

Caso práctico - Perfil jurídico (OEP 2016)

La Comisión Permanente del Consejo de Estado, en sesión celebrada el día 13 de septiembre de 2012, emitió, por unanimidad, el siguiente dictamen:

"Por Orden comunicada de V. E. de fecha 26 de julio de 2012 (con registro de entrada el mismo día), el Consejo de Estado ha examinado el expediente relativo al anteproyecto de Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. La consulta se formula con carácter de urgencia.

De antecedentes resulta:

PRIMERO. Contenido del anteproyecto

El anteproyecto de Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia consta de exposición de motivos, treinta y ocho artículos -ordenados en cinco capítulos-, catorce disposiciones adicionales, once transitorias, una derogatoria, diez finales y un anexo. La parte expositiva se divide en dos apartados. El apartado I se refiere a los aspectos generales que llevan a la promulgación de la norma. Parte de la existencia de ciertos principios generales de la economía de mercado (eficiencia, competitividad) y de la experiencia comparada, en particular la de las comisiones reguladoras independientes norteamericanas, para explicar la existencia de organismos supervisores o reguladores independientes.

Enlaza después con los procesos liberalizadores en el seno de la Unión Europea y con la manera en que los supervisores se han configurado en el Derecho español: autoridades encargadas de la supervisión sectorial (separación vertical, libre acceso a infraestructuras, funciones reguladoras generales), de un lado, y la autoridad de defensa de la competencia como encargada del control ex post de la libre competencia y también del previo control en materia de concentraciones económicas, de otro.

El panorama de los organismos reguladores ha crecido, además, notablemente desde el año 2011, añadiendo a los cinco hasta entonces existentes (Comisión Nacional de Energía [CNE], Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones [CMT], Comisión Nacional de la Competencia [CNC], Comité de Regulación Ferroviaria [CRF] y Comisión Nacional del Sector Postal [CNSP]), otros tres: Comisión Nacional del Juego (CNJ), Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria (CREA) y -como organismo previsto en la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual- Consejo Estatal de Medios Audiovisuales (CEMA).

En función de esta evolución, propugna una "revisión del sistema" sobre la base de tres elementos: "seguridad jurídica y confianza institucional" (que eviten duplicidades y contradicciones entre los reguladores), austeridad y economías de escala y adaptación a la transformación en los sectores administrados que "deberían regularse o supervisarse adoptando una visión integrada".

Añade, en esta última línea, que existe una "clara tendencia a nivel internacional a fusionar autoridades relacionadas con un único sector o con sectores que presentan una estrecha relación" y que "en algunos casos, como

el de los Países Bajos, se han integrado las autoridades reguladoras de ciertos sectores en la autoridad de la competencia".

Por ello, la situación en España de ocho organismos supervisores "se compadece mal con la evidente existencia de funciones, procedimientos, metodologías y conocimientos que, por su identidad o semejanza, bien podrían ejercerse o aplicarse por una sola institución" y, puesto que las competencias de estos organismos en nuestro Derecho son ya "más amplias que las requeridas por la normativa europea" a las autoridades nacionales de regulación (ANR), se prevé la creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) agrupando las funciones relativas al correcto funcionamiento de los mercados objeto de supervisión.

El apartado II describe el contenido de la Ley en proyecto, que pasa a resumirse.

El capítulo I aborda la naturaleza y régimen jurídico de la CNMC en cuatro preceptos: el artículo 1, que la crea como "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", define su objeto y delimita su ámbito de actuación; el artículo 2, sobre su naturaleza (personalidad jurídica propia, "autonomía orgánica y funcional y plena independencia del Gobierno, de las Administraciones Públicas y de los agentes del mercado", sumisión a controles parlamentario y judicial) y régimen jurídico; el artículo 3, que precisa lo relativo a su independencia funcional y no aceptación de instrucciones; y el artículo 4, en lo relativo a su coordinación con los órganos autonómicos competentes, la cooperación con la Administración General del Estado y órganos jurisdiccionales y la colaboración general con la Comisión Europea y otras autoridades de los Estados miembros.

El capítulo II establece las funciones de la CNMC, distinguiendo las que le corresponden en cuanto autoridad de defensa de la competencia -y, en este sentido, generales o "para preservar y promover la competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos" (artículo 5)- de las relativas a la "supervisión y control" de los mercados concretamente regulados: de comunicaciones electrónicas (artículo 6), del sector eléctrico y del sector del gas natural (artículo 7), del mercado postal (artículo 8), del mercado de comunicación audiovisual (artículo 9), en materia de tarifas aeroportuarias (artículo 10) y en el sector ferroviario (artículo 11).

Cierra el capítulo el artículo 12 que, con distinta técnica, ordena en su apartado 1 lo relativo a la "resolución de conflictos" en los diversos sectores: comunicaciones electrónicas, electricidad y gas, tarifas aeroportuarias, mercado postal, mercado de comunicación audiovisual, sector ferroviario [subapartados a) a f)]; mientras que el apartado 2 establece los efectos generales de los actos resolutorios de conflictos.

El capítulo III se dedica a los "órganos de gobierno y de dirección" de la CNMC y consta de trece artículos:

- Los doce primeros tratan de los órganos de gobierno, que son el Consejo y el Presidente de la CNMC (artículo 13).

Al Consejo se consagran los artículos 14 a 16: "órgano colegiado de decisión en relación con las funciones resolutorias, consultivas, de promoción de la competencia y de arbitraje y de resolución de conflictos", "está integrado por nueve miembros" o Consejeros (artículo 14, apartados 1 y 2); los cuales son "nombrados por el Gobierno, mediante real decreto, a propuesta del Ministro de Economía y Competitividad, entre personas de reconocido prestigio y competencia profesional en el ámbito de actuación de la Comisión, previa comparecencia de la persona propuesta para el cargo ante la comisión correspondiente del Congreso de los Diputados", que podrá vetarlos en el plazo de un mes, con mandato de seis años no reelegibles (artículo 15, apartados 1 y 2).

El Consejo, a propuesta del Presidente, elegirá un Secretario no Consejero y se prevé la aprobación por aquel de su Reglamento de funcionamiento interno (artículo 16, apartados 2 y 3).

- Los artículos 17 a 20 tratan de la Presidencia de la CNMC, ostentada por el Consejero nombrado Presidente por el Consejo por plazo de tres años no reelegible; del Vicepresidente, que lo sustituirá en casos de vacante, ausencia o enfermedad; así como de las funciones de la Presidencia y del Presidente [sic] de la CNMC y de su Consejo (respectivamente, artículos 19 y 20).
- Los artículos 21 a 24 se ocupan del Consejo: enumeran sus competencias y establecen las funciones e incompatibilidades de los Consejeros, las causas de su cese y el deber de estos -así como de los directivos y empleados de la CNMC- de informar y de observar una actuación imparcial.
- Finalmente, el artículo 25 diseña los órganos de dirección, a saber las cuatro "direcciones de instrucción" de la CNMC: de Competencia, de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual, de Energía, y de Transportes y del Sector Postal; al tiempo que regula el nombramiento y cese de los Directores al frente de ellas.

El capítulo IV establece el régimen de organización y funcionamiento interno de la CNMC. Bajo esta denominación, tras el artículo 26 dedicado al Estatuto Orgánico (a aprobar por el Gobierno mediante real decreto), al régimen del personal directivo, a la aprobación del Reglamento de funcionamiento interno y a la posibilidad de crear una Comisión Ejecutiva; se regulan en los artículos 27 a 30 diversas potestades de la CNMC y la forma de su ejercicio: facultades de inspección, requerimientos de información y facultad de acceso a registros estatales, potestad sancionadora y procedimiento sancionador, así como la potestad de dictar circulares, circulares informativas, resoluciones y comunicaciones.

Los artículos 31 a 36 tratan, en fin, de estos otros aspectos de su régimen: personal, régimen de contratación, económico-financiero y patrimonial, presupuestario y contable, asistencia jurídica y recursos contra los actos, decisiones y resoluciones de la CNMC.

Por último, el capítulo V se dedica a la "transparencia y responsabilidad", denominación bajo la que se regula, de una parte, la obligada publicidad de las

actuaciones de la CNMC, salvados los aspectos confidenciales y los relativos a la protección de datos personales (artículo 37); y, de otra, el control parlamentario u obligación de comparecer del Presidente de la CNMC ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados (artículo 38).

La disposición adicional primera trata de la constitución y ejercicio efectivo de las funciones de la CNMC, pautando estos plazos: aprobación del Estatuto Orgánico (dos meses, a tenor de la disposición final novena); nombramiento inmediatamente después de los miembros del Consejo, disponiendo el Congreso de los Diputados de un mes para vetarlos; transcurridos veinte días desde el real decreto de nombramiento, efectiva constitución de la Comisión; por último, un mes para elaboración del Reglamento de funcionamiento interno, nombramiento del personal directivo e integración de medios.

La puesta en funcionamiento no podrá exceder el plazo de cuatro meses desde la entrada en vigor de la Ley proyectada.

La disposición adicional segunda establece los efectos de la extinción de los organismos afectados, previendo -entre otros extremos- que la CNMC asuma los medios materiales necesarios para el ejercicio de sus funciones, correspondiendo el resto a los ministerios que asuman las competencias correspondientes, sin perjuicio de que "la subrogación en los derechos derivados de las tasas cuya recaudación correspondiera a los organismos que se extinguen, corresponderá a la Administración General del Estado" y de la necesaria determinación de "los saldos de tesorería y los activos financieros de los organismos que se extinguen que deban incorporarse a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia" (apartados 4, segundo párrafo, y 5).

Trata la disposición adicional tercera del régimen de incompatibilidades e indemnizaciones del Presidente y Consejeros de los organismos que se extinguen; la cuarta, de la asignación de medios a la Administración General del Estado; la quinta, de la atribución (residual) de competencias a la CNMC; y la sexta, de la integración del personal de los organismos cuya extinción se prevé en la Comisión.

Las disposiciones adicionales séptima a duodécima establecen la asunción de las funciones que competen, en los diversos sectores afectados, a los Departamentos ministeriales u órganos correspondientes: Ministerio de Industria, Energía y Turismo [MINETUR], en materia audiovisual; Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información [SETSI] del citado Ministerio, en materia de comunicaciones electrónicas; Dirección General del Juego del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, en materia de juego; MINETUR, en materia de energía (a su vez, en el sector eléctrico, en el de hidrocarburos y en ambos); Ministerio de Fomento, en el sector postal y Ministerio de la Presidencia, en el sector audiovisual.

