

La nueva macro-Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

Ana Isabel Mendoza Losana

Profesora contratada doctora de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha

Departamento de Gestión del Conocimiento de Gómez-Acebo & Pombo

La Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia da al Gobierno un plazo máximo de cuatro meses para poner en funcionamiento el nuevo organismo que asume las funciones de la Comisión Nacional de la Competencia, de la Comisión Nacional de Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, el Comité de Regulación Ferroviaria, la Comisión Nacional del Sector Postal, la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria y el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales.

El 6 de junio ha entrado en vigor la Ley 3/2013, de 4 de junio, de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) que lleva a cabo una profunda reforma institucional creando una única entidad que asume las funciones generales de control de la competencia en el mercado, así como las funciones de control de la mayoría de los sectores estratégicos regulados.

1. Razones de la reforma

El legislador ha fundamentado la creación de un único organismo de control de mercados en varios argumentos:

- *Seguridad jurídica.* Se argumenta que, cuanto mayor sea la proliferación de organismos con facultades de supervisión sobre la misma actividad, más intenso será el riesgo de encontrar duplicidades innecesarias en el control de cada operador y decisiones contradictorias en la misma materia.
- *Austeridad (aprovechamiento de economías de escala).* En un entorno de crisis, se hace necesario aprovechar las economías de escala derivadas de la existencia de funciones, metodologías y procedimientos de actuación similares.

- *Evitar la captura del regulador.* Considera el legislador que el riesgo de captura del regulador, tanto por el sector privado como por el Gobierno, es menor en el caso de las autoridades multisectoriales.
- *Mayor eficiencia en el control de la competencia.* Según el legislador, por la experiencia en otros ordenamientos (p. ej., los Países Bajos), la unificación de las funciones sectoriales y las de competencia permite supervisar la competencia de modo más eficaz, pues es posible disponer de forma inmediata del conocimiento de los reguladores sectoriales, que ejercen un control continuo sobre sus respectivos sectores.

2. Funciones de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC)

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia se configura como un organismo público de los previstos en la disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. Agrupará las funciones relativas al correcto funcionamiento de los mercados y sectores hasta ahora supervisados por la Comisión Nacional de la Competencia, la

Comisión Nacional de Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, el Comité de Regulación Ferroviaria, la Comisión Nacional del Sector Postal, la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria y el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales. Quedan fuera del ámbito de actuación de esta macrocomisión el mercado de valores o las actividades reguladas por la ley del juego, que serán supervisadas por la Dirección General de Ordenación del Juego del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas que sustituye a la Comisión Nacional del Juego.

Como no podría ser de otra manera, la Comisión, dotada de personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, actuará con autonomía orgánica y funcional y con plena independencia del Gobierno, de las Administraciones Públicas y de cualquier interés empresarial y comercial.

El funcionamiento de la CNMC se regirá por lo dispuesto en su ley de creación; en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y en la legislación especial de los mercados y sectores sometidos a su supervisión y, supletoriamente, por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; por la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, de acuerdo con lo previsto en su disposición adicional décima; por la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, y por el resto del ordenamiento jurídico.

Sus funciones se estructuran en torno a dos ejes: competencia en general y sectores regulados.

- Funciones generales de salvaguarda de la competencia en cualquier mercado

Estas funciones son tanto de supervisión como de arbitraje y consultivas. Se atribuyen a la nueva Comisión todas las funciones de defensa de la competencia recogidas en la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia (p. ej., control y sanción de abusos de posición de dominio, control de concentraciones...).

- Funciones sectoriales o de supervisión regulatoria

La Comisión ejercerá sus funciones en aquellos sectores y mercados regulados donde la aplicación de la normativa de defensa de la competencia resulta insuficiente para garantizar la existencia de una competencia efectiva. Estos sectores son los siguientes: las comunicaciones electrónicas y la comunicación audiovisual, los mercados de la electricidad y de gas natural, el sector postal, las tarifas aeroportuarias y determinados aspectos del sector ferroviario. Estas funciones, tradicionalmente desempeñadas por los organismos reguladores sectoriales, abarcan las de supervisión y control —incluidas la potestad de dictar normas vinculantes para los operadores de cada mercado y la potestad sancionadora—, así como funciones de resolución vinculante de conflictos a petición de cualquiera de los agentes interesados (*cf.* art. 12). La resolución para resolver el litigio se emitirá «lo antes posible y, en todo caso, en un plazo de tres meses desde la recepción de toda la información». Será vinculante para las partes sin perjuicio de los correspondientes recursos.

- Recuperación de funciones por los ministerios competentes

La nueva CNMC está adscrita al Ministerio de Economía y Competitividad, sin perjuicio de su relación con los ministerios competentes por razón de la materia en el ejercicio de sus funciones sectoriales. Se efectúa una reordenación de funciones entre la CNMC y los departamentos ministeriales correspondientes (disps. adics. 6.^a a 11.^a). En general, los ministerios asumen todas aquellas tareas de índole administrativa que venían ejerciendo los organismos reguladores para cuyo desempeño no se requiere una especial independencia, así como las que resultaban de escasa utilidad para la consecución de los objetivos de la Comisión (p. ej., recibir notificación de comienzo de actividad, llevar registros de operadores, liquidación de costes del sistema eléctrico, supervisión de las oficinas de cambio de suministrador de energía eléctrica y gas o liquidación de tasas asociadas a los diversos sectores).

No obstante, no todas las funciones asumidas por los ministerios competentes son estrictamente administrativas. Veamos algunos ejemplos:

- 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 audiovisual, tales como su duración, renovación, modificación, celebración de negocios jurídicos o extinción» (disp. adic. 7.ª, c). Si se observa la generosidad con la que se describe la materia objeto de decisión ministerial («cualquier cuestión o incidente» relativa, entre otros supuestos, a la «celebración de negocios» sobre el título habilitante), 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.
- En la misma línea, se atribuye también al Ministerio de Energía, Industria y Turismo la función de «conocer» de las operaciones consistentes en la toma de participaciones en empresas que lleven a cabo actividades reguladas en el sector eléctrico, del gas o de los hidrocarburos, pudiéndoles imponer condiciones si considera que existe una amenaza real y suficientemente grave para la garantía de suministro (disp. adic. 9.ª).
- Por otra parte, pero igualmente excediendo de la pura competencia administrativa, se atribuye al Ministerio de la Presidencia la siempre polémica decisión de aprobar el catálogo de acontecimientos de interés general para la sociedad al que se refiere el artículo 20.1 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, de Comunicación Audiovisual, previa consulta a los prestadores del servicio de comunicación audiovisual y a los organizadores de las competiciones deportivas.

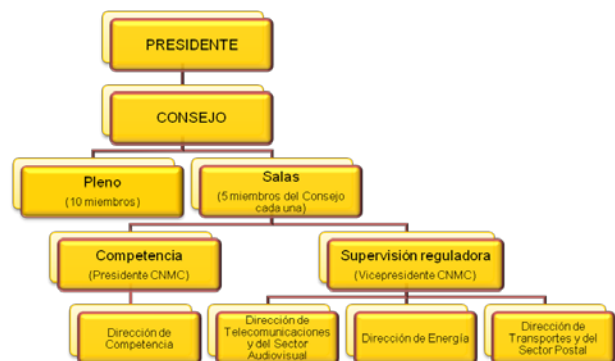
3. Estructura orgánica

El máximo órgano de la CNMC es el Consejo, que se configura como el órgano colegiado de decisión. Actúa en pleno y en salas, una dedicada a temas de competencia y otra a temas de supervisión reguladora. Sus resoluciones, adoptadas en pleno o en salas, ponen fin a la

vía administrativa, siendo impugnables únicamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

La ley regula la estructura básica de los órganos de dirección, estableciéndose cuatro direcciones de instrucción: una para la de los expedientes de defensa de la competencia y otras tres para la de los asuntos de supervisión reguladora en los sectores de las telecomunicaciones y servicios audiovisuales, de la energía y de los transportes y del sector postal. Me limitaré aquí a exponer de forma esquemática el organigrama de la nueva CNMC:

- Composición y elección de los miembros del Consejo



El Consejo se compone de diez miembros: un presidente, un vicepresidente y ocho consejeros. Todos ellos, incluidos el presidente y el vicepresidente, son nombrados por el Gobierno mediante real decreto a propuesta del ministro de Economía y Competitividad, entre personas de reconocido prestigio y competencia profesional en el ámbito de actuación de la CNMC, previa comparecencia de la persona propuesta para el cargo ante la comisión correspondiente del Congreso de los Diputados. El Congreso, a través de la comisión competente y por acuerdo adoptado por mayoría absoluta, podrá vetar el nombramiento del candidato propuesto en el plazo de un mes (art. 15). Llama la atención que los miembros del Consejo deban ser nombrados entre personas de reconocido prestigio y competencia profesional en el ámbito de actuación de la CNMC, pero ¿en cuál de ellos?, ¿en todos, en alguno, en al menos dos...?

