

## LA NUEVA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

### La nueva Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia

*La recientemente creada CNMC supone un hito en la supervisión de nuestros mercados. Responde a un modelo ya consolidado en nuestro Derecho, el de las llamadas Administraciones independientes, pero presenta la novedad fundamental de que reúne en un mismo organismo la supervisión de la libre competencia y de determinados sectores regulados (telecomunicaciones y audiovisual, electricidad y gas, mercado postal, y ferrocarriles y aeropuertos), con el fin de coordinar adecuadamente ambas funciones. En la presente colaboración, se analiza la creación, las principales características y las funciones y estructuras de la nueva Comisión.*

### The New Markets and Antitrust Commission

*The recently incorporated Markets and Antitrust Commission is a landmark in market supervision in Spain. It has been designed following the already well known model of the independent agencies, but, for the first time in Spain, there is an agency in charge of anti-trust control and the supervision of certain regulated markets (telecommunications and media, electricity and gas, postal market, and railways and airports), with the aim of guaranteeing the necessary coordination of both tasks. This short article refers to the incorporation of the Commission, its main features, and its functions and organization.*

### Creación y características fundamentales de la CNMC

La Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia («CNMC») constituye un verdadero hito en la supervisión de nuestros mercados. Creada por la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia («Ley 3/2013»), el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, aprobó su Estatuto Orgánico («Estatuto de la CNMC») y ha entrado efectivamente en funcionamiento el pasado 7 de octubre. La regulación de la Comisión se completa con su Reglamento de Funcionamiento Interno, aprobado por Acuerdo del Pleno del Consejo de 4 de octubre de 2013.

La CNMC supone, al mismo tiempo, la consolidación de un modelo y una importante novedad.

Es la consolidación del modelo de las Administraciones independientes para la supervisión de determinados sectores o actividades, en un intento de neutralizar políticamente esa actuación administrativa de garantía de las reglas del juego. Este modelo organizativo, cuyo primer exponente en nuestro Derecho fue el Consejo de Seguridad Nuclear y que se extendió posteriormente a un buen número de sectores claves de la economía, se caracteriza por la atribución de la supervisión de un sector, o de determinadas actividades, a una entidad que se configura legalmente de forma que el Gobierno y el resto de la Administración gubernativa carecen de las facultades de dirección que configuran típicamente su relación con la Administración institucional instrumental. Los organismos cuyas funciones ha asumido la nueva Comisión (la Comisión Nacional de la Competencia, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la Comisión Nacional de la Energía y la Comisión Nacional del Sector Postal)

respondían a este esquema organizativo y, en lo sustancial, lo mismo ocurre con la CNMC.

La novedad de la Comisión reside, pues, no en el tipo organizativo, sino en la concentración de competencias de supervisión sobre diferentes sectores y, más importante aún, en la conjunción en un mismo organismo de competencias sectoriales o verticales, en el ámbito de la energía, el transporte y las comunicaciones, y la horizontal de defensa de la competencia en todos los ámbitos de nuestro mercado. Esta es la gran novedad y el reto de la CNMC, que ha dado lugar también a su peculiar configuración organizativa final, con un Consejo que funcionará en Salas, una para la defensa de la competencia y otra para la supervisión de los referidos sectores, y un Pleno que deberá resolver las diferencias de criterio entre las salas y podrá avocar los asuntos que tengan una especial relevancia en el funcionamiento competitivo de los mercados. Este diseño organizativo debería poder evitar la descoordinación que en ocasiones ha existido en el pasado entre la autoridad de la competencia y los supervisores sectoriales (sufrida por los sujetos supervisados). Y esa coordinación habrá de buscarse con plena garantía de la calidad técnica y jurídica de la supervisión, así como de su ejercicio independiente (respecto del Gobierno y de los propios sujetos supervisados) por el supervisor.

### Funciones y organización de la CNMC

Como se ha avanzado, la CNMC ha asumido dos tipos de funciones fundamentales.

Por un lado, sucediendo a la Comisión Nacional de la Competencia, ha asumido la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Com-

potencia y de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, incluyendo también las funciones de promoción de la competencia incluidas en la referida Ley (cfr. apartados a-h) del artículo 5.1 de la Ley 3/2013).

Por otro, y con variada intensidad y alcance, ha asumido la función de supervisar el funcionamiento de los siguientes mercados o sectores: el de las comunicaciones electrónicas (artículo 6 de la Ley); el eléctrico y el del gas natural (artículo 7); el postal (artículo 8); el de la comunicación audiovisual (artículo 10); y muy parcialmente el aeroportuario (artículo 10) y el ferroviario (artículo 11). Las funciones que desarrolla la CNMC en estos sectores responden, en líneas generales, a la idea de supervisión administrativa. Esto es, una actividad encaminada a garantizar el cumplimiento de la ordenación de un sector por los sujetos que participan en él, mediante el empleo de potestades administrativas como la autorizatoria, la de inspección, la de corrección de conductas contrarias al ordenamiento y la sancionadora. Pero el alcance e intensidad de las funciones de la CNMC en cada uno de esos sectores es tremendamente dispar, y la mera enunciación de cada una de sus competencias sectoriales desbordaría los límites de este Foro.