En fin, la disposición adicional decimotercera regula la remisión de informes al Instituto Nacional de Consumo y la decimocuarta las "tasas, prestaciones patrimoniales e ingresos derivados del ejercicio de las funciones previstas en esta ley".

Las once disposiciones transitorias se refieren, respectivamente, a estos aspectos: primer mandato de los miembros de la Comisión Nacional de Mercados y de la Competencia; designación del primer Presidente y Vicepresidente; continuación de funciones por los organismos que se extinguen; desempeño transitorio de funciones por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia; procedimientos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley; puestos de trabajo de personal funcionario que venían siendo desempeñados por personal laboral; presupuestos aplicables hasta la aprobación de los presupuestos de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia; régimen transitorio contable y de rendición de cuentas anuales; gestión y liquidación de las tasas previstas en el apartado 5 del anexo; órganos de asesoramiento de la Comisión Nacional de Energía y gestión de las tasas del sector postal.

La disposición derogatoria, además de la cláusula de derogación genérica, deroga "de manera específica" las normas con rango de ley, o preceptos de ellas, que señala expresamente.

Las disposiciones finales primera a séptima modifican las siguientes leyes: Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia; Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario; Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones; Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea; Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos; Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

La disposición final octava precisa los títulos competenciales en los que se basa el anteproyecto de Ley sometido a consulta, la novena trata de la habilitación normativa y la décima establece su entrada en vigor "el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado".

El anexo detalla el régimen de las tasas y prestaciones patrimoniales de carácter público en los diversos sectores afectados.

SEGUNDO. Contenido del expediente

A) Obra una primera versión del anteproyecto de Ley (28 de febrero de 2012), sobre la que emitieron informe:

- La CMT (15 de marzo de 2012), donde ponía de relieve consideraciones y objeciones al anteproyecto en lo relativo, fundamentalmente, a los siguientes puntos: integración de la autoridad de la competencia con los reguladores sectoriales de carácter no financiero; garantías de independencia de las ANR en el marco comunitario; esquema de los órganos de gobierno de la CNMC; reasignación de una parte de las competencias de la CMT a la SETSI; régimen de tasas del nuevo organismo; régimen jurídico del personal y concretas observaciones al articulado.
- Con fecha 16 de marzo de 2012, figura el voto particular al anterior informe de la CMT formulado por el Consejero de esta, Sr. García

Castillejo, en el que formula observaciones a la disposición adicional duodécima del anteproyecto.

- La CNE (15 de marzo de 2012), cuyo informe gira en esencia sobre los siguientes puntos: amplias consideraciones sobre la condición de la ANR en el sector energético a tenor de las Directivas 2009/72/CE y 2009/73/CE (algunas de cuyas funciones no figuran debidamente recogidas en el anteproyecto, a su entender, en favor de la CNMC); disconformidad con alguna de las competencias conferidas al MINETUR -disposición adicional décima del anteproyecto-, por ese mismo motivo; modelo organizativo (en especial, lo relativo a la desaparición de los comités consultivos de la CNE); forma de financiación y consideraciones sobre la "función decimocuarta" (disposición adicional décima, apartado tres, del anteproyecto).
- Dirección General de Aviación Civil (15 de marzo de 2012), con dos observaciones muy concretas al articulado.
- CRF (sin fecha), con observaciones específicas a los artículos sobre las competencias de la CNMC en el sector ferroviario y propuesta de modificación de la Ley 39/2003 (que fue aceptada: actual disposición final sexta del anteproyecto).
- CNSP (sin fecha), informe en el que realiza una consideración general sobre modelos comparados y otras observaciones al articulado sobre funciones de la CNMC en el sector postal (no expresamente recogidas por el anteproyecto, como la posibilidad de dictar instrucciones en la materia).
- AENA (15 de marzo de 2012), con comentarios y observaciones en materia de tarifas aeroportuarias.
- CNC (15 de marzo de 2012), amplio informe que parte de una consideración preliminar sobre la "oportunidad y forma" en que el anteproyecto ha sido planteado, estimando que "sería positivo un proceso de gestación más meditado y transparente, en el que se puedan sopesar de manera fundada las ventajas e inconvenientes de distintas alternativas", si bien "considera que la decisión de integrar en un único organismo la defensa de la competencia y distintas funciones de regulación en sectores de red ya ha sido adoptada por el Gobierno y puede ser, si se realiza de forma adecuada, una oportunidad para mejorar el sistema de supervisión y regulación actual sin obstaculizar los resultados del modelo consensuado instaurado por la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia".

Se detiene después en puntos tales como el necesario reforzamiento, a su entender, de la función de promoción de la competencia; la estructura institucional de la CNMC (en especial, Comisión Ejecutiva, diseño de la Presidencia y funciones de la Dirección de instrucción [de competencia]); respaldo de la financiación vía Presupuestos Generales del Estado y ciertos aspectos de la publicidad de las actuaciones de la CNMC.

- Secretaría General Técnica [SGT] del Ministerio de Economía y Competitividad (23 de marzo de 2012), que formula una serie de observaciones -incidiendo en las relativas al diseño institucional del Consejo y a la publicidad de ciertas actuaciones- una vez "consultados los diversos órganos del Departamento con competencias sobre la materia".
- SGT del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (28 de marzo de 2012), del que cabe destacar las sugerencias que formula relativas a los preceptos sobre la integración del personal de los organismos extintos en la CNMC y al régimen presupuestario (con propuesta de redacción del anexo sobre las tasas y prestaciones patrimoniales afectadas por el anteproyecto).
- SGT del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (30 de marzo de 2012), que cuestiona, entre otros extremos, la fórmula de la "adscripción" de la CNMC al Ministerio de Economía y Competitividad.

Adjunta informe del Consejo de Consumidores y Usuarios [CCU] (21 de marzo de 2012), informe del que cabe destacar las observaciones a la minoración de funciones de los reguladores y su reasignación a los Departamentos ministeriales.

- SGT del MINETUR (19 de abril de 2012), que realiza algunas observaciones de carácter general -vg. sobre la falta de transposición de ciertos aspectos de las Directivas 2009/72/CE y 2009/73/CE, el régimen de adscripción y la estructura orgánica de la CNMC- y otras concretas al articulado.
- Secretaría de Estado de Energía: valoración de las observaciones realizadas por otros organismos e informe propiamente dicho (9 y 16 de abril de 2012), también con observaciones generales, sobre la necesidad de asignar expresamente todas las funciones correspondientes al regulador o al ministerio competente, y otras específicas al articulado.
- SETSI: valoración de las observaciones de la CMT y emisión de informe (ambos, con fecha 16 de abril de 2012), secundando algunas de las observaciones formuladas por la CMT en su informe.
- Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (11 de mayo de 2012), informe en el que valora las observaciones realizadas por otros organismos.

B) Con fecha 22 de mayo de 2012, obra una segunda versión del anteproyecto, sobre la que informaron con nuevas observaciones: SGT del Ministerio de Economía y Competitividad (21 de mayo de 2012); Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos (23 de mayo de 2012); SETSI (25 de mayo de 2012); Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (escrito sin fecha y nota de refundición de observaciones de 25 de mayo de 2012) y MINETUR (28 de mayo de 2012).

C) Tercera y cuarta versiones del anteproyecto de 28 y 30 de mayo de 2012 (con memoria del análisis de impacto normativo de fecha 4 de junio siguiente), versión esta última que fue informada por los siguientes organismos: Secretaría de Estado de Hacienda (5 de junio de 2012); Dirección General de Función Pública; SGT del MINETUR; Secretaría de Estado de Energía y Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos (todos, de fecha 6 de junio de 2012).

D) Quinta y sexta versiones del anteproyecto (de 12 y 13 de junio de 2012, la última de ellas con anexo y nueva memoria del análisis de impacto normativo), que fueron objeto de un escrito del Ministerio de Fomento sobre adscripción de la competencia de registro y autorizaciones para el sector postal (16 de junio de 2012), una nota de la Secretaría de Estado de Energía (7 de julio siguiente) y una propuesta de nueva redacción de la disposición final sexta, por la que se modifica la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (11 de julio de 2012).

E) Versión de 20 de julio de 2012, que fue informada por la Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos (25 de julio siguiente), poniendo de relieve -entre otros aspectos- que "se precisaría un estudio en el que se recogieran los costes que supone en la actualidad el desarrollo de las funciones en materia de regulación de los mercados y de competencia, tanto para los distintos organismos competentes como para los departamentos ministeriales, de forma que mediante su comparación con los costes que dichas funciones supondrían una vez puesto en funcionamiento el nuevo marco de distribución de competencias regulado en el anteproyecto de ley (también tanto para el nuevo organismo como para los departamentos ministeriales afectados) pudieran cuantificarse los ahorros derivados de la mayor eficiencia organizativa que se plantea".

Sugerencia que dio lugar a la incorporación al expediente de la siguiente documentación: cuadros de costes de CNSP, CREA y CRF -acompañados de las correlativas memorias económicas de los costes elaboradas por el Ministerio de Fomento, la Dirección General de Aviación Civil y el CRF, respectivamente-; cuadro con las previsiones de retribuciones de la relación de puestos de trabajo de la CNMC para 2012; resolución de 10 de octubre de 2011, de la Comisión Nacional de Energía, por la que se publican las cuentas anuales del ejercicio 2010 y nota de la SETSI (10 de julio de 2012) dedicada al "cálculo de los costes del organismo de nueva creación y forma de financiación" y al "cálculo de los costes derivados de la redistribución de funciones y competencias que se regulan para cada uno de los departamentos ministeriales afectados".

