

LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA: LOS REPAROS DE LAS INSTITUCIONES EUROPEAS SOBRE LA INDEPENDENCIA DEL REGULADOR

ARTEMI RALLO LOMBARTE
Catedrático de Derecho Constitucional
Universitat Jaume I de Castellón

SUMARIO

- I. Planteamiento: la denuncia sobre la regresión de la independencia de la CNMC.
- II. Dos décadas de antecedentes en dirección opuesta.
- III. Causas reconocidas e intuitas de la fusión de los reguladores en la CNMC.
- IV. Las críticas europeas a la fusión de los reguladores en la CNMC.

I. PLANTEAMIENTO: LA DENUNCIA SOBRE LA REGRESIÓN DE LA INDEPENDENCIA DE LA CNMC

La Ley 3/2013, de 4 de junio, creó la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC¹) adoptando decisiones de gran impacto político e institucional:

1.º La supresión de la práctica totalidad (con la excepción del Banco de España y la Comisión Nacional del Mercado de Valores) de los organismos reguladores

1 Específicamente dedicados a su estudio, los recientes trabajos de MONTERO PASCUAL, J.J.: *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Entre la actividad administrativa de regulación y el Derecho de la competencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013; NAVARRO RODRÍGUEZ, P.: «La nueva Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: naturaleza, régimen jurídico e independencia», *Revista General de Derecho Administrativo*, Iustel, núm. 34, 2013 y «La nueva Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: naturaleza, régimen jurídico e independencia (Parte I)» (3/1/2014, <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1502420>).

económicos preexistentes con larga tradición supervisora (Comisión Nacional de la Competencia, Comisión Nacional de Energía y Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones), de reciente planta (Comité de Regulación Ferroviaria y Comisión Nacional del Sector Postal) e, incluso, non natos (Comisión Nacional del Juego, Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria y Consejo Estatal de Medios Audiovisuales)².

2.º La creación de la nueva Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia implicó la agrupación de las funciones de supervisión de todos los anteriores organismos reguladores independientes pero, al tiempo, revirtió al Gobierno funciones hasta la fecha encomendadas a dichos reguladores: los órganos competentes de diversos Ministerios pasaron a asumir funciones de registro de los operadores, inspección y otras tareas administrativas³.

3.º La constitución efectiva de la CNMC comportó la extinción automática de los organismos reguladores preexistentes y, simultáneamente, el cese anticipado al mandato temporal legalmente preestablecido de los consejeros integrantes de los mismos.

Sin embargo, la aprobación de la ley 3/2013 de creación de la CNMC venía precedida de una advertencia formulada por Neelie Kroes, Vice Presidenta de la Comisión Europea (en adelante, CE) y Comisaria responsable de la Agenda Digital para Europa, mediante Carta⁴ de 11 de febrero de 2013 dirigida al Ministro español de Industria y Turismo, sobre la posible apertura de un procedimiento del art. 258 TFUE⁵ por infracción del Derecho Comunitarios al incumplir esta iniciativa legislativa aspectos sustanciales del marco regulatorio europeo en el sector de las comunicaciones electrónicas en aspectos sustanciales como los siguientes:

1.º La CE manifestaba su «profunda preocupación» sobre su «conformidad con los objetivos políticos, principios regulatorios y obligaciones jurídicas que se derivan del derecho de la Unión Europea».

2 Una inmediata y contundente crítica a la decisión de fusionar los organismos reguladores en DE LA QUADRA-SALCEDO, T.: «A la confusión por la fusión», *El País*, 22/4/2012, Negocios, p. 21. Para tener una panorámica amplia de las implicaciones de este debate, resulta obligado consultar —por sus sólidas críticas con la fusión de los reguladores sectoriales y la autoridad de competencia— los preceptivos *Informes al Anteproyecto de Ley de creación de la CNMC* emitidos por la CNC (www.cncompetencia.es), la CNE (www.cne.es), la CMT (www.cmt.es) y la CNSP (www.cnspostal.es).

3 De nuevo, T. DE LA QUADRA SALCEDO hacía saltar las alarmas: «Algunas previsiones de asunción por los poderes públicos de poderes detentados hasta ahora por los organismos de regulación, la insistencia de reconducir las competencias del único organismo de regulación hacia tareas de supervisión o el cuidado en reducir competencias normativas de las comisiones son una reconquista del terreno que se había entregado a las comisiones independientes. Esa pérdida de independencia no augura nada bueno para la regulación» («A la confusión por la fusión»..., p. 21).

4 http://economia.elpais.com/economia/2013/02/24/actualidad/1361736846_167142.html

5 Artículo 258 TFUE: «Si la Comisión estimare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados, emitirá un dictamen motivado al respecto, después de haber ofrecido a dicho Estado la posibilidad de presentar sus observaciones. Si el Estado de que se trate no se atuviere a este dictamen en el plazo determinado por la Comisión, ésta podrá recurrir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea».

2.º 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).

3.º Además, la CE advertía que esta «importante transferencia de competencias de la ANR al poder ejecutivo» y la no atribución de las necesarias competencias para asegurar «una regulación efectiva e imparcial» del sector de las comunicaciones electrónicas en el marco del mercado único supondría que la Autoridad española pasaría a ser una de las de menos competencias y funciones de la Unión Europea.

4.º Esta transferencia de competencias de la ANR al poder ejecutivo no sólo implicaría la falta de un ejercicio imparcial de las mismas en el ámbito nacional sino que afectaría a la cooperación de la CNMC en el seno del organismo de reguladores europeos de las comunicaciones electrónicas (ORECE) impidiendo asegurar prácticas regulatorias coherentes y, con ello, desarrollar el mercado interior en toda la Unión Europea.

5.º Por último, la CE expresaba su preocupación por la vulneración de la independencia de los preexistentes consejeros de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) que pudiera derivarse del cese anticipado de su mandato por la entrada en vigor de la nueva ley de creación de la CNMC.

Este elenco de interrogantes no se vieron subsanados durante el trámite legislativo restante pues, tras la aprobación de la ley 3/2013, la Comisaria Kroes respondió al Grupo Parlamentario Socialista del Congreso de los Diputados mediante carta que «sus preocupaciones sobre el nombramiento y cese de los miembros del Consejo y la atribución de ciertas competencias» no habían sido abordadas en la ley finalmente aprobada. Y, de nuevo, el 10 de diciembre de 2013 reiteraba: «los servicios de la Comisión están evaluando la compatibilidad de la legislación nacional pertinente con los requisitos aplicables en el marco de la legislación de la UE sobre las condiciones del cese de los presidentes y consejeros de las autoridades nacionales de reglamentación»⁶.

Aunque pudiera parecer que estas críticas tienen un alcance limitado por proceder de una Comisaría europea reguladora de un sector específico (comunicaciones electrónicas) frente al omnicompreensivo ámbito competencial de la CNMC, lo cierto es que otras Comisarías europeas están vigilantes ante su devenir futuro. Así lo demuestra la respuesta de 24 de marzo de 2014 del Comisario de Energía, Günther Oettinger, en nombre de la Comisión Europea, a una pregunta formulada por el Grupo de Los Verdes del Parlamento Europeo: «La existencia de un regulador sólido e independiente es una pieza fundamental de la normativa del mercado interior de la energía en la UE. La Comisión se mantendrá vigilante y evaluará la conformidad de la CNMC con los requisitos de independencia de la legislación de la UE partiendo del desempeño de las tareas concretas de regulación de dicho orga-

6 «Bruselas mantiene bajo vigilancia al nuevo superregulador de Competencia», *El País*, 26/12/14, p. 26 (http://economia.elpais.com/economia/2013/12/24/actualidad/1387888808_975363.html).

nismo y, en particular, de las decisiones adoptadas por esta entidad en su quehacer cotidiano»⁷. Además, el cuestionamiento de la independencia y eficacia reguladora de la CNMC ha sido generalizada por los Servicios de la Comisión Europea en su *Documento de Trabajo «Evaluación del programa nacional de reforma y del programa de estabilidad de España para 2012»*: «Este nuevo organismo deberá ser más eficiente y podría fomentar la competitividad en todos los sectores económicos, ya que permitiría el examen desde el punto de vista de la competencia de todas las legislaciones sectoriales antes de su adopción. Sin embargo, el actual proyecto de ley que crea la CNMC no garantiza que esta Comisión realice su actividad reguladora de forma eficaz e independiente»⁸.

Sin embargo, esta crítica jurídica a la emergente CNMC (centrada en su falta de independencia y en la vulneración de la normativa europea) proveniente de Europa no se entiende en su correcta dimensión si no se ubica en el contexto político y regulatorio español que llevó a alumbrar la reforma de la práctica totalidad de los organismos económicos de supervisión⁹: 1') la fusión en uno sólo de todos ellos constituye un insospechado y paradójico quiebro frente a la tendencia histórica (y, singularmente, reciente) que auspiciaba su proliferación; 2') la total transformación del sistema de supervisión de los sectores regulados se produce en el marco de la crisis económica y del cambio político español de 2011 (sucediendo el Gobierno del PP al del PSOE)¹⁰; 3') las instituciones europeas venían promoviendo el incremento de la autonomización técnica en la toma de decisiones económicas y una mayor supervisión independiente (como ejemplos recientes, la Directiva 2009/140/CE o la nueva Autoridad independiente de Responsabilidad Fiscal¹¹); 4) resultan social-

7 <http://bloqs.mesvilaweb.cat/raulromevalcat/723>

8 Bruselas, 30/5/2012, p. 25 (http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/nd/swd2012_spain_es.pdf).

9 De utilidad para este análisis, RUIZ OJEDA, A. (dir.): *Fundamentos de regulación y competencia (el diálogo entre derecho y economía para el análisis de las políticas públicas)*, Iustel, Madrid, 2013.

10 Al análisis contextual del fenómeno se dedicó el trabajo RALLO LOMBARTE, A: «Política, Economía y derechos: la independencia de los reguladores (¿quo vadis?)», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 30, 2012, pp. 225-258. Como el lector podrá constatar, a pesar del más amplio espectro de aquel trabajo, algunos de los datos y conclusiones allí plasmados han sido recuperados, ampliados y revisados en el presente artículo.

11 Preámbulo de la ley Orgánica 6/2013, de 14 de noviembre, de creación de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal: «Se crea la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal, que velará por el estricto cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera mediante la evaluación continua del ciclo presupuestario, del endeudamiento público, y el análisis de las previsiones económicas. Con ese fin, la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal valorará las previsiones macroeconómicas que se incorporen a los proyectos de presupuestos y escenarios a medio plazo y analizará la implementación y la ejecución de las políticas fiscales, con la finalidad de detectar de forma temprana las posibles desviaciones en los objetivos perseguidos. Además, podrá formular, cuando considere, las opiniones que estime oportunas sobre los asuntos previstos en ésta u otras leyes». Real Decreto 215/2014, de 28 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (BOE de 29 de marzo de 2014). Su creación trae causa de la Directiva 2011/85/EU, del Consejo, de 8 de noviembre de 2011, sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados Miembros, cuyo art. 6. 1 b) establece que «sin perjuicio de las disposiciones del TFUE sobre el marco de supervisión presupuestaria de la Unión, las reglas presupuestarias numéricas, específicas por país contendrán precisiones sobre... el ejercicio de un seguimiento efectivo y oportuno del cumplimiento de las reglas, basado en análisis fiables e

mente más evidentes los mayores vínculos entre los sectores económicos regulados e instancias gubernamentales que entre aquéllos y los reguladores¹².

II. DOS DÉCADAS DE ANTECEDENTES EN DIRECCIÓN OPUESTA

A) Proliferación y éxito de la regulación despolitizada de la economía

La creencia progresivamente consolidada de que la *mano invisible del mercado* constituye la óptima razón de funcionamiento del sistema económico ha comportado que la *realidad constitucional* europea haya discurrido alejando cada vez más la Política de la Economía desvinculando las decisiones económicas de la Política y convirtiendo al mercado en un auténtico *antisoberano*¹³.

Sin duda, el proceso de integración europea ha servido a esta lógica autónoma de la economía de mercado¹⁴. Las libertades comunitarias y la forja del *mercado común* (la defensa del *mercado interior* y *la libre circulación de capitales, bienes, servicios y personas*) se han construido sobre una inequívoca lectura liberal del sistema económico: *la libre competencia en el mercado*. La *gobernanza económica* europea se sustenta en un *enfoque tecnocrático, neutral*, ajeno a lo político, donde el criterio técnico-funcionario¹⁵ sustituye al de oportunidad política, y sobre estructuras de gestión-decisión que se pretenden independientes y ajenas a lo político¹⁶.

independientes realizados por órganos independientes u órganos dotados de autonomía funcional respecto de las autoridades presupuestarias de los Estados miembros».

12 No en vano, resulta habitual, por ejemplo, la práctica de la «puerta giratoria» y el acceso de miembros relevantes de los partidos políticos mayoritarios a funciones directivas de grandes empresas. Y no puede dejar de reseñarse que la reforma de los reguladores españoles auspiciada por el Gobierno del PP se ha basado (así se reconoce en su p. 1 y resulta incuestionable vista la propuesta formulada en sus pp. 32 a 34) en un estudio encargado por Telefónica de España S.A. a la consultora PriceWaterhouseCoopers (PwC): *Modelo organizativo de las autoridades nacionales de regulación y competencia en España*. Telefónica España, PwC, Madrid, 14 de febrero de 2012 (http://www.tudosis.es/wp-content/uploads/Microsoft-Word-Informe-para-Telefonica_Resumen-Ejecutivo_borrador1.pdf). Sobre la vinculación de Gobierno y Telefónica en el impulso de esta iniciativa, «Telefónica dicta a Rajoy el nuevo modelo de competencia y reguladores», 27 de febrero de 2012 (<http://www.tudosis.es/archives/3772>).

13 LUCIANI, M.: «L'antisovrano e la crisi delle Costituzioni», *Rivista di Diritto Costituzionale*, 1996, pp. 124 y ss.

14 GUARINO, G.: «Pubblico e privato nella economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie», *Quaderni Costituzionale*, núm. 1, 1992, pp. 21 a 64.

15 De interés, las recientes reflexiones contenidas en *¿Tecnocracia o Democracia?: Gestión y representatividad* (Llorente & Cuenca, Madrid, 2012) y singularmente en las colaboraciones de J.A. Llorente («¿Tecnocracia o Democracia?: Gestión y representatividad»), J.A. Zarzalejos («La eficacia tecnocrática como ideología en tiempos de crisis») e I. Escolar («La tecnocracia es también ideología»).

16 Un análisis monográfico sobre este fenómeno y sus implicaciones constitucionales, en RALLO LOMBARTE, A.: *La constitucionalidad de las Administraciones independientes*, Tecnos, Madrid, 2002. Con bastante anterioridad, ya se avanzaron muchos de los interrogantes que se ciernen sobre esta problemática en RALLO LOMBARTE, A.: «Poderes neutrales exentos de control gubernamental: reflexiones constitucionales», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 36, 1995, pp. 106 y ss.

En España, en la década de los noventa, con la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea y la generalizada liberalización y privatización de empresas y servicios públicos, se produjo la eclosión¹⁷ de las *administraciones independientes* en los principales sectores económicos¹⁸.

Inicialmente, muchos fueron los interrogantes¹⁹ y dudas²⁰ que se vertieron sobre la viabilidad de importar al sistema público continental europeo este modelo de organización administrativa de tan probado éxito en la tradición estadounidense²¹.

17 Fenómeno ya advertido por PREDIERI, A.: *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Passigli Editori, Firenze, 1997.

18 Ley 13/1994, de Autonomía del *Banco de España*; Ley 40/1994, de ordenación del Sistema Eléctrico Nacional (que creó la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional posteriormente sustituida por la *Comisión Nacional de Energía* por la Ley 34/1998, del Sector de Hidrocarburos); el Real Decreto-Ley 6/1996, de Liberalización de las Telecomunicaciones creó la *Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*; la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia y la Ley 52/1999, , alumbraron el *Servicio* y el *Tribunal de Defensa de la Competencia*. Con anterioridad, la Ley 15/1980, creó el *Consejo de Seguridad Nuclear* y la Ley 14/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores creó la *Comisión Nacional del Mercado de Valores*. Esta realidad ha sido objeto de estudio global en BETANCOR RODRIGUEZ, A.: *Las administraciones independientes*, Tecnos, Madrid, 1994 y *Regulación: mito y derecho*, Civitas, Pamplona, 2010; BILBAO UBILLOS, J.M.: «Las agencias independientes: un análisis desde la perspectiva jurídico-constitucional», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 3, 1999, pp. 163 a 181; MAGIDE HERRERO, M., *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*, INAP, Madrid, 2000; SALVADOR MARTINEZ, M., *Administraciones independientes: un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España*, Ariel, Barcelona, 2002; AAVV: *La Administración reguladora y supervisora: visión teórico-práctica*, coords. Abad Licerias, J.M. e Irurzun Montoro, F., Dykinson, Madrid, 2009; AAVV: *Las Administraciones Independientes* coord. Pauner Chulvi, C. y Tomás Mallén, B., Tirant lo Blanch, Valencia, 2009. Precursor resultó el trabajo de SALA ARQUER, J.M.: «El Estado neutral. Contribución al estudio de las administraciones independientes», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 42, 1984, pp. 401 a 422. Con carácter monográfico, CHILLON MEDINA, J.M. y ESCOBAR ROCA, G.: *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, Dykinson, Madrid, 2001; NAVARRO RODRIGUEZ, P.: *La Comisión Nacional de Energía. Naturaleza, funciones y régimen jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 2008; MALARET, E.: «La Comisión Nacional del Mercado de Valores (Una aproximación a su configuración institucional)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 76, 1992, pp. 557 a 597 y FUERTES LOPEZ, M.: *La Comisión Nacional del Mercado de Valores*, Lex Nova, Valladolid, 1994; LOPEZ RAMON F.: «El Consejo de Seguridad Nuclear: un ejemplo de Administración independiente», *Revista de Administración Pública*, núm. 126, 1991, pp. 189 a 216.

19 Numerosas obras abordaron prontamente su análisis en Francia e Italia: COLLIARD, C-A. y TIMSIT, G.: *Les autorités administratives indépendantes*, Puf, Paris, 1988; GUEDON, M-J.: *Les autorités administratives indépendantes*, LGDJ, Paris, 1991; GENTOT, M.: *Les autorités administratives indépendantes*, Montchrestien, Paris, 1994; MANETTI, M.: *Poteri neutrali e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1994; PASSARO, M.: *Le Amministrazioni indipendenti*, G. Giappichelli editore, Torino, 1996; CASSESE, S. Y FRANCHINI, C. (a cura di): *I garanti del regole. Le autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 1996; VVAA: *Autorità indipendenti e principi costituzionali. Atti del Convegno di Sorrento 30 maggio 1997*, Associazione italiana dei costituzionalisti, Cedam, Padova, 1999.

20 COTTIER, B.: «Les "Independent Agencies" américaines: un modèle pour l'administration polycentrique de demain?», *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, núm. 2, 1985, pp. 143 a 165.

21 Entre nosotros, pueden consultarse MORENO, A.M.: *La administración por Agencias en los Estados Unidos de Norteamérica*, Universidad Carlos III-BOE, Madrid, 1995; CARBONELL, E. y MUGA, J.L.: *Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América*, Marcial Pons, Madrid, 1996. Para profundizar, REDFORD, E.S.: «The President and the regulatory commissions», *Texas Law Review*, vol. 44, núm. 1, 1965, pp. 288 a 321; ROSEMBERG, M.: «Congress's prerogative over agencies and agency decisionmakers:

Sin embargo, más allá de las diatribas doctrinales y de la «falta de una cultura de independencia (principalmente de las administraciones públicas) y de rendición de cuentas (debido a un control parlamentario ineficaz y una intervención judicial muy débil)»²², la emergencia y consolidación de Administraciones independientes en el sector económico no sólo no generó conflicto jurídico-constitucional significativo sino que, por el contrario, dando continuidad a esta «moda»²³, conoció un espectacular desarrollo en la primera década del siglo XXI extendiéndose a nuevos sectores económicos y a la gestión de tradicionales servicios públicos.

La ley 23/2007, de 8 de octubre, de liberalización del Servicio Postal Universal, creó la *Comisión Nacional del Sector Postal (CNSP)*²⁴ como órgano independiente. La Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego creó la *Comisión Nacional del Juego (CNJ)* como organismo regulador. El Real Decreto-ley 11/2011, de 26 de agosto, creó la *Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria (CREA)* para garantizar la independencia en el proceso de licitación de concesionarios de aeropuertos al entender que la existencia de un organismo regulador independiente constituía un requisito derivado de la Directiva 2009/12/CE. La Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, preveía la existencia del *Consejo Estatal de Medios Audiovisuales (CEMA)* como organismo regulador independiente. Así, el CEMA se incorporó al largo listado de organismos públicos previstos en la disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril (LOFAGE).

En particular, la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia reformó el sistema español de defensa de la competencia reforzando los mecanismos ya existentes y dotándolos de la estructura institucional necesaria para proteger la competencia efectiva en los mercados. A tal fin, creó la *Comisión Nacional de la Competencia*, como institución estatal, única e independiente en la que se integraron tanto el Servicio como el Tribunal de Defensa de la Competencia²⁵. La CNC,

the rise and demise of the Reagan Administration" theory of the unitary Executive», *George Washington Law Review*, vol. 57, January, 1989, pp. 627 a 702; VERKUIL, P.R.: «The status of the independent agencies after *Bowsher v. Synar*», *Duke Law Journal*, November, 1986, pp. 779 a 805 y «The purposes and limits of independent agencies», *Duke Law Journal*, April-June, 1988, pp. 257 a 279. Igualmente de interés, la tradición británica que ilustran DESIDERI, C.: «Esplorazioni del Governo e degli studiosi britannici nella terra dei quangos», *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1982, pp. 191 a 210 y HOGWOOD, B.W.: «Evolución de las agencias reguladoras en Gran Bretaña», *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, vol. 57, núm. 4, 1990, pp. 7 a 27.

22 GAROUPA, N.: «Organismos reguladores», *La Ley de Economía Sostenible y las reformas estructurales: 25 propuestas*, eds. M. Bagues, J. Fernández Villaverde y L. Garicano, Fedea, Madrid, p. 18.

23 «La refundición de los reguladores», *Regular en tiempos de crisis*, Documento 4, Círculo Cívico de Opinión, 24 de mayo de 2012, Madrid, p. 8.

24 MONTERO PASCUAL J.J.: «La Comisión Nacional del Sector Postal. Una nueva administración independiente reguladora», *Revista de Administración Pública*, núm. 176, 2007, pp. 311 y ss.

25 Además, 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 abrió la puerta a la proliferación de Tribunales y Servicios de Defensa de la Competencia en la mayoría de las Comunidades Autónomas: Ley 6/2004, de 28 de diciembre, de Creación del Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid; Decreto 13/2004, de 13 de febrero, por el que se asignan funciones en materia de defensa de la competencia y se crea el Servicio Regional de Defensa de la Competencia; Ley 2/2005, de 24 de junio, de creación del Jurado

como organismo regulador encargado de promover y proteger el mantenimiento de la competencia en todos los sectores y en todo el territorio nacional, gozaría de funciones instructoras, resolutorias, de arbitraje, consultivas, de promoción y armonización de la defensa de la competencia en los mercados; y su actuación se inspiraría en la independencia de criterio frente al Gobierno y la responsabilidad ante la sociedad.

B) Las recientes reformas legislativas dirigidas a intensificar la independencia de los reguladores

La eclosión de organismos reguladores en el sector económico vino acompañada, además, por una decidida apuesta en favor del perfeccionamiento de su independencia. Aunque este calificativo ha presidido su existencia —y cuestionamiento— desde sus orígenes²⁶, lo cierto es que su diseño inicial distaba bastante de la plena independencia del poder político²⁷ y resultaba más apropiada la referencia a la autonomía o desgubernamentalización de las potestades organizativas, normativas, presupuestarias o financieras que se atribuían a las Administraciones independientes.

Sin embargo, las mayorías parlamentarias de las VIII y IX Legislaturas (2004-2011) impulsaron reformas legislativas que apostaban indubitadamente no sólo por ampliar el elenco de organismos reguladores del sector económico sino, también, por fortalecer su independencia.

Por ejemplo, la Ley 5/2006, de 10 de abril, *reguladora de los Conflictos de Intereses de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado* estableció la preceptiva comparecencia parlamentaria previa al nombramiento gubernamental de los reguladores²⁸.

de Defensa de la Competencia de Extremadura; Decreto 29/2006, de 24 de enero, del Gobierno de Aragón, por el que se crean y regulan los órganos de Defensa de la Competencia en Aragón; Decreto 169/2006, de 10 de noviembre, del Consell, por el que se aprueba el Estatuto del Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunitat Valenciana; Decreto 118/2006, de 1 de agosto, por el que se modifica la relación de puestos de trabajo de la Consejería de Economía y Hacienda y se crea el Servicio Canario de la Competencia; Ley 6/2007, de 26 de junio, de Promoción y Defensa de la Competencia de Andalucía; Decreto 15/2009, de 5 de febrero, por el que se regula el Tribunal de Defensa de la Competencia de Castilla y León; Ley 1/2009, de 12 de febrero, de la Autoridad Catalana de la Competencia; Ley 1/2011, de 28 de febrero, reguladora del Consejo Gallego de la Competencia.; Ley 1/2012, de 2 de febrero, de la Autoridad Vasca de la Competencia. Sin embargo, los recortes presupuestarios provocados por la crisis económica, permitieron constatar la prescindibilidad de estos organismos en Castilla-La Mancha, Comunidad de Madrid y Comunidad Valenciana: Decreto 177/11, de 14 de julio, de supresión de los órganos de Defensa de la Competencia de Castilla-La Mancha; Ley 6/2011, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativa de la Comunidad de Madrid; Decreto 52/2012, de 30 de marzo, del Consell de la Generalitat Valenciana.

26 Como lo evidencia el trabajo de PISIER, E.: «Vous avez dit indépendantes?. Réflexions sur les AAI», *Pouvoirs*, núm. 46, 1988, pp. 71 a 83.

27 De hecho, solía aludirse, más bien, a su semi-independencia: AMATO, G.: «Autorità semi-indipendenti di autorità di garanzia», *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, núm. 3, 1997, pp. 645 a 664.

28 PAUNER CHULVI, C.: *La designación parlamentaria de cargos públicos*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2003; «Nuevas y viejas cuestiones en torno a la designación parlamentaria de cargos públicos», *Procedimientos de designación parlamentaria de cargos públicos*, CEPC, Madrid, 2010, pp.: 55 a 111; «La articulación

Esta norma impuso que el Gobierno, con carácter previo a su nombramiento, pondría en conocimiento del Congreso de los Diputados el nombre de la persona propuesta para el cargo a fin de que pudiera disponerse su comparecencia ante la comisión correspondiente de la Cámara, en los términos que previese su Reglamento. Esta exigencia afectaba, entre otras instituciones, a las personas que fueran a ser designadas Presidentes o Vocales de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de la Comisión Nacional de Energía, del Tribunal de Defensa de la Competencia y a «los Presidentes y miembros de los órganos rectores de cualquier otro organismo regulador y de supervisión».

La comisión parlamentaria competente del Congreso de los Diputados debía examinar a los candidatos propuestos, formulando a sus miembros las preguntas o requiriendo las aclaraciones que creyesen convenientes, y emitir un dictamen en el que se establecería si se apreciaba o no la existencia de conflicto de intereses —considerándose la existencia de éste cuando se interviniese en decisiones relacionadas con asuntos en los que confluyeran a la vez intereses del puesto público e intereses privados propios, de familiares directos, o intereses compartidos con terceras personas—.

Lo cierto es que esta norma abrió inevitables interrogantes sobre el objeto y alcance de la comparecencia parlamentaria de los candidatos a integrar los organismos reguladores independientes.

Se cuestionó si el examen de los candidatos debía circunscribirse exclusivamente al análisis de la existencia de «conflicto de intereses» o podía ampliarse a la valoración sobre su «idoneidad» técnica o política para el ejercicio de la función. Por un lado, parece incuestionable que la literalidad de la norma invitaba exclusivamente a un ejercicio de autocontrol parlamentario restringido a lo que, en propiedad, cabe calificar como «conflicto de intereses» de dimensión económica. A estos efectos, resultaban inequívocas las referencias de la ley 5/2006 contenidas en sus arts. 3 («... La comisión parlamentaria emitirá un dictamen en el que establecerá si se aprecia o no la existencia de conflicto de intereses») y 4 («A los efectos de esta ley, hay conflicto de intereses cuando los altos cargos intervienen en las decisiones relacionadas con asuntos en los que confluyen a la vez intereses de su puesto público e intereses privados propios, de familiares directos, o intereses compartidos con terceras personas») ²⁹. Sin embargo, el art. 3 de esta misma norma

del control parlamentario sobre los espacios libres de control gubernamental: Parlamento y Administraciones Independientes», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 19, 2007, pp. 329 a 345.

29 Así lo entendió, por ejemplo, el Presidente de la Comisión Constitucional, D. Alfonso Guerra, con motivo de la primera comparecencia que se efectuó el 12 de febrero de 2007 al amparo de la Ley 5/2006: «quiero advertir a las señoras y señores diputados que ésta no es una comparecencia ... sobre la idoneidad de la persona elegida para el cargo; es una comparecencia para establecer un dictamen sobre si existe o no conflicto de intereses entre la persona propuesta y sus actividades (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisiones, núm. 747, de 14/02/2007, p. 2); «Quiero hacer solo dos aclaraciones: una, que sí se ha distribuido a los grupos parlamentarios el currículum vitae del señor propuesto y, dos, que estamos elaborando -insisto- un dictamen no de idoneidad sino de conflicto de intereses ... quisiera solo insistir en cuál es el cometido que

(«La comisión parlamentaria del Congreso de los Diputados examinará, en su caso, a los candidatos propuestos. Sus miembros formularán las preguntas o solicitarán las aclaraciones que crean convenientes...») parecía posibilitar un más extenso control que alcanzara a la «idoneidad» del aspirante para ejercer el cargo³⁰. Y lo cierto es que la práctica parlamentaria consolidada se sustenta fundamentalmente en un examen presencial (con previo envío de un completo *curriculum vitae*, intervención introductoria ante la Comisión parlamentaria y sucesivos turnos de los portavoces parlamentarios interrogando o valorando los méritos de los aspirantes) sobre la idoneidad técnica, institucional o política de los candidatos sin que la existencia de «conflictos de intereses» ocupe un lugar significativo³¹.

Sin embargo, el alcance jurídico-político del dictamen sobre la existencia de conflicto de intereses que debe aprobar la comisión parlamentaria no ha generado mayor problema. Hasta la fecha, al finalizar el examen sobre la idoneidad (y, en menor medida, sobre la existencia de intereses en conflicto) de los aspirantes, se ha sometido a votación la propuesta de dictamen favorable por inexistencia de conflicto de intereses y siempre ha obtenido un resultado mayoritariamente afirmativo. Lo que ha impedido que se plantee la cuestión del impacto de un hipotético informe parlamentario negativo en el definitivo nombramiento gubernamental del candidato. Si bien la lógica político-parlamentaria desaconsejaría

tiene esta Comisión en este punto del orden del día. En el artículo 2, párrafo tres, de la ley se dice con toda claridad: La Comisión parlamentaria emitirá un dictamen en el que establecerá si se aprecia o no la existencia de conflictos de intereses. Todo lo demás es muy legítimo que se lo planteen, pero aquí estamos discutiendo si hay o no conflicto de intereses» (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisiones, núm. 747, de 14/02/2007, pp. 8 y 9).

30 De hecho, el recurso hermenéutico a la voluntad manifiesta del legislador permite alcanzar esta conclusión. Así, la portavoz socialista en la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados, Dña. Elisenda Malaret, afirmaba el 14 de febrero de 2007: «Como el trámite parlamentario es para examinar la idoneidad del candidato... La ley la leo y la interpreto. Que se añadiera en el trámite de elaboración parlamentaria de la ley una referencia al contenido del dictamen con relación al conflicto de intereses no anula la parte anterior del precepto. Además este precepto es coherente con todas las reivindicaciones que existían con anterioridad al proyecto de ley precisamente con relación a la significación que tiene que tener el trámite parlamentario» (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisiones, núm. 747, de 14/02/2007, pp. 8 y 9).

31 Lo que no ha impedido, en algún caso, intentar falsear el correcto entendimiento de los conceptos para, por ejemplo, otorgar al «conflicto de interés» un perverso sentido político alejado de cualquier comprensión lógica. Así, en algún caso, para oponerse a suscribir favorablemente el dictamen que la comisión parlamentaria debe emitir, se ha identificado el «interés político o partidista» con el «interés económico» que es, sin duda, el que la ley proscribía. Así, el portavoz popular en la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados con motivo de otra comparecencia afirmaba el 8 de junio de 2011: «A nuestro juicio sí existe un evidente conflicto de intereses... Mi grupo se queda desolado no solo por la propuesta gubernamental sino por lo normal que parece que un ministro proponga a su jefe de gabinete y que esa propuesta tenga el carácter de independencia que la ley determina. Por tanto, entendemos que existe un conflicto de intereses... Permítame decirle que nuestro grupo entiende que hay un conflicto de intereses grave entre lo que usted hace hoy, que es ser jefe —que es un puesto dignísimo— de gabinete de un ministro, y lo que pretende hacer mañana, que es, como dice la primera línea, actuar con independencia de las administraciones públicas. Nos parece que el grado de conflicto es el máximo» (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisiones, núm. 786, de 08/06/2011, pp. 9 y 10).

que el Gobierno procediera al nombramiento de un candidato merecedor de tal valoración negativa, nada lo impide en la ley 5/2006.

Pero el impulso más significativo al estatuto e independencia de los organismos reguladores económicos vino de la mano de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de *Economía Sostenible*.

La ley 2/2011 abordó una vistosa reforma horizontal de los reguladores económicos (CNE, CMT, CNSP CNJ y, en parte, de la CREA y CNC) que, en honor a la verdad, innovó escasamente las previsiones que ya contenían sus respectivas leyes específicas e introdujo tímidas mejoras en las notas definitorias de su independencia. Lo que no impide reconocer la declarada voluntad de incremento de su independencia, transparencia y eficacia que acompañaba a nuevas previsiones como la reducción del número de miembros o la mejora de los instrumentos de rendición de cuentas ante el Parlamento.

La «independencia formal-institucional» de los reguladores —construida inicialmente sobre el reconocimiento de su personalidad jurídica propia, su plena capacidad pública y privada, su autonomía orgánica y funcional— alcanzó su máxima realización al consagrarse su efectiva «independencia jurídica» a través de la plena y directa impugnabilidad de sus actos ante la jurisdicción contencioso-administrativa³². A saber, más allá de la exigencia declarativa («no podrán solicitar o aceptar instrucciones de ninguna entidad pública») —pero sin reproche jurídico por su incumplimiento— de una plena independencia frente a las Administraciones Públicas, se impone una regla jurisdiccional que, al entender que la resolución del órgano regulador agota la vía administrativa y posibilita la directa impugnación de sus actos ante la jurisdicción ordinaria, zanja cualquier pretensión «efectiva» de injerencia administrativa-gubernamental. De hecho, la intervención gubernamental sobre los sectores regulados queda explícitamente restringida al ejercicio de su potestad normativa (sea de naturaleza reglamentaria o legislativa).

La ley 2/2011 puso, sin embargo, un énfasis especial en evitar *la captura del regulador* por los sectores económicos regulados al proclamar su independencia ante «cualquier interés empresarial o comercial». Pero esta genérica afirmación no tendría valor jurídico alguno si no fuera acompañada de reglas jurídicas precisas dirigidas a evitar dicha captura. En particular, persiguen cumplir tal fin las normas destinadas a regular el régimen de incompatibilidades presentes y futuras de los Presidentes o Consejeros de estos órganos.

Durante el ejercicio del cargo, el régimen de incompatibilidades sobre actividades institucionales, públicas, privadas, económicas o profesionales impuesto a los altos cargos de la Administración General del Estado en la mencionada ley 5/2006, garantizaba una escrupulosa independencia del regulador frente al poder político y los sectores regulados. Pero peor resuelto quedaba el modo en que dicha independencia podía verse afectada por actividades del directivo realizadas con anterior-

32 Al respecto, véase ARIÑO ORTIZ, G.: «El control judicial de las entidades reguladoras. La necesaria expansión del Estado de Derecho», *Revista de Administración Pública*, núm. 182, 2010, pp. 9 a 37.

ridad y/o posterioridad al ejercicio del cargo y que pudieran estar vinculadas con su actividad reguladora. Aunque, en principio, pareciera que, durante los dos años anteriores y posteriores al ejercicio del cargo, debiera existir un escrupuloso apartamiento de las empresas relacionadas con el sector regulado, lo cierto es que las reglas inhibitorias o de abstención y prohibición posibilitaban un notable angostamiento de las limitaciones previstas para futuros o antiguos miembros de órganos reguladores.

Algo similar ocurría con la «independencia política» de los reguladores que se pretendía frente al Gobierno. Habida cuenta de la generalización del nombramiento gubernamental, la independencia política se fiaba casi exclusivamente a la regla de la inamovilidad y a la prohibición de reelección de los miembros de su Consejo integrado por Presidente y seis Consejeros. Así, el cese anticipado sólo podía derivar de *causas tasadas* y jurídicamente verificables: renuncia, incompatibilidad sobrevinida, condena por delito doloso, incapacidad permanente, incumplimiento grave de los deberes del cargo o incumplimiento de las obligaciones sobre incompatibilidades, conflictos de interés y deber de reserva.

Un salto cualitativo hacia su «autonomía política» supone la potenciación de la relación operada por la ley 2/2011 entre órgano regulador y Parlamento. Singularmente novedoso resultaba el que la comparecencia parlamentaria previa al nombramiento gubernamental de las personas propuestas como Presidente y Consejeros tuviera por objeto no sólo realizar un examen de idoneidad analizando la capacidad de los candidatos sino, también, del proyecto de actuación sobre el organismo y sobre el sector regulado de su Presidente. Además, también el Ministro proponente debía someterse a este trámite parlamentario explicando y/o justificando las propuestas de candidatos³³. Esta norma vino a consagrar un auténtico «control parlamentario» directo de los órganos reguladores al exigirles enviar cada año a la Comisión parlamentaria correspondiente la Memoria Anual de actividades, el Informe Económico Sectorial Anual y el Plan de Actuaciones y, adicionalmente, cada tres años, una Evaluación de sus planes de actuación y los resultados obtenidos en el sector. Todo ello incrementaría la transparencia de los reguladores y posibilitaría un auténtico control parlamentario directo.

Aunque casi todas las reglas anteriores ya resultaban predicables de algunos de los organismos reguladores (particularmente, de la CNC), constituyó una singularidad notable el diseño institucional del CEMA: 1) el nombramiento gubernamental de la Presidencia y de sus seis consejerías debía proceder de propuestas adoptadas por el Congreso de los Diputados por mayoría de 3/5; 2) sólo en ausencia de dicha mayoría cualificada transcurridos dos meses desde la primera votación en el Congreso, la Cámara podía designarlos por mayoría absolu-

³³ En la práctica, como es bien sabido, se imponía el «sistema de cuotas» entre partidos políticos. Finalizando la Legislatura IX (2008-2011), el Gobierno del PSOE nombró a buena parte de los cargos vacantes en los organismos reguladores con afines y con propuestas por otros partidos con representación parlamentaria pero dejó pendiente de nombramiento los puestos de la *cuota* del PP.

ta; 3) en consecuencia, se trataba de la única Administración independiente de extracción parlamentaria mediante consenso político cualificado. Además, una hipotética separación de sus miembros por acuerdo del Consejo de Ministros, «por incapacidad permanente para el ejercicio de su función, incompatibilidad sobrevinida e incumplimiento grave de sus obligaciones» debería ser ratificada por el Congreso de los Diputados por mayoría de 3/5. Nos hallábamos, por lo tanto, en un nivel superior de independencia respecto del resto de reguladores acompañado de un mayor control parlamentario que afectaba, incluso, al cese.

III. CAUSAS RECONOCIDAS E INTUIDAS DE LA FUSIÓN DE LOS REGULADORES EN LA CNMC

A) Ahorro económico

El argumento fundamental del Gobierno del PP³⁴ para justificar esta fusión de los reguladores en la CNMC fue el ahorro económico. Así lo anticipaba el *Informe sobre la reforma de los organismos supervisores* presentado por la Vicepresidenta y Ministra de la Presidencia en el Consejo de Ministros de 24 de febrero de 2012 previo a la elaboración del *Anteproyecto de Ley de reforma de organismos supervisores*³⁵: coste excesivo de los reguladores, reducción de las trabas administrativas, simplificación regulatoria y austeridad y profesionalidad del sector público.

El Preámbulo de la ley 3/2013 insiste en las mismas razones de austeridad: «en el entorno de austeridad en el que se encuentra la Administración Pública, se deben aprovechar las economías de escala derivadas de la existencia de funciones de supervisión idénticas o semejantes, metodologías y procedimientos de actuación similares y, sobre todo, conocimientos y experiencia cuya utilización en común resulta obligada»³⁶.

³⁴ El *Programa Electoral* con el que el Partido Popular concurrió a las elecciones generales del 20 de noviembre de 2011 ya avanzaba la siguiente propuesta: «Redefiniremos la organización y funciones de los organismos reguladores sobre la base de los principios de independencia, profesionalidad, austeridad y eficacia» (p. 155).

³⁵ www.bitacora.lasindias.com/files/2012/03/anteproyecto-de-ley-1.pdf

³⁶ El argumentario gubernamental cuantificaba el ahorro derivado del paso de 50 consejeros del conjunto de reguladores a los 10 de la CNMC: «La creación de la CNMC supondrá un ahorro de 28 millones», *El País*, 6/6/2013 (http://economia.elpais.com/economia/2013/06/06/actualidad/1370519094_817515.html). La propia *Memoria de Análisis del Impacto Normativo* de 27 de septiembre de 2012, cifraba en casi 19 millones el ahorro derivado de no crear las tres autoridades sectoriales pendientes de constitución: CEMA, CNJ y CREA (pp. 42 y 43). Singularmente críticos con este argumento «economicista», LLOBET, G.: «Organismos Reguladores y Autoridades de Competencia, ¿Mezclar o Agitar?», 15 de noviembre de 2012 (<http://www.fedeablogs.net/economia/?p=25895>); y, tanto con la fusión de los reguladores económicos y la autoridad de competencia como, incluso, con la supresión de los órganos autonómicos de defensa de la competencia, RUIZ PERIS, J.I.: «La reforma institucional del Derecho de la competencia español», *Diario La Ley*, núm. 8015, 4 de febrero de 2013 (http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/aplicaciones/boletin/publico/Boletin52/Articulos_52/peris.pdf). Especialmente crítico con la existencia de dichas autoridades au-

B) Eficiencia y seguridad jurídica en el cumplimiento de los objetivos regulatorios

El *Informe sobre la reforma de los organismos supervisores* presentado al Consejo de Ministros de 24 de febrero de 2012 añadía algunos genéricos (pero ayunos de contraste y prueba) argumentos justificadores de la reforma que se focalizaban en la búsqueda de la eficiencia³⁷ y la seguridad jurídica: maximizar el bienestar del consumidor; garantizar el correcto funcionamiento de los mercados en un entorno competitivo; incrementar la eficiencia en la asignación de los recursos públicos; evitar duplicidades y solapamiento de funciones.

El Gobierno partía de una premisa que sería ampliamente contestada: que un único órgano supervisor, frente a la diversidad anterior, mejoraría la calidad supervisora por fortalecer el conocimiento técnico, sectorial y de competencia y la independencia y neutralidad al minimizar el riesgo de captura de los reguladores. Por último, otro de los argumentos gubernamentales de partida no admitía refutación³⁸ ante las debilidades inherentes al preexistente sistema supervisor: la necesidad de preservar la seguridad jurídica mediante la clarificación de competencias, aplicación de criterios regulatorios homogéneos, armonización entre la política sectorial y de competencia³⁹ y reducción de la incertidumbre regulatoria⁴⁰.

El Preámbulo de la ley 3/2013 añadiría un argumento adicional al aventurar una hipotética tendencia internacional dirigida a fusionar las autoridades reguladoras relacionadas por actividades similares ejemplificándola en la integración de autoridades reguladoras operada en los Países Bajos: «La situación actual en España, en la que se ha aprobado la creación de ocho organismos supervisores vinculados a los mercados de productos y de servicios y se ha previsto la creación de otro más, debe evolucionar hacia los modelos que se están implantando en los países de nues-

tonómicas, MARCOS, F.: «Autoridades autonómicas de defensa de la competencia en vías de extinción», *Revista de Administración Pública*, núm. 188, 2012, pp. 337 a 363.

37 Tras analizar la implantación de organismos reguladores en los niveles estatal y federal de EEUU, J. ESTEVE PARDO llega a la siguiente conclusión: «en España se dan unas condiciones, geográficas y de población, que están en el límite de la justificación de una autoridad regulatoria única. En cualquier caso, carecerían de sentido las agencias reguladoras de ámbito regional o autonómico» («Sobre la estabilidad de la regulación. Fórmulas de equilibrio y frentes de riesgo», *Regular en tiempos de crisis*, Documento 4, Círculo Cívico de Opinión, 24 de mayo de 2012, Madrid, p. 25).

38 Como ilustra el Preámbulo de la ley 3/2013: «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».

39 No en vano, así venía siendo advertido, por ejemplo, por BACIGALUPO SAGGESE, M.: «La coordinación de la Comisión Nacional de la Competencia con los reguladores sectoriales en la nueva Ley de Defensa de la Competencia», *Revista de Administración Pública*, núm. 174, 2007, pp. 395 a 419.

40 Sin embargo, para lograr tales objetivos, se formularon propuestas alternativas de fusión como la de pasar a tres reguladores (energía, transporte y comunicaciones) actuando la CNC como organismo tutelante (DELGADO, J., GARCÍA COBOS, J. y GARCÍA DÍAZ, A.: «La reforma de los Organismos de Regulación (I): Los límites a la integración», 21/2/2012, <http://www.fedeablogs.net/economia/?p=18939>).

tro entorno». Pero lo cierto es que, como ya se ha advertido⁴¹, más que ante una tendencia posiblemente nos hallemos ante un hecho aislado de beneficios/perjuicios aún desconocidos: sólo los Países Bajos poseen un sistema con características similares al fusionar, desde el 1 de abril de 2013, las Autoridades Nacionales de la Competencia, de Protección de los Consumidores y los reguladores postal y de telecomunicaciones. En Alemania, por el contrario, la supervisión de los sectores regulados la realiza un único organismo pero la Autoridad de la competencia tiene carácter autónomo⁴².

Por último, lejos de anclar esta reforma de los reguladores en el obligado cumplimiento del derecho europeo, el Preámbulo de la ley 3/2013 enarbolaba una *excusatio non petita* para justificar el debilitamiento de los poderes regulatorios del nuevo organismo y su transferencia parcial a instancias gubernamentales: «La normativa europea prevé la existencia de autoridades reguladoras nacionales independientes, dotándolas de misiones, objetivos y competencias concretas. No obstante, las competencias de las comisiones en España son más amplias que las requeridas por la normativa europea, en lo referente a la política sectorial, la concesión y revocación de títulos habilitantes para el ejercicio de determinadas actividades, el asesoramiento al Gobierno y el estudio e investigación de los sectores». Sin lugar a dudas, las críticas de las instituciones europeas y la amenaza de apertura de un procedimiento de infracción por vulneración del Derecho europeo, estaba ya presente en el ejercicio de esta iniciativa legislativa.

C) El desbancamiento anticipado de los nombramientos del PSOE

Los argumentos exhibidos por el Gobierno del PP para impulsar esta reforma no iban a ocultar las evidentes sospechas de que su *ratio* última perseguía desarbolar las estructuras existentes⁴³ para desbancar los numerosos nombramientos

41 GONZÁLEZ-PARAMO, C y GARRIDO, S.: *La nueva Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*, Hogan Lovells, junio, 2013, p. 2.

42 Los argumentos favorables a la fusión pueden encontrarse, como es lógico, en el Informe de PWC en el que se sustentó la propuesta gubernamental: *Modelo organizativo de las autoridades nacionales de regulación y competencia en España. Telefónica España...* pp. 19 a 22. A favor de la fusión de los reguladores sectoriales (para fortalecerlos y evitar su «captura») pero muy crítico con su unificación con la autoridad de competencia (por perseguir objetivos distintos y usar métodos diferentes), BROKELMANN, H.: «Competencia y regulación en la nueva CNMC», *Cinco días*, 27 de febrero de 2012. En el mismo sentido, A. COSTAS afirma: «Si va adelante, seremos el único país que actúa de esta forma. Solo con esto es suficiente para saber que nos estamos equivocando. Poner juntos a los defensores de la competencia con los reguladores sectoriales es como mezclar churras con merinas. No tienen los mismos objetivos. La Comisión de Competencia defiende el interés de los consumidores. Los organismos reguladores sectoriales, como la Comisión de Telecomunicaciones, buscan que las empresas maximicen la inversión eficiente» («Una fusión explosiva», 3/3/2013, http://economia.pais.com/economia/2013/03/01/actualidad/1362144382_919892.html).

43 En opinión de A. BETANCOR: «¿Están justificados unos reguladores que son los brazos ejecutores de los criterios políticos en los sectores económicos correspondientes? La respuesta es necesariamente negativa. Los reguladores, o son independientes, o son innecesarios. La supresión se plantea como una alternativa viable. No es un accidente el que se haya planteado la reforma de los reguladores e, incluso, la refundición y supresión de algunos. Su politización los ha convertido en peles en manos del debate político. Hoy más que nunca son prescindibles» («Mínimos reguladores, mínima regulación, mínima restricción y mínima

en los órganos reguladores efectuados por el Gobierno del PSOE finalizando la IX Legislatura⁴⁴.

Las hemerotecas de 2011 ilustran la posición mantenida por el PP frente a la intención del Gobierno del PSOE de cubrir las vacantes existentes en los organismos reguladores y su crítica ante la afinidad y vinculación gubernamental de numerosos aspirantes. El 18 de abril de 2011 un comunicado de prensa del PP publicado en su web oficial bajo el título *El PP pide que la elección de los órganos reguladores requiera acuerdos entre los grupos políticos* ponía en boca de Cristóbal Montoro, portavoz económico del PP en la oposición y, posteriormente, Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, lo siguiente: «se trata de un asunto “importante”, porque el Gobierno introdujo en la Ley de Economía Sostenible la intención de llevar adelante una política de nombramientos con la que el PP no está de acuerdo, por lo que ha advertido que un futuro Gobierno del Partido Popular “no respetará” esos nombramientos porque entiende que el Gobierno está utilizando un procedimiento “espurio”»⁴⁵. En el mismo sentido, el entonces diputado José Luis Ayllón y, posteriormente, Secretario de Estado de Relaciones con las Cortes, en un encuentro con periodistas en el Congreso, consideraba «vergonzoso» que el Ejecutivo estuviera colocando secretarios de Estado al frente de los órganos reguladores y remarcaba que «el Ejecutivo “no ha tenido interés en pactar con el PP” y que no “respetará” estos nombramientos si llega a la Moncloa»⁴⁶.

IV. LAS CRÍTICAS EUROPEAS A LA FUSIÓN DE LOS REGULADORES EN LA CNMC

A) La preceptiva independencia de la CNMC por la absorción de sectores regulados

La generalización de la independencia de los organismos reguladores nacionales no deriva, curiosamente, de un mandato global proveniente del derecho europeo. Ni los Tratados constitutivos⁴⁷ ni el Derecho derivado europeo extienden a la

distorsión a los mercados», *Regular en tiempos de crisis*, Documento 4, Círculo Cívico de Opinión, 24 de mayo de 2012, Madrid, p. 36).

⁴⁴ Así lo apuntaba T. DE LA QUADRA-SALCEDO: «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 ... para ejercer un pleno control de los importantes sectores económicos afectados» («A la confusión por la fusión»..., p. 21).

⁴⁵ http://www.pp.es/actualidad-noticia/pp-pide-que-eleccion-organos-reguladores-requiera-acuerdos-grupos-politicos_4611.html.

⁴⁶ Declaraciones a *Europa Press* el 3 de junio de 2011.

⁴⁷ De hecho, el Derecho Originario europeo sólo prevé la independencia del poder político de dos organismos bien diferenciados: el Banco Central Europeo y las Autoridades de Protección de Datos. Los arts. 6 TUE, 8 CDFUE y 16 TFUE vienen a consagrar el derecho a la protección de los datos de carácter personal e imponen que «el Parlamento Europeo y el Consejo establecerán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, las normas sobre protección de las personas físicas respecto del tratamiento de datos

totalidad de los sectores regulados la obligada existencia de Autoridades independientes ni, en particular, la defensa de la competencia en el mercado único resulta exigida preceptivamente a autoridades nacionales independientes⁴⁸.

Sin embargo, algunos sectores regulados han sido progresivamente objeto de tal mandato: televisión, servicios postales, aeropuertos, energía, comunicaciones electrónicas y transporte ferroviario.

La Directiva 2007/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modificaba la Directiva 89/552/CE del Consejo sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva (*Televisión sin fronteras*) también apostó por avalar la independencia de las Autoridades nacionales de regulación⁴⁹ en su nuevo art. 23 *ter*: «Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para intercambiar mutuamente y facilitar a la Comisión la información necesaria para la aplicación de las disposiciones de la presente Directiva ..., en especial a través de sus organismos reguladores independientes».

La Directiva 2008/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de febrero de 2008, por la que se modificaba la Directiva 97/67/CE en relación con la plena realización del mercado interior de *servicios postales* estableció las normas comunes para «la creación de autoridades nacionales de reglamentación indepen-

de carácter personal por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, así como por los Estados miembros en el ejercicio de las actividades comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, y sobre la libre circulación de estos datos. El respeto de dichas normas estará sometido al control de autoridades independientes».

48 Ahora bien, como se desprende del Acuerdo de 8 de noviembre de 2011 del Grupo de Trabajo sobre Operaciones de Concentración de la UE denominado «Buenas prácticas en materia de cooperación entre Autoridades Nacionales de Competencia de la UE en el control de concentraciones», de *la Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia* (Boletín Oficial C 101, 27.4.2004) y del *Joint Statement of the Council and the Commission on the functioning of the Network of Competition Authorities*, la obligación de mutua cooperación entre las Autoridades Nacionales de la Competencia invita a que éstas gocen de un estatuto común en el conjunto de la Unión Europea (http://ec.europa.eu/competition/ecn/joint_statement_es.pdf). De hecho, el Considerando (6) del Reglamento (CE) n° 1211/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, por el que se establece el Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas (ORECE) establece: «es necesario reforzar el Grupo de entidades reguladoras europeas y darle realce en el marco regulador de la UE como Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas (ORECE). El ORECE no debe ser ni una agencia de la Comunidad ni tener personalidad jurídica. El ORECE debe reemplazar al Grupo de entidades reguladoras europeas y actuar como un foro exclusivo para la cooperación entre las ANR entre sí y entre las ANR y la Comisión en el ejercicio de todas sus responsabilidades con arreglo al marco regulador de la UE. Debe actuar como punto de referencia y generar confianza en virtud de su independencia, la calidad de su asesoramiento e información, la transparencia de sus procedimientos y métodos de funcionamiento, y su diligencia en el desempeño de sus tareas».

49 El Considerando (65) de esta Directiva afirmaba: «De acuerdo con los cometidos que el Tratado confiere a los Estados miembros, estos son responsables de la transposición y de la aplicación efectiva de la presente Directiva. Son libres de escoger los instrumentos convenientes de acuerdo con sus tradiciones jurídicas y las estructuras establecidas, y en particular la forma de sus organismos reguladores independientes competentes, a fin de poder llevar a cabo su labor de aplicación de la presente Directiva de manera imparcial y transparente. Más concretamente, los instrumentos elegidos por los Estados miembros deben contribuir a fomentar el pluralismo de los medios de comunicación».

dientes» (art. 1)⁵⁰ en los términos establecidos en su art. 22 (cada Estado miembro debe designar una o más autoridades nacionales de reglamentación para el sector postal, jurídicamente distintas y funcionalmente independientes de los operadores postales y deben existir a nivel nacional mecanismos eficaces de recurso ante un organismo independiente) y en el Considerando 47 (disponer de los recursos necesarios en cuanto a personal, competencia y medios financieros para el cumplimiento de su misión).

La Directiva 2009/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2009, relativa a las *tasas aeroportuarias*, constituye otro claro ejemplo⁵¹ de impulso a la independencia de los organismos reguladores nacionales⁵² al consagrarla en su art. 11: «Autoridad de supervisión independiente. 1. Los Estados miembros nombrarán o establecerán una autoridad independiente como autoridad de supervisión nacional independiente para garantizar la correcta aplicación de las medidas adoptadas para cumplir lo dispuesto en la presente Directiva». Este precepto, lejos de predeterminar los rasgos de independencia de la autoridad reguladora nacional, se limita a imponer a los Estados miembros la obligación de preservar que «sea jurídicamente distinta y funcionalmente independiente de cualquier entidad gestora de aeropuerto y compañía aérea (y ejerza sus competencias de modo imparcial y transparente» —para lo cual, habilita un mecanismo de financiación de la autoridad de supervisión independiente mediante tasas a los usuarios y entidades gestoras de los aeropuertos—.

La Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se derogaba la Directiva 2003/54/CE, reforzaba el estatuto de las autoridades reguladores nacionales del sector de la *energía* y preveía (art. 35: «Designación e independencia de las autoridades reguladoras») la creación de una única autoridad

50 Su Considerando (47) afirmaba: «Es previsible que la función de las autoridades nacionales de reglamentación siga siendo crucial, en particular en aquellos Estados miembros en los que la transición a una situación de competencia no ha concluido aún. De conformidad con el principio de separación de las funciones reguladoras y las funciones operativas, los Estados miembros deben garantizar la independencia de las autoridades nacionales de reglamentación con el fin de asegurar la imparcialidad de sus decisiones. Este requisito de independencia se entiende sin perjuicio de la autonomía institucional y las obligaciones constitucionales de los Estados miembros, ni del principio de neutralidad con respecto al régimen de la propiedad en los Estados miembros establecido en el artículo 295 del Tratado. Las autoridades nacionales de reglamentación deben disponer de todos los recursos necesarios en cuanto a personal, competencia y medios financieros para el cumplimiento de su misión».

51 No en vano, el Preámbulo del Real Decreto-ley 11/2011, de 26 de agosto, por el que se creaba la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria, mostraba el impacto de la Directiva 2009/72/CE. «La existencia de un organismo regulador, independiente y con la capacidad suficiente para poder velar por el cumplimiento de los principios de transparencia, no discriminación, objetividad y eficiencia en los procesos de determinación y actualización de las tarifas aeroportuarias, es un requisito derivado de la Directiva 2009/12/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo».

52 Así lo confirma el Considerando (12) de la Directiva: «Con el fin de garantizar la imparcialidad de sus decisiones y la aplicación correcta y eficaz de la presente Directiva conviene establecer en cada Estado miembro una autoridad de supervisión independiente. Esta autoridad debe disponer de todos los recursos necesarios en cuanto a personal, competencias y medios financieros para el ejercicio de sus funciones».

reguladora a escala nacional, jurídica y funcionalmente independiente de cualquier otra entidad pública o privada⁵³ que debía ver garantizado el ejercicio de sus competencias con imparcialidad y transparencia. A tal fin, los encargados de su gestión debían actuar con independencia de cualquier interés comercial y no pedir ni aceptar instrucciones directas de ningún gobierno ni de ninguna otra entidad pública o privada para el desempeño de sus funciones reguladoras. Además, los Estados miembros debían proporcionarles dotaciones presupuestarias anuales separadas con autonomía en la ejecución del presupuesto asignado, recursos humanos y financieros adecuados. Los reguladores debían ser nombrados para un mandato fijo de entre cinco y siete años, renovable una sola vez y solo podían ser destituidos anticipadamente por dejar de cumplir las condiciones precedentes o ser declarados culpables de falta conforme al Derecho interno.

La Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009 por la que se modificaban la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de *comunicaciones electrónicas*, la Directiva 2002/19/CE relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, y la Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, introdujo las siguientes novedades⁵⁴: «las autoridades nacionales de reglamentación encargadas de la regulación *ex ante* del mercado o de la resolución de litigios entre empresas 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 legisla-

53 El Considerando (33) de la Directiva 2009/72/CE ya advertía que a pesar de que la Directiva 2003/54/CE obligaba a los Estados miembros a establecer unos reguladores con competencias específicas, la experiencia había demostrado que la eficacia de la regulación encontraba obstáculos en la falta de independencia de los reguladores respecto a los gobiernos y en la insuficiencia de poderes. Por ello, el Consejo Europeo, en su reunión de 8 y 9 de marzo de 2007, invitó a la Comisión a preparar propuestas legislativas que estableciesen más armonización de las competencias y mayor fortalecimiento de la independencia de los reguladores nacionales de energía tanto en los sectores de la electricidad como del gas. Además, en su Considerando (34) añadía que, para un adecuado funcionamiento del mercado interior de la electricidad, los reguladores de la energía debían poder tomar decisiones sobre todas las cuestiones de reglamentación pertinentes de forma totalmente independiente de cualquier otro interés público o privado (sin perjuicio del control jurisdiccional y parlamentario acorde al Derecho constitucional de los Estados miembros).

54 El Considerando (13) de esta Directiva 2009/72/CE ilustra: «Debe reforzarse la independencia de las autoridades nacionales de reglamentación para garantizar una aplicación más efectiva del marco regulador y para aumentar su autoridad y la previsibilidad de sus decisiones. A tal efecto, debe disponerse expresamente en el Derecho nacional que, en el ejercicio de sus cometidos, la autoridad nacional de reglamentación responsable de la regulación *ex ante* del mercado o de la solución de litigios entre empresas esté protegida de intervenciones exteriores o presiones políticas que puedan comprometer su evaluación independiente de los asuntos que se le sometan. Tal influencia exterior hace que un órgano legislativo nacional resulte inadecuado para actuar como autoridad nacional de reglamentación con arreglo al marco regulador. A tal efecto, deben establecerse desde el inicio las normas relativas a los motivos de cese del responsable de la autoridad nacional de reglamentación a fin de disipar cualquier duda razonable en cuanto a la neutralidad de este organismo y su impermeabilidad a factores exteriores. Es importante que las autoridades nacionales de reglamentación responsables de la regulación *ex ante* del mercado dispongan de su propio presupuesto, que les permita, en particular, contratar personal cualificado en número suficiente. Para garantizar la transparencia, este presupuesto debe hacerse público anualmente».

ción nacional por la que se aplique el Derecho comunitario» —sin perjuicio de su adecuación al Derecho constitucional nacional (art. 3). Para alcanzar tal independencia, los arts. 3 y 4 de la Directiva 2009/140/CE exigen a las Autoridades Nacionales cumplir los siguientes requisitos: 1) disponer de recursos financieros y humanos adecuados para desempeñar las tareas que se les hayan asignado; 2) atribuir únicamente a los organismos de recurso la facultad para suspender o revocar las decisiones de las autoridades nacionales de reglamentación; 3) cesar conforme a un procedimiento transparente y únicamente en caso de que se dejen de cumplir las condiciones requeridas para el ejercicio de sus funciones establecidas con anterioridad por el Derecho nacional; 4) disponer de presupuestos anuales separados; 5) posibilitar que cualquier usuario o empresa afectados por una decisión de una autoridad nacional de reglamentación puedan recurrir ante un organismo independiente de las partes (por ejemplo, un tribunal) con la experiencia adecuada.

Por último, la Directiva 2012/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de noviembre de 2012, por la que se establece un *espacio ferroviario* europeo único constituye el ejemplo más reciente de promoción de la independencia de las Autoridades Nacionales de regulación⁵⁵. Su art. 55 proclama: «1. Cada Estado miembro creará un único organismo regulador nacional para el sector ferroviario... dicho organismo será en el plano organizativo, funcional, jerárquico y de toma de decisiones una autoridad autónoma jurídicamente distinta e independiente de cualquier otra entidad pública o privada. Asimismo, será independiente de todo administrador de infraestructuras, organismo de cánones, organismo adjudicador y candidato en el plano de la organización, de las decisiones financieras, de la estructura legal y de la toma de decisiones. Además, deberá ser funcionalmente independiente de toda autoridad competente que participe en la adjudicación de un contrato de servicio público». Este mismo precepto completa los rasgos de la independencia de los organismos reguladores nacionales: 1) gestión y la dotación de personal del organismo regulador; 2) nombramiento con arreglo a normas claras y transparentes que garanticen su independencia de los poderes públicos por un período fijo y renovable o con carácter permanente y sólo removibles del cargo por razones disciplinarias ajenas a sus decisiones; 3) procedimiento transparente de selección basado en el mérito (competencia y experiencia) preferiblemente en el sector ferroviario; 4) independencia de cualquier interés comercial o empresa-

55 La necesidad de su existencia es apuntada en su Considerando (76): «La gestión eficiente y la utilización justa y no discriminatoria de la infraestructura ferroviaria requiere el establecimiento de un organismo regulador que supervise la aplicación de las normas establecidas en la presente Directiva...». La independencia del regulador se asentaría sobre su autonomía económica —«La financiación del organismo regulador debe garantizar su independencia y debe efectuarse o bien mediante el presupuesto del Estado o bien a través de las contribuciones del sector (Considerando 77)— y el procedimiento de nombramiento —«Los procedimientos de designación de personal deben contribuir a garantizar la independencia del organismo regulador, velando en particular por que la designación de las personas con poder decisorio se efectúe por una autoridad pública que no ostente directamente derechos de propiedad sobre las empresas reguladas. Siempre y cuando se cumpla esta condición, esta autoridad puede ser, por ejemplo, un parlamento, un presidente o un primer ministro» (Considerando 78)—.

rial elaborando una declaración anual de intereses, absteniéndose en los casos de empresas con las que hubieran mantenido conexión directa o indirecta en el año anterior al inicio de un procedimiento y no ocupando puestos profesionales en empresas reguladas durante el año siguiente al cese; 5) prohibición de instrucciones de ningún gobierno o entidad, pública o privada, en el ejercicio de sus funciones; 6) plena autoridad en la contratación y gestión del personal.

Este recorrido por las más recientes iniciativas europeas sobre los modelos de supervisión de los sectores regulados permite concluir que nos hallamos ante una expansiva tendencia favorable a la independización de los reguladores. De forma que, aunque la garantía de la competencia en el mercado único no descansa, en términos generales, sobre tal mandato, la atribución a la CNMC de competencias sobre la mayoría de los sectores regulados exige reconocerle un escrupuloso estatuto de independencia conforme con los estándares impuestos por el derecho europeo.

B) La CNMC: un modelo de independencia homologado con los estándares europeos

Las críticas de las instituciones europeas a la creación de la CNMC parecen centradas en la absorción gubernamental de competencias que deberían serle atribuidas a ésta y en la vulneración de la independencia de los anteriores reguladores provocada por su cese anticipado.

Sin embargo, se extiende un manto de duda sobre si el estatuto de la CNMC regulado por la ley 3/2013 garantiza la independencia preceptuada por el derecho europeo que conviene analizar.

El Capítulo I de la ley 3/2013 («Naturaleza y régimen jurídico») crea la CNMC, como organismo público de los previstos en la Disposición Adicional Décima de la LOFAGE⁵⁶, dotándola de «personalidad jurídica propia y plena capacidad

56 Recuérdese que este precepto viene a enumerar una relación de organismos (algunos de ellos tradicionalmente incluidos en la categoría «Administraciones Independientes») a los que sus respectivas leyes de creación atribuyen un estatuto singular de «autonomía» orgánico-funcional respecto del Gobierno pero sensiblemente reducida en materia de personal y régimen económico y presupuestario: «1. La Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Consejo de Seguridad Nuclear, las Universidades no transferidas, la Agencia Española de Protección de Datos, el Consorcio de la Zona Especial Canaria, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, el Museo Nacional del Prado y el Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía se regirán por su legislación específica y supletoriamente por esta Ley. El Gobierno y la Administración General del Estado ejercerán respecto de tales Organismos las facultades que la normativa de cada uno de ellos les asigne, en su caso, con estricto respeto a sus correspondientes ámbitos de autonomía. 2. Los Organismos públicos a los que, a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, se les reconozca expresamente por una Ley la independencia funcional o una especial autonomía respecto de la Administración General del Estado, se regirán por su normativa específica en los aspectos precisos para hacer plenamente efectiva dicha independencia o autonomía. En los demás extremos y, en todo caso, en cuanto al régimen de personal, bienes, contratación y presupuestación, ajustarán su regulación a las prescripciones de esta Ley, relativas a los Organismos públicos que, en cada caso resulten procedentes, teniendo en cuenta las características de cada Organismo. 3. En todo caso, los Organismos públicos referidos en los apartados 1 y 2 de esta disposición adicional estarán sujetos a las disposiciones de la Ley General Presupuestaria que les sean de aplicación».

pública y privada y actúa, en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines, con autonomía orgánica y funcional y plena independencia del Gobierno, de las Administraciones Públicas y de los agentes del mercado. Asimismo, está sometida al control parlamentario y judicial... (y) adscrita al Ministerio de Economía y Competitividad, sin perjuicio de su relación con los Ministerios competentes por razón de la materia en el ejercicio de las funciones» (art. 2). Añade el art. 3 que la CNMC actuará «con independencia de cualquier interés empresarial o comercial... En el desempeño de las funciones que le asigna la legislación, y sin perjuicio de la colaboración con otros órganos y de las facultades de dirección de la política general del Gobierno ejercidas a través de su capacidad normativa, ni el personal ni los miembros de los órganos de la CNMC podrán solicitar o aceptar instrucciones de ninguna entidad pública o privada».

La ley 3/2013 proclama, pues, una total *independencia institucional* de la CNMC frente a todo poder público o privado proscribiendo cualquier tutela, mandato o supervisión que no sea el estrictamente ejercido por el Poder Legislativo o el Poder Judicial.

En particular, el Gobierno tiene vetada cualquier injerencia en la actividad de la CNMC y su vínculo con el órgano regulador se limita a la adscripción formal al Ministerio de Economía y las inevitables relaciones que debe mantener con todo departamento gubernamental para el mejor cumplimiento de sus fines. Corolario expresivo de su desgubernamentalización resulta el que «los miembros del Gobierno y los altos cargos de las Administraciones Públicas» tengan vetada la mera asistencia a las reuniones del Consejo de la CNMC (art. 14.3). El Gobierno no podrá en modo alguno afectar el ámbito competencial de la CNMC salvo para ejercer la potestad normativa, esto es, mediante el ejercicio de la iniciativa legislativa o de la potestad reglamentaria a la que le habilite la legislación vigente. Ahora bien, esta declarativa independencia institucional tendría escaso valor si no fuera acompañada de la inequívoca regla de la *independencia jurídica* que consagra la ley 3/2013 al afirmar que los actos de la CNMC «dictados en el ejercicio de sus funciones públicas pondrán fin a la vía administrativa y no serán susceptibles de recurso de reposición, siendo únicamente recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa» (art. 36.2). Esto es, los actos del regulador agotan la vía administrativa, sin que quepa recurso revisor alguno ante instancia ministerial, y son directamente enjuiciables por la jurisdicción ordinaria.

Ahora bien, la independencia institucional no implica directamente *independencia política* y, además, no se alcanza sólo declarándola sino que, para que resulte efectiva, debe establecerse un sistema de garantías que alcance, particularmente al sistema de nombramiento y cese de los consejeros de la CNMC:

1.º El Consejo del CNMC es el órgano de gobierno (art. 14). El legislador ha apostado, por un órgano colegiado (como viene siendo habitual en la mayoría de los órganos reguladores) integrado por diez miembros (entre los que se incluyen a su Presidente y Vicepresidente). Se trata de una composición del órgano regulador

superior a la de los órganos preexistentes (entre 3, 5 y 7 miembros) pero que resulta razonablemente justificada en las necesidades propias de un órgano regulador que absorbe amplios sectores regulados que, conforme al marco legal previo a la absorción, quintuplicaban el número de consejeros.

2.º El nombramiento de los consejeros de la CNMC tiene un origen incuestionablemente gubernamental. El Consejo de Ministros procede a nombrarlos, a propuesta del Ministro de Economía y Competitividad⁵⁷, entre personas de reconocido prestigio y competencia profesional en su ámbito de actuación, previa comparecencia de los candidatos ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados y siempre que el Congreso, a través de la Comisión competente y por acuerdo adoptado por mayoría absoluta, no vete su nombramiento en el plazo de un mes: «transcurrido dicho plazo sin manifestación expresa del Congreso, se entenderán aceptados los correspondientes nombramientos» (art. 15).

La ley 3/2013 ha dado continuidad al sistema tradicional de designación de los reguladores que depositaba en el Gobierno una facultad exclusiva de propuesta y nombramiento con limitaciones formales de corto alcance: por un lado, la cualificación personal o profesional de los candidatos («personas de reconocido prestigio y competencia profesional en su ámbito de actuación») resulta notablemente abierta⁵⁸, posibilita el acceso de prácticamente cualquier aspirante⁵⁹ y dificulta notablemente su fiscalización jurídica⁶⁰; por otro, la intervención parlamentaria resulta harto limitada.

57 «Guindos tendrá la facultad de nombrar al “gran mandarín” de la Regulación y la Competencia», *El Confidencial*, 22 de julio de 2013 (<http://www.elconfidencial.com/economia/2013/06/07/guindos-tendra-la-facultad-de-nombrar-al-lsquo-gran-mandarin-rsquo-de-la-regulacion-y-la-competencia--122520>).

58 Lo que acaba conduciendo a críticas como las vertidas por el Gobierno sobre el Gobernador del Banco de España, Miguel Ángel Fernández Ordóñez, en mayo de 2012 con motivo de la actuación supervisora sobre el proceso de formación de determinadas entidades financieras como BANKIA. El 10 de mayo, Ignacio González, aseguraba que la «incapacidad y el desconocimiento» financiero de Fernández Ordóñez había llevado al Estado a tener que convertirse en accionista principal de Bankia. Y, pocos días más tarde, el Vicesecretario de Organización y Electoral del PP, Carlos Floriano, calificaba de «lamentable» la gestión del gobernador del Banco de España, Miguel Ángel Fernández Ordóñez, añadiendo que las labores de supervisión del Banco de España estaban puestas en cuestión «como consecuencia de una pésima gestión» (www.europapress.es, 14 de mayo de 2012). Por último, el mismo Ministro de Economía y Competitividad, Luis de Guindos, vertía nada veladas críticas al abogar el 21 de mayo por una «recuperación del prestigio» perdido por el Banco de España causada por el anterior Ejecutivo socialista al no elegir a un candidato a Gobernador de consenso para dirigirlo calificándolo como «un error tremendo», relacionado con los «problemas que han derivado en una crisis financiera profundísima», y aseguró que en su sustitución primaría la ausencia de «perfil político en favor de la «absoluta cualificación profesional».

59 De ahí que, «considerando, que el PP y el PSOE tienen una larga tradición de colocar afines, superbedientes o incompetentes en las instituciones que deberían ser independientes por no hablar de la utilización de estas instituciones para pagar favores», J. ALFARO y F. MARCOS elaboraron una «lista» de potenciales candidatos que cumplirían sobradamente tales condiciones («Modesta propuesta para mejorar la calidad de nuestras instituciones: buenos candidatos para la CNMC», 10 de mayo de 2013, <http://derechomercantilspana.blogspot.com.es/2013/05/modesta-propuesta-para-mejorar-la.html>).

60 Una visión crítica en CABRALES, A., LLOVET CODINA, G. y GANUZA FERNÁNDEZ, J.J.: «Superregulador: expertos independientes?», *El País*, 12/9/2013 (http://elpais.com/elpais/2013/09/11/opinion/1378893667_253607.html).

La práctica española de propuesta de candidatos se aleja notablemente de la seguida por las instituciones europeas y otros muchos países (por ejemplo, de Iberoamérica) e impide un acceso abierto para los posibles aspirantes que, incluso a título individual, pudieran postularse para dichos cargos y someterse a las correspondientes evaluaciones técnicamente objetivadas y, con posterioridad, a las comparecencias públicas en las que se examinara rigurosamente su idoneidad. Esta falta de transparencia y apertura del sistema de propuesta de candidatos a reguladores da pie, en buena medida, a las lacerantes críticas que hoy se vierten, en ocasiones, sobre los reguladores. Parte de la solución para superarlas podría encontrarse en una modificación del sistema de propuesta de candidatos que posibilitase: 1.º) concretar la vaga referencia legal al «reconocido prestigio y competencia profesional en su ámbito de actuación» mediante su objetivación (titulación, categoría profesional, tiempo de ejercicio mínimo, ámbitos de ejercicio, etc.) con anterioridad a su convocatoria pública; 2.º) abrir la facultad de propuesta de candidatos (hasta la fecha restringida al Gobierno a instancias del Ministro competente y previa captación del consenso parlamentario mediante el reparto de cuotas partidistas) a otras instancias representativas (universidades, colegios y asociaciones profesionales, administraciones territoriales, organizaciones sociales representativas, etc.) e, incluso, admitir la postulación individual; 3.º) evaluar técnicamente el cumplimiento de condiciones exigidas por un Comité cualificado encargado de elaborar una «lista corta» de aspirantes; 4.º) finalmente, de entre los aspirantes incluidos en dicha «lista corta», el Gobierno concretaría su propuesta de candidatos y le daría traslado al Parlamento para su examen de idoneidad.

La participación del Parlamento en el proceso de designación de la CNMC se formaliza como un aparente sistema de *veto/ratificación* cuyos efectos reales se han demostrado tradicionalmente inocuos. Con anterioridad a su nombramiento, los candidatos deberán comparecer ante la Comisión parlamentaria pertinente y, siguiendo lo previsto por la ley 5/2006 reguladora de los conflictos de intereses, someterse a examen y ser objeto del dictamen formal pertinente que en nada limita formalmente la decisión final del Gobierno. La ley 3/2013 no ha sometido formalmente a ratificación parlamentaria la propuesta de candidatos de la CNMC —siguiendo las pautas establecidas en la Ley 2/2011 de Economía Sostenible pero alejándose de la senda iniciada por la ley 7/2010 que establecía una mayoría cualificada de 3/5 para proponer candidatos al CEMA— pero ha incluido un sistema de veto parlamentario cuya novedad y utilidad resulta muy cuestionable puesto que la Ley 15/1980 de creación del Consejo de Seguridad Nuclear (CSN) ya incluía un mecanismo idéntico que nunca se ha activado ⁶¹.

61 Art. 5 de la Ley 15/1980 de creación del Consejo de Seguridad Nuclear: «1. El Presidente y Consejeros del Consejo de Seguridad Nuclear serán designados entre personas de conocida solvencia en las materias encomendadas al Consejo como las especialidades de seguridad nuclear, tecnología, protección radiológica y del medio ambiente, medicina, legislación o cualquier otra conexas con las anteriores, así como en energía en general o seguridad industrial, valorándose especialmente su independencia y objetividad de criterio. 2. Serán nombrados por el Gobierno, a propuesta del Ministro de Industria, Turismo y Comercio, previa comparecen-

A la vista de las previsiones anteriores, el nombramiento de los consejeros de la CNMC va a continuar irremediablemente la lógica preexistente sustentada en tres premisas medularmente presentes en el sistema político español: 1) sólo en las decisiones parlamentarias a las que el ordenamiento constitucional o legal impone alcanzar una mayoría cualificada superior a la mayoría absoluta (generalmente, 3/5) el Gobierno ve limitada su discrecionalidad y se ve obligado al pacto-político parlamentario traducido, habitualmente, en un sistema de «reparto de cuotas»; 2) el Gobierno que es investido por el Congreso de los Diputados ha gozado históricamente de un respaldo parlamentario (monocolor o multipartidista) equivalente, cuanto menos, a la mayoría absoluta que le permite resolver favorablemente cuantas decisiones parlamentarias requieren de tal mayoría; 3) aún presente la espada de Damocles que significa la premisa anterior para la minoría parlamentaria⁶², se ha impuesto la convención parlamentaria por la que todas las decisiones que atañen al nombramiento de órganos colegiados (veto, ratificación, dictamen, comparencias) satisfarán una representación políticamente plural sustentada en la asignación de «cuotas partidistas» acordes a la representatividad parlamentaria de cada grupo político⁶³. En otras palabras, satisfechos o no los acuerdos políticos previos, no es

cia de la persona propuesta para el cargo ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados, en los términos que prevea el Reglamento del Congreso. El Congreso, a través de la Comisión competente y por acuerdo de los tres quintos de sus miembros, manifestará su aceptación o veto razonado en el plazo de un mes natural a contar desde la recepción de la correspondiente comunicación. Transcurrido dicho plazo sin manifestación expresa del Congreso, se entenderán aceptados los correspondientes nombramientos».

62 De hecho, en el primer nombramiento de consejeros de la CNMC, el PSOE se negó a participar en la negociación y el Gobierno del PP siguió adelante con el nombramiento incluyendo en el pacto de cuotas a CIU y PNV: «El Gobierno propuso a las tres principales fuerzas políticas de la oposición, PSOE, CiU y PNV, nombrar a personas de su confianza para formar el consejo. Al PSOE le hubieran tocado dos, lo que hubiera dejado al PP con seis puestos. Sin embargo, el partido socialista ha rechazado proponer a dos consejeros porque no quiere participar de ninguna forma en este nuevo organismo... Así las cosas, y ante el rechazo del PSOE de nombrar a dos representantes, los diez consejeros son personas de confianza de tres partidos conservadores, PP, CiU y PNV. Pero, es más, tres de ellos trabajaban hasta ahora directamente en el Gobierno. Destaca el nombramiento de María Fernández Pérez, una joven funcionaria que estaba a las órdenes de Álvaro Nadal en la Oficina Económica y era la encargada de preparar las reuniones de la Comisión Delegada de Asuntos Económicos, es decir, la *cocina* de la política económica del Ejecutivo. Otras dos mujeres han sido designadas tras trabajar directamente en el Ejecutivo. Son María Ortiz y Clotilde de la Higuera. Ambas desempeñaban cargos en el Ministerio de Economía en el área de regulación y competencia. Las dos funcionarias son de la confianza de De Guindos, el ministro del ramo que también ostentó cargos en la dirección de Competencia» («La derecha copa los cargos del nuevo regulador que debe vigilar la competencia entre empresas», *eldiario.es*, 5 de septiembre de 2013, http://www.eldiario.es/economia/derecha-regulador-vigilar-competencia-empresas_0_172183292.html).

63 Así, lo demuestra el intento gubernamental de pactar la composición de la nueva CNMC que fue rechazado por el PSOE a pesar de la divergencia de criterio en el seno del grupo socialista: «Guindos tiende la mano al PSOE para que entre en el consejo del futuro regulador único», *El Confidencial*, 22 de julio de 2013 (<http://www.elconfidencial.com/economia/2013/05/09/guindos-tiende-la-mano-al-psoe-para-que-entre-en-el-consejo-del-futuro-regulador-unico-120494/>) y «El PSOE se rebela contra Rubalcaba por su renuncia a disponer de "antenas" en la nueva autoridad de competencia que vigilará el Ibex», 27 de marzo de 2014 (<http://vozpopuli.com/economia-y-finanzas/31054-el-psoe-se-rebela-contra-rubalcaba-por-su-renuncia-a-disponer-de-antenas-en-la-nueva-autoridad-de-competencia-que-vigilara-el-ibex>).

imaginable, con carácter efectivo⁶⁴, que el Parlamento apruebe veto alguno a la propuesta gubernamental de consejeros de la CNMC por lo que «se entenderán aceptados» dichos nombramientos a modo de *ratificación parlamentaria tácita*.

El sistema de nombramiento de la CNMC tiene, en consecuencia, idéntico grado de *politización* que el de cualquier otra magistratura de extracción gubernamental o parlamentaria que se sustente en un «sistema de cuotas». Tan difícil e ilógico es imaginar que los grupos políticos propongan candidatos que les resulten absolutamente ajenos (y, con ello, satisfacer una hipotética desvinculación partidista que preserve una quimérica «pulcritud política») como demasiado habitual que se designe a aspirantes cuyo mérito inmediato resida en la necesidad de satisfacer «favores políticos» (ex parlamentarios descabalgados de listas electorales, altos cargos gubernamentales con dudoso destino profesional futuro, etc.).

Ahora bien, «politización» y «falta de independencia política» no son conceptos necesariamente asimilables. Sin duda alguna, el sistema de cuotas comporta una *politización* que, en ocasiones, convertirá en correa de transmisión de los grupos políticos a los designados que, por falta de criterio⁶⁵, se presten a ello e infrinjan el estatuto de independencia que les otorga —y al que les obliga— el ordenamiento⁶⁶. Pero, como en el caso de la CNMC, el ordenamiento está sobrado de instrumentos jurídicos, como los que pasamos a exponer, dirigidos a preservar la independencia de los designados y a *emanciparlos* del origen político de su *nombramiento políticamente cuotificado*.

3.º La *inamovilidad* de los consejeros de la CNMC constituye la clave de bóveda de su independencia. Un mandato fijo de seis años, sin posibilidad de reelección (art. 15) —acompañado de un sistema rotatorio de renovación parcial cada dos años—, y la existencia de un elenco tasado de causas de cese no discrecional y jurídicamente fiscalizable constituyen el basamento histórico sobre el que se han construido e identifican las Agencias independientes⁶⁷.

64 De hecho, con motivo del primer nombramiento de consejeros de la CNMC, sólo UPyD formuló un testimonial veto contra tres candidatos propuestos por el Gobierno (que fueron rechazados por PP y CiU) y los nombramientos fueron «aprobados» por la Comisión de Economía del Congreso de los Diputados con dichos votos, la abstención de PSOE y UPyD y la no participación de Izquierda Plural.

65 Como afirma BETANCOR, A., «la independencia es una cualidad evanescente. Tanto como su propia importancia. Es tan evanescente que no hay garantía suficiente si falla la cualidad humana. No se puede ser independiente si no se quiere ser independiente. Y esto no se puede imponer. Se es o no se es. No hay norma que así lo imponga. El Derecho puede ofrecer medios para resistir las presiones. Puede ofrecer medios para garantizar la independencia frente a todos aquellos o aquello que quiere perturbarla. No puede, en cambio, asegurar el «querer ser independiente». Esta es una actitud moral y esencialmente personal» («Sobre la independencia del súper-regulador», 28 de septiembre de 2013, <http://andresbetancor.blogspot.com.es/2013/09/sobre-el-nombramiento-de-los-vocales.html>).

66 Una cruda denuncia en «Últimas noticias del regulador único: la hora del reparto del botín», 14 de mayo de 2013 (<http://hayderecho.com/2013/05/14/ultimas-noticias-del-regulador-unico-la-bora-del-reparto-del-botin/>).

67 De hecho, en Estados Unidos, país de origen del fenómeno, existe un amplio consenso en residenciar dicha independencia en la ausencia de un poder presidencial de remoción discrecional de los miembros de las *Independent Agencies*. La mayoría de las normas reguladoras de estas agencias establecen que el Presidente sólo podrá cesar a los comisarios por *buena causa* («incompetencia, abandono del servicio o conducta ilegal en el

Un mandato temporal de seis años debe estimarse razonable y, conjugado con un sistema de rotación parcial en los ceses/nombramientos, garantiza una solvente continuidad de criterio institucional sin incurrir en los riesgos inherentes a la patrimonialización/personalización de la institución.

Pocas reglas más saludables para el buen funcionamiento de un organismo regulador independiente como la que prohíbe la reelección de sus integrantes: aunque la tentación de agradecer y agradar al Gobierno que lo nombró —o al grupo político que lo postuló— resulta imposible de evitar, sí queda impedido el riesgo de complacerles para lograr la eventual renovación de un nuevo mandato. Aunque no es menos cierto que, a pesar de esta prohibición de reelección para idéntico cargo, el regulador agradecido puede pretender complacer al Gobierno o al grupo político que lo propuso con la expectativa de obtener «un nuevo destino» público al finalizar su mandato. Ninguna regla existe a fecha de hoy dirigida a evitar este riesgo y, en todo caso, debería reflexionarse sobre la pertinencia de incluir en el régimen de incompatibilidades futuras un «periodo de congelación» como el que se contempla para impedir la «captura del regulador» por el mercado.

Las *causas tasadas de cese* constituyen el anclaje jurídico de la garantía de la inamovilidad y de la proscripción de la remoción discrecional a pesar de la técnicamente defectuosa enumeración efectuada por el legislador en el art. 23: la «renuncia de los consejeros debe ser aceptada por el Gobierno» lo que pareciendo razonable para evitar hipotéticos «abandonos del servicio» parece absurdamente impedir la lógica renuncia libre y voluntaria; la «expiración del término del mandato» no va acompañada de las reglas —a la vista de esta realidad conflictual— necesarias para impedir una prolongada *prorrogatio* cuando el nombramiento de nuevos consejeros se dilata en el tiempo por la falta de consenso político; la «incompatibilidad sobrevenida» no constituye en sí misma una causa de cese sino que obliga a la inevitable renuncia —salvo que el consejero niegue su existencia y el Gobierno deba activar el procedimiento administrativo para su separación del cargo—. La «condena (¿firme?) por delito doloso o la declaración de incapacidad permanente (¿médica/laboral/civil?) se suman a las anteriores como causas objetivas de cese de los consejeros ajenas a cualquier valoración gubernamental.

desempeño del cargo») no existiendo un poder presidencial de cese basado en la oportunidad política o discrecionalidad. Se entiende que, si el legislador ha creado un órgano con poderes cuasijudiciales y normativos, éstos requieren independencia del Ejecutivo. La evolución de la doctrina del Tribunal Supremo en torno a la constitucionalidad de las *Independent Agencies* ha tenido sus más significativos pronunciamientos en la ausencia de poder presidencial de remoción. Aunque en el *Caso Myers v. US* (1926) el Tribunal Supremo juzgó inconstitucional el intento del Congreso de entrometer al legislativo en el ejercicio de tal facultad mediante la exigencia de autorización senatorial para la revocación de altos cargos administrativos —esta intervención del Congreso se articula a través del *impeachment*—, esta rígida aplicación del principio de separación de poderes quedó superada por el *Caso Humphrey's Executor v. US* (1935) donde se declaró la inconstitucionalidad del poder presidencial de remoción discrecional de los miembros de las *Independent Agencies* (sobre la *Federal Trade Commission*) buscando preservar su independencia del Ejecutivo dadas sus funciones cuasijudiciales. Posteriormente, el Tribunal Supremo reafirmó esta doctrina entendiendo, por ejemplo, que el miembro de un «órgano judicial» (*War Claims Commission*) no podía ser cesado por el Presidente sino por motivos tasados (*Wiener v. US*, 1958).

Sin embargo, a las anteriores, la ley 3/2013 añade otras causas de cese que requieren de la intervención gubernamental —«Mediante separación acordada por el Gobierno por incumplimiento grave de los deberes de su cargo o el incumplimiento de las obligaciones sobre incompatibilidades, conflictos de interés y del deber de reserva. La separación será acordada por el Gobierno, con independencia del régimen sancionador que en su caso pudiera corresponder, previa instrucción de expediente por el titular del Ministerio de Economía y Competitividad»— y aventuran la posibilidad de que el Gobierno pudiera hacer un uso espurio de tal facultad (cosa que, hasta la fecha, nunca ha ocurrido en la historia de los reguladores españoles⁶⁸). No obstante, esta separación gubernamental, lejos de resultar discrecional, debería encontrarse jurídicamente fundada y motivada y sería jurisdiccionalmente fiscalizable.

4.º La independencia de la CNMC frente a los sectores económicos regulados resulta garantizada mediante un estricto sistema de incompatibilidades y transparencia que, construido para evitar la *captura del regulador*, se proyecta sobre las actividades de los Consejeros realizadas antes, durante y después de ostentar tal condición: 1) tanto los consejeros como, incluso, directivos y empleados «que hayan prestado servicios profesionales en entidades de un mercado o sector en el que la CNMC ejerce su supervisión, deberán notificar cualquier derecho o facultad, cualquiera que sea su denominación, a reserva o recuperación de las relaciones profesionales, a indemnizaciones o a cualesquiera ventajas de contenido patrimonial» (art. 24); 2) los miembros de la CNMC ejercerán su función con dedicación exclusiva y, en tanto altos cargos de la Administración General del Estado les resultará aplicable el régimen de incompatibilidades previsto en la ley 5/2006, de 10 de abril, de conflictos de intereses (art. 22) que, en términos generales, impide realizar actividades públicas o privadas más allá de la gestión limitada del patrimonio personal; 3) durante los dos años posteriores a su cese, los consejeros de la CNMC no podrán ejercer actividad profesional privada alguna relacionada con los sectores regulados y la actividad de la CNMV y, por ello, percibirán una compensación económica —salvo desempeño remunerado de cualquier puesto de trabajo, cargo o actividad en el sector público o privado— (art. 22).

Resulta difícil imaginar fisuras en este completo andamiaje de garantía de la independencia dirigido a impedir el fenómeno de la *puerta giratoria* de acceso, en

68 Exceptuando el caso del cese discrecional del Director de la Agencia Catalana de Protección de Datos que ilustrábamos en RALLO LOMBARTE, A: «Política, Economía y derechos: la independencia de los reguladores (¿quo vadis?)»..., pp. 246 a 249. El 31 de mayo de 2005 el Govern de la Generalitat de Catalunya decidió la separación del entonces Director de la ACPD imputándole incumplimiento de sus obligaciones concernientes a la salvaguarda de la independencia y objetividad del organismo al amparo de art. 13.3 c) de la Ley 5/2002, de 19 de abril, de la ACPD -»separación acordada por el Gobierno, previa instrucción del correspondiente expediente, a propuesta de las tres cuartas partes de los miembros del Consejo Asesor, por incumplimiento de sus obligaciones, incompatibilidad, incapacidad sobrevenida para el ejercicio de sus funciones o condena por delito doloso». Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 9 de julio de 2008, anuló dicho cese por no haberse concretado la conducta que constituyó tal inobservancia o cercenación de atribuciones.

viaje de ida y vuelta, de profesionales y cargos públicos a sectores económicos regulados o a instituciones regulatorias. Aun así, existen algunos interrogantes que merecen plantearse.

En primer lugar, no existe impedimento temporal para el acceso directo *ex ante* desde los sectores económicos regulados (o, incluso, desde cargos públicos relacionados) al regulador. Esto es, así como queda prohibido que, durante los dos años posteriores al cese, un consejero no pueda incorporarse profesionalmente a una relevante empresa de telefonía o servicios, nada impide lo contrario: que un alto directivo de las mencionadas empresas pueda convertirse de la noche al día en consejero de la CNMC —cuando resulta obvio que sus decisiones podrían verse igualmente «contaminadas» por su inmediato antecedente profesional. Esto es, idéntica lógica podría invitar a prever un plazo similar de «congelación» de cualquier profesional de un sector regulado que aspirar a incorporarse a la CNMC. Una lectura similar podría merecer la pretensión de un alto cargo gubernamental conexo con un sector regulado (de nuevo, por ejemplo, telecomunicaciones o energía) de incorporarse al regulador.

En segundo lugar, la ley 3/ 2013 se ha hecho eco de los riesgos que para la CNMC puede acarrear la «contaminación» o tacha de falta de independencia no sólo de los consejeros sino, también, de su personal y directivos. A causa de la relevante acumulación competencial que lleva a calificar a la CNMC como *Frankenstein al servicio de la competencia*⁶⁹, esta ley ha robustecido extraordinariamente la figura y potestades del personal directivo sectorial y, al tiempo, con muy buen criterio, ha proyectado sobre éste un haz de reglas destinadas a garantizar su calidad e imparcialidad —selección mediante convocatoria pública basada en los principios de igualdad, mérito y capacidad (art. 26.3); obligación de notificar indemnizaciones u otras ventajas patrimoniales si hubieran trabajado en entidades de algún sector regulado; e, incluso, sometimiento al régimen de incompatibilidades previsto para los altos cargos en la ley 5/2006 (art. 25.3)— que, sin duda, aún admiten perfeccionamiento⁷⁰.

Por último, en tercer lugar, las reglas y prohibiciones establecidas para preservar la independencia del regulador frente a los sectores económicos tendrán un

69 Muy crítica con el nuevo modelo la visión de GÓRRIZ LÓPEZ, C.: «CNMC: ¿Frankenstein al servicio de la competencia?», 28 de junio de 2013 (<http://blogs.uab.cat/dretmercantil/2013/06/28/cnmc-frankenstein-al-servicio-de-la-competencia/>).

70 Habida cuenta de las importantes críticas que acompañaron algunos de los primeros nombramientos de esta naturaleza: como ocurrió con el acceso a la Dirección de Competencia de un familiar del Ministro de Economía y a la Subdirección de Industria y Energía de una hija del Ministro de Agricultura («La sobrina de Guindos y la hija de Cañete en la cúpula del CNMC», *La Vanguardia.com*, 27 de septiembre de 2013, <http://www.lavanguardia.com/economia/20130927/54388084836/sobrina-guindos-hija-canete-cnmc.html>) y su posterior renuncia el día siguiente a su nombramiento («La sobrina de Guindos dimite de su cargo en el nuevo superregulador» independiente», *El País*, 23/9/2013 (http://economia.elpais.com/economia/2013/09/27/actualidad/1380303669_364996.html)). Recomendable, el sarcástico comentario de VIDAL-FOLCH, X.: «Crimen perfecto», *El País*, 9 de enero de 2014, pp. 22 y 23.

efecto limitado si no existe un mecanismo de supervisión y control más efectivo que el hoy vigente en la ley 5/2006.

5.º) El *control parlamentario directo* sobre la CNMC constituye el obligado contrapunto a la independencia gubernamental. No admitiendo nuestro ordenamiento constitucional espacios públicos exentos de control, la desgubernamentalización de la CNMC preceptúa su sometimiento al control parlamentario directo en el ejercicio de sus actividades a través de específicas modalidades previstas en el art. 39 de la ley 3/2013: a) la comparecencia anual de su Presidente y, en su caso, consejeros ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados para exponer las líneas básicas de su actuación y sus planes y prioridades para el futuro conforme a su memoria anual de actividades y plan de actuación; b) la comparecencia parlamentaria periódica del Presidente a petición de la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados o del Senado; 3) una comparecencia parlamentaria especial del Presidente para debatir la evaluación del plan de actuación y los resultados de la CNMC cada tres años, esto es, en el ecuador de su mandato. Las anteriores previsiones posibilitan un intenso control parlamentario sobre la CNMC y, al tiempo, no impiden que las Cámaras puedan ejercer otras facultades de control sobre el órgano regulador (preguntas, interpelaciones, comisiones de estudio o investigación, etc.).

Una sola objeción cabe oponer al modelo de relaciones Parlamento-CNMC diseñado por la ley 3/2013: si la independencia del regulador impide el cese gubernamental discrecional y reserva su separación del cargo a supuestos legalmente reglados y jurídicamente fiscalizables, no resultaría excesivo imaginar situaciones distintas que aconsejaran el cese de un miembro del regulador pero, dejando al margen al Gobierno, depositaran en sede parlamentaria la capacidad de propuesta del mismo mediante acuerdos adoptados por mayoría cualificada superior, incluso, a la prevista para su veto en el proceso de nombramiento.

6.º) El régimen económico, financiero, presupuestario y de personal de la CNMC regulado en la ley 3/2013 ni es ni tiene porque ser «autárquico»⁷¹ para satisfacer las exigencias de independencia impuestas por el derecho europeo⁷². En términos

71 Así lo confirma la STJUE de 16 de octubre de 2012 (*Caso C-518/07, Comisión vs Austria*) al evaluar la independencia de la autoridad austríaca de supervisión (DSK) prevista en el art. 28.1 de la Directiva 95/46/CE: «no es necesario que la DSK disponga de una línea presupuestaria autónoma... para poder cumplir el requisito de independencia establecido en el artículo 28, apartado 1, párrafo segundo, de la Directiva 95/46. En efecto, los Estados miembros... pueden establecer que, desde el punto de vista del Derecho presupuestario, la autoridad de control dependa de un Ministerio determinado. No obstante, la atribución de los medios humanos y materiales que necesita tal autoridad de control no debe impedir que ejerza sus funciones «con total independencia» en el sentido del artículo 28, apartado 1, párrafo segundo, de la Directiva 95/46».

72 Más alarmistas resultan las siguientes manifestaciones: «A diferencia de los actuales reguladores, que tienen autonomía para gestionar los ingresos que obtienen a través de las tasas que cobran a los diversos operadores, se espera que la CNMC se financie sobre todo con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, y que este dinero sea gestionado por los Ministerios. En este sentido, el ministro de Industria ha confirmado que, efectivamente, habrá partidas presupuestarias para el supervisor, pero los fondos provendrán, sobre todo, de lo que se recaude por medio de tasas. No obstante, esto resulta difícil de creer, más aún si se tiene en cuenta que, a día de hoy, organismos como la Comisión Nacional de Competencia sólo ingresan el 10% por vía de dichas tasas. Y, aunque realmente se obtuviese el dinero suficiente como para que pueda ser auto-

generales, se enmarca en las reglas y controles (económicos, contables, jurídicos) a las que el ordenamiento somete al conjunto de las Administraciones Públicas conforme a los principios establecidos en el art. 103 de la Constitución. Aun así, la ley 3/2013, buscando otorgarle un grado superior de «autonomía» —que contribuya a intensificar su «independización»—, ha incluido algunas limitadas previsiones: a) con carácter excepcional, se podrán cubrir los puestos directivos en régimen laboral mediante contratos de alta dirección (art. 31.5); b) y le corresponde la elaboración del anteproyecto anual de sus Presupuestos (art. 34.1).

En definitiva, aunque perfectible, el diseño legal del estatuto de los miembros de la CNMC, de su régimen de control jurídico y parlamentario y su régimen jurídico conforma un modelo de «independencia» que, en términos generales, supera ampliamente los estándares europeos impuestos a los reguladores nacionales en las sucesivas normas europeas que contemplan su existencia⁷³.

C) El cese anticipado ex lege de los integrantes de los reguladores fusionados

Las críticas de las instituciones europeas no se ciernen tanto sobre una supuesta amenaza a la independencia de los miembros de la CNMC nombrados bajo el régimen impuesto la ley 3/2013 que la crea como sobre la efectiva vulneración de la independencia de los reguladores preexistentes que derivó de su cese anticipado por la entrada en vigor de la ley 3/2013.

No en vano su Disposición Adicional Segunda (*Extinción de organismos*) establecía que «la constitución de la CNMC implicará la extinción de la CNC, la CNE, la CMT, CNSP, el CRF, la CNJ, la CREA y el CEMA⁷⁴», todas las referencias de la legislación vigente a estos organismos deberán entenderse «realizadas a la CNMC o al ministerio correspondiente según la función de que se trate» y la Disposición Adicional Tercera (*Régimen especial de incompatibilidad e indemnización del Presidente, Vicepresidente y consejeros de los organismos que se extinguen*) establece el régimen indemnizatorio y de incompatibilidades aplicable a todos los consejeros cesados durante los dos años posteriores⁷⁵. Esto es, la entrada en vigor de la ley 3/2013 provocó el

suficiente, la CNMC seguiría teniendo que dar cuenta ante el Gobierno» («La falta de autonomía económica del nuevo marco regulador (CNMC) causa desconfianza entre los operadores», 28 de febrero de 2013, <http://www.ardigital.com/economia/noticias/5187/la-falta-de-autonomia-economica-del-nuevo-marco-regulador-cnmc-causa-desconfianza-entre-los-operadores/>).

⁷³ También podemos considerar cumplidos los criterios que, para entender garantizada su independencia y responsabilidad, contempla el Documento «Fundamentos de la eficacia de los organismos reguladores de la competencia» elaborado el 9 de mayo de 2011 por la Secretaría de la UNCTAD para la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo.

⁷⁴ Una crítica específica a la extinción del CEMA y a su sustitución por la CNMC en GAVARA DE CARA, J.C.: «Autoridades Independientes del Audiovisual: del CEMA a la CNMC», 21 de mayo de 2013 (<http://blocs.gencat.cat/blocs/AppPHP/eapc-rcdp/2013/05/21/autoridades-independientes-del-audiovisual-del-cema-a-la-cnmc-juan-carlos-gavara/>).

⁷⁵ Disposición Adicional Tercera de la Ley 3/2013 (*Régimen especial de incompatibilidad e indemnización del Presidente, Vicepresidente y consejeros de los organismos que se extinguen*): «1. Durante los dos años posteriores a su cese, el Presidente, el Vicepresidente y los consejeros de los organismos que se extinguen, no podrán ejercer

cese de numerosos consejeros de órganos reguladores a los que restaba por cumplir tiempo del mandato fijo original —apartándose de otras decisiones legislativas que habían respetado el agotamiento del mandato de consejeros anteriores⁷⁶—.

Pero, ¿puede el legislador suprimir libremente y sin condiciones una administración independiente? ¿puede producirse *ex lege* un cese anticipado del mandato vigente de los miembros de los reguladores ajeno a las causas tasadas legalmente establecidas? Las respuestas habrá que buscarlas tanto en el ordenamiento constitucional como en el derecho europeo.

a) *La lectura constitucional*

A priori nada cuestiona las conclusiones a las que llegábamos bastante tiempo atrás⁷⁷: 1) el legislador goza de libertad para crear y suprimir Administraciones independientes conforme al régimen constitucional previsto para el resto de órganos administrativos —«Los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la ley» (art. 103.2)—; 2) nada impide la creación de instituciones y órganos administrativos frente a los que el Gobierno ve debilitado su poder de dirección, al amparo del principio de legalidad en la organización administrativa consagrado en el art. 103.2 de la Constitución; 3) la equivalencia de rango normativo entre la ley 3/2013 y la ley 6/1997 (LOFAGE) ampara tanto la creación como la supresión legislativa de Administraciones independientes; 4) los mismos títulos habilitantes en los que se basa la libertad del legislador para crear Administraciones independientes (consenso en torno a demandas sociales, valores

actividad profesional privada alguna relacionada con el sector regulado, tanto en empresas del sector como para empresas del sector, en el caso de los Organismos Reguladores. En el caso de la Comisión Nacional de la Competencia, al cesar en su cargo, y durante los dos años posteriores, el Presidente y los consejeros no podrán ejercer actividad profesional privada alguna relacionada con la actividad de la Comisión. 2. En virtud de esta limitación, el Presidente, el Vicepresidente y los consejeros de los organismos que se extinguen, al cesar en su cargo, tendrán derecho a percibir, a partir del mes siguiente a aquel en que se produzca su cese y durante un plazo igual al que hubieran desempeñado el cargo, con el límite máximo de dos años, una compensación económica mensual igual a la doceava parte del ochenta por ciento del total de retribuciones asignadas al cargo respectivo en el presupuesto en vigor durante el plazo indicado. No habrá lugar a la percepción de dicha compensación en caso de desempeño, de forma remunerada, de cualquier puesto de trabajo, cargo o actividad en el sector público o privado en los términos previstos en el artículo 1 del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad». Esta previsión satisfacía la demanda planteada al Anteproyecto de Ley de creación de la CNMC por el Informe de la CNSP proponiendo la inclusión de una nueva disposición transitoria «en la que se resuelva sobre la situación de los miembros de los Consejos que cesan, sin haber cumplido el término de su mandato, como consecuencia de la entrada en vigor de la presente Ley» (www.cnspostal.es/.../Informes/Anteproyecto_Ley_Creaciona_CN...).

76 El Real Decreto-ley 15/2012, de 20 de abril, sobre el régimen de administración de la Corporación RTVE modificó el sistema de nombramiento de los miembros del Consejo de Administración de RTVE pero el nuevo sistema solo se aplicó a los vocales que habían agotado su mandato y se respetó la permanencia en el cargo de los vocales a los que restaba tiempo de mandato. En junio de 2012 se designaron cinco miembros del Consejo de Administración de RTVE pero quedaron pendientes de renovación hasta enero de 2013 las cuatro plazas pendientes de agotar su mandato (www.elpais.com, 6 de junio de 2012).

77 RALLO LOMBARTE, A.: *La constitucionalidad de las Administraciones independientes ...*, pp. 303 a 214.

constitucionalmente relevantes) justificarán su supresión; 5) el derecho europeo puede imponer al legislador nacional tanto la creación como la supresión de una Administración Independiente.

Sin embargo, esta libertad del legislador para crear o suprimir Administraciones independientes no ha dejado de plantear algunas dudas en el Derecho Comparado⁷⁸ cuando pudiera constituir «abuso de poder legislativo la abolición repentina e inmotivada»⁷⁹ de una Autoridad independiente. Ciertamente, la supresión legislativa de una Administración independiente creada por ley podría poner en jaque el principio constitucional de *interdicción de la arbitrariedad* de los poderes públicos (art. 9.3). Pero este límite constitucional a la acción del legislador ofrece notables dificultades hermenéuticas: «la calificación de “arbitraria” dada a una ley a los efectos del art. 9.3 exige también una cierta prudencia. La Ley es la “expresión de la voluntad popular”, como dice el preámbulo de la Constitución y como es dogma básico de todo sistema democrático... la discriminación entraña siempre una arbitrariedad, o bien, si aun no estableciéndola, carece de toda explicación racional, lo que también evidentemente supondría una arbitrariedad» (STC 108/86). Esto es, demostrar que la supresión legislativa de una Administración independiente «carece de toda explicación racional» implica negar que el legislador actúe en su legítimo ámbito de discrecionalidad pluralista. Obliga, en consecuencia, a identificar una voluntad del legislador dirigida a «debilitar el ejercicio de principios o derechos constitucionales»⁸⁰.

Ahora bien, nadie ha cuestionado la creación de la CNMC —y la supresión de los órganos reguladores preexistentes— por estimarla una decisión del legislador arbitraria por ausente de racionalidad. Aunque puedan existir amplias y legítimas discrepancias sobre los argumentos expuestos por el legislador en su Preámbulo para justificar la ley 3/2013 (ahorro económico, racionalización, eficiencia, etc.), incurriría en exceso estimar que la nueva institución y, en consecuencia, la supresión de las anteriores no satisface un juicio básico de racionalidad ajeno a la arbitrariedad.

Sin embargo, valoración distinta merece la concreta decisión del legislador de amortizar automáticamente los mandatos vigentes de los consejeros pertenecientes a los reguladores suprimidos. Esto es, para realizar el mencionado juicio debe diferenciarse entre la supresión de un organismo y el cese automático de sus miembros. Aunque aparentemente la supresión del órgano pareciera llevar aparejada la

78 En Francia, la Decisión del Consejo Constitucional francés de 16 de julio de 1984 (en el mismo sentido, sus Decisiones de 18 de diciembre de 1986 y de 17 de enero de 1987) reconoció expresamente el poder del legislador para suprimir una Administración independiente como la Comisión para la Transparencia de la Prensa negando, en consecuencia, la exigencia constitucional de una Autoridad Independiente para garantizar determinado derecho fundamental. No obstante, el Consejo Constitucional francés advirtió al legislador que la supresión mediante ley de una Autoridad independiente no podía privar de protección legal a un principio de valor constitucional.

79 MANETTI, M.: «Autorità indipendenti: tre significati per una costituzionalizzazione»..., p. 670.

80 STAMMATI, S.: «Tre questioni in tema di “autorità amministrative indipendenti”», *Autorità indipendenti e principi costituzionali*. Atti del Convegno di Sorrento 30 maggio 1997, Associazione italiana dei costituzionalisti, Cedam, Padova, 1999, p. 80.

de sus miembros, el legislador podría haber arbitrado mecanismos para evitar dicho cese anticipado (por ejemplo, mediante un régimen transitorio de implantación temporal de la nueva CNMC) si lo hubiera pretendido y si su finalidad última no fuera, precisamente, el cese anticipado de los mismos. Los posicionamientos políticos previos a la aprobación de la ley 3/2013 y, especialmente, los manifestados con motivo de la renovación previa de los reguladores preexistentes permiten concluir razonablemente que esa era la *ratio* última de la creación de la CNMC suprimiendo los anteriores reguladores. Y es en este punto cuando el juicio sobre la arbitrariedad del legislador adquiere pleno sentido: la voluntad de provocar el cese anticipado de un mandato temporal fijo contraviene la esencia misma de la independencia del regulador garantizada por ley y, con ello, la racionalidad que a ésta se le exige debe identificarse con un ejercicio de arbitrariedad del legislador prohibido por el art. 9.3 de la Constitución.

b) La jurisprudencia europea: la STJUE de 8 de abril de 2014 (Caso C-288/12, Comisión vs Hungría)

No existe en ninguna Directiva europea que preceptúe la creación de reguladores nacionales independientes más previsión que atañe a su cese anticipado que la exigencia de causas tasadas. En ningún sentido se pronuncian dichas Directivas sobre la posibilidad de que, por ley, pueda anticiparse el cese en el mandato temporal fijo.

Tampoco la jurisprudencia europea se ha prodigado en pronunciamientos que aporten excesiva luz sobre el alcance y significado de la independencia de los reguladores nacionales impuestos por el derecho europeo y mucho menos, en particular, sobre las limitaciones referidas a su cese—. Curiosamente, el TJUE ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el estatuto de independencia de una Autoridad Nacional de la Competencia (la Comisión de Defensa de la Competencia griega) pero de forma colateral y sin aportar suficiente claridad interpretativa: *Caso C-53/03, Caso Syfait y otros*. Otras dos Sentencias del TJUE que abordaron la independencia de los reguladores nacionales en nada referían a la cuestión del cese y se ocupaban sólo de las relaciones jurídicas Gobierno-Administración-Regulador: *Caso C-518/07, Comisión vs Alemania* y *Caso C-614/10, Comisión vs. Austria*. Sin embargo, en fecha mucho más reciente, el TJUE ha resuelto definitivamente las dudas sobre el alcance atentatorio contra la independencia que pudiera derivar del cese anticipado de los reguladores por el legislador: *Caso C-288/12, Comisión vs. Hungría*.

La STJUE de 31 de mayo de 2005 (*Caso C-53/03, Caso Syfait y otros*) tuvo que resolver si la Comisión de Defensa de la Competencia griega (*Epitropi Antagonismou*) estaba legitimada para interponer una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo, esto es, si a estos efectos, podía ser considerada «órgano jurisdiccio-

nal». El Tribunal negó⁸¹ tal posibilidad advirtiendo su falta de independencia por las siguientes razones: 1) el *Epitropi Antagonismou* se hallaba abajo la tutela del Ministro del Desarrollo lo que implicaba que el citado Ministro estuviera facultado, dentro de ciertos límites, para controlar la legalidad de las resoluciones; 2) aunque los miembros del *Epitropi Antagonismou* disfrutaran de independencia personal y operativa, pues únicamente estaban sujetos, en el ejercicio de sus funciones, a la ley y a su conciencia, no constaba que la revocación o la anulación de su nombramiento estuvieran sujetas a garantías especiales por lo que un «sistema de esta índole no parece tener entidad suficiente como para obstaculizar eficazmente las intervenciones o presiones indebidas por parte del poder ejecutivo».

La STJUE de 9 de marzo de 2010 (*Caso C-518/07, Comisión vs Alemania*) declaró que Alemania había incumplido su obligaciones comunitarias al no trasponer correctamente la exigencia impuesta por el artículo 28.1 de la Directiva 95/46/CE de protección de datos personales de que autoridades nacionales de supervisión ejercieran sus funciones con «total independencia» —previendo, por el contrario, la legislación alemana su sometimiento a la tutela del Estado—. El referido art. 28.1 establece: «Los Estados miembros dispondrán que una o más autoridades públicas se encarguen de vigilar la aplicación en su territorio de las disposiciones adoptadas por ellos en aplicación de la presente Directiva. Estas autoridades ejercerán las funciones que les son atribuidas con total independencia». En Alemania, sin embargo, todos los ordenamientos de los *Länder* someten a dichas autoridades a la tutela del Estado cuando vigilan el tratamiento de datos personales por el sector privado entendiendo que una interpretación estricta de la expresión «con total independencia» exige una «independencia funcional», exenta de influencias externas, pero que la tutela del Estado no debe considerarse sino como un mecanismo de «vigilancia interna de la Administración realizada por autoridades incardinadas en la misma estructura administrativa. El TJUE no duda en rechazar este argumento y señala: «La garantía de independencia no se ha establecido para conceder un estatuto particular a esas autoridades mismas o a sus agentes, sino para reforzar la protección de las personas y de los organismos afectados por sus decisiones. De lo anterior resulta que, en el ejercicio de sus funciones, las autoridades de control deben actuar con objetividad e imparcialidad, y, para ello, han de estar a resguardo de toda influencia externa, incluida la ejercida directa o indirectamente por el Estado o por los *Länder*, y no solamente de la de los organismos sujetos a control».

La STJUE de 16 de octubre de 2012 (*Caso C-518/07, Comisión vs Austria*) declaró que Austria había incumplido sus obligaciones comunitarias al no haber adoptado todas las medidas necesarias para garantizar la independencia de las autoridades nacionales de control impuesta por el art. 28.1 de la Directiva 95/46/CE de protección de datos personales. En concreto, la legislación austríaca establecía

81 Otro tanto ocurrió en la STJUE de 22 de diciembre de 2010 (*Caso C-717/09, RTL Belgium*) donde el Tribunal consideró que no quedaba acreditada, a los efectos de interposición de una cuestión prejudicial, la independencia de la Cámara de autorización y control del Consejo Superior de lo Audiovisual belga.

que el administrador de la autoridad de control era un funcionario federal sometido a supervisión jerárquica, que su secretaría se integraba en la Cancillería federal, y que el Canciller federal tenía un derecho incondicional a informarse de todos los aspectos de su gestión. El TJUE admite que la autoridad nacional de control disfruta de una independencia funcional —pues sus miembros son independientes y no están sujetos a instrucción alguna en el ejercicio de sus funciones— como requisito necesario para que dicha autoridad pueda ajustarse al criterio de independencia previsto en la Directiva 95/46/CE: «No obstante, tal independencia funcional no basta por sí sola para preservar a dicha autoridad de control de toda influencia externa ... la independencia exigida en el art. 28.1 tiene por objeto excluir no sólo la influencia directa, en forma de instrucciones, sino también toda forma de influencia indirecta que pueda orientar las decisiones de la autoridad de control» —como la que derivaría del sometimiento a supervisión jerárquica de otros órganos administrativos o de la falta de autonomía orgánica del personal a su servicio—.

Sin embargo, la reciente Sentencia del TJUE, de 8 de abril de 2014 (*Caso C-288/12, Comisión vs Hungría*), se ha ocupado nuclearmente del supuesto de remoción legislativa anticipada de un regulador —por creación de una nueva Autoridad independiente y supresión de la anterior— y, por ello, merece un análisis más detallado⁸².

El 8 de junio de 2012 la Comisión Europea demandaba a Hungría por incumplir las obligaciones derivadas de la Directiva 95/46/CE al destituir anticipadamente al supervisor de protección de datos⁸³. La ley húngara de protección de datos establecía una elección parlamentaria del supervisor de protección de datos por un período de seis años. Con efectos 1 de enero de 2012, se modificó dicha normativa, se suprimió la figura del supervisor y se destituyó al supervisor que ocupaba el cargo desde el 29 de septiembre de 2008 (y cuyo mandato finalizaba en septiembre de 2014). La nueva autoridad nacional de protección de datos pasó a ser la «Autoridad nacional de protección de datos y libertad de información» pero no se nombró para este cargo al anterior supervisor. Para la Comisión Europea, esta destitución anticipada vulneraba la independencia exigida por la Directiva por cuanto, aunque la Directiva no fija la duración del mandato y los Estados miembros tienen libertad para establecerla, el mandato tiene que tener una duración razonable y debe ser respetado —a riesgo de que el ejercicio independiente de las funciones de la autoridad de control quedara influido por una destitución anticipada—. Para la Comisión, la subsanación de la infracción obligaba a restituir en el cargo al anterior supervisor de protección de datos durante el período de tiempo de su mandato restante sin que la destitución anticipada pudiera justificarse salvo «por razones imperiosas y objetivamente verificables». Y añadía: «si fuera admisible la alegación del Estado miem-

82 Un detallado estudio sobre el contexto político-constitucional húngaro que dio lugar a esta decisión legislativa, en BAR CENDÓN, A.: «La Unión europea como unión de valores y derechos: teoría y práctica», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 33, 2014, pp. 93-133.

83 *DOUE*, C-227, 28.7.2012, pp. 15-16.

bro relativa al cambio de modelo, todas las autoridades encargadas de controlar la protección de datos en la Unión estarían permanentemente expuestas al riesgo ser destituidas mediante una medida legislativa que suprimiera la autoridad existente y estableciera en su lugar otra autoridad de nueva creación para ejercer las funciones señaladas en la Directiva 95/46. No cabe excluir que tales reformas fueran utilizadas para sancionar y controlar a las autoridades de protección de datos que se ganasen la desaprobación de las autoridades políticas. El mero riesgo de tal influencia es incompatible con la total independencia de las autoridades de control»⁸⁴.

Las *Conclusiones*⁸⁵ del Abogado General Melchior Wathelet emitidas el 10 de diciembre de 2013 resultaron plenamente coincidentes con la posición mantenida por la Comisión Europea y propusieron declarar el incumplido por Hungría del art. 28.1 de la Directiva 95/46/CE con la siguiente línea argumental: 1) la vinculación intrínseca entre la inamovilidad hasta la finalización del mandato y la exigencia de total independencia es innegable —«Por analogía, no se podría considerar que se respeta la independencia de un juez si se pusiera anticipadamente fin a sus funciones al socaire de la supresión del órgano jurisdiccional del que forma parte y de su sustitución por otro, aunque este último órgano jurisdiccional sea independiente»⁸⁶—; 2) al producirse las modificaciones legales no se adoptaron medidas transitorias para respetar los términos del mandato —y, en consecuencia, la independencia del supervisor— a pesar de que la nueva Autoridad sucedió a la anterior (independientemente de que se le otorgara un «diferente estatuto jurídico y operara en condiciones diferentes»⁸⁷); 3) «las modificaciones institucionales, incluso cuando se establezcan mediante leyes constitucionales, no pueden comprometer el efecto útil de la obligación superior impuesta por el Derecho de la Unión

84 *DOUE*, C-227, 28.7.2012, p. 16. En el mismo sentido se pronunciaba el Supervisor Europeo de Protección de datos al personarse el 15 de octubre de 2013 en la presente causa: «The mandate must be protected from being terminated before its term without adequate justification and appropriate procedural safeguards. Only in exceptional circumstances, and for serious reasons that are objectively verifiable, may the mandate be terminated before its term... A change in legislation cannot, in itself, justify early termination of the mandate of the head of the supervisory authority... If that were the case, then any government would be in a position to exert external influence on the supervisory authority by putting forward a new law. All that would be required is the necessary parliamentary majority to allow passing of such a new law. For this reason, and even in case of a change of a nation's constitution, it should be assured that the person acting as head of the authority is not set aside for unjustified reasons and without procedural guarantees, or without an interim solution ... a Member State should abstain from legislative changes which would prejudice the *effet utile* of EU law... The fact that the change is made on a constitutional level should not stand in the way of the primacy of EU law... when changing Hungary's constitution, it would have been appropriate to define transitory measures that respected the mandate of the head of the existing authority. For example, an appropriate alternative solution would have been to provide that the head of the existing authority will become the first president of the new authority, for the remaining period of his mandate. Such a solution would have been respectful of the independence of the former head of the supervisory authority» (https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/Consultation/Court/2013/13-10-15_Pleading_EC-Hungary_EN.pdf).

85 <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=145407&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=343599>

86 Punto 71.

87 Punto 79.

relativa a la garantía de “total independencia”, ya que la primacía del Derecho de la Unión se aplica con independencia del rango de la norma nacional de que se trate... no pueden justificar que se ponga fin anticipadamente al mandato de la autoridad de control de la protección de datos... si tal fuera el caso, una autoridad, incluso de nivel superior y ya se trate del poder legislativo o constitucional, podría ejercer una influencia exterior e indebida sobre la autoridad de control de la protección de datos a través de la simple amenaza, expresa o implícita, de tales modificaciones y de la terminación anticipada del mandato de la autoridad de control... dándose lugar, en su caso, a una forma de “obediencia anticipada”»⁸⁸. Por último, el Abogado General enfatizó el amplio impacto de la futura STJUE en la garantía de la independencia de los reguladores nacionales en otros sectores: «una sentencia del Tribunal de Justicia que declare la existencia de un incumplimiento en el presente asunto tendría una enorme importancia, no sólo para las autoridades creadas al amparo del artículo 28.1 de la Directiva 95/46/CE, sino también para *cualquier otra autoridad independiente creada en aplicación del Derecho de la Unión*. Garantizando a estas autoridades independientes la estabilidad de su mandato hasta su expiración prevista, salvo que concurran razones graves, preestablecidas por la ley y objetivamente comprobables, esta sentencia tendría el efecto de limitar considerablemente el riesgo pernicioso de “obediencia anticipada” a actores externos, ya sean públicos o privados. Tal sentencia haría desaparecer “la espada de Damocles” que representa la amenaza paralizante de terminación anticipada de su mandato»⁸⁹.

Finalmente, en la STJUE de 8 de abril de 2014 (*Caso C-288/12, Comisión vs. Hungría*), el Tribunal ha asumido la totalidad de las Conclusiones emitidas por el Abogado General y ha zanjado definitivamente las dudas existentes sobre la vulneración de la independencia que deriva del cese anticipado de los reguladores por el legislador.

El TJUE recuerda su doctrina anterior en la que había establecido que las autoridades de control creadas con arreglo a la Directiva 95/46/CE deberían ejercer sus funciones sin ninguna influencia externa por lo que no podían estar sujetas a instrucción alguna en el ejercicio de sus funciones y sus decisiones debían adoptarse sin ninguna influencia política (debiendo evitarse el riesgo de que ésta se produjera). Para el Tribunal, permitir a un Estado miembro poner fin al mandato de una autoridad de control antes de su expiración, sin respetar las reglas y las garantías establecidas previamente a tal fin por la legislación aplicable, podría llevar a que esa autoridad obedeciera a la voluntad del poder político —así quedó dicho en el *Caso C-518/07, Comisión vs Austria*—. Y, para el TJUE, esta conclusión es también cierta en el caso de que la finalización del mandato antes de tiempo obedezca a una «reestructuración o a un cambio de modelo»⁹⁰: «El hecho de que esta terminación antes de tiempo obedezca a un cambio de modelo institucional no puede hacerla compati-

88 Punto 80.

89 Punto 83.

90 Punto 54.

ble con la independencia de las autoridades de control... los Estados miembros son libres de adoptar y modificar el modelo institucional que consideren más adecuado para sus autoridades de control. No obstante, deben en este marco velar por que no se limite la independencia de la autoridad de control... la cual implica la obligación de respetar la duración del mandato de tal autoridad... Por otra parte, aunque el Supervisor y la Autoridad presenten diferencias sustanciales en lo que respecta a su organización y estructura, ambas entidades tienen encomendadas funciones fundamentalmente idénticas, esto es, las funciones atribuidas a las autoridades de control nacionales en aplicación de la Directiva 95/46, tal como resulta de las funciones que les fueron respectivamente encomendadas y de la continuidad mantenida entre éstas en relación con la tramitación de los expedientes... Así pues, este mero cambio de modelo institucional no puede justificar objetivamente que pueda ponerse fin de manera anticipada al mandato de la persona que desempeñaba el cargo de Supervisor sin que se establezcan medidas transitorias que permitan garantizar que se respeta la duración de su mandato»⁹¹.

Para concluir que la independencia del regulador obliga necesariamente a respetar la duración de su mandato, el TJUE toma como referencia interpretativa las causas tasadas de remoción anticipada previstas en la normativa reguladora del Supervisor Europeo de Protección de Datos y en la legislación nacional (incapacidad prolongada para asumir sus funciones, incumplimiento de sus obligaciones en materia de declaración de patrimonio, condena firme por un tribunal penal y la declaración de existencia de un conflicto de intereses) para concluir que el respeto del mandato del supervisor hasta su finalización, «salvo que concurra un motivo grave y objetivamente verificable»⁹², es un requisito primordial de su independencia y que la terminación del mandato del regulador húngaro no obedeció a ninguno de tales motivos.

Por todo ello, el TJUE declaró que Hungría había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud de la Directiva 95/46/CE al poner fin antes de tiempo al mandato del regulador por la decisión legislativa que extinguía el organismo y creaba uno nuevo de ámbito competencial más extenso.

No menos importante que lo anterior resulta el criterio mantenido por el TJUE sobre los efectos temporales de esta sentencia. Hungría había sugerido al TJUE que limitara los efectos en el tiempo de una hipotética sentencia contraria, esto es, que negara su aplicabilidad directa y permitiera mantener el *statu quo* de la nueva Autoridad húngara manteniendo el cese del Supervisor removido. Sin embargo el TJUE desestimó dicha solicitud al entender que «la expresión “con total independencia” que figura en el artículo 28.2, de la Directiva 95/46/CE era clara en sí misma y, en cualquier caso, ya había sido interpretada por el Tribunal de Justicia en su sentencia de 9 de marzo de 2010 (*Caso C-518/07, Comisión vs Alemania*), dictada con más de un año de antelación respecto del mencionado incumplimiento.

91 Puntos 59 a 61.

92 Punto 56.

Así pues, después de dicha sentencia no podía interpretarse razonablemente que el Derecho de la Unión autorizaba a Hungría a poner fin antes de tiempo al mandato del Supervisor»⁹³.

En conclusión, el traslado de la jurisprudencia anterior a la extinción de los mandatos de los miembros de los organismos fusionados en la CNMC implica incontestablemente proclamar que la ley 3/2013, al menos en este extremo, vulneró el derecho europeo y plantea serios interrogantes sobre el futuro del regulador y de los miembros que lo integran.

D) La gubernamentalización de funciones regulatorias de obligada atribución por el derecho europeo a autoridades independientes

La Carta de la Vice Presidenta de la Comisión Europea y Comisaria responsable de la Agenda Digital para Europa dirigida al Ministro español de Industria y Turismo el 11 de febrero de 2013 amenazaba con la apertura de un procedimiento de infracción del Derecho Comunitario por un último motivo: la transferencia de competencias del regulador al poder ejecutivo impidiendo una regulación efectiva e imparcial del sector regulado.

La ley 3/2013 realiza una relevante reversión de competencias inicialmente atribuidas a los reguladores fusionados pero que, lejos de otorgárselas a la nueva CNMC, fueron transferidas a diversas instancias gubernamentales/ministeriales⁹⁴. Ante la previa advertencia de la Comisión Europea, su propio Preámbulo justifica dicha amputación en el exceso competencial de los reguladores fusionados ante la inexistencia de obligación europea que lo impusiera: «La normativa europea prevé la existencia de autoridades reguladoras nacionales independientes, dotándolas de misiones, objetivos y competencias concretas. No obstante, las competencias de las comisiones en España son más amplias que las requeridas por la normativa europea, en lo referente a la política sectorial, la concesión y revocación de títulos habilitantes para el ejercicio de determinadas actividades, el asesoramiento al Gobierno y el estudio e investigación de los sectores». Además, justificó esta reordenación competencial entre la CNMC y diversos departamentos ministeriales en un argumento de *eficacia* ajeno a exigencias de independencia: «la Ley persigue ante todo la eficacia de la intervención pública. En general, los Ministerios pasan a asumir todas aquellas tareas de índole administrativa que venían ejerciendo los organismos reguladores, para cuyo desempeño no se requiere una especial independencia, así como tareas que resultaban de escasa utilidad para la consecución de los objetivos de la Comisión. Ello permite que la nueva CNMC concentre su

93 Punto 64.

94 Conviene recuperar la siguiente crítica: «Es posible que la solución gubernamental guste más, sin embargo, a algunas empresas de sectores regulados. La relación suele ser más fácil, el *lobbying* también y, por lo normal, los Ministerios mantienen una intensidad de supervisión menor porque tienen muchas más competencias que atender que los organismos especializados, dedicados en exclusiva a aquella tarea» («La refundición de los reguladores», *Regular en tiempos de crisis*, Documento 4, Círculo Cívico de Opinión, 24 de mayo de 2012, Madrid, p. 9).

actuación en las funciones que verdaderamente sirven a su objeto fundamental, velar por un funcionamiento correcto de los mercados y la libre competencia».

La ley 3/2013 ejemplifica, pero no agota, esta amplia reordenación competencial en favor del Gobierno en sus Disposiciones Adicionales Séptima («Funciones que asume el Ministerio de Industria, Energía y Turismo en materia audiovisual»), Octava («Funciones que asume el Ministerio de Industria, Energía y Turismo en materia de energía»), Novena («Toma de participaciones en el sector energético»), Décima («Funciones que asume la Dirección General de Ordenación del Juego del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en materia de juego»), Undécima («Funciones que asume el Ministerio de Fomento en relación con el sector postal.») y Duodécima («Funciones que asume el Ministerio de la Presidencia en materia audiovisual.»).

Como ya ha sido anteriormente descrito, casi todos los sectores económicos concernidos cuentan con una norma europea que avala la exigencia de una autoridad nacional de regulación destinada a preservar sus principios y reglas con independencia. La ley 3/2013 describe exhaustivamente las nuevas competencias ministeriales sobre dichos sectores que podrían contravenir dicho mandato europeo por sustraerlas a la regulación independiente. A título de muestra relevante —pues el de las comunicaciones electrónicas es el único sector (aunque podría no ser el único) en el que se ha anunciado por la Comisión Europea un posible procedimiento de infracción del Derecho comunitario contra el Gobierno de España—, describiremos las críticas vertidas en la ya referida Carta de la Comisaria Kroes: 1) la atribución de competencias regulatorias *ex ante* debería corresponder a la Autoridad Nacional de Regulación y no a las autoridades ministeriales; 2) la Comisión Europea considera que buen número de las competencias atribuidas por la ley 3/2013 al Gobierno forman parte de la regulación *ex ante* —por ejemplo, las competencias previstas en el derecho europeo sobre la imposición de obligaciones de acceso e interconexión, la imposición de separación funcional o las obligaciones simétricas de colocación y uso compartido de recursos o propiedades— por lo que deberían corresponder al regulador independiente; 3) otras competencias atribuidas a los Ministerios (por ejemplo, registro de operadores, calidad de servicio, integridad y seguridad de redes o portabilidad) privan al regulador independiente de la capacidad de ejercicio efectivo de sus funciones por estar directamente relacionadas las competencias que les han sido atribuidas.

En definitiva, difícil le resultará al Gobierno justificar ante la Comisión Europea la sustracción competencial al regulador independiente de tan numerosas atribuciones de los Ministerios que están inevitablemente relacionadas con competencias que a la Autoridad independiente corresponden «de conformidad con los objetivos políticos, principios regulatorios y obligaciones jurídicas que se derivan del marco regulatorio de la UE»⁹⁵.

95 KROES, N.: *Carta dirigida al Ministro español de Industria y Turismo*, 11 de febrero de 2013 (http://economia.elpais.com/economia/2013/02/24/actualidad/1361736846_167142.br).

TITLE: *National Commission for Markets And Competition: warnings of the European institutions on the regulator independence.*

ABSTRACT. *The foundation of the CNMC by Spanish Act 3/2013 was preceded by a warning from the European institutions about the possible opening to Spain of proceedings for infringement of European law. European Commission argued unlawfulness of the new governmental powers that should be attributed to this regulator and challenged the breach of the pre-existing regulators independence caused by their early removal. This paper analyzes arguments which justified economic regulators merger on a single CNMC whose independence is mandatory by European law. In particular, it explores the impact on the status of independence of the national regulators laid down by the European law and, especially, by the European ruling which has recently confirmed that early removal ex lege of the fixed term of regulators by foundation of a new regulator implies a breach of their independence and infringes European law.*

RESUMEN: *La creación por ley 3/2013 de la CNMC ha venido precedida de una advertencia de las instituciones europeas sobre la posible apertura a España de un procedimiento de infracción del Derecho Comunitario por la absorción gubernamental de competencias que deberían serle atribuidas a este regulador y por la vulneración de la independencia de los reguladores preexistentes provocada por su cese anticipado. Este trabajo analiza los argumentos en los que se justifica la fusión de los numerosos reguladores económicos en una única CNMC cuya independencia viene exigida por el derecho europeo. En particular, se estudia el impacto en el estatuto de independencia de los reguladores nacionales previstos por el derecho europeo de la jurisprudencia comunitaria que ha venido a confirmar, muy recientemente, que el cese anticipado ex lege del mandato fijo de los reguladores por supresión/sustitución de los organismos constituye una vulneración de su independencia y contraviene el derecho europeo.*

KEY WORDS: *Independent agencies, regulator, national commission for markets and competition.*

PALABRASCLAVE: *Administraciones independientes, reguladores, comisión nacional de los mercados y la competencia.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 15.05.2014

FECHA DE ACEPTACIÓN: 30.07.2014