Cabría hacer, como punto de partida, una distinción entre sectores en los que la supervisión de la CNMC tiene cierta vocación de generalidad, como sucede con las comunicaciones electrónicas, la electricidad y el gas natural, la actividad postal y la comunicación audiovisual, y otros en los que, tratándose de mercados aún en un estado incipiente de liberalización, como ocurre con el ferroviario y el aeroportuario, sus competencias son muy limitadas y concretas. En cualquier caso, incluso en el primer grupo, la CNMC comparte sus competencias de supervisión con los correspondientes Ministerios y, de hecho, la «devolución» a esos Ministerios, señaladamente en el caso del sector energético, de algunas de las competencias que antes desarrollaban los organismos a los que ha sucedido la CNMC ha sido uno de los aspectos más controvertidos de la configuración de este organismo.

Adicionalmente, la CNMC tiene atribuida una función arbitral en los diferentes sectores a los que extiende su actuación, que no es una función jurídico-pública, sino propiamente arbitral en aplicación de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, función arbitral que también tenían atribuida algunas de las predecesoras de la CNMC, que casa mal, a mi juicio, con su función esencial de supervisión y que, por esta razón, no tuvo una rele-

vante aplicación práctica ni probablemente la tendrá. Esta función no puede confundirse con la de resolución de conflictos entre sujetos supervisados a la que se refiere el artículo 12 de la Ley 3/2013 (como la resolución de conflictos de acceso en el ámbito de las telecomunicaciones), que sí es una potestad jurídico-pública propia de la supervisión administrativa.

Como corresponde a su configuración como una Administración independiente, la Comisión deberá ejercer estas funciones «con autonomía orgánica y funcional y plena independencia del Gobierno, de las Administraciones Públicas y de los agentes del mercado» (artículo 2.1 de la Ley 3/2013). Su ejercicio se atribuye, en lo fundamental, al Consejo de la CNMC, compuesto por 10 miembros, sin perjuicio de que su Presidente se configure también como un órgano de gobierno de la Comisión, si bien con funciones básicamente de representación, impulso, coordinación y gestión administrativa (cfr. artículos 13, 14 y 19 de la Ley 3/2013).

El régimen de nombramiento y cese de los miembros del Consejo ha de ser el que garantice, en la práctica, la independencia funcional que proclama para la Comisión el citado artículo 2.1 de la Ley. Este sistema responde al que se puede considerar ya propio del modelo de las Administraciones independientes en nuestro Derecho. Se ha criticado en ocasiones que este régimen está lejos de garantizar una auténtica independencia de los miembros de los órganos rectores de las llamadas Administraciones independientes respecto del Gobierno que los nombra, pero, en cualquier caso, esta crítica no cabe referirla únicamente a la nueva Comisión, sino que es consustancial al modo en que este modelo organizativo se ha implantado en nuestro Derecho y, quizás más aún, a la manera en que, en la práctica, los sucesivos Gobiernos han afrontado estos nombramientos.

El nombramiento de los miembros del Consejo se atribuye al Gobierno, pero dos elementos pretenden introducir cierta neutralidad en el ejercicio de esta facultad gubernativa. En primer lugar, la expresa previsión legal de que las personas designadas han de tener «reconocido prestigio y competencia profesional en el ámbito de actuación de la Comisión». En segundo lugar, y estrechamente relacionado con lo anterior, el examen previo de esos candidatos por la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados, que podría llegar a vetar su nombramiento mediante un acuerdo adoptado por mayoría absoluta (cfr. artículo 15.1 de la Ley 3/2013).

La independencia de los consejeros en el ejercicio de sus funciones se pretende garantizar también

mediante la configuración legal de mandatos largos de seis años (superiores a la legislatura) y no renovables, de modo que la expectativa de renovación no suponga un incentivo para que los miembros del Consejo se muestren menos celosos de su independencia ante el Gobierno (cfr. artículo 15.2 de la Ley 3/2013). Fundamental resulta la «rigidez» de esos mandatos, fundada en un elenco tasado de causas de cese, que debería excluir la discrecionalidad del Gobierno en su aplicación. Son, en este sentido, las únicas causa de cese de los miembros del Consejo: su renuncia; la expiración de su mandato; su incompatibilidad sobrevenida; la condena por delito doloso; su incapacidad permanente; y su separación por el Gobierno exclusivamente por incumplimiento grave de los deberes del cargo o de las obligaciones sobre incompatibilidades, conflictos de interés y deber de reserva (artículo 23 de la Ley 3/2013). Adicionalmente, la renovación de los miembros del Consejo se realizará parcialmente, cada dos años. Cesarán así, de modo transitorio, tres de los consejeros de la primera formación de la CNMC al final de un primer periodo de dos años, otros tres transcurrido un período de cuatro años y los cuatro restantes (incluidos el Presidente y Vicepresidente) al completar su mandato íntegro de seis años (cfr. disposiciones transitorias primera y segunda de la Ley 3/2013). Este sistema de renovación parcial constituye también una garantía organizativa de independencia, en la medida en que pretende evitar que el Gobierno en el poder utilice la renovación de los mandatos de los miembros del Consejo para obtener un indebido control del organismo.

Como se ha avanzado, una de las características peculiares de la nueva Comisión es el funcionamiento ordinario de su Consejo en dos Salas de cinco miembros. Una, la «Sala de Competencia», encabezada por el Presidente y dedicada a la aplicación de la normativa de defensa de la libre competencia. Otra, la denominada «Sala de Supervisión regulatoria», presidida por el Vicepresidente de la Comisión y dedicada al ejercicio de las que cabría denominar funciones de supervisión sectorial. El artículo 18.2 de la Ley 3/2013 atribuye al Consejo la designación de los consejeros que habrán de integrarse en cada Sala, decisión que dicho órgano adoptó mediante Resolución de 9 de octubre de 2013 (BOE del siguiente día 12). Y corresponde también al Consejo establecer el régimen de rotación de los consejeros entre las dos Salas, que deberá producirse necesariamente, salvo en el caso del Presidente y Vicepresidente (cfr. artículos 18.2 de la Ley 3/2013 y 13 del Estatuto de la CNMC).

La existencia de dos Salas no estaba prevista en el proyecto original de la Ley 3/2013, y su creación ha exigido la inclusión en la Ley de mecanismos destinados a asegurar la finalidad esencial de la creación de un organismo como la CNMC: la adecuada coordinación de las decisiones en materia de protección de la libre competencia y de supervisión sectorial. A estos efectos, la Ley 3/2013 contempla dos mecanismos fundamentales.

En primer lugar, la previsión de que el Pleno del Consejo podrá reclamar para sí (mediante mayoría de seis votos y a propuesta del Presidente o de tres consejeros) la decisión de aquellos asuntos que tengan una especial incidencia en el funcionamiento de los mercados o actividades sujetos a supervisión (artículo 21.1.c) de la Ley 3/2013). En segundo lugar, la competencia del Pleno para decidir aquellos asuntos en los que se ponga de manifiesto una divergencia de criterio entre las dos Salas (artículo 21.1.b) de la Ley 3/2013). El Estatuto de la CNMC ha desarrollado este último mecanismo de coordinación del criterio de las dos Salas y de resolución de las eventuales discrepancias por el Pleno. Así, el artículo 14.2 del Estatuto prevé los supuestos en los que una de las Salas informará en los procedimientos que la otra ha de resolver, cubriendo estos supuestos los diferentes casos en los que resulta preciso completar la perspectiva sectorial con la de defensa de la competencia, y viceversa. Por su parte, el artículo 12.2.b) del Estatuto refiere la existencia de la divergencia de criterio, que obliga a decidir al Pleno, precisamente a aquellos supuestos en los que así se ponga de manifiesto con ocasión de los informes preceptivos de la otra Sala previstos en el citado artículo 14.2.

No puede concluirse un repaso de la organización de la CNMC, por breve que sea, sin hacer referencia a las cuatro Direcciones de Instrucción del Organismo: la Dirección de Competencia, la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual, la Dirección de Energía y la Dirección de Transportes y Sector Postal. Estos cuatro Directores serán los responsables últimos de la instrucción y propuesta de los diferentes expedientes que haya de resolver el Consejo, además de asesorar al Consejo y a su Presidente desde el punto de vista técnico y sectorial (artículos 25 de la Ley 3/2013 y 18 del Estatuto).

Teniendo en cuenta el amplio ámbito de actuación del organismo y la configuración del Consejo y de sus Salas, parece razonable suponer que el papel de estos Directores será de gran importancia. Piénsese, por ejemplo, en que la Sala encargada de la supervisión sectorial estará formada por cinco miembros, cuatro de los cuales deberán en algún momento

rotar a la Sala de Competencia, y habrá de resolver asuntos en sectores dispares, como las telecomunicaciones, la energía o los medios audiovisuales. En estas condiciones, hay que pensar que la propuesta del correspondiente Director tendrá un peso especial en la práctica.

De hecho, el papel central de los Directores fue uno de los aspectos polémicos en la tramitación de la Ley 3/2013. El proyecto original preveía su nombramiento por el Gobierno, aspecto que fue objeto de crítica por la Comisión Europea. Por vía de enmiendas, se introdujo una remisión, para los Directores, al régimen general de nombramiento y cese del personal directivo de la Comisión. De este modo, aun-

que técnicamente el juego de los artículos 25.3 y 26.3 de la Ley no sea del todo correcto, los Directores de Instrucción serán también nombrados y cesados, como el resto del personal directivo, por el Pleno del Consejo, a propuesta de su Presidente, una solución más coherente con la autonomía organizativa del organismo.

Constituida y puesta en marcha la nueva Comisión, se enfrenta al importantísimo reto de garantizar una previsible, homogénea, razonable, justa y eficiente aplicación de las reglas que regulan la actividad económica.

**MARIANO MAGIDE\***

---

\* Abogado del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid).