispuesto en la Disp. Final 5ª de la LES, que habilita al Gobierno para, cuando lo crea adecuado atendiendo a determinadas circunstancias, crear un Organismo Regulador del Sector Transporte (ORST), «que integre las funciones atribuidas al Comité de Regulación Ferroviaria y la regulación del resto de modos de transporte». Por ello, se decidió realizar una reforma exclusiva del CRF a través de la Disp. Final 23ª.Tres, separándolo –aunque manteniéndolo adscrito, lógicamente- del Ministerio de Fomento, y otorgándole «independencia funcional plena, en el plano de la organización, de las decisiones financieras, de la estructura legal y de la toma de decisiones, de todo administrador de infraestructuras, organismo de tarificación, organismo adjudicador y candidato», así como el agotamiento de la vía administrativa<sup>52</sup>.

41. Aprovechando el nuevo marco jurídico introducido por la LES, en los meses siguientes se publicó la *Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego*, que creó un nuevo organismo regulador: la Comisión Nacional del Juego (CNJ), y modificó el artículo 8.1 de la LES, añadiendo a la consideración de organismo regulador establecido en dicha ley a la CNJ.

42. A esta nueva ANR se le sumó, a través del *Real Decreto-ley 11/2011, de 26 de agosto, por el que se crea la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria, se regula su composición y funciones, y se modifica el régimen jurídico del personal laboral de Aena*, la, tal y como señala el título del RD-L, Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria (CREA), en lo que supuso el séptimo organismo regulador del ordenamiento jurídico español –cuando, tan solo dos años antes, en 2009, la cifra era de “solo” tres (la CMT, la CNE y la CNSP)-.

---

<sup>51</sup> «El Consejo aprobará el Reglamento de funcionamiento interno de su Organismo, en el que se regulará la actuación de sus órganos, la organización del personal, el régimen de transparencia y de reserva de la información y, en particular, el funcionamiento del Consejo, incluyendo su régimen de convocatorias y sesiones, y el procedimiento interno para la elevación de asuntos para su consideración y su adopción. La aprobación del Reglamento requerirá el voto favorable de, al menos, cinco miembros del Consejo.» (Artículo 12.9 LSE)

<sup>52</sup> «En el ejercicio de sus funciones el Comité de Regulación Ferroviaria dictará resoluciones que vincularán a todas las partes afectadas, tendrán eficacia ejecutiva y pondrán fin a la vía administrativa» (Disposición Final 23ª.Tres.4.)

43. Resulta interesante resaltar que la CNJ, la CREA y el CEMA solo existieron en el plano jurídico y no llegaron nunca a constituirse, por lo que jamás llevaron a cabo las misiones que les fueron encomendadas. Aunque, sin ninguna duda, es un gran avance si lo comparamos con el ORST, cuyo único precepto legal no fue utilizado por el Gobierno para iniciar su creación.

44. Con esta última norma se cierra el proceso normativo, en lo que se refiere a los organismos reguladores, previo a la *Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*.

### **2.3 Evolución Normativa de la Autoridad Defensa de la Competencia**

45. El Ordenamiento Jurídico relacionado con la defensa de la competencia parte de la previsión constitucional del artículo 38 de la Constitución Española, que reconoce la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado, y la garantía y protección de la misma por los poderes públicos, lo que determina la necesidad de garantizar la competencia efectiva de las empresas, por ser uno de los elementos esenciales y que definen una economía de mercado.

46. Al precepto constitucional se suman los artículos 101 y 102 del TFUE (antiguos artículos 81 y 82, respectivamente, del Tratado Constitutivo de la Unión Europea), que prohíben los acuerdos anticompetitivos y los abusos de posición de dominio; así como el artículo 103 TFUE (antiguo artículo 83 TCUE), que habilita al Consejo para, «a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará los reglamentos o directivas apropiados para la aplicación de los principios enunciados en los artículos 101 y 102».

47. Con base en este contexto, en 1989 se produce la adaptación española a las directivas comunitarias en la materia a través de la *Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia*, cuyo objetivo específico, a tenor de su Exposición de Motivos, era «garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público», para lo que creó *ad hoc* dos órganos administrativos: «El Tribunal de Defensa de la Competencia [TDC], con funciones de resolución y, en su caso,

de propuesta, y el Servicio de Defensa de la Competencia [SDC], al que se encarga la instrucción de los expedientes». Es decir, que estableció un sistema de separación entre el órgano instructor y el órgano resolutorio, lo que supuso una enorme garantía y un salto cualitativo si atendemos a la función eminentemente sancionadora que iban a tener estos órganos, «todo ello sin perjuicio del control judicial de sus actos».

48. Casi una década después, el inicio del proceso liberalizador en el ámbito europeo del año 1996 provocó la necesidad de potenciar la política de competencia ante las perspectivas futuras de nuevas atribuciones en esta materia dentro de los nuevos mercados que comenzaban a abrirse. Por ello, «en el año 1997 y desde instancias gubernamentales, se declara la intención de reforzar el papel del Tribunal de Defensa de la Competencia, dentro de un plan de liberalización económica»<sup>53</sup>.

49. Esta intención se concreta dos años después en la *Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia*, mediante la que se incrementaron los recursos y medios humanos a través del establecimiento de un presupuesto autónomo y una tasa por el análisis de las operaciones de concentración económica; se aumenta la colaboración con la Administración de Justicia; y se reduce la posibilidad de presentar recurso por cuestiones incidentales, a fin de agilizar los procesos.

50. Posteriormente, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1999 estimó en parte el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por algunas Comunidades Autónomas y reconoció la competencia de estas en el ámbito ejecutivo, siempre que no perjudiquen a la unidad de mercado ni la planificación económica, por ser competencias de carácter estatal.

51. Como consecuencia de esta Sentencia, se promulgó la *Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia*, que creó dos órganos administrativos: la Junta Consultiva, con la función de emitir un informe no vinculante que trate de solucionar los conflictos de competencia; y el Consejo de Defensa de la Competencia, encargado de coordinar la correcta aplicación de la Ley.

---

<sup>53</sup> ALONSO NUEZ, M<sup>a</sup> J. y ROSELL MARTÍNEZ, J; *Política de Defensa en España de la Competencia en España. Evolución Reciente y Perspectivas*; en *Revista de Economía Industrial* n<sup>o</sup> 369, 3<sup>o</sup> trimestre; 2008; Pag. 196

52. Entre este año y 2004 suceden en Europa importantes reformas materializadas en los Reglamentos *1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002*, y *139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004*, que motivan la necesidad de una nueva Ley que adapte a la normativa española las disposiciones comunitarias.

53. A raíz de esto, el Ministerio de Economía y Hacienda publica en 2005 el *Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia*, en el que, además de comentar la necesidad de responder al proceso transformador europeo, critica «la duplicación de trámites del procedimiento y longitud de plazos hasta la firmeza de las resoluciones, la insuficiente delimitación de competencias con los reguladores sectoriales y la inadecuada imbricación de los planos administrativo y judicial»<sup>54</sup>, y propone como solución «crear una nueva Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, autoridad independiente única que integraría como órganos autónomos, garantizando la separación entre instrucción y resolución, el Tribunal de Defensa de la Competencia y el Servicio de Defensa de la competencia actuales»<sup>55</sup>

54. Esta propuesta se materializó con la aprobación de la *Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia*, estructurada en cinco título de los que interesamos el tercero, por ser el dedicado a la Comisión Nacional de la Competencia, un organismo que vino a sustituir, tal y como se propuso, al Tribunal de Defensa de la Competencia y al Servicio de Defensa de la Competencia.

55. En términos generales, la integración de los antiguos órganos de instrucción y resolución en uno solo «suscitó ciertas dudas respecto al modo en que quedaría garantizada la independencia de las fases de instrucción y resolución de expedientes [pero] el texto final ha articulado ciertos mecanismos tendentes a dotar de mayor independencia a la Dirección de Investigación [el órgano integrado dentro de la CNC que vendría a cumplir las funciones del Servicio de Defensa de la Competencia] en el ejercicio de sus funciones»<sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup> Ministerio de Economía y Hacienda; “*Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia*”; 2005; pag. 8

<sup>55</sup> *Libro Blanco...*; pag. 9

<sup>56</sup> GUERRA FERNÁNDEZ A. y RODRÍGUEZ ENCINAS, A.; *La Nueva Ley de Defensa de la Competencia: Principales Novedades*; en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez / 18-2007*; 2007; pag. 44



56. Por lo demás, la CNC adquirió la condición de «entidad de Derecho Público con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, adscrita al Ministerio de Economía y Hacienda» que además actuaría en el desarrollo de sus actividades y para el cumplimiento de sus fines «con autonomía orgánica y funcional, plena independencia de las Administraciones Públicas, y sometimiento a esta Ley y al resto del ordenamiento jurídico»<sup>57</sup>. Y para reforzar dicha independencia se tomaron medidas similares a las llevadas a cabo en los organismos reguladores: extensión de los mandatos a seis años, para favorecer la estabilidad de los miembros del Consejo; determinación de supuestos tasados para producir el cese de alguno de sus miembros; medios económicos y personal propios; o el establecimiento de una fuente de ingresos autónoma a través de la tasa por análisis y estudio de las operaciones de concentración.

57. Junto a todos estos cambios orgánicos y funcionales se produjeron numerosas modificaciones que permitieron al nuevo sistema «contar con herramientas modernas y adecuadas para el mantenimiento de una sana y efectiva competencia»<sup>58</sup>, que no procede comentar aquí por razones obvias de extensión y temática.

58. La evolución normativa en defensa de la competencia tiene su punto y final, por ahora, en la *Ley 3/2013, de 4 de junio, de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*.

### **3. EXPOSICIÓN Y ANÁLISIS DE LA ESTRUCTURA ORGANIZATIVA DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA**

59. Expuesta de una manera un tanto apresurada, pero necesaria para entender el cambio estructural que supone la Ley 3/2013, la diferencia conceptual entre la regulación y la defensa de la competencia, es necesario comentar la estructura y organización establecida por la Ley.

60. La CNMC se configura como un organismo con personalidad jurídica propia y autonomía orgánica y funcional, adscrito al Ministerio de Economía y Competitividad,

---

<sup>57</sup> Artículo 19.1 de la *Ley 15/2007, de 3 julio, de Defensa de la Competencia*

<sup>58</sup> GUERRA FERNÁNDEZ A... Op. Cit.; pag. 56

pero con plena independencia del Gobierno, las Administraciones Públicas, los agentes del mercado y cualquier interés comercial o empresarial; sin perjuicio de su colaboración con otros órganos y de las facultades de dirección política del Gobierno. Los miembros y el personal de la CNMC, asimismo, no pueden solicitar ni aceptar instrucciones de ninguna entidad pública o privada.<sup>59</sup>

61. Las funciones de la CNMC se extienden a todo el territorio español, y vienen a sustituir a las realizadas hasta entonces por la CDC -coordinándose con los órganos competentes de la Comunidad Autónoma correspondiente, y cooperando con la Administración- y por los organismos reguladores, a salvo de algunas competencias que han sido traspasadas a determinados ministerios. Aspecto que comentaremos en el epígrafe relacionado con la autonomía y competencia.

62. Con respecto a esta fusión, es necesario matizar que, desde el punto de vista del encaje en el Derecho Comunitario, en principio, la conjugación de la competencia con la regulación no presenta, *per se*, ningún problema, con base en el principio de autonomía orgánica de cada Estado Miembro, siempre y cuando, eso sí, se cumplan las garantías de independencia que nombramos en el apartado anterior, y que suponen la única excepción a este principio de autonomía. Con respecto a esta posible incompatibilidad, el 30 de junio de 2016 el Abogado General el Sr. Yves Bot, presentó las conclusiones del *Asunto C-424/15, Ormaetxea y Lorenzo Almendros v. Administración del Estado*<sup>60</sup> –del cual hablaremos en profundidad más adelante-, en donde afirmó que «en principio, nada se opone a que la normativa de un Estado miembro disponga que una ANR se fusione con otros organismos de regulación y a que esa unión forme una única entidad, como prevé la normativa española. No obstante, el juez nacional debe comprobar que las funciones encomendadas por la Directiva marco a la ANR se ejerzan cumpliendo los requisitos y las garantías establecidas por esta Directiva»<sup>61</sup>. Es necesario matizar que, como se desprende del resto del texto –o al menos de la traducción- el Abogado General incluye a la Autoridad de Competencia dentro de los organismos de regulación<sup>62</sup>, lo que no es, como ya sabemos, correcto, pero es el uso que él le ha dado a la expresión.

---

<sup>59</sup> Artículos 2, 3 y 4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de Creación de la Comisión Nacional del Mercado y la Competencia –en adelante LCNMC)

<sup>60</sup> *Conclusiones AG 30-06-2016, Ormaetxea Garai y Lorenzo Almendros, Asunto C-424/15 (EU:C:2016:503)*

<sup>61</sup> Apartado 34 de las conclusiones del Abogado General Sr. Yves Bot.

<sup>62</sup> «el Tribunal remitente se pregunta, en esencia, si la Directiva marco debe interpretarse en el sentido de que la fusión de una ANR, en el marco de una reforma institucional, con otras autoridades reguladores, como las de competencia, del sector postal...» (Apartado 26); o «no se opone a la fusión de una autoridad nacional

63. Por lo demás, su estructura orgánica se organiza en torno a dos órganos de gobierno: el Consejo y el Presidente. El primero, en concreto, es el órgano colegiado de decisión en relación con las funciones resolutorias, consultivas, de promoción de la competencia y de arbitraje y resolución de conflictos atribuidas a la CNMC; está integrado por diez miembros, incluido el presidente, y puede actuar en Pleno o en Sala. Además, el Consejo cuenta con un Secretario, con voz pero sin voto, que deberá ser licenciado en Derecho y funcionario de carrera, y que asesorará legalmente al Consejo en Derecho e informará de la legalidad de los asuntos sometidos a su consideración, entre otras funciones.

64. El Pleno lo conforman todos los miembros del Consejo, bajo la presidencia del Presidente de la CNMC, que, además, tiene voto de calidad. Dentro del mismo se reconoce la existencia de dos Salas: una dedicada a temas de competencia y otra a supervisión sectorial, compuesta cada una de ellas por cinco miembros.

65. La Sala de Competencia la preside el Presidente de la CNMC y la Sala de Supervisión Regulatoria por el Vicepresidente. Corresponde al Pleno determinar la asignación de los miembros del Consejo a cada Sala y las rotaciones correspondientes, conforme a los criterios de periodicidad y selección que determine el Pleno.

66. Los miembros del Consejo han heredado los caracteres establecidos por la LSE para los miembros de los diferentes organismos reguladores, con la intención de asegurar la máxima independencia posible, aunque existen algunos flecos que, de nuevo, comentaremos más adelante. En líneas generales, los miembros serán nombrados por el Gobierno mediante Real-Decreto, pero se añade la posibilidad de que el Congreso de los Diputados, por mayoría absoluta, pueda vetar el nombramiento del candidato propuesto, lo que sin duda es un extra de legitimidad; asimismo se mantienen las causas de cese de los miembros, la duración del mandato de seis años, sin posibilidad de reelección, y la incompatibilidad con el ejercicio de otras funciones o la propiedad de acciones que puedan poner en peligro su imparcialidad.

---

de reglamentación, en el marco de una reforma institucional, con otras autoridades de regulación, como las de competencia...» (Apartado 56)

67. Finalmente, la Ley 3/2013 crea las denominadas genéricamente como “direcciones de instrucción”, que se encargan de la instrucción de los expedientes que tramita la CNMC, que luego serán resueltos por el Consejo –manteniendo la separación entre instrucción y resolución- y cuyo número asciende a cuatro: la Dirección de Competencia; la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual; la Dirección de Energía; y la Dirección de Transportes y Sector Postal.

68. En palabras de MONTERO PASCUAL<sup>63</sup>, «este régimen jurídico genera diversos y relevantes problemas. [...] La innecesaria complejidad procedimental [...] especialmente grave en procedimiento en los que se ejerce la actividad reguladora [pues] las garantías procedimentales necesarias en los procedimientos reguladores no requieren la separación entre instrucción y regulación, sino todo lo contrario [...] para garantizar que el órgano decisor ha tenido acceso directo a todos los elementos necesarios para la toma de decisiones, para así minimizar los daños derivados de decisiones adoptadas en breves plazos de tiempo y con muy amplia discrecionalidad».

69. La principal característica de las Direcciones es su independencia con respecto al Consejo, hasta el punto de que, durante el proceso legislativo, se propuso que los directores de instrucción fueran elegidos por el Gobierno<sup>64</sup>, en vez de por el Consejo, como finalmente se determinó<sup>65</sup>; lo que sin duda ha sido una victoria de la autonomía organizativa que debe regir en todo órgano independiente. Ello no impidió que el Gobierno se reservara la competencia para aprobar, mediante Real-Decreto, el Estatuto Orgánico que determine las funciones y la dirección interna de las Direcciones de instrucción.

#### **4. CONTROVERSIAS SURGIDAS A RAÍZ DE LA LEY 3/2013**

##### **4.1 Problemas de la concentración reguladora y defensa de la competencia**

70. En España, por norma, se optó por un modelo “centralizado” en el reparto de funciones, asignando de manera exclusiva el conocimiento de la Defensa de la

---

<sup>63</sup> Ídem; pag 105

<sup>64</sup> MONTERO PASCUAL; Op. Cit.; pag. 104

<sup>65</sup> Aunque, la verdad, el procedimiento para su nombramiento es bastante confuso, pues el artículo 25.3 remite, para en lo referente a su régimen de nombramiento al artículo 26.3, que excluye a su vez, expresamente, del procedimiento a los Directores de Instrucción.

competencia a un órgano especialmente dedicado a ello (el TDC y el SDC, sustituidos a partir de 2007 por la CNC, como ya vimos). Sin embargo, ello no impidió que, en asunción de sus funciones de promoción de la competencia, los organismos reguladores actuaran dentro del ámbito de la Defensa de la Competencia, produciendo un solapamiento de funciones, con el riesgo, además, de un resultado divergente. Los ejemplos más concretos de este solapamiento los identificamos en las actuaciones de la CNE<sup>66</sup> y, en especial, de la CMT.

71. El artículo 48.3.e) de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, definió, como una de las funciones de la CMT, la adopción de «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»; fundamento que sirvió a este organismo regulador para intervenir de manera *ex post*, declarando comportamientos anticompetitivos e imponiendo su cese, aunque sin poder aplicar la Ley de Defensa de la Competencia, debiendo limitarse a «medidas concretas, singulares y específicas [...] de manera individualizada»<sup>67</sup>. Esta posibilidad de actuar en el ámbito *ex post* produjo que, en ocasiones, se abrieran procesos paralelos de la CMT y de la Autoridad de Competencia, con resultados, en ocasiones, contradictorios, lo que no iba en beneficio de la seguridad jurídica.

72. Esta falta de estabilidad jurídica fue una de las causas que, a la hora de plantear la reforma de los organismos reguladores y la defensa de la competencia, se esgrimieron<sup>68</sup> para justificar la unificación en un solo organismo. Sin embargo, parece una solución un tanto radical para un problema que podría haberse solucionado *per se*, eliminando la habilitación legal que se le concedió a algunos de los organismos para actuar en el ámbito *ex post*, sustituyéndolo, por ejemplo, por un informe, vinculante o no, a la Autoridad de

---

<sup>66</sup> La función decimocuarta de la CNE -que consistía en la necesidad de que esta autorizara las adquisiciones de participaciones, bien de una sociedad regulada, o bien por una sociedad regulada-constituía uno de los mecanismos de control del sector que más polémica levantó. La *ratio* de esta función era la de «velar por la seguridad, continuidad y regularidad de aquellas actividades que se califican como “reguladas”, que se entiende son esenciales e insustituibles, porque sobre ellas descansa el buen funcionamiento del sistema eléctrico; se quiere evitar que la posible toma de participaciones en sectores ajenos generen riesgos ni efectos negativos [...] comprometiendo los recursos financieros necesarios» ARIÑO ORTIZ, G., DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J. M., y GUAYO CASTIELLA, Op. Cit.; 2012; pag. 324

<sup>67</sup> España. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 3ª). Sentencia núm. 7124/2008 de 17 de diciembre. FJ QUINTO.3º, sexto párrafo.

<sup>68</sup> PWC; Op. Cit.; 2012; pag. 32

Competencia, lo que aseguraría así el monopolio de esta para sancionar las prácticas anticompetitivas, y unificaría el criterio.

73. Esta idea no es, ni mucho menos, novedosa, pues se ha venido aplicando con base en el deber de colaboración, establecido en el artículo 17.2 de la Ley de Defensa de la Competencia -y luego refrendado por la Ley de Economía Sostenible-, entre la Autoridad de Competencia y los diversos organismos reguladores, e imponía el carácter determinante de los informes realizados por los organismos reguladores referentes a todos aquellos «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».

74. Por otro lado, el diferente ámbito de actuación entre los organismos reguladores y la Autoridad de competencia provocó supuestos en los que el regulador ha aplicado la regulación sectorial a unos hechos y la autoridad de competencia los ha analizado a la luz de las normas de la competencia. El ejemplo más meridiano de este conflicto ha sido el *Caso Wanadoo*.<sup>69</sup>

75. En 2007 la Comisión Europea (CE) impuso a telefónica una multa que superaba los 150 millones de euros –fue la multa más alta jamás impuesta por la CE a un operador de telecomunicaciones, seguida de lejos por la impuesta a Deutsche Telekom por importe de 12,7 millones de euros<sup>70</sup>- por abusar de su posición de dominio en los mercados de banda ancha y realizar un estrechamiento de precios<sup>71</sup> de 2001 a 2006, entre los mayoristas que se cobraban a los otros operadores y los que se cobraban a los minoristas, entendiéndose la comisión que la diferencia no era suficiente para que las demás empresas pudiesen competir con ella.

76. Lo más llamativo del caso es que se produjo en un sector «profusamente regulado como era mercado de banda ancha [en el que] la CMT analizó en diferentes ocasiones denuncias de pinzamientos de precios, concluyendo reiteradamente que dicho abuso no

---

<sup>69</sup> Sentencia del Tribunal General T-336/07 (Sala Octava) de 29 de marzo de 2012.

<sup>70</sup> Decisión de la Comisión de 21 de mayo de 2003 relativa, relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 82 [CE] (Asunto COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579-Deutsche Telekom AG).

<sup>71</sup> «cuando una empresa que dispone de posición dominante en el mercado de un producto intermedio y utiliza ella misma una parte de su producción para la fabricación de un producto elaborado, vendiendo en el mercado el excedente de dicho producto intermedio, fija el precio de venta a terceros del producto intermedio a un nivel tal que éstos no disponen de un margen de transformación suficiente para seguir siendo competitivos en el mercado del producto transformado» Sentencia de 30 de noviembre de 2000, *Industrie des Poudres Sphériques SA/Comisión*, T-5/97, Rec. p. II-3755, apartado n. 178

se estaba produciendo por parte de Telefónica»<sup>72</sup>, pronunciamientos que aprovechó la compañía para alegar la violación de los principios de subsidiariedad, proporcionalidad, seguridad jurídica, cooperación legal y buena administración, por entender que se había sujetado a las normas del organismo de regulación y que ello le eximía de poder ser sancionado por el Derecho de la Competencia.

77. Frente a este argumento, el Tribunal afirmó, literalmente en el apartado 293, que «las normas en materia de competencia previstas por el Tratado CE completan, mediante el ejercicio de un control ex post, el marco regulador adoptado por el legislador de la Unión con el fin de regular ex ante los mercados de las telecomunicaciones». A lo que se añade en el apartado 299 que: «habida cuenta de las consideraciones expuestas en el apartado 293 supra, Telefónica no podía ignorar que el respeto de la normativa española en materia de telecomunicaciones no la protegía frente a una intervención de la Comisión con arreglo al artículo 82 CE, dado que diversos instrumentos jurídicos del marco regulador de 2002 contemplan la posibilidad de procedimientos paralelos ante las ANR y las autoridades de competencia».

78. «La anterior conclusión se enmarca en la consideración de que, contrariamente a lo alegado por las demandantes, el hecho de que su política de precios hubiera sido previamente aprobada por la CMT no podía conducirles a confiar razonablemente en la exclusión de una posible infracción [...] Y ello por cuanto, precisamente, las disposiciones sectoriales contemplan la posibilidad de que conductas autónomas de las empresas puedan obstaculizar, restringir o falsear la competencia»<sup>73</sup>.

79. En conclusión, la jurisprudencia europea entiende que la existencia de una normativa reguladora no puede eximir, en ningún caso, del control ex post realizado por la Defensa de la Competencia. Este planteamiento suscita diversas cuestiones con respecto a la idoneidad de aunar regulación y competencia en un mismo órgano.

80. En un esquema previo a la reforma en el que las funciones de regulación y competencia las ejercían organismos diferentes, era posible apreciar una cierta inseguridad jurídica causada por la posibilidad, como es el supuesto de Telefónica, de que una empresa que siguiera todas las normas establecidas por el organismo regulador –que,

---

<sup>72</sup> MONTERO PASCUAL, ; Op. Cit.; pag 256

<sup>73</sup> CARLÓN RUÍZ M.; Op. Cit.; pag. 6

además, declaró en numerosas ocasiones que no existía ninguna actitud contraria a la competencia- sea posteriormente sancionada por la Autoridad de Competencia (en este caso la Comisión Europea, pero bien podría haber sido la Autoridad Nacional). Lo que nos lleva a pensar que, aunque la empresa tuviera el deber de respetar no solo las normas de regulación sino también las de competencia, podría agradecerse que, al estar ambas aunadas en un solo órgano, se tuviera la certeza de que la sujeción a la regulación garantiza el cumplimiento de la normativa en competencia.

81. Esta es una de las razones por las que se abogó por la unificación de todos los organismos sectoriales con el órgano de competencia, pues «con ello se consigue una mayor eficacia en la supervisión de la competencia en los mercados, al poder contar de forma inmediata con el conocimiento de los reguladores sectoriales, que ejercen un control continuo sobre sus respectivos sectores a través de instrumentos de procesamiento de datos más potentes»<sup>74</sup>.

82. Sin embargo, y sin perjuicio de una posible actuación de la Comisión Europea – que, por tardía, pudiera llegar a ser ineficiente-, la fusión de las funciones de regulación y competencia podría suponer también que nos encontráramos ante un panorama de difícil solución, pues resultaría cuanto menos paradójico que fuera posible que, el mismo órgano que dictó el marco regulatorio, que no ha sido incumplido, sancionara por realizar una actitud contraria a la competencia.

83. Asimismo, «las normas de defensa de la competencia actúan como red de seguridad para la regulación. Por un lado, pueden aplicarse en caso de que la regulación no logre alcanzar su objetivo. Por otro, pueden utilizarse para eliminar los excesos contrarios a la competencia de la regulación»<sup>75</sup>, por lo que, desde este punto de vista, la conjunción de regulación y competencia en un mismo órgano podría suponer un inconveniente más que un beneficio, debido sobre todo a que se podría restringir<sup>76</sup> la posibilidad de que la Autoridad Nacional de Competencia corrija las prácticas anticompetitivas en que las empresas sometidas a regulación pudieran incurrir,

---

<sup>74</sup> Exposición de Motivos de la Ley 3/2013

<sup>75</sup> PASCUAL MONTERO; Op. Cit; pag. 266

<sup>76</sup> De manera diferente piensa PASCUAL MONTERO (Op, Cit.; pag. 265), al entender que «las dos intervenciones responden a bases legales diferentes, por lo que [...] no existe *ne bis in ídem* y resultaría perfectamente posible, e incluso sería prueba de adecuado funcionamiento de la institución»



encomendándose en la práctica este control a la Comisión Europea, o, incluso, a los Juzgados de lo Mercantil.

84. Junto a este riesgo de que el cumplimiento de la Defensa de la Competencia pueda verse restringido por la fusión de la CDC con los organismos reguladores, existe otro, mucho más fundado, consistente en la posibilidad de la CNMC actúe con dejadez en el ejercicio de sus funciones de regulación en favor del control ex post, sin duda más problemático.

85. Con anterioridad a la reforma, criticaba ARIÑO ORTIZ<sup>77</sup> que «la proclamada independencia [de los organismos reguladores, a los que se refiere con el nombre de Comisiones] es una fuente de debilidad cuando la Comisión no desarrolla una política con fuerte apoyo popular. [...] Aislada de las fuentes de poder político, forzada a pactar con los sectores que debe regular [...] las Comisiones, en lugar de hacer lo que debían, han concentrado sus energías en los aspectos más hacederos del conjunto que tienen encomendados, adoptando un procedimiento de decisión y regulación caso por caso, absteniéndose de formular programas, políticas a largo plazo o directrices generales. [...] Con ello se han olvidado de que su principal cometido no es “hacer justicia”, sino “Gobierno”»

86. Si atendemos a esta reflexión, la conjunción de todos los organismos reguladores en un mismo órgano puede suponer un robustecimiento de su poder, al desprenderse de la dependencia a un sector concreto, lo que podría otorgarle una mayor «valentía» de cara a crear el marco regulador. Esta es, sin duda, una de las principales ventajas que tiene el modelo unificado de regulación y competencia, pues reduce de manera drástica el conocido como «riesgo de captura», que no es más que la posibilidad de que un organismo concreto se vea sometido a los deseos del sector que pretende regular, bien sea por el excesivo poder que una determinada empresa posee en el mismo, bien por lograrse el favor de los miembros del organismo.

87. Sin embargo, esta conjunción obliga a correr el peligro de que se pierda la «cultura regulatoria» de cada sector. O, en palabras de ARIÑO ORTIZ<sup>78</sup>, «en el supuesto de la

---

<sup>77</sup> ARIÑO ORTIZ, G., DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J. M., y GUAYO CASTIELLA, I; Op. Cit.; pag. 117

<sup>78</sup> ARIÑO ORTIZ, G., DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J. M.; Op. Cit; 2012; pag 27

fusión de los reguladores sectoriales y de la competencia, una de las distintas culturas fusionadas emergerá como la dominante. [Y] difícilmente lo será de uno de los sectores integrados, que resultará extraña para los demás. Por lógica, la cultura dominante será la de defensa de la competencia, única que puede actuar como factor común a todas las integradas. Siendo esto así [...] los gestores de la regulación de las empresas del sector se aprestarán a actuar conforme a la nueva cultura dominante, comenzarán a pensar en términos de casuística y precedente», lo que, en resumen, significará una dejación de las funciones de regulación en favor del control *ex post*.

88. Además, a tenor de esta posible dejación de funciones, es útil recordar la configuración de la CNMC en dos salas (la de Competencia y la de Regulación), y que el Presidente de la Sala de Competencia es el Presidente de la CNMC, que tiene voto de calidad en caso de empate en el Consejo –donde se resuelven los conflictos de competencia entre las Salas-, por lo que se puede entender cierta preferencia por la Competencia en perjuicio de la Regulación.

89. Asimismo, que el Pleno –y, por lógica, las Salas- esté compuesto por diez miembros nos lleva, en primer lugar, a suponer que cinco de ellos serán elegidos con base en su experiencia en competencia, y los cinco restantes por su capacidad y experiencia en sectores regulados –lo que nos da a menos de 2 por cada sector, si aceptamos la clasificación hecha en las Direcciones-. Ello implica, por un lado, la imposibilidad de una verdadera especialización de los miembros con respecto a los sectores a regular, a lo que se añade el riesgo de que el órgano colegiado se deje llevar en cada uno de los ámbitos por la persona con experiencia en el respectivo; y, por otro lado, la determinación de rotaciones entre las dos salas desvirtúa la utilidad que puede tener el reparto de cinco miembros para competencia y cinco para regulación, además de reducir aún más la capacidad regulatoria de la CNMC, en favor de la Defensa de Competencia que, por ser un control a posteriori, en un principio tiene una menor dificultad.

90. Adicionalmente, si tenemos en cuenta que «el adelanto de la línea de intervención pública que supone la regulación sectorial ha venido haciendo innecesaria la aplicación de la normativa de defensa de la competencia en los sectores regulados [y] la intervención del regulador sectorial [...] suele resolver los problemas de competencia de forma más rápida y efectiva que los largos procedimientos de aplicación de las normas de competencia», esta nueva configuración puede producir no solo un aumento de las

intervenciones de competencia, lo que sin duda no es una buena noticia, pues supone que el daño ya se ha producido y, aunque se multe a la empresa, al final no solo los perjudicados son los clientes que se han visto privados de los beneficios en reducción de costes que tiene el entorno competitivo, sino, además, un descontento en los operadores del mercado, que verán como un problema que previamente se resolvía de manera rápida y sencilla, ahora está, como ya comentamos, sometida a un procedimiento mucho más lento y complejo.

91. En consecuencia, y como adelanto a las conclusiones finales, la opción elegida por el legislador para resolver los diversos problemas que han surgido en torno a las funciones de regulación y competencia no parece haber sido la más adecuada pues, si bien la opción de unificar ambas misiones en un solo órgano tiene algunas ventajas<sup>79</sup>, la manera en que en España se ha llevado nos indica que no solo no se han aprovechado, sino que se han diluido. Así, si bien es cierto que se reduce el riesgo de captura, no podemos decir lo mismo en lo referente a las sinergias producidas por la fusión, pues ya hemos visto que, lejos de un intercambio de experiencias que redunde en una mejor actuación, lo que se produce es una pérdida del conocimiento específico de cada sector.

92. De la misma manera, aunque es posible que la resolución de los conflictos entre regulación y competencia por el Pleno suponga una mejor aplicación, más coherente y uniforme, de la normativa ex ante y ex post, si entendemos que la regulación no exime de la aplicación de la competencia –como afirma la jurisprudencia comunitaria- en la práctica se coloca a los operadores en la misma situación de inseguridad que antes de la Reforma, sin olvidarse de la posible actuación de la Comisión.

93. La única ventaja, quizás, es la de facilitar el proceso de cambio desde una normativa ex ante a una ex post, siempre que entendamos que la regulación tiene un verdadero carácter transitorio, y no vocación de permanencia, como ya comentamos<sup>80</sup>. Solo el tiempo nos dará la respuesta.

94. Por todo ello, hay que plantearse si de verdad era necesario actuar de manera tan radical para solucionar la proliferación de organismos reguladores en el ordenamiento

---

<sup>79</sup> “Reducción del riesgo de captura, sinergias de servicios técnicos, legales, económicos y administrativos, aplicación coherente y uniforme de la normativa ex ante y ex post en casos de solapamiento, y reducción de incertidumbre regulatoria para los operadores” PWC; Op. Cit.; pag. 21

<sup>80</sup> Vid. Supra, pag. 21

jurídico. La justificación dada por la Exposición de Motivos de que «se detecta una clara tendencia a nivel internacional a fusionar autoridades relacionadas con un único sector o con sectores que presentan una estrecha relación [y] [...] en algunos casos, como el de los Países Bajos, se han integrado las autoridades reguladoras de ciertos sectores en la autoridad de competencia» no deja de adolecer de cierto cinismo, pues si bien es verdad que la tendencia es la de ir agrupando los organismos para crear reguladores multisectoriales, el único caso en el que estos se han fusionado con la Autoridad de Competencia es el de Países Bajos, donde, por cierto, al momento de publicación de la Ley 3/2013 todavía no se había producido dicha fusión<sup>81</sup>.

95. Hubiera sido mejor, pues, si se deseaba reducir costes y favorecer las sinergias entre los reguladores, crear un sistema multisectorial dividido, por ejemplo, de la misma manera que las Direcciones de Instrucción (Competencia; Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual; Energía; y Transportes y Sector Postal), que son la prueba más palpable de que, por mucha voluntad que se ponga en agruparlos, en la práctica la única manera de regular es mediante divisiones sectoriales. De este modo se hubieran subsanado la mayoría de los problemas argumentados por el Gobierno, sin recurrir a un modelo que, por nuevo, puede resultar peligroso.

#### **4.2 Incidencia particular sobre su autonomía e independencia**

96. La Ley 3/2013 recibió numerosas críticas antes incluso de ser aprobada. Siendo un mero anteproyecto, la Vicepresidente de la Comisión Europea, Neelie Kroes, y Comisaria responsable la Agenda Digital para Europa, mostró su preocupación<sup>82</sup> por la posible infracción de aspectos sustanciales del marco regulatorio europeo en el sector de las comunicaciones, y «en concreto, la CE advertía del paradójico (pues la Directiva 2009/140/CE había reforzado dicha exigencia) debilitamiento de la independencia de la Autoridad Nacional de Reglamentación (ANR)»<sup>83</sup>, así como la transferencia de importantes competencias al poder ejecutivo y la no atribución de las competencias suficientes para que el nuevo órgano ejerciera una regulación efectiva e imparcial.

---

<sup>81</sup> RALLO LOMBARTE, A.; Op. Cit; pag. 207

<sup>82</sup> “*Bruselas da un ultimátum a España por la fusión de los reguladores*”; Diario El País; 25 de marzo de 2013; [http://economia.elpais.com/economia/2013/02/24/actualidad/1361736846\\_167142.html](http://economia.elpais.com/economia/2013/02/24/actualidad/1361736846_167142.html) (fecha de consulta: 03/07/2016)

<sup>83</sup> RALLO LOMBARTE, A.; Op. Cit.; pag. 195

97. A esta crítica se le sumaron, de manera temprana, las de la CNE, la CDC y la CMT. En concreto, la CMT hacía referencia a la potestad del Gobierno para estructurar a través del Reglamento Orgánico los elementos esenciales del nuevo organismo<sup>84</sup>, así como el reparto de competencias entre la nueva CNMC y el ministerio correspondiente, hasta el punto de que «la transferencia de competencias actualmente ejercidas por la CMT al Ministerio de Industria, Energía y Turismo supone, por un lado, la pérdida del conocimiento específico acumulado [...] [y] por otra parte, [...] supondría un obstáculo para el eficaz cumplimiento por la CNMC de los objetivos y funciones que la normativa en materia de comunicaciones electrónicas le atribuye en tanto que regulador ex ante»<sup>85</sup>.

98. En el mismo sentido se pronunció la CNE<sup>86</sup>, al apuntar que «podrían surgir en cuanto a la adecuación del Anteproyecto a las previsiones y exigencias contempladas en las referidas Directivas de Gas y Electricidad, al menos en lo que atañe a la independencia que se le debe exigir al organismo en su faceta como ANR de los sectores energéticos».

99. Por otro lado, y como se comentó antes, el Anteproyecto recogía la posibilidad de que los Directores de Instrucción fueran elegidos, mediante Real-Decreto, por el Gobierno, previsión que provocó numerosas críticas dirigidas a la falta de independencia de la CNMC.

100. Todas estas críticas, y especialmente las provenientes de Europa, obligaron al Legislativo a rectificar y modificar el Anteproyecto, reasignando la mayor parte de las competencias, cedidas a los Ministerios, a la CNMC, ampliando su libertad de auto-organización a través del Reglamento Interno y concediendo que los Directores de Instrucción fueran elegidos por la misma CNMC. Asimismo, la Ley 3/2013 recogió en su

---

<sup>84</sup> «El Anteproyecto, sin embargo, prevé que los rasgos esenciales que determinan la organización interna de la CNMC se fijen en el Estatuto Orgánico que apruebe el Gobierno. Desde esta perspectiva, la configuración propuesta por el Anteproyecto merma la independencia del organismo al privarle de una de las facultades asociadas a la misma: la capacidad de auto-organización» CMT; Op. Cit.; pag. 13.

Postura apoyada también de manera sutil por la CNE, en la página 18 del Informe citado *infra*, al decir que «esta Comisión considera que la organización interna del Organismo debe ser incluida entre las cuestiones que debe necesariamente regular el Reglamento de funcionamiento interno». Así como por la CDC (*IPN 70/12...*; pag. 10), que afirma que «si lo que se pretende es dar a la CNMC la oportunidad de ajustar su estructura dependiendo de las necesidades existentes en cada momento, quizás debiera acudir a un cauce todavía más flexible que una disposición del Gobierno y que fuese más acorde con la autonomía y, por lo tanto, capacidad de autoorganización, que debiera ser predicable de la CNMC».

<sup>85</sup> Ídem.

<sup>86</sup> “Informe sobre el Anteproyecto de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”; CNE; 1 de marzo de 2012; pag. 16

Exposición de Motivos una justificación *non petita* de la reasignación de competencias: «los Ministerios pasan a asumir todas aquellas competencias de índole administrativa que venían ejerciendo los organismos reguladores, para cuyo desempeño no se requiere una especial independencia, así como las tareas que resultaban de escasa utilidad para la consecución de los objetivos de la Comisión». «No obstante, no todas las funciones asumidas por los ministerios competentes son estrictamente administrativas: [...] corresponde al Ministerio de Energía, Industria y Turismo “decidir sobre cualquier cuestión o incidente que afecte al ejercicio de los títulos habilitantes de servicios de comunicación [...]” (disp. adic. 7ª, c) [...] cabe afirmar que la materia no es estrictamente administrativa y que en la mayoría de las ocasiones tendrá importante impacto en el funcionamiento del mercado»<sup>87</sup> y lo mismo podríamos decir de las funciones de conocer del Ministerio de Energía, Industria y Turismo de las operaciones consistentes en la toma de participaciones en empresas que lleven a cabo actividades reguladas (disp. Adic. 9ª); así como la atribución al Ministerio de Presidencia de la aprobación del catálogo de acontecimientos de interés general para la sociedad.

101. Pero centrándonos en el Derecho Positivo, las numerosas modificaciones llevadas a cabo en el Anteproyecto no han sido suficientes para satisfacer las necesidades de independencia del nuevo Organismos. Un ejemplo de este descontento se refleja en la opinión, expresada por NAVARRO RODRÍGUEZ<sup>88</sup>, de que «la reducción a un solo Organismo Regulador no persigue una reducción de costes o una mayor independencia de la CNMC, sino que el Gobierno unifica los reguladores para controlar mejor sus decisiones».

102 Ello se puede reflejar en aspectos de la más variada índole. Así, por ejemplo, con anterioridad a la Ley 3/2013, los organismos reguladores se financiaban principalmente mediante tasas abonadas por los operadores, teniendo superávit la mayoría de ellos<sup>89</sup>, salvo la CNSP y la CNC que, sin embargo, ingresaba por la vía de

---

<sup>87</sup> MENDOZA LOSANA, A. I.; “*La Nueva macro-Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*”; en Análisis Gómez-Acebo y Pombo; Junio 2013; pag. 3

<sup>88</sup> Op. Cit;

<sup>89</sup> Según el informe de PWC (página 8 y ss), en el año 2010 «la CMT registró unos gastos de 19,4 millones de euros. Por su parte los ingresos ascendieron a 40,0 millones, de los cuales 32,8 millones se percibieron como ingresos tributarios y 5,0 millones fueron transferencias y subvenciones [...] la CNE registró unos gastos de 27,5 millones de euros [...] Por lo que respecta a los ingresos [...] percibió en 2010 algo más de 35 millones, la práctica totalidad en conceptos de ingresos tributarios». Por otro lado, la CNSP era asignado por el Ministerio de Fomento con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, que «en 2011 ascendió a

multas a las arcas del Estado una cifra bastante superior a su coste anual. Lo que no impidió que uno de los principales argumentos del legislador para llevar a cabo la fusión fuera «el entorno de austeridad en que se encuentra la Administración Pública», lo que es una justificación bastante curiosa para unos organismos que, como se apunta a pie de página, distaban de ser deficitarios.

103 Y es que la autonomía financiera es uno de los elementos claves sobre los que pivota la independencia del regulador, como así lo demuestra la enorme insistencia que las Directivas han tenido en este aspecto, pues evita posibles presiones por parte del poder político, que podría amenazar, por ejemplo, con recortes en el presupuesto de los organismos si no se siguen las indicaciones sugeridas.

104 A pesar de esta configuración de los organismos reguladores a nivel europeo, la nueva Ley 3/2013 ha establecido en su artículo 33, y en relación a este el Anexo de la misma, que la recaudación de la mayor parte de las tasas, antes competencia de los respectivos organismos, serán llevadas a cabo por el ministerio correspondiente – ingresándose posteriormente un porcentaje de la recaudación por vía de los Presupuestos Generales del Estado a la CNMC-, lo que sin duda es un paso atrás en lo que a la independencia del organismos se refiere. Si bien no ocurre con todas las tasas, en la práctica «la CNMC dependerá financieramente de los ingresos que se decida transferir de los Presupuestos Generales del Estado»<sup>90</sup>.

105 Curiosamente, la CNC opina en sentido contrario al expresar que «las tasas gravan a empresas sometidas a supervisión y cuyas conductas podrían ser eventualmente enjuicadas en un procedimiento sancionador, lo cual podría afectar de forma poco deseable a la independencia requerida para un adecuado ejercicio de las competencias en materia de competencia (*sic*) [...] es especialmente importante que el resultado final no sea el de un organismo cuya financiación provenga ni directa ni mayoritariamente de la liquidación de las tasas que se asignen»<sup>91</sup>. La *ratio* de esta postura podría obedecer a su condición de Autoridad de Competencia, y de la relación que de esta condición se desprende para con los operadores del mercado. Así, mientras los organismos reguladores

---

3,1 millones de euros», y la CNC se financiaba a través de tasas en un 3% y por transferencias y subvenciones el 97% del presupuesto, registrando «unos gastos de 12,3 millones de euros».

<sup>90</sup> MONTERO PASCUAL J. J.; Op. Cit.; pag. 108

<sup>91</sup> CNC; Op. Cit; pag. 14

se relacionaban con los operadores en un ámbito de estrecha colaboración (pues repercutía en beneficio de ambas partes que, además de un entorno competitivo, se creara un ambiente adecuado para la obtención de beneficios económicos y la inversión en innovación<sup>92</sup>), la Autoridad de Competencia se encargaba de enjuiciar los comportamientos de las empresas, lo que la situaba en una posición mucho más alejada de los operadores y con un ambiente que, posiblemente, distaba de ser cordial, y por tanto en un clima de desconfianza mutua.

106 Por otro lado, también existen conflictos con la potestad de auto-organización que debe tener todo organismo independiente, pues, al hilo de lo ya comentado anteriormente, la Ley remite al Estatuto Orgánico, que es aprobado por parte del Gobierno mediante Real-Decreto<sup>93</sup>, y que determina gran parte de los elementos esenciales de la organización interna de la misma y, en concreto, «a) *la estructura orgánica de la CNMC*; b) *la distribución de competencias entre los distintos órganos*; c) *el régimen de su personal*». A esta limitación organizativa se añade que el Presidente y el Vicepresidente son elegidos por el Gobierno, y no por el Consejo<sup>94</sup>; que se requiera informe previo y favorable para la determinación de las condiciones retributivas del personal; y que el cese sea aceptado por el Gobierno, y no por el Consejo.

107 Con respecto a la elección de los miembros del Consejo por el Gobierno, y, en especial, el Presidente y el Vicepresidente, es necesario comentar que se agradece enormemente la posibilidad de veto por el Congreso de los Diputados, por mayoría absoluta de sus miembros, recogida en el artículo 15, por representar un plus de legitimidad para una administración independiente<sup>95</sup>; pero se echa en falta que los miembros del Consejo puedan nombrar, de entre ellos, a su Presidente y Vicepresidente. La ausencia de esta potestad se debe, sin duda, al voto de calidad del Presidente en caso de empate, que, contra lo que viene siendo normal, es posible en la CNMC por su peculiar organización, al ser un número de miembros par –la composición normal es de un número

---

<sup>92</sup> En referencia a esto parece imperativo citar a ARIÑO ORTIZ, G., en su obra “*Lecciones de Administración (y políticas públicas)*”, donde afirma que «toda regulación es un contrato, no es un acto de poder unilateral» (pag. 852).

<sup>93</sup> Disposición Adicional Décima: “*En el plazo máximo de dos meses desde la entrada en vigor de esta Ley, el Consejo de Ministros aprobará mediante real decreto, el Estatuto Orgánico*”

<sup>94</sup> Artículo 15

<sup>95</sup> Mucho se ha discutido sobre la constitucionalidad o no de las administraciones independientes en el Derecho Español, por lo que el respaldo expreso del legislativo, máxima expresión de la soberanía popular en el sistema actual, a través del control de sus miembros, supone un importante respaldo. Véase, para mayor abundamiento, VÍRGALA FORURIA, E.; Op. Cit.; pags 70 a 77.



impar, regla que se seguía en todos los organismos reguladores y en la Autoridad de Competencia antes de la fusión-.

108 Para finalizar, con respecto al cese de los miembros de la CNMC es necesario comentar que NAVARRO RODRÍGUEZ<sup>96</sup> critica que no se haya eliminado la «causa de cese de la separación de los Consejeros por el Gobierno», sin embargo, no parece tampoco un aspecto demasiado relevante ni del todo inadecuado, siempre y cuando se realice siguiendo un procedimiento que permita garantizar que, efectivamente, ha habido un «incumplimiento grave de los deberes de su cargo o el incumplimiento de las obligaciones». A este respecto hubiera sido preferible que se mantuviera la garantía existente en la CNC<sup>97</sup>, que permitía la separación acordada por el Gobierno, pero «a propuesta de tres quintas partes del Consejo de la Comisión Nacional de Competencia». Y lo mismo cabe predicar con respecto al resto de causas.

109 Mención aparte merece el cese anticipado de los miembros de los distintos organismos reguladores a causa de la fusión de todos ellos en la CNMC. En su momento se criticó que una de las razones subyacentes a la reforma era la de cesar a todos los miembros de los organismos que habían sido elegidos por el PSOE poco antes de finalizar la IX Legislatura<sup>98</sup>, cuyo mandato se extendería durante los cuatro años de gobierno del PP. Así, la Disposición Adicional 2ª de la Ley 3/2013 dispuso, en su apartado primero, que «La constitución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia implicará la extinción de la Comisión Nacional de la Competencia, la Comisión Nacional de Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la Comisión Nacional del Sector Postal, el Comité de Regulación Ferroviaria, la Comisión Nacional del Juego, la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria y el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales», y con dicha extinción el cese de los miembros que componían los respectivos organismos.

---

<sup>96</sup> Op. Cit; pag.26

<sup>97</sup> Artículo 30.1.f) de la Ley de Defensa de la Competencia

<sup>98</sup> «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» DE LA QUADRA-SALCEDO, T.; *“A la Confusión por la Fusión”*; Tribuna en el Diario El País publicada el día 22 de abril del año 2012; (Fecha de consulta: 05/07/16)  
[http://economia.elpais.com/economia/2012/04/19/actualidad/1334860051\\_273410.html](http://economia.elpais.com/economia/2012/04/19/actualidad/1334860051_273410.html)

110 Esta disposición supuso la finalización del mandato de dichos miembros por una causa no recogida en el artículo 16 de Ley de Economía Sostenible –precepto copiado, además, por la Ley 3/2013-, que, como ya sabemos, establecía un *numerus clausus* de razones, cuya *ratio* era, obviamente, la protección de la independencia de los organismos. Por ello, se planteó si este cese anticipado por una causa no recogida expresamente, aunque fuera un cambio normativo, era acorde al Derecho Comunitario y, en especial, por afectar a la CMT. a «la Directiva Marco», que en su artículo 3, apartado 3 *bis* recogía que «los miembros del órgano colegiado que desempeñen dicha función en el seno de la autoridad nacional de reglamentación a la que se refiere el párrafo primero o sus sustitutos solo puedan ser cesados en caso de que dejen de cumplir las condiciones requeridas para el ejercicio de sus funciones, que hayan sido establecidas de antemano en el Derecho nacional».

111 Pues bien, con base en este argumento, Bernardo Lorenzo Almendros, Presidente de la CMT hasta la disolución de este organismo, y Xabier Ormaetxea Garai, Consejero de la misma Comisión, presentaron recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo en 2013<sup>99</sup>, impugnando su cese. Esta causa ha derivado en una cuestión prejudicial ante la jurisdicción comunitaria<sup>100</sup>, planteada por el Supremo, en la que se ha cuestionado la legalidad de fusionar en un solo organismo las funciones de regulación y competencia (aspecto que ya comentamos *supra*<sup>101</sup>), así como la posibilidad de que el cese anticipado de los miembros de los organismos sea contrario al Derecho Comunitario.

112 La cuestión, a día de hoy<sup>102</sup>, no ha sido resuelta por el TJUE. Sin embargo, el día 30 de junio de 2016 el Abogado General Sr. Yves Bot, presentó sus conclusiones con respecto a este Asunto, trayendo a colación una sentencia de 8 de abril de 2014<sup>103</sup>, de este mismo Tribunal, en la que se declaró que «si cada Estado miembro tuviera la posibilidad de poner fin al mandato de una autoridad de control antes de que éste (*sic*) llegue al término inicialmente previsto sin respetar las normas y las garantías establecidas previamente en tal sentido por la legislación aplicable, la amenaza de tal terminación

---

<sup>99</sup> “El Expresidente de la CMT recurre al Supremo su cese tras crear la CNMC”; en Diario CincoDías; 3 de enero de 2014; [http://www.cincodias.com/cincodias/2014/01/02/empresas/1388688163\\_759920.html](http://www.cincodias.com/cincodias/2014/01/02/empresas/1388688163_759920.html)

<sup>100</sup> Asunto C-424/15: Petición de decisión prejudicial presentada por el Tribunal Supremo (España) el 31 de julio de 2015 — Xabier Ormaetxea Garai y Bernardo Lorenzo Almendros/Administración del Estado

<sup>101</sup> Vid. Epígrafe 3.2

<sup>102</sup> 05/07/16

<sup>103</sup> STJUE de 8 de abril de 2014, C-288/12, *Comisión Europea/Hungría*

anticipada que en tal caso planearía sobre esa autoridad durante todo su mandato podría generar una forma de obediencia de ésta (*sic*) al poder político incompatible con dicha exigencia de independencia. [...] Esta conclusión es también cierta en el caso de que la finalización del mandato antes de tiempo obedezca a una reestructuración o cambio de modelo, los cuales deben organizarse de modo que respeten las exigencias de independencia impuestas por la legislación aplicable»<sup>104</sup>

113 A falta, pues del pronunciamiento del TJUE sobre la aplicabilidad o no de dicho fundamento a este asunto, parece que el cese anticipado puede suponer una verdadera violación a las garantías de independencia para los organismos regulados establecidas en el Derecho Comunitario.

---

<sup>104</sup> Apartado 39 de las *Conclusiones AG 30-06-2016, Ormaetxea Garai y Lorenzo Almendros, Asunto C-424/15 (EU:C:2016:503)*

#### 4. CONCLUSIONES

1. Los cambios introducidos por la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, han supuesto una transformación del modelo de control de la regulación y la competencia existente en España hasta entonces, al unificar en un solo organismo ambas funciones.

2. La reforma realizada supone un ahorro financiero notable en tanto en cuanto la CNMC realizará las funciones que, hasta ahora, estaban llamados a ejercerlas siete organismos diferentes (la CMT, la CNE, el CRF, la CREA, el CEMA, la CNSP y la CDC), con la consiguiente reducción de costes que supone el mantenimiento de una estructura única, además de la notable disminución del número de consejeros.

3. De la misma manera, la fusión de las funciones de regulación con las de competencia en una misma autoridad otorga, en principio, una mayor seguridad jurídica a las empresas, al reducir el riesgo de que haya funciones solapadas o procedimientos paralelos con resultados divergentes.

4. Sin embargo, no debe olvidarse que la misión de defensa de la competencia no está asignada en exclusiva a la autoridad nacional, ya que está también legitimada para actuar la Comisión Europea, por lo que no se elimina del todo el riesgo de que haya un nuevo *Caso Wanadoo* (T-336/07). Sin olvidar que esta unificación de funciones no elimina *per se* la posibilidad de que la autoridad nacional de competencia actúe ante unos hechos que, desde el punto de vista de la regulación, no supone una práctica anticompetitiva; es decir, que la unificación administrativa en un solo organismo no supone la unificación también de las bases jurídicas que rigen las diferentes funciones, que siguen siendo distintas.

5. De la misma manera, esta conjunción de regulación y competencia, además de la disminución del número de miembros especializados en cada sector regulado, produce, necesariamente, la pérdida de la «cultura regulatoria» propia de cada área, así como una prevalencia de la «cultura de competencia», por ser el único denominador común de todos los ámbitos.

6. Con respecto a esto, es necesario recordar que, si bien es cierto que la regulación sectorial se ha construido con base en las normas de la competencia y haciendo uso de sus principales instrumentos de análisis, la regulación nació precisamente porque la Defensa de la Competencia era una herramienta insuficiente por sí sola para lograr los objetivos perseguidos por la Unión Europea en la creación de un mercado competitivo y liberalizado.

7. A consecuencia de ello, el resultado más probable de la fusión de las funciones de regulación y competencia, convirtiéndose esta última en hegemónica, será el abandono de control *ex ante* en favor de una actuación *ex post*, con el perjuicio que ello conllevará tanto a operadores como a clientes, que perderán, respectivamente, una vía rápida de solución de problemas, y la posibilidad de beneficiarse de un mercado más competitivo. Las sanciones que se puedan imponer a posteriori serán un duro castigo a la empresa, sí, pero no repararán el daño causado por una conducta anticompetitiva.

8. En conclusión, la decisión adoptada por el legislador ha traído ventajas desde el punto de vista administrativo u organizativo, pero puede acarrear un perjuicio difícil de solucionar tanto para los respectivos mercados como para la consecución de los objetivos europeos a largo plazo. Sin embargo, lo más criticable de esta reforma no es tanto el cambio de modelo en sí, que en principio parece acorde al derecho comunitario, sino que se haya adoptado una solución maximalista innecesaria en un ámbito que, con sus más y sus menos, funcionaba de manera satisfactoria, por encima incluso de los requerimientos europeos.

## **5. BIBLIOGRAFÍA**

### 5.1 Normativa Española

- Constitución Española de 1978
- Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.
- Real Decreto-Ley 6/1996, de 7 de junio, de Liberalización de las Telecomunicaciones.
- Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones
- Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico
- Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y la Liberalización de los Servicios Postales
- Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos
- Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.
- Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia.
- Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.
- Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario
- Ley 12/2007, de 2 de julio, pro la que se modifica la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, con el fin de adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/55/CE.
- Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.
- Ley 23/2007, de 9 de octubre, de creación de la Comisión Nacional del Sector Postal.
- Ley 7/2010, de 31 de marzo, general de la Comunicación Audiovisual.
- Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.
- Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego.
- Real Decreto-Ley 11/2011, de 26 de agosto, por el que se crea la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria, se regula su composición y funciones, y se modifica el régimen jurídico del personal laboral de AENA
- Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

### 5.2 Normativa Comunitaria

- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

- Directiva 90/388/CE
- Directiva 94/46/CE
- Directiva 95/51/CE
- Directiva 96/19/CE
- Directiva 96/92/CE
- Directiva 97/67/CE
- Directiva 2001/14/CE
- Directiva 2001/16/CE
- Directiva 2002/19/CE
- Directiva 2002/20/CE
- Directiva 2002/21/CE
- Directiva 2002/22/CE
- Directiva 2002/58/CE
- Reglamento 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002
- Directiva 2003/54/CE
- Directiva 2003/55/CE
- Reglamento 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2014
- Directiva 2007/65/CE
- Directiva 2009/72/CE
- Directiva 2009/73/CE
- Directiva 2009/140/CE

### 5.3. Jurisprudencia

- STJCE, Asunto 41/83 de 20 de marzo de 1985, República Italiana vs Comisión de las Comunidades Europeas
- STC 208/1999, de 11 de noviembre de 1999
- STGUE, T-5/97 (Sala Quinta) de 30 de noviembre de 2000
- STGUE, T-336/07 (Sala Octava) de 29 de marzo de 2012
- STS 7124/2008 (Sala Tercera) de 17 de diciembre

### 5.4 Manuales y Libros de Consulta

- ARIÑO ORTIZ, GASPAS; *“Lecciones de Administración (y otras políticas públicas);* 1º Edición, 2011.

- ARIÑO ORTIZ, GASPAR; *“Principios de Derecho Público Económico”*; Editorial Comares, 1999.
- ARIÑO ORTIZ, GASPAR; DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, JUAN MIGUEL; GUAYO CASTIELLA, IÑIGO DEL; *“Regulación Económica: Lecturas Escogidas”*; 1º Edición, 2012
- CARLÓN RUIZ, MATILDE (Director); *“La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”*; Thomson Reuters, 2014
- COSTA CAMPÍ, MARÍA TERESA; *“La coordinación institucional de los órganos reguladores en el ámbito regional; creación de la agencia europea de cooperación (ACER) en el marco del tercer paquete de directivas comunitarias”*; Perspectivas de la Regulación Energética en Iberoamérica, 1º Edición, 2012
- DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, TOMÁS (Director); *“Derecho de la Regulación Económica. IV. Telecomunicaciones”*; Iustel, 1º edición, 2009
- MONTERO PASCUAL, JUAN JOSÉ; *“La Comisión Nacional del Mercado y la Competencia”*; 1º Edición, 2013
- PAREJO ALFONSO, LUCIANO; *“Lecciones de Derecho Administrativo: Orden Económicos y Sectores de Referencia”*; Tirant Lo Blanch, 2015.
- PAUNER, CHULVI, CRISTINA; TOMÁS MALLÉN, BEATRIZ (Coords); *“Las Administraciones Independientes”*; Tirant Lo Blanch (Monografías), 2009.
- SANTAMARÍA PASTOR, JUAN ANTONIO (Director); *“Las técnicas de regulación para la competencia: una visión horizontal de los sectores regulados”*; Iustel, 2011.
- SENDÍN GARCÍA, MIGUEL ÁNGEL; *“Hacia un Servicio Público Europeo: EL Nuevo Derecho de los Servicios Públicos”*; 1º Edición, 2003.
- TERRÓN SANTOS, DANIEL; *“Las Autoridades Nacionales de Reglamentación: El caso de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones”*; Editorial Comares, 1º Edición, 2004.

#### 5.5 Revistas y Publicaciones

- ALONSO NUEZ, MARÍA JOSÉ; ROSELL MARTÍNEZ, JORGE; *“Política de Defensa de la Competencia en España. Evolución Reciente y Perspectivas”*; Revista de Economía Industrial nº 369, 3º trimestre, 2008.



- ARIÑO ORTIZ, GASPAR; DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, JUAN MIGUEL; *“Reguladores Sectoriales y Defensa de la Competencia: Una aportación al Debate de su Fusión”*; Working Paper nº 42 de Ariño y Villar, abogados; 2012
- CARLÓN RUIZ, MATILDE; *“Las Dos Caras de Jano: lo que el Derecho Europeo tiene que decir respecto de la convergencia entre Regulación y Competencia”*; Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional nº 20; 2013
- COMISIÓN EUROPEA; *“El Libro Verde sobre el Desarrollo del Mercado Común de los Servicios y Equipos de Telecomunicaciones”*; COM (187) 290 final.
- COMISIÓN EUROPEA; *“El Libro Verde sobre los Servicios de Interés General”*; COM (2003) 270 final.
- COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA; *“Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”*; IPN 70/12; 15 de marzo de 2012.
- COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO Y LA COMPETENCIA; *“Memoria de Actividades del Comité de Regulación Ferroviaria y Aeroportuaria (1 de enero – 7 octubre 2013)”*
- COMITÉ DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES; *“Informe Sobre el Anteproyecto de Creación de la CNMC”*; MTZ 2012/398
- COMITÉ DE REGULACIÓN FERROVIARIA; *“Memoria del Comité de Regulación Ferroviaria e informe sobre el mercado y el sector ferroviario en España 2011”*
- COMITÉ NACIONAL DE ENERGÍA; *“Informe sobre el Anteproyecto de Creación de la CNMC”*
- GUERRA FERNÁNDEZ, ANTONIO; ENCINAS RODRÍGUEZ, ANA; *“La Nueva Ley de Defensa de la Competencia: Principales Novedades”*; Actualidad Jurídica Uría Menéndez / 18-2007.
- MENDOZA LOSANA, ANA ISABEL; *“La Nueva Macro-Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”*; Análisis GómezAcebo y Pombo; Junio 2013
- MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA; *“Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia”*; 2005
- NAVARRO RODRÍGUEZ, PILAR; *“La Nueva Comisión Nacional del Mercado y la Competencia: Naturaleza, régimen jurídico e independencia”*; Revista General de Derecho Administrativo nº. 34 (Iustel – 2013).
- PWC (PRICEWATERHOUSECOOPERS); *“Modelo Organizativo de las autoridades nacionales de regulación y competencia en España. Telefónica España”*; 2012

- RALLO LOMBARTE, ARTEMI; “*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; 2014.
- VÍRGALA FORURIA, EDUARDO; “*Los Organismos Reguladores en la Crisis Económica: su reformulación en la Ley de Economía Sostenible*”; Revista Española de Derecho Constitucional, nº. 94, enero-abril, 2012.

#### 5.6 Páginas Web

- DE LA QUADRA-SALCEDO, TOMÁS; “*A la Confusión por la Fusión*”; Tribuna en el Diario El País publicada el día 22 de abril del año 2012; [http://economia.elpais.com/economia/2012/04/19/actualidad/1334860051\\_273410.html](http://economia.elpais.com/economia/2012/04/19/actualidad/1334860051_273410.html) (Fecha de consulta: 05/07/16)
- DIARIO EL PAÍS; “*Bruselas da un ultimátum a España por la fusión de los reguladores*”; 25 de marzo de 2013; [http://economia.elpais.com/economia/2013/02/24/actualidad/1361736846\\_167142.html](http://economia.elpais.com/economia/2013/02/24/actualidad/1361736846_167142.html) (fecha de consulta: 03/07/2016).