

**COMENTARIOS DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DEFENSA DE LA  
COMPETENCIA SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY DE CREACIÓN DE  
LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA  
("LCCNMC")**

Madrid, 7 de mayo de 2012

1. El pasado 24 de febrero de 2012, el Consejo de Ministros aprobó un Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Reforma de los Organismos Reguladores (el "APL"), que propugna un cambio radical en la configuración institucional de organismos encargados de velar por el correcto funcionamiento de los mercados y por la existencia de una competencia efectiva.
2. El APL propone sustituir el actual marco institucional, en el que coexisten, por una parte, diversos organismos independientes con funciones de regulación *ex ante* y de supervisión específicas sobre determinados sectores, y por otra una autoridad de Defensa de la Competencia cuya principal función es perseguir y sancionar *ex post* las prácticas restrictivas de la competencia en las que incurran los operadores económicos, con independencia del sector en el que ejerzan su actividad, por otro modelo en el que las autoridades reguladoras y la autoridad de la competencia se integran en un único organismo, la llamada Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (la "CNMC").
3. La Asociación Española de Defensa de la Competencia (la "AEDC"), compuesta por un importante número de profesionales del Derecho y de la Economía, profesores universitarios, miembros de la magistratura y funcionarios, unidos por el común objetivo de pretender la mejora de la defensa de la competencia y de competencia desleal<sup>1</sup>, no podía permanecer ajena ante esta propuesta tan trascendental.
4. Por ello la AEDC ha decidido realizar unos Comentarios al APL<sup>2</sup>, al igual que lo ha venido haciendo cuando se han hecho públicos otros proyectos normativos nacionales o comunitarios que podían tener un impacto sobre la defensa de la competencia en España.
5. A tal efecto, en el seno de la AEDC se creó un grupo de trabajo que se ha encargado de recabar las opiniones de sus integrantes y las de otros miembros de la AEDC a fin de preparar estos Comentarios, sin que pueda deducirse que representan la posición

---

<sup>1</sup> La defensa de la competencia y la competencia desleal abordan la competencia desde perspectivas distintas pero íntimamente relacionadas. De hecho, en España, una de las conductas prohibidas por la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, es el falseamiento de la libre competencia por actos desleales. Por ello, y salvo indicación en contrario, las menciones en estos Comentarios a la defensa de la competencia deben entenderse asimismo aplicables a la competencia desleal.

<sup>2</sup> Debe señalarse que el texto del APL no se ha hecho público oficialmente. Sin embargo, circula un texto, que es sobre el que la AEDC va a realizar estos Comentarios.

unánime de los mismos. El grupo que ha preparado estos comentarios ha estado integrado, por orden alfabético de apellidos, por Rafael Allendesalazar Corcho, Sergio Baches Opi, Pedro Callol García, Antonio Creus Carreras, Fernando Diez Estella, Iñigo Igartua Arregui, Joaquín Hervada Sierra, Jorge Manzarbeitia Pérez, Borja Martínez Corral y Andrew Ward.

6. En línea con otras observaciones presentadas por la AEDC, el objetivo que ha guiado estos Comentarios no es otro que, al hilo del debate abierto a raíz del APL, aprovechar la variada experiencia de sus miembros, reflejo de las diversas actividades profesionales que ejercen dentro del mundo de la defensa de la competencia, para realizar observaciones y propuestas que permitan avanzar hacia el común objetivo de lograr un funcionamiento más eficiente y competitivo de los mercados.
7. Nuestros Comentarios siguen la siguiente estructura:
  - Oportunidad de la reforma y procedimiento (sección 1).
  - Naturaleza y Régimen Jurídico (sección 2)
  - Funciones (sección 3)
  - Órganos de Gobierno (sección 4)
  - Organización de la CNMC (sección 5)
  - Transparencia y Responsabilidad (sección 6)

## **1. Oportunidad de la reforma y procedimiento**

8. La propuesta de unificar la mayor parte de los organismos reguladores sectoriales y la Autoridad de defensa de la competencia<sup>3</sup> aparecía ya, de alguna forma, expresada en el Programa electoral del Partido Popular 2011<sup>4</sup> y anunciada por el Presidente del Gobierno en su discurso de investidura<sup>5</sup>.
9. Sin embargo, ni el Programa electoral, ni el Informe que aprobó el Consejo de Ministros el 24 de febrero de 2012, ni tampoco el APL, contienen una explicación detallada de los motivos que propugnan un cambio de modelo institucional de tantísima trascendencia. Además, el APL no viene acompañado de una Memoria de impacto

---

<sup>3</sup> El APL se refiere a la Comisión Nacional de la Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la Comisión Nacional de la Competencia, el Comité de Regulación Ferroviaria, la Comisión Nacional del Sector Postal, la Comisión Nacional del Juego, la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria y el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales.

La unificación no afecta al Consejo de Energía Nuclear, a los reguladores del sector financiero (Banco de España y Comisión Nacional del Mercado de Valores). Ni tampoco al Comisionado para el Mercado de Tabacos, cuya exclusión no hemos visto justificada en ninguno de los textos examinados.

<sup>4</sup> El Programa se refiere a que se ordenarían “*los órganos reguladores para fortalecer la aplicación de la normativa de competencia en todos los ámbitos, bajo criterios comunes en todos los sectores y para todo el territorio nacional, favoreciendo la unidad de mercado*”; se reforzarían “*los mecanismos de regulación y competencia mediante la reforma de la Comisión Nacional de la Competencia, con departamentos sectoriales especializados para que aglutine y dé coherencia a toda la regulación sectorial bajo los principios de competencia y unidad de mercado*”; y se redefinirían “*la organización y funciones de los organismos reguladores sobre la base de los principios de independencia, profesionalidad, austeridad y eficacia*”.

<sup>5</sup> “*El Gobierno, en el primer trimestre de 2012, remitirá a la Cámara una Ley para el refuerzo de la independencia de estos organismos y mejora de la regulación de la actividad económica.*” Discurso de Investidura de 19.12.2011.

normativo, tal y como prevé el artículo 50 de la Ley 50/1997, de Gobierno. Como señala el informe de la CNC sobre el APL, ello *“impide conocer cuál es el auténtico fundamento que ha llevado a abordar en el momento presente una modificación institucional de tal calado, su oportunidad, el análisis jurídico de la misma o el impacto económico y presupuestario”*<sup>6</sup>.

10. En la referencia del Consejo de Ministros que aprobó el APL, así como en la Exposición de motivos del propio APL se mencionan tres razones para justificar este cambio institucional. Llama la atención, sin embargo, que ambos textos coincidan en las dos primeras razones —la seguridad jurídica y la eficiencia en la asignación de recursos públicos—, pero apunten cada uno a una tercera razón diferente: mientras que el Informe aprobado por el Consejo de Ministros se refiere a que dicho cambio *“mejora la calidad supervisora al aunar en un solo órgano un profundo conocimiento técnico, sectorial y de competencia”*, el APL menciona la necesidad que tienen las instituciones de *“adaptarse a la transformación que tiene lugar en los sectores regulados”* y parece considerar el cambio como *“una respuesta institucional al cambio tecnológico”*.
11. Junto a esos objetivos generales, la Exposición de motivos del APL enuncia otra serie de razones que parecen estar más estrechamente vinculadas al cambio de modelo institucional. Por una parte, menciona *“una clara tendencia a nivel internacional a fusionar autoridades relacionadas con un único sector o con sectores que presentan una estrecha relación, pasando del modelo unisectorial a un modelo de convergencia o multisectorial”*. Para añadir a continuación que *“las ventajas que han motivado la adopción de este modelo son las de optimizar las economías de escala y garantizar el enfoque consistente de la regulación en todas las industrias de red. Además, se ha argumentado que las autoridades multisectoriales son más difícilmente captables tanto por el sector privado como por el poder político, al reducirse la importancia relativa de un determinado sector o de un determinado ministerio para la autoridad”*.
12. En relación con la mención a la tendencia internacional, la AEDC considera que parece algo exagerada. En efecto, de entre los países de nuestro entorno, sólo dos —Alemania y los Países Bajos— han optado por implantar un modelo diferente al que existe actualmente en España, con autoridades reguladoras especializadas por sectores y una autoridad de competencia diferenciada.
13. Además, el modelo alemán no coincide con el que propugna el APL. En efecto, en Alemania existe una única Agencia Federal para los sectores de red (*Bundesnetzagentur*), que actúa como regulador en electricidad, gas, telecomunicaciones, correo y transporte ferroviario. Pero esta Agencia es independiente de la Autoridad de competencia (*Bundeskartellamt*).
14. El único país de nuestro entorno en el que se ha optado por un modelo de autoridad única como el que propugna el APL son los Países Bajos. A este respecto, debe sin embargo señalarse que dicho modelo todavía no está implantado. En efecto, la

---

<sup>6</sup> Informe IPN 70/12. Aprobado por el Consejo de la CNC el 15.3.2012.

Autoridad Neerlandesa de Competencia (*NMa*), que es también regulador en los sectores de energía y transportes, está en proceso de fusión con el Regulador de telecomunicaciones y postal (*OPTA*) y la Agencia de protección de los consumidores en una autoridad única, la Autoridad Neerlandesa para los Consumidores y Mercados (*ACM*). A este respecto, la AEDC quiere destacar que este proceso de fusión se ha planificado con gran anticipación, puesto que se inició a principios de 2011 y no concluirá hasta el 1 de enero de 2013, que será cuando la ACM empiece a ejercer sus funciones.

15. Por otra parte, los otros objetivos que se han mencionado como fundamento para crear la CNMC —la mayor seguridad jurídica; la eficiencia presupuestaria; la consecución de un enfoque consistente de la regulación en todas las industrias de red; y la mayor independencia respecto de los operadores de los sectores regulados y de la propia Administración— son todos ellos indispensables para la consecución de un funcionamiento más eficiente y competitivo de los mercados. En este sentido, la AEDC no puede sino estar de acuerdo con los mismos.
16. Varios miembros de AEDC han expresado sus dudas acerca de la viabilidad y eficacia de un sistema de autoridad única, que abarque funciones tan diversas en sectores con problemáticas tan distintas como pueden ser, por ejemplo, el ferroviario y los medios audiovisuales.
17. Sin embargo, la AEDC considera que, como tal, los objetivos de la reforma no están necesariamente vinculados a un modelo institucional determinado. En este sentido, apoya cualquier reforma que permita perfeccionar el actual sistema de regulación y control del funcionamiento competitivo de los mercados. El establecimiento de una autoridad única, en la medida en que se haga de tal manera que permita alcanzar estos objetivos, puede ser bienvenida.
18. Ahora bien, la AEDC cree también necesario señalar los posibles efectos disruptivos que puede acarrear un cambio tan trascendental como el que propugna el APL, si la reforma se hace sin haber sopesado suficientemente todos los efectos que se producirán sobre los mecanismos de regulación y de supervisión del funcionamiento competitivo de los mercados. A este respecto, la AEDC ha pretendido, con estos Comentarios, señalar algunos aspectos del APL que merecerían ser examinados con mayor atención. Los Informes emitidos tanto por la CNC como por los demás reguladores afectados (CNE, CMT, y Comisión Nacional del Sector Postal) también señalan otras cuestiones potencialmente conflictivas.
19. Para concluir este primer punto de sus Comentarios, la AEDC considera que sería muy conveniente, antes de que el APL pase al Parlamento, abrir un periodo de reflexión y debate sobre los objetivos que se pretenden alcanzar con la reforma y la idoneidad de los medios para lograr esos objetivos. En este sentido, la AEDC propugna que se siga un procedimiento similar al que ya se utilizó cuando se decidió reformar la anterior Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia. La Administración elaboró primero un Libro Blanco explicando los principios y objetivos que perseguía con la reforma, así como los

medios que proponía para alcanzarlos, el cual se sometió a un proceso de consulta pública que permitió recoger las opiniones de Administraciones, empresas y profesionales. A continuación, redactó el Anteproyecto de Ley, que también se sometió a consulta pública. Este proceso permitió que el texto finalmente remitido al Parlamento fuese aprobado con pocas modificaciones y concitase el consenso unánime tanto de los grupos parlamentarios como de la sociedad civil.

20. La AEDC considera, en efecto, que la formidable trascendencia de los cambios que se propugnan aconsejan fuertemente que el APL se someta a un proceso similar de meditación y debate. Dadas las importantísimas funciones que está llamada a desempeñar la CNMC, ese debate público resulta imprescindible para garantizar el éxito de la reforma, y que ésta conduzca a un sistema más coherente y eficaz de regulación y vigilancia del mercado. De no ser así, si la reforma se hiciese con premura y sin la suficiente reflexión, existe un riesgo elevado de que, en lugar de alcanzar los objetivos que se pretenden, se produzca una pérdida de eficacia del sistema y, en definitiva, se termine perjudicando el funcionamiento eficiente y competitivo de los mercados.
21. Por otra parte, también considera que, una vez abierto el debate, resulta conveniente abordarlo con toda su intensidad, para poder así cerrar el proceso de eventual reforma y no mantener una situación de interinidad en los órganos encargados de velar por ese funcionamiento competitivo del mercado.
22. A tal fin, la AEDC se ofrece para seguir aportando ideas y sugerencias en este debate y para analizar y comentar las propuestas concretas que vayan surgiendo del mismo. Todo ello con el fin de avanzar hacia el común objetivo de lograr un funcionamiento eficiente y competitivo de los mercados.

## **2. Naturaleza y Régimen Jurídico**

### **2.1. Independencia funcional y vínculos con los Ministerios relevantes en los mercados objeto de supervisión**

23. En primer lugar, la AEDC celebra que el APL no contemple la desmembración de la competencia para aplicar la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (“LDC”) entre varios organismos reguladores y que se proponga mantener en vigor la actual LDC, con la excepción de las disposiciones del Título III que regulan la Comisión Nacional de la Competencia (“CNC”). Una solución consistente en facultar a varios organismos para aplicar la LDC hubiera comprometido seriamente el principio de uniformidad en la aplicación de la LDC, y, en consecuencia, la eficacia de todo el sistema de defensa de la competencia español. Del mismo modo, la actual situación de supervisión por reguladores sectoriales y por autoridades de defensa de la competencia separadas da lugar al riesgo de pronunciamientos contradictorios y, con ello, una falta de seguridad jurídica para las empresas que actúan en los distintos sectores. En este sentido, en aras de una mayor seguridad jurídica, lo fundamental es que en cada sector

se aplique un marco jurídico único que minimice, en la medida de lo posible, la disparidad de criterios entre autoridades.

24. Asimismo, la AEDC desea destacar que la reforma de la normativa de defensa de la competencia iniciada con la publicación el 20 de enero 2005 del Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia por el entonces Ministerio de Economía y Hacienda advertía que dicha reforma debía estar guiada por cinco principios. Entre estos principios se incluía el principio de independencia. En coherencia con este principio, las decisiones de la CNC debían basarse, según se indicaba en dicho Libro Blanco “*en principios objetivos claramente determinados en la normativa y alejados de cualquier interferencia subjetiva, pública o privada*”.
25. La LDC reflejó en la creación de la CNC y su configuración como una entidad de Derecho público con personalidad jurídica propia que actúa con plena independencia de las Administraciones Públicas (artículo 19.1).
26. La AEDC se congratula de que el APL conciba la creación de la CNMC también como un organismo público de los previstos en la disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado y afirme en su artículo 2 su independencia funcional y plena independencia de las Administraciones Públicas, y en el artículo 3, su independencia de cualquier interés empresarial y comercial.
27. Sin embargo, la recuperación de todas aquellas competencias de los actuales reguladores sectoriales que no sean encomendadas por la futura Ley a la CNMC por los Ministerios a los que estos últimos están adscritos, genera serias dudas entre los miembros de la asociación acerca del impacto que ello pueda producir en la efectiva independencia de la futura CNMC. A diferencia de los órganos reguladores sectoriales, el rasgo de independencia no se predica con igual precisión de los Ministerios que van a asumir parte de las competencias de los actuales órganos reguladores sectoriales. Por ello, es necesario evitar que la proyectada normativa conduzca a una dependencia *de facto* de la CNMC de dichos Ministerios, que pueda comprometer o condicionar su actuación en el ámbito de la aplicación de la LDC.
28. Por la misma razón, la integración en un mismo organismo de funciones de aplicación de la LDC y tareas de naturaleza regulatoria no puede dar lugar a una pérdida de independencia de la futura CNMC a la hora de aplicar las disposiciones de la LDC a los sectores regulados y por ella supervisados. A nuestro juicio, la tarea regulatoria que desempeñará la CNMC no debería en ningún caso “*canibalizar*” la función como agencia de defensa de la competencia del nuevo organismo, ni facilitar su “*captura*” por ningún grupo de interés.

**2.2. Observaciones sobre el articulado del APL que regula la “Naturaleza y Régimen Jurídico” de la CNMC**

29. La AEDC ha tenido oportunidad de revisar el Informe de la CNC sobre el APL (IPN 70/12) y con las matizaciones que se indican a continuación, está de acuerdo con las propuestas planteadas por la CNC al articulado del APL que regula la “Naturaleza y Régimen Jurídico” de la CNMC.
30. El artículo 1.2 del APL establece que la CNMC *tendrá por objeto garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la libre concurrencia de los mercados y sectores productivos, en beneficio del conjunto del mercado y de los consumidores y usuarios.*
31. La AEDC propone incluir en la redacción de este precepto, en línea con lo propuesto por la CNC en su Informe, el mantenimiento de una competencia efectiva entre los objetivos que debe garantizar, preservar y promover la CNMC, y la eliminación de la expresión “*del conjunto del mercado*” que se recoge en la actual redacción del artículo. Esta última expresión es excesivamente amplia y parece reflejar una concepción de la normativa de defensa de la competencia como instrumento “*maximizador*” del bienestar económico general, cuando, en realidad, la normativa española de defensa de la competencia está esencialmente orientada al bienestar de los consumidores y usuarios, tal y como se recoge en el Preámbulo de la LDC.
32. Sin perjuicio de lo anterior, resulta también coherente con el principal objetivo de la LDC que la estructura competitiva de los mercados, es decir, la competencia en cuanto tal, sea también un bien jurídico a proteger por la LDC y, por ello, debería incluirse entre los elementos que se benefician de una competencia efectiva en el mercado.
33. Por todo lo anterior, se propone la siguiente redacción alternativa al artículo 1.2 del APL:
- La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia tiene por objeto garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de la estructura competitiva y de los consumidores y usuarios.*
34. La integración de funciones regulatorias y funciones de aplicación de la normativa de la competencia en un solo organismo exigirá también una especial labor de coordinación y relación institucional tanto con las autoridades de defensa de la competencia de terceros estados, comunitarios o no, como con sus respectivos órganos regulatorios sectoriales o departamentos ministeriales, según sea el caso, así como con organizaciones internacionales.
35. El APL no refleja suficientemente el haz de relaciones institucionales que en el ámbito internacional deberá desarrollar la nueva CNMC. Tampoco se aborda la cooperación y

coordinación que se establecerá entre la CNMC y los ministerios que asuman competencias en los sectores supervisados.

36. La redacción al artículo 4 del APL que propone la AEDC para reflejar mejor los aspectos de cooperación y representación institucional en el ámbito internacional de la nueva CNMC es la siguiente:

*Artículo 4. **Coordinación** y Cooperación Institucional.*

*1. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia velará por la aplicación uniforme de la normativa sectorial y general de competencia en el territorio nacional mediante la coordinación con los órganos competentes de las Comunidades Autónomas y la cooperación con la Administración General del Estado y con los órganos jurisdiccionales.*

*2. Asimismo, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia mantendrá una colaboración regular y periódica con la Comisión Europea, con las autoridades competentes de otros Estados miembros y de terceros estados, con organizaciones u organismos internacionales y con órganos jurisdiccionales internacionales, fomentando la coordinación de las actuaciones respectivas en los términos previstos en la legislación aplicable.*

*3. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia será el órgano de apoyo en la representación de España en el ámbito internacional del Ministerio de Economía y Competitividad en materia de competencia, y de los respectivos ministerios en aquellas materias cuya competencia tenga atribuida por esta Ley.*

### 3. Funciones

37. El APL dedica su Capítulo II (artículos 5 a 8) a exponer las funciones de la futura CNMC, clasificándolas en cuatro grupos: funciones de supervisión y control de los mercados regulados, funciones de instrucción y resolución relacionadas con la defensa de la competencia, funciones de arbitraje y resolución de conflictos y, por último, funciones consultivas y otras funciones.
38. Para llevar a cabo el comentario a este Capítulo del APL, dividiremos las observaciones que se van a formular conforme al siguiente esquema:
- a) Funciones asignadas a la CNMC y funciones que son “repatriadas” a diversos Ministerios
  - b) Función de promoción (*advocacy*)



### 3.1. Funciones asignadas a la CNMC y la repatriación de funciones a los diversos Ministerios

39. Es evidente, y así lo señala la propia Exposición de Motivos del APL, que las funciones de la CNMC, que en adelante integrará no sólo a la antigua CNC, sino también a los principales órganos reguladores<sup>7</sup> tienen como objetivo último salvaguardar las condiciones de competencia efectiva en los mercados, así como la consecución de otros objetivos de carácter regulatorio.
40. A este respecto, una primera observación es la de señalar que con esta reestructuración puede efectivamente conseguirse una mayor eficacia en la intervención pública, siempre y cuando se acierte con el diseño institucional de la futura CNMC y se asegure su necesaria independencia –que es abordada en otras secciones de este comentario, con lo que aquí no nos detendremos en este punto.
41. Sin embargo, y como se señala también en otros puntos de estos comentarios, la “repatriación” de todas aquellas competencias de los actuales reguladores sectoriales a los Ministerios a los que estos últimos están adscritos, plantea dudas sobre la influencia que pueda tener en la efectiva independencia de la futura CNMC, ya que éstos no comparten su naturaleza de órgano autónomo y no-dependiente de directrices políticas.
42. Asimismo, y como consideración más de fondo sobre la diversa naturaleza y alcance de la normativa antitrust y la normativa de carácter sectorial, la integración en un mismo órgano de funciones de aplicación de la LDC y tareas de índole regulatoria puede generar diversos problemas: de independencia efectiva de la futura CNMC, problemas de aplicación práctica de ambas normativas, captura del regulador, y confusión sobre el carácter y alcance de las actuaciones de la CNMC -cuándo actúa en calidad de “regulador” y cuándo en calidad de órgano “antitrust”-.
43. Efectivamente, como ha quedado patente en el amplio número de pronunciamientos judiciales<sup>8</sup> y *decisiones* recientes de la Comisión Europea en el ámbito de las conductas abusivas de posición de dominio consistentes en el estrechamiento de márgenes (*margin squeeze*), el cumplimiento de una normativa sectorial (en este caso en materia de telecomunicaciones, las resoluciones adoptadas por la *Comisión del Mercado de Telecomunicaciones* en virtud del marco regulador) no excluye la aplicación –y eventual sanción en caso de acreditarse la conducta anticompetitiva- de la normativa comunitaria en materia de defensa de la competencia.
44. Dejando totalmente al margen el debate doctrinal y jurisprudencial sobre esta controvertida figura, es preciso señalar que la integración en un mismo organismo de funciones regulatorias y funciones antitrust, junto a evidentes ventajas, comporta igualmente no pocos riesgos, que se traducirán en última instancia en inseguridad jurídica y falta de previsibilidad, con el consiguiente coste económico para el operador.

---

<sup>7</sup> Véase pie de página 3.

<sup>8</sup> *Vid.*, por todos, la reciente Sentencia del Tribunal General, de 29 de marzo de 2012, Asunto T-336/07, *Telefónica c. Comisión Europea*.

Sirva la figura del *margin squeeze* como ejemplo de lo indicado, y de lo artificioso que *puede* resultar esta confusión en un mismo órgano<sup>9</sup> entre funciones de aplicación de regulación sectorial y de normativa antitrust, cuando la misma CNMC tiene que autorizar una política tarifaria y luego sancionarla por abusiva.

45. Hay que valorar favorablemente que el APL no fragmente la atribución de las funciones previstas en la LDC en diferentes órganos, y que las competencias atribuidas a la futura CNMC –con la salvedad hecha de las funciones de promoción, que más adelante comentaremos- sean trasladado “*en bloque*” de las que actualmente desempeña la CNC.
46. Sin embargo, y como señala la CNC en su Informe, sería oportuno clarificar y reordenar las facultades que ostentará la CNMC, distinguiendo las que asume como regulador de determinados mercados (arts. 5 y 7) de las que le corresponderán, con carácter horizontal y en todos los sectores, en materia de defensa y la promoción de la competencia (arts. 6 y 8).
47. La propia Exposición de Motivos del APL señala que la división de funciones de la futura CNMC por sectores económicos se hace “*en aras de una mayor claridad*”, subdividiéndose el artículo 5 (Funciones de supervisión y control de los mercados regulados) en cinco grandes apartados:
  - a. Mercados de comunicaciones electrónicas y audiovisuales (párrafo 1º, que comprende apartados desde la a) hasta la h))
  - b. Sector eléctrico y del gas natural (párrafo 2º, apartados a) hasta l))
  - c. Mercado postal (párrafo 3º, apartados a) hasta la e), aunque en el texto del APL figura rubricado como párrafo nº 4)
  - d. Tarifas aeroportuarias (párrafo 4º, 5º según la numeración del APL, apartados a) y b))
  - e. Sector ferroviario (párrafo 5º, apartados a) hasta la e), y que figura como 6º según la numeración del APL)
48. Pues bien, aunque es loable la intención del legislador y es evidente que esta división según mercados y sectores facilita la comprensión de la norma, no parece que se consiga esta “*mayor claridad*”, desde un punto de vista de técnica legislativa y morfología del precepto, cuando el resultado final es un artículo que suma 41 subapartados repartidos a lo largo de esas cinco grandes categorías. Proponemos por tanto que se estructure este artículo de forma distinta, quizá convirtiéndolo en un Título de la Ley, y que cada una de las áreas económicas constituya un artículo separado.
49. Igualmente, y como señala también el Informe de la CNC, hay una cuestión en la atribución de funciones que se presta a confusión. En efecto, conforme a lo dispuesto por el artículo 17 b) del APL, el Consejo tiene competencia para “*resolver los procedimientos sancionadores previstos en la legislación sectorial*”. Sin embargo, en

---

<sup>9</sup> Aunque en este caso no hubo actuación regulatoria previa, ilustra esta problemática de “cruce” entre normativa sectorial y antitrust, en un ejemplo de *margin squeeze*, la reciente Resolución de la CNC, de 8 de febrero de 2012, Expte. S/0207/09, *Transporte Televisión*.

el precepto que acabamos de comentar, el artículo 5 APL, que es en el que precisamente se establecen sus competencias en materia de control de mercados regulados, no está prevista expresamente esta competencia sancionadora.

50. Por ello sería oportuno que en el artículo 5 APL se reconociesen explícitamente a la CNMC las competencias sancionadoras previstas por la legislación sectorial y que estuvieran directamente relacionadas con las concretas competencias de supervisión y control de mercados regulados a que hace referencia este precepto. Ya hemos señalado anteriormente, alertando sobre el riesgo de pérdida de independencia y eficacia que supone la “repatriación” de funciones sancionadoras a los Ministerios y privando de ellas a la futura CNMC, que disociar este doble haz de competencias es inoperativo, ya que uno de los instrumentos para hacer efectivas las decisiones que se adopten y garantizar su adecuado cumplimiento es precisamente el ejercicio de la coerción sancionadora.
51. En otro orden de cosas, la AEDC estima que sería conveniente estudiar la posibilidad de que la CNMC pudiera incorporar entre sus funciones la supervisión de la contratación pública. Para ello habría que explorar la viabilidad de la inclusión del Tribunal de Contratación Pública dentro de la CNMC.
52. En este sentido, interesa recordar que la contratación pública representa en torno al 15% del PIB. Por ello, un organismo que se crea para supervisar el correcto funcionamiento del mercado y, en particular, de aquellos sectores regulados, no puede quedar desligado de un sector con un peso tan significativo como el de la contratación pública (máxime cuando dicho organismo incluiría otros sectores relativa y comparativamente menos significativos, tales como el sector del juego). A ello se añade que la contratación pública está íntimamente relacionada con muchos de los sectores supervisados por la CNMC (telecomunicaciones, energía, transporte ferroviario...), por lo que sería aconsejable analizar la posibilidad de inclusión propuesta.

### **3.2. Funciones de promoción de la competencia**

53. El artículo 8 del APL fija, bajo la rúbrica “*Funciones consultivas y otras funciones*” las funciones de promoción de la competencia de la CNMC. A nuestro parecer, dicho artículo es poco claro y limita los medios de promoción de la competencia con los que cuenta en la actualidad la CNC conforme a los artículos 25 y 26 de la LDC que se verían derogados, como parte del Título III de dicha Ley, conforme a la Disposición Derogatoria Única del APL.
54. La AEDC entiende que la CNC hace un uso, por lo general, valioso de sus competencias consultivas y de sus otras facultades de promoción de la competencia. En tiempos de *dificultades* económicas la CNC, a través de su Dirección de Promoción, ha elaborado informes que, en muchas ocasiones, han tenido más repercusión mediática incluso que la actividad sancionadora de la CNC.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> Por ejemplo, el Informe sobre las relaciones entre fabricantes y distribuidores en el sector alimentario (2011), el Informe sobre la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual (2009), el Informe sobre el sector de servicios

55. En opinión de la AEDC, el APL no regula con la suficiente exhaustividad en su artículo 8 las distintas competencias y funciones de promoción de la competencia que la CNMC debería tener.
56. Así, como *comentaremos* a continuación, el APL limita los sectores sobre los que la CNMC podrá ser consultada a los efectos de emitir informes de proyectos normativos. Esta limitación, en opinión de la AEDC, resultaría negativa.
57. Por otro lado, buena parte de las funciones de promoción incluidas en el artículo 26 de la LDC no consta en el APL de forma expresa (si bien tal vez dichas funciones se encuentran implícitas) lo que resulta poco claro y puede llevar a *confusión*.
58. Como no podía ser de otra manera, la CNC, en su Informe de proyecto normativo relativo al APL, se ha mostrado muy crítica con el contenido del artículo 8 del mismo.
59. Cuestión distinta es si, en opinión del legislador, la CNC se ha extralimitado en sus labores de promoción de la competencia. Por ejemplo, en alguna ocasión algunas empresas se han manifestado en el sentido de que se han visto desfavorecidas, en *términos* de daños a su reputación, por el contenido de ciertos informes sectoriales.<sup>11</sup> Este tipo de problemas puede corregirse por vías más proporcionadas y adecuadas, como es la introducción de modificaciones a la Ley 15/2007 en los términos que sean necesarios, como por ejemplo, a través de la introducción de un trámite en el que las empresas activas en el sector objeto del informe pudieran formular comentarios al mismo.
60. La AEDC entiende que el contenido de los artículos 25 y 26 de la LDC deberían verse reproducidos en el APL puesto que, en definitiva, las modificaciones introducidas por el APL constituyen un paso atrás en lo que se refiere a las labores de promoción de la competencia, que no parece estar justificado a simple vista.
61. En lo que se refiere a la elaboración de informes preceptivos de proyectos normativos, el APL establece que la CNMC podrá “*participar, mediante informe, en el proceso de elaboración de disposiciones generales que afecten a los sectores sometidos a su supervisión, a la normativa de defensa de la competencia y a su régimen jurídico.*” Es decir, se limita el ámbito de elaboración de este tipo de informes a los sectores regulados, en contraposición con lo establecido en el artículo 25 de la LDC, conforme al cual la CNC puede informar sobre proyectos y proposiciones de normas que “*afecten a la competencia*”, lo que constituye un ámbito más amplio.

---

profesionales y colegios profesionales (2008), ámbito sobre el que la CNC acaba de publicar un nuevo informe, o el Informe sobre la competencia en los mercados de adquisición y explotación de derechos audiovisuales de fútbol en España (2008).

<sup>11</sup> Como fue el caso en relación con el Informe sobre la competencia en el sector de carburantes de automoción (2009).

62. En los últimos tiempos se ha tomado conciencia de la importancia de tener en cuenta el potencial impacto de una norma en el mercado,<sup>12</sup> y los distintos Ministerios están solicitando asiduamente a la CNC la elaboración de este tipo de informes de proyectos normativos. La CNC, como Autoridad experta de defensa de la competencia, presta un valioso apoyo dentro del procedimiento de elaboración de normas que puedan afectar a la competencia.
63. Si bien buena parte de los informes sobre normativa emitidos por la CNC tienen por objeto normativa que afecta a sectores que entrarían dentro del ámbito regulador de la CNMC, no es menos cierto *que* otros muchos informes se refieren a normativa relativa a otros sectores.<sup>13</sup>
64. La AEDC entiende que la labor de la CNC en este sentido es útil y meritoria, por lo que se propone que la CNMC herede intacta la potestad consultiva. Por lo tanto, en opinión de la AEDC el artículo 8 del APL debería incluir un apartado redactado en los términos del actual 25 (a) de la LDC.
65. En cuanto a la facultad de publicar guías y otros informes que la CNC puede formular conforme al artículo 26 de la LDC, se entiende que dichas facultades se hallan subsumidas en la letra (h) del artículo 8 del APL, que establece que la CNMC podrá *“promover y realizar a iniciativa propia estudios y trabajos de investigación en materia de competencia, así como informes generales sobre sectores económicos”*. No obstante, en línea con lo propuesto por la CNC en su informe relativo al APL, en aras de la claridad se propone incluir los tipos de actuación que puede llevar a cabo la CNC que se mencionan en el artículo 26 de la LDC en el artículo 8 del APL.
66. En lo que refiere a los informes preceptivos sobre ayudas de Estado del artículo 11 de la LDC, entendemos que la facultad para su elaboración se encontraría incluida en la letra (f) del artículo 8 del APL *“cualesquiera otras cuestiones sobre las que deba informar, de acuerdo con lo previsto en la normativa vigente”*. Como en el caso anterior, con el fin de evitar cualquier duda, recomendamos incluir una mención a dicho artículo 11 de la LDC en el artículo 8 del APL.

---

<sup>12</sup> En este sentido, en el año 2009 se aprobó el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo.

<sup>13</sup> Por ejemplo, en 2011, el Informe al Proyecto de Real Decreto por el que se modifica la letra d) de la cláusula 8 del pliego de cláusulas generales para la construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, el Informe al Proyecto de Real Decreto por el que se modifica la letra d) de la cláusula 8 del pliego de cláusulas generales para la construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, la Posición de la CNC sobre el Reglamento de la Ley 34/2006 sobre el acceso a las profesiones de abogado y procurador de los tribunales, el Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Supervisión de Seguros Privados, o el Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Servicios Funerarios, entre otros.

#### **4. Órganos de Gobierno**

##### **4.1. Comentarios generales**

67. La estructuración de la CNMC y sus órganos se remite a un Estatuto Orgánico que será aprobado por el Gobierno mediante Real Decreto. El APL apenas define las líneas de dicho Estatuto Orgánico: apenas una mención a la posibilidad de crear una Comisión Ejecutiva y Comisiones Delegadas Sectoriales en las que se delegarán funciones del Consejo que no estén reservadas al Consejo en pleno en la futura ley (artículo 21 del APL).
68. Consideramos que sería deseable que la estructura orgánica de la CNMC figurase en un texto de rango legislativo, y no sea materia sujeta a cambios de inspiración puramente política o de conveniencia. Resulta en nuestra opinión de la máxima importancia que el entramado orgánico sea sólido y represente así una garantía de continuidad en los mecanismos de funcionamiento interno y decisión de la institución, esenciales para su buen funcionamiento.

##### **4.2. Artículo 10 El Consejo**

69. Uno de los problemas principales que aquejan actualmente a la CNC es la excesiva carga de trabajo sancionador y promoción de la competencia. A ello se añade que la proyectada CNMC habrá de asumir otras muchas funciones, como consecuencia de la agregación en un solo organismo. Esta excesiva carga de funciones en manos del Consejo puede afectar a la correcta eficiencia del organismo.
70. Por ello, carece de sentido que el ejercicio de las funciones de arbitraje sean indelegables. En efecto, la indelegabilidad del arbitraje puede lastrar al órgano. Un procedimiento arbitral por definición suele ser complejo y más en los sectores de competencia de la CNMC. Por ello, se propone que el ejercicio de la función arbitral sea delegable en algún órgano subsidiario o, incluso, en la Secretaría del Consejo.
71. Adicionalmente, se ve difícil, de hecho, el desarrollo de tal actividad por un órgano que está llamado a aplicar -desde la defensa del interés público- las normas de competencia. Aún actuando como órgano arbitral, la CNC no podría apartarse de su función principal. A ello se añaden las dificultades técnicas que podrían aparecer en cuestiones tales como las medidas de ejecución de autorizaciones contenidas en control de concentraciones, o en daños derivados de infracciones de la competencia. Por ello, se considera conveniente que la función arbitral quede excluida en materia de defensa de la competencia.
72. En relación con lo establecido en los artículos 21 y siguientes del APL, merece comentario especial la previsión de la creación de una Comisión Ejecutiva y Comisiones Delegadas Sectoriales. De nuevo, preocupa la mera previsión teórica sin una clara definición de si existirán o no, en qué número, con qué funciones, composición y competencias. En el caso de tener que existir una Comisión Ejecutiva y

Comisiones Delegadas Sectoriales, consideramos que en la medida de lo posible las mismas, su composición y sus funciones, deberían estar ya previstas en la ley.

73. Entendemos que la facultad de resolución no debería ser delegable a una de estas comisiones, en aplicación de lo previsto en el artículo 127.2 de la Ley 30/1992: *“El ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a los órganos administrativos que la tengan expresamente atribuida, por disposición de rango legal o reglamentario”*. Así, entendemos que debería consignarse como una de las facultades indelegables previstas en el artículo 10 la facultad de resolución.

#### **4.3. Artículo 11 Nombramiento y mandato de los miembros del Consejo**

74. El sistema de nombramiento de los Consejeros propuesto en el APL podría ser visto como limitador de la necesaria independencia de un órgano destinado a dirigir y supervisar el funcionamiento, nada menos, de todos aquellos mercados regulados – algunos de ellos estratégicos- y del correcto funcionamiento de la competencia en el mercado español. Por ello, se recomienda una mayor intervención del Parlamento en la designación, dada la acumulación de funciones de supervisión y control de los mercados que tendrá el nuevo organismo.

#### **4.4. Artículo 13 Presidencia**

75. El sistema de presidencia que se propone es novedoso e interesante. No obstante, es conveniente hacer una serie de matizaciones, así como posibles alternativas para el nombramiento de la Presidencia.
76. En primer lugar se hace notar que el sistema previsto para la elección del Presidente, unido al sistema de elección de los Consejeros y a la duración de su mandato, limita excesivamente el número de candidatos a la Presidencia de la CNC. La anterior afirmación queda puesta de manifiesto en el siguiente ejemplo:

Año 0: 3 Consejeros  
Año 2: 3 Consejeros  
Año 4: 3 Consejeros  
Año 5: Elección de nuevo Presidente.

77. Tal y como establece el APL, la duración del cargo de Presidente será de 3 años. En dicha situación, no podrían ser candidatos los Consejeros nombrados en el año 4 pues el APL exige una antigüedad de al menos 2 años para poder ser elegido como Presidente. Ahora bien, los Consejeros elegidos en el año 0, tampoco podrían ser elegidos (o no deberían serlo, si de lo que se trata es de mantener una mínima coherencia y estabilidad en la política de la CNMC, puesto que sólo les quedaría 1 año para finalizar su mandato. De este modo, sólo podrían ser candidatos idóneos los 3 Consejeros elegidos en el año 2. De hecho, dado que el sistema de elección del Vicepresidente es el mismo, podría darse la circunstancia de que sólo existieran tres candidatos idóneos para dos puestos.

78. Ante la imposibilidad de un sistema de presidencia rotatoria, el Gobierno ha optado por un procedimiento de elección interna. En cualquier caso, parece relativamente obvio que el período debe ser suficiente para realizar las tareas de la presidencia y aún más tomando en consideración las competencias del nuevo órgano. Los plazos inferiores a tres años no parecen adecuados porque la rotación no le daría la estabilidad necesaria a la presidencia, un plazo de cuatro años parecería más adecuado o incluso uno de cinco años.
79. Además, la ley debería prever que la asunción de la Presidencia sería independiente de la duración del mandato de Consejero. Es decir, dicho mandato se vería ampliado por el tiempo que se establezca para el cargo de Presidente.
80. Existen otras opiniones según las cuales el Presidente debe ser elegido por el Gobierno con vistas a garantizar su máxima independencia de criterio y autonomía con respecto a los consejeros en el desempeño de su mandato. Resulta además una figura que juega un rol esencial en la promoción de la competencia en el país y su representatividad debe hallarse al máximo nivel posible para realzar su papel y los valores que representa. Bajo este formato, el mandato de presidente debe durar igualmente seis años y no tres como se propone.
81. Finalmente, el Presidente no debe contar con facultades propias de resolución ni siquiera en asuntos calificados como de infracciones leves, tal y como prevé el artículo 24.2 del APL. En primer lugar, porque las infracciones “*leves*” de competencia pueden implicar una complejidad fáctica y jurídica nada desdeñable, presentar una gran importancia práctica en cuanto al establecimiento de precedentes, y conllevar la imposición de sanciones de cuantías muy importantes. En segundo lugar, porque repudia a la propia naturaleza de un órgano colegiado el confiar funciones de resolución en una sola persona, perdiéndose precisamente la riqueza de debate, puntos de vista y refinamiento intelectual que justifican la propia existencia del órgano colegiado.

#### **4.5. Artículo 14. Vicepresidente de la CNMC**

82. Dada la amplitud de materias que abarcará la CNMC, parecería conveniente aplicar los mismos criterios expresados anteriormente. De lo contrario, la limitación que existirá es que el Vicepresidente sólo debería poder ser votado entre aquellos miembros del consejo que lleven más de 2 años y menos de 3 años, lo que si el sistema funcionase adecuadamente se limitará a elegir alguien entre sólo un tercio de los miembros del consejo de la CNMC. Asimismo, se propone que, a fin de asegurar una cierta estabilidad de la institución y continuidad en su política, los mandatos de Presidente y Vicepresidente no coincidan.
83. Por otro lado, dada la amplitud de las funciones legales e institucionales que habrá de asumir el Presidente, se recomienda que el Vicepresidente asuma algunas de ellas, ya sea por previsión legal o por delegación del Presidente.



#### **4.6. Artículo 16. Funciones del Presidente**

84. Dado el enorme ámbito competencial de la nueva CNMC, las funciones del presidente pueden considerarse excesivas. En este sentido, se observa que el apartado j) prevé la posibilidad de que el presidente asuma *“cuantas funciones le delegue el Consejo”*. Esta posibilidad debería ser suprimida, pues la indeterminación de su redacción podría dar lugar a que bajo determinadas y concretas circunstancias el Consejo pudiera llegar a delegar funciones de resolución de expedientes sancionadores o en materia de concentraciones.

#### **4.7. Artículo 17 Funciones del Consejo de la CNMC**

85. En consonancia con lo apuntado respecto del artículo 10, se propone la eliminación de la función de arbitraje en materia de defensa de la competencia.

#### **4.8. Artículo 18 Funciones e incompatibilidad de los miembros del Consejo**

86. La AEDC está de acuerdo con la apreciación hecha por la CNC en su informe respecto de este artículo. En consecuencia, se apoya, su propuesta de modificación de la expresión *“dedicación absoluta”* por *“dedicación exclusiva”*.

#### **4.9. Artículo 19 bis Funciones de la Dirección competente para la instrucción**

87. La separación entre la las fases de instrucción y de resolución de los asuntos en materia de derecho administrativo sancionador está reconocida en el mundo occidental y es amparada por nuestra Constitución y los acuerdos internacionales en materia de protección de derechos fundamentales, de los que España es parte, por lo que el comentario efectuado por la CNC se considera muy pertinente. Esta separación he de quedar clara e indubitada en la Ley de la CNMC. En definitiva, el test que ha de asumir –conceptualmente- el legislador es *“cómo me gustaría ser juzgado en caso de ser yo el imputado”*.
88. En todo caso, la regulación que al efecto se adopte (así como a efectos de la regulación particular relativa a los órganos de instrucción) debería contemplar de manera esencial la garantía de separación de las funciones de instrucción y resolución. La necesidad de garantizar que una y otra labor residan en órganos distintos y que se establezca claramente su separación no precisa de mayor explicación ni justificación, pues supone un principio básico de todo sistema sancionador que va más allá de lo puramente institucional y tiene que ver con las propias garantías esenciales del proceso.
89. Así lo requiere exactamente el artículo 134.2 de la Ley 30/1992, al prever que *“los procedimientos que regulen el ejercicio de la potestad sancionadora deberán establecer la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándolas a órganos distintos”*.

90. En particular, llama la atención, frente a la actual bien definida y estructurada Dirección de Investigación, el APL preste tan poca atención a la fase de instrucción: la mera previsión del artículo 24.2 de que la instrucción del procedimiento sancionador corresponde al personal de la *“unidad correspondiente en virtud de la materia”*. En el ámbito de la defensa de la competencia, entendemos que se está remitiendo al departamento ministerial al que estaba adscrita la CNC, según reza la Disposición Adicional Tercera, es decir, el Ministerio de Economía según estipula el artículo 19 de la LDC.
91. Queda así en nuestra opinión muy difuminada la identificación y rasgos del órgano de instrucción. Frente a las bien definidas funciones, procedimientos y reglas a las que la actual Dirección de Investigación está sujeta, nos hallamos con una indefinición a nivel legal en cuanto al órgano que debe asumir las funciones de instrucción. Se echa en falta, igualmente y por los mismos motivos, la figura del Director de Investigación.
92. El desarrollo de la ley debe garantizar un órgano de instrucción bien definido, experto y que permita el cometido de sus funciones de manera transparente e independiente del órgano de resolución.

#### **4.10. Artículo 20 Obligación de informar y garantías para la actuación imparcial**

93. Dada la importancia y amplitud de la nueva CNMC, es necesario diseñar los mecanismos necesarios para el cumplimiento del presente artículo. Necesidad puesta de manifiesto por la propia CNC en su informe y con la que coincidimos plenamente. Abundando en el comentario hecho por la CNC, se hacen las siguientes propuestas:

A fin de asegurar la publicidad y transparencia de la CNC así como la objetividad y transparencia -y dado que el mercado o sector en que la CNMC puede ser cualquiera (pues el derecho de la competencia se aplica a cualquier ámbito económico) se estima conveniente:

1. Un sistema que aumente las garantías de independencia y objetividad. Para ello se propone la inclusión de un párrafo similar al lo establecido en el artículo 52 del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión General del Mercado de Valores.
2. Por otro lado, en relación con el párrafo segundo del artículo 20 del APL, se propone añadir el siguiente texto (similar al artículo 54.2 del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión General del Mercado de Valores):

*“Las autoridades y el personal al servicio de la CNMC están sometidos en el ejercicio de sus funciones al régimen de responsabilidad de las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones Públicas a que se refieren los artículos 145 y 146 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre”.*

El motivo de esta inclusión es doble: por un lado, delimitar claramente la responsabilidad de los miembros de la CNMC, tanto de sus autoridades como del personal al servicio de la misma, ya se trate de personal funcionario o laboral. A este respecto, aunque esta cuestión sea objeto de tratamiento en el apartado correspondiente, se recuerda aquí la importancia de que se elimine del texto la limitación de determinadas funciones a personal funcionario, pues tal limitación carece de sentido. Por un lado, por evidentes motivos de eficiencia, por otro lado, porque sería claramente conveniente que un organismo destinado a controlar el funcionamiento de los mercados, disponga de personal que conozca dicho funcionamiento o que tenga experiencia en el sector privado y sea capaz de entender desde el punto de vista técnico la racionalidad de decisiones económicas y empresariales.

## **5. Organización de la CNMC**

### **5.1. Facultades de inspección**

94. El artículo 22 del APL establece que los poderes de inspección de los que actualmente dispone la CNC en el artículo 41 de la LDC estarán a disposición de la CNMC *“para la debida aplicación de esta Ley”* sin limitación.
95. Al entender de la AEDC, la justificación de las amplias facultades de inspección de la CNC en cuestiones de competencia se ha basado tanto en la gravedad de las conductas prohibidas por el artículo 1 y 2 de la LDC como en el carácter secreto de las mismas y la dificultad de prueba relacionada. En este sentido, la AEDC cuestiona la necesidad de dichas facultades para el ejercicio de las nuevas funciones regulatorias de la CNMC ya que, en su mayoría, las conductas prohibidas por el derecho regulatorio no comparten las mismas características.
96. Como mínimo, la AEDC respetuosamente considera que se debe establecer una regla de no aprovechamiento de la información obtenida a través de inspecciones regulatorias para otras funciones. Para ello, sería necesario garantizar que las órdenes de inspección indiquen la función para cuyo desarrollo se lleva a cabo la inspección (por ejemplo, con la inclusión de una redacción parecida a la del artículo 23.1 de la LDC relativo a los requerimientos de información).
97. En todo caso, y a la vista del gran número de conflictos judiciales planteados en relación con las órdenes de inspección, la AEDC respetuosamente considera necesario establecer un contenido mínimo de todas las órdenes de inspección, incluso de aquellas llevadas a cabo en virtud del artículo 41 de la LDC.

## **5.2. Requerimientos de información**

98. La AEDC entiende la necesidad de unificar el poder de requerir información para las distintas funciones y está de acuerdo con la propuesta de especificar el objeto del requerimiento y la función para cuyo desarrollo se emite.
99. No obstante, a efectos de asegurar la constitucionalidad de los requerimientos también sería necesario, a juicio de la AEDC, que los mismos indicasen los elementos objetivos de cualquier denuncia, investigación, información reservada o actuación previa que haya motivado el requerimiento, sin perjuicio de la situación de la investigación en cuestión.
100. Del mismo modo, a efectos de permitir que las empresas faciliten información con la transparencia requerida y asegurar así el cumplimiento efectivo de las funciones regulatorias, la AEDC entiende que sería necesario prohibir o al menos limitar la posible utilización de la información obtenida a través de requerimientos de información a la función regulatoria especificada en cada caso.

## **5.3. Procedimiento sancionador**

101. A la vista de la asunción por el Consejo de la CNMC de funciones adicionales a las de la CNC actual, la AEDC entiende la necesidad de simplificar el procedimiento de resolución. No obstante, por los motivos ya expuestos en el apartado 78 anterior, no sería apropiado delegar dicha responsabilidad en una sola persona.
102. Por otro lado, a efectos de emplear los limitados recursos de la nueva CNMC con la máxima eficiencia y a su vez resolver los expedientes de la forma menos perjudicial para la competencia, la AEDC propone que se estudie la posibilidad de incluir en el APL medidas orientadas a potenciar y fomentar la terminación convencional en expedientes sancionadores (tanto con sanción como sin ella).
103. Por otro lado, por la dimensión de las sanciones económicas fijadas por la CNC en casos de infracciones de todo tipo y por su carácter penal, la AEDC considera muy problemático el hecho de que a las partes sancionadas no le sea concedida la posibilidad de una vista oral, la cual permite una efectiva contradicción de las pruebas en su contra. En este sentido, se destacan las muchas críticas al actual sistema español por parte de instituciones y empresas internacionales.
104. En cuanto al artículo 24.3 del APL, la AEDC destaca que la redacción del artículo no es clara respecto de la aplicación residual de la Ley 30/1992 en los expedientes llevados a cabo bajo la LDC. En concreto, la AEDC sugiere completar la última frase del artículo con una mención a dicha aplicación residual.
105. Finalmente, la AEDC también considera que sería de gran utilidad aprovechar la armonización de los procedimientos para resolver dos de las lagunas más problemáticas

de la normativa actual: la información reservada en expedientes sancionadores y las actuaciones previas relativas a operaciones de concentración. En todos los procedimientos tramitados por la CNMC, en general, pero en estos dos casos en particular, debe establecerse un procedimiento transparente (con acceso al expediente) y contradictorio con todas las garantías previstas en la Constitución Española.

#### **5.4. Régimen de contratación**

106. Aunque puede exceder del ámbito del APL en sentido estricto, la AEDC no puede pasar por alto que el APL mantiene las mismas limitaciones a la contratación del personal de la CNC establecidas en la normativa anterior. En este sentido, la AEDC respetuosamente considera paradójico el mantenimiento de limitaciones a la competencia para dichos puestos precisamente en el organismo encargado de velar por el mantenimiento de una competencia efectiva.
107. En este sentido, la AEDC destacaría las grandes ventajas que han obtenido otras autoridades líderes a nivel internacional, tales como la *Office of Fair Trading* británico, el *Department of Justice* y el *Federal Trade Commission* estadounidense, *l'Autorité de la Concurrence* francesa o *l'Autorité de la Concurrence* belga, entre otras, al permitir la contratación de directivos clave con experiencia en industria o de profesionales en el sector privado. Dichos directivos y profesionales aportan un conocimiento del funcionamiento de las empresas y una perspectiva sobre las prácticas y concentraciones que ayudan a identificar y analizar las más restrictivas para la competencia. Además, su presencia entre los directivos de la CNMC podría ayudar a la CNC en la comunicación de sus actividades y objetivos y en su labor de promoción de la competencia.
108. Finalmente, y en cuanto a la estructura de la plantilla de la CNMC, la AEDC también destacaría la preocupante estadística publicada por la propia CNC según la cual, tras su revisión en la jurisdicción contencioso administrativa, el 22% de las decisiones en expedientes sancionadores son contrarias a derecho o han resultado en la imposición de sanciones excesivas a las empresas, lo cual en sí mismo habría producido indudables distorsiones para la competencia en los mercados afectados. Por ello, y a efectos de asegurar un mayor acierto en las decisiones del nuevo regulador, la AEDC destacaría la necesidad de asegurar que el mismo sea dotado con todos los medios necesarios y, en concreto, con servicios jurídicos y económicos acordes con el carácter penal económico de los expedientes.

#### **6. Transparencia y Responsabilidad**

109. Como comentario preliminar, la AEDC valora positivamente el compromiso con la transparencia que el APL imprime a la actuación de la CNMC. La transparencia, como principio de actuación de las Administraciones Públicas, es siempre necesaria. En un organismo de las características de la CNMC esta transparencia es, si cabe, todavía más relevante en la medida en que permite el control público de los actos de un órgano con un importante poder e influencia sobre las empresas, los ciudadanos y la economía en

general. Adicionalmente, en materia de defensa de la competencia la transparencia de las instituciones es un elemento clave de la política del órgano, en la medida en que el conocimiento de las actividades del órgano incentiva el respeto y observancia de la normativa vigente.

110. La LDC contiene dos artículos (27 y 28) dedicados a tratar las cuestiones concernientes a la transparencia y responsabilidad de la CNC. Aunque con ciertas matizaciones, que se valoran en los párrafos siguientes, el contenido de estos dos artículos es en gran medida idéntico al contenido de los artículos 31 y 32 del APL, por lo que el APL no supone una modificación sustancial de la práctica actual de la CNMC<sup>14</sup>. No obstante, precisamente a la vista de la experiencia en la aplicación de la LDC pueden identificarse algunas cuestiones que podrían mejorar la transparencia de los actos de la CNMC.

#### **6.1. Obligaciones de publicar directrices, comunicaciones y procedimientos**

111. El artículo 31 impone que la CNMC haga públicos determinados documentos, preservando aquellos aspectos que afecten a la confidencialidad a que tienen derecho las empresas. A este respecto, sería recomendable incluir en el APL una previsión análoga al actual artículo 43 de la LDC, e imponer a todas las partes que intervengan en un procedimiento un deber general de secreto respecto de los datos e informaciones a los que puedan tener acceso por su participación en un expediente.
112. Adicionalmente, en relación con la publicidad de las actuaciones de la CNMC, sería recomendable especificar que la obligación de publicación preserve los restantes derechos de las partes en los procedimientos que se tramiten ante la CNMC y, muy especialmente, los derechos de defensa en procedimientos sancionadores. Por este motivo, se propone modificar el artículo 31 del APL a fin de especificar que los informes en procedimientos sancionadores no se publicarán antes de la resolución del procedimiento en cuestión. Obviamente, esta cautela debe establecerse sin perjuicio de que la CNMC informe adecuadamente de la existencia del procedimiento y se respeten los derechos de las partes interesadas que, estando legitimadas para ello, soliciten la intervención en el procedimiento.
113. El APL determina también que la CNMC haga públicas las reuniones que mantenga con empresas del sector. Si bien el mecanismo puede ser útil para mantener un grado de transparencia elevado en relación con la actuación de la autoridad, entendemos que esta cuestión debe regularse de forma precisa. Es importante que las empresas involucradas en un procedimiento ante la CNMC tengan conocimiento de las reuniones que los funcionarios del organismo mantienen con otros operadores y del contenido de dichas reuniones. No obstante, debe tenerse en cuenta que un exceso de publicidad o detalle a este respecto puede desincentivar el contacto directo de las empresas con la CNMC,

---

<sup>14</sup> Así, por ejemplo, la Ley 15/2007 ya prevé que sean públicas las resoluciones de la CNC que pongan fin a procedimientos sancionadores y de control de concentraciones, así como las resoluciones que acuerden la imposición de medidas cautelares. Asimismo, los currículum vitae de los miembros del Consejo de la CNC son públicos en la actualidad.

especialmente en materia de competencia (piénsese, por ejemplo, en casos de denuncias o solicitudes de clemencia).

114. A la vista de lo indicado en el párrafo anterior, sugerimos que las reuniones que mantenga la autoridad con empresas en el marco de procedimientos sancionadores se mantengan secretas cuando el fin último del expediente así lo requiera. Con esta salvedad, apoyamos la propuesta de transparencia en relación con cualesquiera otras reuniones con empresas, siempre que dentro de la publicidad de estas reuniones se incluya una referencia a su contenido y a las cuestiones planteadas y se levante acta. Dicho acta debería estar a disposición de cualquier interesado que la solicitase con un interés legítimo.
115. Proponemos también una ampliación de las materias sujetas a publicación según el artículo 31.1 del APL a fin de que, además de los extremos recogidos en las letras (a) a (l), sean públicas las fechas de las reuniones del Consejo y de las Comisiones Delegadas Sectoriales. A este respecto, entendemos que la publicación del calendario de reuniones puede ser un elemento de interés y utilidad para los operadores económicos en la medida en que permite a las empresas valorar razonablemente posibles fechas de resolución de un expediente en curso. Esta adaptación, por ejemplo, en el caso de concentraciones económicas permite a las empresas anticipar de forma más precisa los actos necesarios para el cierre de una operación<sup>15</sup>.
116. También sería de interés que se hiciese pública la fecha en que, según el cómputo de la CNMC, venza el plazo para dictar la resolución que ponga fin a cada expediente en curso, así como las sucesivas suspensiones del procedimiento que hubieran tenido lugar (y la causa de dichas suspensiones). A este respecto, la CNC ya viene publicando en su página *web* las fechas de incoación de los expedientes. Sobre esta base, el cálculo inicial del plazo de vencimiento de los expedientes es sencillo a la vista de los plazos legalmente previstos. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que es habitual que los plazos se vean modificados como consecuencia de suspensiones (p.ej., requerimientos de información o intervención de otros organismos y autoridades) u otro tipo de incidentes. Cuando eso ocurre, únicamente las partes en cada expediente pueden conocer el momento en que vencerá el plazo. A nuestro juicio esta publicación es también sencilla y dotará de gran transparencia a la actuación de la CNMC frente a terceros interesados.

## **6.2. El problema de las notas de prensa sobre inspecciones**

117. Nuestro siguiente comentario está referido a las notas de prensa que la CNC viene publicando en su página *web* y, en particular, en relación con las inspecciones domiciliarias que realiza y con la incoación de expedientes sancionadores. Aun considerando que la difusión de los asuntos relacionados con la defensa de la competencia puede ser un instrumento de política de competencia para la prevención de

---

<sup>15</sup> Téngase en cuenta que el cierre formal de una operación puede requerir la organización de un gran número de recursos, desplazamientos, obtención de requisitos pendientes, etc.

conductas anticompetitivas, entendemos que esa publicidad conlleva también ciertos perjuicios para el mercado y las empresas, especialmente en el caso de empresas cotizadas, que pueden y deben minimizarse.

118. No es infrecuente que las notas de prensa den más información en unos sectores que en otros, en ocasiones incluso por razones ajenas a la autoridad como puede ser el número de operadores presentes en un determinado sector. Tampoco es infrecuente que la autoridad se limite a publicar únicamente ciertos aspectos de los procedimientos, como la incoación de expedientes sancionadores o las multas impuestas, y omita otros igualmente relevantes como, por ejemplo, el archivo de un expediente en el que se ha demostrado que la empresa cumplía escrupulosamente la legislación vigente o la anulación de una decisión sancionadora.
119. En la medida en que el contenido de las notas de prensa pueden perjudicar la imagen y reputación de las empresas sugerimos, en primer lugar, que la CNMC module el contenido de sus comunicaciones públicas en función de la materia y del sector sobre los que versen y, en segundo lugar, que la CNMC dé el mismo tratamiento a todos los hechos significativos de los procedimientos. Por ejemplo, en la medida en que la CNMC considere relevante una incoación y haga público este hecho, debe considerar igualmente relevante el archivo del procedimiento, de forma que las empresas y sectores afectados vean mitigado el impacto inicial de la incoación del procedimiento. Entendemos que todas las publicaciones son positivas para el mercado, refuerzan la imagen de profesionalidad e imparcialidad de la autoridad y pueden incentivar a las empresas a cumplir la legislación.
120. En suma, proponemos que en el artículo 31 del APL se añada un apartado relativo a las notas de prensa que garantice que la publicación de estas notas se hará siempre de forma proporcionada, valorando los riesgos de una exposición de las empresas afectadas por su publicación a la vista de las circunstancias. Además, la modulación del contenido de las notas de prensa podrá evitar que la información publicada permita en algunos sectores identificar perfectamente a las empresas que, por ejemplo, han sido objeto de una inspección domiciliaria, mientras que esa misma información referida a otros sectores haría imposible la individualización de las empresas objeto de inspección. También se propone la publicación de todos los actos relevantes de un procedimiento cuya existencia se ha hecho pública. De esta forma, se publicarían tanto la realización de inspecciones y las incoaciones de expedientes sancionadores como las resoluciones que pongan fin al procedimiento (ya sean declarativas de infracción o no) o lo archiven, así como las posteriores resoluciones judiciales que resuelvan sobre el caso (tanto a favor como en contra de la postura mantenida por la autoridad).
121. Como corolario de este capítulo, proponemos modificar la redacción del apartado segundo del artículo 31 del APL para que no haga referencia específica a los documentos que deban ser públicos (disposiciones, resoluciones, etc.), sino que haga referencia a *“todos los documentos y actos identificados en el apartado anterior”*. Esta redacción simplificará la lectura del artículo y evitará eventuales discrepancias con el



contenido del apartado primero del artículo, al tiempo que evitará modificaciones del articulado en caso de que el contenido del artículo 31.1 del APL se vea modificado.

122. Por último, es positiva la obligación de que la CNMC haga una valoración trienal de sus planes de actuación y los resultados obtenidos, como prevé el artículo 31.3 del APL. A este respecto, podría resultar tremendamente valioso para la evolución de las actividades del órgano que esta evaluación periódica involucrase, de algún modo, a los agentes económicos. Para ello, podría establecerse un mecanismo de consultas abierto, de forma que la CNMC recogiese y valorase, en el contexto de un trámite especialmente previsto, propuestas de mejora y valoraciones de actuación externas al propio organismo, de tal forma que la autoridad pueda tener en cuenta las necesidades e inquietudes de los administrados en su actuación futura.

## **7. Conclusiones**

123. A modo de resumen, la AEDC considera que el APL aporta varios aspectos positivos para lograr un funcionamiento más eficiente de los diversos organismos independientes existentes en nuestro país. Sin embargo, mediante los presentes comentarios y a la luz de la amplia experiencia de sus miembros en el mundo de la defensa de la competencia, la AEDC ha puesto de manifiesto aquellos puntos sobre los que considera que se requiere mayor reflexión y debate.
124. En este sentido, la AEDC reitera su total disponibilidad seguir aportando ideas y sugerencias en este debate y para analizar y comentar las propuestas concretas que vayan surgiendo del mismo. Todo ello con el fin de avanzar hacia el común objetivo de lograr un funcionamiento eficiente y competitivo de los mercados.