El mandato de los miembros del Consejo será de seis años sin posibilidad de reelección. La renovación de los miembros del

Consejo se hará parcialmente cada dos años, de modo que ninguno de ellos permanezca en su cargo por tiempo superior a seis años. No obstante, los consejeros afectados por la primera renovación parcial podrán ser reelegidos por un nuevo mandato de seis años (disps. transits. 1.^a y 2.^a).

- Consejos consultivos cuyo informe podrá sustituir al de los interesados

Un aspecto especialmente destacable de la estructura orgánica de la nueva CNMC es la existencia de los denominados «consejos consultivos». La ley crea el Consejo Consultivo de Energía (disp. adic. 15.^a), como órgano de participación y consulta del Ministerio de Industria, Energía y Turismo en las materias competencia de la Secretaría de Estado de Energía. Estará presidido por el secretario de Estado de Energía, o persona en quien delegue; tendrá entre sus funciones el estudio, deliberación y propuesta en materia de política energética y minas y conocerá sobre los asuntos que el Gobierno o el ministro le sometan. Mediante reglamento, podrán crearse igualmente consejos consultivos en los sectores de telecomunicaciones, audiovisual, de transportes y postal. En todo caso, los consejos consultivos informarán en la elaboración de disposiciones de carácter general y de circulares de la CNMC. No se entiende muy bien la existencia de estos consejos cuando ya se atribuyen a la CNMC funciones consultivas. Pero lo más llamativo es que este informe «equivaldrá a la audiencia a los titulares de derechos e intereses legítimos» (disp. adic. 15.^a.4). ¿Por qué equiparar un consejo consultivo creado por el Gobierno, presidido por un secretario de Estado, cuya composición no se regula, con los titulares de los derechos e intereses legítimos? (!).

- La sede, respuesta salomónica

La ley da una solución salomónica a la polémica sobre la ubicación de la sede de los organismos reguladores. Con carácter general, la sede de la nueva Comisión se sitúa en Madrid, si bien su Estatuto Orgánico podrá prever otras sedes (art. 2.3 y disp. adic. 18.^a). No obstante y para aprovechar los recursos e infraestructuras de la actual Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ubicadas en Barcelona, se situará

allí la Dirección de Telecomunicaciones del Sector Audiovisual (Instrucción de Telecomunicación y Servicios Audiovisuales) (disp. adic. 18.^a.II).

4. Calendario y régimen transitorio

La ley ha entrado en vigor al día siguiente de su publicación en el *BOE* y desde esta fecha se impone un plazo máximo de cuatro meses (que vence el 5 de octubre) para que la nueva Comisión esté operativa. El calendario de actuaciones es el siguiente:

- 1.^a El Gobierno aprobará mediante real decreto el Estatuto Orgánico de la Comisión en un plazo máximo de dos meses (antes del 6 de agosto).
- 2.^a Inmediatamente después de la aprobación del Estatuto Orgánico, el ministro de Economía y Competitividad propondrá al Gobierno el nombramiento de los miembros del Consejo, quienes comparecerán ante el Congreso, que tendrá un mes para vetarlos.
- 3.^a Constitución de la CNMC mediante la constitución del Consejo en el plazo de veinte días desde la publicación del real decreto de nombramiento de los miembros del Consejo. Constituido éste, se procederá a nombrar al secretario.
- 4.^a En el plazo de un mes, el Consejo nombrará al personal directivo, elaborará el reglamento de funcionamiento interno y se procederá a la integración de los medios personales y materiales correspondientes a la CNMC.

La puesta en funcionamiento de la nueva CNMC conlleva la extinción de los organismos cuyas funciones son asumidas por la Comisión, la integración de los bienes sobrantes de la fusión en el patrimonio de la Administración General del Estado y la integración del personal de los organismos que se extinguen en la CNMC o en la Administración General del Estado, según proceda. Todas estas cuestiones se regulan en las disposiciones adicionales de la ley.

Varias disposiciones transitorias regulan los aspectos necesarios para la puesta en marcha del nuevo organismo, tales como las peculiaridades relativas al primer mandato de los consejeros, al desempeño de funciones por los organismos

reguladores que se extinguirán mientras la nueva Comisión no se ponga en funcionamiento, a la continuación de los expedientes pendientes por la comisión o el ministerio competente, según proceda, a los presupuestos de la CNMC y al régimen del personal.

Sin ánimo de ser agoreros, cabe esperar un cierto colapso o parálisis en el funcionamiento de la Administración en los próximos meses hasta que se ponga en funcionamiento efectivo la nueva entidad. Si los procedimientos empezados al entrar en vigor la nueva ley continúan su curso y son resueltos por la entidad que asuma las funciones correspondientes (la CNMC y, dentro de ésta, sus diversas direcciones sectoriales o los ministerios que han recuperado funciones tras la reforma) (disp. transit. 5.^a.1), es posible vaticinar un importante retraso organizativo por el traspaso de expedientes abiertos antes de la entrada en vigor de la ley y por la más que previsible falta de inicio de nuevos expedientes en los próximos cuatro meses. A estos efectos, la constitución y puesta en funcionamiento de la CNMC «se podrá considerar una circunstancia extraordinaria que, conforme a la legislación específica aplicable, permitirá la ampliación del plazo máximo para resolver los procedimientos sometidos a caducidad o afectados por el silencio administrativo» (disp. transit. 5.^a.2).

Temporalmente, desde la entrada en vigor de la nueva Ley 3/2013 y hasta el efectivo funcionamiento de la CNMC, las funciones de supervisión en materia de tarifas aeroportuarias previstas en el Real Decreto Ley 11/2011, de 26 de agosto, por el que se crea la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria y se modifica el régimen jurídico del personal laboral de AENA, las ejercerá el Comité de Regulación Ferroviaria, que pasará a denominarse Comité de Regulación Ferroviaria y Aeroportuaria.

5. Modificación y derogación normativa

La Ley 3/2013 modifica o deroga diversas normas relativas a sectores regulados. En algunos casos la modificación es de carácter terminológico para adaptar la norma a la nueva organización institucional derivada de la creación de la CNMC; en otros supuestos, la reforma tiene alcance sustantivo y trasciende la mera organización institucional. Las normas modificadas son las siguientes:

- la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (disp. adic. 10.^a.1);
- la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (disp. adic. 4.^a.5);
- la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos (art. 116.4);
- la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea (disp. adic. 13.^a, 14.^a y 15.^a);
- la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (art. 13 *bis*, separación funcional; anexo I, apdos. 1 y 5). La modificación del anexo I.1 supone una reducción de la tasa general de operadores que pasa del dos por mil de los ingresos brutos globales al uno con cinco por mil;
- la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario (arts. 95 y 96.12);
- la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico. Se suprime el apartado 7 del artículo 13 y se modifica el apartado 3 del artículo 66. La supresión de este artículo 13.7 tiene un alcance superior al puramente terminológico o institucional. Se elimina la restricción hasta ahora impuesta a los operadores dominantes en el sector eléctrico de adquirir energía en otros países comunitarios fuera del ámbito del Mercado Ibérico de la Electricidad o en terceros países.

Por último, hay que señalar que quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en la nueva ley y, de manera específica:

- a) el apartado 7 de la disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa;
- b) la disposición adicional undécima, excepto el apartado sexto —que permanece vigente—, y la disposición adicional duodécima de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos;

- c) el artículo 48 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, a excepción de su apartado 4.
- d) Los artículos 82, 83 y 84 de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario;
- e) los artículos 12, 17 y 40 y el título III de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia;
- f) la Ley 23/2007, de 8 de octubre, de creación de la Comisión Nacional del Sector Postal;
- g) el título V de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual;
- h) el capítulo II del título I y la disposición final cuarta de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible;
- i) el artículo 20; los apartados 15 y 16 del artículo 21; los artículos 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32 y 33; el apartado 2 del artículo 34; la disposición transitoria quinta y el párrafo primero de la disposición final segunda de la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de Regulación del Juego;
- j) el 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 se modifica el régimen jurídico del personal laboral de AENA.

Para más información consulte nuestra web www.gomezacebo-pombo.com, o diríjase al siguiente email de contacto: info@gomezacebo-pombo.com

Barcelona | Bilbao | Madrid | Málaga | Valencia | Vigo | Bruselas | Lisboa | Londres | Nueva York