F) Con fecha 26 de julio de 2012, obra un índice de documentos, la versión definitiva del anteproyecto remitido a este Consejo y una memoria del análisis del impacto normativo, de la que cabe destacar los siguientes puntos:

- Respecto de la oportunidad de la propuesta, se cifra en el aumento de la eficiencia del sector público y la racionalización de las estructuras que supone el anteproyecto, en la mejora de la regulación y la supervisión de los sectores afectados para estimular la competencia de los mercados y facilitar la liberalización, así como

en el aumento de la independencia de la nueva Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

- Explica que, de acuerdo con el objetivo del Gobierno de acometer una reforma profunda en el sector público con criterios de eficiencia, el Consejo de Ministros propuso comenzar a trabajar en una posible reforma de estos organismos y que, con posterioridad, "mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de enero de 2012, se constituyó un grupo de trabajo interministerial" con representantes de los ministerios coproponentes (Ministerio de Economía y Competitividad, Ministerio de Industria, Energía y Turismo, Ministerio de Fomento, Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad).
- Analiza las funciones de los organismos afectados, hace un análisis comparativo de las tres alternativas de reforma (creación de un único organismo -modelo holandés-, creación de un organismo multisectorial y mantenimiento de la CNC - modelo alemán- y creación de un organismo multisectorial que aplicaría la Ley de Defensa de la Competencia, aun manteniendo también la CNC con competencias más reducidas) y explica las bondades del modelo holandés: "salva los principales inconvenientes de los dos [restantes] modelos, al integrarse en un solo organismo las funciones de supervisión y ordenación de todos los sectores de red, así como las funciones de aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia para el resto de sectores"; y conjura dos posibles riesgos: el de crear una entidad demasiado sistémica ("la integración se realizaría simplificando la mayor parte de las funciones de los organismos sectoriales, por lo que el resultado sería una mayor defensa de la competencia") y el de otorgarle demasiado poder ("se resolvería a través del sistema de nombramientos y separando muy bien las funciones de instrucción y resolución").
- Analiza el contenido del proyecto y describe la tramitación seguida, haciendo un resumen de las observaciones más relevantes formuladas durante la elaboración del anteproyecto y justificando las opciones seguidas en puntos debatidos (asignación de ciertas funciones a los ministerios, modelo de financiación presupuestaria, etc.).
- Describe la adecuación de la norma al orden constitucional de distribución de competencias.
- Analiza los impactos económico y presupuestario.

El primero, en términos generales, señalando los beneficios que reportará la norma para una economía de mayor competencia y las mejoras de la intervención pública en estos sectores.

En cuanto a los efectos presupuestarios, distingue: (i) en los Presupuestos Generales del Estado (PGE) supondrá: un "coste inmediato de la puesta en marcha del organismo", un "coste de la asunción de las competencias por parte

de los departamentos ministeriales" -como consecuencia de la reasignación competencial que se lleva a cabo por el anteproyecto- y un "impacto positivo como consecuencia de la integración en el Patrimonio del Estado de los bienes sobrantes de la fusión"; (ii) en los organismos supervisores, la reforma conducirá a un "ahorro neto que fundamentalmente se transformará, en el medio plazo, en una menor carga impositiva para las empresas, considerando que la financiación de estos organismos se realiza en su práctica totalidad a través de los ingresos por tasas, salvo la Comisión Nacional de la Competencia y la Comisión Nacional del Sector Postal"; y (iii) "en conjunto, considerando el impacto en los Presupuestos Generales del Estado y en el gasto anual de los organismos, se considera que la reforma producirá un ahorro a medio plazo con la subsiguiente menor carga impositiva.

No obstante, los retornos para el sector público son mayores gracias a las ganancias de eficacia en la política de competencia que se alcanzarán".

- Calcula después el ahorro estimado como consecuencia de la reforma: (i) el ahorro bruto se prevé en torno a los 28.155.234 euros (por tres conceptos: no puesta en funcionamiento del CEMA, CNJ y CREA: 18.745.541 euros; supresión de altos cargos: 3.589.187 euros [en otro lugar, lo estima en 5.225.440 euros]; y ahorro por funcionamiento más eficiente a causa de la integración: 5.820.596 euros [reducción del 10% de los gastos de funcionamiento actuales]); (ii) mientras que el ahorro neto de la reforma pasaría por contar con una estimación exacta de la integración y puesta en funcionamiento del organismo, de su presupuesto, así como del incremento de los gastos ministeriales.

No obstante, tomando como referencia la información de los departamentos implicados -que obra en el expediente [cfr. apartado E) anterior]-, puede estimarse que el coste actual de la gestión ordinaria de los organismos (75.315.159 euros) es superior a la suma del coste que supondrán las nuevas funciones ministeriales y la gestión de la CNMC (9.112.627 y 49.693.334, respectivamente); y ello sin contar con el ahorro neto de la supresión de altos cargos, cuyo número pasa de 50 a 9 y que, con un coste anual estimado por cargo de 104.509 euros, supondría un ahorro comparativo de 4.284.860 euros.

- El impacto por razón de género se estima nulo.
- Incluye un anexo con las principales funciones de los organismos reguladores.

G) Mediante escrito de la SGT del Ministerio de Economía y Competitividad de 27 de julio de 2012 (registrado de entrada ese mismo día), se añade documentación complementaria al expediente remitido, así como nuevo índice de documentos.

TERCERO. Trámite de audiencia ante el Consejo de Estado

Solicitada audiencia por diversas entidades representativas de intereses afectados ante este Consejo, por escrito del Presidente accidental del Consejo de Estado de fecha 31 de julio de 2012 se concedió por plazo de diez días hábiles; plazo que fue ampliado a solicitud de una de las entidades solicitantes

["Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones" (ASTEL)], mediante escrito del Presidente accidental del Consejo de Estado de fecha 17 de agosto de 2012, por otros cinco días hábiles. Con fecha 27 de agosto de 2012, presenta ASTEL escrito de alegaciones: aun cuando considera que la versión definitiva del anteproyecto es más conforme con el marco regulador europeo, formula una reflexión preliminar (sobre el escaso fundamento, a su juicio, de invocar razones de seguridad jurídica para fusionar organismos reguladores sectoriales y el de defensa de la competencia, apuntando una preocupación por el ineficaz funcionamiento de facto de este modelo para el tratamiento especializado de los asuntos por un solo órgano), algunas observaciones de carácter general (sobre el régimen transitorio y la garantía de una actuación eficaz de los órganos reguladores; sobre la necesidad de asegurar la independencia de los órganos reguladores y el reparto correcto de competencias en la disposición adicional octava; acerca de algunas cuestiones de personal en el artículo 25 y del diseño orgánico de la CNMC; y sobre el ajuste de los procedimientos al marco regulador europeo), para terminar con observaciones más concretas al articulado.

CUARTO. Declaración de urgencia

Mediante acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de septiembre de 2012, fue declarado el carácter urgente del anteproyecto remitido en consulta, para ser despachado en el plazo de nueve días a contar desde tal fecha.

Y, en tal estado de tramitación, se emite el presente dictamen con carácter urgente.

I. Objeto y competencia

Se somete a consulta del Consejo de Estado un anteproyecto de Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

La Comisión Permanente del Consejo de Estado emite el presente dictamen con carácter urgente y preceptivo, de conformidad con lo previsto en los artículos 19 y 21.2 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, en su redacción por la Ley Orgánica 3/2004, de 28 de diciembre.

Conforme al primero de tales preceptos, en su apartado dos, "si el plazo [de despacho con urgencia del dictamen] fuese inferior a diez días, la consulta será despachada por la Comisión Permanente, aun siendo competencia del Pleno, sin perjuicio del que el Gobierno pueda requerir ulteriormente el dictamen del Pleno".

Por su parte, dispone el artículo 21.2 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado que "el Consejo de Estado en Pleno deberá ser consultado en los siguientes asuntos: [...] Anteproyectos de leyes que hayan de dictarse en ejecución, cumplimiento o desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales y del derecho comunitario europeo".

No existe en el expediente una justificación detenida - ninguna en la memoria del análisis de impacto normativo ni en los documentos que acompañan a la versión definitiva del anteproyecto- y sí solo alguna referencia aislada, como la del informe del MINETUR a la primera versión de aquel, sobre

la competencia de este Consejo para dictaminar el anteproyecto ex artículo 21.2 de su Ley Orgánica.

En un primer momento, tal competencia resultaba en efecto indudable, dado que durante la elaboración del expediente no se había promulgado aún el Real Decreto-ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se transponen Directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista.

Incorporadas a nuestro ordenamiento interno por dicha norma tanto las Directivas que conforman el llamado "tercer paquete energético" (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 deroga la Directiva 2003/54/CE y Directiva 2009/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 2003/55/CE), como las relativas al nuevo marco comunitario en materia de comunicaciones electrónicas (Directiva 2009/136/CE, de 25 de noviembre de 2009, que reforma las Directivas 2002/22/CE y 2002/58/CE [Directiva de servicio universal y Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas] y 2009/140/CE, de 25 de noviembre de 2009, que modifica las Directivas 2002/21/CE, 2002/19/CE y 2002/20/CE [Directivas marco, de acceso y de autorizaciones, respectivamente]), la transposición de estas normas de la Unión Europea en nuestro Derecho puede entenderse completa.

No obstante, teniendo en cuenta que el proyecto "incorpora o modifica la incorporación" de ciertos aspectos de estas Directivas (por decirlo en palabras del citado informe del MINETUR) y que, desde otro punto de vista, las garantías esenciales de independencia y de funcionamiento de las autoridades nacionales de regulación en dichos sectores del Derecho de la Unión Europea y en otros que resultan afectados por el anteproyecto, son objeto de reforma y reestructuración mediante la Ley cuyo anteproyecto se somete en consulta, es claro que corresponde al dictamen de este Consejo pronunciarse sobre dicha incorporación y la forma en que los aspectos relativos al Derecho de la Unión Europea quedan integrados en el nuevo sistema.

II. Procedimiento

Se ha seguido el establecido para los anteproyectos de ley por el artículo 22 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. Y se ha hecho según la ordenación formal prevista por el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo, que ordena incluir las memorias, estudios e informes a que se refiere el citado precepto en un único documento denominado Memoria del análisis de impacto normativo, redactado por el órgano proponente con la estructura y contenido que se detallan en dicho real decreto. Son Ministerios coproponentes los de Economía y Competitividad, Industria, Energía y Turismo, Fomento, Hacienda y Administraciones Públicas y Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Consta informe de las respectivas Secretarías Generales Técnicas (si bien, en el caso de Fomento, se traduce en dos notas relativas a una determinada función que

se le asigna y sobre el cuadro de costes de la memoria económica: cfr. antecedente segundo, apartados D y E).

Conforme al artículo 22.3 de la citada Ley del Gobierno, "los ulteriores trámites y, en particular, [...] las consultas, dictámenes e informes que resulten convenientes" se han centrado en los de los organismos reguladores afectados y los órganos administrativos competentes en una primera versión del anteproyecto, y en el informe de estos últimos en sucesivas versiones. Se echa en falta, por ello, la concesión de un amplio trámite de audiencia pública, que hubiese recogido con detalle y detenimiento la opinión sobre la reforma de las empresas representativas de los intereses de los diversos sectores afectados. Asimismo, aunque consta la opinión del Consejo de Consumidores y Usuarios, no se ha recabado informe -que se considera hubiera aportado un relevante punto de vista desde su posición institucional- del Consejo Económico y Social, en materia que estima de su competencia consultiva conforme al artículo 1.1.a) de la Ley 21/1991, de 17 de junio, que lo crea (al ser la norma proyectada "de especial transcendencia en la regulación de dicha materia" [socioeconómica]).

En fin, como se ha puesto de relieve por muchos de los organismos intervinientes -en especial, por la Comisión Nacional de la Competencia y por el citado Consejo de Consumidores y Usuarios-, así como en audiencia ante este Consejo de Estado, la reforma en profundidad de diversos sectores de gran relevancia en la economía nacional, el diseño de un nuevo modelo de supervisión plasmado en los niveles europeo y nacional, así como sus implicaciones jurídico-administrativas y presupuestarias, hubiesen requerido una tramitación mucho más detenida, con mayor participación y sobre la base de un estudio sosegado de las ventajas que se esperan del nuevo modelo.

La urgencia del dictamen que se solicita de este Consejo es otra manifestación de la premura con que se ha procedido en la tramitación de una norma que se estima de capital importancia, por las razones antes apuntadas.

III. La reforma de los organismos reguladores

1.- Los organismos llamados supervisores o reguladores son el resultado de diversas corrientes que han incidido sobre el Derecho administrativo europeo y español de los últimos cincuenta años.

Se encuentra, de un lado, la influencia de la experiencia norteamericana de las llamadas comisiones reguladoras independientes. Su peso, no obstante, en el Derecho español -como en general en los ordenamientos administrativos surgidos del modelo napoleónico- no puede considerarse excesivo, como después se observará a propósito de la parte expositiva del anteproyecto.

Y ello porque, de un lado, se integran en la forma típica de actuación administrativa en los Estados Unidos, que es la de administración por agencias; y, de otro lado, porque el reforzamiento de su independencia obedece a razones constitucionales tendentes a la solución de problemas que no se plantean en los Derechos europeos, como el límite al control presidencial de los nombramientos, el establecimiento de sistemas de designación de cargos administrativos en modelos no funcionariales o la necesaria determinación de procedimientos normativos y de decisión en ciertos sectores económicos.

De otra parte, la aparición de este tipo de estructuras administrativas obedece en Europa, si se hace abstracción de las razones de independencia de los bancos centrales, a motivaciones bien diferentes.

En efecto, se aducen razones de neutralidad y criterios de especialización técnica para alejar de la pura decisión política sectores con intereses sociales en presencia muy relevantes (en este amplio sentido, la noción se remonta al menos a los años setenta y a la creación de entidades de este tipo en Francia e Italia en sectores como el bursátil, la protección de datos informáticos o el audiovisual).

En cualquier caso, sí puede afirmarse con certeza que, en un segundo momento -en el que la denominación de organismos reguladores comienza a cobrar un significado técnico más exacto, dentro del género de las llamadas administraciones independientes- es decisiva la influencia de los procesos liberalizadores en el seno del Derecho de la Unión Europea. De aquí arranca la consideración de tales organismos dedicados a la supervisión como autoridades nacionales de regulación en los sectores energético, de telecomunicaciones, postal, etcétera.

2.- En esta línea, un aspecto de gran relevancia y lleno de consecuencias prácticas es el hecho de que los organismos reguladores, con cada vez mayor frecuencia, se convierten en agentes de ejecución (en ocasiones, incluso directa) del Derecho de la Unión Europea.

De esta forma, se va más allá del principio de ejecución indirecta por los Estados miembros del Derecho comunitario y se establecen formas de actuación conjunta entre la Comisión Europea, los reguladores sectoriales en el nivel europeo y las autoridades nacionales de regulación.

Como luego se verá con detalle, tales formas de ejecución compartida son de especial relevancia en el mercado energético -tanto de la electricidad como del gas- y en el de las comunicaciones electrónicas, adoptando distintos niveles de intensidad: en el primer caso, se impone a los reguladores nacionales una auténtica coordinación de sus decisiones con las de la Comisión Europea y la Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía (ACRE); mientras que, en el campo de las comunicaciones, se trata más bien de una especie de cooperación y de tener en cuenta los dictámenes y posiciones del Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas (ORECE).

3.- En lo que hace estrictamente a nuestro Derecho, transcurrida una primera etapa en la que la autonomía de alguno de determinados organismos se debe a la relevancia de los valores constitucionales que quedan protegidos con su actividad -de aquí surge, no sólo la autonomía del Banco de España después consagrada por su integración en el Sistema Europeo de Bancos Centrales, sino la de órganos tales como el Consejo de Seguridad Nuclear o la Agencia Española de Protección de Datos-, es de tener en cuenta ahora toda otra segunda corriente en la que las razones de especialización e imparcialidad vienen determinadas por el hecho de actuar en mercados económicamente relevantes y que han surgido de un proceso de liberalización.

Es en este punto donde deben encuadrarse los organismos reguladores que se ven afectados por el presente anteproyecto: de forma destacada, la

Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) creada por el Real Decreto-ley 6/1996, de 7 de junio, de liberalización de las telecomunicaciones; la Comisión Nacional de Energía (CNE) creada por la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos (con el relevante antecedente de la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico, prevista en la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico); la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) creada como organismo público dotado de régimen específico por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y la Comisión Nacional del Sector Postal (CNSP) establecida por la Ley 23/2007, de 8 de octubre.

Además de los mencionados, y en el proceso de proliferación de reguladores a que alude la exposición de motivos del anteproyecto, habría que mencionar al Comité de Regulación Ferroviaria (CRF), de creación prevista por la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario, pero cuyo establecimiento y concesión de autonomía funcional sólo se produce mediante la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES); al Consejo Estatal de Medios Audiovisuales (CEMA), que crea la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual; a la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria (CREA), establecida por Real Decreto-ley 11/2011, de 26 de agosto y, por último, a la Comisión Nacional del Juego (CNJ), cuyo establecimiento preveía la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego.

Respecto de todos ellos, y especialmente por lo que hace a los citados en primer lugar, es muy relevante establecer la diferencia entre organismos reguladores sectoriales ex ante (típicamente CMT y CNE) y la CNC como organismo encargado de la defensa de competencia ex post (no sólo en sentido temporal, ya que previamente vigila también las concentraciones económicas, sino en el sentido cualitativo de órgano encargado de aplicar el Derecho anti-trust, con sentido siempre sancionador o represivo). Esta distinción, que puede parecer meramente teórica, ha sido sin embargo subrayada a lo largo del expediente y se basa en algunos datos incuestionables de Derecho positivo que no deben olvidarse. De una parte, la diferente base en el Derecho originario de la Unión Europea que tienen unos y otros órganos y la consiguiente estructura normativa diversa en su aplicación: la defensa de las libertades en sentido clásico, promoviendo ampliamente la competencia en sectores con fallos de mercado (energía, telecomunicaciones, postal: artículos 126 y siguientes del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea [TFUE] aprobado por el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007); frente a la defensa de la competencia en sentido funcional, esto es operando más bien como prohibición de conductas en ciertos supuestos, en mercados competitivos (artículos 101 y siguientes del TFUE). De otra parte, a diferencia de algunos sectores donde el reparto de competencias entre reguladores a que antes se aludía se produce como un ejercicio compartido de competencias, el reparto entre órganos defensores de la competencia y supervisores sectoriales se caracteriza por la superposición de funciones de contenido diverso (dictamen y decisión, informe y resolución, etc.).

En fin, desde un punto de vista estrictamente organizativo - que es el que siempre ha vertebrado esta materia en nuestro Derecho-, el punto de vista decisivo ha sido su consideración como "organismos públicos" que se rigen

"por su legislación específica y supletoriamente por esta Ley" (disposición adicional décima, apartado 1, de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado [LOFAGE]), precisando que aquellos a los que "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" (apartado 2). Y un intento de racionalización más acabado se dio, por último, con la citada LES que considera "organismos reguladores" a la CNE, CMT y CNSP, otorgándoles un status homogéneo de autonomía orgánica y funcional, y haciendo participar a la CNC de alguna de estas notas, al tiempo que establece la cooperación entre ellos (artículos 8 a 26). Esta última reforma permitió, en efecto, convertir en Derecho positivo la denominación de "organismos reguladores", puesto que -como ya dijo el dictamen de este Consejo de Estado en Pleno al anteproyecto de LES (número 215/2010, de 18 de marzo)- no existía hasta entonces como "categoría, legalmente definida" en el Derecho español. El referido dictamen advirtió también que "un repaso de la legislación sectorial que se ocupa de los organismos reguladores pone de manifiesto que existen, en efecto, ciertas entidades que comparten unos rasgos generales comunes" (autonomía funcional, funciones de vigilancia y ordenación de un sector específico, atribución de potestades públicas) aun cuando subrayó que "también esta legislación ilustra sobre las diferencias notables que se producen en relación con cada uno de estos aspectos". Por lo demás, y añadiendo que en el Derecho comunitario son las autoridades nacionales en diversos sectores las que comparten los rasgos señalados, se mostró el Consejo de Estado crítico con la pretendida vocación generalizadora de aquel modelo, que se limitaba a recoger ciertas disposiciones comunes a tres organismos reguladores, y apuntó que sería deseable una "regulación más general y flexible", que no impediría una regulación pormenorizada mediante la modificación de las leyes respectivas. Con la creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), el esquema que propone el anteproyecto sometido a consulta es mucho más ambicioso y profundiza en una integración - cuantitativa y cualitativa, por así decir, afectando a los aspectos de su actuación como agentes del Derecho de la Unión Europea- de este tipo de organismos, como pasa a estudiarse seguidamente.

IV. Líneas principales del anteproyecto: modelos comparados, incorporación del Derecho de la Unión Europea y base competencial

1.- La propuesta de reforma del anteproyecto de Ley que se somete a consulta se basa en un informe que fue objeto de consideración por el Consejo de Ministros de 20 de enero de 2012 y dio lugar a un grupo de trabajo interministerial (formado por representantes de los ministerios coproponentes, junto con otros del Ministerio de la Presidencia y de la Oficina Económica del Presidente), encargado de analizar las funciones de los organismos supervisores, tanto en España como en el resto de la Unión Europea, así como el modelo más conveniente para su integración.

Aunque tal informe no consta en el expediente, la memoria del análisis de impacto normativo y el informe del MINETUR de 19 de abril de 2012, antes citado, se hacen eco de sus conclusiones principales, que pueden resumirse

como sigue - conclusiones que la memoria adopta, al mismo tiempo, como "objetivos de la ley":

- "Reducir el número de organismos, agrupando aquellos que tengan funciones similares y un mismo objetivo y eliminando aquéllos cuyas funciones pueden ser desempeñadas por la administración.
- Simplificar su estructura y funcionamiento, a través de una revisión pormenorizada de sus competencias y una racionalización de las mismas, de forma que estén ordenadas y sean coherentes con sus objetivos, devolviendo a la Administración las funciones que no se dirijan a la consecución de esos objetivos.
- Aumentar la profesionalidad, neutralidad e independencia de sus miembros, a través de actuaciones en tres frentes principales:
 - Mejorar el régimen de nombramiento y cese de los órganos rectores.
 - Garantizar la efectiva separación de las funciones de fiscalización y enjuiciamiento.
 - Aprovechar mejor la complementariedad de los recursos humanos de perfil técnico y los de perfil económico.

Es importante destacar que esta reforma se enmarca igualmente dentro de los objetivos de austeridad y reestructuración de la Administración, a todos los niveles, para lograr una mayor eficiencia en el funcionamiento y asignación de los recursos públicos, en beneficio de la estabilidad fiscal".

Respecto a los modelos comparados, se han tomado en consideración, además del modelo que puede llamarse "unisectorial", de un organismo regulador para cada uno de los sectores regulados (como sucede predominantemente en Francia, Italia y en nuestro propio Derecho), los siguientes:

- El modelo de "regulador convergente", que asigna a un solo regulador la supervisión de sectores íntimamente relacionados, como ocurre paradigmáticamente en el Reino Unido, donde se han creado las entidades denominadas OFCOM (Office of Communications), para regular los sectores de las comunicaciones electrónicas, postal y audiovisual, y OFGEM (Office of the Gas and Electricity Markets), que aglutina la supervisión de los sectores de gas y electricidad. Es igualmente el caso de Francia para los dos primeros mercados mencionados, donde desde el año 2005 el ARCEP (Autorité de Régulation des Communications Electroniques et des Postes) ejerce funciones reguladoras sobre el sector postal y el de las comunicaciones electrónicas.
- Un segundo modelo que puede llamarse de "regulador multisectorial", que fusiona en un solo regulador todos los sectores regulados de las industrias en red.

En el caso de Alemania, la Bundesnetzagentur (BNetzA) integra, desde 2005, a las autoridades regulatorias de correos y telecomunicaciones, y a las encargadas de supervisar los sectores de gas, energético y ferroviario.

- En fin, el modelo de integración en un "único organismo regulador", tanto de los reguladores sectoriales como de la autoridad de la competencia, hasta el momento sólo ha sido previsto por los Países Bajos (estando prevista su entrada en vigor el 1 de enero de 2013), según el cual se crea la Autoridad Holandesa para los Consumidores y Mercados (ACM), integrándose el ya regulador convergente Autoridad Independiente Postal y de Telecomunicaciones (Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit, OPTA), junto con la Autoridad de Consumidores y la Autoridad de Competencia (Nederlandse Mededingingsautoriteit, NMa), que también actúa como regulador de los sectores de energía y transporte.

La memoria se centra en un breve análisis comparativo de los dos últimos modelos mencionados -holandés o de único organismo, alemán o de "organismo multisectorial con mantenimiento de la CNC"-, a los que añade el que llama "modelo mixto" u "organismo multisectorial que aplicaría la Ley de Defensa de la Competencia".

Los tres presentan, afirma, las ventajas buscadas por el anteproyecto (aumento de la eficiencia, ahorro, reducción del riesgo de captura del regulador). Después analiza ventajas e inconvenientes de uno y otro sistema: en lo esencial, considera que el modelo alemán renuncia a importantes sinergias pues el "análisis de mercados con vistas a la regulación a priori y a la supervisión a posteriori se basan en metodologías e instrumentos prácticamente idénticos"; mientras que el llamado sistema mixto da lugar a "criterios divergentes" y "fallos de coordinación" en la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia, al tiempo que supondría la creación de "un organismo dotado de un amplio poder, pues las funciones de la CNC serían residuales". Opta, por ello, por el modelo que figura definitivamente en el anteproyecto, el cual salva los inconvenientes anteriores -aplicación de políticas y defensa de la competencia por un solo regulador-, conjurándose los riesgos del gran tamaño y poder, como se sintetizó en antecedentes: (i) mediante el sistema de nombramientos; (ii) separando las fases de instrucción y resolución; (iii) "simplificando la mayor parte de las funciones de los organismos sectoriales [esto es, reasignándolas a los departamentos ministeriales], por lo que el resultado sería una mayor defensa de la competencia".

Durante el expediente, la CMT se ha pronunciado desfavorablemente sobre esta integración (considera que "la distinta naturaleza de los organismos reguladores, por un lado, y de las autoridades horizontales de competencia, por otro, no abogan a favor de la integración de las ANRs y la autoridad de competencia bajo un único organismo" ni así lo aconseja la experiencia internacional ni el Derecho de la Unión Europea; además de que, en conjunto y con la redistribución de las funciones propuestas, "la CNMC vería mermadas sus competencias, no sólo con respecto a la CMT, sino a las de cualquier otro modelo existente en el derecho comparado, especialmente de aquellos que deben tomarse como referencia, tales como el Reino Unido, Alemania y

Holanda"), en tanto que la CNE ha objetado ampliamente la distribución de algunas funciones y la CNC -sin cuestionar el modelo, que, como se recogió en antecedentes, entiende que puede constituir "una oportunidad para mejorar el sistema de supervisión y regulación actual[es] sin obstaculizar" el modelo de defensa de la competencia- ha observado que "la concentración en una sola institución de tantas y tan diversas competencias complica enormemente el diseño institucional de la nueva Comisión. Es necesario advertir del riesgo de que, sin el mantenimiento de los instrumentos oportunos de defensa y promoción de la competencia, sin un diseño institucional adecuado y sin la necesaria especialización del órgano, se produzca una pérdida de eficacia en la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia y las obligaciones en esta materia con la Unión Europea".

El Consejo de Estado valora el esfuerzo por lograr los objetivos propuestos por el informe del Consejo de Ministros, que en alta medida debería satisfacer la regulación proyectada. No obstante, comparte con alguna de las entidades intervinientes -siendo de destacar la opinión de la CNC- que la relevancia del asunto y la hondura de la modificación propuesta hubieran aconsejado una tramitación más detenida que permitiese perfilar importantes aspectos de la norma. Entre ellos, son de particular importancia los relativos a la distribución de funciones entre la CNMC y los departamentos ministeriales (en especial, en lo que afecta a ciertas competencias encomendadas a los reguladores independientes por el Derecho de la Unión Europea) y a la estructura organizativa, financiera y de personal de la nueva institución; cuestiones que deberían ser objeto de una elaboración mucho más acabada para evitar el riesgo real de pérdida de eficacia en la supervisión hasta el momento encomendada a órganos que cuentan ya con una experiencia decantada en las respectivas materias, así como para evitar una merma en la independencia en la actuación del regulador. Los aspectos mencionados serán objeto después de observaciones de carácter general y algunas otras específicas a ciertos preceptos.

Cabe añadir a todo lo dicho que, conforme antes se apuntó con detalle (apartado III.3, sobre la diferente aplicación del Derecho por los reguladores sectoriales y el encargado de defender la competencia) y según dijera el ya citado dictamen nº 215/2010 de este Consejo, que subsisten entre los sectores sometidos a supervisión -y cuya unificación se pretende- diferencias muy relevantes que bien podrían haber cristalizado en otro modelo diferente, de regulación más general en los aspectos relativos a la independencia y ciertas funciones, pero que mantuviera en cambio la existencia por separado de los reguladores en los diversos sectores (o, al menos, de los reguladores "ex ante" con separación del superior de la competencia).

Habiéndose optado por un sistema distinto debe en todo caso cuidarse que el régimen único que deriva del anteproyecto no se traduzca en una uniformidad aplicativa, de dedicación de medios y de ejercicio de funciones, en mercados cuya consistencia, volumen y experiencia reguladora son muy diferentes.

2.- Desde el punto de vista del Derecho de la Unión Europea, como antes se avanzó, el anteproyecto modifica la incorporación de ciertos aspectos de aquel, lo que merece dos tipos de consideraciones. De un lado, se da lugar a

un nuevo reparto de funciones: así, entre la CNMC y el MINETUR, en materia energética (artículo 7 y disposición adicional décima); entre la CMNC y la SETSI y el Ministerio de Presidencia, en materia de comunicaciones electrónicas y audiovisual (artículos 6 y 9, y disposiciones adicionales octava y duodécima, respectivamente); entre la CNMC y el Ministerio de Fomento, en el sector postal (artículo 8 y disposición adicional undécima). Respecto de esta reasignación de funciones más adelante se formulará una observación de carácter general. De otro, y por lo que ahora interesa, cuando se definen las competencias de la CNMC como nuevo regulador independiente en los sectores energético y de telecomunicaciones (artículos 6 y 7), ha de tenerse en cuenta la incidencia de la reciente transposición de las ya citadas Directivas 2009/72/CE y 2009/73 (del mercado interior de la electricidad y del gas natural), así como de las Directivas 136/CE y 140/CE (que modifican, respectivamente, las Directivas de servicio universal y sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas, y las Directivas marco, de acceso y de autorizaciones en materia de comunicaciones electrónicas).

Como se dijo en el apartado I de las consideraciones de este dictamen, la transposición se realizó ya por el Real Decreto-ley 13/2012, pero cabe cuestionar la técnica normativa seguida, pues algunas de las más novedosas y relevantes funciones de los reguladores sectoriales -ahora, según la idea del anteproyecto, de la CNMC como regulador de dichos sectores- no se han incorporado a la Ley proyectada, sino que han quedado recogidas en las normas que procedieron originariamente a la transposición.

En este sentido, es de destacar que, entre las funciones que asignan a la CNMC los artículos 6 y 7, no se encuentren expresamente (por haberse mantenido como normas vigentes, respectivamente, la disposición adicional undécima, apartado sexto, de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos [LSH]; y los artículos 10.2, 14.2 y 46, apartados 2 y 4, de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones [LGTEL]) las siguientes:

- En el sector energético, todas las relativas a los "objetivos generales y relación [...] con la Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía y con los Organismos Reguladores del resto de los Estados miembros de la Unión Europea", entre las que figuran las normas que obligan al regulador a promover, "en cooperación con la ACRE, las autoridades reguladoras de los demás Estados miembros y la Comisión Europea, un mercado interior de electricidad y del gas natural competitivo, seguro y sostenible ambientalmente, y abrir el mercado de manera efectiva a todos los clientes y suministradores comunitarios, así como garantizar las condiciones adecuadas para que las redes de electricidad y gas funcionen de modo eficaz y fiable, teniendo en cuenta objetivos a largo plazo" [disposición adicional undécima, apartado sexto.1-b) LSH]; y a fomentar "el contacto, la colaboración en cuestiones transfronterizas, la coordinación regular y periódica con la Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía, con la Comisión Europea y con los Organismos Reguladores de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados" [apartado sexto.3]; así como, por último, la obligación

de "cumplir y poner en práctica las decisiones pertinentes y jurídicamente vinculantes de la Agencia y la Comisión Europea", para lo que "podrá solicitar un dictamen de la Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía sobre la compatibilidad de cualquier decisión adoptada por un Organismo Regulador con las directrices mencionadas en las Directivas 2009/72/CE y 2009/73/CE o en el Reglamento (CE) n.º 715/2009" [apartado sexto.7 del citado precepto].

- En el ámbito de las comunicaciones electrónicas, el análisis por el regulador de los mercados relevantes "teniendo en cuenta las directrices establecidas por la Comisión Europea, y los dictámenes y posiciones comunes pertinentes adoptados por el Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas"; la solicitud al ORECE de dictamen en caso de conflictos transfronterizos; la cooperación mutua "con los restantes órganos de control de otros Estados y con los organismos pertinentes de la Unión Europea, a fin de fomentar la aplicación coherente de la normativa comunitaria en materia de comunicaciones electrónicas y contribuir al desarrollo del mercado interior" y el apoyo activo, con tal fin, de los objetivos de la Comisión y del ORECE de promover una mayor coordinación; en fin, la aplicación de "principios reguladores objetivos, transparentes, no discriminatorios y proporcionados" (citados artículos 10, 14.2, 46.3 y 46.4 LGTEL).

Todas estas funciones, según se ha dicho, figuran ya recogidas en la vigente legislación y habrán de entenderse referidas a la CNMC (disposición adicional segunda, apartado 2, del anteproyecto), pero se estima que la claridad y uniformidad del marco regulador europeo debiera llevar a incluirlas de forma expresa en los preceptos correspondientes de la Ley proyectada, que por lo demás es conforme con el Derecho comunitario en la materia.

3.- Por último, el anteproyecto se ajusta bien, en la regulación de las diversas materias que componen su objeto, a los títulos competenciales que invoca como base la disposición final octava del anteproyecto y que corresponden a las competencias que la Constitución otorga al Estado sobre las siguientes materias: "bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica"; "aeropuertos de interés general"; "ferrocarriles que transcurran por el territorio de más de una Comunidad Autónoma, régimen general de comunicaciones, correos y telecomunicaciones"; "bases del régimen minero y energético" y "legislación básica del régimen de prensa, radio y televisión" (artículo 149.1 de la Constitución, materias 13ª, 20ª, 21ª, 25ª y 27ª, de forma respectiva).

V. Observaciones de carácter general

1.- El reparto de funciones entre la CNMC y los ministerios

Durante la elaboración del expediente, se han ido perfilando las distintas competencias que se atribuyen a la CNMC y aquellas otras que, estando hoy confiadas a los reguladores, se reasignan a los departamentos ministeriales con competencias en la materia.

Dos decisiones normativas han supuesto un avance importante en este sentido: de un lado, la de deslindar la función general de defensa y promoción de la competencia -que corresponde por entero a la CNMC- de aquellas otras que se ejercen en los mercados objeto de supervisión. Como consecuencia, el artículo 5 tiene un carácter, en este sentido, universal o exclusivo en lo que hace a la función de "preservar y promover la competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos"; en tanto que los artículos 6 a 11 encuentran su correlato en las disposiciones adicionales décima a duodécima del anteproyecto, que establecen las competencias a ejercer por los ministerios correspondientes.

De otro lado, la cláusula residual de competencia se establece hoy en favor de la CNMC y no de los departamentos ministeriales, como sucedía en las primeras versiones, precisión que se estima elemental e imprescindible para salvaguardar la independencia del regulador en el ejercicio de estas funciones; así, reza la disposición adicional quinta: "Las competencias que las normas vigentes atribuyen a los organismos que se extingan cuando se constituya la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia y que esta ley no haya atribuido expresamente a los departamentos competentes de la Administración General del Estado serán ejercidas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia".

Pero con ello no quedan solventados los problemas en lo que atañe al nuevo reparto de competencias, pues subsiste principalmente un problema de inseguridad jurídica en la definición de ciertas funciones, junto a algunas competencias concretas que se estima deberían atribuirse de forma específica a la CNMC. Por lo que hace a la primera cuestión, si ya de por sí el sistema del anteproyecto es abierto e inseguro (en el sentido de que conviven las funciones actualmente atribuidas a los reguladores, junto con las expresamente concedidas a la CNMC y las previstas en favor de los ministerios), la dificultad es mayor porque las cláusulas residuales que otorgan competencias a la CNMC en cada uno de los preceptos que se dedican a la cuestión [así, artículos 5.1.h), 6.f), 7.ai), 8.g), 9.k), 10.c) y 11.g)] lo hacen solamente con carácter prospectivo o para el futuro, encargándole "realizar cualesquiera otras funciones que a partir de la entrada en vigor de esta ley le sean atribuidas por ley o por real decreto". Además de la deficiente redacción, debiendo el inciso temporal ir entre comas, y de que la norma así enunciada es superflua -la CNMC tendrá esas funciones, en efecto, porque se las concedan las leyes o reglamentos que se dicten-, parece claro que el sentido debe ser el de atribuírselas en presente. Esto es, se debe otorgar al regulador de la competencia y de estos sectores la competencia de "realizar cualesquiera otras funciones que le atribuyan las leyes u otras disposiciones normativas del ordenamiento jurídico vigente", tal y como figuraba en las primeras versiones.

En segundo lugar, deben ser objeto de atribución expresa a la CNMC ciertas funciones que se estiman de relevancia. Así, además de otras funciones que las leyes vigentes atribuyen a los reguladores y que deberían figurar de forma expresa atribuidas a la CNMC por su importancia, hacer referencia al menos en la exposición de motivos (vg. lo relativo a la protección de los ciudadanos, a los catálogos de sus derechos y obligaciones), deberían añadirse las siguientes competencias:

- En el artículo 6 ("supervisión y control del mercado de comunicaciones electrónicas"), no se han incluido las competencias recogidas hoy en el artículo 48.3.e) LGTEL -precepto cuya derogación prevé la disposición derogatoria única [apartado b)] del anteproyecto- y que tampoco se establecen en favor del MINETUR. El citado artículo, por lo que ahora interesa y prescindiendo de la función de informe al órgano de defensa de la competencia (obviamente hoy sin sentido), confiere al regulador estas competencias: Adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta del servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por los operadores, la interconexión de las redes y la explotación de red en condiciones de red abierta, y la política de precios y comercialización por los prestadores de los servicios. A estos efectos, sin perjuicio de las funciones encomendadas en el capítulo III del título II de esta Ley y en su normativa de desarrollo, la Comisión ejercerá las siguientes funciones: 1.Podrá dictar, sobre las materias indicadas, instrucciones dirigidas a los operadores que actúen en el sector de comunicaciones electrónicas. Estas instrucciones serán vinculantes una vez notificadas o, en su caso, publicadas en el Boletín Oficial del Estado. [...] 3.Ejercer la competencia de la Administración General de Estado para interpretar la información que en aplicación del artículo 9 de esta Ley le suministren los operadores en el ejercicio de la protección de la libre competencia en el mercado de las comunicaciones electrónicas.

Pues bien, se considera que existen aquí atribuciones de importancia que deben quedar claramente incluidas en el elenco de funciones de la CNMC. Ante todo, se encuentra la cláusula general de salvaguarda de la competencia en cuatro facetas concretas (oferta plural, acceso a redes, interconexión y explotación en red abierta, precios y comercialización), que tiene su propia historia normativa. Establecida en un primer momento de forma aún más amplia (en la Ley 12/1997 se hablaba de "adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la libre competencia en el mercado, en particular en lo que se refiere..." a esas facetas), tras la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia, adoptó la redacción vigente. Sin duda, quiso especificarse que la función del órgano sectorial consistía en una promoción de la competencia ex ante, en esa forma concreta. Aun cuando la CNMC ejercerá ambas funciones, una salvaguarda general y al mismo tiempo una prevención específica de tales aspectos, parece necesario que -al detallar el anteproyecto cuáles son sus funciones en el ámbito de las comunicaciones electrónicas, es decir en el artículo 6- aluda de forma expresa a esas vertientes de especial protección. Además de mostrar la diferente intensidad reguladora, como antes se dijo, de la función de defensa de la competencia y de la sectorial, se entiende que debe hacerse así para que dichas competencias queden, en todo caso, claramente inscritas en la órbita del regulador independiente y no de la autoridad ministerial.

En segundo lugar, debe también incluirse específicamente (como sucede en el ámbito de la energía, en el artículo 7 del anteproyecto) la función de dictar

circulares normativas -en los términos generales del artículo 30 de la Ley proyectada- sobre tales aspectos.

Por último, también parece conveniente recoger la competencia que figura en el último párrafo del vigente artículo 48.3 LGTEL, relativa a la interpretación de la información que pueda ser requerida a los operadores económicos "en el ejercicio de la protección de la libre competencia" (si bien esta podría ser incluida, como atribución complementaria a la de formular requerimientos de información periódica, en el artículo 30.2 del anteproyecto).

- En el artículo 8 ("supervisión y control del mercado postal"), además de que debe corregirse la errata del apartado a) que remite a la "disposición adicional décima de esta ley" y debería hacerlo a la undécima, habrían de mencionarse dos facultades concretas.

En primer lugar, nuevamente la del dictado de instrucciones vinculantes en el mercado postal que le confía actualmente el artículo 17 de la Ley 23/2007, de 8 de octubre, que la crea [ley cuya derogación está prevista por el apartado e) de la disposición derogatoria única del anteproyecto].

Por otro lado, sería también deseable que apareciese recogida como función específica la de informe prevista en la disposición adicional segunda de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal, la cual establece lo siguiente: "Periódicamente y como máximo, cada cinco años, la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, previo informe de la Comisión Nacional del Sector Postal, valorará el cumplimiento de las condiciones de prestación del servicio postal universal por parte del operador designado para su prestación".

- En el artículo 11 ("supervisión y control en el sector ferroviario"), sugiere el CRF, y el Consejo de Estado comparte la propuesta dado lo relevante de las funciones y que no existe en esta materia reasignación de funciones al Ministerio de Fomento, que figuren como competencias las que se definen en el artículo 154 del Real Decreto 2387/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Sector Ferroviario ("funciones respecto de los títulos habilitantes para la prestación de servicios de transporte ferroviario"), en especial cuando disponen lo siguiente en sus dos primeros apartados: "El Comité de Regulación Ferroviaria ejercerá las competencias propias de la Administración General del Estado en orden a la interpretación de las cláusulas tanto de las licencias que habiliten para la prestación de servicios de transporte ferroviario de viajeros o de mercancías, como de las autorizaciones para la prestación de servicios de interés público. (...) El Comité emitirá informe en aquellos procedimientos de licitación para la adjudicación por el Ministerio de Fomento de autorizaciones para la prestación de servicios de transporte ferroviario declarados, con arreglo al artículo 53 de la Ley del Sector Ferroviario, de interés público, cuando así lo solicite el Ministerio de Fomento. En tales casos, la emisión de este informe se requerirá una vez formulada la propuesta de resolución".

- Por último, en la disposición adicional décima, sobre las funciones que asume el MINETUR en materia de energía, se incluyen las de "informar, atender y tramitar, en coordinación con las administraciones competentes, a través de protocolos de actuación, las reclamaciones planteadas por los consumidores de energía eléctrica y tener a disposición de los consumidores toda la información necesaria relativa a sus derechos, a la legislación en vigor y a las vías de solución de conflictos de que disponen en caso de litigios" [apartado 1.c) en el sector eléctrico y apartado 2.c), en términos muy semejantes, respecto de los consumidores de hidrocarburos].

Sin embargo, como ha notado la CNE, "dentro de la labor de controlar el grado de apertura y competencia de los mercados minoristas [que corresponde a las ANR], se incluye expresamente la supervisión de las reclamaciones de los consumidores domésticos [artículo 37.j) de la Directiva 2009/72/CE y artículo 41.j) de la Directiva 2009/73/CE].

El Consejo de Reguladores Europeos incluye el número de reclamaciones y consultas, adecuadamente clasificadas, entre los indicadores recomendados para supervisar el funcionamiento de los mercados minoristas por parte de las Autoridades Reguladoras Nacionales".

Por ello, se considera que dichas funciones deben quedar encomendadas a la CNMC como parte de las que se le atribuyen en el artículo 7 en la supervisión y control de los sectores eléctrico y del gas natural.

2.- Estructura organizativa

También en este punto el anteproyecto ha avanzado sensiblemente sobre lo previsto en las primeras versiones, de forma que la creación directamente en la Ley proyectada de las direcciones de instrucción como órganos de dirección (artículo 25) supone una mejora, que hace visible en parte la separación de las funciones de instrucción y resolución (principio organizativo enunciado en el artículo 26.3) y no deja la existencia de estos órganos directivos al real decreto que apruebe el Estatuto Orgánico de la CNMC.

Con todo, hay en los capítulos III y IV -aparte de ciertos defectos de técnica normativa, que se observarán con detalle en el siguiente apartado- algunas lagunas en la definición de la estructura organizativa entendida en sentido amplio, esto es tanto en diseño orgánico como en algunos puntos del régimen de funcionamiento o selección del personal, que deben ser ahora objeto de consideración por haber sido algunas de las cuestiones más debatidas durante la elaboración del expediente.

Ante todo, hay todavía un punto capital en la organización que se defiende al Estatuto Orgánico de la Comisión, cual es la creación de la Comisión Ejecutiva, que el artículo 26.7 del anteproyecto considera en forma potestativa: "dentro del Consejo se podrá crear una Comisión Ejecutiva para la gestión diaria de los asuntos de su competencia, en las que el Consejo podrá delegar funciones no reservadas al mismo por esta ley". Aun cuando la creación de las direcciones de instrucción señala ya las áreas en las que se desenvolverá la actuación de la CNMC (si bien cabría desarrollar más alguna de sus funciones, en la línea

sugerida por la CNC), se desconoce sin embargo cuál será la forma de funcionamiento de aquellas y su relación con la mencionada Comisión Ejecutiva.

Este aspecto se estima que debe recogerse en la Ley proyectada, no solo por las razones de eficacia que apunta la CNC (en orden a "valorar la incidencia que su creación va a tener sobre la eficacia del trabajo que debe desarrollar el órgano plenario"), sino -más allá- porque puede incidir en el mismo carácter independiente del regulador. En efecto, como ha señalado el informe del MINETUR, "fácilmente se entiende que sólo recogiendo en la Ley la regulación de los aspectos básicos de la organización" (se refería en particular a las áreas de actuación) puede garantizarse su carácter independiente de la Administración General del Estado, mientras que "si la determinación de la organización en cada momento, incluso en el diseño de sus líneas básicas, se encomendase a la potestad reglamentaria, cabría poner en tela de juicio la existencia de una garantía suficiente de dicha independencia".

Otro aspecto sobre el que no se pronuncia el anteproyecto es acerca de la existencia de comités consultivos, a pesar de que ha sido largamente reclamado en el expediente (sobre todo, por contar estos órganos asesores con amplia experiencia en los sectores energético y de las comunicaciones electrónicas), como parte de la estructura de la CNMC para desarrollar las funciones previstas en el artículo 5.2 del anteproyecto. De preverse la creación de estos comités en la estructura organizativa, habrían de definirse sus líneas básicas en el texto de la Ley proyectada.

Por otra parte, en un aspecto más bien relativo al funcionamiento, debe cuestionarse la ausencia de una mejor definición de los puestos de los directores de instrucción. Nada se dice en el artículo 25 sobre su extracción de ciertas categorías, ni se establece ninguna previsión para asegurar que "ejercerán sus funciones de instrucción con independencia del Consejo" (artículo 25.2). En cuanto a su nombramiento (apartado 3 de ese mismo precepto), se dispone que "serán nombrados y cesados por el Gobierno mediante real decreto, a propuesta del Ministro de Economía y Competitividad, oídos los Ministros competentes por razón de la materia, y previa aprobación por mayoría simple del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia". Se considera que mejor quedaría salvaguardada su independencia respecto de este último si se previese la misma regla que para el resto del personal directivo, es decir que la selección de estos directores "se realizará mediante convocatoria pública y con procedimientos basados en los principios de igualdad, mérito y capacidad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 13.2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público" (artículo 26.3 del anteproyecto).

Finalmente, la CNC ha incidido en algunos aspectos del diseño institucional de la Presidencia de la CNMC (artículo 17) que deben también ser objeto de reconsideración por el órgano proponente.

El anteproyecto configura al Presidente de la entidad como un *primus inter pares*, como se deduce gráficamente de su propia designación como "el Consejero que ostentará la presidencia" por elección del resto.

Se considera que las funciones que se le asignan, de dirección y gestión internas y representación institucional externa, no han de coincidir necesariamente con las decisorias en materia de regulación propias de los Consejeros; subrayándose asimismo que tampoco su independencia queda mejor garantizada por dicha forma de elección, siendo así que el nombramiento de los Consejeros procede del Gobierno y está sometido al posible veto parlamentario. En fin, otro aspecto que reduce la importancia del Presidente de la entidad es la menor duración del mandato, por tres años no reelegibles. Por razones de estabilidad de la institución y de mejor desempeño de las funciones que el anteproyecto atribuye al Presidente -coordinación entre las diversas unidades, relaciones institucionales y representativas- debería ponderarse una revisión de estos aspectos.

3.- Potestad sancionadora

A pesar de que el artículo 29 del anteproyecto lleva por título el de "procedimiento sancionador", contiene en sus apartados 1 y 2 algunos aspectos del régimen de la potestad sancionadora de la CNMC.

En particular, su apartado 1 dispone lo siguiente: "La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ejercerá su potestad sancionadora cuando tenga atribuidas por esta ley las funciones sobre las materias u obligaciones cuyo incumplimiento constituya infracción prevista en las leyes que regulan los diferentes mercados y sectores económicos".

La previsión normativa así enunciada, o es superflua (al hacer una doble remisión interna y externa, a las funciones de la CNMC atribuidas por esta ley sobre tipos infractores previstos en otras), o es notoriamente insuficiente y genera una gran inseguridad. En efecto, de un lado las funciones de la CNMC se encuentran, como queda dicho, no solo en esta ley sino también en muchas otras normas no derogadas que atribuyen funciones a los reguladores sectoriales, o a la CNC, y que hoy pasan a la Comisión. De otro lado, no resulta adecuado al principio de tipicidad en materia sancionadora hacer referencia a las "materias u obligaciones" cuyo incumplimiento, en general, da lugar a infracción. Es preciso, por ello, si se quiere mantener una referencia a la potestad sancionadora de la CNMC, incluir -no en este artículo, dedicado al procedimiento sancionador- sino en los preceptos relativos a las funciones de la CNMC una especificación de la potestad sancionadora de la Comisión, que remita concretamente a los preceptos de las diversas leyes que recogen los catálogos de infracciones y sanciones (añadiendo, como competencia, la de "ejercer la potestad sancionadora" de acuerdo con el régimen previsto en los títulos o capítulos de las correspondientes leyes).

Esta observación tiene carácter esencial, en el concreto sentido previsto por el artículo 130, número 3, del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por el Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio.

4.- Potestad normativa

En el artículo 30.1 del anteproyecto se regula, dentro de un precepto también dedicado a otros aspectos como las circulares informativas, resoluciones y comunicaciones de la CNMC, la potestad de esta de dictar circulares que "tendrán carácter vinculante para los sujetos afectados por su

ámbito de aplicación, una vez publicadas en el "Boletín Oficial del Estado" (primer párrafo).

Se generaliza así una regla que ya se contempla en la mayor parte de la normativa de los reguladores sectoriales afectados: CMT (artículo 48.3 LGTEL, como se vio); CNE (en la disposición adicional undécima.tercero.1. Séptima de la LSH, que seguirá en vigor); CNSP (el también ya mencionado artículo 17.1 de la Ley 23/2007); CEMA (artículo 48.1 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual) e incluso la no creada CNJ (artículo 23.1 de la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego).

Cabe destacar que, de los dos sistemas hasta ahora presentes en nuestro ordenamiento, el de la CNE -habilitación necesaria por normas de rango reglamentario, reales decretos y órdenes ministeriales- y el de la CMT -en el que, a falta de previsión legal específica, la habilitación puede producirse directamente por ley-, el anteproyecto opta indirectamente por este segundo, al establecer de forma indistinta que la CNMC "podrá dictar las disposiciones de desarrollo y ejecución de las leyes, reales decretos y órdenes ministeriales que se aprueben en relación con los sectores sometidos a su supervisión cuando le habiliten expresamente para ello" (párrafo primero del citado artículo 30.1).

Pues bien, una primera observación se refiere al régimen normativo vigente en materia de energía: como antes se observó, sería conveniente recoger esta facultad normativa de forma expresa entre las competencias atribuidas a la CNMC en los sectores del gas y energético. Pero, además, sucede que el régimen que se deja en vigor de la LSH y el previsto con carácter general por el artículo 30.1 del anteproyecto son contradictorios en el punto relativo a la habilitación, pues ya se ha avanzado que la LSH atribuye esta potestad a la CNE de "dictar las circulares de desarrollo y ejecución de las normas contenidas en los Reales Decretos y las Órdenes del Ministerio de Industria y Energía que se dicten en desarrollo de la normativa energética, siempre que estas disposiciones le habiliten de modo expreso para ello"; en tanto que la regla del artículo 30.1 no hace esta precisión. Debe, por ello, resolverse la contradicción apuntada, parece que en favor del régimen general que ahora se establece de la CNMC como regulador sectorial y de la competencia.

En segundo lugar, y de más importancia, el último párrafo de este artículo 30.1, en cuanto al procedimiento para aprobar estas circulares que tendrán carácter vinculante -esto es, normativo, de ahí que se exija su publicación oficial-, simplemente dispone que "en el proceso de elaboración de las circulares se fomentará la participación de los interesados y del público". Durante el expediente se ha notado que la tramitación de estas normas y las garantías de su elaboración han de acercarse lo más posible a las previstas para los reglamentos por el artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (una observación que este Consejo ha venido encareciendo repetidamente, sobre todo en dictámenes a proyectos normativos de circulares de los supervisores financieros). Pero, además, debe tenerse en cuenta que la norma es absolutamente insuficiente, si se la compara con todos los vigentes regímenes de procedimiento en los reglamentos orgánicos de estas entidades (que estipulan la audiencia directa o a través del informe de los comités consultivos en el caso de la CNE), con los mencionados trámites de la Ley del Gobierno y a la luz tanto de las exigencias internacionales y de la Unión

Europea (Convenio de Aarhus y Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE) como de la exigencia contenida en el artículo 105.a) de la Constitución: "La ley regulará [...] la audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten".

Por todo ello, debe establecerse expresamente un trámite de audiencia a los ciudadanos, bien de forma directa o a través de las asociaciones representativas de los intereses afectados, como garantía esencial en el procedimiento de elaboración y aprobación de estas normas.

Esta observación respecto al artículo 30.1, párrafo tercero, del anteproyecto tiene carácter esencial, en el concreto sentido previsto por el artículo 130, número 3, del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por el Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio.

5.- Régimen económico-financiero y patrimonial

Se ha visto someramente en antecedentes que el régimen patrimonial de la CNMC previsto en el anteproyecto (estableciéndose en las primeras versiones de aquel su financiación mediante, entre otros productos, "los ingresos obtenidos por la liquidación de aquellas tasas que conforme a la normativa comunitaria deban de ser recaudadas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia") ha ido variando, en favor de una financiación que se nutre fundamentalmente de "las asignaciones que se establezcan anualmente con cargo a los Presupuestos Generales del Estado" [artículo 33.2.a)].

No se objeta esta decisión sobre la financiación vía presupuestaria de la CNMC en su mayor parte, si bien cabe observar el confuso régimen de gestión, liquidación, recaudación e ingreso del producto de las tasas que deriva del anteproyecto en su versión remitida en consulta.

En efecto, las referencias a las tasas y prestaciones patrimoniales en la Ley proyectada son las siguientes:

- Una primera norma es la de la disposición adicional segunda, apartado 4, segundo párrafo: "No obstante [lo anterior: que la CNMC asumirá los medios materiales de los organismos que resulten necesarios para el ejercicio de sus funciones], la subrogación en los derechos derivados de las tasas cuya recaudación correspondiera a los organismos que se extinguen, corresponderá a la Administración General del Estado".
- Además, la disposición adicional decimocuarta (que se dedica a las "tasas, prestaciones patrimoniales e ingresos derivados del ejercicio de las funciones previstas en esta ley") ordena en su apartado 1 lo que sigue:

"Los Ministerios o los organismos que desarrollen las funciones previstas en esta ley, con ocasión de las que se produce la exigencia de tasas y prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias que se recogen en el anexo, y de cualesquiera otros

ingresos, llevarán a cabo su recaudación en periodo voluntario. La recaudación en período ejecutivo de los anteriores recursos de naturaleza pública corresponderá a la Agencia Estatal de Administración Tributaria [...]. Los importes recaudados por estos ingresos de naturaleza pública están afectos al sostenimiento general de los gastos públicos del Estado, salvo por lo que respecta al sistema de financiación de la Corporación de Radio Televisión Española y al fondo de financiación del servicio postal universal que se regirán por sus respectivas disposiciones".

- En tercer lugar, las disposiciones transitorias novena y undécima hacen referencia a la "gestión y liquidación de las tasas previstas en el apartado 5 del anexo [debe decir apartado I.5: esto es, las tasas previstas en la disposición adicional duodécima de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos]" y a la "liquidación [aunque la rúbrica habla de gestión] de las tasas del sector postal, reguladas en el Anexo de esta ley", que se rigen transitoriamente, de forma respectiva, por la LSH y por la Orden FOM/3447/2010, de 29 de diciembre.
- Todavía la disposición final quinta modifica la LGTEL, variando los términos del anexo I sobre tasas y especificando que "el Ministerio de Industria, Energía y Turismo gestionará y recaudará en período voluntario las tasas de este anexo".
- En fin, el anexo se dedica a las "tasas y prestaciones patrimoniales de carácter público" [sic], en general, y se divide en dos apartados: I, sobre tasas por prestación de servicios y realización de actividades (remitiendo a los ya existentes o definiendo, en algunos casos, el hecho imponible por relación a las funciones de la CNMC respecto del cumplimiento de obligaciones ya reguladas en otras leyes: Ley 7/2010 y apartado I.3 del anexo, en el caso del sector audiovisual) y II, sobre prestaciones patrimoniales de carácter público.

Es claro que toda esta regulación está necesitada de una mejora y reordenación, que tenga en cuenta, al menos, los siguientes aspectos:

- Debe establecerse una norma, preferiblemente una disposición adicional anterior a la decimocuarta, que establezca claramente que la gestión y liquidación de tasas corresponderá a los ministerios a los que se asignan las funciones correspondientes, salvo las tasas por estudio de las operaciones de concentración, cuya liquidación parece que se atribuirá a la CNMC, conforme al apartado I.2 del anexo (y todavía, de forma transitoria, a algunos organismos cuya extinción está prevista: disposiciones transitorias que deberían ser sucesivas, mejor que la novena y undécima);

- en esa misma norma, se ha de establecer igualmente que la recaudación voluntaria corresponde, por ello, a tales ministerios u organismos, y la ejecutiva a la Agencia Estatal de Administración Tributaria;

- a continuación (regla actual de la disposición adicional cuarta), que el producto de las tasas aún liquidadas por los organismos en extinción corresponde a la Administración General del Estado; y que, en general (regla

que figura hoy en la disposición adicional decimocuarta, último párrafo), los importes recaudados por estos ingresos de naturaleza pública están afectos al sostenimiento general de los gastos públicos del Estado, sin perjuicio de los sistemas de financiación que se exceptúan por dicha disposición;

- finalmente, el anexo, en el que, además de precisarse que se trata de "tasas y prestaciones patrimoniales de carácter público relacionadas con las actividades y servicios regulados en la ley" (por emplear la expresión, mucho más completa, del último párrafo de la exposición de motivos), debería expresarse claramente el órgano al que corresponde la gestión y liquidación, remitiendo por lo demás a las órdenes ministeriales correspondientes.

En definitiva, a la vista de la poca claridad del régimen de tasas y prestaciones patrimoniales resultante (que afecta en ciertos casos a la nueva configuración de algunos regímenes patrimoniales), se estima necesaria una completa reordenación de esta materia conforme a los criterios apuntados. Esta observación tiene carácter esencial, en el concreto sentido previsto por el artículo 130, apartado 3, del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por el Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio.