



Reguladores y supervisores económicos independientes: el caso español

Julio Segura
[coordinador]

FUNDACIÓN
RAMÓN ARECES

**Reguladores y supervisores
económicos independientes:
el caso español**

Julio Segura
(Coordinador)

**Reguladores y supervisores
económicos independientes:
el caso español**



Reservados todos los derechos.

Ni la totalidad ni parte de los libros pueden reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso escrito de Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A.

El contenido expuesto en este libro es responsabilidad exclusiva de sus autores.

© EDITORIAL CENTRO DE ESTUDIOS RAMÓN ARECES, S.A.

Tomás Bretón, 21 – 28045 Madrid

Teléfono: 915 398 659

Fax: 914 681 952

Correo: cerasa@cerasa.es

Web: www.cerasa.es

© FUNDACIÓN RAMÓN ARECES

Vitruvio, 5 – 28006 MADRID

www.fundacionareces.es

Diseño de cubierta: Omnívoros. Brand Desing & Business Communication

Depósito legal: M-10534-2018

Impreso por:

ANEBRI, S.A.

Antonio González Porras, 35–37

28019 MADRID

Impreso en España / Printed in Spain

ÍNDICE

Presentación.....	11
Los autores.....	13
Capítulo 1. INTRODUCCION: LOS ORGANISMOS SUPERVISORES INDEPENDIENTES EN ECONOMÍAS AVANZADAS (Julio Segura).....	17
1. El origen de las administraciones independientes.....	17
2. La polémica sobre las administraciones independientes: el problema de su legitimidad.....	21
3. La justificación de las administraciones independientes.....	23
4. Los principios del diseño de las administraciones independientes.....	29
5. Conclusiones	41
Referencias bibliográficas.....	43
Capítulo 2. DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DISEÑO INSTITUCIONAL (Pilar Sánchez).....	45
1. Introducción	45
2. Origen y evolución	46
3. Diseño instrumental.....	54
4. Diseño institucional.....	79
5. Principios básicos para el diseño.....	101
6. Implementación del sistema	112
7. Conclusiones y recomendaciones.....	127
Referencias bibliográficas.....	134
Capítulo 3. LA SUPERVISIÓN FINANCIERA (Julio Segura).....	145
1. Introducción	145
2. Razones por las que se regula el sistema financiero.....	146

3. La estructura del sistema financiero	150
4. El contenido básico de la regulación.....	152
5. La supervisión financiera española.....	174
6. Mejoras de la arquitectura institucional supervisora.....	185
7. Síntesis y conclusiones principales	192
Referencias bibliográficas.....	193
Capítulo 4. LA AUTORIDAD INDEPENDIENTE DE RESPONSABILIDAD FISCAL (Miguel Ángel García Díaz y José Federico Geli).....	195
1. Sesgo hacia el déficit	195
2. Niveles de deuda sostenibles.....	198
3. Reglas fiscales e instituciones fiscales independientes	200
4. Proceso de creación.....	205
5. Conclusiones	217
Referencias bibliográficas.....	218
Capítulo 5. LA AUTORIDAD REGULADORA NACIONAL EN EL SECTOR DE LA ENERGÍA: LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA (Miguel Ángel Lasheras Merino)	221
1. La independencia de las Autoridades Nacionales de Regulación (ANR) de la energía en la Unión Europea	222
2. El reconocimiento formal de un regulador independiente para el sector de la energía en España	226
3. La independencia como requisito para una regulación estable y consistente.....	233
4. El déficit de legitimidad y la necesidad de control.....	236
5. Los nombramientos de presidente y consejeros en España.....	238
6. Aprobación de tarifas y peajes	240
7. Los informes sobre fusiones y adquisiciones	254
8. La supervisión de los mercados y la promoción de la competencia	267
9. La transición energética: el paquete de invierno de 2016.....	273
10. Nuevas exigencias para las ANR.....	275

11. Conclusiones.....	281
Referencias bibliográficas.....	282
Capítulo 6. EL REGULADOR DE LAS COMUNICACIONES EN ESPAÑA (Juan Delgado).....	291
1. Introducción	291
2. La liberalización del mercado de las comunicaciones	293
3. La creación y justificación de los reguladores sectoriales independientes	305
4. La autoridad de regulación de las comunicaciones en España: un análisis comparado.....	307
5. Evaluación del regulador español de las comunicaciones.....	322
6. Retos del sector de las comunicaciones y el papel del regulador.....	335
7. Conclusiones y recomendaciones.....	339
Referencias bibliográficas.....	344
Capítulo 7. EL TRIBUNAL DE CUENTAS (Elisa de la Nuez Sánchez-Cascado y Carlota Tarín).....	349
1. Antecedentes y regulación constitucional.....	349
2. El diseño institucional y competencial: el Tribunal de Cuentas y los Órganos de Control Externo (OCEX).....	352
3. La coordinación entre los OCEX y el Tribunal de Cuentas.....	358
4. La gobernanza del Tribunal de Cuentas.....	359
5. Las funciones del Tribunal de Cuentas	366
6. La eficiencia y efectividad del Tribunal de Cuentas.....	378
7. Transparencia, control de calidad, auditorías externas.....	390
8. Conclusiones y recomendaciones.....	392
Referencias bibliográficas.....	395
Capítulo 8. RESUMEN Y CONCLUSIONES (Julio Segura).....	397

PRESENTACIÓN

Los organismos supervisores independientes, denominados en términos jurídicos Administraciones Independientes, en el área económica son instituciones públicas administrativas sobre las que los gobiernos carecen de competencias de control y dirección. Su objetivo es velar por el cumplimiento de la regulación de determinadas actividades en las que se considera esencial desligar del ciclo electoral y los intereses partidistas dicha vigilancia y, en su caso, la toma de ciertas decisiones regulatorias, bien por existir un conflicto de interés entre el gobierno y los agentes regulados, bien por evitar la inconsistencia temporal de las decisiones gubernamentales en ciertas decisiones.

Con independencia de las críticas derivadas de su limitada legitimidad, dada la forma en que se nombra a sus máximos responsables, lo cierto es que estos organismos se encuentran fuertemente asentados en todos los países desarrollados y que juegan un papel esencial en el entramado institucional de sus economías. Las administraciones independientes económicas han sido objeto de diversos cambios en todos los países avanzados desde la década iniciada en 1980, cambios que perseguían una mayor eficacia, una mejora de su transparencia y del proceso de rendición de cuentas y una independencia efectiva de los gobiernos y de los supervisados. Y también han sufrido una prueba de fuego en la crisis iniciada en 2008.

El objetivo de este libro es analizar el funcionamiento y evolución de los organismos supervisores, con especial atención al caso español, y tratar de obtener recomendaciones que puedan orientar sus reformas futuras. Se han seleccionado aquellos casos que se consideran más importantes: defensa de la competencia, sector financiero, responsabilidad fiscal, energía, telecomunicaciones y control de cuentas públicas. Y, en todos ellos, se discuten las razones por las que se regulan estas actividades, la justificación de que su supervisión se encomiende a administraciones independientes, el proceso de creación y evolución de las mismas (en el plano internacional, con especial referencia a la Unión Europea y a España), se evalúa su grado efectivo de independencia, transparencia, rendición

de cuentas y eficacia y se sugieren reformas que permitirían mejorar todos estos aspectos.

Los autores han sido elegidos con el criterio de tener sólidos fundamentos analíticos en la materia y haber tenido una dilatada experiencia trabajando en los organismos reguladores y supervisores. El lector podrá comprobar que, pese a la diversidad temática y de autores, las conclusiones y propuestas de reforma coinciden en casi todos los aspectos fundamentales, lo que permite tener la esperanza de que las páginas que siguen puedan aportar algo al debate sobre este tema en nuestra economía en un momento en que todas las fuerzas políticas tienen en su agenda reformas de calado de estas administraciones reguladoras y supervisoras.

LOS AUTORES

Juan Delgado. Doctor en Economía por la Universidad Carlos III de Madrid y profesor en la misma, donde dirige las Jornadas Anuales de Políticas de Competencia. Ha trabajado en la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones (1999-2001) y en la Comisión Europea (2001-2004). Ha sido investigador en la Harvard Kennedy School (2004-2005) y en el *think tank* europeo Bruegel (2005-2008). Entre 2008 y 2011 fue el primer Economista Jefe de la Comisión Nacional de la Competencia. En la actualidad, es director en Global Economics Group, empresa internacional de consultoría económica especializada en regulación sectorial y defensa de la competencia.

Miguel Ángel García Díaz. Licenciado en Ciencias Económicas por la Universidad Complutense de Madrid (1982). Prueba de Suficiencia de Investigación del País Vasco (“El modelo de financiación autonómica. Distintas formas de medir la financiación del ejercicio 2003”) (2006). Autor de numerosas publicaciones sobre temas relacionados con la economía pública, en especial de política presupuestaria y seguridad social. Ha sido Director del Gabinete Económico Confederado de CCOO durante (2002-2013). Colaborador del Instituto de Estudios Fiscales (2003-2009). Profesor Asociado y colaborador de la Universidad Rey Juan Carlos (2007-2016). Ha trabajado en la AIREF en la etapa de puesta en funcionamiento (2016-2016). Actualmente es Director General de Ordenación de la Seguridad Social.

José Federico Geli. Licenciado en Economía por la Universidad de Cuyo y Master en Análisis monetario y financiero por la Universidad de Goethe-Frankfurt. En 2010 comenzó a trabajar en el Banco Central Europeo en el diseño de medidas de riesgo sistémico agregado a la División de Estadísticas Financieras y a partir de 2012 en la División de Política Fiscal en la formulación de previsiones e impacto de medidas fiscales, el análisis de la sostenibilidad de la deuda pública y el diseño de escenarios fiscales utilizados, entre otras cosas, en los tests de estrés europeos. Desde 2014, es analista económico de la AIREF, donde centra su labor

en la formulación de previsiones para la economía española, la interacción de variables macro-fiscales y el análisis de la sostenibilidad de la deuda.

Miguel Ángel Lasheras Merino. Master en Administración Pública por la Kennedy School of Government de la Universidad de Harvard (MPA 88). Inspector de Finanzas del Estado y Licenciado en Economía por la UCM. Actualmente es Consultor en mercados y regulación energética, habiendo trabajado para las principales empresas energéticas españolas. Anteriormente fue Director General de Iberian Gas Hub. Presidente Ejecutivo de Wind to Market y de InterMoney Energía, S.A. Consejero de ENAGAS de 2006 a 2014. Miembro del Consejo de la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico de 1995 a 2000. Director de Economía en el Gabinete del Presidente de Gobierno de 1993 a 1995. Director del Instituto de Estudios Fiscales desde 1989 hasta 1993. Ha sido consultor del Banco Mundial, la Unión Europea y USAID.

Elisa de la Nuez Sánchez-Cascado. Licenciada en Derecho por la UCM (1985). Pertenece al Cuerpo de Abogados del Estado (1988), habiendo estado destinada en la Secretaría de Estado de Hacienda, la Agencia Estatal de Administración Tributaria y el Ministerio de Justicia. Socia fundadora de la empresa de consultoría Iclaves dedicada a las nuevas tecnologías y la sociedad de la información. En 2007 funda con otros juristas el blog ¿Hay Derecho? de referencia en España sobre la actualidad jurídica y política. Secretaria General de la Fundación ¿Hay Derecho? desde su creación en 2015. Recientemente se ha incorporado al despacho legal GC legal como abogado *of counsel*. Coautora del libro *Contra el capitalismo clientelar* (bajo el seudónimo colectivo de Sansón Carrasco), miembro del Consejo editorial de El Mundo y de la revista *Abogacía Española* del Consejo General de la Abogacía.

Pilar Sánchez Núñez. Ingeniero agrónomo, especializada en economía agraria por la Universidad Politécnica de Madrid. Estadística del Estado y Master del CEMFI. En 1992 se incorpora al Tribunal de Defensa de la Competencia, donde ha sido Asesora del Presidente, Subdirectora General de Concentraciones, Fusiones y Adquisiciones (1996-2002) y Vocal del Pleno (2005-2007). En 2007 pasa a ser Consejera de la Comisión Nacional de Competencia, y en 2010 es nombrada Vicepresidenta. Sus principales áreas de trabajo son la economía aplicada, defensa de la competencia, concentraciones y fusiones, regulación, estadística y econometría y los sectores energético y de tecnologías de la información y la comunicación. Entre 2003 y 2005 fue Consultor a tiempo completo

del Banco Mundial, WDC. Actualmente, es Vocal Asesor en la Secretaría de Estado para la Sociedad de la Información y la Agenda Digital.

Julio Segura. Doctor en Economía por la UCM (1966). Estadístico del Estado (1966). Catedrático de Fundamentos del Análisis Económico de la UCM (1970). Ha sido director del Programa de investigaciones económicas de la Fundación empresa pública (1974-1984), director de la misma (1974-1986) y profesor de microeconomía y economía aplicada del CEMFI (1988-2006). Ha sido Consejero ejecutivo del Banco de España (1990-2006), Consejero de la CNMV (2006) y Presidente de la misma (2007-2012). En la actualidad, es miembro del Consejo asesor de la AIREF y patrono del CEMFI (desde 1990). Académico de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas (1991). Premio Rey Juan Carlos I de Economía (1992). Doctor Honoris Causa por las Universidades de Oviedo (1995) y la Universidad Internacional Menéndez y Pelayo (2010).

Carlota Tarín. Licenciada en Ciencias Políticas y de la Administración por la Universidad Complutense de Madrid y Master de Asuntos Público Europeos por la Universidad de Maastricht y el *European Institute of Public Administration*. Es autora de la obra colectiva *La corrupción en España. La medición de la corrupción en España: los datos objetivos* y ha publicado con Hay Derecho varios estudios sobre la calidad de las instituciones, corrupción y gestión pública. Asimismo es coautora de más de 20 estudios sobre nuevas tecnologías y sociedad de la información como investigadora de IClaves. Ha trabajado en el gobierno de la región de Lombardía (2005-2006) y en la consultora KPMG (2006-2008). En la actualidad, es responsable de investigación de la Fundación Hay Derecho y socia directora de la consultora IClaves S.L. desde 2013.

Capítulo 1

INTRODUCCIÓN: LOS ORGANISMOS SUPERVISORES INDEPENDIENTES EN ECONOMÍAS AVANZADAS

Julio Segura

1. EL ORIGEN DE LAS ADMINISTRACIONES INDEPENDIENTES

Las administraciones independientes son instituciones administrativas respecto a las que los gobiernos carecen de competencias de control y dirección. En algunos casos, solo tienen competencias supervisoras, es decir, son organismos responsables de que los agentes y operadores de ciertos mercados cumplan las normas regulatorias del sector (v.gr: supervisores financieros) o tratan de evitar conductas que se consideran nocivas para el bienestar general (v.gr: la defensa de la competencia) o de proteger algún derecho fundamental (v.gr: agencias de protección de datos) o persiguen evitar el uso partidista en presencia de conflictos de interés (v.gr: juntas electorales). En otros casos, también tienen algún tipo de competencias reguladoras que, en ningún caso, llegan al nivel de leyes que en las sociedades democráticas siempre son competencia exclusiva del poder legislativo, alcanzando como máximo al desarrollo de reglamentos.

En general, cabe distinguir dos tipos de administraciones independientes. El objetivo de las primeras es salvaguardar ciertos derechos que el poder político o el económico pueden tratar de conculcar en su propio beneficio, por lo que se considera necesario neutralizar, políticamente, determinadas funciones, como es el caso de las juntas electorales o de las agencias de protección de datos, entre otros.

El segundo tipo de administraciones independientes se sitúa en el área de la economía. La supervisión del cumplimiento de la regulación no es una función política y la consiguiente acción sancionadora en caso de incumplimiento tampoco lo es: son funciones jurídicas y técnicas. Por ello, en sectores con fuerte

regulación (financiero, industrias de red) los gobiernos y los parlamentos tienen unos conocimientos limitados e intereses partidistas en la acción supervisora, lo que ha conducido a que la misma se delegue en administraciones independientes. Además, en algún caso, como es el de la defensa de la competencia, a las razones antedichas se suma el que la competencia es considerada como un bien público a proteger en beneficio de la ciudadanía.

Como es obvio, en este capítulo, y a lo largo de todo el libro, el foco de interés se centra en las administraciones independientes de este segundo tipo.

El primer organismo supervisor independiente fue la *Federal Trade Commission* (FTC)¹ estadounidense, creada en 1914, cuyo objetivo era promover los derechos de los consumidores y prevenir y eliminar las prácticas restrictivas de la competencia. El motivo de su creación ilustra algunas de las razones de la existencia de administraciones independientes.

En las décadas de crecimiento dorado, entre 1890 y 1920, los conglomerados industriales estadounidenses –principalmente acero, petróleo, ferrocarriles– ejercieron una gran influencia en temas políticos que les afectaban, pese a que la Ley Sherman, aprobada en 1890, declaraba ilegales los acuerdos o colusiones que atentaban contra la competencia o la libertad comercial entre Estados de la Unión o con países extranjeros, hasta el punto de considerarlas actividades delictivas. La justificación tenía una base claramente política, expresada en palabras de un senador en su defensa del proyecto de ley: ciertos grados de concentración de poder económico podían resultar incompatibles con la democracia.

En 1911, una famosa sentencia del Tribunal Supremo de los EE.UU. (contra la *Standard Oil* y la *American Tobacco*) estableció, por vez primera en la historia, una *rule of reason* según la cual el simple intento de monopolizar una actividad económica se consideraba delictivo, aunque el monopolio en sí mismo no lo fuera, lo que abrió la puerta a decisiones más flexibles, justificando así la creación de la *Federal Trade Commission*, a la que siguieron otras comisiones supervisoras como *Federal Power Commission*, creada en 1920 y competente en la concesión de licencias de proyectos hidroeléctricos y en la provisión de energía eléctrica; la *Securities Exchange Commission* de 1934 con competencias sobre el

¹ Una discusión más detallada de la FTC, su nacimiento, funciones y organización puede encontrarse en el capítulo 2.

funcionamiento de los mercados financieros, la conducta de los agentes que en ellos operaban (en orden a evitar abusos de las sociedades cotizadas y el uso de información privilegiada), la investigación de los fraudes contables y la protección del inversor, o el *Civil Aeronautic Board*, constituido en 1938 para regular los servicios de aviación comercial e investigar sus accidentes. Posiblemente, la cita que recoge mejor el espíritu que llevó a los legisladores estadounidenses, poco proclives a la regulación, a la creación de este tipo de organismos sea una del famoso juez W. Hughes que en 1916 señalaba, con dureza, que “traducir un principio en decisiones debidamente adaptadas a casos concretos, requiere de un organismo técnico y con experiencia que actúe continuamente y sea tan ajeno como sea posible a los engaños e intrigas de la política”.

El nacimiento de las llamadas, en términos jurídicos, administraciones independientes, en la primera mitad del siglo pasado, fue más fácil en los EE.UU. y en el Reino Unido no solo por su mayor desarrollo económico, sino también porque un sistema de *common law* presenta menos problemas de encaje jurídico de estos organismos que los sistemas legales continentales, pero, en todo caso, el ejemplo anglosajón fue seguido, con cierta timidez, en las décadas posteriores a la crisis de 1929 en el tema de defensa de la competencia y en el caso de algunos sectores de especial complejidad técnica que ofrecían servicios de uso generalizado en los procesos productivos y a los consumidores (transporte, telecomunicaciones).

La principal fuerza económica impulsora del desarrollo de este tipo de organismos fueron los procesos de privatización, liberalización y desregulación sectoriales desarrollados por los gobiernos conservadores de Margaret Thatcher y Ronald Reagan en la década iniciada en 1980, que aceleraron la creación e importancia de este tipo de organismos en ambos lados del Atlántico en las economías anglosajonas y ejercieron un efecto contagio sobre la Europa continental. En particular, en los campos de la energía y de las telecomunicaciones, el avance tecnológico había debilitado su consideración tradicional como monopolios naturales, lo que facilitó su proceso desregulador y liberalizador.

En las economías europeas continentales más avanzadas el desarrollo de las administraciones independientes ha sido muy desigual, siendo Alemania quien más pronto detectó la conveniencia de tener entes administrativos independientes de los partidos políticos, quizá debido al temprano desarrollo de un potente sector público industrial, controlado en su mayoría por el poder municipal, del que se independizó en el periodo de entreguerras al convertirse sus empresas

públicas en sociedades mercantiles, tanto anónimas como de responsabilidad limitada. La Sociedad de Ferrocarriles del Reich y la Organización de Correos del Reich se crean en 1924 y el Bundesbank en 1957.

En Francia, el desarrollo es algo más tardío pero no menos significativo. La primera administración independiente creada es la de control de los bancos, que data de 1941 y merecen reseñarse por su importancia y carácter temprano tanto la Comisión de Control de las Campañas Electorales de 1964 como la Comisión de Operaciones Bursátiles de 1967, la Comisión de la Competencia de 1977, la Comisión de Seguridad de los Consumidores en 1983. Una sucesión de administraciones independientes para el sector audiovisual iniciada con la Comisión de Calidad de Radio y Televisión de 1975 hasta el Consejo Superior Audiovisual de 1989.

Por último, más atrasada temporalmente en el desarrollo de las administraciones independientes, Italia las consolida en la década de los años 80 del pasado siglo ya que, con anterioridad a esta fecha, solo tenían consideración de administraciones independientes el Banco de Italia y el Tribunal de Cuentas. La Comisión Nacional de las Sociedades y la Bolsa adquiere su autonomía en 1985, el Instituto para la vigilancia del seguro privado data de 1982 y la Autoridad de la Concurrencia y el mercado es de 1990.

El caso español presenta algunas características propias. Los organismos independientes tienen corta tradición en España, incluso en comparación con otros países europeos continentales. Primero, por razones políticas porque una dictadura es poco proclive a crear instituciones públicas que sirvan de contrapeso a decisiones gubernamentales y que no estén controladas por el dictador. En segundo lugar, y en común con otros países de nuestro entorno, por la falta de tradición de este tipo de organismos en una administración burocrática, unitaria y piramidal.

La Ley de Entidades Estatales Autónomas de 26 de diciembre de 1958 creó los organismos autónomos, pero estos eran dependientes del gobierno. Las administraciones independientes, propiamente dichas, empiezan a surgir en la década de 1980: el Consejo Seguridad Nuclear, el Ente Público Radiotelevisión Española y el Banco de España², creados en 1980, el Tribunal de Cuentas creado

² Cuyo origen es el Banco de San Carlos, pero su reconocimiento legal como administración independiente es de 1980.

en 1982, la Comisión Nacional del Mercado de Valores creada en 1988, a las que siguieron la Agencia de Protección de Datos creada en 1993, la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones creada en 1997 y la Comisión de la Energía que data de 1998.

El reconocimiento de las administraciones independientes se produce de forma definitiva en la Ley 6/1997 de 14 de abril de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), que señala dos grandes clases de este tipo de organismos: los entes de protección de derechos y libertades, como puedan ser, por ejemplo, el Consejo de Seguridad Nuclear o la Agencia de Protección de Datos; y los entes de regulación y supervisión de mercados, como la Comisión Nacional del Mercado de Valores o la de Telecomunicaciones entre otras.

La última reforma significativa se llevó a cabo en la Ley 3/2012 de 4 de junio por la que se agruparon, en la nueva Comisión de Mercados y Competencia, seis agencias ya existentes y una de creación comprometida en 2010 pero que fue descartada por el nuevo gobierno: la CNE, la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, la Comisión Nacional del Servicio Postal, la Comisión Nacional del Juego, la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria, la Comisión Nacional de la Competencia y la (por crear) Comisión Estatal de Medios Audiovisuales³.

2. LA POLÉMICA SOBRE LAS ADMINISTRACIONES INDEPENDIENTES: EL PROBLEMA DE SU LEGITIMIDAD

Las administraciones independientes han sido objeto –y siguen siéndolo– de una larga polémica jurídica y política, dado tanto su difícil encuadramiento doctrinal, desde el punto de vista del derecho, como su deficiente legitimación formal, en un sistema democrático, al tratarse de organizaciones no representativas que ejercen poder en esferas relevantes de la vida social y económica, por lo que llegan a ser consideradas por algunos autores como elementos que erosionan la democracia. Sin tratar de ser exhaustivos, y desde el punto de vista que aquí interesa, tiene interés tratar de sintetizar los elementos principales de la polémica.

³ Ver capítulos 2, 5 y 6 para una valoración detallada de esta reforma, cuya justificación fundamental fue el ahorro anual de cuatro millones de euros al reducirse el número de consejeros de 52 a 9.

Parte de la actualidad del tema se debe no solo a la importancia que las administraciones independientes han ido adquiriendo con el paso del tiempo en las economías capitalistas avanzadas, sino con los cambios en la percepción de la gente sobre la calidad de la democracia, percepción claramente negativa con el desarrollo de la crisis económica iniciada en 2007 y el alarmante aumento de la desigualdad que ha traído consigo. Escasa participación ciudadana, no solo en los procesos electorales sino en las decisiones fundamentales dentro de cada ciclo electoral; representación insuficiente de los intereses de ciertos colectivos (jóvenes, parados de larga duración, mujeres o minorías étnicas entre otros) y sobrerrepresentación de otros (poderes económicos); reducción de las competencias y eficacia de las políticas nacionales de los estados, suplantadas por organizaciones internacionales con escasa legitimidad democrática, son algunos de los elementos que llevan tiempo erosionando la calidad de la democracia en el mundo y que hacen dudar a los ciudadanos de la capacidad del sistema para resolver los problemas sociales y económicos básicos y los conflictos de todo tipo (Maggretti, 2010).

En este contexto, es fácil considerar a las administraciones independientes como organizaciones que han ido sustrayendo la capacidad de decisión política de la ciudadanía por una especie de gobierno de tecnócratas, con elevados grados de autonomía, respecto al poder político, que carecen de representatividad alguna y cuya transparencia es muy limitada.

En el caso concreto español, es frecuente la remisión al artículo 97 de la Constitución de 1978, que señala que al “gobierno le corresponde el ejercicio de la potestad reglamentaria”, en otras palabras, que es el gobierno quien dirige la Administración lo que, según algunos tratadistas, significa que las administraciones independientes presentan una dudosa constitucionalidad, ya que implican que una parte de las funciones de la Administración se hurtan al control del gobierno. O también el artículo 66 de nuestra carta magna que señala que corresponde a las Cortes Generales el control del gobierno, por lo que si este no controla las Administraciones independientes, ni es por tanto responsable de sus decisiones, las Cortes pierden capacidad de control sobre una parte relevante de decisiones de calado.

Un inciso terminológico para la discusión: las administraciones independientes ¿son reguladoras y supervisoras o solo supervisoras? El tema es relevante, aunque se suelen usar indistintamente los dos términos, porque si son reguladoras sí que están tomando decisiones que antes residían en gobiernos legitimados democráti-

camente y es, por tanto, discutible si ejercen alguna potestad reglamentaria de las reservadas al gobierno por la Constitución española, pero si solo son supervisoras del cumplimiento de la regulación decidida por estos últimos, el foco de atención de la discusión debe dirigirse hacia el hecho de que ejercen funciones jurisdiccionales que en las democracias son competencia del poder judicial.

La inmensa mayoría de las administraciones independientes no tienen competencias reguladoras en sentido estricto. En el caso español, la sentencia 133/1997 de 16 de junio del Tribunal Constitucional, justifica que las administraciones independientes tengan potestad reglamentaria plasmada en la emisión de circulares para cuestiones secundarias u operativas, si bien el núcleo de la regulación debe encontrarse en Leyes y Reales Decretos. Por tanto, salvo casos muy puntuales, la discusión se circunscribirá a administraciones independientes supervisoras.

En general, la justificación de estas administraciones suele argumentarse en términos de su mayor *eficacia* para resolver ciertos problemas que los gobiernos, los partidos políticos o los parlamentos –un tema que se discute en el próximo epígrafe– tienen mayores dificultades para resolver adecuadamente. Pero, aunque existan razones que justifiquen la existencia de administraciones independientes, subsiste el problema de que si bien el poder se puede delegar, la legitimidad no es delegable y el déficit de legitimidad democrática debe tratar de compensarse no solo por los resultados, sino también por los procedimientos y controles a que están sometidas estas administraciones.

3. LA JUSTIFICACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES INDEPENDIENTES

Si lo anterior es cierto, debemos preguntarnos por las razones que justifican la existencia de las administraciones independientes y, en caso de encontrarlas suficientes, tratar de dotarlas de legitimidad y articular un sistema de contrapesos que evite en lo posible la actuación arbitraria de las mismas. Se arguyen dos bloques de razones en favor de la existencia de administraciones independientes: uno de carácter jurídico-político y otro de naturaleza económica.

3.1. Razones jurídico-políticas

En la medida en que se trata de organizaciones que *supervisan el cumplimiento de la regulación*, es decir, el cumplimiento de cierto tipo de leyes, y que dispo-

nen de poder sancionador, la primera duda que surge es sobre su necesidad, ya que esta función la cumple en los sistemas democráticos el poder judicial. Dado que existe una completa tutela judicial sobre la actividad sancionadora de las administraciones independientes, no se plantea problema alguno de indefensión de ciudadanos o empresas ante sus decisiones, pero es necesario que existan ventajas claras que justifiquen su necesidad.

La razón fundamental tiene que ver con las limitaciones operativas y técnicas del poder judicial. Por una parte, existen grandes dificultades para que el control judicial –y político– de algunas actividades de carácter muy técnico pueda ser eficaz. La primera, es que los conocimientos de los jueces son con frecuencia insuficientes para entender los problemas sobre los que tienen que instruir o sentenciar. En el caso español, no es imposible que el ponente de la resolución de un recurso sobre temas financieros sea especialista, por ejemplo, en derecho de familia o que el juez instructor de un caso que afecte a telecomunicaciones o energía sea especialista en derecho administrativo. Esto, se supone, puede resolverse por medio de informes periciales requeridos por el juez, pero los informes periciales suelen ser “de parte” incluso aunque sean emitidos por funcionarios –que pertenecen a cuerpos o instituciones públicas que tienen formada opinión oficial sobre el tema– y subsiste el problema de que el juez no es capaz de valorarlos, por lo que solo puede optar por su aceptación acrítica, con lo que el perito deviene en la práctica en juez. Pero, además, la revisión que los jueces hacen de las decisiones de la Administración Pública es estrictamente jurídica, es decir, opinan sobre si se ajusta a derecho, no entrando en aspectos técnicos que son substantivos en la mayoría de los sectores regulados. Por último, la labor supervisora de las decisiones de la Administración, por parte del poder judicial, no puede ser de carácter continuo, lo que es imprescindible en áreas como la energía o el mundo financiero. En consecuencia, el poder judicial no es eficaz, ni técnicamente idóneo, en la tarea de control de muchas de las decisiones reguladoras y/o supervisoras del poder político y las administraciones independientes pueden ser un instrumento eficaz para ello.

Por otra parte, se ha agudizado un fenómeno de captura de las Administraciones Públicas por parte de los partidos políticos. En el caso español, es notorio que las carreras de los funcionarios dependen en buena medida de su tendencia política y no del mérito o capacidad que muestren en su trabajo, por lo que un cambio de ciclo político –e incluso de gobierno– trae consigo la remoción, no ya normal de los responsables políticos de los ministerios, sino de todos los Di-

rectores Generales y muchos Subdirectores, de forma que resulta difícil para los funcionarios de cuerpos cualificados mantener la necesaria neutralidad ideológica en sus decisiones.

Esto es especialmente grave porque los partidos políticos presentan lo que se denomina *inconsistencia temporal* en muchas de sus decisiones, en particular económicas, lo que no solo implica ineficiencia sino que también afecta a la *credibilidad* de sus decisiones. Piénsese, por ejemplo, en la decisión de realizar determinadas inversiones –tanto públicas como privadas– en capacidad de generación eléctrica o en medios de transporte y que, una vez ejecutadas, por motivos electoralistas, se determinan unas tarifas insuficientes para cubrir adecuadamente los costes del servicio. O recordemos la renuencia de los gobiernos a tomar medidas que impliquen costes electorales (a corto plazo) aunque sea a costa de enormes costes sociales y políticos a largo plazo, como sucede en el caso de la reforma del sistema de pensiones público que aboca a transferencias intergeneracionales de jóvenes a viejos, injustificables bajo cualquier criterio de justicia o equidad.

3.2. Razones económicas

La justificación económica de la existencia de administraciones independientes descansa en dos tipos de argumentos. En primer lugar, la idea de que existen decisiones técnico-económicas que resulta conveniente desligar del ciclo político y la actividad partidista. En segundo lugar, la existencia de ciertos bienes públicos (como pueden ser la estabilidad financiera o el suministro de energía) que el poder ejecutivo y los partidos no son capaces de administrar correctamente, bien por la existencia de conflictos de interés, bien porque requieren planteamientos estables a largo plazo que los ciclos electorales pueden alterar. En ambos casos, se trata de situaciones en que resulta más eficiente aislar las decisiones económicas del ciclo político y de las interferencias gubernamentales y partidistas.

Como ya se ha señalado en el primer epígrafe, la consolidación de las administraciones independientes en el área económica se produce con la desaparición de los monopolios naturales, tradicionalmente gestionados por monopolios públicos, en telecomunicaciones y energía debido a los avances tecnológicos que permitieron un tratamiento más fraccionado de los elevados costes fijos necesarios para desarrollar la actividad. En el caso de las telecomunicaciones, al de-

jar de ser necesarias redes físicas, desaparecieron las barreras técnicas a la entrada de nuevos competidores en el sector, bastando con garantizar a los nuevos operadores el acceso, con cánones que reflejaran adecuadamente los costes de uso, a la red del monopolio estatal⁴. En el caso de la energía eléctrica, las nuevas tecnologías de generación permitieron construir centrales de menor tamaño lo que, unido a la separación vertical (*unbundling*) de las actividades –generación, transporte y distribución– permitía la introducción de competencia, es decir, de operadores privados⁵.

En ambos casos, se produjo una nueva situación caracterizada por dos elementos. El primero, la convivencia de una empresa pública aún dominante en el sector con los nuevos competidores privados, inicialmente de mucha menor dimensión; el segundo, la necesidad, al introducir competencia de regular la actividad que en ambos casos se refería a la prestación de servicios de uso generalizado y que suponían una parte significativa del coste de producción de muchas empresas. La combinación de ambas generaba grandes problemas para asegurar un comportamiento neutral del poder político.

Al mantener el sector público, inicialmente, la propiedad de la empresa dominante, tenía un claro *conflicto de interés* en la regulación de la actividad, tendiendo a sesgarla en beneficio de la empresa pública (fijación de tarifas de consumo, de acceso a la red pública, determinación de la capacidad, concesión de autorizaciones y un largo etcétera) lo que conculcaría los principios de neutralidad y no discriminación que deben guiar la regulación, con lo que esta no redundaría en beneficio de la competencia y la sociedad en su conjunto.

Además, la gestión de las actividades recién liberalizadas es particularmente compleja, porque están sometidas a importantes restricciones técnicas de obligados cumplimiento, como es el caso comentado del sector eléctrico, y que ofrecen bienes y servicios que son inputs de uso generalizado para la actividad económica (energía, telecomunicaciones, transporte, servicios financieros) por lo que la estabilidad de su gestión y la aplicación de un marco regulador estable y técnicamente factible, debe garantizarse con independencia de los cambios en el ciclo político. En ciertos casos, incluso, existen objetivos económicos que tienen

⁴ Ver capítulo 6 para una exposición detallada.

⁵ Ver capítulo 5 para una exposición detallada.

la consideración de bienes públicos (la competencia, la estabilidad financiera) que deben garantizarse con independencia de la alternancia política.

Por otra parte, existe un problema de *inconsistencia temporal* en las decisiones regulatorias y su control por parte de los gobiernos, conocido desde antiguo (Kidland y Prescott, 1977), es decir, de situaciones en las que las decisiones a corto y largo plazo no son consistentes. Los gobiernos son reacios a imponer sacrificios a corto plazo, aunque ello traiga consigo beneficios a largo plazo para la sociedad, porque pueden implicar costes electorales significativos y conducir a la pérdida del poder. Por ejemplo, la decisión entre financiar un aumento del gasto vía impuestos o deuda pública, o la renuencia a hacer frente al problema de la financiación de las pensiones públicas indican que los gobiernos tienden a tomar decisiones que implican enormes costes a largo plazo por no asumir costes políticos a corto plazo. En general, esta inconsistencia se produce en todos los casos en los que las decisiones afectan de forma principal a electores futuros que no votan en las elecciones –pueden no haber nacido incluso– porque implican redistribuciones de renta y riqueza de jóvenes y generaciones venideras (no votantes) a los pensionistas actuales (el grupo social con mayor poder de voto actual) o un empeoramiento de las condiciones de vida de generaciones futuras (no votantes) para lograr hoy tasas de crecimiento insostenibles (que benefician a los votantes actuales) como es el caso de la política medioambiental. En estos casos, parece justificado tratar de compensar estos sesgos, sustrayendo ciertas decisiones al ciclo político y las administraciones independientes pueden ser un instrumento para ello, dada su mayor capacidad para imponer sacrificios a corto plazo que eviten transferencias de generaciones futuras hacia las presentes que carecen de justificación tanto desde el punto de vista de la eficacia como de la equidad.

Existe además, una justificación de tipo *funcional* a la existencia de administraciones independientes. El caso más claro es, posiblemente, el de la política monetaria. Cuando la política monetaria no la hacían bancos centrales independientes, los gobiernos ponían la misma al servicio de la política fiscal, es decir, la monetización de la deuda pública era la norma, aun conociendo los problemas que esto traía consigo a medio y largo plazos en términos de inflación y endeudamiento. Cabe imaginar lo que habría ocurrido en la reciente crisis si la política monetaria la hubieran diseñado gobiernos y parlamentos. Es, por tanto, evidente que la independencia de los bancos centrales ha permitido implementar una política monetaria mucho más creíble al plantear sus objetivos más allá de los

ciclos electorales (Barro y Gordon, 1983) y más eficaz y ha conducido a mejores resultados técnicos de la regulación financiera (Dixit, 1998; Baker, 2005), aunque no hayan estado libres de errores y sean discutibles temas técnicos en los que la ortodoxia dominante se ha llevado más allá del límite, como pueden ser fijar como único objetivo el control de la inflación o la prohibición –formal– de no actuar como prestamistas de última instancia.

Cabe señalar que el conflicto de interés comentado en el caso de las industrias y servicios liberalizados no es el único. Existe un permanente y potencial conflicto de interés entre los Gobiernos y las actividades de supervisión, que ha sido reiteradamente puesto de manifiesto por el FMI en el área financiera, por lo que, actualmente, se considera un principio de buen gobierno la separación de las actividades regulatorias y de supervisión. Y puesto que las primeras son de exclusiva responsabilidad de los poderes ejecutivo y legislativo, la supervisión debe sustraerse en la medida de lo posible a estos.

Por último, existen materias en las que resulta conveniente que la regulación y la gestión gubernamentales sean valoradas por una institución independiente que emita informes preceptivos, sean o no vinculantes, sobre la calidad y grado de realismo de la planificación de actividades y el grado de cumplimiento de los objetivos definidos por el gobierno. Este es el caso de la política fiscal, lo que ha conducido a la exigencia en la UE de que todos los países cuenten con autoridades independientes de responsabilidad fiscal⁶.

En resumen, existen argumentos poderosos en favor de la existencia de administraciones independientes que permiten sostener una posición expresada con precisión por Innerarity (2017): “En vez de calificarlas como instituciones de una democracia “constitucionalmente restringida” cabe considerarlas como una pieza de un “constitucionalismo democráticamente configurado”.

La defensa y justificación de las administraciones independientes no elimina, sin embargo, el problema de que, aun cumpliendo el *principio de legalidad* al encontrarse definidas con precisión en la legislación vigente y estar sometidas sus decisiones a revisión judicial, se trata de instituciones que, no siendo representativas, ejercen poderes relevantes, se encuentran protegidas de los vaivenes políticos y actúan con independencia del poder ejecutivo –incluso pueden lle-

⁶ Ver, para el caso español, el capítulo 4.

gar en algunos casos a restringir sus decisiones— lo que exige que se garantice su escrupulosa rendición de cuentas, la mayor eficacia en su trabajo y la mayor transparencia posible en sus decisiones. Al fin y al cabo, la independencia no es un fin en sí misma, sino un instrumento para resolver un tipo de problemas que los poderes tradicionales no son capaces de gestionar adecuadamente. Esto nos lleva al tema del *diseño* de las administraciones independientes, es decir, de la consideración conjunta de su independencia, transparencia, eficacia y rendición de cuentas.

4. LOS PRINCIPIOS DEL DISEÑO DE LAS ADMINISTRACIONES INDEPENDIENTES

Existe acuerdo entre los tratadistas sobre los principios que deben cumplir las administraciones independientes, además del de legalidad. La independencia es fundamental por la propia naturaleza de estas administraciones, pero implica que su grado de libertad de actuación es muy alta, no pudiendo sus directivos ser cesados por el gobierno más que en condiciones muy tasadas, por lo que deben fijarse con precisión sus responsabilidades y el proceso de rendición de cuentas de su actuación. Actuación que debe ser lo más transparente posible para facilitar tanto el escrutinio y valoración social de sus acciones como para generar confianza entre los agentes afectados por su actividad, los supervisados. Y, como cualquier organismo administrativo, deben funcionar en forma eficiente para cumplir con los objetivos para los que fueron creadas. Así, por ejemplo, Ottow (2016) sintetiza como principios que deben cumplir las administraciones independientes los de independencia, transparencia, eficacia y responsabilidad.

4.1. Independencia

Es tradicional distinguir cinco tipos de limitaciones que el gobierno debe respetar para garantizar la independencia de estos organismos: independencia institucional, personal, funcional, de organización interna e independencia económico-financiera. La independencia institucional es la de las propias administraciones independientes respecto a los poderes políticos y es, por tanto, un problema de diseño jurídico que, en general, se encuentra adecuadamente resuelto en casi todas las jurisdicciones nacionales, aunque en los siguientes capítulos se analizarán algunos problemas puntuales. La independencia funcional exige que la administración independiente pueda llevar a cabo sus funciones de forma au-

tónoma y se encuentra, por tanto, muy relacionada con la independencia organizativa y económico-financiera, por lo que se analizarán de forma conjunta.

La **independencia personal** se refiere a la independencia de los ejecutivos de las administraciones independientes, entendida como su capacidad para que sus decisiones no vengan determinadas por los intereses del gobierno o de los supervisados.

La posición más radical sobre el tema es la de quienes exigen, como condición imprescindible para la aceptación de administraciones independientes, su *independencia en el origen*. El nombramiento de los responsables de estas administraciones tiene, de una u otra forma, que recaer en los gobiernos y/o los parlamentos, porque, de lo contrario, se trataría de nombramientos realizados por comités de expertos o sistemas similares que eliminarían toda legitimidad democrática incluso en su forma más débil de delegación. Por tanto, la independencia absoluta en el origen es muy difícil de conseguir, aunque procedimientos de nombramiento que impliquen un filtro previo de los candidatos, por un comité de expertos, y el nombramiento parlamentario por mayorías cualificadas que obliguen a acuerdos entre varios grupos serían más deseables que la simple propuesta de un único candidato por el gobierno y la exigencia de mayoría simple parlamentaria.

No obstante, lo que resulta más importante es independencia de *funcionamiento*, aunque para lograrla es condición necesaria que los responsables sean nombrados minimizando la influencia de sus posiciones políticas. Por lo tanto, el primer punto en el diseño de una administración independiente es el de la *forma de elección de sus responsables*.

Una primera vía a explorar es tratar de definir, de forma muy estricta, los requisitos profesionales y personales de los posibles candidatos. Esta vía se ha demostrado poco eficaz porque los requisitos que se pueden exigir son o de interpretación muy subjetiva (como, por ejemplo, el “reconocido prestigio profesional”) o de carácter formal (tener una experiencia profesional de un cierto número de años en las materias supervisadas). Lo relevante es quienes valoran el prestigio profesional, porque si son únicamente instancias políticas partidistas se corre el riesgo de que el sesgo ideológico pese más que la verdadera capacidad de los candidatos. Pese a la dificultad señalada, es esencial garantizar el principio de mérito, porque solo un profesional competente puede ser independiente y ello por dos razones. La primera, que alguien incompetente sabe que su nom-

bramiento, dado que no ha sido por merecimientos propios, ha sido un favor político que debe devolver. La segunda, porque un candidato competente tiene, como un activo fundamental, su prestigio profesional, lo que le impedirá tomar decisiones que, aunque puedan tener algunas veces cierto grado de discrecionalidad porque en muchos temas hay más de una posible interpretación defendible, tendrán una sólida base técnica. La conclusión es, por tanto, que es muy importante asegurar el principio de mérito en el nombramiento de los responsables de los organismos supervisores independientes, pero que esto depende no de los requisitos formales exigidos sino de la forma de selección de los mismos.

Respecto a los *procedimientos de selección* el más extendido es el de propuesta gubernamental y posterior aprobación por el parlamento tras una audiencia que es, por ejemplo, el que se sigue en España y caben pocas dudas de que el refrendo de los poderes ejecutivo y legislativo es fundamental. Pero el sistema admite diversas variantes en lo que se refiere a cómo se determinan los posibles candidatos entre los que el gobierno propone el suyo.

En un extremo cabe situar el caso, creo que único, del último nombramiento de gobernador del Banco de Inglaterra que fue elegido por concurso público internacional y recayó sobre un canadiense. Siendo menos ambiciosos, lo que me parece importante es que existiera algún tipo de filtro previo que restringiera los candidatos entre los que puede elegir el gobierno y parlamento, de forma que se eliminaran candidatos, notoriamente inadecuados, desde el punto de vista profesional. Por tanto, una posible mejora, aplicable en el caso español, consistiría en que un comité de expertos hiciera una preselección entre candidatos presentados por el gobierno, partidos y grupos parlamentarios, instituciones académicas y profesionales, etc. que dejara, por ejemplo, tres candidatos por puesto, entre los que elegiría el gobierno y pasaría luego la prueba de los *hearings* parlamentarios. El problema de cómo se nombra la comisión me parece menor dado que entre jueces, antiguos responsables de administraciones independientes, profesores de universidad, organizaciones profesionales y otras instituciones no resulta difícil definir métodos reglados de aplicación automática para determinar sus representantes. No obstante, en un reciente estudio de la OECD (OECD, 2016) en que se analizaban los casos de 40 reguladores independientes pertenecientes a países desarrollados, la mayoría de los mismos eran nombrados por el gobierno, solo el 15% por el parlamento y un 8% por expertos seleccionados de distintas formas.

El segundo requisito básico de independencia personal es que *las causas de cese de los responsables estén tasadas*, porque si el gobierno pudiera cesarles cuando lo deseara, como ocurre con los cargos de confianza, la independencia sería imposible. Existe un acuerdo general en que solo la comisión de delitos con sentencia firme, la incapacidad permanente o la incompatibilidad sobrevinida pueden ser motivos de destitución a lo que suele añadirse un genérico incumplimiento grave de sus obligaciones que, obviamente, debe estar, en su caso, cometido a tutela judicial.

El tercer requisito de independencia personal se refiere a la *duración y posible renovación de los mandatos*. Respecto a la duración, el requisito principal es que no coincida con el ciclo electoral para permitir el ejercicio de cohabitación entre un nuevo gobierno y un supervisor nombrado por el gobierno anterior y evitar que, de una u otra forma, los dirigentes de –o candidatos a dirigir– las administraciones independientes se vean inmersos en una campaña electoral que les afecta. Por otra parte, un mandato inferior a la duración del ciclo electoral es demasiado corto. La norma internacional⁷ más extendida es un periodo superior en uno o dos años al ciclo electoral.

El tema de la posibilidad de renovación de los nombramientos es objeto de alguna polémica. Los defensores de la renovabilidad tasada (una vez), de los responsables de las administraciones independientes, argumentan que es difícil encontrar profesionales cualificados que acepten los puestos (sueldos, responsabilidad, exposición mediática, inevitable contaminación por el debate político, etc.) y que, una vez que han adquirido destreza en el desarrollo de sus competencias, es un despilfarro estar obligado a cambiarlos. La justificación es muy débil. Si el problema es un plazo demasiado corto, aunque sea discutible que un sexenio lo sea, la solución debe pasar por periodos más dilatados, pero en ningún caso por la posible renovación porque esta constituye un incentivo obvio a la dependencia del supervisor respecto al gobierno. Esto es así porque un supervisor que ve acercarse el final de su *primer* mandato y desee ser renovado es inevitable que trate de contentar al gobierno o, si piensa que va a perder las elecciones, a la oposición. En ambos casos, la contaminación con el ciclo político es evidente y la independencia se desvanece. Aunque la norma internacional más extendida es la no renovación, existen bastantes excepciones y, además, en los organismos co-

⁷ En algunos casos de cumplimiento obligado, como en el caso del Banco Central Europeo.

legiados, con cierta frecuencia suele permitirse la renovación de los consejeros, lo que resulta tan nocivo para la independencia personal como en el caso de los máximos ejecutivos.

Toda la discusión sobre la independencia personal, hasta aquí, se ha centrado en la independencia respecto al poder político, pero existe otro aspecto relevante: *la independencia respecto a los supervisados*. Los supervisados suelen ser empresas grandes que disponen de cuantiosos recursos para lograr que la regulación se alinee con sus intereses y la supervisión sea tolerante con sus prácticas usuales. Este problema se deriva de que los supervisores pueden tener incentivos a favorecer a determinadas empresas con la expectativa de que, tras la expiración de su mandato, obtengan beneficios de ello e, incluso, porque pueden tener intereses previos en ellas. El problema de captura del supervisor ha acuñado popularmente el término de “puertas giratorias” en referencia a los supervisores que, tras su mandato público, retornan o aterrizan, por vez primera, en el sector privado que han supervisado.

La técnica utilizada para hacer frente a este problema es el de las *incompatibilidades* previas y durante el mandato del supervisor y la fijación de condiciones tasadas para su posterior empleo en el sector privado. Respecto a las primeras, si consisten en intereses económicos (p.e.: posesión de títulos emitidos por una sociedad supervisada) lo normal es que se exija su previa liquidación o que se congelen esos intereses y el supervisor tenga obligación de abstenerse en los temas relacionados con la empresa⁸. Respecto a la determinación de condiciones para su empleo posterior en empresas supervisadas, la técnica más común es fijar un periodo temporal de incompatibilidades, normalmente, remunerado.

El tema no es sencillo, porque un periodo de incompatibilidad muy alto puede desincentivar que profesionales adecuados acepten el puesto que suele estar muy bien remunerado para estándares públicos pero es modesto para el sector privado y periodos demasiado cortos pueden ser insuficientes. Además, conviene distinguir entre dos posibles actuaciones perseguibles de un supervisor capturado. Una primera es que cuando deja su puesto, dispone de información privilegiada que puede tener un alto precio para las empresas del sector: conoce los planes estratégicos de los competidores, debilidades y fortalezas difíciles de

⁸ Lo que plantea un problema, en el caso de supervisores, es que el presidente es quien toma, individualmente, las decisiones porque no existe consejo.

detectar a través de la información pública y otros aspectos relevantes. Por tanto, el periodo de incompatibilidad debe extenderse mientras esta información tenga valor lo que, a su vez, plantea el problema de que los periodos deberían ser distintos para cada supervisor. Pero existe otro tipo de actuación punible de un supervisor capturado por los supervisados, que es la actuación sesgada en el ejercicio de su carga a favor de una empresa concreta. En este caso la incompatibilidad es ineficaz porque los resultados de las empresas sometidas a supervisión –y por tanto fuertemente reguladas– son cuantiosos y muy sensibles a los cambios regulatorios y a su implementación, por lo que los beneficios de una actuación sesgada del supervisor pueden ser tan importantes que, sea cual sea el periodo de incompatibilidad, la empresa beneficiada pueda esperar a compensarle todo el tiempo necesario. El tipo de comportamiento doloso es obvio que solo puede evitarse con la actuación de la justicia.

No obstante, lo evidente de la necesidad de imponer algún tipo de incompatibilidad al ejercicio de la actividad privada en un campo previamente supervisado, en el citado estudio de la OECD la mitad de los 48 reguladores investigados no sufría incompatibilidad alguna para el posterior empleo en el sector regulado.

Un último aspecto de la independencia personal de los supervisores tiene que ver con el tipo de comunicación que mantienen con el poder político y los supervisados. La reciente crisis ha dado lugar a posiciones extremas que consideran sospechosa cualquier relación del supervisor con políticos, lobbies empresariales o responsables de las empresas supervisadas y que tienen alto seguimiento mediático. Es evidente que un supervisor solo puede realizar, de forma adecuada, su labor si dispone de toda la información necesaria, y una parte de la información relevante para la toma de decisiones son las posiciones y argumentos que defienden gobiernos, supervisados y usuarios de los servicios. Por eso, es práctica bastante extendida que las administraciones independientes cuenten incluso con comités asesores donde están representados el sector privado y los usuarios que emiten informes preceptivos, aunque no vinculantes, en caso de modificaciones reglamentarias o propuestas de expedientes sancionadores. La independencia del supervisor no es por tanto incompatible con, sino que puede beneficiarse de, la comunicación fluida con el sector, los ministerios reguladores y los consumidores. Lo que resulta deseable es que estos canales de comunicación estén reglados, sean de conocimiento público y también lo sean sus agendas.

Es inevitable que los todos los agentes implicados –gobierno, sector y usuarios– ejerzan presiones para que las decisiones del supervisor se acerquen lo más posible a sus intereses y también es necesario que el supervisor conozca los puntos de vista de todos los agentes y, sobre todo, sus argumentos en favor de los mismos. Por tanto, la independencia no consiste en encerrarse en una torre de marfil e ignorar las opiniones de los afectados, sino en no tener sesgos en la selección de los casos o conductas a investigar y en no aceptar, y menos aún solicitar, instrucciones privadas o públicas de los interesados.

Las restantes clases de independencia (funcional, de organización interna y económica) persiguen que los organismos supervisores puedan realizar su trabajo de forma eficaz y sin injerencias políticas y cabe destacar algunos puntos.

Respecto a la **independencia funcional**, dos puntos importantes son de cumplimiento menos frecuente de lo deseable y por ello conviene destacarlos. El primero, que los organismos supervisores es preferible que agoten en vía administrativa sus resoluciones, es decir, que no quepa recurso ante la administración gubernativa de sus resoluciones, porque dicho recurso implicaría que el gobierno puede revocar una decisión (sancionadora, reglamentaria) de la administración independiente, lo que implicaría, de hecho, la dependencia del poder político de sus decisiones. En otras palabras, no debe existir revisión gubernamental de las decisiones de las administraciones independientes.

El segundo punto a destacar es que las administraciones independientes deben tener la posibilidad de impugnar por vía contenciosa determinados actos del gobierno si considera que bien afectan a su propia independencia, limitan indebidamente sus competencias o contradicen los principios supervisores comúnmente aceptados. De nuevo, no se trata de dar poderes desmesurados a las administraciones independientes, sino de que cuando exista un conflicto relevante gobierno-supervisor, que no sea resoluble bilateralmente, sean los tribunales de justicia quienes tengan la última palabra, porque de tenerla la administración gubernativa se vaciaría de contenido el principio de independencia.

La **independencia organizativa** hace referencia a la autonomía de las administraciones independientes en cuanto a su organización interna y, muy en particular, a la política de personal. El número de direcciones generales o de grandes divisiones de los organismos supervisores suele venir determinado por su propia ley de creación, pero el reglamento interno, es decir, las competencias de cada dirección o división y sus posibles cambios, los procedimientos internos de tra-

bajo y la plantilla orgánica deben ser competencia exclusiva de la administración independiente y no requerir, por tanto, la aprobación del gobierno.

Pero quizá el aspecto más importante de la independencia organizativa sea la libertad para determinar la plantilla, los procedimientos de contratación del personal y su régimen salarial. Está claro que el tamaño y composición de la plantilla deben estar justificados por las funciones a desarrollar. También, que los procedimientos de contratación deben ser públicos, no discriminatorios y guiarse por el principio de mérito, pero el tipo de pruebas y conocimientos requeridos deben fijarse por el propio organismo porque es quien conoce mejor sus necesidades⁹. Respecto a los salarios, es claro que las administraciones independientes han de tener capacidad para atraer a profesionales competentes de sectores de salarios elevados y, además, ofrecen puestos de trabajo que no tienen la garantía de empleo de los funcionarios. Pero no hay mejor forma de limitar la eficacia y la labor supervisora que el que sea el gobierno quien determine las posibilidades de contratación de la administración independiente, el tipo de personal a contratar y determine los topes salariales aplicables a los funcionarios. De nuevo, no se trata de permitir comportamientos arbitrarios, sino de que sean los tribunales, y no el gobierno, quienes decidan sobre lo adecuado de las plantillas, salarios y sistemas de selección de personal de las administraciones independientes.

Un tema de la máxima importancia es el de la **independencia presupuestaria** que, además, es condición necesaria, aunque no suficiente, para la independencia organizativa. Y es importante por dos motivos. El primero, obvio, que si el gobierno puede no aprobar los presupuestos de estos organismos, la independencia es imposible. El segundo, que sería razonable que los presupuestos de las administraciones independientes fueran plurianuales –aunque ajustables en condiciones tasadas– y cubrieran el plazo completo de nombramiento de los responsables ejecutivos, porque los objetivos de estas administraciones son de medio y largo plazo, lo que obligaría a hacer planes de actividad para periodos largos. Esto, además, tendría la ventaja de permitir valorar mejor a los distintos

⁹ Por ejemplo, resulta evidente, en el caso español, que el sistema memorístico de oposición no es adecuado para el personal de las administraciones independientes. La valoración del currículo, la entrevista del candidato y su capacidad para resolver casos tienen mucha mayor importancia.

candidatos a un puesto de primer ejecutivo, evaluar la eficacia de su mandato y señalar al sector supervisado los objetivos estratégicos de la institución.

Para lograr la independencia presupuestaria es necesario que los supervisores se financien con tasas cobradas a quienes prestan los servicios de control y supervisión del cumplimiento normativo, lo que siempre es posible dado que prestan un servicio con valor. Esta es la única forma para no tener que recurrir a los presupuestos generales lo que, en la práctica, impide la independencia financiera. En suma, la independencia presupuestaria exige que los presupuestos no sean revisados ni autorizados por el gobierno, ni se integren en los presupuestos generales, ni sus posibles modificaciones tengan que ser autorizadas por el poder ejecutivo¹⁰. Y, también, que las administraciones independientes no pueden liquidar presupuestos deficitarios salvo que cuenten con reservas propias para ello.

Dos aspectos adicionales en relación con el tema, aunque de menor importancia, son el de la determinación de las tasas y el del destino de los beneficios en caso de existir. Respecto a las tasas, es difícil defender la postura extrema de que sean fijadas autónomamente por la propia administración independiente, ya que tienen un componente de fiscalidad, por lo que la determinación y modificación del sistema de tasas debe ser aprobado por el gobierno y parlamento. El tema es de naturaleza técnica y cuesta trabajo pensar que el poder ejecutivo decida utilizar la determinación de los servicios tasables y su cuantía con el objetivo de amordazar, financieramente, a las administraciones independientes. En cuanto al destino de los beneficios, en caso de existir, no afecta a la independencia financiera que sean entregados al tesoro público siempre que el supervisor determine qué parte de los mismos retiene para provisionar riesgos previsibles y constituir unas reservas acordes con su nivel de actividad.

El citado estudio de la OECD muestra una dispersión notable de los modelos de financiación. De los 48 países estudiados, tan solo el 12% presentan presupuestos plurianuales; la mitad se financian, exclusivamente, mediante tasas y la cuarta parte con tasas más aportaciones presupuestarias. Casi la mitad aprueban sus propios presupuestos, pero en ocho casos los elabora el gobierno y en 19 más se precisa la aprobación del mismo. Solamente tres administraciones independientes recaudan sus propias tasas.

¹⁰ Es el sistema que el Banco Central Europeo ha exigido para los Bancos Centrales nacionales.

4.2. Responsabilidad y eficacia

Una administración independiente que cumpla todos los requisitos de independencia, discutidos en el apartado 4.1., es una institución muy poderosa y con riesgos de ejercer su poder de forma inadecuada, por lo que resulta imprescindible disponer de mecanismos que eviten sesgos, arbitrariedades y favoritismos en su actuación. La independencia no puede significar una merma de la responsabilidad.

Aparte de una responsabilidad genérica, como la de todos los ciudadanos y organizaciones, ante los tribunales ordinarios de justicia y la de los tribunales de cuentas o equivalentes, siempre que sean administraciones independientes (pero no ante la intervención general del estado), las administraciones independientes deben rendir cuentas al parlamento (pero no al gobierno) siempre que este lo considere oportuno y, como mínimo, en la presentación del informe anual de actividades, y también deberían explicar y justificar sus presupuestos plurianuales y anuales en sesiones públicas.

Pero, además de estos controles, las administraciones independientes deben ser objeto de evaluación externa permanente. Si existe una agencia de evaluación de la calidad de los servicios públicos independiente este tipo de organismos deberían estar sometidos a su escrutinio periódico frecuente y, en todo caso, deberían ser objeto de auditorías externas tanto de cuentas como de eficacia. Por ejemplo, en el campo financiero, el Fondo Monetario Internacional en su *Financial Sector Assessment Program* (FSAP) realiza desde 1999 una exigente evaluación sexenal de la eficacia de los supervisores financieros nacionales. Cabe esperar que las nuevas autoridades supervisoras comunitarias realicen, antes o después, un ejercicio similar, pero en todo caso siempre cabe la posibilidad de exigir evaluaciones de empresas auditoras a comisiones de expertos prestigiosos, nacionales y extranjeros, o a *peer reviews* con las debidas garantías.

4.3. Transparencia

Por razones ya expuestas, a las administraciones independientes debe exigírseles un plus especial de transparencia que es, aunque no solo eso, otra forma de someterse a escrutinio público y, por tanto, a una valoración de su eficacia.

Una parte de la transparencia se implementa mediante documentos públicos y todas las administraciones independientes han de redactar un plan de activi-

dades anual, presentado públicamente y sometido a diversos filtros. Pero una obligación a la que deberían someterse, y no es una práctica generalizada, es la publicación anual de un *plan de actividades* y, posiblemente, su presentación en sede parlamentaria.

El plan de actividades cumple un triple objetivo. En primer lugar, informa al sector –que debe ser consultado sobre su contenido y emitir sus observaciones preceptivas aunque no vinculantes– de los aspectos que el supervisor considera más relevantes y en los que va a intensificar su actividad inspectora, reduciendo la incertidumbre de los supervisados e incentivando a que estos presten atención preferente a los temas seleccionados. En segundo lugar, es un instrumento para evaluar la eficacia del supervisor a través del análisis de su grado de cumplimiento, ya que el plan de cada año debe incluir un análisis de los objetivos no alcanzados del plan anterior y los motivos por los que no se han logrado. Por último, el plan de actividades es un instrumento muy potente de disciplina interna y exige, para su redacción, una reflexión estratégica conjunta de todos los departamentos de la organización.

Otra publicación importante, desde la perspectiva de la transparencia, es un *boletín periódico* (mensual, trimestral). Los temas seleccionados son una buena fuente para conocer las posiciones del supervisor sobre temas relevantes, los posibles riesgos que anticipa, los cambios en los criterios supervisores internacionales y un largo etcétera.

Un último comentario sobre un tipo de publicaciones que creo son importantes para una administración independiente: los que provienen de sus *servicios de estudios* (cuando existen). Desde el punto de vista de la transparencia es claro que tienen las ventajas señaladas para el caso del boletín periódico; de hecho, con frecuencia, estos boletines se nutren en buena medida del análisis de los servicios de estudios. Pero tienen una utilidad que va mucho más allá de la simple transparencia. Los temas tratados por los supervisores son, normalmente, de elevada complejidad técnica, lo que implica que los fundamentos analíticos del personal cualificado deben ser sólidos. Y estos fundamentos están en continuo proceso de cambio y mejora a través de la investigación –tanto básica como aplicada– de carácter más académica que simplemente descriptiva. Por ello, es esencial, para mantener altos estándares de competencia técnica la dedicación de algunos recursos a fomentar la investigación y que esta no sea patrimonio solo de los investigadores puros. En el límite, el ideal sería que *todo* el personal téc-

nico de las administraciones independientes dedicaran, periódicamente, algún periodo a su reciclaje y esto solo puede conseguirse mediante el fomento de la investigación.

La transparencia no se agota con las publicaciones comentadas. Las agendas de los máximos responsables de las administraciones independientes deberían ser públicas y posiblemente las actas de las reuniones con el sector también, así como, pasado cierto tiempo, las actas de los órganos colegiados de decisión y de los comités asesores cuando existan. Los procedimientos deben ser de conocimiento público, los actos y resoluciones razonadas y públicas.

Un tema final, es el grado de transparencia de los expedientes sancionadores. Es claro que cuando se produce la resolución del expediente esta debe ser pública y la sanción, en su caso, conocida, pero es más controvertido que deba ser pública la apertura de un expediente sancionador.

Si se toma como ejemplo la justicia, lo que parece bastante adecuado, en el inicio de cualquier causa, es pública la apertura de la instrucción y la lista de investigados y, dado que rige el principio de presunción de inocencia, esto no supone menoscabo alguno de los derechos de los investigados. Es cierto que este argumento es una construcción ideal y que pertenecer a una lista de investigados supone, aunque no debería, cierto coste personal en términos de prestigio y honorabilidad¹¹, pero si esto es así, por ejemplo, en una causa penal ¿qué razón hay para actuar de forma secreta en la investigación de una infracción de la regulación? Quienes defienden la no publicidad de la incoación de expedientes sancionadores se basan en el daño reputacional que ello implica, antes de saber si el expediente será o no sobreesido, pero ese daño no es distinto que el sufrido en la administración ordinaria de justicia cuando un investigado, en la fase de instrucción, no lo es en la apertura del juicio oral. En el mundo financiero se añade un argumento relacionado con el posible riesgo sistémico o pánico que podría producir la publicidad de la apertura del expediente, pero el argumento parece demasiado *ad hoc*.

¹¹ Sobre todo en países que, como España, tienen un corto recorrido democrático.

5. CONCLUSIONES

Las instituciones de las que se ocupa este trabajo son organizaciones independientes de los gobiernos y de las administraciones públicas que tienen como objetivo garantizar el cumplimiento de la regulación, en determinadas actividades. En particular, en el área económica, las administraciones independientes más generalizadas son las de defensa de la competencia, los supervisores financieros, de la energía, de las telecomunicaciones, los tribunales de cuentas y, más recientemente, las autoridades de responsabilidad fiscal.

La enumeración de las actividades sometidas a supervisión independiente con carácter generalizado da pistas sobre los motivos de la misma. Se trata de actividades que, o bien constituyen el núcleo de la política macroeconómica de estabilidad (políticas monetaria y fiscal) o bien proporcionan bienes y servicios de uso generalizado que proceden, originalmente, de un monopolio normalmente público (energía, telecomunicaciones) o fiscalizan el gasto público o protegen objetivos considerados bienes públicos (competencia, estabilidad económica), actividades que, además, presentan una elevada complejidad técnica.

Las primeras administraciones independientes fueron las destinadas a proteger la competencia del ejercicio de poder de mercado por parte de las grandes corporaciones y nacen en el mundo anglosajón, en concreto con la *Federal Trade Commission* estadounidense de 1914, generalizándose en el ámbito europeo en las décadas de los años 80 y 90 del siglo XX, en paralelo a los procesos de privatización de monopolios públicos y liberalización.

La independencia del gobierno de estas organizaciones ha planteado problemas doctrinales de tipo jurídico, levantando en algunos casos dudas sobre su legitimidad, dado que toman decisiones que hasta su nacimiento eran privativas de la administración pública, dirigida por los gobiernos democráticos. No obstante, razones de funcionalidad, eficacia y conflictos de interés han terminado por lograr su aceptación generalizada.

La razón fundamental que justifica la existencia de administraciones independientes es la conveniencia de desligar ciertas funciones públicas del ciclo político electoral y asegurar que los intereses político partidarios de los gobiernos no afectan al funcionamiento de determinadas actividades, así como evitar el conflicto de interés entre un gobierno que regula la actividad económica y que, simultáneamente, supervisa el cumplimiento de dicha regulación por los

agentes. Además, ciertas decisiones económicas de los gobiernos presentan un riesgo de inconsistencia temporal que minan su credibilidad y operan en contra de generaciones futuras, parte de las cuales no pueden participar en los procesos electorales.

La independencia tiene muchas facetas. La primera, la independencia personal de los ejecutivos máximos de estos organismos, que exige un procedimiento de elección que favorezca el principio de mérito en su designación, una permanencia en el cargo que supere el ciclo electoral, la imposibilidad de cese gubernamental discrecional y que evite su captura por parte de los agentes supervisados. La segunda, la independencia funcional, es decir, que sus decisiones no tengan que ser refrendadas por el gobierno y que, incluso, puedan impugnar ante la justicia actos de otras administraciones públicas cuando consideren que atentan contra su independencia o son contrarios a los principios reguladores aceptados. En tercer lugar, la independencia organizativa, la competencia para establecer su propio reglamento interno, sus procedimientos, la plantilla, las retribuciones y los métodos de selección de personal. Por último, la independencia presupuestaria, sin la cual las anteriores quedan vacías de contenido.

La independencia dota a estos organismos de un considerable poder y de una gran autonomía en la toma de sus decisiones, por lo que deben extremarse los controles adecuados sobre los mismos, además de los judiciales ordinarios y de liquidación de su presupuesto. Los dos fundamentales son la rendición de cuentas periódica en sede parlamentaria y la transparencia y conocimiento público de sus planes de actividad, procedimientos, criterios de actuación, resoluciones argumentadas, agenda de sus gestores y actividades regulares. Por ello, es muy recomendable que las administraciones independientes se sometan, periódicamente, a *peer reviews* y auditorías externas de su funcionamiento y eficacia.

De todo lo expuesto, se infiere que el diseño institucional de las administraciones independientes es un tema crucial y plagado de dificultades. La principal, que la propia administración pública y los gobiernos, con frecuencia, no están convencidos de la necesidad de su existencia por considerar que les hurtan competencias y que ellos serían más eficaces –y poderosos– en el desarrollo de sus funciones, pese a la abundante evidencia en contra acumulada. Un problema más acusado en países con un corto recorrido democrático y con funcionarios cualificados con alta especialización que, con frecuencia, operan como grupos de presión en defensa de sus intereses de grupo.

Referencias bibliográficas

- Baker, A. (2005): “The Three-Dimensional Governance of Macroeconomic Policy in Advances Capitalist World”, en *Governing Financial Globalization International Political Economy and Multi-Level Governance*, (Baker, A., D. Hudson y R. Woodward, eds.), Oxon: Routledge.
- Barro, R.J. y D.B. Gordon (1983): “Rules, discretion and reputation in a model of monetary policy”, *Journal of Monetary Economics*, vol. 12, nº 1, pp. 101-121.
- Dixit, A. (1998): *The Making of Economic Policy: A Transaction Cost Political Perspective*, Boston. MIT Press.
- Kidland, F.E. y E.E. Prescott (1977): “Rules rather than discretion: the inconsistency of optimal plans”, *The Journal of Political Economy*, 85(3), pp. 478-492.
- Kovacic, N.E. (2011): “Competition Agencies, Independence and the political process”, en Drezl, J., Kerber, W. y Podszum, R., *Competition Policy and the Economic Approach-Foundations*, Edward Elgar Pub.
- Lim, C.S.H. y A. Yurukoglu, (2016): “Dynamic Natural Monopoly Regulation: Time Inconsistency, Moral Hazard and Political Environments”.
- Maggetti, M. (2010): “Legitimacy and Accountability in Independent Regulatory Agencies: A Critical Review”, Center for Comparative International Studies, ETH Zurich and University of Zurich.
- Maggetti, M. (2012): *Regulation in Practice: the Fact Independence or Regulating Agencies*, Colchester, ECPR Press.
- OECD (2016): “Being an Independent Regulator: The Governance of Regulators”, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264255401-en>.
- Ottow, A.T. (2016): *Market and Competition Authorities. Good Agency Principles*, Oxford University Press.
- Thatcher, M. (2002): “Regulation after Delegation: Independent Regulatory Agencies in Europe”, *Journal of European Public Policy*, 9(6), pp. 954-972.

Capítulo 2

DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DISEÑO INSTITUCIONAL

Pilar Sánchez¹

1. INTRODUCCIÓN

La actualidad de la Defensa de la Competencia ofrece un panorama muy distinto al de hace algo más de un siglo, cuando comienza la etapa moderna de esta disciplina. En pocas décadas, la institución de la defensa de la competencia ha pasado de estar presente en unas pocas economías, de las más desarrolladas, a estarlo en la mayoría de ellas. Los orígenes y evolución que ha experimentado, en cada jurisdicción, están marcados por su propia realidad política, económica y social, aunque la influencia del Antitrust norteamericano y la Defensa de la Competencia de la Unión Europea ha sido determinante en todas ellas.

El debate en torno a cuestiones clave para una “correcta” y “eficaz” aplicación de este instrumento ha sido, y es, intenso, y en ocasiones no exento de polémica, lo que ha dado lugar a abundante literatura en el terreno académico de la economía y el derecho.

La larga existencia de esta institución y la cuantiosa diversidad de regímenes actualmente existente, permite complementar el análisis teórico con la contrastación empírica, y extraer conclusiones de utilidad tanto para mejorar el funcionamiento de lo existente como para avanzar en diseños cada vez más eficaces. La labor realizada por la Academia, la *International Competition Network* (ICN), la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), o el *Proyecto Global Administration Law* (GAL), al procurar medios estructurales y

¹ Las sugerencias de J. Segura y M.A. Las Heras han mejorado, muy significativamente, la primera versión de este capítulo, mi agradecimiento por ello, siendo de mi entera responsabilidad los errores que puedan permanecer.

económicos para la investigación y el análisis, y ejercer la coordinación necesaria para ordenar el trabajo, es la base de la comparativa internacional que se recoge en este artículo, que ilustra la diversidad de los diferentes modelos institucionales que existen en la actualidad.

El segundo epígrafe de este artículo contiene una breve descripción del origen y evolución de la defensa de la competencia, narrando su historia en las jurisdicciones pioneras en su creación y en las que, por distintos motivos, fueron después implantándose. El epígrafe tercero se centra en el diseño instrumental con el que se dota un Sistema de Defensa de la Competencia (SDC), después de analizar los objetivos del mismo y los retos que se plantean. El cuarto epígrafe se centra en el diseño institucional, haciendo un recorrido por los distintos modelos que existen, y destacando la importancia, no solo del modelo elegido, sino del método empleado para su diseño. El quinto epígrafe se ocupa de una de las cuestiones que más preocupa, sea cual sea el modelo, los principios rectores que deben guiar el diseño y la implementación de cualquier modelo, con una dedicación especial al debate actual sobre la independencia de estas instituciones. El sexto epígrafe aborda la cuestión más práctica del sistema, el “cómo” debe proceder una institución de defensa de la competencia que busca su máxima eficacia. Finalmente, el séptimo epígrafe presenta algunas conclusiones y recomendaciones con objeto de contribuir al debate sobre el modelo español de defensa de la competencia, actualmente integrado con la mayor parte de la regulación sectorial existente, y cuya reforma ha sido anunciada.

2. ORIGEN Y EVOLUCIÓN

Existe un amplio consenso en la sociedad de que los mercados competitivos logran los mejores resultados en términos de una asignación eficiente de los recursos y controlan el poder de los *lobbies* en beneficio de los consumidores. Sin embargo, “La competencia rara vez es perfecta, los mercados adolecen de fallos y el poder de mercado requiere ser objeto de control”, afirmaba el profesor Jean Tirole ante la Academia sueca en su discurso de aceptación como Premio Nobel de Economía en 2014. Esa es la razón, desde el ámbito de la economía, de la intervención de los poderes públicos en los mercados, bien con normas de naturaleza prohibitiva y sancionadora, cuyo control se realiza *ex post*, o con normas preventivas de regulación *ex ante*. Junto a estas razones de índole económica, que sustentan el desarrollo de un cuerpo normativo de defensa de la competen-

cia, existen fundamentos de carácter político, siendo quizás estos los que más influencia parecen haber tenido en el nacimiento de las primeras normas antitrust de la era moderna, pues como se le reconoce a la defensa de la competencia, esta ayuda a mantener estructuras que eviten una excesiva concentración de poder económico de forma que el poder político no sea supeditado a este.

2.1. Los comienzos del siglo XX

La era moderna se inicia a finales del siglo XIX cuando el Congreso de los Estados Unidos aprueba, en 1890, la Ley Sherman, en virtud de la cual se prohíbe todo contrato que restrinja el comercio entre los estados o con terceros y los intentos de monopolización, sin entrar en una definición muy específica de estos conceptos². El debate en el Congreso, que precedió a su promulgación, revelaba la voluntad de limitar el poder que las asociaciones de empresarios de ciertos sectores, como el transporte y las comunicaciones, operando bajo la figura del *trust*, ostentaban a la hora de imponer precios y afectar a otros colectivos como los agricultores y los pequeños comerciantes. Se le encomienda al Departamento de Justicia (DoJ), órgano del gobierno, la competencia para la instrucción de los expedientes que se resolverían en los tribunales ordinarios, pudiendo estos disolver las actividades comerciales que limitasen el comercio interestatal y exterior. Se configura así un modelo institucional regido por la jurisdicción ordinaria, sin especialización previa alguna. La insatisfacción, derivada de una escasa aplicación de la norma por parte del DoJ, llevó a la revisión del modelo que, en 1914, se completó con dos normas. Por un lado la Ley Clayton que, en el ámbito sustantivo, especificaba el tipo de conductas que se consideraba prohibidas, como la discriminación de precios, la fijación de precios, la manipulación de licitaciones, o las fusiones que reduzcan la competencia, las ventas atadas, exclusivas y boicots. Y por otro, la Ley de la *Federal Trade Commission* (FTC), que creaba una nueva institución, la FTC, esta vez independiente del gobierno y dependiente del Congreso, con la esperanza de que esa independencia contribuiría a una mayor aplicación de la norma. Se le dota también de competencias en materia de competencia desleal y engañosa, y con capacidad en ciertos ámbitos de resolución ejecutiva. Se constituye, así, un sistema único y peculiar de

² Formalmente, la norma canadiense entró en vigor un año antes, y una decena de estados, como Maryland, incluían ya cláusulas de defensa de la competencia en sus constituciones.

doble institución que pervive hasta la actualidad, ambas con competencias en las mismas materias. A lo largo del pasado siglo XX, esta norma sería modificada en tres ocasiones más entre 1936 y 1976, esta última con el fin de mejorar el procedimiento del control de las fusiones.

Por el contrario, a comienzos del siglo XX, otros países como Reino Unido, Francia o Alemania, no mostraban la misma preocupación hacia los acuerdos de cárteles. Reino Unido aplicaba a las relaciones empresariales su sistema de *Common Law*, no contaba con ninguna norma antitrust y, además, por sorprendente que pueda parecernos hoy en día, permitía y defendía los cárteles, basándose, para ello, en el principio de que los empresarios gozaban de libertad para organizarse y establecer acuerdos que les procurasen un beneficio mayor. En este contexto de *laissez-faire*, el boicot de un competidor no era objeto de sanción, puesto que no entraba en el ámbito de una política pública³. Excepcionalmente, en 1919, se promulga la *Profiteering Act*, que intenta controlar los precios “excesivos” que siguieron el final de la Primera Guerra Mundial, sin embargo, ningún otro cambio hubo hasta 1948, con la aprobación de la *Monopolies and Restrictive Trade Practice Act* que da lugar a una comisión administrativa del mismo nombre, cuya principal preocupación se centraba en las asociaciones comerciales operativas en esa época. En 1956, esta comisión publicó un informe sobre Discriminación Colectiva, donde se profundizaba en los tratos exclusivos, boicots colectivos, descuentos agregados y otras prácticas discriminatorias, que supuso para muchos el comienzo del fin de considerar aceptables las prácticas que respondían a la defensa del interés particular. La mayoría de la Comisión consideró que, en general, el efecto de los tipos de acuerdos revisados operaba en contra del interés público y que los instrumentos existentes en la época no eran suficientes para acometer las reformas necesarias. A raíz de este informe se suceden numerosas actualizaciones y revisiones de esta norma, aunque prestando mayor atención a los acuerdos y prácticas restrictivas que a los monopolios y en 1956 la Ley pasó a ser de Prácticas restrictivas y la Comisión pasó a ser la Comisión de Monopolios. La primera reforma institucional se produce en 1973, creando la Dirección General de *Fair Trading*, pero hasta 1980, que se promulga la *Competition Act*, no se le permitía investigar conductas concretas de una empresa que no fuesen un monopolio o un acuerdo, ni instar la actuación de la Comisión. A diferen-

³ Caso *Mogul Steamship Co. v. McGregor, Gow & Co* de 1889 en Scott (2009).

cia de otras economías, en las que el desarrollo de sus políticas de defensa de la competencia procede de una motivación externa⁴, en UK evolucionó de forma autónoma, lenta e incremental. Se le critica que el sistema configurado fuese complicado, con escasos poderes ejecutivos en sus instituciones, y cargas excesivas sobre empresas y agencias por el sistema de registro de acuerdos, incluidos los innocuos. Tras un lento y largo debate sobre la necesaria reforma y los términos de la misma, la *Competition Act* de 1998 entró en vigor en marzo de 2000, y supuso un acercamiento significativo a las normas de defensa de la competencia de la UE. Recientemente, en 2014 entra en vigor la Ley de 2013 que aborda un importante cambio institucional con la integración de las instituciones anteriores, la *Office of Fair Trading* y la *Competition Commission*, creándose la *Competition and Markets Authority* (CMA), que integra también defensa del consumidor.

Tampoco en Francia, después de la Primera Guerra Mundial, y en especial como consecuencia de la Gran Depresión, eran ilegales *per se* los cárteles (solo si con ello se obtenían beneficios monopolísticos), y su proliferación fue notable. No será hasta 1945 cuando se apruebe la primera norma de defensa de la competencia en Francia, tras la Segunda Guerra Mundial, complementada después con la creación, en 1953, de la Comisión de Prácticas Concertadas. En 1963, se introduce el control de la posición de dominio y la Comisión pasa a llamarse Comisión de prácticas concertadas y dominantes. En 1977, la Comisión pasó entonces a ser la Comisión de la Competencia, que asesoraba al gobierno en todos los asuntos de competencia y también en materia de fusiones, aunque sin publicidad. En 1986, con la Ley de liberalización de precios y competencia, como respuesta a una creciente preocupación por la concentración empresarial que las fusiones estaban provocando, se le otorga independencia al Consejo de la Competencia. Institucionalmente la Dirección General de Competencia, Consumo y Represión del fraude, se ocupaba de la instrucción de los casos, y el Consejo de la Competencia resolvía, pudiendo ser revisadas por el Tribunal de Apelación de París, de carácter civil y administrativo, en lugar del Consejo de Estado. Con la reforma profunda de 2008 se crea una única institución independiente con responsabilidad para investigar todas las infracciones de competencia. Esta última se basó en las conclusiones de la Comisión para la liberación del creci-

⁴ Por ejemplo, demanda de ciertos sectores, o de una necesidad de integración política y económica de mercados, o de una imposición de los ganadores tras un conflicto bélico.

miento económico, figurando entre sus miembros, Mario Monti, ex Comisario de Competencia de la Comisión Europea.

En Alemania, no solo no se prohibían los carteles en el siglo XIX, sino que los firmantes de un acuerdo colusorio podían demandar su incumplimiento ante los tribunales y estos podían instar su cumplimiento si consideraban que el acuerdo no iba contra la buena moral, especialmente, si el mismo se había hecho en épocas de crisis para tratar de recuperar los mercados. La primera ley alemana contra los cárteles se produce en 1923, como reacción a aquellos numerosos acuerdos que trataban de trasladar a los compradores la depreciación derivada de la hiperinflación que tuvo lugar en los años previos. No obstante, la posterior depresión de 1925 provocó que los cárteles no fueran tan mal vistos y la ley, aunque se mantuvo en vigor, redujo considerablemente su aplicación. Hasta 1958, no se aprueba la primera ley sobre actos restrictivos de la competencia, prohibiendo la mayoría de los cárteles y encomendando su aplicación a la Oficina Federal de cárteles (Bundeskartellamt). En 1973, se introduce el control de concentraciones, y en 1998 se modifica la ley para adaptarla a la legislación de la UE.

En el marco de la Unión Europea, la legislación equivalente a las secciones 1 y 2 de la Ley Sherman se introducen, por primera vez, a través de los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma de constitución de la actual UE (actuales 101 y 102), siendo sus precursores los acuerdos que crearon la Comunidad Europea del Acero y el Carbón, en 1951, con la firma del Tratado de París, lo que revela que la Defensa de la Competencia fue, desde el primer momento, una política fundamental en la constitución de la actual Unión Europea. La redacción original de estos artículos, por encargo de Monnet, corrió a cargo de Robert Bowie, experto americano en antitrust, aunque algunos elementos, como la excepcionalidad del artículo 85.3, fueron incluidos después en la versión final. Al igual que sucedió en EE.UU., el control de las operaciones de fusión y concentración empresarial no se introdujo hasta mucho después de la prohibición de los acuerdos y los abusos de posiciones dominantes, en 1989, y por el mismo motivo, la insuficiencia de las normas existentes relativas a las conductas para controlar operaciones de cambio estructural de los mercados.

En el caso de España, la promulgación de la primera norma reguladora de conductas anticompetitivas se produce en 1963, con la Ley 110 de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia (LDC1963). La situación de aislamiento y autarquía, que protagonizó el país derivada de la dictadura que siguió

a la guerra civil, está detrás de esta desconexión de las tendencias existentes en los países occidentales más desarrollados. No obstante, la apertura económica iniciada en la década de los cincuenta, los compromisos adquiridos con EE.UU. en 1953, la inclusión de España en organismos económicos internacionales y, especialmente, el Plan de Estabilización Económica de 1959, crearon el contexto adecuado para terminar elaborando y aprobando esta norma. En resumen, esta ley es un elemento más que caracterizó el proceso de modernización de las instituciones y la apertura al exterior de la economía española (Berenguer y Giner, 2010; y Castañeda, 2014). Aunque las instituciones que nacían con la nueva Ley, Servicio de Defensa de la Competencia y Tribunal de defensa de la Competencia, fueron efectivamente creadas, la aplicación práctica de la norma fue muy escasa, pues ni política ni empresarialmente, la economía y la sociedad española parecían estar preparadas para ello. Con la Ley 16/1989 (LDC1989) se produce la primera gran reforma, que inspirada en el modelo de la Unión Europea, introduce la promoción y el control de concentraciones, abandonando la filosofía de la anterior norma de favorecer cualquier concentración de empresas, aunque estas no serían de obligada notificación hasta 1999. La segunda, de mayor envergadura institucional, se produce con la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia (LDC2007) que crea la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) integrando los antiguos Servicio de Defensa de la Competencia, como órgano instructor, y el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) como órgano resolutorio. Esta norma también introduciría instrumentos de gran alcance en la lucha contra los cárteles como el Programa de Clemencia. La reforma suponía, igualmente, ampliar el alcance de la actividad de la institución, que pasaba de tener funciones principalmente represivas y punitivas, excepción hecha del control de concentraciones, a adquirir funciones de asesoramiento, de promoción, y de prospectiva, con un carácter más preventivo y formativo. Finalmente, en 2013 se produce la integración de la CNC con los reguladores sectoriales existentes, que supuso un cambio de mucha importancia a nivel institucional, pero sin modificar las cuestiones sustantivas de la LDC.

2.2. La intensa creación de nuevos SDC

La Ley Sherman y sus complementarias fueron aplicadas, prácticamente en solitario, durante más de medio siglo, dado que las economías europeas señaladas y la propia Unión Europea no comienzan a implementar, tímidamente, sus sistemas hasta muy entrada la segunda mitad del siglo XX, y no es hasta su última década y

principio del siglo XXI cuando se produce una verdadera eclosión en cuanto a las economías que incorporan por primera vez SDCs en sus jurisdicciones. Más de un centenar de países, en los últimos veinte años⁵, han institucionalizado la defensa de la competencia en un sistema administrativo y judicial, muchos de ellos como resultado de las reformas económicas orientadas al libre mercado de antiguos regímenes de economías planificadas de la última década del siglo pasado y otras derivadas de la labor de asesoramiento técnico, planes de reforma institucional y apoyo económico que muchos países en proceso de desarrollo han obtenido de instituciones financieras multilaterales. Algunas otras normas han sido promulgadas por exigencias de determinados tratados de libre comercio, como en el caso de Honduras con EE.UU. El auge económico de los denominados países BRICs también ha contribuido a este incremento, junto al papel que la OCDE en alianza con el BID, y a través del Foro Latinoamericano de Competencia ha realizado, mediante una activa promoción en la región de la política de competencia entre países de Latinoamérica y el Caribe. En ese foro, de carácter anual, se reúnen funcionarios de alto nivel de los países de la región para promover la identificación y difusión de las mejores prácticas en la ley y la política de competencia.

2.3. El contexto internacional actual y los instrumentos de cooperación

La aplicación de las normas de defensa de la competencia de cada jurisdicción se centra en el ámbito estricto de sus mercados, lo cual significa que dicha aplicación puede tener efectos sobre la totalidad de las empresas que operan en ellos, sean o no nacionales. El resultado es que la misma conducta de una empresa multinacional podría no ser juzgada, de la misma forma, en dos mercados geográficos distintos. Adicionalmente, la globalización ha provocado que el alcance geográfico de los mercados relevantes en los que operan las empresas haya ido superando las fronteras de los mismos. En consecuencia, y en aras a mantener el máximo nivel de competencia global, sería deseable que existiera una amplia armonización de las normas de defensa de la competencia y de su aplicación, y que no se dé la paradoja que la propia aplicación de la normativa de competencia resulte ser una alteración de las condiciones de competencia internacional. La preocupación por los efectos de la globalización en el ámbito de la defensa de la

⁵ En 1999 apenas había más de 20 y, en la actualidad, 132 AC de 120 jurisdicciones son miembros de la ICN. ICN (2016).

competencia, como en otros muchos ámbitos, ha dado lugar a diversas iniciativas de cooperación y coordinación con el objeto de maximizar los beneficios de la misma y, a la vez, controlar o intentar minimizar los efectos adversos que una excesiva heterogeneidad en los aspectos sustantivos puede ocasionar.

En la creación de la actual Unión Europea la aplicación estricta y uniforme de la normativa comunitaria en este campo fue de enorme utilidad para garantizar una competencia efectiva en el seno del mercado único que se estaba intentando crear, y por la misma razón una aplicación armonizada de las normas de competencia a nivel mundial contribuiría a mantener una competencia efectiva en los mercados internacionales.

La preocupación por lograr esa deseable armonización ha llevado a la Fiscalía General de los EE.UU. a crear, en 1997, el Comité Asesor de Política de Competencia Internacional (ICPAC, por sus siglas en inglés). Su objeto era analizar y coordinar los problemas mundiales de defensa de la competencia que, previsiblemente, podían generarse, y abordar cuestiones como la revisión de fusiones entre jurisdicciones, la interfaz entre el comercio y la competencia y la orientación futura de la necesaria cooperación entre Autoridades de Competencia (AC). En febrero de 2000, este Comité propuso la creación de un espacio en el que funcionarios gubernamentales, empresas privadas y organizaciones no gubernamentales pudieran debatir sobre asuntos de defensa de la competencia. Se recomendaba trabajar en aras de “una mayor convergencia de leyes y análisis de la competencia, entendimiento común y cultura común”⁶.

En el Informe de Competencia de 1998, el Comisario de Competencia, Sr. Van Miert, mostraba similar preocupación: “Sin embargo, es evidente que es necesario llegar a una cooperación con objeto de resolver de forma eficaz los problemas de competencia de índole transnacional. Ya existe un amplio grado de cooperación bilateral entre distintas AC y cabe esperar con optimismo que esta cooperación se mantendrá. No obstante, para que esta cooperación sea eficaz estoy convencido de que no sólo es necesario instaurar acuerdos referentes a la logística de la cooperación sino también que debería existir algún tipo de acuerdo común, a nivel internacional, relativo al contenido del conjunto básico de principios sustantivos del derecho de la competencia”.

⁶ Web de la ICN.

La iniciativa de EE.UU. fue apoyada, después, por el Comisario de Competencia de la UE, Sr. Monti, y el Fiscal General Adjunto de Antitrust, Sr. Klein, dando lugar a la red internacional de AC y especialistas internacionales en materia de competencia (*International Competition Network*, ICN). Formalmente, la Asociación Internacional de Abogados reunió en Ditchley Park, Inglaterra, a más de 40 de los principales funcionarios y profesionales de la competencia del mundo, a principios de febrero de 2001, para discutir la viabilidad de una Red Internacional de Competencia, dirigida exclusivamente a la aplicación de normas antitrust internacionales, y con el propósito de debatir y proponer cuestiones de interés común tanto en materia procedimental como sustantiva o institucional.

El 25 de octubre de 2001, los principales funcionarios de competencia de 14 jurisdicciones –Australia, Canadá, Unión Europea, Francia, Alemania, Israel, Italia, Japón, Corea, México, Sudáfrica, Reino Unido, Estados Unidos y Zambia– constituyeron la ICN. Actualmente, cuenta con más de 130 miembros de 120 jurisdicciones. Hasta el momento se ha ocupado de: (i) fomentar la difusión de la experiencia en materia de competencia y las mejores prácticas; (ii) formular propuestas de convergencia de procedimiento y sustantiva a través de Agenda y estructura orientadas a los resultados; (iii) apoyar la defensa de la competencia; y (iv) facilitar una cooperación internacional eficaz (ICN, 2016)

Poco después, en 2004, los profesores Richard Steward y Benedict Kingsbury, de la New York University School of Law, se embarcaron en un nuevo proyecto, denominado el *Global Administrative Law* (GAL). Su objeto es la construcción de un nuevo campo –el Derecho Administrativo Global o Derecho Administrativo de la gobernanza global– abierto a la comunidad académica mundial, a los profesionales y a todos los operadores jurídicos relacionados con la gobernanza transnacional, y que ha tenido un enorme eco en la teoría y en la práctica, en la ciencia y en la profesión, en todos los continentes. En este marco, en 2010, este proyecto amplió sus áreas de investigación, incluyendo en ellas la normativa de competencia debido a las importantes repercusiones internacionales, para empresas y consumidores, que la aplicación nacional de las normas puede tener (Fox y Trebilcock, 2013).

3. DISEÑO INSTRUMENTAL

Otra de las razones que se aducen para explicar el auge de nuevos SDCs en distintas economías, está en la amplia aceptación de la sociedad moderna de los

efectos positivos que el mantenimiento de la competencia efectiva tiene sobre el crecimiento económico. Esta efectividad ha sido objeto de evaluación empírica, dando lugar a resultados que muestran un efecto positivo y robusto de la política de competencia en la productividad total de los factores (Buccirosi et al., 2011). Más concretamente, algunos estudios (Borrell y Jiménez, 2008) identifican determinados objetivos e instrumentos como impulsores de una política de competencia más efectiva. Por ejemplo, que un control de concentraciones, basado en la defensa de la competencia en el mercado frente a otros objetivos de política pública, resulta ser más efectiva, y que la lucha activa contra los cárteles, y, en concreto, el programa de clemencia, contribuyen a tener una política de competencia más eficaz.

La incorporación de un sistema moderno de defensa de la competencia a la estructura orgánica de los poderes de gobierno de una sociedad, debe abordar tanto su regulación sustantiva, mediante la definición de su objeto y de los instrumentos que se articulan para su consecución, como la regulación institucional que se considere necesaria para el correcto funcionamiento de dicho sistema. Este epígrafe se centra en la primera parte.

3.1. El Objeto de un SDC

La preocupación inicial de los SDCs más antiguos en el último tercio del siglo XX se centraba en su difusión y su introducción en la mayoría de los países en los que no existían, seguida por la búsqueda de la armonización para lo que las instituciones internacionales, conscientes de la importancia de compartir objetivos e instrumentos, han debatido, elaborado y difundido manuales y estándares sobre el contenido sustantivo de la misma, donde se incluye siempre un capítulo dedicado a los objetivos del sistema (OCDE y WB, 1998).

La delimitación del objeto que persigue todo SDC, y su difusión, constituye una buena práctica normativa que va más allá de la aplicación del principio de transparencia y claridad. Hacerlo público genera varios efectos positivos, como situar su propio debate en sede legislativa, tomar conciencia de lo que se está regulando y con ello abrir la oportunidad de que los distintos sectores de la sociedad civil puedan conocer y participar del mismo. Ese debate contribuye a divulgar la propia norma, sus fines y su alcance, y un elemento de suma importancia, como es el de fijar unas expectativas proporcionadas sobre las competencias y capacidades de las instituciones encargadas de implementar la norma.

En la lista de objetivos que a lo largo del tiempo se le han ido asignando a los SDCs, en los distintos países, se encuentran los de promoción y protección del proceso competitivo en aras a lograr eficiencia económica, y otros objetivos generales de interés público, como son los de política industrial o políticas de desarrollo regional, que son precisamente los que algunas jurisdicciones han ido incorporando a lo largo del tiempo. La fijación de unos u otros resulta crucial para que las AC desempeñen su mandato, pudiendo observarse toma de decisiones significativamente distintas en un mismo caso, en distintas jurisdicciones, si los objetivos fijados son unos u otros. De hecho, la persecución del objetivo de mantenimiento de una competencia efectiva podría llevar a un resultado no siempre compatible con otros intereses públicos, y aplicar objetivos más amplios de interés público podría conducir a decisiones que no garantizan, plenamente, una competencia efectiva. Esta circunstancia parece especialmente aplicable al caso de las resoluciones en materia de control de concentraciones, que se convierten en una suerte de regulación *ex ante*, aunque fue precisamente en el ámbito de las conductas sancionables donde se produjo el principal debate entre eficiencia y otros objetivos⁷. Puede decirse que, posteriormente, la influencia que ejerció la Escuela de Chicago, en los años 70, provocó el cambio en la aplicación de los criterios sancionadores de la época, pasándose de un largo periodo en el que se habían dictado resoluciones en favor de la protección de las pequeñas y medianas empresas, a dictar resoluciones cuyo objeto era la defensa de las eficiencias en tanto en cuanto estas beneficiaban al consumidor, aunque el resultado fuera la desaparición de pequeños negocios más ineficientes.

La *protección de los consumidores* se ha constituido, con el tiempo, en uno de los fundamentales en la mayor parte de las jurisdicciones. Así es en el SDC de EE.UU. y también en la UE (Monti, 2004).

La *defensa del propio proceso competitivo, o competencia efectiva*, es uno de los objetivos que se fijan, tanto la UE como las AC en el ámbito europeo a la hora de analizar casos de abuso de posición de dominio. Se puede interpretar como un objetivo intermedio que contribuye a un objetivo más amplio como es el del

⁷ La defensa de la búsqueda de las eficiencias y la aplicación de criterios, estrictamente económicos, que plantea Bork (1985) da pie a un intenso debate sobre el verdadero objeto de la DC. Otros como Pitofsky (1979) aceptan la existencia de otros criterios políticos como el de controlar una excesiva concentración económica que dificulte el ejercicio del poder político.

bienestar total y la equidad. Se persigue proteger el proceso, no necesariamente a los competidores (Orbach, 2013).

En su Comunicación sobre la aplicación del artículo 102, la Comisión dice: “En su actividad de control de las conductas excluyentes, la Comisión hace hincapié en la salvaguarda del juego de la competencia en el mercado interior y en garantizar que las empresas que disfrutan de una posición dominante no excluyan a sus competidores por otros medios que no sean la competencia basada en los méritos de los productos o servicios que ofrecen. Con ello, la Comisión tiene en cuenta que lo realmente importante es la protección de la eficacia del juego de la competencia y no, simplemente, la protección de los competidores. Esto bien puede dar lugar a que los competidores que beneficien menos a los consumidores en términos de precio, posibilidades de elección, calidad e innovación abandonen el mercado”.

No pocas jurisdicciones establecen como objetivo *garantizar un campo de juego equilibrado*, objetivo muy ligado al de la protección del proceso competitivo y la protección del bienestar del consumidor. Los tres están interrelacionados. Algunas de ellas especifican que se trata de garantizar un campo de juego equilibrado para las PYMES.

La *defensa de las eficiencias* no suele estar definida como un objetivo último, pero sí mencionan que deben tenerse en cuenta. La LDC2007 establece en su artículo 10 los criterios de valoración sustantiva para analizar las concentraciones económicas, citando expresamente “*las eficiencias económicas derivadas de la operación y, en particular, la contribución que la concentración pueda aportar a la mejora de los sistemas de producción o comercialización así como a la competitividad empresarial, y la medida en que dichas eficiencias sean trasladadas a los consumidores intermedios y finales, en concreto en la forma de una mayor y mejor oferta y de mejores precios*”. Incorpora de manera implícita una eficiencia asignativa (de recursos), productiva (al menor coste) y dinámica (nuevos productos y mejoras técnicas).

Dado que las PYMES concentran una parte importante de la producción y el empleo de una economía, algunas jurisdicciones consideran que uno de los objetivos de defensa de la competencia debe ser *la protección de las PYMES*, en especial, frente a las grandes empresas. El coste en términos de eficiencia de esta posición requiere analizar caso a caso para evitar privilegios injustificados. La aplicación de este objetivo ha presidido una parte importante de las decisiones judiciales de EE.UU. hasta la década de los 70, momento a partir del cual el

objetivo de eficiencia fue considerado de forma casi exclusiva por el Tribunal Supremo, al menos durante las décadas de los 80 y 90.

Facilitar procesos de liberalización y privatización, también forma parte de los objetivos de algunos sistemas de defensa de la competencia en economías en las que se ha optado por pasar de monopolios públicos en la provisión de ciertos bienes y servicios, a un esquema de competencia. En estos casos, es importante controlar que las antiguas empresas, que suelen permanecer en el mercado con una presencia importante, no obstaculicen un proceso de cambio aprobado por un Parlamento⁸.

Por último, la *integración de mercados* ha sido el objeto principal en la aplicación de la defensa de la competencia en el marco de la Unión Europea, donde el objetivo último era la consecución del Mercado Único. Se trata de un objeto específico del contexto en el que nacía la entonces Comunidad Europea, y supeditado a la creación de un mercado único europeo. No obstante, no ha sido el único, como la jurisprudencia de la Comisión y de los Tribunales permite constatar y, especialmente, después de alcanzar esa integración. Tampoco ahora considera la UE que el único propósito deba ser la eficiencia, y valora otros objetivos como la dispersión del poder económico; la protección de la libertad económica de los integrantes de un mercado, y en especial de las PYMES; la distribución eficiente de los recursos y el valor social de la equidad⁹.

Recientemente, desde ciertos ámbitos académicos, se ha abierto el debate sobre un nuevo objetivo que podría caer bajo el ámbito de la defensa de la competencia como es *combatir la desigualdad*. Sus defensores establecen la existencia de un vín-

⁸ Este es el caso de la legislación española que ha decidido tipificar estas conductas como muy graves, en lugar de graves, cuando la conducta se lleva a cabo en un sector recientemente liberalizado. La LDC2007 tipifica los abusos de posición de dominio como infracciones graves, salvo en los casos en los que dicho abuso “sea cometido por una empresa que opere en un mercado recientemente liberalizado, tenga una cuota de mercado próxima al monopolio o disfrute de derechos especiales o exclusivos”, en cuyo caso será una infracción muy grave.

⁹ Comisión Europea (2017). Por marco equitativo también se entiende que en Europa se protege a los consumidores frente a los cárteles y los abusos de posición dominante de las empresas (...) La Comisión supervisa esta equidad. Es la vertiente social de la normativa de competencia y es la idea que defiende Europa”. Discurso del Estado de la Unión 2016. http://ec.europa.eu/priorities/state-union-2016_es. Informe sobre la política de Competencia 2016, pag. 3.

culo entre la actual concentración de poder económico, que se habría alcanzado por una aplicación menos rigurosa de la defensa de la competencia en las décadas pasadas, y el aumento de la desigualdad (Baker y Salop, 2015). Otras voces sostienen la falta de evidencias suficientes para esta afirmación (Crane, 2016).

El Global Forum of Competition, de 2003, celebrado en el seno de la OCDE concluía que, de acuerdo a la mayoría de las jurisdicciones analizadas, los objetivos básicos de los distintos sistemas eran mantener y promover el proceso competitivo para lograr un uso eficiente de los recursos, a la vez que se protegía la libertad de los agentes para el desarrollo de una actividad económica en los mercados. Incluir el objetivo amplio de la defensa del interés público aparecía con mayor frecuencia en aquellas economías en transición y en proceso de desarrollo, mientras que entre los países OCDE este objetivo ha ido desapareciendo. Sin embargo, sí se mantienen ampliamente aquellos otros objetivos que están en una zona más gris, como la defensa de la Pymes, asegurándoles un entorno justo lejos de concentraciones indebidas de poder. Y en general, las economías que no usan la defensa de la competencia para la defensa de intereses público se centran más en el objetivo de la defensa del bienestar total (OCDE, 2003). Otra conclusión relevante de este foro fue la ausencia de una fuerte correlación entre los objetivos y el diseño institucional de las AC, lo que les lleva a plantear la ausencia de un diseño óptimo dado unos determinados objetivos y un sistema de competencia.

No obstante, a pesar de esta diversidad de objetivos, en la práctica, el debate internacional sobre el objeto de la defensa de la competencia en instituciones que solo tienen esta funcionalidad aboga en su mayoría por la protección del bienestar del consumidor. Sin embargo, cuando se trata de instituciones multifuncionales, este consenso no está tan claro. Sea cual sea el objetivo que debe tener un SDC, corresponde al parlamento determinarlo, aunque el mismo debería ser fundamentado haciendo uso del análisis que las herramientas económicas y jurídicas pueden, actualmente, poner a su alcance.

3.2. Los objetivos en la Defensa de la Competencia en España

En España, la primera norma, la LDC1963¹⁰ comienza su redacción con un epígrafe dedicado exclusivamente al objeto de la Ley, situando su promulgación

¹⁰ Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia.

en un contexto de cambio institucional que debe procurar “el máximo despliegue de la libertad de empresa”, prohibiendo “las prácticas restrictivas instrumentadas merced a la colusión, así como los abusos por parte de las empresas con dominio del mercado”. Igualmente, señala que la norma nace “por el indeclinable y permanente deber del Estado de defender al consumidor contra los abusos derivados de restricciones intencionadas a la competencia.” Cita, como precedentes las legislaciones de países como EE.UU., Gran Bretaña y Alemania y la Comunidad Económica Europea. Justifica la ausencia de un control de concentraciones económicas en la deseabilidad de la misma, pues dada la atomización de la empresa española, donde más del noventa por ciento de las empresas cuenta con menos de cinco empleados, considera que el Estado debía favorecer los procesos de concentración “que redunden en la formación de unidades de producción o distribución de dimensiones más adecuadas a las actuales necesidades económicas”, aunque sí obligaba a la inscripción de tales fusiones para evitar situaciones de abuso de posición de dominio prohibidos en el artículo 2 de la Ley. Y de forma explícita señala que “la defensa del consumidor es el fin último de la Ley”. El sector agrícola quedaba excluido de su aplicación, salvo en la concertación de precios, siguiendo la regulación del Tratado de Roma de la Comunidad Económica Europea.

La LDC1989¹¹, que deroga la anterior, resume su objeto en “garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público”. La actual LDC2007¹², que derogó la anterior, comienza su Exposición de Motivos señalando la eficiencia asignativa que se logra, con la libertad de empresa, en el marco de una economía de mercado cuando los poderes públicos garantizan su existencia; que esta eficiencia se traslada a los consumidores y con ello se incrementa el bienestar del conjunto de la sociedad. Y añade que el propósito es disponer de “un sistema que,...., permita contar con los instrumentos adecuados para garantizar el buen funcionamiento de los procesos del mercado”. La Ley 3/2013¹³, de creación de la Comisión Nacional de Mercados y la Competencia (CNMC), deja ver su objeto en el artículo 5 donde se determinan sus funciones, señalando que estas son “para garantizar, preservar

¹¹ Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

¹² Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

¹³ Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios”, lo que se repite como su objeto, en el artículo 3 del Real Decreto 657/2013 que aprueba el estatuto orgánico de la CNMC.

Las normas de 1989 y de 2007 han supuesto una evolución muy positiva de la regulación del SDC, tanto en lo sustantivo como en lo institucional que, sin duda, han contribuido a una mayor eficacia de este instrumento de control de los mercados, pero ninguna ha mantenido la claridad de la norma de 1963 respecto a su objeto. Tampoco la reforma institucional de 2013 expresa con claridad y precisión los objetivos de la nueva CNMC, ni menos aún su priorización, ignorando los beneficios que ello reporta para el mejor ejercicio de las competencias de la institución y para las labores de evaluación de la misma, tanto en términos de independencia como de eficacia.

3.3. Los instrumentos para la Defensa de la Competencia

La instrumentación que se ponga a disposición del sistema determina, en buena parte, la efectividad en la consecución de los objetivos propuestos, por lo que entre ambos debe procurarse suficiencia, adecuación y coherencia. Al igual que los objetivos han ido modificándose con el tiempo, también los instrumentos empleados en esta materia han ido evolucionando. Los más tradicionales, basados en el “control de comportamientos o *ex post*”, el “control de estructuras o *ex ante*”, o las ayudas públicas, se han visto complementados con otros como la “Promoción de la Competencia”. En todos ellos la incorporación del análisis económico, a lo largo de la segunda mitad del siglo pasado y hasta la actualidad, como herramienta de análisis y evaluación ha sido, sin duda, un importante vector de los cambios acontecidos en la doctrina existente.

El *control de conductas* es el más antiguo de los instrumentos de defensa de la competencia, de naturaleza prohibitiva y punitiva. Fija el tipo de comportamientos que las empresas deben abstenerse de realizar, so pena de incurrir en la apertura de un proceso sancionador en su contra. Se centra en las conductas de carácter colusorio y en las conductas unilaterales. En las primeras se engloban aquellos acuerdos entre empresas, bien de carácter horizontal, bien de carácter vertical, que tengan por objeto, produzcan o puedan producir un efecto de falseamiento de la competencia en los mercados. Las segundas son básicamente de abuso de posición de dominio, ya sean de carácter explotativo, que busca la

extracción de rentas extraordinarias a los proveedores o a los clientes, o de carácter exclusionarios, expulsando del mercado a posibles competidores o impidiéndoles la entrada. La Ley Sherman, el Tratado de Roma, la normativa española, y cualquiera de los manuales sobre el diseño de sistemas de defensa de la competencia coinciden en proscribir estos dos ámbitos de conductas en primer lugar.

Para determinar la ilicitud de una conducta se requiere, o bien la acreditación de efectos anticompetitivos derivados de la conducta (conocido como la *regla de la razón* en el ámbito anglosajón), o bien su consideración como una conducta anticompetitiva *per se*, es decir, aquellas en las que la relación de causalidad entre la conducta y los efectos negativos está suficientemente acreditada y, en consecuencia, para sancionar una conducta de este tipo solo se precisa la prueba de existencia de la conducta, sin que se requiera probar sus efectos dañinos en cada caso particular.

La doctrina europea y norteamericana ha mantenido siempre un acuerdo unánime respecto a la valoración de que los cárteles, en las múltiples formas en las que puede instrumentalizarse el acuerdo para restringir la competencia, ya sea una fijación de precios, un reparto de la producción y/o su limitación, o una colusión en las subastas de provisión de bienes o servicios públicos, son la forma más dañina de actuaciones en contra de la competencia en los mercados y son, por tanto, conductas anticompetitivas *per se*.

Y en el marco de la persecución de *cárteles* el instrumento más relevante introducido en las últimas décadas son los *Programas de Clemencia*, que han resultado ser un incentivo eficaz para la desarticulación de estos acuerdos restrictivos de la competencia. Se trata de una figura por la cual el primero de los participantes en un acuerdo de cártel que denuncia su existencia ante las AC obtiene la inmunidad ante la eventual sanción que podrían imponerle o, al menos, el beneficio de una importante reducción¹⁴. La clave de este instrumento está en el efecto de desconfianza que se puede generar entre los participantes del cártel, dado que solo el primero en aportar pruebas suficientes para comenzar una investigación

¹⁴ En diciembre de 2013 el colegio de comisarios de la CE impuso 1.710 millones de euros a un total de ocho entidades financieras por su acuerdo para manipular los índices LÍBOR y EURÍBOR. Una de las empresas obtuvo la inmunidad total por ser la primera en aportar pruebas concluyentes para iniciar la investigación, y una segunda entidad se benefició de una reducción en la sanción por aportar pruebas nuevas relevantes para avanzar en la investigación.

se beneficiaría de la inmunidad total. La quiebra de la confianza mutua entre los miembros es el elemento decisivo para dar comienzo a la “carrera por llegar primero”. La aplicación en el campo de la defensa de la competencia de los programas de clemencia permite descubrir cárteles de larga duración, obtener pruebas que permiten la acreditación de los hechos con una menor inversión en recursos de la institución instructora, generar un efecto contagio en otros cárteles activos y disuadir a terceros de la creación de futuros cárteles.

El diseño del programa es el factor determinante para su éxito. De hecho, la sensibilidad al diseño es tal, que el país pionero en su aplicación no consiguió la efectividad prevista y deseada hasta su profunda reforma en el año 1993¹⁵. El elemento fundamental en el cambio y en sus resultados fue incorporar la certidumbre en la obtención de la inmunidad si se cumplían los criterios estipulados para ello pues, previamente, era potestad discrecional del Departamento de Justicia. Además, dicha inmunidad sería aplicada automáticamente a todos los individuos de la empresa que colaborasen en la investigación. Después, el resto de jurisdicciones, incluidas la Unión Europea y España, han incorporado ampliamente este programa.

No obstante, el éxito de este programa, tanto en términos de su uso por los cárteles vivos, como por los efectos disuasorios que también genera, será directamente proporcional a la percepción que las empresas tengan de la efectividad de la AC en detectar y sancionar estas conductas con el uso de otros instrumentos tradicionales. En consecuencia, y a pesar de que los programas de clemencia suponen una eficiente herramienta, se debe seguir dedicando recursos suficientes para mantener activos los equipos de investigación y detección de conductas ilegales, tanto como forma de sostener la credibilidad de su capacidad de actuación de forma autónoma al programa de clemencia, como por la efectividad del propio programa. Durante los primeros años de aplicación del programa en España se sancionaron más cárteles derivados del programa de clemencia que por investigaciones propias, mientras que en el año 2015 estos últimos fueron superiores.

¹⁵ Hammond (2010). La *Corporate Leniency Policy* aprobada en EE.UU., en 1978, apenas tuvo efectos. En las décadas de los 70 y 80 se impusieron multas en EE.UU. por valor de 236 millones de dólares, mientras que de 1990 a 2009 las sanciones en el marco de la clemencia fueron de 5,8 billones de dólares.

La aplicación del programa en la UE ha sido un éxito tras la primera reforma de 2002, habiéndose pasado de 11 solicitudes, entre 1990 y 1994, a 30 en el periodo 2005-2009. Continuando con la intención de mejorar la efectividad del programa, la Comisión Europea acaba de poner en marcha la posibilidad de que los particulares puedan presentar denuncias anónimas en los casos de cárteles de la CE.

En España, este instrumento se incorporó en la reforma de 2007, a través de sus artículos 65 y 66, y del Real Decreto 261/2008 de 22 de febrero, que establece el Reglamento de Defensa de la Competencia (artículos 46 y ss.). Y en junio de 2013, la CNC publicaba su Comunicación sobre el Programa de Clemencia, con el objeto de “aclarar los principios que guían su actuación” y con la pretensión de “contribuir a mejorar la transparencia y la previsibilidad de su actuación en aquellos procedimientos sancionadores en los que se presenten solicitudes de clemencia”. Desde el principio de su aplicación, en febrero de 2008, se han presentado en España 40 solicitudes de clemencia hasta 2013, algunas en referencia al mismo cártel, lo que se ha traducido en el conocimiento y sanción de 22 cárteles, siendo la duración de uno de ellos desde 1978. En 2016, se sancionaron otros 9 acuerdos de cártel.

Las *inspecciones domiciliarias* son un instrumento eficaz en la lucha contra los comportamientos anticompetitivos, al permitir la obtención de pruebas documentales de las infracciones contra la competencia. Su aplicación requiere un control judicial que revisa el cumplimiento del requisito de existencia de indicios de infracción para su aplicación.

La incorporación del *análisis económico* a la defensa de la competencia ha motivado, a partir de los años ochenta, cambios en la valoración de conductas tradicionalmente consideradas anticompetitivas *per se*, como son algunas de las *restricciones verticales* en la relación comercial entre operadores. En contra de lo asumido hasta entonces, algunos modelos económicos llevaban a la conclusión de que determinados acuerdos verticales restrictivos de la competencia podían generar un efecto beneficioso en forma de incrementos de la calidad o la innovación de los productos. La Comisión Europea contribuyó a este debate, en 1997, con la publicación del Libro Verde sobre las Restricciones Verticales de Competencia, en el que se presentaba un análisis de la evolución de los acuerdos verticales de distribución. Se confrontaban, por un lado, la mayor seguridad jurídica que se deriva de una tipificación de conducta ilícita *per se*, con el

hecho de que un mayor grado de análisis económico permitiría una evaluación de efectos que, de facto, resulta más ajustada a la realidad de las infracciones del artículo 81.1 del tratado. El resultado fue la aprobación, en diciembre de 1999, del Reglamento de Restricciones Verticales de la Comisión Europea, donde se reconoce que determinados acuerdos verticales cumplirían con la excepción que plantea el artículo 81.3 y, por tanto, no constituyen una infracción del artículo 81 (actualmente 101). De hecho se considera que, en determinadas circunstancias, y determinados acuerdos verticales, pueden resultar económicamente eficientes, reducir los costes de transacción y optimizar los niveles de ventas e inversión. Este Reglamento, que expiraba en 2010, ha sido actualizado con posterioridad en 2010¹⁶.

El cambio doctrinal más reciente en este campo lo protagoniza el Tribunal Supremo de EE.UU. que, en 2007, establecía que no todos los casos de fijación de precios de reventa (RPM en sus siglas en inglés) son necesariamente perjudiciales para la competencia y que, por tanto, estos deberán ser analizados bajo la *regla de la razón* y no como venía siendo según su propia doctrina declarar los casos prohibidos *per se*¹⁷. En la Unión Europea, se mantiene la consideración de que las conductas de fijación de precios mínimos de reventa son conductas anticompetitivas *per se* (no así los casos de recomendación de precios de venta), aunque cabe la posibilidad de excepción si el interesado demuestra la existencia de efectos beneficiosos para el consumidor que superen los costes. En el ámbito de los acuerdos verticales, y en el marco de las Plataformas digitales, por citar nuevos retos, los APPA (*Across Platform Parity Agreement*), en los que las plataformas incluyen una cláusula de “nación más favorecida” o de “paridad” para impedir que el distribuidor pueda ofrecer precios menores en otras plataformas, garantizándose en su plataforma el precio más bajo) están siendo analizados por las AC sin que, hasta el momento, existan muchos precedentes, y sin que exista, consecuentemente, una única doctrina. En el marco

¹⁶ Reglamento UE 330/2010 de la Comisión de 20 de abril de 2010 relativo a la aplicación del artículo 101. Apartado 3, del TFUE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas.

¹⁷ La doctrina del Tribunal Supremo en la Sentencia Dr. Miles Medical Co de 1911, determinaba como ilegales *per se* la fijación de los precios de reventa. En el caso *Leegin Creative Leather Products, Inc. V. PSKS* (2007), modifica esa doctrina al considerar adecuada la aplicación de la Regla de la Razón en los casos de limitación vertical de los precios.

de la UE son acuerdos de restricciones verticales que deben ser analizados bajo el Reglamento 330/2010, pero no necesariamente tienen por qué tener la misma valoración bajo otras jurisdicciones. De hecho, en algunos países han sido prohibidos, y en otros han sido autorizados con compromisos de reducir su alcance (OCDE, 2016).

El consenso internacional alcanzado sobre la gravedad de los efectos anti-competitivos de los cárteles no se ha reproducido en el campo de las *conductas unilaterales*, donde el grado de poder de mercado para fijar la dominancia, y sus efectos, no siempre es valorado de igual manera por las distintas jurisdicciones. Estados Unidos sanciona las conductas por abuso de posición de dominio menos que la Unión Europea y sus Estados Miembros, especialmente, después de las décadas de los 50 y 60, y como consecuencia de las teorías de la Escuela de Chicago sobre la prevalencia de aplicar criterios exclusivamente de eficiencia económica en sus análisis (Evans y Padilla, 2005). Algunas figuras, como la de “precios excesivos” ni tan siquiera está reflejada en la legislación, ni sus jueces la han interpretado (Kovacic, 2008). Una lectura de estos hechos se basa en la aplicación de la teoría del coste de los errores, según la cual los tribunales estadounidenses habrían considerado que el coste de incurrir en un error del tipo I (sancionar falsos positivos) superaba el coste de incurrir en un error de tipo II (permitir falsos negativos) y, en consecuencia, habrían aumentado sus cautelas a la hora de sancionar los abusos de posiciones de dominio.

Finalmente, el procedimiento de la *terminación convencional* constituye un instrumento cuya relevancia puede aumentar en el futuro, después de que la reforma normativa de 2007 lo haya flexibilizado. Consiste en que antes de que los órganos instructores emitan una propuesta de declaración de ilicitud y sanción, las partes puedan llegar a un acuerdo para interrumpir la conducta, en el que se incluyen los compromisos adquiridos en cuanto a la cesación de la conducta y la remoción de efectos. Los términos del acuerdo, con las condiciones pactadas, deben ser ratificados por el órgano resolutorio. Se trata de una figura que facilita la pronta restitución de las condiciones de competencia, y el ahorro de recursos públicos tanto en la fase de instrucción como en la de resolución. Su aplicación requiere de una cierta cautela para evitar el menoscabo del principio disuasorio que preside el procedimiento sancionador de las normas de competencia. Para facilitar su aplicación la CNMC cuenta con una

Comunicación desde 2011¹⁸ que guía los criterios de aplicación y aclara los requisitos que deben cumplirse.

Puede decirse que España ha mantenido, a lo largo de la historia de su SDC, una notable coherencia entre objetivos e instrumentos. En 1963, teniendo en cuenta el desarrollo de la economía española, se opta por instrumentar solo el control y la sanción de ciertas conductas. En 1989, con una economía más desarrollada, y estando ya integrada en la actual UE, se incluye el control de concentraciones, a la vez que la Unión Europea, aunque de carácter voluntario aún. Años después, en 1999, pasa a ser obligatorio y se incorporan también funciones de promoción. En la reforma de 2007, se introducen los programas de clemencia para la lucha contra los cárteles, se posibilitan las inspecciones domiciliarias, y se incluyen las Terminaciones Convencionales. Actualmente, la mayoría de los sistemas de competencia disponen de prácticamente el mismo tipo de instrumentos.

El *control de fusiones y concentraciones* como instrumento de defensa de la competencia se introduce con posterioridad al control de las conductas en los antiguos sistemas¹⁹ y, en la actualidad, solo las jurisdicciones con tamaños de mercado muy pequeños lo han dejado al margen. Otras como Australia lo tienen con carácter voluntario. Es un instrumento de carácter permisivo y casi regulatorio que otorga a las AC la potestad de vetar aquellas operaciones que supongan distorsiones para la competencia efectiva en el mercado. En los casos que la AC plantea la prohibición, como alternativa, las partes interesadas pueden llegar a un acuerdo y obtener una autorización con el compromiso de aplicar remedios que restablezcan las condiciones de competencia en el mercado previas a la fusión. Si no se alcanza acuerdo, se llega a la prohibición. En el caso de España, existe también la posibilidad de que AC tome una decisión unilateral de autorización condicionada a la aceptación de ciertos remedios di-

¹⁸ Comunicación de 28 de septiembre de 2011 sobre Terminación Convencional de Expedientes sancionadores.

¹⁹ En EE.UU. se introduce con la Clayton Act en 1914, y en la Comisión Europea y en España en 1989. La CE lo reforma en 2004 y España en 1999 y 2007.

señados por ella. Obviamente, la no aceptación lleva al abandono de la operación y se convierte de facto en una prohibición²⁰.

El procedimiento se inicia si las operaciones de fusión superan determinados umbrales de volumen de negocios de las partes y, excepcionalmente España, Reino Unido y algún otro, aplican un doble filtro en base a las cuotas de mercado. La aplicación de este último criterio ha sido objeto de discrepancia entre jurisdicciones, principalmente en el seno de la UE. El análisis de concentraciones también ha supuesto diferencias de criterio entre EE.UU. y la UE, en especial cuando esta ha prohibido fusiones entre operadores estadounidenses que operaban en el mercado Europeo²¹.

El análisis en el ámbito del control de concentraciones en la Unión Europea ha evolucionado significativamente, como consecuencia de la incorporación de los fundamentos económicos del derecho de la competencia, guiado de manera importante por la creación y potenciación de la figura del Economista Jefe en la DGCOMP en el año 2003. Actualmente, el análisis de los posible efectos, unilaterales o coordinados, de la concentración, se basa no solo en las variaciones de los índices de concentración clásicos y la estructura del mercado post fusión, sino en las posibilidades reales de ejercer el mayor poder de mercado adquirido, recurriendo, para ello, a otros elementos como las barreras de entrada, el grado de madurez del mercado, la capacidad de innovación o las posibilidades de un ejercicio real de posición de dominio. La reforma de 2004 en el marco de la UE, con el nuevo reglamento, introdujo la prueba del “Obstaculización significativa de la competencia efectiva”, que se produciría ante la creación o reforzamiento de una posición de dominio y que, en muchos casos, su constatación requiere un análisis económico complejo. Junto al nuevo reglamento de concentraciones de 2004 la CE publicó, ese mismo año, las directrices sobre evaluación de concentraciones horizontales y en 2008 las de concentraciones no horizontales. Este

²⁰ Expediente C60/00 Endesa/Iberdola (2001). Bajo la LDC17/89 el TDC elevaba propuesta al Ministerio de Economía y este al Consejo de Ministros. En este caso aprobó la operación sujeta a una serie de condiciones que las partes rechazaron, renunciando a la operación. Y Expediente C110/08 Abertis/Axión. Bajo la LDC15/2007 la decisión compete a la Autoridad de Competencia (CNC en aquel momento) quien autorizó la operación sujeta a unas condiciones que fueron rechazadas por las partes y, en consecuencia, se produjo el abandono de la operación.

²¹ Expediente COMP/M.2220 General Electric/Honeywell, en el sector de la construcción aeronáutica.

enfoque permite un análisis dinámico de la operación de concentración frente al enfoque más estático realizado antes. La importancia de la generación de eficiencias en el marco del análisis se incorporó formalmente, pero su aplicación práctica ha sido relativamente escasa²², dada la dificultad en ciertos casos de poder acreditar de manera suficiente un hecho probable, pero a futuro y soportado en determinados supuestos de partida. En 2014, se ha publicado el Libro Blanco “Hacia un control más eficaz de las concentraciones de empresas en la UE”²³ que se centra en dos objetivos: ampliar el alcance de la aplicación del reglamento de concentraciones a las adquisiciones de participaciones minoritarias que no otorgan control, y racionalizar la transferencia de casos entre los Estados Miembros y la Comisión.

En España, el análisis de concentraciones sigue la praxis de la Comisión, a través de las comunicaciones emitidas sobre la aplicación de los distintos instrumentos. Cabe destacar la importancia de la reforma de 2007, que supuso un notable avance en términos de independencia y claridad en los objetivos de este instrumento, al otorgarle a la AC la capacidad decisoria en este campo, que hasta el momento residía en el gobierno, dado que los informes del TDC, hasta entonces, eran preceptivos pero no vinculantes. Con el objeto de preservar la decisión de la AC al ámbito estricto de la defensa de la competencia, se instrumentó la denominada tercera fase, en virtud de la cual el Gobierno, de forma motivada y transparente, podía revertir una decisión negativa de la AC basándose en objetivos de interés público, más allá de los objetivos exclusivos de defensa de la competencia. Este mecanismo ha sido utilizado una sola vez hasta el momento²⁴, argumentando razones de interés general y pluralidad informativa.

La idoneidad de los instrumentos actuales para lograr un control efectivo de las concentraciones empresariales ha sido recientemente cuestionada con el caso Facebook y WhatsApp. Ante la ausencia de un nivel de facturación de las empresas que superase los umbrales necesarios para aplicar el Reglamento de la UE para ser notificadas ante la Comisión Europea, su revisión fue debida a la existencia de países que, como España, Reino Unido, Grecia, o Malta, mantienen un doble

²² Pero no nula, COMP/M.6360 Nynas/Harburg, Decisión de 2 de septiembre de 2013, se admitieron las ganancias de eficiencias.

²³ COM (2014) 449 final

²⁴ C432/12 Antena 3/La Sexta.

nivel de umbrales (volumen de negocio y cuota de mercado) y, en consecuencia, al ser de obligada notificación, en al menos tres países, se activó el mecanismo de reenvío desde las AC nacionales a la DGCOMP²⁵.

La CE estudia ahora revisar su política de umbrales, algo que ya han hecho en Alemania, incluyendo en su normativa el control de una concentración basándose en un nuevo umbral sobre del valor de la transacción. Es un caso que ilustra la necesidad de que los instrumentos evolucionen y se adapten a los cambios que experimenta la sociedad para poder mantener la efectividad de la política de competencia.

En el ámbito de la Unión Europea, tiene especial importancia una tercera política instrumental como es el *control de las ayudas públicas*. Se trata de un instrumento creado para dar respuesta específica a un objetivo propio y distintivo de la defensa de la competencia en el marco de la creación de la Unión Europea, ya mencionado antes, como era la consecución del Mercado Único. Su finalidad es impedir que sean los propios Estados Miembros, en un intento por favorecer a sus empresas, los que distorsionen la competencia de manera desleal, facilitándoles el acceso a una financiación pública a la que el resto de competidores no tendrían acceso. Al igual que el control de concentraciones, es de naturaleza permisiva, por lo que estas deben ser comunicadas a la autoridad comunitaria. En caso de que se demuestre la incompatibilidad de las ayudas con el mercado interior, la Comisión decidirá anularlas y solicitar su reembolso, si es que la AC nacional no la había sometido ex ante a autorización. La CE, recientemente, ha publicado una Comunicación sobre el concepto de ayuda de Estado (C 262/1), cerrando la iniciativa de 2012 de modernización de las Ayudas de estado²⁶.

En los últimos años, los expedientes de ayudas públicas más notables se han instruido en base a ayudas de estado otorgadas en forma de exenciones fiscales, *Tax Ruling*. Distintos gobiernos han establecido acuerdos de exenciones o privilegios fiscales con el fin de atraer a determinadas empresas multinacionales a establecer la sede europea en sus países. El caso más reciente y conocido ha sido la solicitud de la CE, a propuesta de la Comisaria de Competencia, al gobierno

²⁵ El artículo 4.5 del Reglamento 139/2004 sobre control de concentraciones requiere que una operación que carece de dimensión comunitaria sea de obligada notificación en al menos tres EEMM.

²⁶ COM (2012) 209 final.

de Irlanda para que reclame a Apple 13.000 millones de euros en impuestos no recaudados, ya que constituirían una ayuda de estado encubierta. La aplicación de la normativa de competencia en materia de ayudas públicas no solo tiene sus efectos positivos en el mantenimiento efectivo de las condiciones de competencia de los mercados, sino que en este caso afecta también a la lucha contra la erosión de las bases fiscales de los países, como consecuencia de las situaciones de localización de las empresas y el tratamiento fiscal beneficioso del país en que se ubican. Este es especialmente importante para las empresas propietarias de las principales plataformas digitales que captan una parte importante de las transacciones comerciales internacionales, o de empresas del mundo de las TIC. El caso antes mencionado es un ejemplo, el más llamativo, pero no el único²⁷.

En España, la reforma de 2007 completó las competencias de la AC en esta materia, otorgándole la capacidad de analizar los criterios de concesión de las ayudas públicas en relación con sus posibles efectos sobre el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados y emitir informes sobre regímenes de ayudas o sobre las ayudas individuales. La AC puede también dirigirse a las Administraciones Públicas con recomendaciones para el mantenimiento de la competencia. Anualmente, debe emitir y publicar un informe sobre las ayudas públicas concedidas en España, y remitirlo a las Cortes Generales. Todas las autoridades concedentes de ayudas públicas tienen la obligación de enviar esa información a la AC.

En el ámbito de la *promoción de la competencia*, el primer instrumento empleado en España bajo la LDC1989 fueron los *informes TDC*, que desde la AC se realizaron sobre sectores o instituciones que desarrollaban conductas que siendo legales suponían una seria restricción a la competencia²⁸. El objeto era concienciar a la sociedad y a los poderes públicos de sus efectos anticompetitivos y de la necesidad de acometer las reformas necesarias para su remoción. Se acompañaban de una serie de recomendaciones al gobierno para la introducción de competencia. Con la reforma de 2007 se refuerza este instrumento. Se crea una Dirección de Promoción dentro de la nueva institución, la CNC, se amplían sus funciones consultivas y se le impone la emisión de *dictámenes sobre proyectos y*

²⁷ Starbuck en Holanda, Fiat en Luxemburgo y numerosas multinacionales, con sede en Bruselas, son otros casos sancionados por la Comisión en 2016. Los casos de Amazon y McDonald están actualmente bajo investigación.

²⁸ 1992. Informe sobre el libre ejercicio de las profesiones. Propuestas para adecuar la normativa sobre las profesiones colegiadas al régimen de libre competencia vigente en España.

proposiciones de normas que puedan afectar a la competencia y, explícitamente, se le insta a la promoción de la competencia con la realización de estudios y trabajos de investigación en materia de competencia y sobre sectores económicos, y se le encomienda dirigir propuestas a las Administraciones Públicas para modificar o suprimir las restricciones a la competencia efectiva derivadas de su actuación. En este último ámbito, se le dota de un nuevo y potente instrumento, la denominada *legitimación activa*, pudiendo desde entonces la AC impugnar ante la jurisdicción competente aquellas normas con rango inferior a ley de las que se deriven obstáculos a la competencia.

Estas competencias de promoción han sido ampliamente empleadas por la AC, quien ha emitido no solo numerosos informes sectoriales y dictámenes normativos, sino también diversas *guías* para ayudar a todos los agentes, públicos y privados, a conocer e interpretar la normativa de competencia y aplicarla en sus distintas áreas de actuación, legislativas, de asesoramiento, de impulso normativo, etc.

Más recientemente, los *programas de cumplimiento*, que se introducen voluntariamente por parte de las empresas, y que tienen por objeto prevenir y detectar a tiempo conductas ilícitas de manera interna, pueden ser un instrumento de enorme utilidad no solo para que las empresas eviten acabar en un procedimiento sancionador ante las AC, sino también para difundir una cultura pro competencia en la sociedad, que a la larga puede redundar en un mayor respeto de toda la sociedad con las normas de defensa de la competencia. Con ellos podrían reducirse los costes de investigación y resolución de las AC y el daño social y económico que estas conductas infringen al conjunto de la sociedad.

La instrumentación de *sanciones económicas*, a lo largo de los distintos SDCs actualmente en vigor, presenta diferencias sobre las que existe un debate internacional abierto que puede ser de gran utilidad para la revisión en España de este importante instrumento ICN (2017). La multa como pena por la infracción de la normativa de competencia puede tener distintos efectos: disuasorio, ejemplarizante, o de resarcimiento o restitución del daño causado. Adicionalmente, esta puede acompañarse de la imposición del cumplimiento de ciertas condiciones conductuales o incluso estructurales²⁹, o de una orden de remoción de los efectos de las prácticas sancionadas.

²⁹ Art.53.2.b) de la Ley 15/2007 de defensa de la competencia.

Si el objetivo de la sanción es la disuasión, la teoría de la sanción óptima determina que el coste para el infractor debe superar el beneficio ilícito que obtenga con la infracción y, dado que no hay certeza en que la conducta sea detectada y sancionada, la sanción óptima debería ser superior a ese beneficio ilícito de forma inversa a la probabilidad de ser sancionado (Becker, 1968). Los problemas derivados de este cálculo residen tanto en el desconocimiento habitual de cuál es el beneficio ilícito, como de la probabilidad de ser sancionado y, aún más, si ambas variables llegasen a ser conocidas, el elevado importe que resultaría podría³⁰ infringir un quebranto financiero al infractor hasta su total abandono del mercado.

Con el fin de evitar estas situaciones, indeseables también desde el punto de vista del mantenimiento de la competencia en el mercado, el legislador impone un tope máximo del 10% del volumen total de la cifra de negocios del infractor en el año previo al de imposición de la sanción. Con ello, se pretende salvaguardar la integridad y solvencia financiera del infractor tras la sanción, aunque obviamente no siempre resulte compatible con el principio de disuasión.

El legislador, tradicionalmente, ha incluido en la norma los criterios a tener en cuenta para el cálculo de la sanción pecuniaria. La dimensión y características del mercado afectado por la infracción, la cuota de mercado del infractor, el alcance de la infracción, la duración, el efecto sobre los perjudicados por la conducta, los beneficios ilícitos derivados de la infracción y otras circunstancias agravantes o atenuantes que puedan concurrir, son los actualmente contenidos en la LDC2007. Sin embargo, la cuantificación de esos criterios resulta una difícil tarea, y la fijación de las sanciones por parte de las AC ha sido, a menudo, objeto de críticas, en su mayoría por la falta de transparencia de cómo se aplicaban esos criterios y por la inseguridad jurídica que ello pudiera generar.

En aras a la transparencia y a dar respuesta a esas críticas, la CNC, siguiendo la práctica de la Comisión Europea y otras autoridades homólogas, publicó en 2009 una Comunicación sobre cómo se procedería a partir de entonces en el cálculo de las sanciones, proponiendo una fórmula y rango de valores que podrían tomar cada una de las variables que integraban dicha fórmula, siguiendo para ello el artículo 64 de la norma en vigor. Básicamente, se partía del volumen

³⁰ Por ejemplo, con una probabilidad de detección de un tercio, la cuantía de la sanción sería el triple del beneficio ilícito.

de negocios del último año en el *mercado afectado*, o de cada uno de los años si estaba disponible la información, y se le aplicaba un coeficiente por cada año de infracción, coeficiente que disminuía con el tiempo, de forma que el peso de la sanción lo formaban las facturaciones de los últimos años. Esa cifra se podía ver aumentada o reducida por los agravantes o atenuantes que se considerasen oportunos. Ese valor se sometía después a un criterio de doble límite con el fin de que la sanción final no fuese inferior al beneficio ilícito, si este era conocido, ni superior al 10%³¹ del volumen total de la cifra de negocios del año anterior al de fijación de la sanción que marca el artículo 63 de la norma.

Varias de las resoluciones de la AC, cuyas sanciones se habían calculado siguiendo la metodología desarrollada en la citada Comunicación, fueron recurridas ante la Audiencia Nacional (AN) y después ante el Tribunal Supremo (TS). Una alegación frecuente en los recursos era que el volumen de negocios que debía ser usado para el cálculo del límite del 10% como máximo debía ser solo el del mercado afectado, y no el del volumen de negocios total de la empresa. Las sentencias de la AN fueron diversas y en ocasiones contradictorias, aunque siempre con el efecto de reducir el importe de la sanción. Finalmente, el TS dictó sentencia en enero de 2015³², estableciendo que para el cálculo de la sanción debía emplearse el volumen de negocios totales, no solo el del mercado afectado, y en ningún caso aplicarle un porcentaje superior al 10%. Dicho porcentaje sería el máximo a aplicar a las infracciones muy graves y, en consecuencia, las graves y leves deberían ser sancionadas siguiendo la regla de los tres tercios. Esta estructura, que según el TS es la que se deriva de la aplicación de la norma, supone un distanciamiento total de los criterios de aplicación de la práctica europea en todas sus instancias, Comisión Europea, Tribunal General y Tribunal de Justicia de la Unión Europea, donde el 10% del volumen de negocios total es un límite máximo, que no tiene por qué guardar relación con la gravedad de la infracción, sino con la salvaguarda financiera de la sancionada. El TS concluye que la Comunicación del cálculo de las sanciones no es compatible con la LDC2007, que esta hace un seguimiento del sistema de la Unión Europea que no es conforme

³¹ En las infracciones graves el límite es del 5% y en las leves del 1%.

³² STS 112/215, en recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Nacional SAN 2876/2013 que anulaba la resolución de la CNC S/0269/10, Transitarios 2, e instaba a la CNMC a realizar un nuevo cálculo.

a derecho, y que para su aplicación sería necesario un cambio normativo que incluyera dicha metodología.

Dado que las sanciones pecuniarias, además de la dificultad y controversias sobre su cálculo, pueden que no siempre sean el instrumento más útil desde el punto de vista disuasorio, en tanto en cuanto estas se imponen a la empresa, años después de su comisión, y los responsables directos de la infracción pueden no verse penalizados de forma directa, parece oportuno plantearse otros instrumentos sancionadores. Uno de ellos puede ser la *criminalización de las conductas*, que puede dar lugar a penas de cárcel o a inhabilitaciones para el desempeño de cargos directivos a los infractores, y que pueden tener un mayor efecto que la sanción económica, al menos en los casos de cárteles. Este tipo de sanción, inviable en la mayor parte de los países de la unión europea dado el ámbito administrativo en el que se sustentan estos procedimientos, sí está presente en países anglosajones donde la jurisdicción ordinaria forma parte del sistema e impone determinadas sanciones.

Otro elemento que ha supuesto siempre una notable diferencia entre el sistema americano y el europeo, y que ha contribuido a que el nivel total sancionador en esa jurisdicción haya sido mayor que en Europa, es la aplicación privada de la defensa de la competencia, esto es, la *reclamación de daños y perjuicios* por la vía civil. La reforma de 2007 facilitó el desarrollo de estas acciones al eliminar el requisito de necesidad de una sentencia previa condenatoria de las AC, pero la realidad es que el primer caso en España en el que ha habido una sentencia de resarcimiento de daños y perjuicios por una conducta anticompetitiva, distinta de la figura de competencia desleal, fue en 2012, sobre una resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 1999, que declaraba prohibida la conducta de cártel entre los fabricantes de azúcar denunciado en 1996. Después se han seguido varias más (Marcos, 2013). La Directiva 2014/104/EU de acciones de daños por infracciones del Derecho de la Competencia acaba de ser traspuesta en España³³ con lo que, previsiblemente, se incrementarán las demandas privadas de resarcimientos de daños y perjuicios y, con ello, el importe final de las sanciones económicas resultará mucho mayor para los infractores, que se enfrentarán tanto a las multas de las AC como a las indemnizaciones por esta vía. Con la figura del resarcimiento de daños y perjuicio se puede llegar a compensar a las víctimas

³³ Real Decreto-Ley 9/2017 de 26 de mayo, Título II.

por las conductas ilícitas, algo que no se consigue mediante las sanciones de las AC. El posible efecto negativo de este nuevo instrumento es una cierta disuasión de los infractores en hacer uso del programa de clemencia, pues el beneficio de la exención que un infractor puede obtener bajo este programa, puede verse anulado por la acción privada de daños y perjuicios.

El mantenimiento de una competencia efectiva global requiere una convergencia en cuanto a las cuestiones sustantivas en la que sería de gran ayuda la homogeneidad en el uso de los instrumentos por parte de las distintas AC nacionales. Parece deseable que estas vayan incorporado a sus sistemas el uso de importantes programas que han revelado su eficacia, como es el caso de los programas de clemencia. En esa necesaria convergencia, es conveniente que, en el ámbito sancionador, las AC españolas y el legislador se planteen encontrar un procedimiento para el cálculo de sanciones en la línea de los sistemas más próximos. Además de buscar otros instrumentos sancionadores que puedan ser tanto o más eficaz que las sanciones económicas, dado que las limitaciones que presentan son, en ocasiones, difíciles de superar.

3.4. La Defensa de la Competencia en una Economía Digital

Con toda la importancia que la convergencia y homogeneización de la aplicación de la defensa de la competencia tienen para el mantenimiento de la competencia global, un reto quizás aún mayor en estos momentos procede de la irrupción de las nuevas tecnologías en la forma que los mercados tienen para aprovisionarse de bienes y servicios, generando nuevos modelos de negocios y nuevas formas de determinación de los parámetros competitivos clásicos. Los avances tecnológicos en el ámbito de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) han creado nuevas herramientas como las Plataformas Digitales o el Big Data, o han multiplicado exponencialmente la escala y el alcance de otras preexistentes, como los algoritmos, dando paso a nuevos agentes en el mercado y a modelos como los de economía colaborativa. Surgen métodos de fijación de precios infinitamente más sofisticados, donde la detección de comportamientos anticompetitivos requiere una información y conocimiento no siempre disponible en las AC. De igual manera, aparecen nuevos agentes que compiten en el mercado, pero no siempre en igualdad de condiciones.

El análisis de las Plataformas digitales, los algoritmos o el Big Data están siendo actualmente objeto de análisis desde la perspectiva de la Defensa de la Com-

petencia³⁴. Una de las cuestiones principales que preocupan es si en estos nuevos modelos de negocios las herramientas tradicionales, como las que hemos visto, van a seguir siendo útiles para el mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados, si deben ser revisadas o si, incluso, sería necesario crear nuevos instrumentos para el control y supervisión de las conductas anticompetitivas en los mercados en los que irrumpen.

El debate alcanza no solo a la validez de las herramientas existentes, sino a la idoneidad de la propia política de defensa de la competencia frente a la regulación *ex ante* de estos nuevos instrumentos. En este punto se observa una falta de consenso a nivel global, posiblemente influenciado por el hecho de que la mayor parte de la titularidad del capital de estos nuevos negocios se concentra, básicamente, en EE.UU. y en menor medida en países asiáticos, sin una presencia de Europa en el mapa de distribución de estas nuevas empresas.

La preocupación respecto a los algoritmos y los datos caen más en el lado de las conductas colusorias, aunque no solo, mientras que las plataformas digitales y el uso de los datos levantan preocupaciones más dirigidas al ámbito de las conductas unilaterales y de la regulación. Parece necesario acometer una regulación inteligente, que conjugue el impulso y la motivación de nuevos procesos de creación e innovación, con el mantenimiento de los derechos fundamentales y la igualdad de condiciones para quienes compiten en el mismo mercado. En la reunión mantenida en la OCDE (OCDE, 2017) se reflejan las distintas posturas que mantienen unas y otras jurisdicciones ante el tema planteado sobre los algoritmos y las posibilidades de colusión, en respuesta a los riesgos identificados en una reunión previa sobre el uso de los datos y los algoritmos en la fijación de precios de bienes y servicios. EE.UU. recuerda que sólo serán ilegales los acuerdos probados que afecten a la fijación de precios, pero no aquellas conductas que fijen precios de forma unilateral, aunque sea siguiendo al competidor. Y aunque, ciertamente, los algoritmos pueden ser usados para implementar un acuerdo co-

³⁴ Alemania ha acometido la novena reforma de la Ley, en abril de 2017, con el fin de adaptarse a la nueva Directiva de Daños. Y se han acometido otras reformas importantes, una con respecto a la definición de mercado y poder de mercado de cara a la digitalización, y otra para dotarle de competencias en protección del consumidor. También ha reformado los requisitos para la definición de un mercado relevante. Y las AC de Francia y Alemania han elaborado un documento conjunto sobre “Datos y Derecho de la Competencia”, publicado en 10 de mayo de 2016.

lusivo, la ilicitud vendrá del acuerdo, no del instrumento utilizado para ello. La UE, aun sin discrepar en este punto, muestra su preocupación en la medida en que este tipo de algoritmos puede facilitar que, en el contexto de acuerdos verticales, un precio recomendado por el fabricante (que no es una conducta prohibida) contribuya a que la recomendación se transforme, de facto, en una fijación de los precios de reventa (RPM, conducta ilegal). Y respecto al plano horizontal, se aprecian también posibilidades de que los algoritmos faciliten una colusión tácita, cuestionándose en esos casos cómo deberían proceder las AC. Reino Unido aporta la visión alternativa de cómo los algoritmos pueden tener efectos pro-competencia y beneficiar a los consumidores (se reducen los costes de búsqueda, se intensifica la competencia en precios, y se pueden diseñar ofertas adaptadas a los perfiles de cada consumidor), aunque también consideran el uso posible que los algoritmos pueden tener en facilitar restricciones o distorsiones de la competencia, prácticas que confunden al consumidor o socavan su confianza, o el reforzamiento de las barreras de entrada a un mercado.

En el contexto de las Plataformas Digitales la Comisión Europea, tras realizar una consulta pública, ha publicado una Comunicación sobre los Retos y las Oportunidades que presentan las plataformas digitales para Europa³⁵, recordando que estas deben someterse a las normas que rigen en la UE en el marco de la competencia y que, en un futuro, a la hora de tomar nuevas medidas en el ámbito regulatorio se aplicara el principio general de “aplicación de condiciones iguales para servicios digitales comparables con el objeto de garantizar una competencia leal y mercados abiertos y no discriminatorios en una economía basada en los datos”. Y el Parlamento Europeo, en su propuesta de Resolución sobre las plataformas en línea y el mercado único digital³⁶, llama la atención sobre la importancia de la transparencia en el uso de los algoritmos empleados en la toma de decisiones, y pide a la CE y a los EM que estudien el posible error y sesgo en su uso. Además, este tipo de infraestructuras, de mercados bilaterales o de más lados, en los que están presentes los efectos de red indirectos, tienden a alcanzar unos niveles de concentración susceptibles de dotarles de una posición de dominio que puede usarse tanto en términos de exclusión, vetando o expulsando a algunos vendedores o compradores, como en términos precios abusivos,

³⁵ Comisión Europea (2016) COM(2016)0288.

³⁶ Parlamento Europeo (2017) (2016/2276 (INI)).

aplicando tarifas de uso excesivas. No solo el uso de las plataformas puede reducirse a crear un espacio de mercado donde se encuentran los oferentes y los demandantes, sino que puede generarse una integración vertical de actividades en el momento en el que la plataforma actúe como proveedor de los servicios que le demandan sus clientes, y no solo como medio intermediario de la transacción. Ello puede generar eficiencias, pero como en toda integración vertical puede también generar efectos de cierre anticompetitivos de los mercados.

En resumen, las AC deben estar al tanto de los posibles efectos anticompetitivos que pueden derivarse de la transformación digital en marcha y adaptar sus instrumentos a la realidad de la misma con el fin de mantener su efectividad como política pública.

4. DISEÑO INSTITUCIONAL

La preocupación por determinar los objetivos adecuados de una política de defensa de la competencia y las cuestiones sustantivas de esta materia ha ocupado, tradicionalmente, la mayor parte del debate en este ámbito. Sin embargo, motivado quizás por la cuantiosa aparición de nuevas instituciones en los últimos años, y la diversidad de sus modelos institucionales (Fox y Trebilcock, 2013), existe un interés creciente por la importancia que el diseño institucional ejerce sobre los resultados finales. Las diferencias procedimentales e institucionales pueden dar lugar a resultados distintos incluso con similares mandatos normativos, lo que revela que tan importante es especificar “qué hacer” como el “cómo hacerlo”. La necesaria convergencia en las cuestiones sustantivas y en los instrumentos como forma de contribuir al mantenimiento de una competencia global efectiva alcanza pues, también, al diseño institucional. Y este puede abordarse desde, al menos, una doble perspectiva: su ámbito de aplicación, que fija cuáles son las áreas competenciales asignadas, y su modelo ejecutivo, que determina cómo se asignan las competencias de instrucción y resolución.

4.1. Las funciones

Atendiendo a sus *funciones*, la comparativa internacional de las agencias de competencia permite identificar que a pesar de la idea preconcebida, y probablemente inducida por el nombre de las propias instituciones, estas no siempre se centran en una única función de defensa de la competencia, con frecuencia integran más funciones, tales como las de defensa del consumidor, o de regula-

ción sectorial, y recientemente gran parte de las reformas institucionales se han basado en la integración varias de ellas. Nos encontramos pues con una variada tipología de agencias, que en base a sus funciones podemos clasificarlos en unifuncionales o multifuncionales.

El origen de esta tipología es diverso. Algunas agencias nacen desde un comienzo como instituciones multifuncionales, como el caso de INDECOPI en Perú³⁷. Otras se van integrando por aluvión, otorgándole funciones de nueva regulación a instituciones en funcionamiento, como la AC holandesa (NMa)³⁸, o la Comisión de Competencia de Nueva Zelanda³⁹. La FTC norteamericana está asumiendo un papel destacado en la protección y privacidad de datos, además de sus clásicos roles de defensa de la competencia y defensa del consumidor (Kovacic, 2013). Y otras se forman mediante la integración de algunas o todas las instituciones existentes en ese momento, como la CNMC en España. Actualmente, existe una cierta tendencia a integrar y fusionar instituciones, bajo argumentos como el ahorro de costes, una mayor coordinación entre áreas que están interrelacionadas, la búsqueda de sinergias o una mayor eficiencia. Las restricciones presupuestarias derivadas de la reciente crisis se han presentado como la justificación de decisiones que en muchos casos son fundamentalmente políticas, que en general carecen de análisis de impacto previo sobre la política de defensa de competencia, y que son, por tanto, experimentales (Cseres, 2013). Algunos países, tras estudiar posibles fusiones, han abandonado la idea, como el caso de Brasil, y otros como Japón e Islandia han separado las funciones de defensa de la competencia de las de consumo. Las integraciones más frecuentes se han producido entre consumo y competencia, como el caso de Reino Unido en 2014.

En el ámbito europeo, y especialmente en España, las instituciones han sido tradicionalmente diseñadas para albergar una única función principal, ya sea de

³⁷ Fue creado en 1992, con competencias en Defensa de la Competencia, protección del consumidor, propiedad intelectual y procedimientos concursales.

³⁸ Ottow (2014). La NMa se crea en 1998 con funciones solo de defensa de la competencia. Ese mismo año se creaba también la autoridad de regulación de energía, que poco después transferida a la NMa, aunque seguía actuando de forma bastante independientes. En 2004, se le transfirieron también las funciones de la *Transport Chamber* que supervisaba los servicios de transporte de ferrocarril, aeroportuarios y transporte público.

³⁹ En 1986 solo tenía funciones de Defensa de la Competencia y del Consumo. Con el tiempo se fueron añadiendo funciones regulatorias.

defensa de la competencia, de defensa del consumidor, o de regulación de un sector en concreto. Actualmente, conviven en el marco de la Unión Europea instituciones de todos los tipos, siendo las mayoritarias aquellas que básicamente solo tienen como función la defensa de la competencia, seguidas por las que integran defensa de la competencia y defensa del consumidor. Y, en minoría, las que integran defensa de la competencia y regulación sectorial y las que integran las tres áreas. En 2013, se produjo en Holanda la integración prevista desde 2011 de fusionar tres autoridades, la de defensa de la competencia, donde ya estaban asignadas las competencias de regulación energética, la de consumo y la de regulación de telecomunicaciones y postal. Ese mismo año, en España, se acometía la fusión de las instituciones de defensa de la competencia y de las principales áreas de regulación sectorial: energía, telecomunicaciones, transporte aéreo y ferrocarril, y servicios postales, dando lugar a la actual CNMC.

Cuadro 1. Autoridades multifuncionales

País	Defensa Consumidor	Defensa de la Competencia	Regulación Energía	Regulación Transporte y Postal	Regulación Telecomunicaciones
Australia	ACCC				
Nueva Zelanda	NZCC				
Holanda	ACM (2013)				
España		CNMC (2013)			
Estonia		ECA(2008)*			
Alemania	Bundeskartellamt (2017)		BNetzA		
Dinamarca	KFST (2010)(**)				
EE.UU.	FTC (1938)				
Finlandia	KKV (2013)				
Irlanda	CCPC (TCA+NCA)(2014)				
Korea	KFTC (2008)				
Polonia	UOKIK				
Reino Unido	CMA (2014)				

(Año de integración de funciones): * En 2014 se separa Telecomunicaciones; (**) En 2010 se separa Energía.

Fuente: OCDE y webs institucionales.

Todos los modelos institucionales presentan pros y contras, y unos y otras dependerán a su vez de la estructura orgánica de distribución de competencias particular de cada país, de la trayectoria de cada una de las instituciones y de los criterios políticos en el momento de la toma de decisión.

La *integración de defensa de la competencia y consumo* ha sido defendida por las instituciones americanas (Muri, 2002), basándose en su propia experiencia y en la complementariedad que existe entre ambas dado el objetivo común de mejorar el bienestar del consumidor. En la UE las instituciones que la han llevado a cabo revelan un balance positivo de su experiencia (OCDE, 2015). Además de la complementariedad de sus objetivos que puede suponer un refuerzo mutuo, con una integración de estas funciones también se obtiene una visión completa de los mercados, desde la demanda y desde la oferta, se dispone de un mayor número de instrumentos para investigar, instruir y dar solución a los problemas y facilita la identificación y resolución de potenciales conflictos entre las dos áreas. Puede haber ganancias de eficiencia al compartir servicios generales de gestión y recursos productivos (estructuras TIC, instrumentos de investigación, mayor concentración de conocimiento y expertise, etc.). Una institución de mayor alcance ofrece más oportunidades de desarrollo profesional, lo que puede facilitar la captación de talento al aumentar su atractivo. En general, las instituciones de defensa del consumidor suelen suscitar las simpatías de la población y dado que su labor es más fácil de identificar, las autoridades de defensa de la competencia pueden beneficiarse de esa mayor aceptación y suavizar la posible imagen de mayor dureza. Igualmente, la institución de la defensa del consumidor puede beneficiarse del mayor peso y capacidad de actuación que en general tienen las autoridades de defensa de la competencia, potenciándose sus propias competencias.

También se identifican riesgos, como la dificultad de priorizar, la posible pérdida de identidad de aquella actividad cuyo peso específico en la resultante sea menor, los problemas derivados de integrar instituciones con distintos procedimientos, distintas culturas, distintas capacidades y distintos niveles salariales. Y un riesgo importante, en el corto y el medio plazo, es la posible pérdida tanto de productividad como de personal competente que se genera desde el momento en que comienzan los rumores de cambios, debido al nivel de incertidumbre que se produce en las instituciones afectadas, y que puede generar un proceso de búsqueda de nuevas oportunidades fuera de las instituciones.

Por último, las motivaciones para la separación de funciones en el año 2009 de Japón, que las ha tenido integradas durante mucho tiempo, fue la de ganar efectividad en la protección del consumidor. Por el contrario, en el caso de Islandia, fue la de fortalecer la política de defensa de la competencia y la efectividad de la autoridad de competencia. Existen dificultades para encontrar el equilibrio de poderes entre ambas políticas, y el riesgo de que una de ellas avance en detrimento de la otra (Fels y Ergas, 2014).

Por último, entre las ventajas que fundamentan su fusión está la reducción del riesgo de captura del regulador, dada la amplitud de sectores que abarca, la mejora en la coordinación y la fijación de prioridades que reduce las posibles controversias entre las decisiones de las instituciones, y el ahorro de costes de la gestión común y la mayor eficiencia que se genera. Igualmente, se citan la mejora de la calidad de las decisiones al contar ahora con un conocimiento técnico especializado mayor, y el mayor atractivo que despliegan a la hora de atraer y retener talento. Existen sinergias entre las materias y, por tanto, se puede aprovechar mejor el conocimiento de ambas instituciones para la toma de una decisión única, lo que puede contribuir a una mejora de la seguridad jurídica. Estas sinergias serán tanto mayores cuanto mayor complementariedad presenten las funciones que se integran, como es el caso de la defensa de la competencia y del consumidor (Kovacic y Hyman, 2012).

En jurisdicciones donde los recursos, tanto de capital como de conocimiento, son escasos puede resultar estratégico la concentración de funciones en una sola institución, ya que eso permite concentrar las capacidades humanas, económicas, y de representatividad y obtener un poder y una visibilidad mayores, creando así una marca apreciable por la población, como pudo ser el caso de INDECOPI en Perú en los años noventa. No obstante, esa misma escasez, y si las disciplinas tienen poca complementariedad o son excesivas (competencia, consumo, protección de datos, supervisión sectorial) podría dificultar la especialización y el conocimiento profundo de cada uno de los temas.

Varios de los riesgos que se apuntan coinciden con los ya señalados en la fusión de defensa de la competencia y consumo y que apuntan a diferencias en los objetivos, que dificultan la integración y la priorización; en los procedimientos, unos de tipo normativo y otros de tipo sancionador; de cultura; de remuneración; y de creación de murallas chinas por confidencialidades. La existencia de multiobjetivos dificulta la identificación de las prioridades y del objetivo prin-

cial. La regulación requiere en ocasiones una estrecha cooperación con las autoridades gubernamentales, pudiéndose crear un conflicto de intereses. Otras dificultades pueden venir de la distinta naturaleza de las instituciones, unas de actuación proscriptora o de regulación *ex ante*, que dicta normas de conducta, y la otra de actuación proscriptora o de intervención *ex post*, que dicta resoluciones de sanción, o de la poca integración que suponen las actividades de regulación técnica que no están en relación con la defensa de la competencia. Existe también el riesgo de sesgo hacia uno de los objetivos frente al resto, y que puede producirse hacia las funciones más fáciles de desempeñar, o cuyos resultados sean más fáciles de medir (Biber, 2009). O por un exceso de obligaciones, que impide conocer en profundidad cuestiones que requieren, a menudo, una significativa complejidad técnica.

También existen casos en los que ha habido una separación de funciones de competencia y de regulación, como Dinamarca, que en 2010 separó de la institución las funciones de regulación del sector energético. Estonia hizo lo mismo en 2014 con las telecomunicaciones. México ha otorgado poderes de investigación y sanción y de autorización en caso de fusiones a la Autoridad de regulación de telecomunicaciones, basándose en la persistente y elevada concentración de este sector. Y en Australia, está abierto el debate sobre la conveniencia de separar las funciones de regulación y de defensa de la competencia con el argumento de la diferencia de culturas entre ambas disciplinas, aunque la ACCC defiende que existen más beneficios que desventajas de mantener integradas estas funciones.

Alternativamente a la integración de funciones de defensa de la competencia y regulación bajo una misma autoridad, otros modelos han optado no solo por establecer protocolos de cooperación, sino por compartir funciones, y en concreto, dotar a las autoridades de regulación de competencias en la aplicación de las normas de defensa de la competencia, como es el caso de Reino Unido. La autoridad de competencia emite anualmente un informe sobre los sectores regulados y se ha creado una red de competencia, UKCN, que reúne regularmente a la CMA con las Autoridades de Regulación.

En España, a pesar de la reciente reforma de 2013, integrando la defensa de la competencia y los reguladores sectoriales, en marzo de 2017, el Ministerio de Economía ha hecho pública una consulta sobre “la racionalización y ordenación de los organismos supervisores de los mercados y para la mejora de su

gobernanza”⁴⁰. Se trata de un proyecto que afecta también al ámbito financiero, y en él se propone separar la CNMC en dos instituciones independientes, donde las labores de la defensa de la Competencia se concentrarían en una Autoridad Administrativa Independiente de Competencia, y las funciones de regulación en una Autoridad Administrativa Independiente de Supervisión y Regulación de los Mercados. El proyecto supone también la creación de otras dos instituciones, la Autoridad Administrativa Independiente de Seguros y Planes de Pensiones y la Autoridad Administrativa independiente de protección de los Usuarios de Servicios Financieros y de los Inversores Financieros.

Las motivaciones que aparecen en el documento de consulta pública para acometer este nuevo cambio es la existencia de “un contexto económico en el que la estructura de los mercados y de las prácticas mercantiles están en cambio permanente” y, en consecuencia, “resulta oportuno reordenar el sistema institucional de defensa de la competencia, así como de la supervisión y la regulación en el ámbito económico y financiero”. El proyecto de reforma se hace público en marzo de 2017, poco más de tres años después de que la CNMC comenzara su andadura en octubre de 2013. Su origen está en el pacto político alcanzado entre el partido en el gobierno y uno de los partidos de la oposición para garantizar la investidura del actual presidente del gobierno después de una segunda convocatoria de elecciones en un año y medio. Los cambios de 2013 recibieron críticas sustantivas por aquellos que consideraban que la integración de estas instituciones no era deseable desde un punto de vista de mejora de los resultados, que no serviría para evitar las disputas por diferencia de criterios que se alegaba que habían existido en el pasado cuando, además, apenas se habían producido estas, que se dificultaría la resolución por consenso no mejorando con ello la seguridad jurídica, y que el ahorro de costes que entonces se argumentaba era cuestionable. Pero con todas esas críticas, la mayor de ellas se refirió al procedimiento empleado, denunciando la falta de análisis, debate y consenso que sí había acompañado la reforma institucional precedente de 2007, cuando tras dos años de debate, después de la publicación en 2005 de un libro blanco, y con la participación de toda la sociedad interesada, el Parlamento aprobó, por unanimidad, la integración del Servicio de Defensa de la Competencia y el Tribunal de Defensa de la Competencia.

⁴⁰ www.mineco.gob.es/stfls/mineco/economia/ficheros/pdf/170301_consulta_publica_AAI.pdf.

Esta misma crítica es aplicable al proyecto que ahora se plantea. El actual documento de la consulta pública no permite conocer los términos en los que se va a proceder a la disgregación de la CNMC, qué competencias exactamente caerán en una u otra institución, como se va a estructurar el organismo que recibe las competencias regulatorias de distintos sectores, qué mecanismos de coordinación institucional se ven necesarios para mantener las sinergias que se hayan podido crear, qué grado de vinculación debe tener esa coordinación, etc. Tampoco se conoce, al menos en estos momentos, si existe una evaluación de los años de funcionamiento de la CNMC que permita identificar las bondades y dificultades que se hayan generado con esta nueva institución, y que permitirían opinar, de manera fundamentada, si la separación que ahora se plantea serviría para resolver los problemas identificados en dicha evaluación, y guiar así el nuevo diseño. Que el motivo responda a un acuerdo político no es óbice para no comenzar por hacer una evaluación de la experiencia que ha resultado de la integración, que identifique las bondades del modelo, sus dificultades, y permita fundamentar propuestas que permitan el mantenimiento de las eficiencias y sinergias logradas, y subsanar las deficiencias detectadas, contando en ese proceso con todos los protagonistas que han llevado a cabo la implementación del nuevo modelo. Sirva como ejemplo el proceso de reforma de la nueva institución holandesa, la ACM, siguiendo los siete criterios recogidos en Kovacic y Hyman (2013). Estos son: *Coherencia*, ¿son todos los objetivos y funciones consistentes o presentan posibles conflictos a la hora de su consecución? A mayor complementariedad entre los objetivos mayor probabilidad de obtener sinergias en su integración; *Credibilidad*, ¿es razonable pensar que pueden lograrse todos los objetivos asignados a una única institución con los instrumentos que se ponen a su disposición?, ¿se cuenta con elementos suficientes para confiar en la independencia de la institución?; *Capacidad*, ¿dispone la institución de recursos suficientes para la tarea encomendada, o esta sobrecargada en sus funciones?; *Resiliencia*, ¿puede adaptarse la institución a los cambios rápidos en el entorno en que operan, o está constreñida por las competencias legales asignadas?; *Cohesión interna*, ¿están los distintos departamentos diseñados para no generar disfunciones ni tensiones evitables?; *Efectos colaterales en el ecosistema regulatorio*, ¿puede suponer la creación de la nueva institución, o sus funciones añadidas, un elemento de distorsión en el sector que dificulte otras funciones regulatorias?; *Consenso político y social*, ¿cuenta la reforma con suficientes apoyos políticos y sociales

para que pueda implementarse con éxito?. De todos ellos, la coherencia, capacidad y apoyo político pueden resultar imprescindibles si se quiere apostar por alcanzar el éxito.

Tenemos ahora el reto de una nueva reforma institucional. Sabiendo la importancia que el proceso de diseño de la institución tiene en los resultados, podría servirnos de base para acometer los cambios de la CNMC actual el procedimiento seguido para la integración de la NMa holandesa con la autoridad de telecomunicaciones y postal (OPTA) y la autoridad del consumidor (CA). Ante la falta de conocimiento previo, y de experiencias internacionales sobre las que inspirarse en materia de procesos, optaron por seguir la abundante literatura existente sobre el diseño institucional y sus dificultades, y pensar en un diseño que superase las dificultades que la teoría señalaba, en especial en Hyman y Kovacic (2013) (Otow, 2014). La primera decisión ministerial fue que los consejos de las tres instituciones participaran activamente en el proyecto y lo implementasen. Se formó un equipo con participación de todos los departamentos para diseñar la estrategia de la ACM, que fue el elemento central y clave en el proceso de integración. Todos los miembros de todas las instituciones, incluidos los consejos, sabían que cesarían en sus funciones y deberían concurrir a los nuevos puestos que se crearían (solo el 30% de los puestos fueron ocupados por los mismos trabajadores). La ACM, actualmente, tiene 600 empleados y un consejo ejecutivo formado por tres miembros que decide de forma colegiada. Al igual que con la CNMC, se trataba exclusivamente de diseñar la nueva institución, no de modificar sus mandatos ni sus competencias. Ottow (2014) revela que se trató de una fusión de instituciones muy pensada, debatida y contrastada, cuyo resultado parece ser una nueva institución que no ha sido solo la agregación de las partes. Se trata ahora de ver los resultados y testar un proceso que, aparentemente, fue estructurado y construido sobre la reflexión, el conocimiento y la experiencia.

En el caso de España, no parece que los resultados en materia de defensa de la competencia y de regulación derivados hasta ahora de la nueva estructura de la CNMC pueda justificar la urgencia de abordar una reforma de hondo calado, que la disgrega y crea dos nuevas instituciones, sin que medie un proceso de evaluación que permita una reflexión y debate para definir el mejor diseño institucional que se adapte a nuestras necesidades como país y aproveche la experiencia de estos últimos años de la CNMC y sus protagonistas.

4.2. La naturaleza del procedimiento

Un segundo elemento que caracteriza el modelo institucional es la naturaleza del procedimiento de resolución en primera instancia, administrativo o judicial. La combinación de las distintas fases en las que se organiza la resolución completa de un caso: instrucción o investigación; resolución, o toma de decisión en primera fase; y revisión, recurso o apelación, genera una amplia tipología de modelos. Son muchas las posibilidades de combinar estas funciones con las AC, de naturaleza administrativa, y con las autoridades judiciales, comunes o especializadas, dando como resultado sistemas de defensa de la competencia muy diversos entre las jurisdicciones. Todos tienen sus pros y contras, siendo de competencia parlamentaria la elección de uno u otro.

Se puede hablar de hasta cuatro modelos básicos:

- *Modelo judicial*, es un modelo de doble institución. Un órgano administrativo instruye y eleva propuesta a un órgano judicial común independiente, como es el caso del DoJ de EE.UU., y en algunos ámbitos, Nueva Zelanda y Australia. En países de la UE como Austria, Estonia, Irlanda o Suecia las imputaciones criminales se determinan ante una instancia judicial, y en Dinamarca y Finlandia son las que pueden imponer las sanciones pecuniarias.
- *Modelo administrativo agencia especializado*, también de doble institución. La diferencia es que el caso se eleva a un tribunal administrativo especializado, como sucede en Chile y en Canadá, y en Australia para algunas competencias. Hasta la reforma de 2007, España presentaba también este modelo. Actualmente, también Sudáfrica, aunque previamente era un modelo integrado.
- *Modelo administrativo agencia integrado*, de única institución. En la misma se realizan la investigación y la resolución, pero hay una separación total entre ambas fases, como en España actualmente, Francia, y Reino Unido⁴¹, o al menos las distintas fases las realizan departamentos distintos de la institución, como en Holanda. También en Nueva Zelanda y Australia para ciertas competencias.

⁴¹ Anteriormente, estas funciones se desempeñaban en instituciones administrativas separadas, dando lugar a un modelo administrativo dual.

- *Modelo administrativo agencia único*, de única institución y sin separación entre la instrucción y la resolución, como en el caso de Alemania, o de la UE.⁴²

En varios países convive más de un modelo, pues dependiendo de la naturaleza de la decisión, si es sancionadora o de autorización, o el tipo de sanción que se impone, la competencia puede residir en una u otra institución.

Cuadro 2. Modelos institucionales: administrativos, judiciales, únicos o integrados

Modelo	Alemania	Austria	Bélgica	Dinamarca	España	Francia	Holanda	Irlanda	Italia	Polonia	Portugal	Reino Unido	Suecia	Union Europea	EEUU	Australia	Nueva Zelanda	Canadá
Judicial		X						X					X		X	X	X	X
Administrativo Agencia Especializado																X		X
Administrativo Agencia Integrado		X	X	X	X	X					X					X		X
Administrativo Agencia Unico	X						X		X	X		X		X				

Fuente: OCDE (2011), webs institucionales, Fox y Trebilcock (2013)

Una cuestión que condiciona el modelo básico es si se trata de casos civiles o penales, al requerir las sanciones penales una resolución judicial, no administrativa. O si conviven en el mismo sistema más de una institución, como es el caso de EE.UU. con la FTC y el DoJ.

El debate que subyace en torno a estos modelos es cómo afectan a la separación entre instrucción y resolución. Dado que el modelo judicial mantiene

⁴² Fox y Trebilcock (2012) clasifican en Bifurcated Judicial Model, cuando la instrucción de la AC se eleva a resolución de los tribunales ordinarios (DoJ en EE.UU.); Bifurcated Agency/Tribunal Model, instruye la agencia y eleva el caso a un tribunal especializado; y el Integrated Agency Model, cuando el órgano resolutorio se integra con el instructor.

ambas funciones en instituciones separadas, este otorgaría una mayor garantía del cumplimiento del principio de separación entre el juez y la parte, invistiendo al sistema de una apariencia de mayor imparcialidad. Sin embargo, y aunque esta separación es propia del modelo judicial, no es exclusiva. España, que tiene un modelo administrativo donde la resolución en primera instancia siempre ha sido dictada por un órgano administrativo, aunque se llamase Tribunal, ha mantenido, y mantiene, separadas estas dos funciones, aunque actualmente se hayan integrado bajo la CNC primero, y la CNMC actualmente.

Algunas voces defensoras de los modelos judiciales frente a los administrativos argumentan que la separación de la instrucción y la resolución otorgan mayores garantías de imparcialidad. Sin embargo, el hecho de que las decisiones administrativas de estas instituciones se sometan, rigurosamente, a la revisión jurisdiccional ordinaria, pudiéndose llegar incluso a apelar ante el respectivo Tribunal Supremo, es suficiente para mantener las garantías del derecho a un juicio justo de las partes, al menos en el contexto de aquellos países adheridos a la Convención Europea de los Derechos Humanos (Jenny, 2016).

Otras ventajas que se le atribuyen al modelo judicial es una mayor transparencia en el procedimiento resolutorio, un menor riesgo de arrastrar en la resolución los sesgos que puedan albergar las propuestas de resolución del órgano instructor, y un procedimiento revisor más corto. No parece que exista, sin embargo, nada que impida que una institución administrativa adopte las mejores prácticas en términos procedimentales y de transparencia. De hecho, al menos en el procedimiento administrativo establecido en la normativa española para la instrucción y resolución de los casos, no solo se garantiza la separación total entre la instrucción y la resolución, sino que se establecen instrumentos, plazos e instancias suficientes como para cumplir con los mismos estándares de garantías procedimentales y de transparencia que los órganos judiciales.

Entre los inconvenientes posibles de un sistema con total separación de instrucción y resolución está la menor capacidad de investigación propia del órgano resolutorio que puede hacerle más dependiente de la investigación precedente y, por tanto, heredar sus sesgos. Además de los pocos grados de libertad que tiene cuando se encuentra con una instrucción defectuosa o incompleta, o con la ausencia de imputaciones suficientes, a su juicio, en el Pliego de Cargos. En estos casos solo cabe la devolución del caso a la instancia instructora para que

complete la investigación, con el consiguiente e indeseable alargamiento de los periodos totales de resolución.

Los modelos administrativos presentarían la ventaja de albergar una mayor especialización en las materias sometidas a su juicio y, por tanto, un mayor conocimiento para valorar las cuestiones sustantivas del caso. De igual forma, los plazos de los procedimientos administrativos pueden ser más cortos, algo que puede ser muy efectivo en una materia que trata con comportamientos en los mercados que requieren, en la mayoría de los casos, intervenciones muy rápidas para frenar conductas con importantes perjuicios económicos para terceros, de difícil restitución a posteriori.

Los modelos judiciales, al menos en Europa, son minoritarios, y en general se circunscriben a resoluciones donde de la conducta infractora se derivan sanciones penales, aunque no siempre. La mayoría de las jurisdicciones adoptan un modelo administrativo, aunque con diferencias importantes en cuanto al nivel de separación entre la institución que instruye y la que resuelve.

En España, modelo administrativo desde su inicio, el sistema está diseñado para que la separación sea completa, algo que no ha cambiado con la integración en 2007 de ambos órganos de instrucción y resolución en la misma institución. Esta reforma lo que en realidad supuso fue la independencia del órgano instructor, antes dependiente orgánica y funcionalmente del Ministerio de Economía, y la compartición de los servicios jurídicos y generales de ambas instituciones. La decisión de incoación de un procedimiento sancionador, sigue siendo una competencia del Director de investigación, quien designa a un instructor encargado del caso, sin que en ningún momento el órgano de resolución, en este caso el Consejo de la CNMC, tenga acceso al expediente ni pueda interferir en su marcha. Una vez que el expediente se eleva al Consejo, se designa ponente a uno de sus miembros, sin que el instructor del caso tenga capacidad de influir en modo alguno al ponente, ni tampoco al Consejo. Este modelo adolece de algunas de las dificultades antes señaladas como es el sometimiento a los estrictos límites marcados en el Pliego de Cargos, sin que desde el Consejo pueda ampliarse la imputación a nuevas conductas ni a nuevos responsables. Cabe un cambio en la calificación jurídica de la infracción, con posibilidad de alegaciones, o en el alcance de la conducta, pero apenas nada más. Cualquier consideración por parte del Consejo sobre ausencias en la imputación, aunque se considere que hay hechos acreditados para ello, debe volver a la

fase de instrucción para que valoren si, en efecto, cabría una valoración distinta a la inicial. Respecto al procedimiento, este está dotado de suficientes instrumentos para garantizar un proceso justo. Se cuenta con el derecho de las partes a la presentación de alegaciones durante todo el procedimiento, la solicitud de nuevas pruebas en la fase ante el Consejo, la celebración de vista oral ante el Consejo, y el derecho a recurso al Consejo frente a la negativa de la instrucción a atender determinadas solicitudes de prueba. Por último, la resolución se dicta en órgano colegiado, con las garantías que ello supone en cuanto a diversidad de conocimientos, de juicio, y de resolución por mayoría. Este sistema ha permitido que los plazos totales del procedimiento, que inicialmente carecían de límites, se hayan reducido hasta los 18 meses actuales, repartidos generalmente en 12 meses de instrucción y 6 meses de resolución. Lo que claramente supone una mayor eficiencia en las actuaciones de la CNMC, y que no sería de aplicación en un modelo judicial.

4.3. La revisión jurisdiccional

La revisión jurisdiccional presenta diferencias entre jurisdicciones, no tanto en cuanto a las instancias de apelación, en España cabe recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional y de casación ante el Tribunal Supremo (aunque con restricciones)⁴³, como en el alcance de la revisión, si se revisa *ex novo*, se revisa la acreditación de los hechos, el fundamento jurídico o la jurisprudencia (Fox y Trebilcock, 2013).

La aplicación del proceso revisor en los términos actuales se enfrenta a dos retos que afectan a la eficacia del SDC, como son, los *elevados tiempos de resolución* que conllevan los procesos de apelación, y la *carencia de especialización* que, en general, tienen estos órganos revisores y que a menudo se traduce en una apreciación divergente del objeto del caso. Las causas de esta divergencia suelen derivarse más de la falta de conocimiento experto sobre el efecto anti-competitivo de los comportamientos analizados y sus resultados en términos de la defensa del bienestar del consumidor, que de una corrección de errores que supongan un incumplimiento de las garantías procesales. La magnitud de estos retos dependerá del alcance de la revisión. Ambos deben conciliarse a su vez con

⁴³ Existe un límite inferior en la cuantía de las sanciones para presentar recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

el mantenimiento de las garantías al derecho de defensa y su contribución a la seguridad jurídica.

Demoras excesivas implican que las resoluciones firmes pueden llegar demasiado tarde, cuando ya no es posible reparar el daño, o hacer efectivas las sanciones. En aras a garantizar el derecho de defensa, el sistema de apelaciones que se diseñe dependerá del sistema previo de instrucción y resolución. En principio, sistemas que descansan en fases de instrucción potencialmente poco dotadas, o integradas sin separación funcional en los órganos de resolución, pueden justificar fases de apelación con un mayor número de instancias de recurso y con procesos de revisión de mayor alcance. En estos casos pueden requerirse, en efecto, revisiones incluso de los hechos acreditados, y en aras a la eficiencia, puede estar igualmente justificado que en lugar de devolver el caso a la primera instancia, sea el tribunal de apelación el que realice esa segunda instrucción. Por el contrario, sistemas con altas garantías procesales, con un procedimiento reglado en el que se posibilita la réplica mediante alegaciones de las partes, con una instrucción independiente del poder político y separada completamente del órgano resolutorio, con órganos resolutorios colegiados y de experiencia contrastada en la materia, y con plazos largos para esta primera instancia, parece lógico que se pudieran limitar las instancias revisoras y el alcance de la revisión.

En España el sistema disfruta, en la fase de primera instancia, de todas las garantías antes citadas, y aun así puede presentarse apelación ante la Audiencia Nacional y ante el Tribunal Supremo después. El resultado es que ciertos casos se alargan varios años antes de tener una resolución firme⁴⁴.

Respecto a la apreciación correcta del objeto del caso, las revisiones suelen recaer sobre instancias judiciales que no tienen asegurada una especialización en la materia de defensa de la competencia como la que, en media, mantienen las autoridades a las que revisan. Esto lleva a anular resoluciones de la autoridad de competencia, que más tarde, previo recurso de casación son confir-

⁴⁴ La reciente resolución del TS de 24 de febrero de 2017 confirma, cinco años después, una sanción de la CNC de 19 de diciembre de 2011 (Expediente s/0208/09), que ya había sido confirmada por la Audiencia Nacional el 13 de noviembre de 2013. El 30 de enero de 2012 el TS confirmaba sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de julio de 2009 que, a su vez, confirmaba la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 8 de marzo del 2007 (Exp 601/05).

madras por el Tribunal Supremo, habiéndose perdido un tiempo considerable en apelaciones⁴⁵ y generado una notable confusión que dificulta el normal desarrollo de un SDC. La necesaria e imprescindible revisión de las resoluciones de las AC, por órganos superiores, debe procurarse de forma que las diferencias vengan motivadas por la aplicación de un criterio mejor formado en lo sustantivo, no por la ausencia de conocimientos específicos en la materia. Las conductas que se analizan con frecuencia responden a un incentivo de maximización de beneficios cuyos efectos, en términos de perjuicio al bienestar del consumidor no siempre son fáciles de identificar, requiriendo el apoyo de modelos económicos, análisis estadísticos y estimaciones econométricas de cierta complejidad para las que el conocimiento profundo, o al menos el asesoramiento de un especialista, resultan imprescindibles.

Peter Freeman, Presidente de la Comisión de Competencia de Reino Unido de 2006 a 2011, y vicepresidente desde 2003, sintetiza en cuatro las razones a favor de crear Tribunales especializados en competencia (Freeman, 2013). La primera reside en la diferencia fundamental de una norma de competencia, cuya identidad descansa en la teoría económica y, por tanto, sin el conocimiento suficiente para entender los argumentos y las pruebas económicas, no es posible fundamentar una resolución de competencia. La segunda está en que un conocimiento profundo del SDC permite contextualizar el análisis concreto de un caso y valorar el efecto de su decisión sobre el conjunto del sistema. En tercer lugar, el conocimiento puede permitirle analizar y evaluar las resoluciones sometidas a su juicio más rápidamente, al ser conceptos sobre los que ya se han pronunciado previamente en múltiples ocasiones. Y en cuarto lugar, se refiere a la mayor flexibilidad que puede aplicar a los procedimientos para, en base a su experiencia, conciliar evidencias económicas aparentemente contradictorias con otros casos.

Las encuestas e informes de los grupos de trabajo de la ICN revelan esta ausencia de conocimiento suficiente tanto en el ámbito de la economía como de

⁴⁵ Ver Marcos (2016). La resolución de la CNC S/0037/08 Compañías de Seguro Decenal, dictada en 2009, fue apelada ante la AN por los seis sancionados, dando lugar en 2012 y 2013 a seis sentencias que con distinta fundamentación anulaban todas ellas la resolución de instancia, por considerar que la conducta no era un cártel prohibido por el artículo 1 LDC2007 y artículo 101 TFUE. En Sentencias del TS de 2015 se anulan la mayoría de las Sentencias de la AN ante la constatación de la existencia de conducta prohibida.

la defensa de la competencia (ICN, 2015). Sería pues deseable que, en ausencia de tribunales revisores especializados, los órganos superiores, como la Audiencia Nacional o el Tribunal Supremo, se dotasen al menos de equipos de trabajo especializados que puedan abordar, en términos de defensa de la competencia, el análisis de mercados de bienes y servicios que resultan, con frecuencia, complejos (ICN, 2006). Así ocurre en los altos tribunales de la UE.

Dado que la aplicación de este derecho de defensa tiene un impacto directo en la efectividad y reputación del sistema completo de defensa de la competencia, para mejorar su eficacia debería estar sometido a procesos de análisis, reflexión y admisión de nuevas propuestas, similares a las que se aplican a los diseños institucionales de las AC. El alcance de esta revisión es una decisión parlamentaria que reflejará el orden prioritario resultante entre los derechos que protege, en concreto entre las garantías de defensa y la efectividad del SDC.

Cabe pensar en un diseño óptimo que, sin renunciar obviamente a la existencia de una instancia superior de revisión que mantengan las garantías de defensa, plantee una relación inversa entre el alcance y las instancias de revisión y la cantidad de elementos constitutivos de un diseño institucional óptimo que concurren en el órgano que dicta la resolución objeto de revisión.

En la búsqueda continua de la mejora de los SDC puede ser oportuno revisar el sistema español desde su configuración actual. En primer lugar, se trata de un sistema que mantiene una completa separación entre la instrucción y la resolución, solo la Dirección de Investigación tiene competencias de incoación, aunque el Consejo de la CNMC puede instar la apertura de una investigación y, en su caso, la incoación de forma motivada ante una propuesta previa de archivo de las actuaciones. En segundo lugar, se trata de un procedimiento reglado que contiene todos los elementos que garantizan la contradicción y el derecho de defensa de los denunciados, incluyendo la posibilidad de practicar nuevas pruebas en la fase de resolución, las alegaciones a la imputación y la celebración de vista oral. En tercer lugar, la resolución se dicta por órgano colegiado. Y en cuarto lugar, se trata de un órgano especializado que presenta una combinación de profesionales juristas y economistas expertos en defensa de la competencia, tanto en la fase de instrucción como en la de resolución.

Parece justificado en este caso concreto del sistema español, abrir el debate al menos, sobre si es preciso añadir a este procedimiento una doble revisión como la actual, con el consiguiente alargamiento de los tiempos del proceso y el some-

timiento de los hechos a juicio de una sala no especializada. Ante estos hechos, podríamos plantearnos, sino la supresión del recurso contencioso-administrativo, y pasar, consiguientemente, al recurso de casación ante el Tribunal Supremo, si al menos exigir que la revisión se haga por una sala, como mínimo, con el mismo grado de especialización que la sala de instancia. Resulta poco coherente que se diseñen sistemas administrativos especializados basándose en la necesidad de conocimientos profundos en economía y en especial de defensa de la competencia, y sin embargo tal exigencia no se aplique al órgano revisor, que se supone debe tener conocimientos suficientes para formarse un criterio superior al de la resolución de instancia⁴⁶. Esta exigencia es tanto más necesaria en aquellas conductas cuya evaluación y sanción no suponen una infracción por objeto, sino que requiere una apreciación de los hechos basada, fundamentalmente, en sus efectos, como sucede en la mayoría de los casos de abuso de posición de dominio o de restricciones de competencia por sus efectos⁴⁷.

Alternativamente, dada que esta opción podría mejorar la calidad y coherencia de las sentencias, pero no necesariamente redundaría en unos menores plazos, podría entonces plantearse un cambio en el sistema en la fase de primera instancia. Aprovechando las garantías que ofrece un órgano colegiado en términos de contraposición de intereses, conocimientos y experiencia, se podría permitir que el Consejero ponente participe de la instrucción, lo que podría reducir sensiblemente el tiempo total actualmente fijado en 18 meses. La instrucción podría beneficiarse del conocimiento y experiencia del Consejo, a través del ponente; este dispondría de más tiempo para obtener un conocimiento del caso más profundo; y la dirección podría corregir las diferencias de criterios en la asignación de responsabilidades, evitando devoluciones de expedientes por este motivo. Para evitar el posible sesgo que el consejero ponente pueda formarse, la competencia sobre la formulación del Pliego de Cargos se mantendría en la Dirección de Competencia, (antes Dirección de Investigación) para no sustraer al pleno del Consejo de su valoración en caso de discrepancias con el ponente. Al contrario que en otras jurisdicciones, con modelos administrativos integrados, en España la separación de funciones entre instrucción y resolución es tal, que

⁴⁶ Ottow (2015), pp. 207 y ss.

⁴⁷ Hovenkamps (2005), p. 309.

hace menos relevante un procedimiento revisor tan largo como el actual, máxime ante la carencia de especialización del mismo.

4.4. La Gobernanza institucional

El gobierno de las instituciones de competencia, en materia de toma de decisiones, se divide entre la figura del órgano colegiado, figura mayoritaria en la UE, o la *dirección unipersonal*, como el Bundeskartellamt en Alemania, y la DG-COMP de la CE. En Alemania, a diferencia de la DGCOMP, la decisión no descansa en el presidente de la institución, sino que se toma de forma colegiada entre los tres miembros que conforman el equipo de investigación en cada caso.

La deliberación que conlleva una toma de decisión colegiada se beneficia de la diversidad de conocimiento, experiencia y distintas habilidades que pueden confluir al reunir profesionales de distintas áreas de especialización y experiencia profesional previa y permitir un debate con distintos puntos de vista. Todo ello redundaría en resoluciones más robustas, equitativas e imparciales, a la vez que reduce el problema de la captura que preocupa en este tipo de organismo, tanto más cuanto mayor es el número de miembros. Frente al modelo de la dirección unipersonal, el modelo colegiado, si se instaura un procedimiento de renovación parcial de sus miembros, permite una transferencia de conocimiento que facilita la coherencia y consolida doctrina, a la vez que permite la entrada de nuevas aptitudes y experiencias que pueden también plantear cambios doctrinales pertinentes, acordes con la evolución de los mercados y los cambios tecnológicos, que tan rápido están sucediendo en estos momentos.

Un segundo elemento que configura los sistemas de defensa de la competencia está en si las AC tienen *competencias exclusivas o compartidas*. España es un ejemplo de un sistema en el que se ha pasado de una autoridad con competencias exclusivas a un sistema de competencias compartidas, tanto con las Comunidades Autónomas, después de la Sentencia del Tribunal Supremo⁴⁸ como con los tribunales ordinarios después de la reforma de 2007⁴⁹, en el ámbito de

⁴⁸ Sentencia 208/1999, de 11 de noviembre por recurso de inconstitucionalidad 2009/1989 y 2027/1989, contra la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

⁴⁹ Hasta ese momento los artículos 81 y 82 del TFUE (ahora 101 y 102) eran de aplicación tanto por la AC como por los tribunales, pero no así los artículos equivalentes de la LDC de 1989.

aplicación de las conductas anticompetitivas. Son varias las jurisdicciones en las que las competencias en materia de defensa de la competencia son aplicadas por más de una autoridad. Alemania tiene autoridades estatales que aplican la norma en el caso de las conductas anticompetitivas, pero no en fusiones, y solo en el ámbito de afectación de su estado, lo mismo que en España. La intensidad de la aplicación no es muy elevada porque en general, salvo en ámbitos colegiados que se circunscriben a territorios pequeños, las conductas con frecuencia afectan a más de un Estado, y en nuestro caso a más de una Comunidad Autónoma. También cuentan con una agencia federal de redes, la Bundesnetzagentur, que entiende de acceso no discriminatorio a las infraestructuras de redes como son electricidad, gas, telecomunicaciones, servicio postal y ferrocarril. En materia de fusiones, al igual que España, Alemania cuenta con una tercera fase en la que el ministerio de economía y energía puede autorizar fusiones que la Bundeskartellamt ha prohibido. En la UE, la DGCOM comparte competencias con los Estados Miembros, y en EE.UU., también la FTC tiene descentralizadas algunas de sus competencias con agencias estatales, además de compartirlas con el Departamento de Justicia y ciertas Autoridades de Regulación. La asignación de competencias compartidas tanto en España⁵⁰ como en la Unión Europea⁵¹, vienen reguladas normativamente, siendo la base, en general, la afectación de los mercados, en el caso de conductas, o los volúmenes de facturación de las empresas y el número de estados afectados, cuando se trata de análisis de operaciones de concentración. En EE.UU. sin embargo, el reparto de competencias funciona actualmente por cierto consenso entre las instituciones que se han repartido sus intervenciones por sectores. El DoJ entiende en exclusiva de telecomunicaciones, banca y transporte ferroviario y aéreo.

Los modelos de competencias compartidas presentan ciertas ventajas. Suponen un mayor nivel de recursos destinados a las AC; libera a las autoridades centrales de entender de temas locales, pudiendo concentrarse en temas de mayor impacto en el mercado; al aplicar el principio de actuación de la autoridad mejor

⁵⁰ Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia.

⁵¹ El Reglamento 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, establece cómo se determina la dimensión comunitaria o nacional para la asignación de casos de fusiones, e igualmente el Reglamento 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, regula la asignación de casos y su procedimiento para evitar solapamientos y contradicciones.

posicionada, se pueden obtener mejores resultados, ya que la mayor proximidad puede otorgar un mejor conocimiento del asunto y de sus efectos; las agencias especializadas tienen un conocimiento técnico de la materia mayor que las autoridades horizontales; y pueden contribuir de manera directa e importante a la promoción de la competencia, facilitando una difusión de la cultura de competencia mucho mayor. Los inconvenientes que pueden surgir son básicamente de dispersión doctrinal, o de captura de la institución al estar más próximos a los operadores económicos de su ámbito de actuación. Dada la revisión jurisdiccional a la que todos están sometidos, esta puede actuar como unificador de doctrina.

La *estructura interna de una AC*, que viene marcada en la norma, condiciona la forma en que se desarrolle después la estructura de segundo nivel, y determina la mayor o menor necesidad de añadir instrumentos de coordinación entre los departamentos o divisiones. La norma de creación de la actual CNMC establece como Órganos de gobierno la Presidencia y el Consejo y estructura su funcionamiento en pleno o en dos salas de Consejo, la sala de Competencia y la sala de Regulación, presididas respectivamente por la presidencia y vicepresidencia de la CNMC. Como Órganos de Dirección hay cuatro Direcciones: Competencia, Telecomunicaciones y Sector Audiovisual, Energía y Transporte y Sector Postal, y tres departamentos de carácter horizontal, como son Control Interno, Promoción de la Competencia y Secretaria General, además de una asesoría jurídica que depende de la Secretaria del Consejo. La ley establece una separación clara entre las funciones de cada dirección, que heredan las que previamente a la fusión tenían las autoridades de regulación y de competencia. Ni en materia de instrucción de expedientes sancionadores, ni en análisis de concentraciones, se ha producido ningún cambio por el cual estas competencias se integren de alguna manera, en la fase de investigación, o en la de propuesta de resolución para elevar al Consejo, integración que sí se ha producido en el proyecto de fusión más parecido al de la CNMC, que fue el de la nueva creación de la autoridad holandesa, la ACM.

Aunque el organigrama de la ACM, aparentemente, no dista mucho del de la CNMC, cuenta con cuatro departamentos que albergan las áreas de Consumo, Competencia, Energía y Telecomunicaciones, Transporte y Postal, un departamento de Asuntos Legales y otro de Servicios corporativos, las competencias que tienen no se corresponden con sus direcciones homólogas en la CNMC. El Departamento de Competencia entiende de promoción de competencia, de

todas las operaciones de concentración, los cárteles, y las conductas de abuso de posición de dominio exceptuando las de los sectores regulados, y además no hace formalmente la propuesta de resolución en ningún caso. Sus instrucciones deben ser trasladadas, al igual que las de los demás departamentos de regulación, al Departamento de Asuntos Legales, pues será finalmente este quien decida la propuesta de infracción y sanción, y la propuesta final de resolución. Hay una separación total entre el Departamento legal, que realiza la imputación a través de pliego de cargos, o de la propuesta de resolución, y las direcciones que hacen la investigación, de tal forma que los empleados que participan en la fase primera de investigación no estarán presentes en la segunda. Por su parte, la oficina del economista jefe realiza los cálculos y análisis económico de manera transversal a todas las investigaciones, y junto al departamento de Comunicación y Asuntos Corporativos se encargan de los asuntos relacionados con la estrategia y la cooperación nacional e internacional. A través de estos departamentos horizontales se crea de facto una conexión fundamental entre todos los departamentos, cerrando el círculo de integración entre todos ellos (Ottow, 2014).

La norma española por el contrario determina cuáles son las competencias de cada Dirección y lo que el personal de la CNMC puede hacer en función de si ostenta o no la condición de funcionario. Solo los funcionarios de carrera podrán ser habilitados como agentes de la autoridad para participar en las inspecciones domiciliarias. Dada esta estructura vertical y estanca que marca la norma, deben habilitarse otro tipo de vías para que el conocimiento de unos y otros departamentos pueda ponerse en común en beneficio del mejor análisis que pueda hacer la institución en todas y cada una de las áreas en las que tiene competencias, residiendo esta función de coordinación en el órgano de presidencia de la CNMC (art. 3.6 del RD). Cada una de estas Direcciones se compone, a su vez, de una serie de subdirecciones, establecidas en el Real Decreto, aprobado por el MINHAFP, del Estatuto orgánico. Si la CNMC considera que la composición de las subdirecciones debiera ser otra debe elevar propuesta al Ministerio de Hacienda. La Ley 3/2013 establece que es el gobierno el que aprueba el Estatuto Orgánico de la CNMC, y que en este es donde se establece la distribución de asuntos entre el pleno y las salas, y las funciones y la estructura interna de las direcciones de instrucción y demás áreas de responsabilidad, cualquiera que sea su denominación (art. 26 Ley 3/2013).

Internamente, la CNMC ha creado un Comité de Dirección que lo integran Presidente, Vicepresidenta, directores de gabinete, directores de instrucción,

Director de Promoción y Secretario General, diez miembros en total. En este Comité es donde se ubican las funciones de asesoramiento en materia de dirección, coordinación, evaluación y supervisión. Se prevé también la *creación de grupos de trabajo*, por acuerdo de sala o pleno, *para la cooperación de varias unidades directivas*, oídas las respectivas unidades operativas. No obstante todos estos mecanismos, parece que una integración estructural como la que presenta la ACM podría ser más operativa, ya que la materialización de la coordinación no depende ni de crear canales nuevos para desarrollarla, ni de la voluntad individual de las partes que la conforman.

La FTC, institución que integra las áreas de competencia y consumo, se organiza en tres departamentos: consumidor, competencia y economía. La oficina económica no se integra en la propuesta de resolución que hacen las oficinas de competencia o de consumo, aunque hay una intensa coordinación y comunicación entre las áreas. Se optó por un modelo en el que, a pesar de la coordinación existente entre las partes, esta es solo a efectos de conocimiento y reflexión, pues finalmente en la FTC la oficina económica puede emitir sus informes directamente al presidente y a la comisión, en lugar de que sus informes se vean subsumidos en el informe final que se reporta al presidente.

Por último, sea cual sea el modelo final que se configure, un nuevo sistema institucional sería aconsejable para aplicar previamente a su aprobación un test que permita comprobar su compatibilidad con criterios de buen diseño, como pueden ser los propuestos por Kovacic y Hyman (2013).

5. PRINCIPIOS BÁSICOS PARA EL DISEÑO

El modelo institucional que finalmente configure un SDC estará en función de la cultura de competencia, del nivel de desarrollo económico, de la disponibilidad de recursos humanos y financieros y de los objetivos que cada jurisdicción tenga en el momento de constituir una nueva institución de defensa de la competencia. Cualquiera que sea ese modelo, existen determinados principios de obligado cumplimiento, so pena de poner en marcha instituciones que nacen ya con debilidades endémicas de difícil solución durante su etapa de desarrollo.

Los cinco criterios dobles identificados por Trebilcock y Iacobucci (2002) –independencia/rendición de cuentas, experiencia/imparcialidad, transparencia/confidencialidad, eficiencia/garantías procesales, y predictibilidad/flexibilidad–, o los cinco expuestos más recientemente por Ottow (2016) –legalidad,

independencia, transparencia, efectividad y responsabilidad–, no son objeto de controversia, y todos ellos, coincidentes la mayoría, son la base sobre la que ir construyendo el SDC, facilitando el nacimiento de instituciones que serán robustas, eficaces, y capaces de ganarse la credibilidad ante la sociedad. Por su parte, la LDC2007 de creación de la CNC también aludía en su exposición de motivos a los principios de seguridad jurídica, independencia, transparencia, responsabilidad y eficacia, como principios rectores de la norma. Estos criterios son aplicables tanto a la fase de diseño normativo, como a la fase de implementación del sistema. De todos ellos uno en especial ha sido, y es, objeto de un intenso debate, la independencia.

La *independencia* en una AC es una cuestión fundamental que incide de manera importante en los resultados del sistema, en el prestigio de la propia institución y en consecuencia afectará a la credibilidad y confianza que la sociedad deposite en el sistema, pero no habría que olvidar que la misma no es un objetivo en sí mismo, sino que su utilidad deriva de su contribución a la obtención de los mejores resultados del sistema. El cumplimiento de este requisito dota al sistema de la imprescindible imparcialidad de la que deben investirse todas las instituciones que ostentan competencias resolutorias que determinan la percepción de la sociedad respecto a la seguridad jurídica del sistema, afectando a otros parámetros vitales para el crecimiento económico como por ejemplo la inversión. Esta importancia justifica la atención que el análisis de la independencia institucional acapara desde hace décadas, de manera creciente y continua, y que en la actualidad siga protagonizando diversos foros de reflexión y recomendaciones como el Comité de Competencia de la OCDE, que el pasado mes de diciembre, en su decimoquinto Foro Global de Competencia incluyó en el debate el tema “Independencia de las AC: del diseño a la práctica”⁵².

Se trata de instituciones con competencias sancionadoras, de naturaleza punitiva y permisiva, lo que las convierten en un tribunal administrativo, o como mínimo en un órgano instructor⁵³ cuasi judicial, y en consecuencia debe exigírseles el requisito de separación de poderes como el que se exige al ejecutivo

⁵² OECD (2014). La independencia descansa en el segundo y tercero de los siete principios establecidos para el buen gobierno de los reguladores.

⁵³ De los tres modelos existentes, en cualquiera de ellos la instrucción y propuesta de resolución recae en un órgano administrativo, y tanto en el modelo integrado como en el de doble agencia también la resolución del caso.

respecto del poder judicial. La independencia perseguiría proteger de la arbitrariedad la selección de casos sometidos a investigación, y dictar resoluciones de alta calidad técnica que garanticen una aplicación de la norma acorde con el análisis económico y los principios legales de aplicación, en definitiva, decisiones técnicas en ausencia tanto de la intervención política como de los intereses particulares privados. Si la exigencia de independencia de una AC persigue el cumplimiento de las garantías suficientes para que la toma de decisiones de sus resoluciones se fundamente en los hechos objetivos y en la aplicación de los criterios técnicos que la ley establece en cada caso, beneficiándose de la imparcialidad del órgano resolutorio, parece lógico que esa independencia se procure tanto de la presión que pueden ejercer los intereses políticos como los empresariales, o de cualquier otra índole que persiga un beneficio distinto del interés general que defienden las instituciones públicas. El artículo 2.1 y artículo 3 de la Ley 3/2013, de creación de la CNMC, así lo establecen respectivamente. La demostración pública de esa independencia prestigia la institución y aumenta su credibilidad ante todos los estamentos de la sociedad⁵⁴.

No obstante, en la actualidad, la mayoría de estas instituciones no actúan solo en el ámbito de la sanción o de la autorización, sino que ejercen funciones de promoción, con capacidad de investigación sobre el grado de competencia de los mercados, de elevar propuestas y recomendaciones al gobierno, con capacidad de informar los proyectos normativos, o tienen la capacidad de recurrir normas ante la jurisdicción ordinaria (legitimación activa). En esas capacidades adicionales sobre las tradicionales de sanción o de autorización, se incluyen elementos propios del diseño de la política de competencia.

Procede entonces reflexionar sobre dos elementos básicos: los mecanismos más eficaces de establecer y garantizar una necesaria independencia; y el alcance de este principio, si la independencia debe exigirse a todas las funciones de la institución, incluyendo también las labores de promoción de defensa de la competencia que no implican procesos de control de infracción de la norma.

Respecto a la primera cuestión planteada, si bien no parece que exista una única fórmula para garantizar la independencia de las instituciones, se cuenta con distintos instrumentos a dos niveles, individual e institucional, cuya apli-

⁵⁴ Art. 2.1: "...actúa...con autonomía orgánica y funcional y plena independencia del Gobierno, de las Administraciones Públicas y de los agentes del mercado".

cación puede favorecer ese objetivo de independencia de estas instituciones. A nivel individual, esto es, respecto de la selección y designación de los miembros que integran los órganos decisorios, se cuenta con ciertos criterios e instrumentos que deben seguirse en esa selección. Respecto a los *criterios*, estos se basan en la exigencia de conocimiento específico en la materia, experiencia profesional previa en la misma, y reconocido prestigio por la comunidad de profesionales que integran la práctica de la disciplina, ya sea desde el ámbito académico, administrativo o empresarial⁵⁵. Entre los *instrumentos* están, por un lado, los que afectan a la selección individual de sus miembros, como la duración del mandato y las posibilidades o no de renovación; la imposibilidad de remoción de sus miembros, salvo causa grave justificada de incumplimiento de sus obligaciones o por comportamientos impropios; el sometimiento de las designaciones, propuestas por el gobierno, a control parlamentario, con veto o sin él; la conformación de comités de selección *ad hoc* compuestos por profesionales y académicos sin presencia política ni gubernamental en los mismos que serán los que valoren los candidatos propuestos o, por el contrario, que dicha comisión sea la que pre-seleccione posibles candidatos; o el proceso de concurrencia competitiva que se sigue en Reino Unido y Chile. Adicionalmente, se incluyen periodos de incompatibilidad tras la cesación de la actividad, generalmente de dos años, para aceptar posiciones en las empresas privadas relacionadas con el ámbito de actuación en el que hayan estado actuando, incluyendo una indemnización por ello.

Kovacic defiende que la *efectividad* de una agencia regulatoria independiente depende de forma crucial de las capacidades de sus miembros, y que las amplias competencias otorgadas en su día a la FTC se hicieron con la intención de captar expertos de gran altura profesional que pudieran ganarse el respeto de los jueces cuando tuviesen que enfrentarse a ellos en la defensa de sus casos⁵⁶.

⁵⁵ El Informe ABA (1989) señalaba a este respecto: “Sobre todo, los Comisionados deberían ser personas de prestigio respetadas por el Congreso, la comunidad empresarial a la que regula, y los consumidores a los que protege. Con líderes reconocidos al frente, la Comisión se beneficiará de una mejor relación con el Congreso, una mayor deferencia de los tribunales, y de la aceptación, y tal vez cooperación, del mundo empresarial”.

⁵⁶ Kovacic (1997). Los nombramientos de la FTC que tradicionalmente habían recaído sobre políticos retirados o candidatos fracasados, en la actualidad recaen en profesionales con alta experiencia en Defensa de la Competencia, como Pitofsky en 1977 y 1995, Muris en 2001, Platt Majoras, Kovacic en 2005, o la actual presidenta, Ohlhausen.

En España, se ha pasado por distintos modelos. La LDC1963 establecía nombramientos de carácter vitalicio, la LDC1989 pasa a mandatos fijos renovables, y la LDC2007 a no renovables. Esta última reforma también incluía la obligatoriedad de que los candidatos se presentarán ante el Parlamento antes de su nombramiento, aunque sin capacidad de veto hasta los cambios de 2013. Respecto a su cualificación solo se pide que sean profesionales de reconocido prestigio, pero no especifica la necesidad de tener una experiencia profesional en el ámbito de la Defensa de la competencia. Dada la escasa aplicación que el SDC tenía en España en 1989, esta ausencia de especialización requerida podría ser entendida entonces, pero difícilmente en la actualidad. Y esa exigencia tampoco fue introducida en la reforma de 2013, dejando la puerta abierta a que las salas actuales de la CNMC se constituyeran con solo unos pocos especialistas en la materia. En el momento actual, con la previsión de nuevos cambios institucionales sobre la CNMC, se ha llegado a proponer la creación de una comisión de nombramientos que sería la encargada después de emitir un informe sobre el cumplimiento de los requisitos y la idoneidad del perfil propuesto por el gobierno, en base a criterios de mérito y capacidad. Si ese examen fuese favorable, el aspirante tendría, por último, que someterse a la aprobación de la mayoría de la comisión parlamentaria correspondiente. Si la evaluación fuese desfavorable el ejecutivo se vería obligado a hacer otra propuesta.

Otras dimensiones de la *independencia son la orgánica, la funcional y la presupuestaria del gobierno*. La ausencia de dependencia orgánicamente respecto a un departamento gubernamental evita que la AC vea condicionados sus criterios respecto a qué casos, o qué empresas, deben ser investigadas por la autoridad. Puede existir una adscripción orgánica a un departamento ministerial, como sucede en una gran mayoría de jurisdicciones europeas, entre ellas España, sin que ello signifique que puedan recibir órdenes que afecten a su independencia. Dotarle de funciones plenas sobre qué investigaciones se inician, qué instrumentos se desarrollan, qué compromisos se pueden alcanzar, o qué sanciones se pueden imponer, complementa y refuerza la independencia orgánica de una AC. Y finalmente, contar con un presupuesto propio, estable, con capacidad de atender sus mandatos de forma suficiente, y con libertad para distribuir sus recursos según su plan estratégico como institución, es un tercer elemento clave para dotar de independencia real a la institución. En ausencia de cualquiera de estas tres líneas de independencia, las decisiones de la AC pueden verse seriamente comprometidas. Las dos primeras, una vez establecidas en la norma, resultan más difíciles

de violentar sin atraer las críticas de cualquier instancia que pueda verse afectada, no así la relativa a la independencia presupuestaria, que puede encontrar cierta argumentación, dadas las crecientes restricciones presupuestarias a las que cada vez más se enfrentan todas las administraciones públicas.

Para evitar que la financiación se pueda utilizar como forma de disciplinar y condicionar la actividad de la AC, es recomendable buscar formas de financiación propia, totalmente independientes de la voluntad de los poderes ejecutivo o legislativo. De los países de la UE, Portugal presenta innovaciones en cuanto a la forma de financiación, habiendo diversificado sus fuentes de ingresos. La parte principal procede de la tasa que le transfieren las autoridades de regulación sectorial, recibe el 40% de las multas (norma general en Portugal para todas las instancias sancionadoras, pero que solo suele representar un 4% del presupuesto), recauda las tasas por notificaciones de operaciones de concentración y en última instancia, si fuese necesario, dispondría de los presupuestos generales del Estado. La financiación basada en multas tiene como posible efecto colateral negativo el incentivo a imponer multas excesivas con objeto de incrementar la recaudación. El modelo de financiación seguido por Turquía es también significativamente distinto a los habituales, se grava con una tasa del 4/10.000 a las sociedades de responsabilidad limitada de nueva creación y a las ampliaciones de capital. Parece ser suficiente porque hasta el momento no han tenido que complementar sus ingresos con los presupuestos generales del estado (OCDE, 2015).

En cuanto a la segunda de las cuestiones, el alcance, la literatura moderna plantea una revisión sobre los postulados clásicos que mantienen que las AC deben perseguir la independencia como un objetivo fundamental, y que su consecución es un síntoma de madurez institucional (Kovacic, 2011; y Kovacic y Winerman, 2015). En dicha revisión se plantea si esa independencia del poder político es lo que debe procurarse en una autoridad de competencia, si es posible y si es deseable (Voorhees, 2014; y Kovacic, 2014). La independencia, entendida como el ejercicio de las funciones de manera imparcial, fundamentada y en respuesta a la defensa del interés general no solo parece deseable sino que debería ser posible. Debe procurarse que ello no lleve a un aislamiento y alejamiento de la institución de la vida pública, que condene a esta a prescindir del debate y la interacción con todos los agentes sujetos al desarrollo de sus competencias, pues esa falta de comunicación casi con total seguridad llevaría a las AC a resultados necesariamente parciales, debidos a la falta de una mejor información y reflexión. Esa independencia no resulta incompatible con el establecimiento de

canales reglados de comunicación y coordinación entre estas instituciones y los departamentos ministeriales en los que todos ellos desarrollan sus competencias. La interacción de los profesionales en el ejercicio de sus funciones, con reuniones informativas, de consulta, de debate y de intercambio de información, entendiendo el respeto a la independencia de cada una de las partes, solo puede redundar en un conocimiento más profundo de los temas que se tratan y sobre los que unos y otros deben tomar sus decisiones. Esta coordinación debe procurarse respecto de la mayor parte de funciones *ex ante*, lo que afecta muy significativamente a las autoridades de regulación (AR) pero también a las AC en sus funciones de promoción, de análisis de mercado, y de concentraciones económicas. Esta leal coordinación contribuiría a profundizar en el conocimiento técnico de unas especialidades sectoriales de elevada complejidad técnica y no siempre predecibles efectos sobre los comportamientos competitivos del mercado, con el consiguiente resultado de actuaciones normativas más adecuadas. Contribuiría a generar, además, una cultura de intercambio de conocimiento necesario para maximizar, conjuntamente, las funciones objetivo de ambas instituciones, que a menudo son sino coincidentes, al menos complementarias.

Por último, el grado de independencia óptimo en una AC, respecto al poder político, puede discutirse en función de la competencia que se trate. Como ya se ha argumentado, parece indiscutible la exigencia de una independencia total cuando la AC está en el ejercicio de la potestad sancionadora por las conductas infractoras tipificadas en la norma, como forma de asegurar unos resultados consecuencia de la imparcialidad y la aplicación de los principios normativos a los hechos valorados objetivamente. Igualmente, podría ser deseable la misma independencia cuando se trata de decidir sobre propuestas de fusión que incrementan la concentración en el mercado con riesgo de creación de posiciones de dominio. Aunque en este caso, y dada la distinta naturaleza de la función, de carácter prospectivo, y con cierto grado de especulación, no existe el mismo nivel de consenso en cuanto a dónde deben residir las competencias, y existen diferencias notables entre sistemas. En España, de hecho, la evolución en esta materia ha sido significativa⁵⁷. En la actua-

⁵⁷ La primera regulación la LDC1963, no incluía esa competencia en el sistema. La Ley 18/1989 incluye el control por primera vez, pero con notificaciones de carácter voluntario y con dictamen del TDC al Consejo de Ministros no vinculante. Por último, la Ley 15/2007 otorga a la CNC la capacidad de emitir informes vinculantes, y solo removibles por el ejecutivo en determinadas circunstancias.

lidad, la AC es independiente en la toma de decisiones sobre fusiones, dado que el procedimiento ante la AC no prevé ninguna figura legal por la que esta pueda conocer la posición del gobierno⁵⁸. Cuestión distinta es que una vez emitida su resolución, y solo en caso de veto o aprobación con condiciones, el Consejo de Ministros puede resolver de forma distinta y motivada a propuesta del Ministerio de Economía, como sucede en España y en muchas jurisdicciones europeas, como Alemania, Francia, Holanda o Portugal . Se fundamenta esta capacidad en la excepcionalidad de que puedan concurrir otras circunstancias, distintas a las de defensa de la competencia, que puedan servir mejor al interés general.

En resumen, en el ámbito de la promoción de la competencia puede existir espacio para que las AC con competencias en esta labor promocional puedan, al menos, escuchar de forma transparente y motivada las prioridades del gobierno en materia de política de promoción de competencia, sin que ello suponga violentar la independencia de la institución⁵⁹. Más aún, podría incluso pensarse en el diseño conjunto de una estrategia de impulso y promoción de la competencia. Ello no tiene por qué suponer un menoscabo de la independencia respecto de las competencias de instrucción y sanción, o de autorización de operaciones de concentración empresarial. El conocimiento en razón de sus competencias de algunos departamentos ministeriales, como por ejemplo la defensa de los consumidores, puede suponer una valiosa y útil información para los departamentos de promoción de competencia de las AC a la hora de seleccionar qué mercados convendría analizar en profundidad desde la óptica de defensa de la competencia. Una coordinación en este campo puede beneficiarse de las ventajas que muchas instituciones europeas han interpretado que existen, y que las han llevado a integrar defensa de la competencia y defensa del consumidor⁶⁰.

⁵⁸ La LDC prevé un procedimiento en dos fases para la toma de decisión de la AC, y solo en la segunda de ellas se regula en el procedimiento la consulta no vinculante al órgano regulador, que en determinados sectores reside en el gobierno.

⁵⁹ El Gobierno británico presenta sus observaciones de manera transparente al Plan de Actuaciones que publica, periódicamente, la CMA. Lo mismo que sucede en caso de la Autoridad australiana, donde el gobierno presenta públicamente una “declaración de expectativas” a la autoridad, y esta responde públicamente con una “declaración de intenciones”, donde expone cómo dar respuesta a la solicitud del gobierno.

⁶⁰ Esta integración formaba parte del pacto político que hubo entre PSOE y Ciudadanos en 2015, y forma parte del Acuerdo alcanzado actualmente por Ciudadanos y Partido Popular en el marco del apoyo a la investidura del Presidente de 2016.

La Comisión Europea, en su COM de 2014⁶¹, insta a que se garantice en mayor medida la independencia de las ANC, y señala, que en los casos en los que la instituciones de competencia se hayan fusionado con otros reguladores: “*Tal amalgama de competencias no debe conducir a un debilitamiento de la aplicación de la normativa de competencia ni a una reducción de los medios asignados al control de la competencia*”, y que para garantizar la imparcialidad e independencia de las AC “*se necesitan unas garantías mínimas para velar por la independencia de las ANC y de sus directivos y miembros de sus consejos de administración y dotar a las ANC de suficientes recursos humanos y financieros. A este respecto, es importante asignarles un presupuesto separado y concederles autonomía presupuestaria, establecer un procedimiento de nombramiento de sus directivos y miembros de sus consejos de administración que sea claro y transparente y se base en los méritos, disponer de garantías que aseguren que los despidos solo pueden efectuarse por motivos objetivos no relacionados con el proceso de toma de decisiones de la ANC, y de normas sobre conflictos de intereses e incompatibilidades de los directivos y miembros del consejo de las ANC*”. Y en el capítulo de conclusiones insiste en la necesidad de “*garantizar en mayor medida la independencia de las ANC en el ejercicio de sus funciones y que cuenten con recursos suficientes*”. Ante esta recomendación de la Comisión Europea, y dado que la mayoría de las AC europeas han alcanzado una independencia, al menos orgánica, de los departamentos ministeriales⁶² cabe distinguir entre la independencia formal o legal y la real o de facto. El hecho de que legalmente se cuente con todos los elementos de diseño clásicos en pro de la independencia, no garantiza, por sí mismo, que la AC en cuestión se comporte de forma independiente.

Los indicadores de la OCDE de 2013 incluyen uno que mide la independencia de las instituciones que aplican la Ley, la imparcialidad del proceso de investigación y la rendición de cuentas de la institución. España está bien situada y mejor que la media, y hasta la fusión de los organismos reguladores con la

⁶¹ Diez años de aplicación de la normativa antimonopolio del Reglamento (CE) n° 1/2003: logros y perspectivas futuras. COM(2014) 453 final.

⁶² La reforma de 2007 supuso la integración del Servicio de Defensa de la Competencia, órgano instructor hasta el momento dependiente del Ministerio de Economía, con el Tribunal de defensa de la Competencia, órgano resolutorio independiente del Ministerio aunque adscrito a él. Este modelo no era tan infrecuente entre los países miembros de la UE, aunque en la actualidad la mayoría de ellos han acometido las reformas similares a la española, como por ejemplo Francia en 2009.

AC, los miembros de las AC no habían sido cesados antes del fin de sus mandatos. El Tribunal Supremo se ha pronunciado recientemente sobre estos ceses, declarando su nulidad. El fundamento de la sentencia es que dichos ceses, sin que hubiesen incurrido en causa tipificada para ello, fueron efecto de la reforma institucional llevada a cabo y que “era obligado velar por que no se afectara a la independencia de los miembros de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT)” y que al no haber tomado medidas para ello concluye que “la omisión de dichas medidas afectó a la independencia inherente a la función desarrollada por los recurrentes en cuanto miembros de la CMT”. Junto a los ceses de la CMT también se produjeron ceses en la CNC, en la CNE y demás Comisiones de Regulación. La sentencia afirma, además, que debieron tomarse las medidas necesarias para permitir agotar el mandato inicial, que es lo que había hecho, precisamente, la reforma de 2007.

Recientemente, en diciembre de 2016, la OCDE en el marco del *Global Forum on Competition* ha hecho público el documento “Independence of Competition Authorities-From Design to Practices”, que recopila los distintos indicadores y estudios empíricos realizados por la literatura especializada, y que tratan de medir tanto la independencia legal como la independencia de facto. Recoge todos los elementos mencionados previamente para lograr la máxima independencia de estas instituciones, en la confianza que ello contribuye a mantener la rigurosidad y la imparcialidad que les es exigible en el ejercicio de sus funciones. No obstante, hay un elemento indispensable para lograr esa independencia que no depende de los criterios normativos, funcionales, estructurales o presupuestarios de estas instituciones, la aptitud personal de sus miembros, en muchos casos difícil de objetivar, muy dependiente del entorno cultural, social y político, y su actitud posterior, durante el ejercicio de sus funciones. Cuanto mayor sea la especialización en la materia, y mayor su prestigio profesional, mayor será también su incentivo para ejercer de manera independiente por propio interés de mantener intacto, e incluso incrementar, dicho prestigio.

Y finalmente, la necesidad de crear instituciones independientes, en el sentido anteriormente argumentado, no puede llevar a eximir las de un control público sobre sus resultados, muy al contrario, es imprescindible imponer mecanismos que permitan rendir cuentas sobre los resultados esperados de su mandato. Sus actuaciones deben responder a la encomienda que reciben del Parlamento, y ser conscientes del alto impacto económico de las mismas, tanto para los agentes individuales, como para la sociedad en su conjunto. Son depositarias de un man-

dato concreto, que se financia con recursos públicos y que implica, por tanto, una obligación de control de efectividad. Pero más allá de las revisiones jurisdiccionales correspondientes por los tribunales superiores, o mecanismos de control que puedan ser ejercicios por las instancias de control horizontal como el Tribunal de Cuentas, el cumplimiento de sus *responsabilidades* respecto del objeto para el que han sido creadas requiere la supervisión de un órgano de control que valore si, en efecto, la institución cumple suficientemente con el mandato otorgado. En este sentido, puede ser razonable que sean los propios responsables de su creación quiénes estén mejor situados para su valoración, es decir, el Parlamento, quien además parece estar en una posición de mayor independencia en su valoración que un departamento ministerial. Un mecanismo habitual para instrumentalizar este control es la comparecencia anual del presidente de la AC ante el Parlamento junto a la presentación de un informe anual. Tradicionalmente, se trata de informes relatores de las actuaciones acometidas durante el ejercicio, con una información cuantitativa generalmente muy detallada, y que supone un ejercicio de *transparencia* de enorme valor. Sin embargo, rara vez estos informes son confrontados con la efectividad de sus actuaciones frente a los retos planteados en los planes de actuación.

Reino Unido y España han presentado, recientemente, una estimación del ahorro que ha supuesto para los consumidores la actividad desarrollada por sus respectivas instituciones⁶³. Estas estimaciones, realizadas de forma general sobre la base de las conductas sancionadas y con determinados supuestos sobre el ahorro medio que cada una de ellas puede suponer, según ciertos estándares establecidos para ello, permiten de forma sencilla poner en valor, especialmente para los consumidores, el trabajo de estas instituciones y justificar la inversión pública en ellas (OCDE, 2014b). No obstante, ello no puede sustituir un ejercicio de rendición de cuentas basado en los resultados de la institución confrontados con los retos específicos contenidos en sus respectivos planes de actuación. Una evalua-

⁶³ En Annual Report and Accounts 2016/2017, la CMA estima que durante los tres primeros años de actuaciones, la autoridad supondrá un ahorro para los consumidores del orden de 3 billones de libras, diez veces más que el coste para los contribuyentes. (https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/628984/cma-annual-report-accounts-16-17-web-accessible.pdf). En la memoria de la CNMC 2015 se estima, prudentemente, un ahorro para los consumidores de 890 millones de euros para el año 2015 y una media de 640 millones de euros anuales desde 2011. (<https://cnmc.es/sobre-la-cnmc/memorias>).

ción, con participación externa a la propia institución, basada en el seguimiento de las condiciones de mercado que se han conseguido tras las actuaciones respectivas, ya sea desde la promoción de la competencia, o desde la aplicación de los demás instrumentos de la institución, permitiría no solo valorar el impacto en la sociedad, sino detectar que políticas, proyectos, o actuaciones concretas han sido más efectivas, más rentables, más apreciadas por los consumidores, etc. y obtener una valiosa información para acometer las reformas necesarias que mejoren la capacidad y efectividad de las instituciones. Dificilmente puede mejorarse en el diseño de un plan de actuaciones futuro sin conocer los resultados del anterior.

Los beneficios de la aplicación del principio de transparencia en cualquier institución pública no están sujetos a polémica. La práctica de la AC española ha sido siempre a favor de la transparencia, no solo sus resoluciones han sido siempre públicas, sino también sus informes, incluso antes de que las leyes sucesivas hayan regulado explícitamente la misma. La Ley 16/1989, no se refería explícitamente a la transparencia, pero imponía la obligación de publicidad para las resoluciones sancionadoras, y daba potestad al Tribunal para que hiciera públicos el resto de resoluciones no sancionadoras. La Ley 3/2013 de creación de la CNMC va un paso más e incluye, entre las cuestiones que debe hacer públicas la institución, las reuniones que mantienen sus órganos de gobierno con los distintos agentes y operadores económicos.

6. IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA

“El Sistema de Defensa de la Competencia será tan bueno como lo sean las instituciones encargadas de su aplicación” (Kovacic y Eversley, 2007).

Actualmente, la mayoría de los SDC presentan, en media, un diseño normativo y político similar (OCDE, 2013), al haber adoptado los instrumentos que vienen siendo considerados como de buenas prácticas. Sus diferencias se manifiestan en la forma en que los órganos directivos lo desarrollan. El proceso de asentamiento y consolidación del sistema es relativamente lento (Kovacic y López-Galdós, 2016), y cada institución debe elaborar una estrategia propia que le ayude a madurar y lograr el reconocimiento público de su utilidad.

El *Plan Estratégico* de una institución constituye un instrumento útil que define y marca las líneas estratégicas a seguir para dar cumplimiento al mandato recibido en un marco temporal de medio y largo plazo. Este debe complemen-

tarse con un *Plan de Actuaciones*, de carácter generalmente anual, que concrete y priorice las actuaciones precisas para el desarrollo de la estrategia y el cumplimiento de su mandato.

El Plan Estratégico debe contener la fundamentación de la estrategia elegida de forma que, una vez sometido a consulta pública, pueda valorarse su idoneidad, y obtener el beneficio de una crítica útil, a la vez que facilita identificar la idoneidad y compatibilidad de las demandas externas que se pueden recibir de los distintos agentes de la sociedad. Los retos institucionales, que determinan el Plan Estratégico, vienen marcados por los cambios que acontecen. La CNC, en 2007, tenía como reto principal la integración de los antiguos SDC y TDC, mejorando la efectividad del sistema y manteniendo las garantías jurídicas del anterior modelo, así como el desarrollo de importantes instrumentos como la promoción de la competencia, el programa de clemencia, la incorporación del economista jefe o el uso de las terminaciones convencionales. La reforma de 2013 supuso un reto distinto e importantísimo, como es el de aprovechar las sinergias de integrar una amplia diversidad de instituciones, a la vez que se ponían en marcha nuevas funciones regulatorias en otros sectores. El contorno de partida, en unos y otros casos, marca la estrategia a seguir para un mandato común, el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados en defensa del bienestar del consumidor.

En el conjunto de estos documentos se debe explicitar los diversos elementos que van a configurar la política de actuaciones de la AC. Kovacic y Eversley (2007) sugieren, como buena práctica, indicar qué instrumentos se van a emplear, si se van a incorporar otros nuevos, qué labor de promoción se espera realizar, qué política de formación se prevé, qué prioridades se van a establecer en cuanto al control de conductas (sectores con mayor impacto en el consumidor, cárteles, sectores recién liberalizados, las licitaciones en compras públicas, etc.), qué política de cooperación internacional se va a desarrollar (en el caso de España procede incluir los mecanismos de coordinación con las AC de las CC.AA. con las que se comparten competencias), qué instrumentos de colaboración con universidades y centros de investigación se desean establecer, qué tipo de evaluaciones se van a realizar sobre los resultados de la institución, etc. Esta información, confrontada con las restricciones presupuestarias o competenciales que existen, permite plantear una estrategia coherente, creíble y transparente de la AC, lo que contribuye a crear una buena imagen de las AC, mejorar su prestigio y con ello lograr mayores apoyos tanto sociales como políticos.

Se trata de hacer un ejercicio realista, en el que valorando el efecto de todos los condicionantes externos, y los propios internos, se fije la planificación que regirá su trabajo. Es un instrumento básico que obliga a la AC a reflexionar y seleccionar los objetivos y el marco temporal de los mismos, y confrontarlo con los instrumentos a su disposición. Dado que los recursos son, en general, escasos, se hace imprescindible realizar un ejercicio de priorización que permita la selección de actuaciones que pueden llevarse a cabo. Este Plan de Actuación deberá ser público, y preferentemente ser sometido a consulta pública como el Plan Estratégico.

El ejercicio de consulta, para cualquiera de los instrumentos, posibilita su valoración por todos los agentes implicados y, por tanto, incluir las sugerencias o modificaciones que pudieran presentarse y considerarse como aportaciones más adecuadas. Posibilita también que, como en el caso de Reino Unido, el gobierno, públicamente, exprese su opinión sobre el plan y haga su propia propuesta sobre la política de competencia que considere más oportuna. La AC podrá, de forma transparente y fundada, tener o no en cuenta las propuestas recibidas, incluidas las del gobierno. La elaboración y publicidad de estos planes no solo supone un ejercicio de transparencia, sino que permite además que la sociedad ajuste a la realidad sus expectativas sobre la capacidad y responsabilidad de una AC, facilitando la evaluación posterior respecto a la ejecución de la institución y su mandato.

En el sistema español, el Plan de Actuaciones es un instrumento regulado en el capítulo V de Transparencia y Responsabilidad de la Ley 3/2013 de creación de la CNMC, cuyo artículo 37.1.g. impone la obligación de hacer público “el plan de actuación de la Comisión para el año siguiente, incluyendo las líneas básicas de su actuación en ese año, con los objetivos y prioridades correspondientes. Este plan de actuaciones se enviará también a la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados y al titular del Ministerio de Economía y Competitividad”. El artículo 37.3 impone la obligación de hacer evaluaciones y publicarlas. “Cada tres años, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia presentará una evaluación de sus planes de actuación y los resultados obtenidos para poder valorar su impacto en el sector y el grado de cumplimiento de las resoluciones dictadas. Estas evaluaciones se enviarán también a la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados y al titular del Ministerio de Economía y Competitividad”.

Finalmente, en el artículo 39 se establece la obligación de rendición de cuentas ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados, al regular de forma anual la comparecencia del Presidente de la CNMC “para exponer las líneas básicas de su actuación y sus planes y prioridades para el futuro”.

La CNMC cuenta desde 2014 con un Plan Estratégico, de carácter plurianual y que, en palabras de su presidencia, “fija los principios rectores de actuación”. Realizar este ejercicio, no obligatorio, refleja una loable voluntad de transparencia y responsabilidad de la institución, y ha permitido la continuidad de una buena práctica de las instituciones que la preceden. Y aunque podría exigírsele un mayor nivel de concreción que habría facilitado el objeto final de la consulta pública a la se sometió⁶⁴, el hecho de que anualmente sí tenga la obligación de elaborar y hacer público su Plan de Actuaciones, es una oportunidad para que este último avance progresivamente y, emulando los planes estratégicos de la FTC, pueda terminar incorporando una batería de elementos como la fijación de objetivos, subjetivos, e indicadores de resultados e impacto que facilitarían notablemente el ejercicio de evaluación necesario para ir diseñando los sucesivos planes de actuación. A modo de ejemplo, y dado que en el Plan de Actuaciones de 2017 la CNMC, se fija como la realización de “un ejercicio de reflexión interno y externo, recogiendo las aportaciones de expertos, que nos permita proponer mejoras a la Ley”, esta declaración de intenciones podría haberse acompañado de una acción estratégica específica que especificase el formato, los plazos de tiempo, las instituciones externas implicadas en el proyecto, y una cierta definición de objetivos.

La necesidad de *investigar, evaluar e innovar*, para que el SDC mantenga su utilidad como un instrumento al servicio del interés público, debe estar asumido por cada AC. Una vía que reporta una utilidad indiscutible es la confrontación de sus propias decisiones con el análisis posterior de sus efectos, y su compara-

⁶⁴ Marcos, F (2014) señala que: “Fuera de las previsiones legales y reglamentarias vigentes, sobre las que necesariamente se ha de construir el Plan Estratégico de la CNMC, es necesario concretar las medidas de integración y consolidación de recursos y actividades, para lo que no sirven de mucho las declaraciones de buena voluntad o genéricas, si no se acompañan de medidas específicas. El Plan Estratégico de la CNMC debería, por ejemplo, especificar cómo se pretenden aprovechar las sinergias derivadas de la estructura integrada, ¿qué implicaciones tiene ello en aquellas materias que no están ya dispuestas en el texto legal o reglamentario?, ¿en los recursos materiales y humanos?, ¿en su política de comunicación?, ¿en su acción internacional?”.

ción con las decisiones de otras AC. Ello supone un campo de aprendizaje de incalculable valor, que permite conocer, corregir y mejorar las técnicas de instrucción, recolección de información y métodos de análisis, resultando ser un valioso test para evaluar las bondades de los instrumentos empleados, o detectar la necesidad de incorporar otros que ayuden a las AC en su labor de control y ordenación de los mercados. Por ejemplo, el uso de determinados instrumentos, con el tiempo, termina por reducir su capacidad de detección, pues el desarrollo de los mismos y su conocimiento público hace que los infractores adapten sus comportamientos a estas nuevas formas de investigación y actúen con más cautela, sin dejar registro de los actos ilícitos, como puede ser el caso de las investigaciones domiciliarias. Se hace necesario, pues, buscar otros medios complementarios que mantengan la efectividad de la labor de vigilancia y detección.

En esta tarea, la contribución que la investigación académica en el campo de la economía industrial ha aportado al análisis de la defensa de la competencia, está fuera de discusión, tanto en la fase de análisis estructural de los mercados, mediante test de delimitación de mercados relevantes, indicadores de concentración, test de poder de mercado, el uso de estimaciones econométricas de elasticidades cruzadas, etc. , como en la fase de análisis de efectos, con analíticas como la teoría del daño, los efectos unilaterales, coordinados, análisis de eficiencias, etc. Y en la última década, cobra cada vez más relevancia la aplicación del análisis económico a determinadas variables relevantes de las empresas que puede permitir identificar comportamientos estratégicos susceptibles de constituir conductas ilícitas, como el uso del método denominado de Screening, con el que el análisis económico pasa a ser de utilidad, no ya en la fase de efectos de las conductas, sino en la fase más temprana de detección.

La figura del Economista Jefe que diversas instituciones han ido incorporando, es la prueba de ello. Esto es solo un hecho que revela la importancia de estar alerta a los nuevos instrumentos que van apareciendo para mejorar el trabajo de las AC. El camino para conocer, identificar y testar las capacidades de nuevos instrumentos se basa en la apertura de cada AC a nuevas colaboraciones con terceros y, de manera especial, con la comunidad internacional de defensa de la competencia y con el mundo académico.

Algunos de estos instrumentos requieren largos procesos desde que se plantea su inicio hasta que después de su valoración se procede, finalmente, a su validación, como ha sido el caso, por ejemplo de los Programas de Clemencia. Sin

embargo, otros instrumentos de enorme valor pueden ser más sencillos de implementar al no requerir más voluntad y autorización que la de la propia AC. En este campo está una amplia batería de actuaciones de promoción y formación en la cultura de la defensa de la competencia, desde guías editadas por las AC para facilitar el entendimiento de las normas de DC a determinados colectivos sobre los que se detecta un especial desconocimiento de la norma, hasta la formación de personal que, sin pertenecer a las AC, por la naturaleza de sus funciones, están en una posición óptima para poder detectar e informar de casos o conductas contrarias a la competencia. Este tipo de instrumentos, que tienen un carácter finalista de prevención, pueden resultar, en el medio y el largo plazo, tanto o más rentables que los instrumentos de sanción, que actúan una vez producido el daño y, por tanto, de difícil restauración del mismo.

En España, la incorporación de nuevos instrumentos en las últimas décadas, como la terminación convencional, la legitimación activa, los programas de clemencia, los estudios sectoriales y el fomento del uso de programas de cumplimiento ha sido notable y de gran utilidad. Y si bien algunos de ellos requieren un rango estatutario que debe ser aprobado en el parlamento, otros solo requieren que la AC esté alerta y comprometida con la incorporación de nuevos instrumentos de utilidad probada o incluso estudiar la forma de experimentar con ellos, dentro de su marco legal. La legitimación activa, por ejemplo, está siendo de gran utilidad para impedir que sean las propias administraciones públicas, las que, incluso en la búsqueda de otros loables objetivos, sean causa de restricciones a la competencia en los mercados en los que intervienen con el instrumento de la regulación⁶⁵.

Las AC conocen y actúan tanto en casos de amplia repercusión pública como en casos donde no existe ningún interés por parte de los medios de comunicación de informar, sin que ello sea un indicador de que unos u otros contribuyen, más o menos, al objetivo de la defensa de la competencia y, por tanto, al mandato recibido por la institución. Igualmente aborda casos donde la acreditación de hechos y la resolución requiere pocos recursos, y otros donde las necesidades de

⁶⁵ En la reciente sentencia de abril de 2017 del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, contra el Decreto 113/2015, a instancias de la CNMC, se anulan una serie de disposiciones del mismo por entender que las mismas favorecían a los operadores turísticos tradicionales implantados en las zonas de demanda turística y que impedían la creación de nuevas ofertas competitivas.

I+D, de recursos tecnológicos o de especialización son importantes. Todos estos elementos deben llevar a la institución a plantearse cómo **optimizar sus recursos**, maximizando su contribución al bienestar del consumidor con los recursos disponibles en un horizonte temporal de medio y largo plazo. En una situación de recursos públicos escasos y amplias demandas de actuaciones y soluciones de las instituciones de defensa de la competencia, es inevitable establecer un esquema de *priorización* en sus actuaciones⁶⁶. Este ejercicio debe ser el resultado de una reflexión profunda y fundamentada que permita, no solo optimizar los resultados en el corto plazo, sino también a largo plazo, y que permita justificar y entender una toma de decisiones que puede no siempre resultar intuitiva a simple vista.

En este contexto, puede resultar tentador para el prestigio y el reconocimiento de la institución abordar casos con alta repercusión mediática, aunque de facto su resolución no sea de los que más pueda contribuir al bienestar del consumidor de forma indirecta. No obstante, tampoco hay que ignorar que ese mayor prestigio puede facilitar la captación de recursos para la propia institución, tanto humanos como presupuestarios. Para una institución prestigiosa es fácil atraer, tanto a profesionales con una ya alta reputación, como a jóvenes capacitados y preparados que buscan aumentar su conocimiento y formación en centros de prestigio, dando lugar a una suerte de círculo virtuoso. De igual manera, ese prestigio puede facilitar los aumentos de presupuesto de la institución, dado que un Gobierno, o en su caso un Parlamento, estarán dispuestos a mantener o mejorar aquellas instituciones que se perciben como bien gestionadas y con buenos resultados. Una mayor aceptación de los consumidores contribuye igualmente a esa percepción.

Pero el mantenimiento de ese prestigio requiere también resultados en el largo plazo, para lo que puede ser oportuno abordar casos que requieren una mayor inversión de recursos, tanto de I+D, como de tiempo, sin notoriedad pública, pero cuya resolución puede repercutir, de forma muy notable, en el bienestar del consumidor, y eventualmente aumentan el prestigio de la institución. Estos casos, aun cuando su repercusión en los medios no sea significativa, y sean intensivos en el consumo de recursos, deberán ser igualmente abordados, y adicionalmente se deberá hacer un esfuerzo para ponerlos en valor.

⁶⁶ Kovacic (2009). “No task of administration is more important than selecting priorities”.

En el caso de la CNMC los grados de libertad para realizar ese ejercicio de priorización pueden estar limitados por la tradicional falta de competencia en la selección de casos que puede instruir. En el Libro Blanco de 2005 ya se mencionaba la necesidad, en aras a una mayor eficacia, de establecer mecanismos para que la Administración se pudiera centrar en los casos de mayor interés público, y dejar a los jueces aquellas conductas cuya afectación principal son los intereses privados de determinados operadores. En este sentido, la introducción en la reforma de 2007, de la regulación de las conductas de *minimis* viene a establecer una suerte de priorización automática, al excluir de la aplicación de la Ley aquellas conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar significativamente a la competencia, aunque ello no da pie a establecer un orden de prioridades entre conductas que sí la afectan pero con distinta intensidad. En la reforma que introduce la Ley 3/2013, se amplían las funciones del Consejo respecto al anterior y, específicamente, se le encomienda la aprobación de “sus planes anuales o plurianuales de actuación en que se definan sus objetivos y prioridades”, cabe explorar las posibilidades que esta nueva función específica brinda a la institución respecto a la priorización de actuaciones.

Existe un amplio consenso en que la priorización es una estrategia necesaria para optimizar los resultados de las instituciones de competencia y que es de utilidad contar para ello con la opinión de las partes interesadas y del gobierno, aunque en última instancia es una variable de decisión de la AC. Algunas instituciones hacen públicos sus criterios de priorización, otras, como la ACM de Holanda está implantando un sistema de consulta pública a través de su web, después de experimentar una experiencia muy positiva con este formato. En el caso de las prioridades de la CMA de Reino Unido, el gobierno establece su propia estrategia de prioridades, que somete a consulta pública, y que después traslada de manera transparente a la CMA, sin que por ello la vincule.

El capítulo de *capital humano*, centrado en la captación y retención de talento y conocimiento en estas instituciones es determinante a la hora de obtener buenos resultados⁶⁷. Para ello, es preciso contar con una política de formación de primer nivel y de promoción interna que despierten el interés de buenos profesionales por incorporarse a la institución. Las posibilidades de rotación en la

⁶⁷ Kovacic (2009). “Nothing is more vital to the success of the Commission than its human capital”.

institución contribuyen, con pocos recursos extras, a completar la formación de los profesionales de estas instituciones, y una política activa de intercambio con autoridades de otros países, o instituciones internacionales, supone un atractivo extra para despertar el interés de jóvenes profesionales. Es importante activar este tipo de políticas como forma de mejorar la posición competitiva de estas instituciones en el mercado laboral, dado su desventaja salarial respecto al sector privado en regulación y competencia. Invertir en un equipo fuerte, capacitado y motivado no solo redundará en una mejor calidad de los temas sustantivos sobre los que la institución emite sus informes y dictámenes, y por tanto contribuye a generar una mayor reputación, sino que es también un instrumento que facilita la estabilidad y el buen gobierno. El ejercicio competencial de las AC supone, con frecuencia, una intervención en las conductas de las empresas que puede minorar sus beneficios económicos, además de un daño reputacional, lo que conlleva un importante incentivo a que estas se procuren una defensa con los mejores profesionales tanto en el ámbito legal como económico. Es difícil que en el sector público puedan lograrse remuneraciones para estas instituciones superiores al resto de funcionarios de otros sectores⁶⁸, pero se debe ser consciente que una excesiva desigualdad entre el sector público y privado puede menoscabar los recursos técnicos sin los cuales es difícil, sino imposible, cumplir el mandato que la institución ha recibido del Parlamento.

En este ámbito, la CNMC se enfrenta a un reto adicional, que es la distinta naturaleza de los puestos de trabajo en las instituciones de origen que lo conforman actualmente. Mientras que en la CNMC el personal de la antigua CNC es prácticamente en su totalidad, salvo el economista jefe y algún puesto laboral, personal funcionario, el resto de personal procedente de las antiguas AR están sometidos al derecho laboral privado. Las consecuencias son importantes. El acceso a los puestos de trabajo en el área de competencia requiere la condición de funcionario, que solo se adquiere por oposición, y para los puestos más especializados y de más responsabilidad esta oposición debe ser, además, del nivel más alto. Adquirida la condición de funcionario, para ocupar uno de estos puestos, no se precisa una especialización previa en la materia, aunque evidentemente sea un criterio sustantivo de valoración. Por el contrario, para las demás áreas de la

⁶⁸ Aunque instituciones especializadas como la Agencia Tributaria o el Banco de España suponen ya una excepción.

CNMC la provisión de sus puestos se realiza de manera individual mediante un proceso de concurrencia competitiva en un mercado menos estrecho que el conformado por los funcionarios de carrera de alto nivel. Adicionalmente, la remuneración de unos y otros presenta diferencias que en determinados niveles son importantes⁶⁹. Todas estas restricciones dificultan la movilidad interna que en una institución multifuncional, como la CNMC, sería especialmente beneficiosa, a la vez que neutraliza el efecto positivo de captación de nuevos profesionales atraídos por las posibilidades de adquirir un extenso conocimiento derivado de la movilidad departamental.

La necesaria Cooperación y Coordinación. El contacto con el exterior es, como principio general, una fuente continua de conocimiento, actualización, y reflexión, elementos imprescindibles para cualquier institución con responsabilidades públicas, pero muy especialmente para aquellas cuyas resoluciones tienen un impacto en los mercados que condicionan el comportamiento de los agentes económicos, pudiendo afectar a su política de innovación o a sus decisiones de inversión. Su objetivo es contribuir al mejor funcionamiento de los mercados, pero no está exento del riesgo de cometer errores de alta repercusión en la vida de los operadores económicos. Cuanto mejor y más informado, y más actualizado sea su conocimiento, menor será la probabilidad de incurrir en errores, ya sean del tipo I o del tipo II.

Resulta pues de especial relevancia la preocupación que estas instituciones deben tener de instaurar mecanismos estables que le provean de ese necesario conocimiento actualizado de la evolución de la sociedad y, en especial, de las herramientas que afectan a los comportamientos económicos de los agentes en el mercado. En este contexto, la necesidad de I+D de una institución demanda la creación y consolidación de espacios donde se promuevan el debate, el intercambio de información y la cooperación en proyectos de investigación, pudiendo dotarse de convenios estables entre los centros de investigación universitarios y la autoridad de competencia o regulación. En su mandato se incluye la promoción de la defensa de la competencia, para lo que la organización de foros, conferencias o workshops resultan un instrumento eficaz para acceder a la información y estar actualizado sobre la evolución de los mercados y las prácticas comerciales. Igualmente, el intercambio de información entre AC y AR,

⁶⁹ Memoria CNMC 2015. Pag. 223.

nacionales e internacionales, es muy relevante. Los estudios entre autoridades para identificar restricciones a la competencia se han revelado, igualmente, de gran utilidad.

Esta cooperación y coordinación puede resultar de especial importancia en las relaciones de la AC con el poder jurisdiccional que revisa sus actuaciones. El mayor entendimiento entre ellos contribuiría a maximizar el beneficio que reporta a la sociedad el control jurisdiccional de los actos administrativos, minimizando, a la vez, el riesgo de incurrir en alargamientos excesivos de los plazos de ejecución del mismo, y lo que es más importante, el riesgo de decisiones confusas, poco coherentes, o en las que prevalece un criterio distinto al aplicado por las instancias de partida, y que resulta conocido muy a posteriori de las actuaciones llevadas a cabo por la autoridad de inicio. Una política de cooperación con las distintas instancias revisoras de las resoluciones de las AC y las AR, basada en la mutua consulta, debate y reflexión conjunta podría evitar los costes para el sistema en su conjunto que supone la revocación de decisiones de la autoridad varios años después, y con un alcance mayor que la concreta revocación, pues puede afectar a toda una política seguida por la institución durante años, con el consiguiente perjuicio en la imagen de seguridad jurídica que aparentemente se había conseguido. Un ejemplo ilustrativo lo supone la Sentencia del Tribunal Supremo que anula la Comunicación de la CNC de febrero de 2009, sobre el cálculo de Sanciones en caso de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la LDC. De haber seguido la CNC una política de cooperación y coordinación con estas instancias, antes de su publicación y de su efectiva aplicación, cabe esperar razonablemente, que o bien el razonamiento jurídico de estas instancias habría conducido a adoptar en la Comunicación una metodología compatible con la LDC, según su criterio, o por el contrario, estas instancias podrían haber compartido el razonamiento y los principios inspiradores de la Comunicación. Cualquiera de las dos opciones habría evitado que la CNC haya estado aplicando una metodología que finalmente ha sido invalidada por el Tribunal Supremo, más de seis años después de haber adoptado públicamente esa Comunicación. Esa cooperación institucional no tiene por qué suponer menoscabo alguno de la independencia de las instituciones que la practican.

Las inversiones. Para un mejor resultado, las necesidades de las AC estarán bien cubiertas si el plan de actuaciones se diseña en paralelo a los presupuestos de la institución. La política de coordinación y cooperación, arriba mencionada, es un gasto de inversión para la institución que se rentabilizará en forma de mayor

prestigio, consolidándola y posicionándola para la obtención de mayor apoyo público y político, ambos necesarios para mantener su posición en la sociedad. Un presupuesto al servicio de la institución debe, además, ser suficientemente flexible para adaptarse a las necesidades de cada momento, evitando que sea la inercia presupuestaria quien determine su composición final, frenando sus necesidades de mejorar su conocimiento e incorporar métodos y teorías innovadoras para la defensa de la competencia.

Otras inversiones importantes para una AC, especialmente en un momento donde la transformación digital de la economía y la sociedad es una realidad, son las inversiones en tecnologías de la información y la comunicación (TIC) y en I+D, que le permitirá dotarse de instrumentos suficientes para abordar el conocimiento y análisis de una economía que se ha vuelto digital.

El desarrollo tecnológico, basado en las TIC de los años más recientes, está suponiendo una transformación drástica de las formas en las que los agentes económicos interaccionan, nuevos modelos de negocios, y nuevos mecanismos de adquisición de bienes y servicios por los consumidores. Y ello tiene un efecto directo en las nuevas formas de llevar a cabo actuaciones que están prohibidas por las normas de defensa de la competencia. Las plataformas digitales, el uso de los datos que generan los millones de transacciones que diariamente se realizan en el ámbito digital, el diseño de algoritmos para la fijación de precios en línea, etc., exige de las AC una inversión continua en I+D que les permita adquirir el conocimiento necesario para poder entender y analizar estos nuevos modelos y su compatibilidad con las normas de competencia. El acompañamiento en una inversión en TIC es imprescindible para poder poner en marcha esos nuevos desarrollos imprescindibles para que la AC pueda desarrollar su mandato.

La autoridad británica, la CAM, recientemente ha resuelto tres casos de infracción de su norma en el marco de restricciones sobre fijación de precios en entornos digitales. Dos de ellos implicaban un mantenimiento de los precios de reventa, y el tercero un acuerdo horizontal de cártel en el que el cártel se fijó por medios tradicionales como llamadas de teléfono e intercambios de correos electrónicos, pero que la monitorización se hizo mediante un software automatizado de precios que garantizaba que ninguna de las partes podía reducir el precio fijado por la otra a un cliente final. A los conocimientos clásicos en economía industrial y derecho de la competencia será preciso incorporar conocimientos más técnicos del ámbito digital que facilite el análisis de los comportamientos

de los agentes para poder ser analizados desde la óptica de la defensa de la competencia.

El papel de los algoritmos de fijación de precios *on line* sin duda tiene importantes implicaciones en el campo de la competencia que requiere la atención de las AC. La CAM ya ha advertido a los proveedores de software sobre la responsabilidad que tienen si facilitan productos que ayudan a los cartelistas a implementar acuerdos ilegales. En este caso, la CAM por primera vez aplicó como sanción la “prohibición de que el director de la empresa responsable pueda ocupar durante cinco años un cargo en el consejo de ninguna compañía de Reino Unido”.

Sin embargo, las necesidades de I+D no solo se justifican en el ámbito de nuevos desarrollos tecnológicos para valorar y entender su uso y efecto sobre las conductas de los agentes. Es importante también invertir en I+D en el ámbito de aplicación de los instrumentos, ya clásicos, y cómo estos pueden ser más adecuados para unos mercados que otros, dependiendo, por ejemplo, de sus características estructurales⁷⁰. Participar y apoyar este tipo de investigación contribuye a formar y mejorar el conocimiento de esta disciplina y fortalecer la capacidad de análisis y fundamentación de estas instituciones, permitiéndoles cuestionar, con el avance de las investigaciones, resultados no siempre intuitivos en los comportamientos de los agentes.

A la hora de configurar el presupuesto es importante tener presente que todos estos elementos de gasto suponen una inversión para la institución que se rentabilizará en forma de mayor prestigio, consolidándola y posicionándola para la obtención de mayor apoyo público y político, ambos necesarios para mantener su posición en la sociedad.

La importancia de la **comunicación**⁷¹. No hay dudas del beneficio que le reporta a una institución alcanzar una imagen de excelencia y prestigio. Es impres-

⁷⁰ A modo de ejemplo, Ellis y Wilson (2001), basándose en un modelo de competencia a la Bertrand, sostienen que, en mercados poco concentrados, la política de clemencia genera un efecto de disuasión y desestabilización de los cárteles, pero en mercados concentrados habría un efecto perverso de fortalecimiento de los cárteles, que se traduciría en mayores precios y márgenes.

⁷¹ Kovacic (2015). “Sin grandes titulares, nadie ve reconocida su acción en el seno de una institución, al menos en el corto plazo, y los beneficios de largo plazo no suelen ser capitalizados por quienes invirtieron para ello. Por eso es más tentador “consumir” que “invertir”.

cindible para ello dictar resoluciones bien fundamentadas, que sirvan para poner fin a aquellas conductas que perjudican a los consumidores y que disuadan a otros operadores de incurrir en las mismas prácticas. La labor de promoción, basada en informes, estudios, recomendaciones, etc. es otro importante instrumento a su servicio. Todos ellos deben ir en paralelo a una activa política de relaciones institucionales que velen por mantener informada a la sociedad de las actuaciones y el papel que las agencias desempeñan.

Rendir cuentas ante el Congreso de forma periódica, voluntaria y profusa, aunque puede ir más allá del mandato legal, es un ejercicio de transparencia que contribuye a la buena imagen de la agencia. Y lo mismo puede derivarse de las relaciones que se establezcan con las AC Autonómicas, con otras agencias internacionales, grupos de consumidores, asociaciones y otras instituciones académicas públicas y privadas. El contacto con todas ellas supone una fuente adicional sobre las inquietudes e intereses de cada una de ellas de gran utilidad a la hora de contrastar los resultados de la agencia y en la elaboración del Plan Estratégico.

La creación de una marca de prestigio contribuye no solo a lograr el apoyo de terceros sino también a involucrar al personal de la agencia, pues un liderazgo de la institución influye, de manera muy especial, en la motivación de su personal y, consecuentemente, en sus éxitos.

Para lograr el prestigio de una agencia es necesario contar con resoluciones, informes y estudios de calidad que respondan de forma eficaz al objeto de la misma, pero puede no ser suficiente si no se consigue dar a conocer esa labor. Un Plan de Comunicación puede resultar un instrumento fundamental para lograr ese reconocimiento que si se deja descansar solo en la buena calidad de sus actuaciones puede que tarde mucho en llegar o que incluso no alcance a todos los grupos sociales y consumidores.

En esta función de comunicación, donde la prensa es un factor clave, destaca la reflexión que plantean Jiménez, Perdiguero y Gutiérrez (2015) sobre el sesgo que existiría respecto a la importancia que refleja la prensa cuando los resultados de la revisión jurisdiccional suponen una revocación de las sanciones que impone la AC, frente a los casos en los que esta revisión acaba en una confirmación. Es importante teniendo en cuenta que según sus análisis *“los periódicos nacionales y regionales han sido el principal canal de difusión de las noticias sobre la actividad de la anterior autoridad de competencia en España”*. Y un segundo

elemento, que identifican en su análisis, es que las noticias sobre sanciones aparecen con más intensidad que las noticias sobre las demás funciones de la AC, como por ejemplo las fusiones o los eventos de promoción de la competencia. Este tipo de sesgos no contribuyen ni a transmitir la importancia de la labor de la AC, ni a prestigiar la institución, con la consecuente influencia negativa en la propia efectividad de la Institución, derivada de un posible debilitamiento del efecto disuasorio que persiguen sus resoluciones. De confirmarse estos resultados preliminares, según sus autores, convendría reflexionar sobre cómo reforzar la política de comunicación, en especial para lograr una mayor concienciación del papel que la prensa puede tener en la efectividad del SDC y, por tanto, su cuota de responsabilidad.

Los beneficios de la **evaluación, revisión, y autocrítica**⁷². Existe una preocupación creciente por la importancia de la evaluación *ex post* para la mejora de los resultados de las AC (Kovacic, 2006), lo que se refleja en los distintos métodos y modelos que se han venido publicando en los últimos años (Delgado, Otero y Pérez Asenjo, 2016). Hacer una valoración del éxito de una AC no es fácil, pero es imprescindible acometerlo para evaluar una política pública y confrontar su coste con el beneficio que reporta a la sociedad. Ciertamente, las variables típicas, tradicionales y fáciles de usar, como las sanciones o el número de expedientes, han venido sirviendo como *proxys* para medir la aportación a la sociedad del coste de la política de defensa de la competencia. Pero en un mundo dinámico y de cambio tecnológico, como el actual, es preciso sofisticar la evaluación y buscar los criterios que mejor puedan acercarse a esa medida de éxito.

La finalidad de una evaluación está en averiguar si los objetivos fijados por la AC se han logrado, en qué medida, y qué lecciones se pueden aprender para la mejora de su diseño como política pública. Elementos básicos para la evaluación son la existencia de un mandato de la Agencia, la claridad en la definición de su objeto, o la disponibilidad presupuestaria y el uso que de ella se haga. El Plan Estratégico y sus Planes de Actuación resultan un instrumento fundamental para acometer esa evaluación, ya que es donde la agencia ha reflejado sus metas y ha definido cómo se va a instrumentalizar el proceso para alcanzarlas.

⁷² Muris (2005). “El éxito de una agencia no puede medirse ni por el número de casos que gestiona, ni por la importancia que la prensa le da o no a estos casos”.

Este ejercicio de evaluación de eficacia no solo sirve también para presentar una exhaustiva rendición de cuentas sino que es de utilidad para corregir errores e incorporar novedades. El resultado de la evaluación sirve para cuestionar la suficiencia e idoneidad de sus instrumentos, del procedimiento y del propio modelo institucional. Es en interés de la propia AC la realización de todo tipo de evaluaciones, ya sean internas, mediante *peer review*, o por mandato de terceros. En ausencia de una obligación legal, se aconseja hacerlas con una periodicidad no mayor a cinco años con objeto de que las AC puedan tomar a tiempo las medidas necesarias para mejorar sus resultados y garantizar una eficaz política de defensa de la competencia. Sirva como ejemplo, la evaluación realizada en 1969 de la FTC por encargo del Congreso de los EE.UU. (Kovacic y Hyman, 2016), que aunque estuvo a punto de provocar la disolución de la FTC, fue utilizada para acometer una profunda reforma que la convirtió en lo que es actualmente, una de las instituciones de defensa de la competencia más prestigiosas del mundo.

La actitud de una institución a favor de evaluar sus propios resultados, de estar en continua actitud de autocrítica, y de proponer mejoras para su siguiente etapa, usando el instrumento de su Plan Estratégico, es un ejercicio que contribuye a crear, mantener y fortalecer su prestigio y su liderazgo.

7. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La comparación internacional permite concluir la inexistencia de un único diseño óptimo institucional. Se debe tener en cuenta el contexto temporal en el que se inserta el SDC en cuestión, su historia pasada, sus mandatos, sus necesidades, sus recursos, pero sin olvidar los principios y criterios que deben establecerse a la hora de valorar cómo acometer cada uno de los elementos antes señalados, y que: (1) los sistemas de DC existen para contribuir al bienestar del consumidor; (2) los productos y servicios que demanda el consumidor cambian y evolucionan con el tiempo, con el desarrollo cultural y muy especialmente con el avance de las nuevas tecnologías; (3) se generan nuevos modelos de negocios que suponen cambios importantes en las relaciones tradicionales entre los agentes; (4) la I+D en este campo ofrece nuevas herramientas de análisis y nuevas teorías que deben ser incorporadas al acervo de la defensa de la competencia, y que en ocasiones pueden modificar la interpretación que se venía haciendo de determinadas cuestiones; y (5) que la evaluación de las instituciones es un ins-

trumento muy útil que revela sus necesidades de mejoras. Cualquier modificación en el sistema debe preservar su independencia, conservar su imparcialidad y no perder la experiencia y profesionalidad adquirida para lograr o mejorar su efectividad.

Todos los sistemas son susceptibles de mejorarse, en EE.UU., por ejemplo, existen peticiones para suprimir la rama de competencia de la FTC y dejar su aplicación al DoJ, o centrar las decisiones en materia de fusiones en una de las dos instituciones. También existen voces para la separación de la instrucción y la resolución en el seno de la UE. Reino Unido ha realizado cambios institucionales recientemente, y también Francia. España ha acometido importantes modificaciones en los últimos 25 años, y como resultado de los acuerdos políticos alcanzados en la presente legislatura, en estos momentos se está proponiendo una nueva reforma institucional. Antes de llevar a cabo dicha reforma parece pertinente plantearse algunas cuestiones de interés sobre las que reflexionar, algunas de las cuales, de manera no exhaustiva, se exponen a continuación.

Recomendaciones

Búsqueda de Motivación y consenso parlamentario. Sería altamente recomendable que, una reforma de este calado, en tan corto espacio de tiempo desde la anterior, y que pretende deshacer parte de la anterior, naciera con un elevado consenso parlamentario que dotaría de estabilidad a la institución o instituciones resultantes. Las reformas institucionales acometidas sobre las AC y regulación han sido muchas. La Comisión Nacional de la Energía se creó en 1995, con funciones solo en el ámbito de la energía eléctrica, poco tiempo después, en 1998 se amplían sus competencias al resto del sector energético; la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones comienza su funcionamiento en 1996 y en 2005 se trasladó su sede a Barcelona, y la Comisión Nacional de la Competencia nace en 2007 con la integración de los antiguos Servicio de Defensa de la Competencia y Tribunal de Defensa de la Competencia, en contraste con la *Federal Trade Commission* que no ha sufrido reformas significativas desde su creación en 1914. Durante todos estos procesos de cambio, el ritmo habitual de desempeño de sus funciones se ha visto inevitablemente alterado, la incertidumbre y la temporalidad generan incertidumbre en las instituciones, que se intensifica cuando las modificaciones son controvertidas y no gozan de consenso político. Incluso una vez sancionados por el Parlamento, los costes de transición que suponen su

implementación y su consolidación requieren un cierto tiempo durante el cual se acusa una ralentización del trabajo. Con objeto de minimizar estos efectos adversos no deseables resulta aconsejable realizar solo aquellos cambios que realmente resulten imprescindibles para el mejor funcionamiento de las instituciones, razones por las cuales estos deben llevarse a cabo tan solo cuando hay sólidas expectativas de mejora. Y, en todo caso, siempre bajo el mayor consenso posible, pues este contribuye a reducir los efectos negativos. Las reformas, recientes, tanto en España como en Holanda (Cseres, 2013), parecen tener más motivaciones políticas y presupuestarias que de mejora institucional en pos de la efectividad y rendimiento de las instituciones, lo cual no tiene por qué ser un obstáculo para la búsqueda de ese aconsejable consenso, y una oportunidad para incrementar la calidad del sistema.

Creación de un Grupo de Trabajo para la reforma de las instituciones de regulación y competencia. La competencia del diseño institucional sobre estas instituciones reside en el Parlamento, quien debe promulgar la norma que rige el modelo de defensa de la competencia, tanto en lo sustantivo como en lo procedimental, pero corresponde al Ejecutivo, y en concreto al Ministerio de Economía en este caso, elevar a Consejo de Ministros el Proyecto de Ley. Las instituciones de Competencia tienen una experiencia acumulada en España de más de cincuenta años de funcionamiento y las de regulación superan los veinte años, y la CNMC lleva ya más de tres años de funcionamiento. Resulta pues evidente, que en la CNMC se concentra actualmente la mayor parte de la experiencia y conocimiento sobre su funcionamiento, por lo que parece razonable pensar que una parte importante de ese grupo de trabajo debe estar formado por los directivos de la CNMC, quienes contando con los directores de sus distintas unidades, y dirigidos por el Ministerio, tengan una parte activa de la reflexión, análisis y propuesta final que el Ministerio resuelva elevar a Consejo de Ministros. No fue el proceso seguido para el diseño de la CNMC pero sí lo ha sido para el de la Autoridad de los Mercados y la Competencia holandesa. En este grupo de alguna forma, debería participar, o al menos tener conocimiento de los trabajos realizados, la comisión parlamentaria correspondiente, aunque solo fuera a título consultivo.

La necesidad de una evaluación previa a cualquier reforma. La primera decisión de este Grupo de Trabajo debería ser poner en marcha un proceso de evaluación del funcionamiento de la CNMC que permita identificar los puntos fuertes de la institución y sus carencias, ya sea en términos de diseño,

de estructura, de coordinación, o de recursos humanos, tecnológicos o presupuestarios. El tiempo transcurrido desde su puesta en marcha, junto a la experiencia de otras instituciones similares como la AMC de Holanda, permite acometer un análisis con una alta contrastación empírica, y poder aprender de la experiencia, y no solo del marco conceptual teórico que en otras ocasiones ha sido la única fuente de inspiración. Se dispone, además, de diversos instrumentos de análisis que permiten abordar una evaluación multifuncional, y que permitiría plantear distintos escenarios de la futura reforma. Como complemento a esa evaluación podría tenerse en cuenta el Libro Blanco de 2005, no tanto como instrumento metodológico, sino para contrastar qué elementos planteados allí pero no tenidos en cuenta en la reforma de 2007 seguirían siendo aún pertinentes.

Revisión del modelo institucional. En paralelo a la evaluación antes planteada, se puede avanzar con el tratamiento en paralelo de las restricciones ya identificados durante sus años de funcionamiento, creando grupos específicos de trabajo para estudiar y plantear respuestas a cuestiones como:

- *Restricciones de acceso.* Plantearse una reforma del acceso a la carrera profesional de la AC en base a la necesidad de una mayor especialización técnica, que es la misma que se demanda respecto de sus órganos directivos. En la actualidad, solo funcionarios de carrera pueden acceder a la instrucción de expedientes por conductas contrarias a la LDC, no así para la instrucción de expedientes de cualquiera de las demás áreas de la CNMC. El origen deviene de la naturaleza orgánica dependiente del Ministerio de Economía que tuvo el departamento de instrucción. Esa dependencia orgánica desaparece con la reforma de 2007, pero no así la restricción de acceso que aún se mantiene y sin que se haya siquiera cuestionado, y aún menos motivado, su idoneidad. En la búsqueda de poder contar con capital humano especializado en la materia objeto de regulación, otros órganos regulatorios como el Banco de España, o la Comisión Nacional del Mercado de Valores, cuentan con un sistema de acceso por oposición y por concurso que testa el conocimiento y la experiencia específica de su materia, o en el caso de las Comisiones sectoriales de Regulación, mediante un concurso de méritos en concurrencia competitiva. Estos sistemas más flexibles amplían las posibilidades de captar personal ya formado en los campos de interés, y permitiría una rotación interna de personal, como sucede en su homóloga de Holanda, la ACM,

que actualmente no es posible en la CNMC. Esto supone, de facto, un freno importante a la movilidad interna que resulta contradictorio con uno de los objetivos de la reforma de 2013, como era la maximización de las sinergias derivadas de la integración de conocimientos complementarios. Por otro lado, dado el costoso sistema de acceso a las oposiciones de alto nivel de la función pública que representa el sistema actual de oposición, esta restricción supone renunciar a la captación de otros profesionales senior de alto nivel y con amplia experiencia en la materia que aportarían un valor añadido distinto al que otorga la función pública. Esta disciplina ha atraído el interés de muchos profesionales y docentes universitarios en las últimas décadas, de suerte que se cuenta en la actualidad con un colectivo muy bien formado en la defensa de la competencia del que la administración no puede obtener un beneficio directo.

- *Incentivos económicos.* Si bien la infradotación salarial a la que ha llegado toda la función pública no es exclusiva del ámbito de la defensa de la competencia, sino de toda la administración, concurren además otros dos elementos que acentúan este perjuicio, y que dificultan no solo la captación, sino especialmente la retención de personal funcionario de alta cualificación profesional en esta materia. Por un lado está el que los distintos regímenes laborales en el seno de la institución implican también diferencias salariales no justificadas en la responsabilidad ni en las capacidades de los puestos de trabajo de unas y otras áreas. Elemento que puede dificultar las ya escasas y difíciles oportunidades de movilidad antes señaladas. Por otro lado, la excesiva diferencia de remuneración entre la actividad pública y la privada en este campo de la actividad económica, es un desincentivo importante para que buenos profesionales formados en estas instituciones terminen abandonando la institución pública en busca de una legítima y comprensible mejora en sus remuneraciones, lo que supone una pérdida importante de la inversión en capital humano realizada por la institución.
- *Factores institucionales que dificultan la eficacia.* Para abordar algunas de las propuestas que van a continuación, parece pertinente destacar antes el hecho de que para una aplicación efectiva de la defensa de la competencia es imprescindible llegar a tiempo al mercado para impedir la continuidad de la conducta infractora, y de que estamos ante procedimientos administrativos, o civiles en determinados casos, pero no penales. Par-

tiendo de esta realidad podrían explorarse algunas modificaciones que si bien suponen un cambio sustantivo en los procedimientos tradicionales, no necesariamente tienen que mermar la seguridad jurídica, aunque esa probablemente sea la opinión de la visión más garantista. Seguro que con un debate profundo y de manera integral sobre las cuestiones de separación de instrucción y resolución, revisión jurisdiccional, o especialización de salas, se podría llegar a un modelo adaptado al caso concreto de España, que otorgue al sistema la suficiente garantía jurídica, pero incrementalmente la efectividad del sistema en su conjunto. Los elementos objeto de revisión conjunta serían:

- *Revisión del estricto modelo actual de separación de instrucción y resolución*, con objeto de que el ponente de un expediente pueda, al menos conocer la investigación y proponer, de manera quizás no vinculante, una línea de instrucción. Recordemos que el órgano resolutorio es un órgano colegiado, no unipersonal, lo que abunda en el mantenimiento del requisito de imparcialidad que está detrás de esta separación.
- *Revisión del actual sistema de revisión jurisdiccional*, en el sentido de reducir el número de instancias, al menos para determinados tipos de infracción. Esta propuesta estaba ya contenida en el Libro Blanco de 2005.
- *Creación de salas especializadas* en las jurisdicciones de la AN y TS, o en su defecto dotarlas de equipos de apoyo y asesoramiento especializados.

Revisión de instrumentos sancionadores. La Sentencia del Tribunal Supremo de 2015, que declara la falta de amparo legal para la aplicación de la Comunicación de Sanciones hecha pública en febrero de 2009, plantea que el mantenimiento de una metodología como la contenida en esa guía requeriría un cambio de la LDC que especificara los criterios aplicados en ella. Es decir, que parece indicar como solución el que el contenido de la Comunicación se inserte en la ley, si es que se quiere aplicar dicha metodología. Teniendo en cuenta que se trata de un modelo en línea con las metodologías de cálculos de sanciones tanto de la Comisión Europea, como de otras jurisdicciones, y que la Comisión Europea ha presentado una Propuesta de Directiva en marzo de 2017 “encaminada a facultar a las AC de los Estados miembros para aplicar la normativa con más eficacia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior”, en la que explícitamente se refieren a la capacidad de las AC nacionales para aplicar la defensa de la competencia de manera eficaz, parece

razonable instar a un cambio de la LDC que permita una aplicación eficaz del instrumento sancionador con un objetivo disuasorio.

En este sentido, puede también abrirse el debate sobre la pertinencia de mantener una tipificación de infracciones como la introducida en la reforma de 2007, y que no existió en las normativas anteriores, que distingue entre muy graves, graves, y leves, cuando, por otro lado, la declaración de ilegalidad de estas conductas, salvo las conductas anticompetitivas por su objeto, requiere una prueba de efectos. Parece más lógico relacionar la cuantía de la multa con los perjuicios y los beneficios ilícitos que genera que con una tipificación estándar cuya aplicación a un caso concreto puede estar muy alejada del impacto real de la conducta, máxime cuando, a diferencia de otro tipo de infracciones administrativas y penales en otros ámbitos sancionadores, en la defensa de la competencia no hay una tipificación cerrada de conductas.

Adicionalmente, dadas las dificultades prácticas de conseguir un cálculo de sanciones disuasorias y proporcionadas, podría abrirse el debate sobre otros instrumentos como el recientemente incorporado por la AC de Reino Unido, que sanciona de manera individual a los responsables directos de la infracción, inhabilitándolos para ocupar puestos de dirección similares. Deben identificarse las posibilidades de aplicar este tipo de sanciones, de forma compatible con el ordenamiento jurídico español.

Búsqueda de la excelencia y la especialización en los nombramientos de los directivos. Se trata de una institución de claro contenido técnico donde la experiencia y la especialización en la materia son un requisito imprescindible. Las trayectorias de los actuales nombramientos en instituciones como la FTC, el Bundeskartellamt, la Unión Europea, Reino Unido, o Australia, tanto a nivel de miembros del consejo como a niveles de directores es un ejemplo a seguir. La selección debe realizarse al margen de criterios políticos. Si en el marco de una legislatura el gobierno considera imprescindible que la política de defensa de la competencia deba dirigirse hacia objetivos complementarios a la política económica, que legítimamente le compete, deben articularse mecanismos propios para que se pueda plantear ese debate con transparencia, como los articulados en Reino Unido con respecto a los Planes Estratégicos de gobierno y la CMA. Incluso en el caso de la FTC, donde el presidente nombra a su director, no puede haber más de la mitad de consejeros del mismo partido político, y en todo caso todos ellos tienen un conocimiento, experiencia y reputación técnica en la materia.

Otros elementos que mejorarían la eficacia del sistema:

- *Capacidad real para establecer criterios de priorización de investigaciones y poder explicitarlos en su Plan Estratégico.*
- *Desarrollar canales estables y transparentes de coordinación y cooperación con terceros, especialmente con las instancias revisoras, la universidad, y otras entidades regulatorias.*
- *Un mayor uso del análisis económico y una revisión profunda de los instrumentos disponibles respecto a los retos que plantea la nueva economía digital.*

Por todo lo antes mencionado, parece oportuno plantearse una reforma, que abarcaría no solo a la Ley 3/2013 sino al menos también a la Ley 15/2007, más allá del pacto político entre partidos que parece ser la principal motivación. Tener presente la importancia de la coordinación en un mundo donde la separación vertical está desapareciendo y cada vez más varias instituciones tienen que entender de un mismo tema desde ópticas distintas, y que en palabras de W. Kovacic (2014), y en referencia a la reciente reforma de Reino Unido: “To take the risks that come with such a drastic renovation makes sense only if the new regime promises marked improvements upon the performance of its already distinguished predecessor”.

Referencias bibliográficas

- ABA (2003): *Report On Antitrust Policy Objectives*, American Bar Association. Disponible en https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/antitrust_law/report_policyobjectives.authcheckdam.pdf.
- Alves S., J. Capiáu, and Sinclair, A. (2015): “Principles for the Independence of Competition Authorities”, *Competition Law International* 2, Vol. 11. No.1- April 2015 http://www.ibanet.org/Publications/Competition_Law_International_April_2015.aspx.
- Baker, J. (2013): “Economics and Politics: Perspectives on the Goals and Future of Antitrust”. 81 *Fordham Law Review* 2175. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2200183> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2200183> BAKER 2013 Goals of Competition Law.

- Baker, J.B. (2015): “Antitrust, Competition Policy, and Inequality”. *Georgetown University Law Center*, Georgetown Law Library. <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1462>.
- Becker, G. (1968): “Crime and Punishment: An Economic Approach”, *The Journal of Political Economy* 76. pg. 169-217.
- Berenguer, L. Giner, C. (2010): “Los Fines del Derecho de la Competencia en España y sus Antecedentes en España”. En *La Nueva Legislación Española ante la Evolución del Derecho de la Competencia*, pp. 65-118. Colección Derecho. Fundación Rafael del Pino. Madrid. Ed. Marcial Pons.
- Biber, E. (2009): “Too many things to do: How to deal with the dysfunctions of multiple-goal agencies”, *Harvard Environment Law Review*. Vol. 33. Disponible en <https://ssrn.com/abstract=1376612>.
- Blair, R.D. y Sokol, D.D. (2013): “Welfare Standards in U.S. and EU Antitrust Enforcement”, *Fordham Law Review*, Volume 102: 81-145, 2013. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2195938> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2195938>.
- Bork, R.H. (1965): “Goals of Antitrust: A Dialogue on Policy”, *Yale Law School Faculty Scholarship Series*. En https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4155&context=fss_papers.
- Bork, R.H. (1978): *The Antitrust Paradox. A Policy at War with Itself*, The Free Press (1993).
- Borrell, J.R. y Jimenez, J.L. (2008): “The drivers of antitrust effectiveness”, *Hacienda Pública Española / Revista de Economía Pública*, 185-(2/2008): 69-882008. Disponible en http://www.ub.edu/gim/wp-content/uploads/2013/10/185_drivers.pdf.
- Buccirossi, P. y Spagnolo, G. (2005): “Optimal Fines in the Era of Whistleblowers. Should Price Fixers still Go to Prison?”, *Lear Research Paper* No. 05-01. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=871726> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.871726>.
- Buccirossi, P., Ciari, L., Duso, T., Spagnolo, G. y Vitale, C. (2008): “A study on the effectiveness of competition policy”. Report prepared by Lear for the Directorate General for Economic and Financial Affairs of the European Commission.

- Buccirossi, P., Ciari, L., Duso, T., Spagnolo, G., y Vitale, C. (2009): “Measuring the deterrence properties of competition policy: the Competition Policy Indexes “. *Discussion Paper* N°. 284. Governance and the Efficiency of Economics System. GESY. Disponible en <https://sfbtr15.de/uploads/media/281.pdf>.
- Buccirossi P., Ciari, L., Duso, T., Spagnolo, G., y Vitale, C. (2011): “Competition Policy and Productivity Growth: An Empirical Assessment”. Disponible en http://dice.hhu.de/fileadmin/redaktion/Fakultaeten/Wirtschaftswissenschaftliche_Fakultaet/DICE/Discussion_Papeel_r/022_Buccirossi_Ciari_Duso_Spagnolo_Vitale_2.pdf.
- Carlton, D. (2007): “Does Antitrust Need to be Modernized?”, *Economic Analysis Group Discussion Paper* No. 07-3. disponible en SSRN:<https://ssrn.com/abstract=956930> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.956930>.
- Castañeda, A. (2014): “Algunos Recuerdos y Reflexiones en el Cincuentenario de la Primera Ley de Defensa de la Competencia en España”, *Revista de Información Comercial Española*, N° 876. Enero-Febrero 2014. Pag. 105-123. Disponible en http://www.revistasice.com/CachePDF/ICE_876_105-124__59B51ABC45C33845B63FA26DDA5CFB9F.pdf.
- Comisión Europea (1998): XXVIII Informe Sobre la Política de Competencia 1998. Bruselas-Luxemburgo 1999. Comunidades Europeas.
- Comisión Europea (2012): Comunicación de la Comisión al Parlamento, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Modernización de las ayudas estatales en la UE. COM (2012) 209 final.
- Comisión Europea (2016): Comunicación de la Comisión al Parlamento, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Las Plataformas en línea y el mercado único digital. Retos y oportunidades para Europa. COM/2016/0288final/2.
- Comisión Europea (2017): Informe Sobre la Política de Competencia 2016. Bruselas, 31.5.2017. COM(2017)285 final.
- CNMC (2017): Plan de Actuación 2017 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Mayo 2017 (https://cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/CNMC/201705_Plan%20de%20actuacion%202017.pdf).
- Crane, D.A. (2011): *The Institutional Structure of Antitrust Enforcement*, Oxford University Press.

- Crane, D.A. (2016): “Antitrust and Wealth Inequality”, *Cornell Law Review*, Volume 101.1171. <http://scholarship.law.cornell.edu/clrvol101/iss5/2>.
- Cseres, K.J. (2013). “Integrate or separate. Institutional design for the enforcement of competition law and consumer law”. Amsterdam Centre for European Law and Governance Research Paper N°. 2013-03. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2200908> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2200908>.
- Delgado, J., Otero, H., y Pérez-Asenjo, E. (2016). “Assessment of antitrust agencies’ impact and performance: an analytical framework”, *Journal of Antitrust Enforcement*, Volumen 4. Disponible en <https://academic.oup.com/antitrust/article-abstract/4/2/323/2196293/Assessment-of-antitrust-agencies-impact-and?redirectedFrom=fulltext>.
- Evans, D.S. y Padilla, A.J. (2005). “Designing Antitrust Rules for Assessing Unilateral Practices: A Neo-Chicago Approach”, *University of Chicago Law Review*, Vol.72. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=580882.
- Ellis, C. y Wilson, W. (2003): “Cartels, Price-fixing, and Corporate Leniency Policy: What Doesn’t Kill Us Makes Us Stronger”, University of Oregon, Eugene. Disponible en https://editorialexpress.com/cgi-bin/conference/download.cgi?db_name=IIOC2008&paper_id=339.
- Elzinga, K.G. (1977): “The Goals of Antitrust: Other than Competition and Efficiency, What else Counts?”, disponible en http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4964&context=penn_law_review.
- Fels, A. y Ergas, H. (2014): “Institutional Design of Competition Authorities”. Background Note for the Roundtable on Changes in Institutional Design of Competition Authorities. Held at OCED on 17-18 december 2014. DAF/COMP/WD(2014)85.
- Fox, E.M. (1981). “Modernization of Antitrust: A New Equilibrium”, 66 *Cornell Law Review* 1140. Available at: <http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol66/iss6/3>.
- Fox, E.M. (1987): “The battle for the Soul of Antitrust” 75 *Cal. L. Rev.* 917. Disponible en: <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol75/iss3/6>.

- Fox, E.M. y Trebilcock, M.J. (2013): *The Design of Competition Law Institutions. Global Norms, Local Choices*, Oxford University Press.
- Freeman, P. (2013): “Competition decision making and judicial control. The role of the specialised tribunal”, *The Centre for Competition Policy UEA Annual Conference, Norwich*. Disponible en http://www.catribunal.org.uk/files/Competition_Decision_Making_and_Judicial_Control_The_rol_of_the_specialised_tribunal_06-070613.pdf.
- Hammond, S.D. (2010): “The evolution of criminal antitrust enforcement over the last two decades”. Presentado en The 24th Annual National Institute on White Collar Crime. Disponible en <http://www.justice.gov/atr/file/518241/download>.
- Hovenkamp, H. (2005): *The Antitrust Enterprise. Principle and Execution*, Harvard Univeristy Press.
- Hovenkamp, H.J. (2009): “Knowledge About Welfare: Legal Realism and the Separation of Law and Economics”, *Minnesota Law Review*, Vol. 84, p. 805, 2000; U Iowa Legal Studies Research Paper No. 09-30. Disponible en SSRN:<https://ssrn.com/abstract=1404577>.
- Hyman, D.A. y Kovacic, W.E. (2013): “Institutional Design, Agency Life Cycle, and the Goals of Competition Law”, *Fordham Law Review*, Vol. 81. Iss.5 Art.3. Disponible en: <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol81/iss5/3>.
- ICN (2006): Competition and the Judiciary. A report on a survey on the relationship between Competition Authorities and the Judiciary. Disponible en www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc594.pdf.
- ICN (2008): Agency Effectiveness Project. Disponible en www.cade.gov.br/as-suntos/international/agencies-effectiveness-project-abril-2008.pdf.
- ICN (2013): 12th ICN Annual Conference. Special Project. Working with Courts and judges. Disponible en <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc926.pdf>.
- ICN (2016): The Future of the ICN in its second decade. Final Report. Paris. Disponible en <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1089.pdf>.

- ICN (2017): Setting of fines for cartels in ICN jurisdictions. Report to the 16th ICN Annual Conference. Porto. Mayo 2017. Disponible en <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1127.pdf>.
- Ilzkovitz, F. y Dierx, A. (2015): “Ex-post economic evaluation of competition policy enforcement: A review of the literature”. Comisión Europea. DG COMP. Disponible en http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/expost_evaluation_competition_policy_en.pdf.
- Jacobs, M.S. (1995): An Essay on the Normative Foundations of Antitrust Economics, 74 *N.C. L. Rev.* 219. Disponible en: <http://scholarship.law.unc.edu/nclr/vol74/iss1/6>.
- Jenny, F. (2016): “The institutional design of Competition Authorities: Debates and Trends”. Disponible en SSRN:<https://ssrn.com/abstract=2894893>.
- Jiménez, J.L., Perdiguero, J., y Gutiérrez, I. (2015): “La difusión de las noticias sobre política de competencia y su efecto sobre el enforcement”, *Papeles de Economía Española* N° 145. ISSN: 0210-9107. Regulación y Política de Defensa de la Competencia en España. Pág. 126.
- Kirkwood, J.B. y Lande, R.H. (2008): “The Fundamental Goal of Antitrust: Protecting Consumers, Not Increasing Efficiency”, *Notre Dame Law Review*, Vol. 84, 2008; *Seattle University School of Law Research Paper* No. 09-02. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1113927>.
- Kovacic, W.E. (1997): “The quality of appointments and the capability of the Federal Trade Commission”. 49 *Admin Law Review*, 915. Disponible en <http://www.jstor.org/stable/40709882?origin=JSTOR-pdf>.
- Kovacic, W.E. (2006): “Using Ex Post Evaluations to improve the performance of Competition Policy Authorities”, *The Journal of Corporation Law*, Vol. 31, No. 2, p. 503. GWU Legal Studies Research Paper No. 2012-5. GWU Law School Public Law Research Paper No. 2012-5. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1983339.
- Kovacic, W.E. y Eversley, D. (2007): “An Assessment of Institutional Machinery: Methods Used in Competition Agencies and What Worked for Them”, *International Competition Network .Competition Policy Implementation Working Group*, Subgroup 2 on Experiences of Younger Agencies. Disponible en <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc368.pdf>.

- Kovacic, W. (2008): “Competition Policy in the European Union and the United States: Convergence or Divergence?”, *Bates White Fifth Annual Antitrust Conference*, WDC, June 2, 2008. Disponible en https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/Competition-policy-european-union-and-united-states-convergence-or-divergence/080602bateswhite.pdf.
- Kovacic, W. (2009): “Rating the Competition Agencies: What Constitutes Good Performance?”, *George Mason Law Review*. Vol 16:4. Disponible en: https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/rating-competition-agencies-what-constitutes-good-performance/2009rating.pdf.
- Kovacic, W.E (2009): *The Federal Trade Commission at 100: Into Our 2nd Century. The Continuing Pursuit of Better Practices*. Disponible en https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/federal-trade-commission-100-our-second-century/ftc100rpt.pdf.
- Kovacic, W.E. (2011): “Competition Agencies, Independence, and the Political Process”. Capítulo 16 de *Competition Policy and the Economic Approach*, Edward Elgar. Disponible en <https://www.elgaronline.com/view/97818448841.00026.xml>.
- Kovacic, W.E y Hyman, D.A. (2012): “Competition Agency Design: What’s on the menu?”, *GW Law Faculty Publications & Others Works*. Paper 628. Disponible en https://scholarships.gwu.edu/faculty_publications/628.
- Kovacic, W.E y Hyman, D.A. (2013b): “Competition Agencies with Complex Portfolios: Divide or Conquer?”, *GW Law Faculty Publications & Others Works*, Paper 631. Disponible en https://scholarships.gwu.edu/faculty_publications/631.
- Kovacic, W. (2014): “Politics and Partisanship in US federal antitrust enforcement”, *Antitrust Law Journal*, Chicago 79.2. Disponible en http://awa2015-concurrences.nursit.com/IMG/pdf/_ant216kovacic.pdf.
- Kovacic, W. y Hyman, D.A. (2014): “Why Who Does What Matters: Governmental Design and Agency Performance”, *The George Washington Law Review*, Vol. 82:1446. Disponible en http://www.gwlr.org/wp-content/uploads/2014/12/Kovacic_82_5_redacted.pdf.
- Kovacic, W. y Hyman, D.A. (2015): “Can’t Anyone Here Play this Game? Judging the FTC’s Critics”, *George Washington Law Review*, Vol. 83, 2015.

GWU Law School Public Law Research Paper No. 2015-58.GWU Legal Studies Research Paper No. 2015-58. University of Illinois College of Law Legal Studies Research Paper No. 16-10.King's College London Law School Research Paper No. 2016-22.

Kovacic, W.E y Winerman, M. (2015): "The Federal Trade Commission as an Independent Agency: Autonomy, Legitimacy, and Effectiveness", 100 *Iowa Law Review*, 2085 (2015). Disponible en <https://ilr.law.uiowa.edu/print/volume-100-issue-5/the-federal-trade-commission-as-an-independent-agency-autonomy-legitimacy-and-effectiveness/>.

Kovacic, W.E. y Lopez-Galdos, M. (2016): "Lifecycles of competition systems: explaining variations in the implementation of new regimes.", *Competition Policy International* 2016 (1), King's College London Law School Research Paper No. 2016-33. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2809360>.

Lande, R.H (1982): "Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged", *Hastings Law Journal*, Vol. 34, No. 1, September 1982, pp. 65-151. Available at SSRN:<https://ssrn.com/abstract=2065413> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2065413>.

Lao, M. (2012): "Ideology Matters in the Antitrust", 79 *Antitrust Law Journal* 649. This paper was prepared for the Chair's Showcase Panel, "The Political Hand in American Antitrust-Invisible, Inspirational, or Imaginary?" at the ABA Antitrust Section Annual Spring Meeting, April 11, 2013. *Seton Hall Public Law Research Paper* No. 2328329. Disponible en SSRN:<https://ssrn.com/abstract=2328329>.

Marcos, F. (2013): "Competition law private litigation in the Spanish court (1999-2012)". *Working paper IE Law School* AJ8-202. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2351770.

Marcos, F. (2016): "Lecciones de la revisión judicial del cártel del seguro decenal", *Anuario de Derecho Industrial* 36 (2015-2016) 173-196. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3028722>.

Martin, S. (2006): "The Goals of Antitrust and Competition Policy", Department of Economics Purdue University. West Lafayette, Indiana, USA. Recuperado el 10 de diciembre de 2016 en <https://kranert.purdue.edu/faculty/ssmartin/vita/Goals0707Cmu.pdf>.

- Mateus, A. (2007): “Why should National Competition Authorities be independent?”. Paper presented at the 10th Anniversary of the Romanian Competition Council. Disponible en: http://www.concorrenca.pt/SiteCollectionDocuments/Noticias_e_Eventos/Intervencoes_Publicas/AdC-competition_authorities_be_independent.pdf.
- Ministerio de Economía y Hacienda (2015): *Libro Blanco para la Reforma del Sistema español de Defensa de la Competencia*.
- Monti, M. (2004): “A reformed competition policy: achievements and challenges for the future”. Discurso ofrecido en el Center for European Reforms, el 28 de octubre 2004 en Bruselas. Competition Policy Newsletter #3. Otoño 2004.
- Muris, T.J. (2002): “The Interface of Competition and Consumer Protection”, *29th Annual Conference on International Antitrust Law and Policy*, New York, October.
- Muris, J.T. (2005): “Principles for a Successful Competition Agency”, *University of Chicago Law Review*, Vol. 72, No. 1, pp. 165-187, Winter 2005; *George Mason Law & Economics Research Paper* No. 06-24. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=901677>.
- OCDE y World Bank (1998): *A framework for the design and implementation of competition law and policy*. <https://doi.org/10.1596/0-8213-4288-6>.
- OCDE (2003): “The objectives of competition law and policy”, Note by the Secretariat. Global Forum on Competition.
- OCDE (2008): “The Interface between Competition and Consumer Policies”, Disponible en www.oecd.org/regreform/sectors/40898016.pdf.
- OCDE (2013): “New indicators of Competition law and policy in 2013 for OECD and NON-OECD Countries”, *Working Papers* N° 1104.
- OCDE (2014): *The Governance of Regulators. OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy*, OECD Publishing, Paris. Disponible en <http://dx.doi.org/10.1787/9789264209015-en>.
- OCDE (2014): “Guide for helping competition authorities assess the expected impact of their activities”. Disponible en <http://www.oecd.org/daf/competition/Guide-competition-impact-assessmentEN.pdf>.

- OCDE (2015): “Summary Record of the roundtable on Changes in Institutional Design” (2015) DAF/COMP/M(2014)ANN4/FINAL.
- OCDE (2015a): “Summary Record of the Roundtable on Changes in Institutional Design of Competition Authorities”. Held at OCED on 17-18 december 2014. DAF/COMP/WD(2014)3/ANN4/FINAL.
- OCDE (2015b): “Roundtable on Changes in Institutional Design of Competition Authorities. Contribution by the French Autorité de la Concurrence.” DAF/COMP7WD(2014)104.
- OCDE (2016): “Summary of Discussion of the Hearing on Across-Platforms Parity Agreements”. 124th Meeting of the Competition Committee. DAF/COMP/M(2015)2/ANN2/FINAL.
- OCDE (2017): “Algorithms and collusion-Background Note by Secretariat”. 127th Meeting of the Competition Committee on 21-23 June 2017. DAF/COMP(2017)4.
- Ottow, A. T (2014): “Erosion or Innovation? The Institutional Design of Competition Agencies. A Dutch case” *Journal of Antitrust Enforcement*, Vol. 2, Nº 1. Pags. 25-43.
- Ottow, A. (2015): *Market & Competition Authorities, Good Agency Principles*, Oxford University Press.
- Parlamento Europeo (2017): Informe sobre las Plataformas en Línea y el Mercado único Digital (2016/2276(INI)).
- Pitofsky, R. (1979): “Political Content of Antitrust”, 127 *Universidad of Pennsylvania. Law Review*, 1051. Disponible en http://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol127/iss4/19.
- Scott, A. (2009): “The Evolution of Competition Law and Policy in the United Kingdom”, *Law Society Economy Working Papers* 9/2009, London School of Economics and Political Science Law Department. Disponible en <http://ssrn.com.abstract=1344807>.
- Trebilcock, M.J. y Iacobucci, E. (2002): “Designing Competition Law Institutions”, *World Competition* 25(3): 361–394, 2002. Disponible en SSRN:<https://ssrn.com/abstract=2064918>.

- Trebilcock, M.J. y Lacobucci, E. (2010): “Designing Competition Law Institutions: Values, Structure, and Mandate”, 41 *Loy. U. Chi. L. J.* 455. Disponible en: <http://lawcommons.luc.edu/lucj/vol41/iss3/5>.
- Voorhees, T. (2014): “The political hand in American antitrust-invisible, inspirational, or imaginary? 79 *ANTITRUST L.J.* 557, 558, 559–63 (2014). Disponible en https://www.cov.com/files/Publication/f43a3141-0d0a-4a0f-a150-0aac2e3c7ec4/Presentation/PublicationAttachment/3a6abc27-e632-4649-9e4e-0e69b5360ba5/Voorhees_ALJ_79-2_FINAL_ANT209.pdf.
- Wils, P.J. (2009): “The Increased Level of EU Antitrust Fines, Judicial Review, and the European Convention on Human Rights”, *World Competition: Law and Economics Review*, Vol. 33, No. 1, March 2010. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1492736>.
- Wils, P.J. (2016): “The Use of Leniency in EU Cartel Enforcement: An Assessment after Twenty Years”, *World Competition Law and Economics Review*, Volume 39, Issue 3, September 2016, pp. 327-388World. Disponible en <http://ssrn.com/author=456087><http://awards.concurrences.com/IMG/pdf/ssrn-id2793717.pdf>.

Capítulo 3

LA SUPERVISIÓN FINANCIERA

Julio Segura¹

1. INTRODUCCIÓN

En el primer epígrafe se discuten las razones que justifican que el sector financiero esté regulado y, por tanto, sea objeto de supervisión pública. El segundo epígrafe se dedica a describir, muy sintéticamente, la estructura del sector financiero, lo que permite identificar los objetivos de la regulación. El tercer epígrafe, traza una panorámica de los temas que se regulan y de su evolución a lo largo del tiempo, con especial referencia a los cambios que ha traído consigo la crisis iniciada en 2007. El cuarto epígrafe se centra en el sistema de regulación y supervisión financiera español que, en lo substancial, está formado por cuatro organismos: el Banco de España (BdE)², la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (DGS) perteneciente al Ministerio de Economía y el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) que es un organismo autónomo dependiente del Ministerio de Economía, comentando sus competencias, estructura y en qué medida puede considerarse que cumplen adecuadamente con los objetivos de independencia, imparcialidad, competencia técnica, etc. que se han señalado como deseables en el capítulo 1. En el quinto epígrafe se discuten posibles mejoras de la arquitectura institucional de la supervisión financiera española y se valora en términos de

¹ Agradezco mucho la atenta y crítica lectura que Montserrat Martínez y Xavier Torres han realizado a una primera versión de este capítulo. Sus numerosas observaciones han permitido mejorarlo en gran medida. Por supuesto, los errores que persistan y las opiniones son responsabilidad exclusiva del autor.

² Tras la creación del Mecanismo de Supervisión Europeo (MUS), que entró en funcionamiento el 4 de noviembre de 2012, buena parte de las competencias en materia de supervisión prudencial de las entidades de crédito se ha transferido al Banco Central Europeo. El BdE desarrolla sus funciones supervisoras dentro de este nuevo marco.

su comparación con los tres modelos existentes (supervisores sectoriales, supervisor único y supervisión *twin-peaks*). El capítulo se cierra con un epígrafe que sintetiza las modificaciones que el autor considera deseables en el entramado institucional de la supervisión financiera española.

2. RAZONES POR LAS QUE SE REGULA EL SISTEMA FINANCIERO

La primera pregunta que un economista debe hacerse cuando se enfrenta al análisis de una actividad regulada y, por tanto, sometida a supervisión, es ¿por qué se regula? Al fin y al cabo, la inmensa mayoría de los mercados en las economías capitalistas desarrolladas no están regulados en el sentido de existir una legislación especializada para ellos más allá de las normas de carácter general (laborales, fiscales, sanitarias, de seguridad, etc.) y, por tanto, no se encuentran supervisados por institución pública, sea gubernamental o independiente alguna. Las razones fundamentales por las que el sector financiero está sometido a regulación son tres.

2.1. Fallos de mercado

La primera razón por la que se regula el sistema financiero es por la existencia de *fallos de mercado*, es decir, situaciones en las cuales el mercado no asigna de manera eficiente los recursos, por lo que pierde su principal ventaja. Si hubiera que destacar el fallo de mercado fundamental en el sistema financiero, este sería la *asimetría informativa*. Es decir, los que están en un lado y en otro del mercado no tienen la misma información. Pensemos en la diferencia entre un inversor particular y el emisor de un título. Cuando una compañía emite un valor de renta fija o de renta variable, sabe perfectamente cuál es su situación. Cuando alguien adquiere este título tiene menos información sobre lo que está comprando. Por tanto, siempre existe un problema de información asimétrica que no solo afecta a los inversores particulares o no profesionales, sino incluso a los institucionales y profesionales. Cuando una entidad de crédito concede un crédito a una empresa o adquiere deuda emitida por la misma, el banco tiene mucha menos información sobre cómo funciona realmente la empresa, sus expectativas futuras de beneficio y, por tanto, su capacidad para hacer frente a las obligaciones derivadas del crédito o de la deuda que la propia empresa.

¿Qué sucede cuando en un mercado hay información asimétrica? Desde hace casi medio siglo (Akerloff, 1960) se sabe que su equilibrio no es eficiente: en los mercados con información asimétrica, el precio del equilibrio competitivo es más alto del que sería sin dicha asimetría y la calidad de los productos es más baja. Y también se sabe que, incluso, si la asimetría es suficientemente importante, el mercado puede llegar a desaparecer. Por ejemplo, esta asimetría informativa llegó en la reciente crisis financiera a provocar un grado de desconfianza tal que desaparecieron temporalmente los mercados menos transparentes (deuda corporativa e interbancario) afectando severamente a la liquidez del sistema.

La información asimétrica no es, por supuesto, algo privativo del mundo financiero. Cuando, por ejemplo, se compra un coche de segunda mano, el conocimiento que el comprador tiene sobre las prestaciones y el estado real de conservación del vehículo es muy inferior al que tiene quien lo vende o, por poner un ejemplo más importante, basta pensar en las relaciones entre un paciente y el médico que le diagnostica y medica.

Otro fallo de mercado especialmente relevante en el ámbito financiero es la existencia de numerosos *conflictos de intereses*. Basta pensar en un banco que emite activos financieros y los vende a través de su red de sucursales, por lo que la labor de asesoría financiera al cliente se ve contaminada por el objetivo de comercialización del activo. O el conocido caso de las agencias de calificación crediticia que, al mismo tiempo que puntúan a los emisores, realizan para ellos trabajos de asesoría remunerados, como también es el caso de las empresas de auditoría.

En presencia de conflictos de intereses la autorregulación no es suficiente, porque consiste únicamente en un código de comportamiento de cumplimiento voluntario que, en ausencia de medidas disuasorias, dejará de cumplirse cuando a algún agente le resulte beneficioso conculcarlo, como se ha constatado en la reciente crisis.

2.2. Poder de mercado

La segunda razón por la que se regula el sector financiero es la posibilidad de existencia de *poder de mercado*. Es decir, la posibilidad de que las empresas actúen ejerciendo una posición dominante en el mercado, o que lleven a cabo prácticas que dificultan, impiden o son contrarias a la competencia. Esta razón no es desde luego privativa del mundo financiero, pero la propia estructura muy

concentrada del mismo (v.gr: las *big four* en el área de auditoría) hace que los riesgos de comportamientos no competitivos sean elevados (v.gr: la práctica imposible de lograr *peer reviews*).

2.3. Riesgo sistémico

Y la tercera razón, privativa del sistema financiero, por la cual se regula y supervisa, es la existencia de riesgos sistémicos. ¿Qué se quiere decir con “riesgos sistémicos”? Pues que en el sistema financiero, puede suceder que, si una entidad sufre una perturbación externa en un punto, ese *shock* o ese problema se pueden contagiar al resto del sistema provocando una crisis generalizada. Esto no ocurre, por ejemplo, con las empresas que fabrican cepillos de dientes: si una empresa que fabrica cepillos de dientes no consigue venderlos, cierra, quienes hayan invertido en el negocio habrán perdido su dinero, pero sigue habiendo otras empresas de cepillos de dientes, todos podemos seguir limpiándonos los dientes y comprar cepillos.

¿Por qué existe riesgo sistémico en el sistema financiero? Principalmente por dos razones.

La primera es el papel que juegan las expectativas y sus efectos en la confianza en el buen funcionamiento del sistema. Cuando, por ejemplo, se supone que un banco está en condiciones difíciles y los clientes tienen ese convencimiento, si todos los clientes deciden cambiar de entidad o liquidar sus depósitos, el banco quebraría y eso podría generar expectativas semejantes para otros bancos en condiciones similares. En situación extrema de pérdida de confianza, este proceso podría conducir a un colapso del sistema financiero.

La segunda es la interdependencia que existe entre todas las instituciones financieras. Si una empresa financiera quiebra, no podrá hacer frente a obligaciones que tiene con otras instituciones del sistema financiero. Y esto afecta, a su vez, a los balances y resultados de estas, produciéndose un efecto dominó que, además, es fácil termine trasladándose al sector real con los consiguientes costes en términos de empleo y renta.

2.4. Estabilidad financiera

A las tres razones descritas para regular la actividad financiera, se ha añadido, más recientemente, un motivo adicional: la preservación de la *estabilidad*

financiera en un sentido más amplio que la solvencia. El largo periodo de baja inflación y reducidos tipos de interés vino acompañado de la progresiva acumulación de dos tipos de desequilibrios importantes: el aumento del endeudamiento privado y los crecientes desequilibrios en los precios de los activos, en unos casos fuertes sobrevaloraciones, en otros burbujas, que se manifestaron primero en algunas crisis parciales de países emergentes, en la quiebra del fondo LTCM o en el crack de la bolsa de 2001. Pero fue la crisis iniciada en 2007, en la que el efecto de contagio tuvo una intensidad, amplitud y rapidez no conocida en crisis parciales anteriores, y que trajo consigo unos costes muy elevados, lo que ha convertido a la *estabilidad financiera* en un objetivo básico de la política económica, considerándose como un bien público. En otras palabras, aunque los mercados financieros fueran eficientes –lo que es imposible por la existencia de fallos de mercados no eliminables totalmente– su grado de inestabilidad en ausencia de medidas reguladoras adecuadas haría que sus equilibrios no fueran óptimos desde el punto de vista social.

No es fácil definir en pocas palabras el concepto de estabilidad financiera, pero una idea sintética del mismo (Schinasi, 2004)³ es la de que un sistema financiero estable es aquel que asegura que la asignación de recursos económicos y la prestación de servicios financieros es eficaz y que tiene capacidad para evaluar y gestionar correctamente los riesgos, absorbiendo o, al menos, limitando, los efectos económicos de los desequilibrios.

El elemento central de la estabilidad financiera sigue siendo la solvencia de las empresas que prestan servicios financieros, principalmente los bancos de importancia sistémica, supervisados por los bancos centrales, pero la crisis ha demostrado la importancia para evitar el riesgo sistémico de otros factores. La desintermediación generada por el hecho de que las empresas apelan cada vez en mayor medida a los mercados sin pasar por los bancos, ha aumentado la importancia de los mercados y de la relación entre estos y las instituciones a efectos de valorar el riesgo sistémico, de igual forma que la expansión de las actividades colateralizadas de forma insuficiente. La estabilidad financiera también depende de ciertas infraestructuras –como, por ejemplo, las Cámaras Centrales de Compensación y, en general, las plataformas de negociación– del grado de confianza

³ Una conferencia muy sugerente sobre la estabilidad financiera y las necesidades regulatorias a la luz de la reciente crisis es Haldane (2012).

de los agentes en el sistema –lo que depende básicamente de la transparencia de los mercados, productos y emisores– o de la implementación de mecanismos efectivos para evitar la excesiva volatilidad de los precios. El aumento del riesgo sistémico desvelado por la reciente crisis financiera sitúa la estabilidad financiera en un perímetro mucho más amplio que el sistema bancario y todos estos nuevos factores de riesgo sistémico no pertenecen al área de supervisión prudencial.

La preocupación por la estabilidad financiera implica, por tanto, que aunque los fallos de mercado que justifican la regulación financiera siguen siendo los ya comentados, tanto el perímetro de la regulación como el grado necesario de coordinación entre los distintos agentes de la misma son mucho más amplios. En último extremo, si se tienen en cuenta los efectos de los cambios en los tipos de interés sobre el precio de los activos⁴ y sobre los déficits públicos en un mundo en que muchas economías importantes tienen niveles de deuda pública en torno al 100% de su PIB, cabría afirmar que la regulación financiera, la política fiscal y la política monetaria deben estar mucho más coordinadas de lo que hasta ahora se ha pensado. Asimismo, una de las lecciones de la reciente crisis financiera es la necesidad de marcos de política macroprudencial que, mediante el uso de herramientas de naturaleza prudencial, eviten la acumulación de riesgos de tipo sistémico y mitiguen el impacto de su eventual materialización.

3. LA ESTRUCTURA DEL SISTEMA FINANCIERO

El sistema financiero tiene cuatro elementos, todos, de una manera o de otra, regulados y por tanto supervisados.

En primer lugar, los *agentes* que operan en los mercados financieros. Entre ellos se encuentran los intermediarios del sistema financiero, que son entidades de crédito (como puedan ser los bancos) que se financian con depósitos y emisiones –acciones o bonos– y conceden créditos, emisores (las empresas que emiten acciones o pagarés de empresa o deuda corporativa), los inversores institucionales (como los fondos de pensiones o los fondos de inversión), los inversores particulares, los depositantes, las empresas que prestan todo tipo de servicios

⁴ Por ejemplo, una subida del 1% en el tipo de interés afecta a los bancos japoneses reduciendo entre un 35% y un 40% el precio de sus hipotecas y bonos a largo plazo.

de inversión (operaciones por cuenta propia y ajena, asesoramiento), así como todas las empresas y hogares que necesitan financiación.

Además, existe otro tipo de agentes cuya función es la de acreditación. El mundo financiero se ha expandido a una gran velocidad –baste pensar que en la década anterior a la crisis iniciada en 2008 el volumen de activos financieros pasó de ser del 70% del PIB mundial al 350% del mismo– y la creciente complejidad de los mismos ha evolucionado en paralelo. Esto hace que incluso los agentes profesionales tengan problemas para procesar y entender toda la información disponible sobre los emisores y los productos, lo que ha conducido a la aparición de empresas dedicadas a analizar, calificar y verificar la ingente información disponible. Por ejemplo, las agencias de rating que califican la calidad de los instrumentos financieros y a sus emisores; los analistas que interpretan con la información disponible la evolución de los mercados y la fiabilidad de los emisores; los auditores que revisan la información financiera de las empresas y autentifican que proporcionan una imagen fiel de su situación.

De esta enumeración se deriva que agentes del sistema financiero son prácticamente todas las empresas, ahorradores e inversores de la economía, es decir, la práctica totalidad de la población.

En segundo lugar, los *instrumentos financieros* (créditos, depósitos, títulos de renta fija, acciones...). Y, crecientemente, activos financieros de mayor complejidad como son las titulizaciones, los productos derivados, los estructurados, etc. Estos instrumentos incorporan derechos del ahorrador y del inversor último.

Por su parte, ciertos instrumentos (valores) se negocian en los respectivos mercados de valores: el *proceso de negociación* es el tercer elemento del sistema.

Y, por último, están los procesos de *compensación y liquidación*. Es decir, cuando alguien da instrucciones para que le compren o para que le vendan determinados activos financieros, tiene que haber una garantía de que esas instrucciones se cumplen: que al vendedor le entregan el dinero de lo que ha vendido y al comprador el producto que ha comprado al precio negociado. Esto implica procesos de compensación y liquidación, que tradicionalmente se hacían en Cámaras y, ahora, a través de plataformas informáticas o de mercados de anotaciones en cuenta, que son muy complejos y que también implican riesgos que deben estar adecuadamente cubiertos y distribuidos.

4. EL CONTENIDO BÁSICO DE LA REGULACIÓN

4.1. Una breve síntesis de la evolución histórica de la regulación financiera

El origen de la regulación financiera moderna se encuentra en la reforma introducida en los Estados Unidos en respuesta a la crisis iniciada en 1929⁵. En el ámbito bancario, cabe señalar la Glass-Steagall Act estadounidense aprobada en 1933. En lo esencial, esta ley separaba la banca de depósitos, de la banca de inversión y prohibía la pertenencia a consejos de administración de empresas no financieras a responsables de cualquier tipo de bancos⁶. La idea central era que la mezcla de ambos tipos de banca se encontraba en el origen de la crisis bancaria al dificultar la gestión conjunta de dos tipos de riesgos muy distintos, conduciendo por tanto a asumir riesgos excesivos, aumentar el apalancamiento del sistema bancario y a que los intereses estrictamente financieros se impusieran en la gestión de muchas empresas industriales y de servicios.

La separación entre ambos tipos de banca, pese a ser criticada por el sector e ir perdiendo funcionalidad con el paso del tiempo de la mano de la innovación financiera, tiene una razón de ser adicional importante. La banca comercial se financia esencialmente vía depósitos de particulares y empresas y sus recursos propios son modestos⁷ y, además, desde hace tiempo, estos depósitos se encuentran –hasta cierta cuantía máxima– protegidos por fondos de garantía financiados normalmente por el propio sector. La banca de inversión, por el contrario se financia en mucha mayor medida con recursos propios y mediante la emisión de bonos. Parece razonable por que la banca comercial no asuma el tipo de riesgos de la banca de inversión tanto desde el punto de vista de una razonable gestión del riesgo como por no crear condiciones diferenciales de competitividad entre ambos tipos de banca. A lo que hay que añadir, en el caso de los EE.UU., el tratamiento que la Ley Sherman daba a los monopolios y la desconfianza general de

⁵ Otras reformas bancarias fueron el establecimiento del seguro de depósitos y la creación del FDIC. En el ámbito de los mercados de valores, se reguló su actividad y se creó la *Securities Exchange Commission* para garantizar su cumplimiento.

⁶ Una descripción completa de la ley puede verse, por ejemplo, en Wells (2004).

⁷ Como se verá más adelante, el primer acuerdo internacional sobre capital regulatorio (el Acuerdo de Basilea de 1988) fijaba los requerimientos mínimos de capital de la banca en el 8% de los riesgos asumidos por la misma.

la legislación antitrust estadounidense hacia las empresas de gran tamaño por su ejercicio de poder de mercado.

El efecto más claro de la Ley Glass-Steagall fue no solo dar mayor estabilidad al sistema bancario estadounidense, sino limitar el tamaño de los bancos, lo que condujo a que estos abrieran sucursales en el extranjero, convirtiendo así a Londres en la plaza financiera internacional más importante.

La ley cumplió sus objetivos durante más de medio siglo, pero fue perdiendo su eficacia a medida que la innovación financiera difuminaba las diferencias entre la banca tradicional y la de inversión, un proceso iniciado a finales de la década de 1970 y que se desarrolló con rapidez. Piénsese, por ejemplo, en los fondos de inversión o, más aún, en las titulizaciones –inicialmente hipotecarias pero luego ampliadas a otros tipos de activos y a diversos tipos de retitulización– que se encuentran en el origen de lo que se denomina el modelo bancario de originar para distribuir (*originate to distribute*) y de la propia crisis iniciada en 2007.

Esta evolución se encuentra en el origen del fuerte proceso de desregulación financiera que se inició tímidamente en la década iniciada en 1980 –con el inicio en 1986 de derogaciones parciales de la Ley Glass-Steagall– y adquirió gran fuerza en la última década del siglo pasado, culminando con la derogación definitiva de la ley en 1999, bajo la presidencia de Clinton, y su sustitución por la Ley Gramm-Leach-Bliley (la *Financial Services Modernization Act*), que propició un aumento de la asunción de riesgos por parte del sistema financiero y un fuerte aumento del apalancamiento de empresas y familias.

Este proceso desregulador tiene varios orígenes. Por una parte, la presión del lobby financiero, muy potente desde mediados de la década de 1980. Por otra, una raíz ideológica sustentada por los triunfos de los gobiernos conservadores de Ronald Reagan y Margaret Thatcher y el eslogan “liberalizar, desregular, privatizar”. Pero ambos hallaron un caldo de cultivo muy favorable en el propio comportamiento de las economías desarrolladas, en lo que ha dado en llamarse la Gran Moderación (Stock y Watson, 2002). En síntesis, a mediados de la década de 1980, la volatilidad de las principales variables macroeconómicas estadounidenses (empleo, inflación, PIB, salarios) disminuyó significativamente. Los motivos de esta mejora son aún hoy objeto de un debate en el que se manejan tres posibles causas. Por una parte, cambios estructurales de la economía tales como el desplazamiento de la demanda de bienes hacia los servicios, innovaciones financieras que permitieron suavizar el perfil temporal de las sendas de consumo

e inversión o las mejoras tecnológicas. Otra posible explicación se centra en las mejoras de la política monetaria derivadas de la mayor atención de los bancos centrales al objetivo de inflación y a su independencia, lo que permitió reducir las necesidades de capital y liquidez y una caída de las primas de riesgo. Y una última explicación en la simple buena suerte en forma de shocks externos que mejoraron la productividad de la economía.

Los resultados de la Gran Moderación fueron una infravaloración del riesgo, en la medida en que los modelos de gestión de riesgo al uso comenzaron a incorporar información de un periodo de gran estabilidad, lo que, a su vez, favoreció la intensificación del proceso desregulador. Se fomentaron incentivos a corto plazo y en un medio de bajos tipos de interés y abundante liquidez esto condujo a asumir niveles de endeudamiento y riesgo difícilmente sostenibles a largo plazo.

Pese a que los resultados de la investigación previa a la crisis de 2007 indican que tanto la mejora de la política monetaria como los *shocks* de productividad fueron responsables de algo más de la mitad de la reducción de la volatilidad de la economía, aunque un 40% de la misma no sea explicable, y que dicha moderación fue más una ruptura que el inicio de una tendencia de larga duración hacia la estabilidad, el mundo académico ortodoxo consagró el inicio de una etapa indefinida de estabilidad, como queda reflejado en las palabras de Robert Lucas en 2003 en la *American Economic Association*: “Mi tesis en esta conferencia es que la macroeconomía [...] ha tenido éxito: su problema central de prevención de la depresión ha sido resuelto, a todos los efectos prácticos, y de hecho ha sido resuelto para varias décadas” (Lucas, 2003, p. 1). Es difícil equivocarse de forma más rotunda, pero el mayor valor de estas palabras es que muestra, en pocas líneas, el significativo apoyo de una gran parte del mundo académico a las políticas implementadas por los gobiernos de las dos últimas décadas del siglo XX⁸.

Los efectos de la desregulación, sintetizados en los párrafos anteriores, se encuentran en la base de la crisis iniciada en 2007 y, como suele ser frecuente, su desarrollo ha traído consigo un movimiento pendular de la regulación financiera a partir de 2009, con la constitución del *Financial Stability Board*, que

⁸ El optimismo de los economistas académicos no es algo nuevo, baste recordar la afirmación, en un contexto político y económico muy distinto, de Martin Bronfenbrenner en 1963 de que los ciclos económicos habían muerto.

ha perseguido múltiples objetivos. El esencial, disminuir la probabilidad de una repetición del *tipo* de crisis sufrido y, en caso de que se produzca, disponer de instrumentos adecuados para afrontarla antes de que contamine la actividad real a unos costes menores y mejor distribuidos entre contribuyentes, propietarios de los bancos y tenedores de deuda. Para ello se ha revisado la regulación en muchos puntos, entre los que cabe destacar el fortalecimiento de la solvencia y liquidez de la banca, con especial atención a los bancos sistémicos, el establecimiento de marcos de resolución de entidades financieras que eviten que los costes recaigan sobre los contribuyentes, la disminución del efecto contagio de la banca de inversión sobre la minorista y mejorar la protección del consumidor de productos financieros, mejorando la calidad de la información financiera pública, la transparencia del sistema y la calidad de la gobernanza de las empresas que prestan servicios financieros.

4.2. ¿Qué es lo que se regula en el sistema financiero?

Los objetivos de la regulación del sistema financiero y de su supervisión son muy diversos, pero pueden sintetizarse en tres fundamentales. Por una parte, asegurar la seguridad y continuidad del funcionamiento de las entidades financieras. En segundo lugar, evitar los riesgos sistémicos, asegurar el funcionamiento correcto de los sistemas de pagos y velar por la estabilidad financiera. En tercer lugar, proteger al consumidor de servicios financieros. Esto se hace a través de un conjunto de normas legales que se sintetizan a continuación.

4.2.1. *Autorizaciones de actividad*

En lo que respecta a las instituciones, existe un bloque regulatorio que ocupa una parte no desdeñable del trabajo de los organismos supervisores pero que tiene un interés relativamente menor desde el punto de vista de su análisis. Determinadas actividades financieras son actividades reservadas por lo que exigen el cumplimiento de determinadas condiciones para su ejercicio. Existen requisitos que cumplir que dan acceso a los *registros oficiales* de los supervisores, algo imprescindible para poder actuar como emisores de determinados productos financieros o captadores de depósitos. Los requisitos exigidos son, en general, de tipo legal, formal y organizativo, como pueden ser disponer de medios materiales y de personal mínimos, la cualificación profesional, etc. Exigencias imprescindibles que en buena parte se centran en la comprobación de los requisitos

legales y el mantenimiento de registros de agentes autorizados para prestar diversos tipos de servicios financieros. En la medida que la pasada crisis financiera puso de manifiesto el deficiente gobierno corporativo de algunas entidades financieras, la evaluación de la idoneidad de los adquirentes de participaciones significativas, de los miembros de los consejos y de determinados ejecutivos que ejercen funciones clave en las entidades financieras, ha cobrado mayor relevancia en los últimos tiempos.

4.2.2. Solvencia

El elemento regulador fundamental –y el más temprana y generalizadamente desarrollado– de las instituciones es la solvencia, es decir los requisitos exigidos a las empresas que operan en los mercados para garantizar la continuidad del negocio y la posibilidad de hacer frente, sin entrar en situación concursal, a los riesgos inherentes a su actividad. Y esto afecta tanto a las entidades de crédito (bancos, cajas y cooperativas) como a las empresas de servicios de inversión, las compañías de seguros, las gestoras de fondos de inversión, etc.

El enfoque regulatorio tradicional ha consistido en exigir que las empresas, y muy en particular las entidades de crédito, dispongan de los suficientes recursos propios para hacer frente a situaciones de crisis, es decir, que se doten de unos mínimos de capital y reservas y que provisionen adecuadamente los riesgos asumidos en sus operaciones (crediticias, tipo de cambio, etc.).

Desde el punto de vista internacional, existe un grado apreciable de coordinación en lo relativo a los requerimientos de capital de los bancos, lo que es muy positivo al limitar posibles arbitrajes entre jurisdicciones nacionales que no solo conducirían a distintas condiciones de rentabilidad de la banca, sino que aumentarían la probabilidad de crisis sistémicas. Esta coordinación se empezó a fraguar a finales de la década iniciada en 1980 por medio de los llamados Acuerdos de Basilea, patrocinados por el Banco Internacional de Pagos (BIS).

El punto principal del Acuerdo de Basilea I, firmado en 1988 por 130 países, fue la exigencia de un capital regulatorio mínimo a los bancos del 8% de sus activos de riesgo, básicamente crédito, mercado y tipo de cambio. El criterio era muy simple, pero funcionó satisfactoriamente dada la gran estabilidad y crecimiento del periodo en que se aplicó, además de evitar el arbitraje. No obstante, el propio BIS, antes de la crisis, propició una revisión relativamente ambiciosa del acuerdo de 1988 que se plasmó en el llamado Basilea II, de 2004.

Basilea II definió un nuevo marco regulador organizado en tres pilares. El Pilar 1 relativo al capital mínimo exigible; el Pilar 2 referente al proceso del examen supervisor de los fondos propios y el Pilar 3 denominado de disciplina de mercado que abarcaba aspectos relativos a la información financiera pública, las buenas prácticas y la transparencia. Los Pilares 2 y 3 apuntaban la importancia de nuevos aspectos de la regulación bancaria que se demostrarían esenciales en la gestación de la crisis iniciada en 2007.

Desde el punto de vista que ahora nos ocupa, el Pilar 1 merece alguna explicación. El mínimo del 8% de capital respecto a los activos de riesgo de Basilea I presentaba dos defectos. El primero, que se exigía igual requisito a todos los bancos con independencia de cuál fuera la estructura y tamaño de su balance. El segundo, que no tenía en cuenta la distinta calidad de los créditos, considerando por tanto que todos tenían la misma probabilidad de impago. Las nuevas necesidades de capital se definieron en Basilea II diferenciando entre cinco categorías de riesgo de los créditos a los que se aplicaban requerimientos distintos, es decir, el porcentaje de capital regulatorio se definía respecto al conjunto de créditos ponderados por su riesgo. La otra modificación de importancia fue el admitir, bajo ciertas condiciones, que incluían una metodología adecuada y la validación previa a su aplicación del supervisor, que los bancos utilizaran modelos internos para determinar sus necesidades de capital, dado que su experiencia de gestión y su conocimiento del negocio eran mayores que los del supervisor.

La última crisis financiera demostró que la regulación existente no era la adecuada para hacer frente a un shock de este tipo y en 2010, a iniciativa del *Financial Stability Board* y el G-20, el BIP aprobó Basilea III⁹. Desde el punto de vista que aquí interesa del aumento del nivel de los requerimientos de capital y de la calidad de dicho capital en términos de capacidad de absorción de pérdidas, cabe destacar tres aspectos significativos.

El primero, la introducción de un estándar de liquidez que incluye una ratio de cobertura de liquidez a corto plazo y una ratio de liquidez estructural a largo plazo, algo que no se había hecho hasta entonces por considerar que todos los activos financieros, en cualesquiera circunstancias, tendrían mercados activos y

⁹ El lector interesado en el texto completo lo puede consultar en Basel III (2010) y una descripción de sus rasgos básicos y el proceso de transposición en Europa puede encontrarse en Ibañez Sandoval y Domingo Ortuño (2013).

profundos, lo que la crisis se encargó de desmentir desde sus semanas iniciales con la práctica desaparición de los mercados de deuda corporativa¹⁰.

La segunda novedad destacable es la implementación por los bancos de colchones anticíclicos de recursos propios, algo que no se había hecho antes por la insuficiente atención a los riesgos inherentes a la naturaleza procíclica de la actividad financiera y por la dificultad de compatibilizar dichos colchones con las normas internacionales de contabilidad¹¹. De hecho, cuando en 2005 se comenzaron a aplicar con carácter obligatorio, las Normas Internacionales de Contabilidad (NIC) y las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF), las provisiones solo podían cubrir las pérdidas en que realmente hubieran incluido ya las entidades de crédito, es decir, las normas no permitían hacer provisiones para cubrir los riesgos esperados aunque estos tuvieran una elevada probabilidad de producirse. La lógica de esta prohibición era el temor de que los bancos utilizaran las provisiones no tanto para cubrir riesgos realmente esperados como para alisar los resultados contables. Pero en 2011, tras cuatro años de crisis, se autorizó a nivel internacional la implementación, para las jurisdicciones nacionales que lo desearan, de un *countercyclical capital buffer* que podía llegar hasta el 2,5% de los activos ponderados por riesgo de los bancos. Y, finalmente, en 2014 se aprobó por la *International Accounting Standards Board* (IASB) una nueva versión de la NIIF9 que admite, a partir de 2018, la valoración prospectiva de las pérdidas esperadas, que también aceptó el supervisor contable estadounidense (*Financial Accounting Standards Board*, FASB). Cambios progresivos destinados a poder constituir provisiones de carácter anticíclico, es decir, que permitieran aplanar la trayectoria temporal de resultados de los bancos, pero de forma transparente y con límites cuantitativos bastante prudentes.

La última novedad relevante de Basilea III es la definición de un máximo admisible al apalancamiento de los bancos (definido como que el capital de primera calidad –tier 1– debía ser no inferior al 3% de la exposición total), que había alcanzado límites insostenibles y era un elemento que potenciaba el efecto contagio de cualquier crisis.

¹⁰ Y la desaparición instantánea del mercado interbancario, que fue resuelta por los Bancos Centrales con generosas inyecciones de liquidez.

¹¹ Cabe señalar como excepción, entre los países desarrollados, el caso español, ya que el BdE disponía de un sistema de provisiones anticíclicas, con independencia de que es dudoso cumplieran las normas contables indicadas.

Estas modificaciones apuntan a la necesidad de regular nuevos elementos de inestabilidad que se materializaron en la crisis y de contar con instrumentos para evitar la acumulación de desequilibrios excesivos. Expresado en otros términos, disponer de recursos propios adecuados es condición necesaria pero no suficiente para garantizar la solvencia. Cualquier nivel de recursos propios puede ser consumido ante una crisis de suficiente intensidad y duración. Por eso, la nueva regulación de solvencia derivada de la experiencia de la reciente crisis ha ido en varias direcciones entre las que las más significativas han sido el mejor ajuste de los requerimientos de capital a la ponderación de los riesgos –frente a la exigencia de un mínimo igual con independencia de la composición de la cartera de créditos y valores– y al reconocimiento de nuevos riesgos como el de liquidez, que se materializa cuando se dificulta el acceso a los mercados, o el derivado de un excesivo apalancamiento¹².

4.2.3. Transparencia

La reciente crisis, estuvo caracterizada por una crisis de confianza en el sistema financiero tanto de los inversores como de los emisores: información deficiente sobre la situación real de las entidades, productos demasiado complejos, difíciles de entender y de valorar incluso para los expertos, información opaca sobre ciertos agentes y un largo etcétera. Ello evidenció la importancia de mejorar la transparencia de la información financiera.

Existen al menos cuatro áreas en que la mejora de la transparencia es factible y deseable y se han dado en los últimos años algunos pasos en la buena dirección.

La primera mejora de la transparencia es la relativa a los productos financieros destinados a minoristas. En general, los folletos de emisión de los valores suelen tener información completa y detallada del producto y de la entidad emisora, pero esta puede resultar excesiva para que un inversor no cualificado la interprete adecuadamente. Lo que el inversor minorista necesita es conocer bien los riesgos asociados a la adquisición del producto, su grado de liquidez real, si la emisión está o no asegurada, las condiciones de amortización y quién puede ejercerlas, las condiciones de conversión, en su caso, y un cálculo de rentabili-

¹² Un análisis detallado de los cambios regulatorios en materia de solvencia puede encontrarse en Banco de España (2017).

dades bajo distintos escenarios que tengan asignada probabilidades razonables de ocurrencia. Para esto es suficiente un *tríptico* que podría tener un formato común para todas las emisiones.

Además sería muy positivo tratar de simplificar el abanico de productos, avanzando en el proceso de estandarización de los mismos. Productos que sean fáciles de comparar entre sí para los inversores y que, por tanto, resulten sustitutos próximos entre sí. Este principio ya está reconocido en los fondos de inversión, cuya tipología responde a cuál sea la vocación inversora del adquirente. En la actualidad, muchos activos financieros aparentemente sencillos requieren considerar muchas características distintas para poder ser valorados y un pequeño cambio de alguna de aquellas puede modificar significativamente su valoración, lo que se multiplica en el caso de productos estructurados con una variedad de subyacentes.

La segunda área en que la transparencia resulta fundamental es la información financiera facilitada por las empresas, porque resulta imposible tener confianza en los mercados si se tienen dudas de que las cuentas de las empresas reflejen debidamente su imagen fiel. Basta con pensar en la importancia de la información que las empresas facilitan en sus folletos de emisión, por ejemplo, en los procesos de salida a cotizar en los mercados de capital o en operaciones societarias de fusión¹³.

La tercera área relevante de mejora de la transparencia son los acreditadores: agencias de rating, tasadoras y otros tipos de valoradores. Los productos financieros han alcanzado tal grado de complejidad que para muchos de ellos ni siquiera las propias empresas financieras son capaces de valorarlos adecuadamente, por lo que descansan en la calificación de especialistas. Son bien conocidas las críticas a la actuación de las agencias de *rating* en la crisis y se han conseguido avances importantes recientes en su regulación, al menos en la UE, al unificar su registro y supervisión en la *European Securities and Markets Authority* (ESMA).

Por último, también la transparencia es muy importante en los mercados de valores. Mientras que los mercados de renta variable y de deuda pública tienen una transparencia elevada, la transparencia pre y postcontratación de la renta

¹³ Ver, más adelante, epígrafe 4.2.7 sobre la regulación contable.

fija privada es más deficiente¹⁴, porque una parte significativa de los instrumentos de renta fija privada y derivados internacionales se negocian en mercados con altos grados de opacidad en los que no existen requisitos de información pública sobre los términos de las transacciones. Por otra parte, la importancia adquirida por los productos que se negocian en mercados no organizados (*Over-The-Counter*, OTC) –más del 90% de los productos derivados– apunta a nuevas necesidades regulatorias, siendo el ejemplo más claro la desordenada expansión de los CDS que tuvo efectos muy perversos sobre la estabilidad financiera. Esto genera problemas no solo para los participantes en los mercados, sino también para las propias autoridades supervisoras. La tendencia regulatoria apunta a la creación de un registro central de este tipo de instrumentos, lo que aumentaría la eficiencia del mercado, así como a incentivar la compensación de las posiciones derivadas de estos instrumentos en cámaras de contrapartida central, lo que reduciría el riesgo que para el tomador de protección supone la posible insolvencia de quien la ofrece. Y, aunque tarde, la MiFID II ha reconocido la insuficiente transparencia de los mercados de renta fija y ha introducido mejoras significativas en su regulación.

4.2.4. *Conflictos de intereses*

Los conflictos de intereses son más frecuentes en el sistema financiero que en otras áreas económicas tanto por la mayor interconexión entre los agentes como por el hecho de que muchos de ellos prestan una pluralidad de servicios (captan depósitos, venden seguros y activos financieros, asesoran, conceden préstamos, adquieren activos, diseñan nuevos activos por cuenta propia o ajena) a una amplia tipología de agentes (ahorradores, inversores, empresas, gobiernos, otras empresas financieras, etc.) y, por tanto, operan con frecuencia de forma simultánea con el mismo agente desde los dos lados del mercado. Solo se comentarán tres por su importancia y/o por haber experimentado cambios recientes en su regulación en buena medida como reacción a la insuficiencia de su control en la reciente crisis financiera y los efectos perjudiciales de la misma.

¹⁴ Este es el motivo por el que al comienzo de la crisis el mercado interbancario y los de deuda corporativa privada dejaron de operar. El primero se recuperó por la decidida intervención de los bancos centrales, pero los de deuda perdieron liquidez durante un periodo muy largo de tiempo. Por el contrario, los mercados de deuda pública y de acciones, muy transparentes, no sufrieron problemas de falta de liquidez y fijaron precios sin discontinuidad alguna.

El primero es el de las agencias de calificación crediticia, un ejemplo de lo que cabría denominar *acreditadores*. La valoración del abanico de activos financieros complejos (titulizaciones, derivados, sintéticos) es difícil de realizar incluso para inversores profesionales dada la variedad de subyacentes, la opacidad de los mercados en que algunos de ellos se cotizan y, con frecuencia, la difícil valoración de la solidez financiera del emisor. Las agencias de *rating* cumplen la función de calificar la calidad de emisor de este tipo de activos (y también de otros más simples). Durante la crisis se comprobó, a un alto coste, que las agencias aplicaban modelos discutibles que estimaban sin utilizar toda la información relevante, modificaban sus calificaciones sin que existiera información nueva suficiente y que, en general, daban calificaciones sesgadas al alza, valorando mejor a sus propios clientes a los que proporcionaban servicios de asesoría y para quienes diseñaban productos financieros¹⁵. Hasta bien entrada la crisis, estas agencias no estaban sometidas a regulación alguna, pero la ESMA ha asumido la competencia de llevar un registro centralizado de las mismas y comprobar que sus métodos de trabajo (modelos empleados, información con que se estiman, periodicidad de los cambios de valoración) son suficientemente sólidos.

El segundo ejemplo es el de los auditores que, aparte la tarea fundamental de certificar la exactitud de la información financiera que ofrecen las empresas (lo que constituye un requisito legal, por ejemplo, para muchas empresas y para ciertas operaciones societarias como opv, opas, etc.) también prestan otros tipos de servicios a las empresas que auditan¹⁶. Los modelos de supervisión varían bastante entre países pero, como elemento común, tienen cierto tipo de control sobre la calidad de los trabajos y su ajuste a las normas contables internacionales y nacionales, la rotación periódica del auditor y la publicidad de los ingresos que perciben de cada empresa por la prestación de otros tipos de asesoría distintos a la auditoría de cuentas.

¹⁵ Existe una abundante literatura empírica a lo largo de la última década del siglo pasado que demuestra que las carreras profesionales (promociones y retribuciones) de los analistas que trabajaban en las agencias de calificación dependían más de su tolerancia en la calificación de los clientes que del grado de acierto de sus ratings.

¹⁶ Conflicto de interés que se ve agravado por la gran concentración del sector a nivel mundial (las *big four*) que hace muy difícil conseguir peer reviews de sus trabajos.

El tercer conflicto de intereses regulado, a destacar, es el existente entre actividades de asesoramiento y comercialización de las entidades de crédito. Cuando, por ejemplo, un banco amplía capital o emite títulos de renta fija, él mismo suele ser el colocador principal de la emisión a través de sus sucursales y la primera candidata a la colocación es su clientela. Aunque el folleto de emisión sea muy completo y se hagan los tests de conveniencia correctamente –no necesarios en el caso de acciones– es claro que la red comercial tiene un incentivo a colocar dicha emisión y recomendar su adquisición a los clientes en una labor de pura comercialización que suele tomar la forma de asesoramiento. En este terreno, la MiFID II ha introducido recientemente mejoras significativas.

4.2.5. *Sistemas de pago*

La regulación de los procesos de *compensación, liquidación y registro* trata de lograr que las decisiones de los compradores y vendedores en los mercados financieros lleguen a buen fin en los términos acordados por ambas partes. Esto apunta, por una parte, a requisitos informáticos mínimos de las plataformas de liquidación y compensación y, por otra parte, a la adecuada distribución de riesgos en caso de que las operaciones presenten incidencias, lo que implica la existencia de garantías suficientes para hacer frente a las mismas. En síntesis, los objetivos de la regulación de los sistemas de pagos son la adecuada colateralización de las operaciones y una distribución de los riesgos de no perfeccionamiento de estas adecuado, algo que como es obvio adquiere una nueva dimensión con la utilización masiva de medios digitales que permiten realizar transacciones en tiempo real, sin intermediario, reduciendo el riesgo de contraparte pero aumentando la volatilidad del sistema financiero.

4.2.6. *Gobierno corporativo*

La reciente crisis ha puesto de manifiesto defectos importantes en el funcionamiento de los órganos de gobierno de las sociedades, alguno de los cuales han estado en el origen de la crisis. El caso más importante quizá sea el de los incentivos cortoplacistas a los gestores de las entidades financieras que han favorecido la toma de decisiones que podían mejorar rápidamente la cotización de sus acciones, pero que no maximizaban el valor a largo plazo de la empresa y, por tanto, iban en contra de los intereses de accionistas, acreedores y personal de dichas entidades.

Los *códigos de buen gobierno* de las sociedades son, en todo caso, recientes¹⁷, aunque anteriores a la crisis, pero han ampliado los temas tratados y el grado de exigencia de su cumplimiento con el desarrollo de la misma.

El ámbito principal, en algunos casos único, de aplicación de los códigos de buen gobierno son las sociedades cotizadas y su cumplimiento, es voluntario bajo el principio de *cumplir o explicar*. La eficacia del principio es discutible, bastando para confirmarlo con leer algunas “explicaciones” de recomendaciones no cumplidas, pero el traslado paulatino de algunas de estas a la legislación societaria y el coste reputacional de un escaso cumplimiento, que es público a través de los obligados informes anuales de gobierno corporativo, ha hecho que los códigos hayan sido un instrumento positivo en la mejora de la gobernanza de las sociedades mercantiles.

Los temas centrales de las recomendaciones son un amplio abanico que afecta a las funciones de la Junta General, el Presidente, el Consejo de Administración y las comisiones del mismo, con especial énfasis en la ejecutiva, la de auditoría y la de nombramientos y retribuciones. La composición del Consejo es un tema central de todos los códigos tanto en lo que respecta a los criterios de selección como, sobre todo, a la diferenciación entre consejeros ejecutivos, dominicales e independientes, mostrando una clara preferencia por estos últimos¹⁸ y recomendando la menor presencia posible de ejecutivos. Por último, los códigos también suelen recomendar que se facilite el voto de los accionistas frente a su delegación, insisten en procedimientos que garanticen la independencia del auditor externo y suelen contemplar algunos aspectos de responsabilidad social corporativa.

En el caso particular de las entidades de crédito y las empresas de servicios de inversión, y en respuesta a las deficiencias detectadas en la reciente crisis, la regu-

¹⁷ Por ejemplo, en el caso español, el primer código data de mayo de 2006 –una fecha algo tardía en relación a otros países centrales de la UE– y a lo largo de la crisis algunas de sus recomendaciones adquirieron el rango de ley por lo que en 2011 se inició una revisión del código que ha visto la luz en 2016.

¹⁸ Un debate interesante pero que excede este trabajo es el de la independencia real de los consejeros independientes: si sus emolumentos son elevados es difícil que lo sean respecto al presidente que los ha propuesto y si son modestos es dudoso que profesionales competentes estén dispuestos a asumir las responsabilidades (civiles y penales) que determinadas decisiones tomadas con información limitada y, a veces, errónea, pueden traer consigo.

lación ha ido un paso más allá en la UE¹⁹, al transformar determinados principios de gobierno corporativo en regulación de obligado cumplimiento. De esta forma se han regulado normas sobre control interno, estableciendo estrictos requerimientos sobre la idoneidad e impuesto restricciones respecto a las políticas de remuneración, entre otras.

4.2.7. Normas contables

La contabilidad es un instrumento fundamental de transparencia por ser la forma cuantitativa de presentar la actividad de las empresas: inversores, gestores, bancos, administración tributaria y mercados financieros conocen la actividad, decisiones y resultados de las empresas a través de sus estados contables. Esta transparencia se vería muy limitada si cada empresa tuviera sus propios criterios para informar sobre su situación económica y financiera, por lo que es materia muy detalladamente regulada. Pero también se vería limitada si las normas contables fueran distintas en cada país, porque en ese caso la comparación entre empresas sería muy difícil, lo que en un mundo globalizado dificultaría la toma de decisiones, por lo que la *comparabilidad* entre normas contables es también fundamental.

Desde 1973 existe un cuerpo unificado de normas contables, las Normas Internacionales de Contabilidad (NIC) que se utilizan en la mayoría de los países²⁰ –excepto los EE.UU.– al menos para las compañías cotizadas y de mayor tamaño²¹, y que con la creación en 2001 del *International Accounting Standards Board* (IASB) pasaron a denominarse Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF, IFRS por su sigla en inglés) que son un detallado conjunto de estándares internacionales para la presentación de la información que se refleja en los estados financieros de las empresas. Por su parte, en los EE.UU. el

¹⁹ Directiva 2013/36/EU del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión. Esta Directiva fue traspuesta a la regulación española mediante la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito.

²⁰ En España, las entidades de crédito adoptaron las NIC en 2004 y la referencia básica en este tema es las tantas veces citada Circular contable 4/2004 del BdE.

²¹ Bastantes países europeos siguen, no obstante, usando normas contables de carácter nacional para las empresas no cotizadas, como por ejemplo sucede con los bancos pequeños alemanes.

Financial Accounting Standards Board (FASB) es responsable de estas funciones materializadas en los US GAAP.

La existencia de dos conjuntos de normas contables distintos (IFRS y US GAAP) no es muy satisfactoria al dificultar la comparabilidad de estados financieros y disminuir por tanto la transparencia, por lo que los esfuerzos por armonizar ambos conjuntos de normas condujeron a que el IASB y el FASB firmaran en 2002 un acuerdo (MoU) cuyo objetivo era lograr la convergencia entre ambos estándares contables. Aunque no es total, la armonización entre ambos ha mejorado.

La crisis reciente ha planteado un debate importante sobre el tema de la regulación contable que puede ser útil sintetizar. Como es bien sabido, existen básicamente dos formas de valorar un activo o un pasivo: coste histórico o *fair value*²². Hasta fechas recientes la valoración de activos y pasivos en la información financiera pública se hacía a coste histórico pero, tanto el FASB en 2006 –FAS 157– como el IASB –IFRS 13– en 2013, decidieron que los activos financieros se valoraran a *fair value*²³. Es obvio que este valor es mejor desde el punto de vista de la transparencia y del reflejo de la “imagen fiel” de las empresas que el coste histórico, pero los efectos del cambio en plena crisis del criterio contable, aunque reflejaban mejor la realidad económica y financiera de las empresas, tenían efectos negativos. Sin entrar en el debate, y obviando las dificultades técnicas en algunos casos de calcular el *fair value* –por ejemplo cuando no existe mercado para el activo o pasivo concreto a valorar²⁴– cabe destacar las iniciativas del IASB y el FASB en la crisis han sido positivas en lo relativo a la clasificación de activos financieros, los criterios para el cálculo de valor razonable de instrumentos no líquidos, el mejor reconocimiento de las relaciones con vehículos fuera de balance y la mejora en la provisión de créditos.

No obstante, hubo fuertes presiones para recuperar el criterio de coste histórico, llegándose incluso a acusar al cambio de criterio contable parte de responsabilidad en la intensidad de la crisis. Algo parecido cabe decir de las presiones

²² El *Topic 820* del FASB define el *fair value* como “el precio que podría obtenerse por vender un activo o el pago por transferir un pasivo en una transacción ordenada entre participantes en el mercado en la fecha de realización”.

²³ Las NIIF consagran el principio de *fair value*, aunque no para los préstamos.

²⁴ Aunque existe acuerdo entre las US GAAP y las IFRS sobre cómo calcularlo.

para cambiar las reglas de determinación de los beneficios para que las entidades fueran más conservadoras en su política de reparto de dividendos que favorecían la descapitalización.

Estos son dos ejemplos claros del riesgo de tratar de utilizar instrumentos regulatorios para objetivos distintos a los que los justifican. Lo esencial para cualquier enfoque regulatorio de la información financiera de las empresas es respetar la idea de que la contabilidad es un instrumento para mejorar la transparencia y facilitar la comparabilidad, y no un arma en la lucha por la estabilidad financiera. Expresado en otros términos, la regulación contable debería huir de modificar la definición de los resultados en situaciones difíciles con objeto de proporcionar informaciones menos críticas, por lo que el criterio de *fair value* es muy superior al de coste histórico y la definición de resultados debe ser un tema estrictamente contable, dejando en manos de la regulación microprudencial, de solvencia, el uso que pueden darse a los resultados, en concreto, las partidas que pueden ser distribuidas y las que no. En este aspecto resulta relevante la entrada en vigor en 2018 de las IFRS 9 relativas a la contabilización de instrumentos financieros, que revisa el sistema de clasificación de estos instrumentos e introduce para el cálculo de los deterioros el concepto de pérdida esperada, que sustituye al de pérdida incurrida utilizado hasta ahora, aunque en este tema ha fracasado la intención de convergencia con el FASB.

Aunque en este campo se han conseguido avances de coordinación internacional, estimables con un grado de acercamiento progresivo entre los estándares contables estadounidenses y los europeos, estos retrocesos señalan la dificultad para alcanzar una identificación total que sería muy beneficiosa desde el punto de vista de la comparabilidad y la transparencia de la información financiera pública.

4.2.8. Nuevas tecnologías

Hasta ahora la innovación financiera no ha sido objeto de regulación porque las autoridades y el sector pensaban que toda innovación financiera mejoraba la eficiencia del sistema al ofrecer, bien nuevos productos a los usuarios de servicios financieros, bien una mayor flexibilidad en la gestión de las entidades.

Esto es más que discutible porque, sin restar importancia a los aspectos positivos de la innovación financiera, una parte relevante de la misma ha ido destinada a evadir los requerimientos de capital regulatorio (basta pensar en los *conduits*) rebajando la solvencia del sistema y dificultando conocer la distribu-

ción efectiva de los riesgos tanto a los supervisores como a los propios agentes privados. Sorprendentemente, el mundo financiero es el único en que cualquier innovación ha sido considerada beneficiosa sin pasar un control previo, como sucede en la industria farmacéutica, la química, el mundo de la energía y de los transportes por citar solo algunos ejemplos. Basta de nuevo con pensar en la negociación de alta frecuencia (HFT) en que órdenes de compra de valores por cientos de millones se mantienen activas solo durante décimas de segundo. Pese a que como resulta evidente aumentan la inestabilidad de los mercados, se han defendido con el argumento de que proporcionan liquidez a los mismos, pero no parece difícil realizar un análisis de coste-beneficio entre mayor inestabilidad y proporcionar liquidez durante unos nanosegundos.

Pero con la revolución tecnológica de la era digital la innovación financiera no solo afecta al diseño de productos o a la flexibilidad operativa, sino que está suponiendo un cambio radical en el negocio financiero y, por tanto, afectará a su regulación en términos que apenas han comenzado a implementarse. Basta con pensar en la aparición de nuevos competidores con costes de entrada muy inferiores a las entidades ya instaladas, lo que seguramente aumentará la eficiencia del sistema pero hará aparecer nuevos riesgos. Los cambios esenciales tienen que ver con dos aspectos que ha facilitado la digitalización. El primero es la existencia de una operatividad continua y el acceso en cualquier instante, en tiempo real, de los usuarios de servicios financieros, lo que implica, entre otras cosas, sistemas de pago que si liquidan en bruto exigirán mucha mayor liquidez y si lo hacen en términos netos aumentarán los riesgos de impago, además de afectar a la estabilidad financiera ya que los movimientos de fondos ante las dudas sobre una entidad concreta pueden alcanzar, de forma instantánea, volúmenes muy superiores a los alcanzados con los procedimientos tradicionales de movimientos de depósitos. El segundo aspecto es la mayor importancia de las infraestructuras de computación y las técnicas de tratamiento y explotación de grandes volúmenes de información diversa a gran velocidad (*big data*). Todo esto implica, claramente, un aumento de las necesidades de liquidez del sistema financiero, la entrada de nuevos competidores y nuevos riesgos de fraude, de ciber seguridad y, en definitiva, de mayor volatilidad²⁵.

²⁵ González-Páramo (2017) es una lectura recomendable tanto sobre los cambios que la era digital supone para el negocio bancario como sobre sus efectos sobre la regulación.

Los cambios regulatorios aún son incipientes y su complejidad y los riesgos de errores cuya enmienda sería muy costosa parecen apuntar al diseño de una regulación con alta cooperación entre reguladores y regulados a través de *hubs* de innovación donde se encuentren la industria y los reguladores y que generen sinergias entre ambos tipos de participantes y *sandboxes* regulatorios en los que se experimente la nueva regulación con usuarios reales de los servicios antes de su aplicación a toda la industria.

4.2.9. *La nueva regulación de la estabilidad financiera*

El tratamiento tradicional de la estabilidad financiera consideraba que para asegurarla era suficiente con que las entidades, individualmente, tuvieran un nivel suficiente de recursos propios para hacer frente a posibles escenarios adversos. Esto significa que los peligros de inestabilidad provenían de la posible aparición de *shock externos* a las entidades, es decir, la consideración de que la inestabilidad era un riesgo externo a las entidades de crédito que bastaba con que estuvieran preparadas para hacer frente a una perturbación exógena. Pese a los avances que supusieron Basilea I y II para el reforzamiento de los recursos propios de la banca, la reciente crisis se encargó de demostrar que se trataba de un enfoque insuficiente por varias razones.

En primer lugar, porque el efecto contagio de la crisis iniciada en 2007 fue muy superior al experimentado en crisis precedentes²⁶, porque tanto la globalización del sistema financiero como el aumento de actividades fuera del perímetro de la regulación existente habían aumentado la interconexión del sistema y lo habían hecho más sensible a perturbaciones puntuales.

Por una parte, los peligros de inestabilidad tenían un importante componente interno –lo que rebatía la idea de que bastaba con tratar de que las entidades tuvieran capital suficiente para hacer frente a shocks externos– relacionado con el comportamiento de las entidades: la adecuada gestión del riesgo, el grado de concentración crediticia, el nivel de apalancamiento y un largo etcétera.

Además, la crisis puso en evidencia el papel fundamental que jugaban los mercados financieros para la estabilidad del sistema; la crisis cursó con la desapa-

²⁶ La crisis se originó en un segmento reducido (12%) de un mercado muy concreto, el hipotecario estadounidense.

rición de algunos mercados, principalmente los de deuda privada corporativa, lo que supuso importantes costes para los balances de las entidades y efectos sobre otros mercados como el bursátil. De esta forma, el supervisor de mercados, que no había hasta entonces tenido peso alguno en los temas de estabilidad financiera, pasó a jugar un papel significativo en la misma.

El resultado final ha sido que el perímetro de regulación y seguimiento de la estabilidad financiera haya trascendido el mundo estrictamente bancario, incluyendo no solo la regulación microprudencial de solvencia, sino también la supervisión macroprudencial, que tiene en cuenta la estabilidad del sistema financiero en su conjunto, así como una mayor atención a las implicaciones de las políticas monetaria y fiscal para el comportamiento de los mercados financieros. Las decisiones de política macroeconómica tienen importantes efectos sobre la estabilidad, sin necesidad de revestir la forma de perturbaciones externas: basta con pensar en los efectos de las modificaciones del tipo de interés sobre el valor de los activos de las carteras de las entidades o en el contagio entre riesgo soberano y riesgo bancario cuando las entidades tienen importantes carteras de deuda pública.

Este nuevo enfoque implica, en primer lugar, la necesidad de una estrecha coordinación entre instituciones que, hasta el momento, habían tenido unas relaciones insuficientes. La política monetaria competencia de los bancos centrales, la política fiscal en manos de los gobiernos y la vigilancia de los mercados competencia de los supervisores de conductas debían contemplarse de manera conjunta, aunque las decisiones en cada tema siguieran siendo competencia de las mismas instituciones.

Todo lo anterior destaca la importancia de disponer de una adecuada arquitectura institucional de la regulación y supervisión financieras, algo que ya había señalado el Foro de Estabilidad Financiera que, por encargo del G7, había publicado en 2008 un conjunto de recomendaciones destinadas a corregir las deficiencias que presentaba el sistema financiero internacional. El documento señalaba la importancia de que los países convergieran en los modelos y formas de llevar a cabo la supervisión financiera como mejor vía para facilitar la coordinación entre autoridades nacionales con el objetivo de mejorar la detección y gestión de riesgos. Además, realizaba recomendaciones en temas que reflejaban el nuevo perímetro de análisis de la estabilidad financiera. Por una parte, señalaba la importancia de mejorar la transparencia, ya que la crisis había demostrado

una falta de confianza en el sistema por parte de los agentes derivada, entre otras causas, de un escaso conocimiento de las normas de funcionamiento, de la dificultad de valoración de los activos complejos y de la ausencia de información sobre la parte no regulada del sistema. Por otra parte, apuntaba a la importancia de las normas de conducta señalando la existencia de numerosos conflictos de intereses no resueltos que iban desde la imprecisa separación entre actividades de asesoramiento y comercialización de las entidades de crédito, hasta la actuación de las agencias de calificación.

En el plano de la UE, la necesidad de mayor coordinación para mejorar la estabilidad financiera se plasmó en el informe Larosière (*European Commission*, 2009), que dio luz al nuevo Sistema Europeo de Supervisión Financiera, creando por una parte tres nuevas autoridades supervisoras sectoriales: la *European Banking Authority* (EBA), la *European Securities and Markets Authority* (ESMA) y la *European Insurance and Occupational Pensions Authority* (EIOPA) que sustituían a las antiguas CEBS, CESR y CEIOPS con mayores competencias supervisoras y, en algunos casos, regulatorias. Un sistema que mejoraba la situación anterior, aunque de gran complejidad y que mantenía una arquitectura institucional supervisora basada de carácter sectorial (banca, mercados y seguros).

Desde la perspectiva de la vigilancia macroprudencial se creó, en 2011, el *European Systemic Risk Board*, un organismo con competencias no reguladoras y cuyas decisiones no son jurídicamente vinculantes, presidido por el Presidente del BCE, con representación de las tres autoridades sectoriales más los supervisores nacionales y la Comisión Europea, encargado de analizar las amenazas potenciales para la estabilidad financiera, clasificar los riesgos potenciales y, en su caso, emitir alertas tempranas y recomendaciones.

Además, la UE ha mejorado la arquitectura institucional para gestionar situaciones de crisis, creando en 2010, con carácter transitorio, el Fondo Europeo de Estabilidad Financiera, que proporciona asistencia financiera a los países miembros y se financia con deuda pública de los estados nacionales, y en 2013 el Mecanismo Europeo de Estabilidad que se financia en los mercados con garantía del presupuesto de la UE.

A lo que hay que sumar los avances en el objetivo de implementar la Unión Bancaria Europea (UBE), que ha supuesto una transformación sin precedentes en los marcos de supervisión y de gestión de crisis en el sector bancario de los

países del área del euro con la creación del Mecanismo Único de Supervisión (MUS) a finales de 2014 y el Mecanismo Único de Resolución (MUR) plenamente operativo desde 2016²⁷.

El impulso político para la creación de la UBE se produjo a mediados de 2012 en un contexto de riesgo sistémico extremo como fue la crisis soberana de la zona del euro, que no solo dificultaba la transmisión de la política monetaria, sino que llegó a poner en cuestión la irreversibilidad de la moneda única. Para romper el círculo vicioso de retroalimentación entre los riesgos bancario y soberano y evitar que la confianza en la seguridad de los depósitos bancarios dependiera del Estado miembro en el que los bancos desarrollaran su actividad, era necesario crear una supervisión única, una resolución bancaria única y un esquema común de garantía de depósitos.

Desde el punto de vista regulatorio, esta visión más amplia de la estabilidad financiera se plasmó en Basilea III, acuerdo logrado en 2010-2011, en el que junto a novedades en la supervisión microprudencial (estándares de liquidez, calidad de capital, colchón adicional para absorber pérdidas en crisis, ratios de apalancamiento, límites a grandes riesgos y novedades en riesgo de mercados, titulizaciones y operaciones fuera de balance), desde el punto de vista macroprudencial se creó un marco diferenciado para las entidades de crédito sistémicas y un colchón de capital contracíclico.

4.2.10. La resolución

Cabe señalar también la reciente regulación del marco de resolución de entidades de crédito²⁸. Con anterioridad a la crisis, los supervisores actuaban ante entidades en crisis o susceptibles de quebrar con cierta discrecionalidad, en función de las herramientas y los fondos disponibles. Sin embargo, la reciente crisis ha puesto de manifiesto el elevado coste público de las crisis bancarias y el grave deterioro de la estabilidad financiera que pueden llegar a producir.

²⁷ Para un análisis detallado de estos temas ver Vegara (2014).

²⁸ Cuya Directiva y Reglamento se han incorporado al ordenamiento jurídico español mediante la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión.

El nuevo marco de resolución persigue el objetivo de hacer posible la reestructuración ordenada de las entidades de crédito cuando estas llegan a una situación de inviabilidad, minimizando el impacto sobre la estabilidad financiera y procurando, en cualquier caso, evitar que el coste de la resolución recaiga sobre los contribuyentes, es decir, pasar del *bail-out* al *bail-in*. Para ello se pueden diferenciar dos tipos de medidas: las medidas de resolución en fase preventiva, integrando en la vida diaria de las entidades la preparación para una eventual resolución, y las medidas de resolución efectivas, que dotan a la autoridad de resolución de diversas herramientas, tales como la creación de bancos puente, la venta de negocios, la segregación de activos a un vehículo y los ejercicios de *bail-in* (absorción de pérdidas por los pasivos de la entidad) para poder facilitar su resolución ordenada²⁹.

* * *

Si hubiera que sintetizar el arsenal descrito de elementos regulatorios en términos de los objetivos de la regulación financiera, cabría decir que estos se concentran en tres grandes áreas: la *estabilidad financiera*, el adecuado *funcionamiento de los mercados* y la *protección de los consumidores de servicios financieros*³⁰. Los dos primeros resultan obvios de la discusión precedente, pero el tercero puede no parecerlo tanto y, en todo caso, se ha convertido en una demanda social por parte de los numerosos inversores, principalmente pequeños y medianos ahorradores con muy escasos conocimientos financieros, que han visto cómo su riqueza financiera se evaporaba en poco tiempo. Además, con el desarrollo de la última crisis, desde el punto de vista mediático, la eficacia en la protección del usuario de servicios financieros se ha convertido en el tema principal de valoración de los supervisores financieros por parte de la ciudadanía.

El punto a destacar es que casi todas las actuaciones regulatorias y supervisoras tienen como efecto, directo o indirecto, la protección de los consumidores. Incluso cabe señalar que tanto la estabilidad financiera como el de buen funcio-

²⁹ Para un análisis más detallado ver Restoy (2014, 2016).

³⁰ En el lenguaje cotidiano se suele hablar de la “protección del inversor”, e incluso así lo expresa, por ejemplo en el caso español, la Ley del Mercado de Valores. Sin embargo, el concepto es más amplio. Basta con pensar en los problemas de comercialización de productos financieros complejos, cláusulas suelo hipotecarias, cobro de comisiones indebidas y un largo etcétera.

namiento de los mercados protegen al inversor. Pero algunas áreas de regulación son especialmente importantes para el logro de este objetivo, y la principal es la transparencia, pero también lo son, por ejemplo, la regulación de solvencia, de los conflictos de interés o del gobierno corporativo. Otro tema, más debatible, es si la estabilidad financiera debería o no incorporarse como objetivo explícito en la actuación de los supervisores de conducta³¹.

5. LA SUPERVISIÓN FINANCIERA ESPAÑOLA

5.1. Los organismos supervisores

Hasta aquí hemos tratado las razones de la regulación financiera y las áreas y temas a supervisar, se trata ahora de analizar cómo se lleva a cabo la labor de supervisión, es decir, cómo se trata de asegurar el cumplimiento de la regulación financiera en el caso de la economía española. En particular, dos aspectos son los más relevantes. En primer lugar, analizar si los organismos supervisores cumplen los requisitos básicos de independencia y están dotados de los instrumentos adecuados para desarrollar sus funciones con eficacia. En segundo lugar, si la arquitectura institucional supervisora es la más adecuada y si caben mejoras en la misma. Del primer tema nos ocuparemos en este epígrafe y dedicaremos uno específico al análisis del segundo punto.

Dos precisiones pueden ser útiles antes de entrar en la descripción del entramado institucional de la supervisión financiera española, porque pueden ayudar a precisar los términos de la discusión de algunas características deseables de la misma (independencia, organización, etc.).

La primera precisión es si los organismos descritos son, como con frecuencia se dice, “organismos reguladores”, porque no conviene confundir las funciones de regulación y las supervisoras. En el área financiera –no así en otras como se comenta en otros capítulos de este libro– los organismos que vamos a analizar son *supervisores*. La regulación en estas materias corresponde al gobierno y, en medida creciente, a las instituciones de la UE a través de Directivas cuya trasposición a la legislación española es obligada, de Reglamentos que son de aplica-

³¹ Aunque la opinión del autor es que en el caso del supervisor de mercados y conductas esto podría ser contraproducente al plantear un conflicto de intereses –agudizado en situaciones de crisis– entre la transparencia y la defensa del inversor.

ción inmediata y de instrucciones y acuerdos tomados en el seno de las autoridades de la UE: la EBA, ESMA y EIOPA.

Es cierto que los dos principales organismos –el BdE y la CNMV– aprueban Circulares que obligan a los supervisados, pero estas son simples desarrollos técnicos, no interpretativos, de leyes o reglamentos aprobados por el poder legislativo o ejecutivo. E, incluso en este caso, si el gobierno desea restringir el campo de aplicación de las Circulares puede hacerlo, como se demostró cuando el nuevo gobierno comenzó en 2012 a regular aspectos técnicos que, hasta el momento, habían estado delegados en manos del BdE. Esto implica que algunas críticas jurídicas a las administraciones independientes basadas en que ‘legislan’ sin ser un poder elegido, lo que para algunos tratadistas es contrario al ordenamiento constitucional español, mas bien son de carácter formal pero no sustantivo.

Una segunda precisión, a tener en cuenta, en el caso de la supervisión financiera es diferenciar, dentro del conjunto de comisiones supervisoras, las del sector financiero de las de carácter sectorial (telecomunicaciones, energía, transportes...). La primera diferencia sustancial es que las primeras *no son de carácter sectorial*: la supervisión financiera se extiende a todos los sectores y actividades. La segunda diferencia es *la rapidez con que evoluciona el objeto de la supervisión*: en el mundo financiero se han producido transformaciones radicales en las tres últimas décadas y el proceso de innovación financiera y de operaciones societarias es infinitamente mayor que en cualquier otra rama de actividad. La tercera es *con quién se compete en la captación de recursos humanos*. El BdE y la CNMV compiten por los profesionales cualificados con el mundo financiero, no con los funcionarios de cuerpos especiales o con el personal de media docena de empresas. Todo ello hace que la *flexibilidad en el funcionamiento* de los supervisores financieros haya de ser muy superior a la de los supervisores sectoriales.

En el momento en que este trabajo se escribe, existen tres agencias supervisoras principales en España: el Banco de España (BdE), la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones del Ministerio de Economía (DGS). Adicionalmente, el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) que es un organismo autónomo adscrito al Ministerio de Economía.

En forma sintética, el BdE supervisa la solvencia de las entidades de crédito, además de asumir la responsabilidad de la supervisión macroprudencial, y se ocupa de la protección de los clientes de las entidades de crédito. Desde 2014

estas funciones del BdE deben entenderse en el marco de la distribución de competencias del MUS. El nuevo marco de supervisión europeo nació con los objetivos de mejorar la calidad de la supervisión bancaria de la zona euro, favorecer la integración de unos mercados que se habían fragmentado notablemente durante la crisis y romper el vínculo riesgo bancario-riesgo soberano. En la práctica, la creación del MUS ha supuesto la transferencia al BCE de las competencias relativas a la supervisión prudencial de las entidades de crédito del área del euro, que deberá desempeñar en estrecha colaboración con las autoridades nacionales.

El marco del MUS distingue entre las denominadas *entidades significativas*, que se encuentran bajo la supervisión directa del BCE (si bien el BdE continúa aportando la mayor parte de recursos y realizando como norma general las inspecciones *in-situ*) y las entidades menos significativas que siguen bajo la supervisión directa del BdE. En 2016, en España, las entidades supervisadas de forma directa por el BCE suponían en torno al 94% de los activos del sistema bancario español³².

Por su parte, la CNMV supervisa, básicamente, las conductas de los emisores de activos financieros y de las sociedades que operan en los mercados, del correcto funcionamiento de estos, de la solvencia de las Empresas de Servicios de Inversión (ESI) y de las gestoras de los fondos de inversión y de la protección del inversor. La DGS se ocupa de la solvencia y, en parte, de las conductas, de las compañías de seguros y de las gestoras de planes de pensiones. Por último, el ICAC supervisa la actividad de auditoría de cuentas y tiene una cierta capacidad de interpretación de las normas contables.

5.2. Una valoración de las características de los organismos supervisores independientes

Conviene hacer una precisión inicial que tiene que ver con el sentido del término “independiente” aplicado a ciertos supervisores. Hay quienes sostienen la idea de que los responsables máximos de los supervisores deben ser independientes *en el origen*, por lo que consideran que su nombramiento debe hacerse en sede parlamentaria y no ser prerrogativa del gobierno porque así se despolitiza su nombramiento. Esta idea es más que discutible, porque tan político es un

³² Ver Banco de España (2016).

nombramiento realizado por el gobierno como uno hecho por el parlamento³³. La única diferencia estriba en que si el partido del gobierno no tiene mayoría absoluta en el parlamento tendrá que buscar apoyos para sus propuestas, pero no las despolitiza y, en el caso español, tenemos muchos ejemplos de que cuando esto ha sucedido se han llegado a acuerdos en términos de cupos que ni garantizan la independencia ni, menos aún, aseguran la calidad profesional de los propuestos, sino tan solo sus simpatías políticas. La despolitización *en el origen* de los responsables de la supervisión solo podría, en su caso, conseguirse si los nombramientos fueran realizados por una instancia no política, pero ello supondría hurtar a los políticos una competencia que les es propia³⁴. Por lo tanto, cuando se habla de independencia el sentido de la misma es *en el ejercicio de las competencias* del supervisor, aunque ello no es óbice para que pueda mejorarse la forma de elegir a los máximos responsables de los organismos supervisores.

Desde la perspectiva de la *independencia de los supervisores*, existe una diferencia esencial entre ellos: mientras que el BdE y la CNMV pueden considerarse administraciones independientes, por razones obvias la DGS y el ICAC dependen del Ministerio de Economía, de forma que carecen de independencia alguna. Por mencionar los aspectos más relevantes, sus responsables pueden ser cesados en cualquier momento, los nombramientos no pasan control externo alguno al ser potestad exclusiva del gobierno y sus presupuestos y plantillas están fijados por el Ministerio de Hacienda. Por su parte, el BdE y la CNMV cumplen casi todos los requisitos básicos formales para ser independientes, aunque en mayor medida el BdE, como se analiza más adelante.

El cambio más importante desde este punto de vista es, por tanto, dotar de independencia a la supervisión de las actividades de aseguramiento y auditoría. En lo que respecta a seguros, la razón se deriva de la anomalía que implica el que la DGS sea responsable de la legislación de la actividad aseguradora y, al mismo tiempo, la supervise, lo que implica un claro conflicto de interés, que ya fue tempranamente denunciado por el Fondo Monetario Internacional en su informe de 2005 y que ha repetido sus críticas con posterioridad sin que ninguno de los

³³ Máxime si el gobierno tiene mayoría parlamentaria asegurada.

³⁴ Lo que no resulta incompatible con procedimientos que impliquen algún tipo de filtro o informe no vinculante previo, realizado por una comisión técnica de profesionales y/o de antiguos responsables de esos organismos.

últimos cuatro gobiernos haya hecho algo por solucionar el problema. Se trata, por tanto, de mantener las competencias regulatorias de la DGS, aunque eliminado sus funciones supervisoras.

El caso del ICAC es distinto. Su problema radica en ser un organismo autónomo del Estado, porque la autonomía de los denominados organismos autónomos no es la que requieren las administraciones independientes. Esto resulta patente de la lectura del Capítulo II de la LOFAGE: se rige por el derecho administrativo (art. 45.1), el nombramiento de sus responsables es el común de la Administración General del Estado (art. 46), su presupuesto no es autónomo (art. 50) y su dirección estratégica, evaluación y control de resultados dependen del Ministerio al que están adscritos (art. 43.2).

En resumen, la supervisión de seguros, fondos de pensiones y auditorías en España las realizan dos organismos que no pueden considerarse administraciones independientes, por lo que la única recomendación posible –coincidente en el caso de la DGS con el FMI como se ha señalado³⁵– es que sus funciones pasen a ser desarrolladas por organismos públicos independientes. Ambos casos pueden afrontarse de dos formas distintas. Bien creando un nuevo supervisor sectorial independiente para los seguros y fondos de pensiones y para la actividad de auditoría, bien repartiendo las competencias supervisoras de la DGS y del ICAC entre otros supervisores ya existentes, un tema que se tratará en el próximo epígrafe.

Limitando por tanto el análisis a los casos del BdE y la CNMV, lo primero a destacar es la asimetría existente entre ambas instituciones en materia de *independencia y autonomía*. En primer lugar, conviene señalar que la autonomía del BdE se refiere al área de la política monetaria y proviene de la autonomía del Banco Central Europeo (BCE), pero en el área supervisora no hay razón alguna para diferenciar los estatus del BdE y la CNMV. Y eso se debería reflejar en el ordenamiento jurídico. Dicha autonomía explica por qué el BdE tiene que enviar una previsión anual de gastos (no de ingresos, lo que es sensato dada su casi im-

³⁵ El FMI en su FSAP de 2006 ya denunció esta anomalía, que reiteró en el FSAP de 2012. No resisto la tentación de señalar que, en este último, el FMI reconocía importantes avances en la calidad y los criterios seguidos por la supervisión de la CNMV en 2006-2012, institución que recibía la mejor calificación entre los tres supervisores españoles. En su FSAP más reciente, reconoce la iniciativa del Gobierno de crear una autoridad independiente de seguros y fondos de pensiones (FMI, 2017, p. 29).

posible previsión) e inversiones para conocimiento del Gobierno y de las Cortes, proyecto que no se integra con los Presupuestos Generales del Estado, mientras que la CNMV, tiene que presentar un presupuesto de ingresos y de gastos, que se integra en los Presupuestos Generales del Estado y cuyas desviaciones, en caso de producirse, deben ser autorizadas, bien por el ministerio adecuado, bien por el gobierno, dependiendo del montante de la desviación del presupuesto de gastos.

Pero la autonomía del BdE en materia de política monetaria no constituye un argumento válido para explicar por qué el BdE no está sometido a la LOFAGE y la CNMV sí. En el caso del presupuesto, fue el BCE quien exigió a los Bancos Centrales del Eurosistema, como elemento consustancial a la independencia, que el Gobierno no pudiera imponerles limitaciones presupuestarias, pero es obvio decir que el BCE no se pronunció sobre la LOFAGE. Y el sometimiento a esta implica una rigidez administrativa en materia de contratación, selección, diseño de carreras profesionales y estructura salarial que perturba muy gravemente el funcionamiento de la CNMV. No se trata de pedir un estatus privilegiado y sin control alguno para la CNMV o el BdE. En el tema de transparencia y de rendición de cuentas, es claro que cualquier precaución es poca para instituciones públicas cuyos órganos de gobierno son nombrados por períodos largos y no removibles más que por causas tasadas (incapacidad o conductas dolosas, en lo esencial). Tanto el BdE como la CNMV elaboran Informes Anuales que han de presentarse en sede parlamentaria, hacen comparecencias siempre que lo pide el Congreso de los Diputados, elaboran anualmente Memorias de Supervisión y de Reclamaciones y están supervisados por el Tribunal de Cuentas. El lema sería: más autonomía y más control.

La autonomía es fundamental, pero solo es una condición necesaria, aunque no suficiente, para lograr que las instituciones supervisoras tengan una elevada *reputación* y actúen con *independencia*. Estas instituciones dependen crucialmente de su prestigio y reputación, algo que cuesta mucho ganar y que se erosiona con gran facilidad, máxime en situaciones de crisis, tanto por posibles actuaciones insuficientes o erróneas como por la presión popular y mediática que tiende a culpar a la policía de la existencia de delitos.

El primer punto para que una institución de este tipo tenga prestigio y, por tanto, sea respetada por los propios supervisados y regulados, es la *competencia técnica de sus órganos de gobierno* y gestores. La legislación española define la competencia de una manera un poco ambigua, aunque posiblemente cualquier

definición lo sea. Dice que hace falta tener 10 años de experiencia y ser un profesional “de reconocido prestigio”. Habida cuenta de que 10 años de experiencia la tiene cualquier profesional de 35 años el criterio temporal es un filtro muy tolerante. Y lo de “reconocido prestigio”, dado que no hay indicadores objetivos de prestigio, es algo muy subjetivo. Por eso no resulta infrecuente, cuando se analiza la composición de los órganos de gobierno, encontrarse no necesariamente con incompetentes profesionales, pero sí con personas competentes en otras áreas. Una persona puede ser extremadamente competente en temas agrícolas y, sin embargo, no ser adecuada para supervisar el sector financiero. Desde luego existen sistemas de nombramiento más eficaces, que se han discutido en el capítulo 2, sin necesidad de llegar al límite, envidiable pero inimaginable en nuestro país (y en la mayoría de los demás) de convocar un concurso internacional para cubrir el puesto de Gobernador del Banco de Inglaterra... y que lo gane un canadiense.

La independencia consiste, esencialmente, en no recibir instrucciones del Gobierno, ni ser capturado por los supervisados, y en tener un grado de autonomía de funcionamiento apreciable. Y esto, a su vez, tiene que ver con lo anterior, porque solo las personas competentes pueden ser independientes. Una persona competente, técnicamente no puede plantearse operar fuera del campo de la interpretación sensata de las normas. Casi todas las normas son susceptibles de más de una interpretación. Pero más de una interpretación dentro de un campo de juego de un tamaño determinado. Las personas competentes, por decoro profesional, no se pueden salir de ese campo, sea cuál sea su ideología. Y los incompetentes, por ignorancia o captura política, pueden hacer disparates fuera del campo. Por tanto, la independencia efectiva, a su vez, tiene como prerrequisito la competencia técnica.

Puesto que a los órganos de gobierno de los organismos supervisores los nombra el Gobierno y no existe ningún otro tipo de filtro, ¿por qué no pensamos en un sistema a la anglosajona de *hearings*?³⁶. Es decir, para ser Consejero o Presidente o Vicepresidente de la CNMV, o para ser Gobernador o Subgobernador o Consejero del BE, los candidatos deberían someterse a unas sesiones públicas parlamentarias en la Comisión de Economía, donde se evaluaría

³⁶ Sistemas más originales y eficaces desde el punto de vista de la independencia se han analizado en el capítulo 1.

la competencia profesional de los candidatos, para valorar su competencia para el cargo y sus posibles conflictos de interés. Esto es posible que disciplinara mucho la posibilidad de presentar candidatos notoriamente ajenos al área que se trata. Por ejemplo, sería extremadamente difícil, en esas condiciones, que propusieran a un ingeniero agrónomo, por muy excelso que fuera, para supervisar entidades de crédito.

La experiencia española con el control de independencia de los candidatos a presidir –no con los consejeros– tanto el BdE como la CNMV no es, sin embargo, muy satisfactoria. En primer lugar, la comisión parlamentaria se constituye con el único objetivo de estudiar la existencia de posibles conflictos de interés, no de evaluar la competencia profesional de los candidatos. En segundo lugar, y aún menos satisfactorio, es que los parlamentarios utilizan la sesión no para examinar al candidato sino para acusar a los restantes partidos de no haber negociado previamente los nombramientos o a cuestionar la independencia personal de los candidatos con argumentos tales como a qué empresa de servicios de inversión han encargado la administración ciega de su patrimonio³⁷.

Sería por tanto conveniente pensar en otro método de nombramiento de los miembros de los órganos ejecutivos del BdE y la CNMV, porque el actual da lugar con frecuencia a elecciones desacertadas³⁸. El que me parece más razonable es que un comité de expertos analice los posibles candidatos, presentados por partidos políticos, grupos parlamentarios, mundo académico e, incluso, presentaciones a título personal, y lleve a cabo un informe público cuyo resultado sea un filtrado previo que deje, por ejemplo, tres o cinco candidatos para cada puesto. Entre estos candidatos las Cortes elegirían por mayoría cualificada, que hiciera insuficiente el acuerdo de solo dos partidos políticos, entre

³⁷ Una experiencia personal creo que significativa: en la sesión de la Comisión de Economía del Congreso de los Diputados en la que comparecí en 2007 al ser propuesto como presidente de la CNMV por el gobierno, el Sr. Martínez Pujalte insistió en que dijera quién administraba mi patrimonio. Pese a que era información reservada no tuve inconveniente en decirle que desde 1994 (en que pasé a formar parte de la Comisión Ejecutiva del BE) era Intermoney con un contrato ciego. El Sr. Martínez Pujalte hizo gestos hacia los periodistas y el actual Comisario Europeo y portavoz del PP en la Comisión de Economía, Miguel Arias Cañete, gritó textualmente “¡le hemos cazado!”. Se puede comprobar en el diario de sesiones del Congreso.

³⁸ Durante años he defendido el nombramiento por el gobierno, pero las razones apuntadas han modificado mi opinión.

los candidatos tras una sesión en que los preseleccionados presentaran su plan de actuación, criterios y objetivos principales y demostraran no incurrir en incompatibilidad alguna³⁹.

Un último punto es el de la *neutralidad* de las administraciones independientes. Los supervisados no deben sentir cariño por el supervisor, porque eso querría decir probablemente que el supervisor lo está haciendo mal. No se trata de una relación de amistad. Se trata de una relación de respeto profesional. Y, en esto, es fundamental que las instituciones supervisoras tengan criterios que sean conocidos públicamente y que sean estables en el tiempo, porque esa es la garantía de que, cuando la institución sanciona a alguien, el sancionado sabe que si un competidor hiciera lo mismo que él, sería tratado de igual manera. Si esta expectativa no existe, la capacidad de persuasión moral disminuye notoriamente. Y una supervisión juiciosa no debe acabar necesariamente en la vía sancionadora. Un buen supervisor, un supervisor competente, transparente y que tenga reconocido un prestigio de neutralidad, tiene mucha más capacidad de influir sobre las conductas de los agentes, sin necesidad de acabar recurriendo a expedientes sancionadores.

Por lo que se refiere al BdE, su grado de independencia es muy elevado, pero existe algún aspecto insatisfactorio. Dicho grado de independencia no se debe, sin embargo, al convencimiento de sucesivos gobiernos de que la independencia de un banco central es una característica deseable del mismo, sino al hecho de que sucesivas redacciones de la Ley de Autonomía del BdE, aprobada finalmente en 1994, fueron enmendadas por el BCE, al no cumplir alguno de los requisitos básicos de independencia. Pero sea como sea, estos se cumplen en su gran mayoría. Solo resulta llamativo que aunque no se pueda reelegir al Gobernador y Subgobernador, sí quepa hacerlo con los Consejeros, algo que puede socavar su independencia respecto al gobierno de turno si desean ser reelegidos, como ya se argumentó en el capítulo 1. También son mejorables algunos aspectos relativos a ciertas restricciones de política de personal y de retribuciones que pueden llegar a incentivar el paso de profesionales cualificados del BdE a las entidades supervisadas.

³⁹ Existen propuestas más novedosas y rompedoras, pero no por ello desdeñables. Ver, por ejemplo, Albi (2017).

Por último, la CNMV presenta algunos problemas adicionales relativos a su diseño institucional.

En primer lugar, en cuanto a sus órganos de gobierno, merece la pena destacar tres aspectos insatisfactorios. El primero es el periodo de nombramiento de su presidente y vicepresidente, que es de cuatro años, lo que les puede hacer coincidir con el ciclo político y es, además, un periodo muy corto⁴⁰. Sorprendentemente, como a modo de compensación, ambos cargos pueden renovarse por una vez, lo que atenta contra la independencia de los máximos responsables como ya se ha comentado en el capítulo 1. Resulta paradójica la diferencia en estos dos puntos entre el BdE y la CNMV, que debería eliminarse, ampliando a seis años los mandatos de la CNMV, no permitiendo su renovación –ni la de los consejeros del BdE de ambos organismos–.

El segundo tema se refiere a la dedicación exigida y a las funciones de los consejeros. Los del BdE tienen dedicación parcial –tanto los dos que pertenecen al Comité Ejecutivo como los restantes cuatro que pertenecen solo al Consejo– y los tres de la CNMV dedicación exclusiva. Esto quizá tuviera sentido en el caso de la CNMV cuando se fundó en 1988, porque sus servicios técnicos estaban por crearse, de forma que los consejeros actuaban de facto como directores de área lo que, por otra parte, tuvo en aquellos momentos el efecto positivo indirecto de que todos los consejeros fueran muy competentes. Desde hace tiempo, los servicios técnicos de la CNMV están consolidados tanto en personal como en calidad del mismo y carecería de sentido que los consejeros actuaran como superdirectores y no lo hacen. Pero entonces pierde sentido su dedicación exclusiva que plantea dos problemas. El primero, muy importante, que la exigencia de dedicación completa –lo que debería implicar la residencia en Madrid– impide captar ciertos perfiles profesionales. El segundo, que resulta difícil definir tareas que ocupen una jornada completa a unos consejeros que, con bastante frecuencia, no son expertos en ningún área fundamental de la CNMV (mercados, entidades o servicios jurídicos). Esto puede hacer que los consejeros se desmotiven o que intenten convertirse en directores de facto, siendo ambos malos resultados.

⁴⁰ Cabe recordar que en el primer borrador de Ley de Autonomía que el BdE envió al BCE el periodo de nombramiento de Gobernador y Subgobernador era de cuatro años y que el BCE señaló que no aceptaría un periodo inferior a cinco años.

El tercer aspecto insatisfactorio se refiere a la composición de los consejos del BdE y CNMV. Ambas instituciones tienen dos consejeros natos: el vicepresidente de la CNMV y el DG de Política Financiera en el caso del BE y el Subgobernador del BdE y el DG de Política Financiera en el de la CNMV. No cabe duda de que la pertenencia del DG de Política Financiera a ambos consejos es un factor que no favorece la independencia de los supervisores, porque se trata de una persona que debe disciplina a un ministro del gobierno que es, precisamente, el regulador del sector financiero. La justificación aducida por sucesivos gobiernos para mantener esta anomalía es que se trata de una forma de mejorar la coordinación entre el ministerio y los supervisores, pero es de gran debilidad. La coordinación no requiere que un DG tenga voto –que puede ser decisivo– en los consejos, sino de que exista un intercambio reglado de información y de opiniones, tal y como sucede: por ejemplo, los proyectos legislativos en materia financiera tienen que ser preceptivamente informados por los supervisores, aunque su opinión no sea vinculante. Por otra parte, la coordinación estaría garantizada al más alto nivel si el Gobierno hubiera implementado el Comité Macropprudencial⁴¹ en los plazos marcados por Bruselas, cuyo diseño está atascado por su deseo de controlarlo y su reticencia a que formen parte del mismo expertos independientes además de los representantes del gobierno y de los supervisores financieros.

Para terminar con el tema de la *independencia*, existe algún aspecto mejorable en ambas instituciones: el tema de personal y recursos humanos. Aquí también la situación es asimétrica porque la CNMV tiene que someterse a las restricciones de la oferta pública de empleo, tanto en plazas, como en estructura salarial, lo que ha provocado dos efectos perversos. El primero que no es posible contratar a profesionales de determinado perfil en un sector donde los salarios son muy superiores a la media, aunque presenten una gran flexibilidad cíclica. El segundo, que en los años de la crisis, cuando todos los supervisores financieros de los países avanzados (EE.UU., Reino Unido, Francia, Holanda, Alemania...) ampliaban mucho sus plantillas, en paralelo a sus nuevas funciones y exigencias de supervisión, en el caso español la plantilla de la CNMV se ha mantenido prácticamente congelada.

⁴¹ Tema que se trata en el próximo epígrafe.

En resumen, el régimen presupuestario y de personal de la CNMV es un impedimento muy importante para su independencia funcional, tal y como ya señaló críticamente el FMI en su *Financial Sector Assessment Program* (FSAP) de 2012.

6. MEJORAS DE LA ARQUITECTURA INSTITUCIONAL SUPERVISORA

¿En qué medida es satisfactorio el modelo de supervisión española descrito?

En principio existen tres formas posibles de organizar la supervisión financiera. Una es el llamado *modelo funcional* en el que los supervisores se definen por el tipo de institución sobre el que ejercen sus competencias, lo que conduce a la existencia de tres supervisores: uno bancario, otro de los mercados financieros y uno tercero para los seguros. Otra forma de organización es la existencia de un *supervisor único* que ejerce las funciones de vigilancia tanto de solvencia como de conducta sobre todas las empresas que prestan servicios financieros y todos los mercados.

Por último, una tercera posibilidad es la conocida como *twin-peaks* en que una institución supervisa la solvencia, es decir, implementa la política microprudencial y otra vigila el comportamiento de los todos los agentes que intervienen en la actividad financiera.

Hasta cerca de finales del siglo XX, casi todos los países seguían el modelo funcional porque reflejaba adecuadamente la estructura de la industria financiera. En efecto, las actividades financieras básicas eran desempeñadas por instituciones distintas, las entidades de crédito, las compañías de seguros y los mercados de valores eran actividades con pocos elementos en común. Pero con el crecimiento acelerado del sector financiero, iniciado en las décadas finales del siglo XX, el modelo de institución sistémica ha pasado a ser un conglomerado que realiza simultáneamente actividades de crédito y depósito, emite activos, vende seguros, opera a gran escala en los mercados de valores y que es de carácter transnacional.

Siendo ello así, el modelo funcional plantea serios problemas, el mayor de los cuales es la necesidad, tanto en la mayoría de las actuaciones supervisoras como en la detección temprana de una crisis y su posterior monitorización, de una coordinación permanente y muy intensa entre las tres instituciones supervisoras,

lo que implica sobrecostes para las empresas (que pueden llegar a tener tres equipos de inspección distintos supervisando temas en muchos puntos coincidentes), pérdidas de tiempo, limitaciones en la valoración conjunta del conglomerado y puede llegar a dificultar la toma rápida de decisiones en situaciones de crisis, es decir, una deficiente eficacia de la supervisión financiera. Esto da lugar a la necesidad de algún tipo de consejo coordinador de las tres instituciones supervisoras lo que termina siendo ineficaz o conduciendo a otro modelo supervisor. Si el consejo coordinador no tiene capacidad de tomar decisiones vinculantes para los supervisores sectoriales, la eficacia de la coordinación se verá muy limitada; si, por el contrario, el consejo tiene dicha capacidad, el modelo se convierte, en la práctica, en uno de supervisor único.

Por último, un modelo funcional implica grados de protección distintos y normativas diferentes en la protección de los inversores dependiendo del tipo de producto en que inviertan (valores, productos bancarios o seguros).

Estas insuficiencias son el motivo que dio lugar a la aparición de algunos supervisores únicos, cuyo paradigma es la reforma británica iniciada en 1997⁴². Sin embargo, el modelo de supervisor único no ha sido seguido mayoritariamente e, incluso, el Reino Unido lo cambió a partir de 2011 por un esquema *twin-peaks*. Hay varias razones para el escaso éxito del supervisor único.

En primer lugar, existe un conflicto de interés potencial entre la supervisión de solvencia, microprudencial, y la supervisión de conducta, sobre todo en presencia de crisis sistémicas. Lo relevante, desde el punto de vista de la solvencia, es que la entidad de crédito goce de una posición financiera saneada y sólida: un nivel adecuado de recursos propios y que tenga las reservas y las provisiones suficientes para hacer frente a los riesgos previsibles del negocio y a situaciones críticas. Lo relevante para el supervisor de conducta es que las actuaciones de la empresa en los mercados y en sus relaciones con los clientes cumplan las exigencias regulatorias. Por tanto, en situaciones de crisis, aunque la conducta sea inadecuada, para el supervisor microprudencial primarán los argumentos de solvencia y para el supervisor de conductas, aunque cumplir con las normas de conducta implique debilitar la solvencia, primarán los objetivos de conducta adecuada.

⁴² Ver Gil y Segura (2007) para una descripción y análisis de esta reforma y también de la reforma holandesa comenzada en 1999 hacia un modelo *twin-peaks*.

Un supervisor único tratará de resolver este conflicto internamente, como un conflicto entre dos departamentos de la misma institución. Esto, en primer lugar, resta transparencia a la solución final pero, además, cuesta trabajo pensar que no siempre domine una visión (la de solvencia o la de conducta) y eso es perjudicial. En situación de crisis es impensable que un supervisor único no sacrifique el objetivo de buen comportamiento a la preservación de la solvencia y de la estabilidad sistémica. La forma adecuada de resolver un conflicto de interés no es ocultarlo, sino reconocerlo y trata de resolverlo de forma explícita. En resumen, el riesgo básico de un supervisor único es que primaría la solvencia frente a la transparencia, las conductas correctas o la protección de los inversores. Y no se trata de un problema de incompetencia técnica o de infravaloración de la importancia de la transparencia y la protección de los inversores, sino de que resulta inevitable que la percepción de agudos problemas de corto plazo, de solvencia, predomine sobre aspectos como el riesgo reputacional de los supervisados o la adecuación de las decisiones de inversión a los perfiles de riesgo de los inversores, que son problemas cuyos efectos se materializan a medio y largo plazo, aunque no sean por ello menos importantes para la propia estabilidad financiera como ha demostrado la reciente crisis.

Parece por tanto más adecuado el modelo funcional para resolver el conflicto de interés discutido. No conviene, sin embargo, ocultar que el modelo *twin-peaks* precisa una elevada coordinación –aunque menos compleja que la del modelo sectorial– y flexibilidad entre los dos supervisores, para poder enfrentar los problemas comunes con la suficiente empatía aunque manteniendo intactas sus respectivas competencias. El supervisor de solvencia debe ser capaz de aceptar que no todas las posibles quiebras acarrearán riesgos sistémicos y que el proceso de entradas y salidas en la industria financiera favorece su eficacia y reduce los problemas de riesgo moral. Por su parte, el supervisor de conducta no debe obstaculizar la emisión de instrumentos que traten de obtener recursos propios a las entidades con problemas, siempre que cumplan con los requisitos de transparencia y correcta comercialización.

Otro problema que implica el supervisor único es su tamaño y poder excesivos que dificultarían su eficiencia y coordinación internas⁴³. En el caso de Es-

⁴³ Existe una amplia literatura académica –teórica y empírica– sobre las dificultades de gestión de las organizaciones con objetivos múltiples y potencialmente contradictorios.

paña, basta con pensar en una institución resultante de la fusión del BdE, la CNMV, el ICAC y la actividad supervisora de la DGS.

El único motivo por el que podría defenderse un supervisor único desde el punto de vista de la eficacia es que existieran fuertes sinergias entre la supervisión microprudencial, la preservación de la estabilidad financiera y la supervisión de mercados y conductas. Es claro que los tres aspectos se encuentran muy relacionados: las crisis terminan aflorando como problemas de insolvencia, pero esta puede venir provocada por una organización interna o una gobernanza deficientes, por una mala gestión de riesgos favorecida por una combinación inadecuada de políticas monetaria y fiscal, por una pérdida de confianza de los clientes y un largo etcétera. Pero los *conocimientos* precisos para vigilar la solvencia, las conductas y los mercados no tienen apenas puntos en común, por lo que no presentan sinergia alguna. Incluso en algunos aspectos puntuales, como la publicidad de la apertura de actuaciones, la vigilancia de solvencia y de conductas se rigen por principios opuestos: la transparencia en el caso de conductas que, en sí misma, es un elemento disuasorio de comportamientos inadecuados, y la confidencialidad en el caso de solvencia para evitar pánicos.

Como conclusión, quien considere que existen sinergias entre la vigilancia de la estabilidad financiera y la supervisión microprudencial de solvencia pero que no las hay entre estas funciones y la supervisión de mercados y conductas; quienes consideren que la mejor forma de resolver conflictos de interés es hacerlo de forma transparente y sea sensible a los problemas de organización y gestión de grandes organizaciones con objetivos múltiples que a veces entran en conflicto, se inclinan por el modelo *twin-peaks*.

A partir del estallido de la crisis en 2007, los países avanzados, conscientes de que en situación de crisis el conflicto de interés comentado era mal resuelto tanto por el modelo funcional como por el de supervisor único, han ido cambiando sus esquemas supervisores hacia el modelo *twin-peaks* y, en particular, en Europa tanto el Reino Unido como Francia, Italia, Holanda y Bélgica así lo han hecho⁴⁴.

Por su parte, la UE presenta un modelo mixto, con un desarrollo desigual –tanto institucional como competencial– de las distintas áreas de supervisión.

⁴⁴ Una justificación y descripción detallada del cambio puede consultarse en *UK Government, HM Treasury* (2011).

Por una parte, el modelo europeo es funcional, con tres autoridades: la EBA bancaria, la ESMA de mercados y la EIOPA de seguros. Las tres tienen competencias de coordinación, de forma que su función principal consiste en ser foros de discusión técnica sobre interpretación de normas europeas y la elaboración de recomendaciones y criterios en casos que afectan a varias jurisdicciones nacionales, pero no son competentes en materia de supervisión⁴⁵.

Las competencias supervisoras en el caso de mercados y seguros siguen residiendo en las autoridades nacionales, porque los gobiernos son reacios a perder soberanía en temas sensibles económicamente y en términos mediáticos. Sin embargo, en el caso de la supervisión bancaria el panorama es muy distinto por dos motivos: la previa existencia del BCE y la urgencia, para mejorar la detección temprana y limitar los efectos de crisis venideras, de completar una Unión Bancaria Europea que centralice la vigilancia prudencial de las entidades de crédito sistémicas y la gestión de la resolución de sus crisis⁴⁶.

Como se ha comentado, la supervisión de los bancos significativos de la UE, desde noviembre de 2014, no es competencia de los bancos centrales nacionales, sino del MUS, constituido por el BCE, que es el responsable de su funcionamiento, y las autoridades supervisoras nacionales. Además, existe también un MUR europeo que es el encargado de solucionar las crisis de entidades individuales que puedan presentarse y que dispone de un Fondo Único de Resolución que se dotará en forma gradual entre 2016 y 2023, de manera que se espera que en 2024 cuente con unos recursos de 55.000 millones de euros –el 1% de los depósitos bancarios del área– que podrán utilizarse, en caso necesario, para apoyar los procesos de resolución, siempre y cuando los pasivos de la entidad hayan absorbido pérdidas equivalentes a un 8% de los pasivos totales y la contribución del Fondo no exceda del 5% de dicha cuantía⁴⁷. En suma, la única función supervisora que se ha residenciado a nivel europeo es la de vigilancia prudencial y, consiguientemente, la de resolución.

⁴⁵ En el caso concreto de ESMA, aprovechando que antes de su creación las agencias de calificación crediticia no estaban reguladas y han pasado a estarlo a nivel europeo por sus efectos perjudiciales en la última crisis, la competencia de supervisión se ha situado en el nivel europeo, y aunque eso es deseable no pasa de ser una excepción a la regla general.

⁴⁶ Para una descripción detallada véase D. Vegara (2014) y BCE (2014).

⁴⁷ Ver <https://srb.europa.eu/en/content/single-resolution-fund>.

De la discusión precedente se deduce que el modelo supervisor de *twin-peaks* presenta ventajas significativas respecto a sus rivales (sectorial y supervisor único) y que, por tanto, una iniciativa positiva sería la conversión del sistema español en esa dirección. ¿Qué separa el sistema supervisor español del modelo de *twin-peaks*?

El modelo español cabría calificarlo, en el mejor de los casos, de *twin-peaks imperfecto*, aunque sería más preciso decir que es un *sistema funcional mejorado*. *Twin-peaks* porque, en lo esencial, el BdE se ocupa de la solvencia y la CNMV de las conductas, pero imperfecto por la anomalía que representa la existencia de una DGS que es, simultáneamente, regulador y supervisor. Y porque, además, responde a una lógica sectorial (bancos, valores, seguros) de la supervisión contradictoria con el modelo de referencia. Imperfecto, también, porque existen aspectos menores de conducta: responsabilidad del BdE y de solvencia en manos de la CNMV y de la DGS.

¿Qué habría que hacer para perfeccionar la arquitectura institucional de supervisión financiera española? Muy simplificada dos cosas. En primer lugar, que desaparecieran las funciones supervisoras (no las reguladoras) de la DGS y se traspasaran al BdE, en lo atinente a solvencia, y a la CNMV, en lo concerniente a conductas. En segundo lugar, el traspaso de las competencias sobre solvencia de las empresas de servicios de inversión (ESISs, actualmente de la CNMV), de control del Fondo de Garantía de Inversores y del Consorcio de Seguros (actualmente competencia de la DGS) al BdE. En cuanto al ICAC, parece estar abriéndose camino la idea de que sus funciones, tanto supervisoras de los auditores, como de interpretación de normas contables deberían residenciarse en la CNMV.

Por último, en el modelo funcional, los servicios de reclamaciones de los consumidores de productos financieros (bancarios, títulos y seguros) son competencia del supervisor de conductas, lo que en el caso español exigiría el traspaso de los servicios de reclamaciones de banca y seguros a la CNMV. No obstante, hay defensores de la creación de una nueva administración independiente que asumiera estas funciones por considerar que ni el BdE ni la CNMV tienen servicios de reclamación eficaces. El tema es discutible, pero creo que no sería una solución conveniente.

Es cierto que la eficacia de los servicios de reclamaciones actuales es muy modesta, con magros porcentajes de aceptación de sus resoluciones en favor del

cliente, pero esto no se debe a su ubicación institucional sino al hecho de que sus decisiones no son de cumplimiento obligado para las empresas financieras. Sería más económico y eficiente, y perturbaría menos la gestión de la información de los dos supervisores funcionales, un cambio legal que hiciera vinculantes las decisiones de los servicios de reclamaciones, siempre recurribles ante los tribunales.

La propuesta de cambio de modelo supervisor, que ha sido contemplada en algunas ocasiones –por ejemplo por el vicepresidente Solbes⁴⁸ y, más recientemente por Ciudadanos– ha encontrado fuerte resistencia en el sector, arguyendo la patronal de seguros que la supervisión de la solvencia de una compañía de seguros es muy distinta de la de una entidad de crédito. Esto es una excusa carente de fundamento por dos motivos. El primero, que quien es capaz de valorar la solvencia de un banco necesita pocos conocimientos adicionales para supervisar la de una compañía de seguros. El segundo, definitivo, que el traslado de la supervisión de solvencia al BdE y de conductas a la CNMV llevaría consigo el traspaso de los profesionales que ahora realizan esas tareas en la DGS. La única razón tras la oposición del sector a la reforma es que resulta más fácil influir por vías políticas sobre un supervisor sometido a la disciplina del gobierno que sobre uno independiente.

Para terminar tiene interés insistir en que un modelo *twin-peaks* exige el diseño de una buena coordinación entre los dos supervisores, que debe extenderse a los temas de estabilidad financiera y, por tanto, al gobierno. Instituciones de coordinación entre los supervisores y la autoridad presupuestaria. Este tipo de organismos existen desde hace tiempo en los EE.UU. y el Reino Unido y, más recientemente en la UE se ha creado un Consejo Europeo de Riesgo Sistémico, conocido por su acrónimo inglés ESRC (*European Systemic Risk Board*), un organismo independiente, formado por Presidente y Vicepresidente del BCE, los 20 gobernadores de los bancos centrales nacionales acompañados de un representante de una autoridad nacional supervisora y el Presidente del Comité Financiero Europeo, que toma las decisiones por mayoría simple y presenta informes semestrales al Consejo y Parlamento europeos.

⁴⁸ En 2008 el BdE y la CNMV elaboraron un documento exhaustivo sobre cómo implementar el modelo funcional en España. Tanto el gobierno (PSOE) como la oposición (PP) estaban de acuerdo en la superioridad del modelo funcional, pero la oposición del PP a aumentar las competencias del BdE y el convencimiento del gobierno de que el cambio debía contar con un amplio consenso, abortaron la operación.

En el tema de la coordinación, España acumula un retraso considerable al carecer todavía de un Comité macroprudencial que coordine las actuaciones del gobierno y los supervisores en materia de estabilidad financiera y que pueda hacer recomendaciones sobre políticas que afecten a la misma. Ha habido trabajos para avanzar en el tema pero, al parecer, se encuentran estancados desde hace muchos meses por la renuencia del gobierno a no controlar dicho comité e incluir en su composición expertos independientes, dado que él mismo puede hacer recomendaciones sobre políticas que afecten a la estabilidad financiera.

7. SÍNTESIS Y CONCLUSIONES PRINCIPALES

1. El sistema actual de supervisión financiera español lo forman cuatro instituciones: el BdE, en el marco del MUS (supervisión microprudencial bancaria y protección de los clientes bancarios), la CNMV (funcionamiento de mercados, solvencia de ESIs, conducta y protección de inversores), la DGS (solvencia y conducta de seguros) y el ICAC (auditores y competencias contables).
2. El estatus de estas instituciones es muy distinto: el BdE y la CNMV son administraciones independientes; la DGS está adscrita al Ministerio de Economía y el ICAC es un organismo autónomo dependiente del Ministerio de Economía. Por tanto, los dos últimos no son supervisores independientes.
3. El sistema actual de nombramiento de los cargos ejecutivos del BdE y la CNMV debería sustituirse por uno en que los candidatos propuestos por partidos políticos, grupos parlamentarios, instituciones académicas o a título personal, fueran objeto de una criba por una comisión de expertos que presentaran ternas para cada puesto entre los que el Parlamento elegiría por mayoría cualificada que exigiera el acuerdo de varios grupos parlamentarios.
4. El BdE y la CNMV presentan algunos fallos desde el punto de vista de la independencia: la posibilidad de renovación de sus consejeros (BdE y CNMV) y de sus máximos responsables (CNMV), lo que cabría solucionar prolongando el mandato de los miembros del comité ejecutivo de la CNMV de los actuales 4 hasta los 6 años; también deberían levantarse las restricciones en la política presupuestaria de empleo y retribuciones.

5. El modelo institucional de supervisión financiera más extendido en los países desarrollados es el *twin-peaks* con dos supervisores: uno de solvencia y otro de mercados y conductas. Para implementar este modelo en España habría que repartir las competencias supervisoras de la DGS entre el BdE y la CNMV; transferir de la CNMV al BdE la supervisión de solvencia de las ESIs; del BdE y la DGS a la CNMV la protección de la clientela e integrar el ICAC en la CNMV.

Referencias bibliográficas

- Albi, E. (2017): “Cargos por azar”, *El cronista del estado social y democrático de derecho*, nº 60, pp. 4-17, enero.
- Akerloff, G. (1970): “The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Markey Mechanism”, *Quarterly Journal of Economics*, 84(3), pp. 488-500.
- Banco Central Europeo (2014): *Financial Integration in Europe*, abril.
- Banco de España (2016): *Memoria de la supervisión bancaria en España*.
- (2017): *Informe sobre la crisis financiera y bancaria en España, 2008-2014*, Madrid.
- BIS (2010): *A global regulatory framework for more resilient banking system*, revised version, june.
- European Commission (2009): *Report on the High-Level Group on Financial Supervision in the EU chaired by Jacques de Larosiére*, Brussels.
- Fondo Monetario Internacional (2017): “Spain. Financial System Stability Assessment”, *IMF Country Report No. 17/321* (October) y Spain. FSAP. Technical note-Institutional arrangements for financial sector oversight” (November), *IMF Country Report*, No 17/337.
- Gil, G. y J. Segura (2007): “La supervisión financiera: situación actual y temas para debate”, *Estabilidad Financiera*, 12, pp. 11-40.
- González Páramo, J.M. (2017): “Financial innovation in the digital age: Challenges for regulation and supervision”, *Estabilidad Financiera* (en prensa),
- Haldane, A.G. (2012): *A leaf being tuned*, www.bankofengland.co.uk/publication/Pages/speeches/default.aspx.

- Ibáñez Sandoval, J.P. y P. Domingo Ortuño (2013): “La transposición de Basilea III a la legislación europea”, *Estabilidad Financiera*, 25, noviembre, pp. 63-97.
- Innerarity, D. (2017): “Completar la democracia”, *El País*, 26 agosto, p. 9.
- Lucas, R. (2003): “Macroeconomic Priorities”, Presidential Address de la American Economic Association, *American Economic Review*, 93(1), march, pp. 1-14.
- Maggetti, M. (2012): *Regulation in Practice: the Facto Independence of Regulatory Agencies*, Colchester, ECPR Press.
- Ottow, A.T. (2016): *Market and Competition Authorities. Good Agency Principles*, Oxford University Press.
- Restoy, F. (2014): “Los retos de la resolución bancaria”, FROB, Madrid, junio. En la página web del Banco de España.
- (2016): “Gobierno corporativo y crisis de entidades de crédito”, Departamento de Derecho Mercantil UCA, nov. En la página web del Banco de España.
- Schinasi, G.J. (2004): “Defining Financial Stability and a Framework for Safeguarding It”, *IMF Working Papers* WP/04/184.
- Stock, J. y Watson, M. (2002): “Has the business cycle change and why?”, *NBER Macroeconomics Annual 2003*, Gertler, M. y Rogoff, K. (eds.), pp. 159-230.
- UK Government, HM Treasury (2011): *A new approach to financial regulation: the blue-print for reform*, www.hm-treasury.gov.uk
- Vegara, D. (2014): “Una panorámica de la Unión Bancaria”, *Estabilidad Financiera*, 27, pp. 11-30.
- Wells, D. (2004). *The Federal Reserve System: A History*, Jefferson, N.C: McFarland and Company.

Capítulo 4

LA AUTORIDAD INDEPENDIENTE DE RESPONSABILIDAD FISCAL

Miguel Ángel García Díaz
José Federico Geli

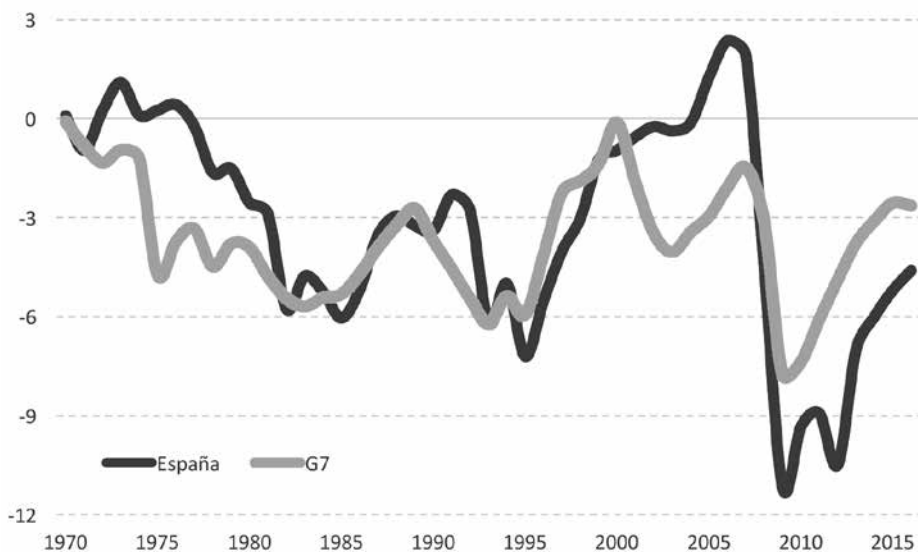
1. SESGO HACIA EL DÉFICIT

Desde mediados de la década de 1970, las administraciones públicas (AAPP) de muchas economías desarrolladas han registrado déficits fiscales de manera recurrente y sostenida (gráfico 1). Los saldos fiscales de las cuentas públicas españolas desde la restauración democrática (1977) no parecen ser la excepción a este fenómeno, ya que en dicho periodo se ha registrado superávit fiscal tan solo en tres años. La llegada de la última crisis mostró, además, la naturaleza cíclica de los superávits nominales alcanzados, al estar apoyados en unos ingresos públicos sustentados sobre una burbuja inmobiliaria.

Existe una vasta literatura en lo concerniente a las razones económicas detrás del fenómeno de saldos negativos sostenidos y la prociclicidad de la política fiscal discrecional¹. En primer lugar, este sesgo hacia los déficits puede deberse en cierta medida a una “miopía” por parte del gobernante de turno y hasta cierto punto del electorado, que tiende a sobrevalorar los beneficios (presentes) y subestimar los costes (futuros) de posponer un proceso de consolidación fiscal que implique aumentar impuestos o reducir gastos (Drazen, 2004). De hecho, cabe incluso la posibilidad de que el electorado no sea capaz de internalizar totalmente los beneficios económicos y sociales de una política fiscal más equilibrada no sesgada hacia los déficits recurrentes y, por tanto, consistente con la sostenibilidad de la deuda pública. En sentido contrario, a veces el electorado o los legisla-

¹ Alesina y Passalacqua (2016) realizan un repaso crítico de la literatura para identificar las condiciones y circunstancias bajo las que un gobierno acumularía más deuda de la consistente con una política fiscal óptima.

Gráfico 1. Saldo anual cuentas públicas países del G7 y España (% del PIB)



Fuente: Mauro et al. y FMI International Financial Statistics.

dores que votan los presupuestos pueden subestimar el coste de las medidas de gasto, ya que se financian de forma colectiva, sin un conocimiento preciso del esfuerzo individual que conllevan. Esta situación puede, por ejemplo, provocar en una parte importante de la población la sensación de disponer de más prestaciones de manera totalmente gratuita o a un coste inferior al real.

En segundo lugar, debido a la estructura de incentivos en la distribución del poder, los Gobiernos pueden verse tentados de tomar decisiones de política fiscal que prioricen la maximización de sus posibilidades de reelección antes que el óptimo social. En otros casos, existe la posibilidad de que el gobernante saliente aumente el endeudamiento lo máximo posible de manera estratégica, para que quien le suceda tenga un menor margen de maniobra. Lo anterior cobra particular relevancia en economías donde las instituciones no han sido sólidamente establecidas o no existe un apoyo suficiente de la sociedad civil (Cukierman y Meltzer, 1986; Brender y Drazen, 2005).

Por otro lado, un factor alternativo que puede jugar un rol importante en la existencia de déficits sostenidos es la falta de credibilidad de los planes de con-

solidación fiscal debido a la inconsistencia temporal de los mismos (Kydland y Presscott, 1977). La inconsistencia radica en la dificultad de mantener políticas que han sido decididas con anterioridad a un hecho económico importante, aun cuando su aplicación se ajustaba al óptimo desde el punto de vista de la restricción presupuestaria intertemporal. Un ejemplo clásico es la falta de ahorro de los ingresos cíclicos, es decir, aquellos ingresos adicionales generados debido a la bonanza del ciclo económico, aun cuando se disponga de una política con un techo de gasto (Calmfors, 2003).

Además de las razones mencionadas anteriormente, es posible que las necesidades de gasto en el diseño de los presupuestos se vean incrementadas por encima del óptimo social debido a la presión de grupos internos o externos a un Gobierno (*lobbies*). En el primer caso, la teoría de la elección pública clásica sitúa la presión en el poder de la burocracia gubernamental, que busca incrementar su cuota de poder mediante el aumento de la partida de gasto asignado o, en su defecto, mantener programas de gasto, aunque los mismos resulten obsoletos o tengan asignados recursos excesivos. En el segundo caso, también pueden existir sectores externos al Gobierno con intereses particulares que no siempre buscan el óptimo social sino extraer beneficios particulares o de clase. Estos últimos tratan de maximizar la obtención de recursos o rentas por parte de una caja común de recursos (*common pool*) sin tener en cuenta, necesariamente, el óptimo social o interés general (Eichengreen et al., 1999).

En gran medida por los factores anteriormente expuestos, y en ausencia de mecanismos de control suficientes, los Gobiernos tienen fuertes incentivos a incluir en sus presupuestos proyecciones macroeconómicas y fiscales con sesgos optimistas. Debido a ello, también puede existir aversión por parte de los gobernantes hacia una mayor transparencia que permita un mejor escrutinio por parte de los actores interesados. En este sentido, es fácil encontrar ejemplos de presupuestos gubernamentales donde la explicación sobre los supuestos y modelos económicos subyacentes es pobre o nula, se realiza una subestimación de las medidas de gasto o una sobreestimación de las medidas de ingreso. Además, se suele otorgar muy poco tiempo y espacios insuficientes para que los parlamentarios y el público, en general, realicen un análisis independiente sobre los costes y beneficios de las medidas contenidas en el presupuesto.

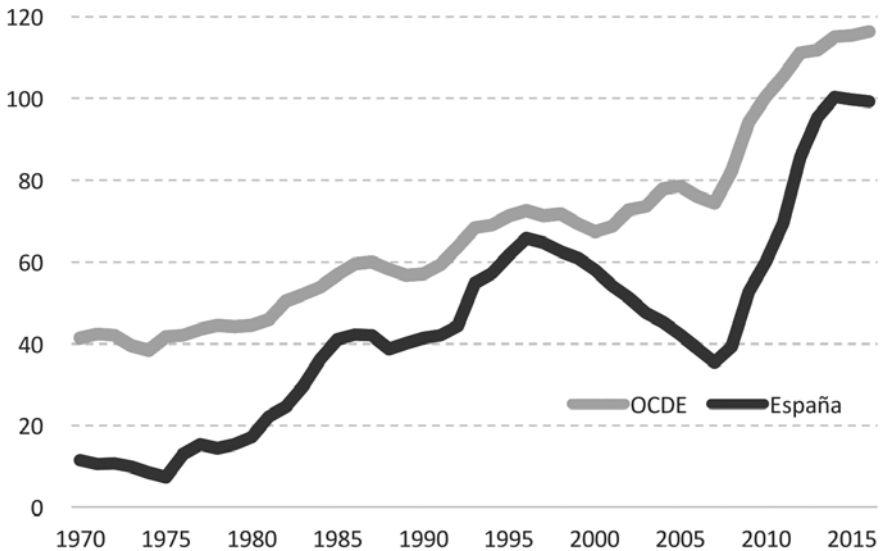
En un escenario con estas características, en el que se dificulta seriamente cualquier análisis riguroso, incluso para los profesionales y académicos expertos

en la materia, debido a la asimetría en la información disponible, la posibilidad de que existan políticas inconsistentes con el principio de sostenibilidad financiera aumentan (Horváth y Ódor, 2009).

2. NIVELES DE DEUDA SOSTENIBLES

El sesgo hacia el déficit ha traído aparejado un incremento generalizado de la deuda pública en las economías desarrolladas (gráfico 2). En el caso español, el periodo comprendido entre 1996 y 2007 es una excepción, ya que el gran crecimiento registrado por la economía española fue suficiente para lograr disminuciones en la ratio de deuda sobre PIB de manera sostenida, aun registrando déficits fiscales. Sin embargo, la última crisis económica dejó de manifiesto las vulnerabilidades estructurales de las finanzas públicas españolas. La abrupta y profunda caída de los ingresos experimentada entre 2008 y 2010 (6 puntos del PIB), junto con la suma de políticas discrecionales expansivas por el lado del gasto y la aplicación de las prestaciones por desempleo recogidas en la ley, llevaron el déficit público a una posición negativa muy comprometida. Dicho fenómeno

Gráfico 2. Evolución de la deuda pública en países de la OCDE y España (% PIB)



Fuente: OCDE.

ha implicado un rápido e intenso crecimiento de la deuda pública en circulación (del 36% en 2007 al 100% del PIB en 2014).

Al formar España parte de una unión monetaria, la política fiscal cobra vital importancia para el Gobierno, debido a sus funciones redistributiva y estabilizadora del ciclo económico. Muchas veces, la implementación de la política fiscal, ya sea discrecional o automática, solo es posible recurriendo al endeudamiento público, debido a que el Gobierno no es capaz de generar los recursos necesarios mediante el cobro de impuestos o venta de activos propios. Sin embargo, la financiación mediante deuda pública tiene ciertos límites. En términos generales, se entiende que un determinado nivel de deuda es sostenible en el largo plazo si un Gobierno no necesita recurrir a ajustes de política fiscal excesivos o a disminuciones del stock de deuda forzosas o desordenadas que impliquen una cesación parcial o total de los intereses o el capital (FMI, 2011).

Por otro lado, ha sido documentado que un nivel excesivo de deuda está asociado a un nivel de crecimiento económico relativamente bajo, incluso en ausencia de crisis². En principio, hay dos razones que explican el fenómeno anterior. En primer lugar, a mayores niveles de deuda, mayores son los tipos o bases impositivas que deben emplearse en la búsqueda de recursos para ser dirigidos al pago de intereses. Esto puede llevar aparejados desincentivos a la actividad emprendedora y el esfuerzo laboral, con su consecuente impacto en el crecimiento de largo plazo. En segundo lugar, grandes necesidades de endeudamiento por parte de un Gobierno pueden presionar al alza los tipos de interés de referencia de la economía, produciendo un desplazamiento de la inversión privada hacia el gasto público (en muchas ocasiones de carácter corriente), en especial si existe alguna restricción externa en el mercado de capitales. De esta manera, una menor tasa de inversión privada destinada a la mejora y ampliación del tejido productivo también se traduciría en una menor tasa de crecimiento potencial de la economía.

Aunque la evidencia no es concluyente sobre la existencia de un umbral o límite de deuda específico a partir del cual existen riesgos significativos para el

² Véase en particular Reinhart y Rogoff (2010), Cecchetti et al. (2011); Baum et al. (2013). Sin embargo, algunos autores encuentran que dicha relación entre crecimiento y nivel de deuda no es tan fuerte como lo evidencian los estudios antes mencionados, sobre todo en el largo plazo (Andrea Pescatori et al., 2014).

crecimiento, puede argumentarse que, todo lo demás constante, los mismos aumentan al incrementarse la ratio de deuda sobre PIB. Entre las razones usualmente provistas se destaca la limitación que genera en un Gobierno para reaccionar ante shocks inesperados. Este fenómeno suele manifestarse aún más, cuando los mercados financieros en una economía no son lo suficientemente profundos y desarrollados (ya que la reacción de los agentes suele verse exacerbada, mostrando no linealidades). En esta dirección, es posible que, ante un shock negativo fuerte, un Gobierno muy endeudado vea que su acceso al crédito se cierra de manera súbita (Calvo, 1998; Reinhart y Rogoff, 2009). Como consecuencia de ello, a veces no queda otra opción que realizar ajustes fiscales más rápidos, pronunciados y menos reflexionados, limitando aún más la capacidad de actuación de los estabilizadores automáticos.

Esta limitación, a su vez, hace a la economía menos resiliente ante shocks negativos y contribuye, aún más, a que la política fiscal discrecional se vuelva procíclica, con el consecuente incremento en la intensidad, duración y periodicidad de las crisis económicas. Lo anterior también puede verse potenciado debido a las conexiones entre la deuda pública y privada, ya que el riesgo de un despalancamiento privado desordenado o abrupto suele aumentar con niveles de deuda pública elevados³. Finalmente, un alto nivel de deuda también puede aumentar los incentivos que tiene un Gobierno para ejercer presión sobre el banco central y así financiar parte de la carga de intereses vía emisión de dinero. Así, se migraría a un régimen de dominancia fiscal que dificulta, además, la ejecución de una política monetaria común entre estados (Sargent y Wallace, 1981). Este último riesgo parecería haber influido en el establecimiento de un nivel referencia límite del 60% del PIB, en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento firmado en el seno de la Unión Europea.

3. REGLAS FISCALES E INSTITUCIONES FISCALES INDEPENDIENTES

El problema de la falta de disciplina fiscal y prociclicidad de la política fiscal discrecional ha sido afrontado en algunos países con la incorporación de reglas

³ Andrés et al. (2016) presenta un modelo DSGE que analiza el efecto de políticas de consolidación fiscal en una economía que pertenece a una unión monetaria y donde los agentes privados están altamente endeudados.

fiscales. En sentido amplio, se entiende por regla fiscal a todo tipo de restricción duradera sobre la política fiscal, a través de un límite cuantificable en las figuras presupuestarias, que permita la medición de su cumplimiento.

Hoy en día, más de 89 países, incluidos todos los miembros de la Unión Europea, cuentan con algún tipo de regla fiscal (Bova et al., 2015) que en su mayoría son reglas donde la variable que se limita y sobre la que se mide su cumplimiento es directamente el saldo fiscal, la deuda, el gasto y los ingresos fiscales. El diseño, aplicación y seguimiento de dichas reglas puede ser muy variado. A veces la regla establece un límite en la ratio de PIB que puede tomar el saldo fiscal en cada año (caso del Pacto de Estabilidad y Crecimiento de la Unión Europea), otras veces el objetivo directamente es que la ratio de deuda pública no crezca (por ejemplo, el freno de deuda suizo).

A nivel europeo, y en particular para los miembros de la zona euro, en términos del PIB la deuda pública no debe exceder el 60% y el saldo fiscal anual el 3%. En 2011, en plena crisis del euro, el marco fiscal europeo se vio reforzado además con la firma del *Fiscal Compact*. Entre otras cosas, a través de este acuerdo se agregaron instrumentos como una regla automática de corrección de déficits excesivos y un freno a la deuda. Además, los países miembros de la zona euro se comprometieron a trasponer a su normativa nacional los principios incluidos en el *Fiscal Compact*. En España, dicho compromiso se materializó a través de los cambios introducidos en el artículo 135 de la Constitución, que reconoció el principio de estabilidad presupuestaria y dio pie a la aprobación de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (LOEPySF). Dicha ley, establece límites al déficit en que pueden incurrir las distintas AA.PP., niveles máximos de su deuda y además introduce una regla que fija máximos en la evolución anual del gasto público.

Sin embargo, a nivel general, el avance no ha sido todo lo positivo que se esperaba⁴. Aunque las reglas existan, muchas veces no son un elemento lo suficientemente efectivo como para eliminar problemas de incentivos tales como el cortoplacismo, la inconsistencia temporal de los planes o los problemas de *common pool*. Además, muchas veces las reglas fiscales son: o bien demasiado simples, no previendo la existencia de escenarios económicos específicos en los

⁴ Wiplotsz (2005) presenta un análisis escéptico sobre el tema.

cuales su aplicación puede ser totalmente contraproducente, o bien demasiado complejas, imposibilitando una aplicación y seguimiento efectivos.

En este escenario, los organismos fiscales independientes surgen para reforzar el marco fiscal, como un complemento de las reglas fiscales, contribuyendo a su cumplimiento efectivo y para promover políticas fiscales más sanas, que limiten el sesgo hacia el déficit que se ha observado en las últimas décadas. Estas instituciones suelen promover la sostenibilidad de las finanzas públicas mediante la realización de diversas tareas, principalmente: a) la validación (o preparación en algunos casos) de las previsiones macroeconómicas y fiscales contenidas en los planes presupuestarios del Gobierno; b) el seguimiento del cumplimiento de las reglas fiscales; c) la cuantificación del coste de las medidas tomadas por el Gobierno (*policy costing*); d) el análisis de la sostenibilidad de las finanzas públicas en el largo plazo; y e) la promoción de la transparencia y rendición de las cuentas públicas (*accountability*) (EC, 2017). Además, las instituciones fiscales independientes suelen realizar recomendaciones a los Gobiernos a los efectos de mejorar aquellos aspectos que recaen dentro de su área de valoración.

Aunque estas instituciones no son una garantía de cumplimiento *per se*, existe evidencia que sugiere que su existencia favorece la disciplina fiscal de manera efectiva. En particular, estos organismos contribuyen al refuerzo del marco fiscal debido a que disponen de ciertas características propias:

- Al ser independientes del poder político o grupos de interés en particular, están menos influenciados por los ciclos electorales, con una visión de largo plazo que les permite limitar el sesgo hacia el déficit.
- Al promover la transparencia en todas las etapas del ciclo presupuestario, pueden contribuir a mejorar la estructura de incentivos, explicitando los costes asociados a una determinada política y, a su vez, incrementando los costes reputacionales del incumplimiento de las reglas.
- Al realizar evaluaciones públicas sobre los planes presupuestarios y las previsiones macroeconómicas sobre las que estos se basan, pueden contribuir a reducir los problemas de información asimétrica entre el Gobierno y el electorado.
- La publicación independiente de informes y opiniones sobre temas de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, también contribuye a

elevant la calidad del debate político y poner sobre la mesa asuntos de largo plazo.

- En un país descentralizado como España, el análisis independiente y profesional de un organismo fiscal de estas características puede contribuir a la coordinación del diseño e implementación de las políticas fiscales de los distintos niveles de Gobierno.

Para realizar una valoración seria sobre los costes y beneficios derivados de la creación de una Institución Fiscal Independiente (IFI), es necesario, por lo menos, resolver dos cuestiones importantes. En primer lugar, la identificación clara de las funciones a desarrollar (el *mandato*), las cuales no pueden estar desligadas de un conjunto de reglas o marco normativo fiscal. En segundo lugar, es imprescindible proveerles de las herramientas y salvaguardas necesarias para lograr su cometido con éxito. En cuanto a su forma de actuar, una primera aproximación al asunto nos enfrenta a las diferencias entre la política monetaria y fiscal. La primera puede tener funciones claras recogidas en un mandato constitucional⁵, que pueden ser realizadas en exclusiva desde un agente independiente, pero la política fiscal, además de su impacto en el ciclo económico, suele ser utilizada como herramienta redistributiva de la renta. En un país democrático, la misma difícilmente puede ser delegada a un agente no elegido directamente por la sociedad (poder legislativo y ejecutivo) sin pérdida de legitimidad⁶.

Las propuestas de funciones de estos organismos son variadas y, en síntesis, se han concretado en torno a dos tipos de diseños (Debrun et al., 2008):

- Las *autoridades fiscales independientes* (IFIs en su acrónimo inglés) que replican el modelo de bancos centrales en el terreno fiscal para establecer un objetivo anual de déficit compatible con la sostenibilidad financiera a largo plazo y el cumplimiento de la función de estabilización.

Como ejemplo de estas, Wyplosz (2002) considera que deberían fijar las cifras del saldo anual de las cuentas públicas sobre el PIB marcando el ci-

⁵ El control de precios es un objetivo compartido y en algunos casos se amplía al crecimiento económico y el empleo.

⁶ En este terreno hay que tener en cuenta, no obstante, que la acumulación de saldos anuales negativos y la consiguiente deuda a emitir para su cobertura, tienen también un efecto redistributivo inter-temporal entre varias generaciones, de las cuales solo la actual forma parte del proceso decisorio.

clo presupuestario del Gobierno, de manera que su decisión tuviera fuerza de ley por encima del Gobierno y parlamento. La IFI no tendría ninguna competencia sobre la dimensión del presupuesto, la estructura tributaria y el destino del gasto público, materias que permanecerían en el marco legislativo de decisiones, pero tendría la potestad de validar que los niveles de gasto e ingresos se ajustan a la senda fiscal marcada para el ejercicio antes de aprobarse como ley, hasta el punto de tener la capacidad de bloquear su aplicación. Cambios abruptos suficientemente argumentados en el escenario macroeconómico permitirían cambios en la senda elegida⁷.

- Los *consejos fiscales* (FCs en su acrónimo en inglés) no reciben ningún mandato ni autoridad sobre la definición de la política fiscal, pero disponen de una amplia independencia en el análisis de todo lo relativo al ciclo presupuestario y macroeconómico. Además, pueden evaluar la política fiscal a la luz de los objetivos marcados por los propios Gobiernos.

La legitimidad democrática de la inclusión en el marco institucional de las autoridades fiscales independientes vendría dada por el tipo de actuaciones en las que desarrollan su labor. Sin embargo, el posible cuestionamiento es más limitado en el caso de los consejos fiscales, al no tomar decisiones en la definición de la política fiscal y, por tanto, verse disminuido el impacto negativo derivado de errores cometidos en dicho proceso. Este alejamiento de decisiones normativas en materia fiscal se ajusta al consenso en la doctrina sobre esta materia⁸, al considerar que, a diferencia de la política monetaria, que posee un objetivo muy específico y cuantificable, las decisiones redistributivas de la política fiscal no deben ser delegadas a una institución ajena al espacio directo de decisión democrático, ya que puede afectar al modelo social y económico elegido por la población. En el caso de los consejos fiscales, entonces, una efectiva rendición de cuentas ante la sociedad (*accountability*) debería ser suficiente compensación de su déficit democrático.

⁷ Eichengreen, Hausmann y Vom Hagen (1999) mantienen una excelente discusión sobre las causas para revisar la senda.

⁸ Entre la múltiple literatura existente destacan: Wiplosz (2002), Alesina y Tabellini (2007) y Debrun (2009).

4. PROCESO DE CREACIÓN

Como ya se ha mencionado, el gran déficit alcanzado en el momento más álgido de la última crisis económica limitó la capacidad de utilizar la política fiscal de manera anticíclica e hizo patentes ciertas deficiencias de diseño de la Unión Monetaria Europea. De hecho, el casi obligado proceso de consolidación fiscal comenzado a partir de 2012 tuvo como resultado la utilización de la política fiscal discrecional de manera procíclica, disminuyendo el gasto y aumentando la presión fiscal en un momento especialmente delicado en términos de actividad económica y desempleo⁹.

En paralelo, la ejecución de los ciclos presupuestarios estaba acompañada de un deficiente nivel de transparencia e importantes retardos en la publicación de información sobre la gestión gubernamental y rendición de cuentas por parte los distintos Gobiernos y parlamentos. Merece mención en España, por ejemplo, la desproporción entre la gran atención que los medios de comunicación y la opinión pública prestan al escrutinio de los presupuestos iniciales y la poca o nula que luego se dedica al resultado de la ejecución del mismo. También merece reseñarse la confusión bastante generalizada en la opinión pública respecto a la incidencia real de los Presupuestos Generales del Estado (PGE), teniendo en cuenta que el desarrollo de las Autonomías ha trasladado a las administraciones territoriales la responsabilidad de algo más de la mitad del presupuesto de gasto público español.

La falta de medidas adecuadas para conseguir la estabilidad financiera en el medio y largo plazo, sobre todo durante la parte más favorable del ciclo económico, reforzaba la necesidad de ampliar y mejorar el entramado institucional de la política fiscal, incorporando nuevos instrumentos y con objetivos diferentes a los ya existentes. Con mayor motivo, al tener que aplicarse en un país donde se ha producido una muy amplia y profunda descentralización política y admi-

⁹ Esta limitación, desafortunadamente, no se ciñe a los últimos años dado que el análisis de varios ciclos económicos refleja un fuerte uso procíclico de la política fiscal en España independiente del ritmo de actividad económica. Una tendencia, por otra parte, no ajena a muchos de los países de la OCDE (Wiplosz, 2002; y Lane, 2002), aunque no es tan habitual que alcance la intensidad observada en España. Sin embargo, Huart (2012) encuentra evidencia a favor de una política fiscal contracíclica a partir de 1999 en el área del euro como conjunto.

nistrativa, que distribuye las competencias en tres niveles de gobierno y cuatro administraciones¹⁰.

En este contexto, a nivel europeo se impulsó un proceso de reformas para mejorar los marcos fiscales nacionales y de la Unión. Uno de los cambios más significativos de dicho proceso fue la modificación en el año 2011 del artículo 135 de la Constitución Española, para definir y reforzar el concepto de estabilidad presupuestaria, incorporando la obligación de cumplir con el objetivo de saldo estructural establecido en los órganos de decisión de la Unión Europea y fijar prioridad absoluta al pago de los intereses de la deuda pública. Al año siguiente se aprobó la LOEPySF, para concretar y desarrollar el mandato constitucional de respeto al principio de responsabilidad fiscal.

La LOEPySF instrumenta el principio de estabilidad presupuestaria durante todo el ciclo presupuestario, principalmente, a través del seguimiento de unos objetivos de déficit y de deuda y una regla de gasto. De esta manera, la normativa estipula que ninguna administración pública podrá “*incurrir en déficit estructural, definido como déficit ajustado del ciclo, neto de medidas excepcionales y temporales*”¹¹. Además, se establece un plazo para que el conjunto de las AAPP disminuya su deuda hasta ubicarse por debajo del 60% del PIB, umbral contemplado también en la normativa europea. Los límites de deuda establecidos son distribuidos para cada uno de los subsectores de la contabilidad nacional. Anualmente, el Gobierno de España fija los objetivos de déficit y deuda para cada uno de los sectores de las AAPP (Administración Central, Seguridad Social, Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales). Finalmente, cada uno de los niveles de gobierno de las AAPP debe ajustar su presupuesto a una regla de gasto que intenta brindar estabilidad al mismo, haciéndolo depender menos del ciclo y más de la tendencia del producto potencial.

Los cambios introducidos por España se ajustaron al contenido del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza aprobado en la Unión Europea y la normativa posterior que le acompañó a partir de 2011. Dentro de ella, se

¹⁰ El Fondo de Liquidez Autonómico, creado en 2012, ha jugado el papel de *bail out* en algunas comunidades autónomas que estaban fuera del mercado de financiación. Desde su creación en 2012, el Estado español ha pasado a ser el acreedor de más del 50% de la deuda de las CC.AA. (más de 12% del PIB).

¹¹ La ley establece ciertas cláusulas de escape en línea con la normativa europea.

establece, por primera vez, que los Estados miembros deberán hacer un seguimiento efectivo por órganos independientes del cumplimiento de las reglas presupuestarias específicas de cada país. La Directiva que lo sustenta¹² señala que el cumplimiento de las reglas presupuestarias numéricas de cada país debe estar vigilado por “*órganos independientes u órganos dotados de autonomía funcional respecto de las autoridades presupuestarias de los Estados miembros*”.

Esta decisión supone un nuevo impulso a instituciones que ya existían en algunos países europeos: el Instituto Austríaco de Investigación Económica (WIFO, fundado en 1927), la Agencia Holandesa de Análisis de Políticas Económicas (el CPB, operativo desde 1945), la Agencia de Planificación Federal Belga (FPB, desde 1959), el Consejo Económico Danés (DOR, creado en 1962 y al que se atribuyeron funciones de vigilancia de las reglas fiscales sólo a partir de 2014). Este tipo de instituciones pueden considerarse como IFIs de “primera generación”, que anteceden a la legislación comunitaria postcrisis y que tienen un mandato más tendente al análisis de las políticas económicas en general. Las más antiguas no tienen mandatos limitados al equilibrio presupuestario o a las reglas fiscales, sino que se extienden al análisis coste-beneficio de políticas económicas como es el caso del CPB holandés que realiza numerosos proyectos de *policy-costing*, incluso de las propuestas electorales de los partidos políticos que se presentan a las elecciones. También producen proyecciones macroeconómicas propias como en los casos del WIFO austríaco y el FPB belga. Alguna de estas instituciones también aborda aspectos concretos de la política económica, diferentes de los fiscales como en los casos del DOR danés que pone especial énfasis en la economía del medioambiente o del CPB holandés. Por el contrario, en las IFIs postcrisis (o de segunda generación) predomina la función de “guardianas de reglas”, aunque también en muchos casos avalen las proyecciones macroeconómicas del Gobierno. Algunas de ellas incluso producen las previsiones macrofiscales que deben ser utilizadas por el Gobierno en sus presupuestos, como es el caso de la *Office for Budget Responsibility* (OBR) británica.

¹² Directiva 2011/85/UE, del Consejo, de 8 de noviembre de 2011 (sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados miembros). La Directiva es una de las seis medidas legislativas (comúnmente conocidas como *Six-Pack*) que entraron en vigor el 13 de diciembre de 2011 para reforzar el gobierno económico y fiscal de la UE.

En este contexto, en 2012 el Gobierno de España suscribió un Memorando de Entendimiento (MoU en su acrónimo en inglés) con la Comisión Europea relativo a la condicionalidad de la ayuda financiera para el sector bancario. En el mismo se acordaba, como una de las condiciones para el acceso al Fondo Europeo de Estabilidad Financiera, el compromiso por parte del Gobierno de España de disponer de una IFI para “*suministrar un análisis, asesoramiento y seguimiento de la política fiscal*”¹³. El mismo se cumpliría a los pocos meses con la creación de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIReF)¹⁴.

4.1. Principales características

4.1.1. Mandato

Adoptada la decisión por el poder político de crear una IFI, la AIReF nace con la cobertura de una Ley Orgánica y reforzada con un Estatuto donde se concretan sus competencias y modelo de funcionamiento¹⁵. El sustento legal es bastante potente, al determinar con claridad sus funciones y dotarle de autonomía funcional e independencia para su desarrollo.

La opción elegida para el caso español está más cerca del Consejo Fiscal (*watchdog*) para “*garantizar el cumplimiento efectivo por las Administraciones Públicas del principio de estabilidad presupuestaria previsto en el artículo 135 de la Constitución Española, mediante la evaluación continua del ciclo presupuestario, del endeudamiento público, y el análisis de las previsiones económicas*”^{16,17}. De la LOEPySF y el Estatuto de la AIReF se configura su mandato, que entre sus principales obligaciones y funciones contiene: a) el análisis (ambos, ex-ante y ex-

¹³ Artículo 30 del Memorando de Entendimiento.

¹⁴ Cabe destacar que la AIReF no es el primer intento en España de creación de una institución independiente para el seguimiento presupuestario. En este sentido, la creación, en 2010, de la Oficina Presupuestaria de las Cortes Generales (en funcionamiento) pretendía brindar asesoramiento técnico en materia de seguimiento y control de la ejecución de los presupuestos a los miembros de las Cortes Generales.

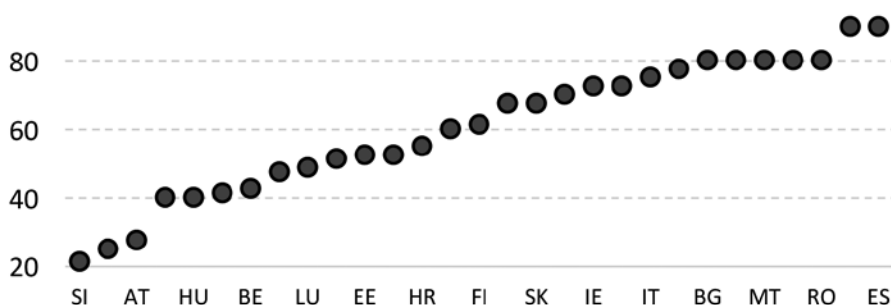
¹⁵ Ley Orgánica 6/2013 de 14 de noviembre y RD 215/2014 de 28 de marzo.

¹⁶ Artículo 2 de la Ley Orgánica de la AIReF.

¹⁷ La AIReF, por tanto, no dispone de competencias en la fijación de las sendas de estabilidad, como así tampoco en la fijación de la dimensión y composición de los ingresos y gastos que componen la política fiscal. La primera función mencionada recae en la Administración Central (y hasta cierto punto en las negociaciones entre esta y las instituciones de la UE cuando las AAPP españolas incurran en déficit excesivo).

post) de las previsiones macroeconómicas que acompañan a las previsiones presupuestarias, validándolas o no a través del procedimiento de aval¹⁸; b) valoración de las previsiones presupuestarias y seguimiento de todo el ciclo presupuestario; c) evaluación del cumplimiento de los objetivos de déficit, deuda y regla de gasto; d) análisis de los riesgos sobre la sostenibilidad fiscal en el largo plazo; y e) promoción de la transparencia durante todo el proceso presupuestario. Además, hacia finales de 2016 el Gobierno de España anunció la realización de una revisión integral del gasto en el conjunto de las AAPP para el año 2017, que sería encargada a la AIREF. El gráfico 3 pone en perspectiva europea, de manera sintética, la cantidad de tareas y obligaciones que se han depositado en esta nueva institución.

Gráfico 3. Índice de amplitud del mandato



Fuente: Comisión Europea.

Nota: El índice oscila entre 0 y 100, otorgando 100 puntos a la IFI que realice el máximo de tareas posibles. La calificación de AIREF no tiene en cuenta las nuevas tareas asignadas en el contexto del procedimiento de revisión integral del gasto. En NL y BE las tareas generalmente asignadas a una IFI recaen en más de una institución.

¹⁸ En general, las distintas administraciones solamente están obligadas a informar si sus previsiones macroeconómicas cuentan con el aval de la AIREF, no a cambiar sus propias previsiones en caso de que la AIREF no las avale.

4.1.2. Herramientas

Las principales herramientas con que cuenta la AIREF para desarrollar su trabajo son, por un lado, la publicación de informes y opiniones y, por otro, la formulación de recomendaciones, en conjunción con el principio de cumplir o explicar. La amplia relación de informes¹⁹, de carácter preceptivo al estar recogidos en la normativa, gira sobre dos líneas de trabajo: previsiones macroeconómicas que subyacen a las previsiones presupuestarias del Gobierno y seguimiento de los objetivos fiscales (déficit, deuda y regla de gasto) durante todas las etapas del ciclo presupuestario a nivel territorial, nacional y europeo (presentación, proceso de ejecución y liquidación). En el caso de la primera línea de trabajo, la AIREF debe, además, basándose en su análisis, valorar si otorga su aval. Esto tiene por objetivo, como se ha explicado en secciones anteriores, evitar que el Gobierno incurra en un exceso de optimismo que pueda sesgar al alza la previsión de los ingresos presupuestarios²⁰. Adicionalmente a lo prescrito por ley, la AIREF puede emitir estudios por iniciativa propia sobre los temas de su competencia o por solicitud de alguna de las AAPP²¹.

El desempeño de las funciones de la AIREF se basa en un principio anglosajón, poco habitual en España, que se resume en que las AAPP tienen que cumplir con las recomendaciones de la AIREF o explicar públicamente en caso de no hacerlo. Las recomendaciones no implican sanciones ni son vinculantes, pero dado que son de acceso público al incorporarlas a la página web, conllevan asociado el llamado “riesgo

¹⁹ Los informes preceptivos son seis: a) sobre las previsiones macroeconómicas, b) sobre la metodología para calcular previsiones tendenciales de ingresos y gastos y la tasa de referencia de crecimiento, c) sobre el proyecto del Programa de Estabilidad, d) sobre los proyectos y líneas fundamentales de presupuestos de las Administraciones Públicas, e) sobre los planes económico financieros y de reequilibrio de la Administración Central y de las Comunidades Autónomas y f) sobre la concurrencia de circunstancias excepcionales estipuladas en la LOEPySE. Además, debe emitir una opinión sobre el Índice de Revalorización de Pensiones y el factor de sostenibilidad de las pensiones públicas y realizar informes sobre los Planes Económicos y Financieros que sean necesarios de acuerdo al nivel de cumplimiento de los distintos niveles de gobierno.

²⁰ Concretamente, el artículo 14.3 de la Ley Orgánica de creación de la AIREF manda que los informes valoren la adecuación de las previsiones realizadas a la Directiva 2011/85/UE del Consejo, de 8 de noviembre de 2011, sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados miembros. Dicha directiva dispone en su artículo 4.1 que la planificación presupuestaria se basará en el escenario macropresupuestario más probable o en un escenario más prudente.

²¹ Se incluye el Gobierno de la Nación, el Consejo de Política Fiscal y Financiera, la Comisión Nacional de la Administración Local o la Comisión Financiera de la Seguridad Social.

reputacional” por parte de la administración a la que se dirige, en el supuesto de que no las cumpla o cuando las explicaciones presentadas no sean convincentes²².

De acuerdo a la base de datos de consejos fiscales del FMI, el mecanismo de cumplir o explicar es utilizado por otras siete IFIs en Europa²³. Aunque en España el mismo tiene la ventaja de disponer de un sustento legal, la normativa sobre los detalles de su cumplimiento no ha sido desarrollada de manera detallada, en particular en cuanto a su contenido y tiempo de respuesta. De esta forma, cabría la posibilidad de que no haya respuesta a las recomendaciones por lapso prolongado de tiempo, sin que esto significase un incumplimiento. Además, no existe actualmente una normativa nacional que permita definir de manera unívoca si una respuesta del Gobierno a una recomendación ha sido contestada de manera satisfactoria o solo de manera parcial. Debido a esto, el mecanismo puede perder parte de su virtud de servir como base de discusión pública sobre cuestiones relacionadas con el grado o forma de conseguir la sostenibilidad de las cuentas públicas. En vista de esta potencial deficiencia legal, la AIREF ha desarrollado, *de motu proprio*, un sistema de seguimiento y valoración del grado de respuesta de sus recomendaciones, que se actualiza trimestralmente en su página web.

La posibilidad de que alguna de las AAPP explique por qué no considera oportuno cumplir con las recomendaciones de la AIREF, ha abierto un escenario de intercambio de argumentos que favorece el debate público sobre los temas fiscales que afectan a toda la sociedad. Entre 2014 y 2016, la AIREF ha emitido 145 recomendaciones a las distintas administraciones públicas, la mayoría de estas al Ministerio de Hacienda y Función Pública. En particular, se han formulado 43 recomendaciones para mejorar los procedimientos presupuestarios y 72 para mejora en la transparencia. La calidad y velocidad de las respuestas por parte de las distintas AAPP ha ido mejorando con el tiempo, ya que al principio no se tenía experiencia en su aplicación, pero todavía existe un gran margen de

²² Además del principio de cumplir o explicar, en otros países, las IFIs son una herramienta clave en el proceso presupuestario. Por ejemplo, en Bélgica, Holanda y el Reino Unido los presupuestos contienen sus previsiones de manera obligatoria. Por otro lado, en Hungría el Consejo Fiscal tiene la potestad legal incluso de detener la aprobación del presupuesto si lo cree necesario.

²³ A diciembre de 2016, la base de datos otorga una descripción del funcionamiento de 39 instituciones fiscales en el mundo. El principio de cumplir o explicar ha sido adoptado también en Bélgica, Chipre, Estonia, Finlandia, Letonia, Portugal y el Reino Unido. <http://www.imf.org/external/np/fad/council/>

mejora. Las explicaciones han permitido conocer más profundamente la situación de las cuentas públicas desde el punto de vista de los responsables de su definición y aplicación, lo que incrementa la transparencia ante los votantes y abre la posibilidad a la mejora en la reputación de los Gobiernos.

La AIREF tiene como uno de sus cometidos otorgar a la ciudadanía un análisis independiente y riguroso sobre la posición real de las cuentas públicas durante todo el ciclo presupuestario y anticipar, en lo posible, su evolución de acuerdo a esa situación y las decisiones ya adoptadas. Por ello, la independencia funcional también pasa por disponer de capacidad analítica propia y no puede ejercerse sin una comunicación efectiva de los resultados de los informes y opiniones. En este sentido, uno de los principales desafíos de la AIREF, durante sus primeros años de vida, ha sido el de desarrollar herramientas de análisis con las que poder realizar las tareas que la Ley le asigna (modelos econométricos de previsión económicos y fiscales, indicadores cuantitativos de cumplimiento, métodos de cuantificación de los riesgos relativos a la sostenibilidad de la deuda, etc.). La mayoría de dichas herramientas han sido oportunamente documentadas y publicadas en el sitio web de la AIREF, contribuyendo a aumentar la transparencia y rendición de cuentas sobre sus actividades. Además, la AIREF produce, publica y actualiza de manera regular estadísticas sobre previsiones macroeconómicas y proyecciones de deuda pública.

La AIREF ha desarrollado una estrategia integral de comunicación que tiene en cuenta a todos los públicos interesados (gobernantes, periodistas, público en general, etc.). En adición a la constante producción de contenido web y presencia en prensa, existen también diversas iniciativas como la publicación regular de documentos técnicos de trabajo, la organización de seminarios sobre temas relacionados con el principio de responsabilidad fiscal y la creación y coordinación de grupos de trabajo a nivel de CCAA²⁴. Cabe destacar, además, que la mayor parte de los informes y opiniones, así como el resto del contenido en la web institucional, se publica también en inglés.

4.1.3. Estructura de gobierno

Como suele ocurrir en otras IFIs, la forma de gobierno elegida para la AIREF es ajena a cuotas partidistas y ciclos electorales. La legislación intenta proteger a

²⁴ En 2016, la página de la AIREF recibió aproximadamente 280 mil visitas de unos 29 mil usuarios.

su dirección de ser cesada (salvo violaciones del mandato recibido) y, además, se le prohíbe expresamente recibir instrucciones por parte de Gobiernos o miembros de los parlamentos. Lo anterior no implica evitar la existencia de un diálogo fluido y el intercambio de información necesaria.

Existen, básicamente, dos tipos de modelos para determinar la forma de gobierno, el unipersonal (p.e.: presidencialista) y el corporativo (p.e.: consejo). A simple vista, el consejo de gobierno parece una fórmula más participativa, con la posibilidad adicional de elevar la especialización técnica del órgano de gobierno (i.e.: disponiendo de miembros expertos en temas específicos). Sin embargo, la independencia de criterio puede igualmente verse limitada si los miembros son elegidos, por ejemplo, por cuotas representativas de la composición del parlamento. En términos simples, un Gobierno corporativo no está exento de acuerdos entre partidos coloquialmente llamados “hoy por ti y mañana por mí”. Por otro lado, la opción presidencialista tampoco garantiza la independencia de criterio. Si se logra ejercer influencia sobre una persona, no resta nadie que pueda ejercer contrapeso. En este sentido, el gobierno unipersonal aumenta la probabilidad de casos polares²⁵. Como contrapartida, la opción presidencialista debe sortear menos limitaciones a la hora de tomar decisiones, dinamizando la acción de la institución.

En el caso español, la normativa de la AIReF recoge la opción unipersonal. El candidato a presidente es propuesto por el Gobierno y debe ser aprobado por el Parlamento. Su mandato es de seis años de duración, no pudiendo ser reelegido ni cesado, salvo irregularidad muy grave en el ejercicio de sus competencias. El Presidente tiene autoridad y es responsable tanto en lo que se refiere a la organización interna de la AIReF, como en la decisión del contenido de los informes y recomendaciones que se emiten. También toma, personalmente, la decisión de activar la solicitud de medidas preventivas, correctivas y coercitivas previstas en la normativa. Además, por ley, debe comparecer al menos una vez al año ante las Comisiones correspondientes del Congreso de los Diputados y del Senado. Para el desarrollo de sus tareas, está apoyado por un Comité Directivo en el que parti-

²⁵ En un consejo, es más posible que visiones o análisis demasiado sesgados sean planteados por otros miembros del consejo.

cipan los Directores de las tres divisiones²⁶ y por un Consejo Asesor, compuesto por personas de reconocido prestigio en las materias competencia de la AIREF. Ambos desarrollan una tarea estrictamente consultiva.

4.1.3.1. *Autonomía funcional en la práctica*

La normativa configura a la AIREF como un ente de naturaleza especial y singular que debe ejercer “*sus funciones con autonomía e independencia funcional respecto a las Administraciones Públicas*”²⁷. La ley establece que la nueva Institución disponga de recursos económicos y humanos suficientes para el cumplimiento de sus fines y que su vía principal de financiación (aunque no necesariamente la única) sean las tasas de supervisión que se determinen mediante Ley y los precios públicos por estudios, que deberán satisfacer las AAPP sobre las que ejerce sus funciones. Puede contar también con las asignaciones que se establezcan anualmente en los Presupuestos Generales del Estado. Adicionalmente, “*a efectos puramente organizativos y presupuestarios, la Autoridad se adscribe al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas a través del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas. Esta adscripción en ningún caso afectará a su autonomía e independencia funcional*”.

Sin embargo, la aplicación práctica de la normativa supone ciertas limitaciones en materia de autonomía. Esto ocurre, principalmente, debido a que tanto el proceso de aprobación del presupuesto anual (tasa y dotación adicional) como la estructura organizativa y salarial, dependen en última instancia de uno de los organismos supervisados (i.e.: el Ministerio de Hacienda y Función Pública). En ciertas ocasiones, la normativa actual le ha permitido al Ministerio de Hacienda tomar decisiones que considerase oportunas en materia presupuestaria, aunque fuesen contrarias a las peticiones de la AIREF y sin que existiera instancia de mediación o contraste. En este sentido, han sido un tema recurrente las diferencias entre las propuestas de la AIREF y las aprobaciones del Ministerio de Hacienda en cuanto a las retribuciones dinerarias destinadas al personal funcionario y no funcionario y también en la cantidad de personas afectas al trabajo de la propia

²⁶ División de Análisis Presupuestario, División de Análisis Económico y División Jurídico Institucional.

²⁷ Ente de derecho público con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada.

organización. De acuerdo a un estudio realizado por el FMI en 2014, sin tener en cuenta las nuevas tareas de revisión del gasto comprometidas ante la Comisión Europea a partir de 2017, la AIREF debería contar actualmente con aproximadamente 65 personas para cumplir con las funciones y obligaciones que la ley estipula. A pesar de que en reiteradas ocasiones la AIREF ha presentado propuestas de ampliación de su plantilla, las mismas no han sido aprobadas por el Ministerio de Hacienda²⁸. Este comportamiento se ha modificado, parcialmente en 2017 y al abrigo del aumento de tareas requeridas, la AIREF ha sido dotada de mayores recursos²⁹.

Es importante recalcar que la normativa ha depositado en la AIREF competencias muy novedosas dentro de la administración pública española, y que la ejecución eficaz de las mismas depende, en alto grado, de que la selección del personal sea únicamente hecha en base a criterios de índole técnica y profesional. En este sentido, el Estatuto Orgánico de la AIREF plantea ciertas limitaciones, al no permitir la contratación indefinida de personal con habilidades específicas, aunque el mismo no se encuentre disponible dentro de los cuerpos de funcionarios. Además, la normativa actual requiere que el Ministerio de Hacienda convale, año a año, parte de la retribución del personal, lo que en la práctica limita la forma en que la institución puede disponer de su asignación total de recursos³⁰. Para solventar en parte este inconveniente, especialmente en la fase de puesta en funcionamiento, durante los primeros dos años de la AIREF el Banco de España cedió, en comisión de servicio, personal cualificado y con experiencia en el diseño de bases de datos y sistemas de información económico-financiera, análisis de cuentas públicas y modelización económica.

4.1.3.2. Acceso a la información

En cuanto al acceso a información necesaria para realizar su labor, la AIREF ha recorrido en su corto tiempo de vida un arduo y largo camino. Es evidente que para realizar un análisis riguroso de las finanzas públicas de una administración se requiere el acceso a información que muchas veces o bien no está publicada o

²⁸ Memoria anual de actividades ediciones 2014, 2015 y 2016.

²⁹ Tareas asociadas a la evaluación integral del gasto de las AAPP.

³⁰ Parte de la retribución dineraria de los funcionarios de las AAPP se materializa en concepto de productividad.

es de carácter reservado. Por ello, la normativa establece en el Estatuto Orgánico de la AIREF que la misma tendrá “*acceso a toda la información económico-financiera de las Administraciones Públicas sobre las que ejerce sus funciones, a través de la Central de Información, si bien podrá requerir directamente a la administración correspondiente*”.

En la práctica, sin embargo, inicialmente se han observado diversas reticencias para facilitar toda la información necesaria, aunque las diferencias han sido significativas por administraciones. En particular, el acceso a la información de manera directa ha sido limitado en mayor medida por la Administración Central. En este caso, en abril de 2016, la AIREF se vio impedida de realizar un informe de valoración del proyecto de Actualización del Programa de Estabilidad debido a la falta de información provista por la Administración Central³¹. En mayo de 2016, tras recurrentes problemas de acceso a la información y especialmente a partir de la promulgación de una orden ministerial por parte del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (Orden HAP/1287/2015), la AIREF se vio obligada a interponer un recurso contencioso administrativo ante la Audiencia Nacional por considerar que el Ministerio le impedía realizar su tarea. La AIREF consideraba que dicha orden ministerial obligaba a tener que pasar, necesariamente, por el filtro de la Central de Información del Ministerio, impidiéndole, en la práctica, acudir directamente a las distintas AAPP. De hecho, desde 2014 hasta 2016 la AIREF formuló unas 46 recomendaciones sobre limitaciones al alcance (i.e.: situación en la cual la institución se ve imposibilitada de realizar una valoración por falta de información).

Sin embargo, cabe destacar que recientemente la comunicación y el intercambio de información han mejorado sustancialmente, en particular luego de las repercusiones mediáticas, un incremento de presión por parte de la Comisión Europea y la subsiguiente derogación de dicha normativa relativa al acceso de información (Orden HFP/232/2017)³². Por otro lado, destaca en sentido positivo, el convenio de intercambio de información, en especial de carácter financiero, firmado entre la AIREF y el Banco de España en 2017.

³¹ Nota informativa de la AIREF 18/04/2016: <http://www.airef.es/documents/42901/350535/Nota+Informativa+completa/929c0317-e365-46be-937c-df1d8337db74>.

³² Country Annex for Spain to the Report from the Commission presented under Article 8 of the TSCG: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/spain_-_country_annex_to_the_report_c20171201_2.pdf.

5. CONCLUSIONES

La historia reciente en materia de desequilibrios fiscales y evolución de la deuda pública en países desarrollados y en desarrollo muestra un claro sesgo hacia el déficit público. Desde la vuelta a la democracia en 1977, las instituciones de Gobierno en España no han sido la excepción y han generado déficits presupuestarios de manera sistemática. Los altos niveles de deuda alcanzados, en particular después de la última crisis financiera, han limitado de manera sustantiva la capacidad de la política fiscal como herramienta de estabilización macroeconómica. Además, existe evidencia de que altos niveles de deuda, como los registrados actualmente, pueden tener un impacto negativo considerable en el crecimiento económico de largo plazo y limitar la efectividad de la política fiscal, con un consiguiente impacto negativo en la calidad de vida de la población.

Existen muchas razones económicas detrás de la aplicación de una política fiscal sesgada hacia los déficits y la prociclicidad temporal, que se derivan principalmente de la estructura de incentivos en la toma de decisiones en los distintos niveles de Gobierno y en la sociedad. La diferencia en el horizonte temporal de los ciclos electorales y las decisiones de gasto a largo plazo, la imposibilidad por parte de las generaciones futuras de participar en las decisiones de hoy, que tendrán efecto en el largo plazo, la falta de conocimiento por parte del electorado del coste que tienen algunas decisiones de gasto o la creencia de que mayores niveles de gasto pueden afrontarse de manera gratuita o a un bajo coste, son sólo algunas de dichas causas, aunque no todas.

Uno de los posibles paliativos que pueden aminorar comportamientos inconsistentes con el principio de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera es la introducción de reglas fiscales e instituciones fiscales independientes que velen por su cumplimiento. En los últimos 30 años, de manera paulatina, aunque de manera mucho más precipitada a partir de la última crisis financiera, ha aumentado la existencia de tales organismos en el mundo. En el caso español, en el contexto del reforzamiento del marco fiscal europeo en 2012, se sancionó la LOEPySF y el Estatuto que dio lugar al nacimiento de la AIREF. Dicha institución ha sido creada con el objetivo de garantizar el cumplimiento efectivo por las AAPP del principio de estabilidad presupuestaria mediante la evaluación continua del ciclo presupuestario, del endeudamiento público y el análisis de las previsiones económicas. La AIREF cumple con su misión a través de la elaboración de informes y opiniones, en los cuales formula recomendaciones a

las distintas AAPP, las cuales están obligadas a seguir el principio de “cumplir o explicar”. Si bien en teoría es un sistema de funcionamiento bastante potente, la experiencia reciente ha demostrado que la falta de detalle sobre la aplicación práctica de dicho principio puede limitar mucho su eficacia.

Aunque la AIREF ha sido dotada, legalmente, de muchas herramientas útiles para cumplir con su mandato, en la práctica existen dos áreas donde la independencia funcional de la AIREF se ha visto limitada. En primer lugar, el Ministerio de Hacienda ha demostrado que puede limitar o suspender ciertas decisiones de gestión presupuestaria y contratación de personal de la AIREF. Por otro lado, en algunas ocasiones la AIREF se ha visto impedida de realizar sus tareas de manera parcial o total debido a falta de información, principalmente también debido al actuar del Ministerio de Hacienda. Las normas legales y los acuerdos de intercambio de información con otras administraciones u organismos, como el firmado con el Banco de España, pueden ayudar en esta tarea, pero en última instancia se trata de un cambio cultural en el que se asuma el valor agregado de este tipo de instituciones.

En un lapso relativamente corto de tiempo, la AIREF ha dado importantes pasos en el cumplimiento de su misión. Ente los mismos destacan el desarrollo de capacidad analítica propia, la implementación práctica del principio de cumplir o explicar, la contribución a elevar el nivel del debate sobre políticas públicas y el diseño de una estrategia de comunicación integral. Hacia el futuro cuenta con varios desafíos entre los que se destaca el de lograr consolidar su rol como institución independiente que ayuda a preservar de manera efectiva el principio de responsabilidad fiscal, incrementar la transparencia en la gestión de las AAPP y colaborar, sustantivamente, a generar consciencia en la sociedad española sobre las ventajas de la sostenibilidad de las cuentas públicas.

Referencias bibliográficas

- AIREF, *Memoria Anual de Actividades 2014, 2015 y 2016*, web de la AIREF.
- Alesina, A. y Passalacqua, A. (2016): *The Political Economy of Government Debt*, Handbook of Macroeconomics, Capítulo 33, North Holland.
- Andrés, J., Arce, O. y Thomas, C. (2016): “When Fiscal Consolidation Meets Private Deleveraging”, *Banco de España Serie Documentos de Trabajo*, N 1622.

- Baum, A., C. Checherita y P. Rother (2013): “Debt and Growth: New Evidence from the Euro Area”, *Journal of International Money and Finance*, Vol. 32, pp. 809-821.
- Beetsma, R. y X. Debrun (2016): “*Fiscal councils: Rationale and Effectiveness*”, *CEPR Discussion Paper 11140 y IMF Working Paper No 16/86*.
- Bova, E., T. Kinda, P. Muthoora y F. Toscani (2015): “Fiscal Rules at a Glance”, *Background Document updating IMF Working Paper 12/273*.
- Brender, Adi y Allan Drazen (2005): *Journal of Monetary Economics*, Vol. 52 (7), 1271-1295.
- Buchanan, James M. y Gordon Tullock (1962): *The Calculus of Consent: Logical Foundation of Constitutional Democracy*, University of Michigan Press, Ann Arbor, Mich.
- Calmfors, L. (2003): “Fiscal Policy to Stabilize the Domestic Economy in the EMU”, *CESifo Economic Studies*, 49, 319-53.
- Calvo, Guillermo A. (1998): “Capital Flows y Capital-Market Crises: The Simple Economics of Sudden Stops”, *Journal of Applied Economics*, 1 (1), 35-54.
- Cecchetti, S.G., Mohanty, M.S. y F. Zampolli (2011). “The Real Effects of Debt”, *Federal Reserve Bank of Kansas City*, Economic Symposium 2011: Achieving Maximum Long-Run Growth, pp. 145-196.
- Cukierman, Alex y Allan Meltzer (1986). “A Theory of Ambiguity, Credibility, and Inflation under Discretion and Asymmetric Information”, *Econometrica*, 54 (5), 1099-1128.
- Debrun, X., T. Kinda, T. Curristine, L. Eyraud, J. Harris y J. Seiwald (2013): “The functions and impact of fiscal councils”, *IMF Policy Paper*, IMF (2015a) Fiscal Rules.
- Eichengreen, Barry, Ricardo Hausmann y Jürgen von Hagen (1999): “Reforming Budgetary Institutions in Latin America: The Case for a National Fiscal Council”, *Open Economies Review*: 10(4): 415-442.
- European Commission 2017: “Independent Fiscal Institutions in the EU Member States: The Early Years”, Note to the Alternates of the ECOFIN.
- FMI (2011): *Modernizing the Framework for Fiscal Policy and Public Debt Sustainability Analysis*, available at: <https://www.imf.org/external/np/pp/eng/2011/080511.pdf>

- FMI (2015): *Fiscal Rules Dataset*, available at:
<http://www.imf.org/external/datamapper/FiscalRules/map/map.htm>
- FMI (2015b): *Fiscal Councils Dataset*, available at:
<http://www.imf.org/external/np/fad/council/>
- Horváth, Michal y L'udovít Ódor (2009): "Making fiscal commitments credible", *Central Bank of Slovakia Discussion Paper Series*, 2/2009.
- Huart, Florence (2012): "Is Fiscal Policy Procyclical in the Euro Area", *German Economic Review* vol14, issue 1, Feb/2009.
- Kopits, G (ed.) (2013): *Restoring public debt sustainability: The role of independent fiscal institutions*, Oxford University Press.
- Kydland, F.E. y E.C. Prescott (1977): "Rules rather than discretion: the inconsistency of optimal plans", *The Journal of Political Economy*, 85 (3), 473-492.
- Lane, Philip R. (2002): "The Cyclical behaviour of Fiscal Policy: Evidence from the OECD", *Institute for International Integration Studies*, Trinity College.
- Leeper, E. (2010): "Monetary science, fiscal alchemy", *Proceedings - Economic Policy Symposium - Jackson Hole*, Federal Reserve Bank of Kansas City, 361-434.
- Mauro, P., R. Romeu, A. Binder y A. Zaman (2013): "A modern history of fiscal prudence and profligacy", *IMF Working Paper* No 13/5, Washington, DC: International Monetary Fund.
- Persson, Torsten y Guido Tabellini (2000): *Political Economics*, MIT Press, Cambridge, Mass.
- Pescatori, A., D. Sandri y J. Simon (2014): "Debt and Growth: Is there are Magic Threshold", *IMF Working Paper* (WP/14/34).
- Reinhart, C.M. y K.S. Rogoff (2009): *This Time is Different. Eight Centuries of Financial Follies*, Princeton, NJ y Oxford: Princeton University Press.
- Reinhart, C.M. y K.S. Rogoff (2010): "Growth in a Time of Debt", *American Economic Review: Papers & Proceedings*, Vol. 100, No. 2, pp. 573-578.
- Reino de España, *Actualización del Plan Presupuestario 2017*, http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/comun/pdf/161212_np_planptos.pdf.
- Sargent, T.J. y N. Wallace (1981): "Some unpleasant Monetarist Arithmetic", *Federal Reserve Bank of Minneapolis Quarterly Review* / Autumn.
- Von Hagen, J. (2013): "Scope and limits of independent fiscal institutions", in Kopits, George (ed.) (2013), *Restoring public debt sustainability: The role of independent fiscal institutions*, Oxford University Press.

Capítulo 5

LA AUTORIDAD REGULADORA NACIONAL EN EL SECTOR DE LA ENERGÍA: LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA

Miguel Ángel Lasheras Merino

Una agencia de regulación independiente se puede definir como “un ente no democráticamente elegido, separado del gobierno y con poderes para la regulación de mercados mediante la ratificación o delegación formal de entes públicos” (Coen y Thatcher, 2005). Los miembros de estos entes deben evitar el conflicto de intereses con las empresas reguladas y, como se señala en OCDE (2016), deben también ser independientes del gobierno con el fin de garantizar la estabilidad y la consistencia de la regulación. Esta independencia no significa que queden al margen del control o exigencia de responsabilidad (*accountability*) ante las instituciones políticas democráticas (básicamente ante la institución parlamentaria) y ante la sociedad en general.

En el sector de la energía en Europa, las agencias independientes se desarrollan a lo largo los años 90 del siglo pasado y, en España, a partir de 1995. La mayor dificultad que han encontrado para su consolidación institucional ha sido conseguir esta independencia efectiva respecto del gobierno y, en consecuencia, someterse a procesos de control y exigencia de responsabilidad situados fuera del poder ejecutivo. El presente artículo desarrolla esta idea describiendo en el primer apartado cómo se considera la independencia de las Autoridades de Regulación Nacional (ARN) en el ámbito de la energía en la Unión Europea (UE). El segundo apartado revisa la evolución que en el ámbito de la normativa española ha tenido la visión europea de la independencia de la ARN en el sector de la energía. El tercero describe los fundamentos que, desde un punto de vista teórico, justifican la existencia de una ARN independiente en el sector de la energía y el cuarto introduce la exigencia de responsabilidad y el control como funciones complementarias a esta independencia. Sobre estas bases, en los cuatro apartados siguientes se repasa el comportamiento de la ARN de energía en España en

aspectos como nombramiento de consejeros y presidentes, aprobación de tarifas y peajes, procesos de fusión y adquisición y promoción de competencia. Tras un siguiente apartado, el noveno, dedicado a describir la transición energética impulsada desde la Comisión de la UE a partir de su propuesta de finales de 2016, se reflexiona en el décimo sobre las características que permitirían, tanto minimizar los costes de esta transición energética, como superar los principales problemas observados en la historia de la ARN de energía en España. Un último apartado de conclusiones, el undécimo, resume las principales ideas que se pueden extraer del conjunto de apartados anteriores.

1. LA INDEPENDENCIA DE LAS AUTORIDADES NACIONALES DE REGULACIÓN (ANR) DE LA ENERGÍA EN LA UNIÓN EUROPEA

Las instituciones autónomas o independientes de regulación sectorial en energía nacieron en el mundo anglosajón para controlar el poder de los monopolios regulando sus precios. Estas comisiones reguladoras, en los años 80 del siglo pasado, tanto en Estados Unidos (EE.UU.) como en Reino Unido (RU), se orientaron por mandato legal a la promoción y desarrollo de competencia en el sector que regulaban, coincidiendo con la liberalización de las telecomunicaciones y la energía.

Las Comisiones reguladoras van extendiéndose en la Europa continental durante la década iniciada en 1990 a partir de dos modelos básicos de referencia: los bancos centrales y las comisiones reguladoras de *utilities* de EE.UU. y RU. En el sector de la energía de la Unión Europea (UE) en su conjunto, aparecen las comisiones reguladoras como instituciones comprometidas con los procesos de liberalización y desregulación que se impulsan por las Directivas de electricidad y gas de 1996¹. Las autoridades de regulación se mencionan, por primera vez, en la Direc-

¹ Esta vinculación inicial, de las Autoridades Reguladoras sectoriales con los procesos de liberalización e introducción de competencia en los sectores eléctricos de los estados miembro de la UE, puede no ser ajena a que su Tratado Constitutivo (el Tratado de Roma) identificaba la política de competencia como política exclusiva comunitaria, mientras que la política energética correspondía a los estados miembros. El Tratado de Lisboa, firmado en 2007, amplió el ámbito competencial comunitario y la política energética y de medioambiente y aparecen como políticas compartidas, donde los estados miembro pueden ejercer competencias en la medida que la UE no lo haya hecho.

tiva 96/92/CE sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad², aunque con un contenido más arbitral que regulatorio y en particular orientado a solucionar los posibles conflictos en el acceso a las redes de transporte y distribución. De ahí que se defina como una institución *independiente de las partes*. Esta Directiva adopta ya como finalidad la promoción de competencia en el sector de la energía y se orienta a la construcción y avance de un mercado interior.

En estos años se acuña en Europa la distinción entre Agencias Ejecutivas y Agencias Regulatoras. A las primeras se les dotó de un marco jurídico para su actuación mediante el Reglamento Marco, Reg. (EC) 58/2003, mientras que las segundas motivaron una propuesta de Acuerdo que fue retirado en 2009³. La propuesta de Acuerdo, aunque no llegara a entrar en vigor, definía las Agencias de Regulación como: “...una entidad legal independiente creada por el legislador con el fin de ayudar a regular a nivel europeo un sector particular y a implementar una política europea determinada”.

La independencia de los entes reguladores respecto de los respectivos gobiernos está presente en casi todas las definiciones actuales de estos entes, aunque, como ya se ha mencionado, es una característica que no aparecía en la configuración legal que hacían las Directivas de 1996 y 1998 de las instituciones de regulación del sector de la energía. El Paquete de Segundas Directivas de 2003⁴ define las Agencias de Regulación Nacional (ARN) en electricidad y gas como instituciones independientes de las empresas reguladas que se encargarán de garantizar como mínimo “la ausencia de discriminación, una auténtica competencia y un funcionamiento eficaz del mercado”. Se consolida, por tanto, su vinculación a los procesos de liberalización sectorial, pero el articulado sigue sin

² El artículo 20.3 de la Directiva establece que: “Los Estados miembros designarán una autoridad competente, independiente de las partes, para la resolución de los conflictos relacionados con los contratos y las negociaciones de que se trate. Dicha autoridad resolverá, en particular, los conflictos relacionados con los contratos, las negociaciones y la denegación de acceso y de compra”.

³ Actualmente están supervisadas de una forma muy amplia por la Comisión, de manera *ad hoc* y sin un marco jurídico propio.

⁴ Directiva 2003/54/CE sobre el mercado interior eléctrico y Directiva 2003/55/CE sobre el mercado interior del gas natural.

incluir mención alguna respecto a la independencia de las mismas con relación a sus respectivos Gobiernos⁵.

En la exposición de motivos del Tercer Paquete, es donde por primera vez en la UE se reclama la independencia de las ARN. Se defiende que para “un adecuado funcionamiento del mercado interior” del gas natural y de la electricidad las ARN requieren independencia de “cualquier otro interés público o privado”. Este impulso muy probablemente surge también, al menos en parte, con el fin de aportar equilibrio en el proceso europeo de toma de decisiones relacionadas con el mercado interior de la energía. Dadas las tensiones entre la Comisión como órgano ejecutivo que vela por el interés general y el Consejo, integrado por los Jefes de Estado o de Gobierno de los distintos estados miembro, las ARN, independientes de sus respectivos gobiernos, pueden ofrecer más garantías para el “adecuado funcionamiento del mercado interior” del gas y de la electricidad y para reforzar a la Comisión que un Regulador adscrito a, o dependiente de, estos gobiernos. Como afirma Majone (2012) refiriéndose a las instituciones de la Europa Comunitaria, las decisiones políticas se suelen evaluar en la UE más en términos de proceso que en términos de eficacia o de resultados⁶.

Así pues, son las Directivas de gas y electricidad del Tercer Paquete de 2009⁷, las que ordenan a los estados miembros que garanticen la independencia y vean por un funcionamiento imparcial y transparente de la ARN que se define como una entidad “jurídicamente distinta y funcionalmente independiente de cualquier otra entidad pública o privada”. Tanto su personal como sus órganos directivos deben actuar en el desempeño de sus funciones reguladoras “con independencia de cualquier interés comercial (...) y no pedir ni aceptar instrucciones directas de ningún gobierno ni de ninguna otra entidad pública o privada”.

Como parte del tercer paquete energético, el Reglamento (UE) 713/2009 crea la Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía (ACER) como

⁵ Ver los artículos 23.1 de la Directiva 2003/54 /CE y 25.1 de la Directiva 2003/55/CE sobre normas comunes para los mercados interiores de la electricidad y del gas natural.

⁶ “*Decisions and policymaking at the European level have always been evaluated primarily in terms of process-institutional developments, volume of legislation, expansion of competences, scale of operations, decision-making procedures, «governance», and so on-rather than by actual results*”.

⁷ Directiva 2009/72/CE, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, Directiva 2009/73/CE, de 13 de julio de 2009 sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural.

una institución u “organismo comunitario con personalidad jurídica” y cuyo objetivo consiste en asistir a las ARN “...en el ejercicio a nivel comunitario de las tareas reguladoras desempeñadas en los estados miembro y, de ser necesario, para coordinar su actuación”. Califica la Agencia como *un mecanismo independiente de cooperación entre los reguladores nacionales* y como *una entidad central independiente*. Su independencia se declara “respecto de los productores de gas y electricidad, los gestores de redes de transporte y distribución, ya sean públicos o privados, y los consumidores, y asegurar la conformidad de su acción con el Derecho comunitario, su capacidad técnica y normativa y su transparencia, receptividad en materia de control democrático y eficiencia.” Además, la Agencia no podrá pedir ni seguir instrucción alguna de ningún Gobierno de un Estado miembro, de la Comisión ni de ninguna otra entidad pública o privada, ni aceptar ninguna recomendación por su parte.

Tanto el *Council of European Energy Regulators* (CEER) (2016)⁸ como ACER (2016) han recomendado un conjunto de actuaciones para garantizar su independencia y, por supuesto, las de las ARN de cada estado miembro que forman parte de CEER y del Consejo de Reguladores de ACER. Ninguno de estos dos documentos aborda en detalle una justificación de la independencia que defienden. Eso sí, en ambos casos, la primera de las recomendaciones se refiere al cumplimiento completo del tercer paquete de Directivas, ya que hay estados, entre ellos España, como más adelante se describe, que aún no la han desarrollado y aplicado en su normativa interna en su totalidad. El resto de recomendaciones versan sobre la necesidad de una supervisión de las ARN por sus respectivos Parlamentos, su autonomía presupuestaria junto a un control por auditores independientes externos y a unas reglas de nombramiento que sean objetivas y transparentes. ACER (2016) además recomienda a la Comisión que incluya en la propuesta de Directiva del *Clean Energy* una cláusula que obligue a las ARN a colaborar en su Consejo de Reguladores y en el trabajo de la Agencia siguiendo los procedimientos establecidos para ello.

⁸ Las ARN fundaron, en el año 2000, una entidad profesional y privada, sometida a la legislación belga, el “Council of European Energy Regulators” (CEER) con el objetivo de impulsar la creación de un mercado interior del gas y la electricidad único, competitivo, eficiente y sostenible. Aunque no es una agencia europea, como ACER, busca trabajar complementando a la Agencia y aportando la coordinación voluntaria que en su seno realizan las ARN.

El 1 de noviembre de 2016, la Comisión presentó su Paquete de Invierno *Clean Energy* con un conjunto de propuestas de Directivas y Reglamentos orientados a establecer un marco regulatorio que permita una transición energética en Europa con tres objetivos principales: 1) situar la eficiencia energética en primer lugar; 2) alcanzar el liderazgo en energías renovables; y 3) aportar un trato justo para los consumidores. La redacción de los artículos sobre la independencia de las ARNs no se modifica en la propuesta de nueva Directiva sobre el Mercado Interior de la Electricidad de 2016⁹. El paquete incluye una nueva versión del Reg (UE) 713/2009 para adaptar las competencias de ACER al resto del paquete, pero prácticamente nada nuevo aparece sobre su independencia. En CEER/ACER (2017) se manifiesta preocupación por no dotar a la Agencia con los recursos necesarios, por la posible influencia política sobre el Director del Consejo y por pasar de una regla de mayoría de dos tercios a otra de mayoría simple en las decisiones del Consejo.

2. EL RECONOCIMIENTO FORMAL DE UN REGULADOR INDEPENDIENTE PARA EL SECTOR DE LA ENERGÍA EN ESPAÑA

En julio de 1994, Alberto Lafuente, entonces Secretario General de la Energía, anunciaba lo que sería la Ley 40/1994 de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional (LOSEN) con estas palabras: “los derechos de los consumidores en materia de calidad de suministro van a estar amparados por un mecanismo que ahora no existe, que es la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional, organismo independiente de las Administraciones Públicas y que velará por el correcto funcionamiento del sistema”¹⁰. Para Lafuente la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional (CSEN) nacía como una entidad independiente de la Administración. Esta independencia, sin embargo, fue puesta en duda por la oposición política (entonces el PP) cuando el Gobierno (entonces del PSOE) presentó el Conse-

⁹ Propuesta de Directiva presentada por la Comisión, el 30 de noviembre de 2016, dentro del denominado Winter Package o Clean Energy for All Europeans.

¹⁰ Entrevista publicada en *ABC* el 17 de julio de 1994.

jo de la Comisión en el Congreso de los Diputados en marzo de 1995¹¹. Estas mismas dudas se manifestaban unos veinte años después, cuando en septiembre de 2013 el gobierno (ahora del PP) hizo la presentación en el Congreso de los Diputados del Presidente y los Consejeros de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) y esta fue contestada por el partido de la oposición (entonces el PSOE)¹².

La consideración de la Comisión de energía, como un órgano independiente respecto del gobierno, no se mencionó en las primeras Leyes que desarrollaron esta institución. La LOSEN explicaba escuetamente en su exposición de motivos: “La Ley crea una Comisión del Sistema Eléctrico Nacional como ente regulador del Sistema, con el objeto de velar por la objetividad y transparencia de su funcionamiento, para lo que garantiza la independencia de sus miembros”. Pero no especificaba respecto a quién o quiénes debían ser independientes sus miembros. En el texto articulado, y en particular en el artículo 6 que definía la Comisión, no aparece la palabra independencia, ni independiente, ni referida a sus órganos de gobierno ni a sus miembros, ni respecto a las empresas reguladas ni con relación al Gobierno.

Tres años después de la LOSEN, la Ley 54/1997 del Sector Eléctrico (LSE), siguiendo lo establecido en la primera Directiva del mercado eléctrico¹³, introdujo para la Comisión, a la que cambió la denominación por la de Comisión Nacional del Sistema Eléctrico (CNSE), el objetivo de “velar por la competencia efectiva del mismo”¹⁴, atribuyendo a la complejidad de este sector para funcionar en competencia, la necesidad de una Comisión cuyo contenido debía “escalonarse” y “coordinarse”, tanto con los órganos de competencia, como con la Administración General del Estado. La Ley continuaba sin mencionar explícitamente que la Comisión debía ser independiente del

¹¹ En Congreso de los Diputados (1995) el portavoz del PP respondió a la presentación del Ministro Eguiagaray diciendo: “Este Consejo está formado por perfiles que son básicamente políticos (...). Se podría haber ido por otra vía, por la vía del consenso entre personalidades independientes, pero esa vía no se ha intentado”.

¹² En Congreso de los Diputados (2013) el grupo parlamentario socialista criticó la sustitución de los miembros de la CNE por los que se estaban presentando de la CNMC y afirmaba: “si la Unión Europea finalmente acepta esta fórmula, cada vez que cambie el Gobierno se podrá cambiar la ley, se podrán cambiar los consejeros y, por lo tanto, perderemos la independencia que se merecen los reguladores”.

¹³ Directiva 96/92/CE de normas comunes sobre el mercado interior de la electricidad.

¹⁴ Artículo 6 de la Ley 54/1997 del Sector Eléctrico.

Gobierno. La LSE definía un ámbito presupuestario propio para la Comisión; integraba su presupuesto en los Presupuestos Generales del Estado; refería a la Intervención General del Estado su control económico y financiero y adscribía la Comisión al Ministerio de Industria y Energía, al que encargaba de su control de eficacia. Al igual que en la LOSEN, todos los actos de la Comisión eran susceptibles de revisión mediante el correspondiente recurso y, además, el Gobierno a propuesta del Ministerio podía suspender, mediante resolución motivada, cualquier acto de la misma¹⁵.

Al año siguiente, la Ley 34/1998 de Hidrocarburos, en su exposición de motivos, explicaba la creación de la Comisión Nacional de Energía (CNE) por la interdependencia de los sectores energéticos, en particular del gas y de la electricidad, ignorando, igual que la LOSEN y la LSE la independencia de la misma y, al igual que la LSE, adscribía la CNE al Ministerio de Industria y Energía.

Sin embargo, desde 1995, las sucesivas Comisiones Regulatoras del sector de la energía se han sentido independientes y han tenido una conciencia perfilada y precisa acerca de su independencia. En la primera comparecencia en el Congreso del que fue primer presidente de la primera Comisión eléctrica, Miguel A. Fernández Ordóñez, tras unas palabras iniciales y protocolarias de agradecimiento, calificaba a la CSEN como órgano administrativo independiente¹⁶. Unos años después, en un informe fechado en diciembre de 1998, la CNSE se autodefinía claramente como una Comisión independiente del Gobierno¹⁷. En marzo de 1999, el Consejo de Administración de la CNSE, en su informe sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se establece el Reglamento de la Comisión, definía la Comisión en repetidas ocasiones como “órgano regulador independiente”, término este que no es incorporado, sin embargo, al Reglamento finalmente aprobado por el Gobierno y publicado en el BOE¹⁸. Ese mismo año, según se recoge en Congreso de los Diputados (1999), en su comparecencia en la Comisión de Industria, Pedro Meroño, presidente de la CNE, establecía,

¹⁵ Artículo 8 en sus apartados 3 y 4.

¹⁶ Comisión de Industria, Energía y Turismo en el Congreso de los Diputados el 11 de marzo de 1997.

¹⁷ En el informe CNSE (1998) se insiste en la “escasa tradición” de estas “comisiones reguladoras independientes” en España.

¹⁸ El Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión Nacional de la Energía.

como primer principio de las Comisiones reguladoras, el de su independencia respecto a las empresas y respecto a las Administraciones Públicas.

Las reivindicaciones de independencia desde la Comisión se mitigan a partir del año 2000. En los informes de CNE (2000) sobre medidas liberalizadoras del sector energético y CNE (2002), sobre la propuesta de Real Decreto de medidas básicas para hacer posible la plena liberalización del suministro eléctrico, no se hace mención a una independencia del órgano regulador respecto del Gobierno¹⁹. Son años en los que el Regulador está más pendiente de la construcción de las infraestructuras energéticas (ciclos combinados, redes de transporte de electricidad y gas y plan de energías renovables) que de la consolidación de las instituciones de regulación²⁰.

No es de extrañar que en Pérez Arriaga y otros (2005) se afirmara: “Se ha echado en falta por parte de la Administración –no sólo la actual, sino todas y cada una de las que han tenido responsabilidades de Gobierno desde la constitución de la CSEN–, un impulso definitivo en pro del fortalecimiento de la figura de la CNE como verdadero regulador competente e independiente”.

M. Costa definía la Comisión en Congreso de los Diputados (2006) como *un instrumento institucional de audiencia y participación que mantiene siempre su independencia frente al Ejecutivo, los agentes regulados y su neutralidad en la aplicación de las normas y su autonomía de gestión*. En 2008, reclamaba una ampliación de las competencias sancionadoras, de las correspondientes a la aprobación de peajes y tarifas y tener la última palabra en los temas relacionados con la defensa de los consumidores²¹.

¹⁹ La ausencia de reconocimiento legal no evita, sin embargo, que la independencia del gobierno se asuma como una característica que, cuando interesa, se da por hecha. Por ejemplo, en Congreso de los Diputados (2001) el Vicepresidente Rodrigo Rato, hablando de los informes presentados por la CNE y el Tribunal de Defensa de la Competencia, referidos a la propuesta de fusión de ENDESA e Iberdrola, se refiera a ellos como informes de “*organismos independientes*”.

²⁰ Así se desprende de Congreso de los Diputados (2003b) que recoge la comparecencia del Secretario de Estado de la Energía, Desarrollo Industrial y de la Pequeña y Mediana Empresa, José Folgado para informar, entre otras materias, del proceso de liberalización en el sector energético. El Secretario de Estado menciona a la CNE en cinco ocasiones: tres como fuente de unos datos utilizados y dos para resaltar que se le habían encargado dos informes, uno sobre la retribución a la distribución y otro sobre el seguimiento de los cambios de comercializador.

²¹ Ver la intervención de Maite Costa en la Jornada de homenaje a Pedro Meroño el 28 de octubre de 2008.

El impulso para consolidar una Comisión independiente del gobierno va a llegar de la obligación de incorporar a nuestro ordenamiento jurídico lo establecido en el Tercer Paquete de Directivas de la Unión Europea²². Catorce años después de la constitución de la primera Comisión, la Ley 2/2011 de Economía Sostenible, en su artículo 8.3 cambia la definición del ente regulador y reconoce su independencia de las Administraciones Públicas y de los agentes del mercado y establece “nuevos mecanismos de rendición de cuentas, a través de la comparecencia del Ministro proponente y de los candidatos a Presidente y a Consejeros del organismo regulador ante el Parlamento y de la elaboración de un informe económico sectorial y un plan de actuación del organismo”. Tras esta definición se destina el artículo 9 a desarrollar lo que se entiende por independencia funcional, transcribiendo literalmente lo establecido en las Directivas de 2009 y especificando que sus miembros no *podrán solicitar o aceptar instrucciones de ninguna entidad pública o privada*. Respecto a su vinculación con el Gobierno y con el Ministerio correspondiente, el término “*quedan adscritos*” de las Leyes anteriores se sustituye por el más suave de “*se relacionarán*”.

Dos años después de la Ley 2/2011, el artículo 3 de la Ley 3/2013 vuelve a declarar expresa e inequívocamente la independencia funcional de la Comisión (ya en este caso la CNMC), aunque añade poco o nada a lo establecido por la Ley de 2011²³. Si comparamos la Ley 3/2013 con la LOSEN de 1995, se puede afirmar que, en estos más veinte años, se ha avanzado lo justo en la configura-

²² El Tercer Paquete está compuesto por la Directiva 2009/72/CE, de 13 de julio de 2009 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y la Directiva 2009/73/CE, de 13 de julio de 2009 sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural.

²³ El artículo 2.1 de la vigente Ley 3/2013 de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) declara, respecto de la Comisión, su autonomía orgánica y funcional y su plena independencia “*de las Administraciones Públicas y de los agentes del mercado*”. El artículo 15.1 establece que los miembros del Consejo serán nombrados por el Gobierno, por un plazo de seis años no renovables, previa comparecencia en la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados que, por mayoría absoluta, podría vetar a los candidatos propuestos. Y respecto a su régimen económico, la CNMC tiene patrimonio propio y separado del patrimonio del Estado; se financia mediante recursos provenientes de los Presupuestos Generales del Estado, mediante recursos provenientes de sus bienes y derechos y mediante cualesquiera otro recurso que establezcan las Leyes. En particular, en el ámbito de la energía se consideran como coste del sistema eléctrico o coste del sistema gasista la “Tasa de la CNMC”. El Anexo de la Ley 3/2013 define y regula esta tasa y contempla que serán las Leyes de Presupuestos del Estado de cada año las que definan los porcentajes de lo recaudado con destino a financiar las actividades de la CNMC.

ción de un marco legal y formal reconociendo la independencia de la ARN de energía respecto del Gobierno y se ha hecho más por la obligación de adaptarse a la legislación comunitaria que por un impulso firme y convencido de nuestros gobiernos o de nuestro Parlamento.

Posteriormente a la Ley de 2013, la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público, al referirse en su exposición de motivos a la primera norma que reconoció formalmente la independencia de la comisión de energía, la Ley 2/2011 de Economía Sostenible, sostenía que esta Ley prestó especial atención a *garantizar la independencia de los organismos reguladores respecto de los agentes del mercado* y olvidó resaltar que, por primera vez, e había reconocido esta independencia respecto del gobierno.

Ante esta cicatería legal, no es de extrañar que la independencia de la Comisión reguladora en energía, respecto del Gobierno, siga en la agenda política de asuntos pendientes transcurridos veintiún años desde que se constituyera la primera CSEN. El documento *150 Compromisos para Mejorar España* firmado por el Partido Popular y Ciudadanos en agosto de 2016, en su punto 12, y con el fin de mejorar la regulación económica de los distintos sectores, recoge el compromiso de ambos partidos para: “Garantizar la independencia de los órganos reguladores evitando la politización de sus órganos de gobierno”. Y, a continuación, y como remedio, propone una independencia funcional y orgánica, una financiación propia mediante tasas y que sus Presidentes y Consejeros sean nombrados por el Pleno del Congreso de los Diputados.

Esta preocupación se manifestó también en la Comparecencia en el Senado de José María Marín Quemada, Presidente de la CNMC, el 22 de abril de 2015, en la que se trata de inculcar tranquilidad ante algunas intervenciones de Senadores: “Me van a permitir –seguro que sus señorías lo van a entender perfectamente– que les diga que yo me siento independiente, que me creo independiente, y cuando no me sienta o no me crea independiente, se me va a notar tanto que todos ustedes no tendrán que pedirme que me vaya, me iré por mí mismo”. En esa misma comparecencia, el Presidente de la CNMC se quejaba de que el Gobierno hubiera tramitado la Ley 8/2015 de modificación de la Ley de Hidrocarburos sin el informe de la CNMC y pese a que “...teníamos muchas cosas que decir”.

Si buscamos una identificación legal de las razones que justifican la necesaria independencia respecto del gobierno de las instituciones de regulación en el

sector de la energía en España, hay que esperar a la exposición de motivos de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC que afirma: “La existencia de organismos independientes se justifica por la complejidad que, en determinados sectores caracterizados principalmente por la potencial existencia de fallos de mercado, tienen las tareas de regulación y supervisión, así como por la necesidad de contar con autoridades cuyos criterios de actuación se perciban por los operadores como eminentemente técnicos y ajenos a cualquier otro tipo de motivación”. Lo que se desprende de esta exposición de motivos es que desde la Administración general debe resultar difícil abordar una regulación que resulte compleja por la existencia de fallos de mercado y, por otro lado, que ante lo que podría considerarse un fallo en su política de comunicación, le resulta imposible trasladar a los operadores la percepción de que sus decisiones se guían por criterios técnicos. La superficialidad de esta primera explicación no es casualidad; mas bien parece el síntoma de una ausencia de convencimiento por parte de nuestros legisladores en la eficacia de unos organismos de supervisión y regulación realmente independientes del gobierno.

La independencia con relación al gobierno, como característica sustancial de las instituciones de regulación en energía, consiste primera y básicamente, como contemplan las Directivas de 2009, en tomar decisiones sin “solicitar o aceptar instrucciones de ninguna entidad pública o privada”. Pero para que sea plenamente eficaz debe ser algo más: debe permitir equilibrar y contrarrestar las decisiones de regulación del gobierno, en base a su juicio experto y su tradición, aunque esto signifique posicionarse en contra de la Administración que ejerce competencias de regulación. La independencia de las comisiones de regulación respecto del gobierno debe consolidar un sistema de controles y equilibrios en la regulación²⁴ que ha de ir más allá de la “no aceptación de instrucciones”. La independencia tiene sentido en un mundo de grises, situado entre el blanco de los intereses generales y el negro de los intereses particulares. Como afirmaba en Congreso de los Diputados (2013) el portavoz del grupo socialista: “Lo que tenemos que evaluar es, fundamentalmente, (...) en un organismo regulador su capacidad para poder defender el interés general y no depender del regulado”. Pero si se quiere que tenga sentido la independencia de las instituciones de regu-

²⁴ Lo que ACER/CEER (2016) consideran que en la UE está ya funcionando como *a system of check and balances*.

lación respecto del gobierno, además debe considerarse que los intereses generales o colectivos, el bien común, se puede alcanzar por distintos caminos, y unos caminos son susceptibles de resultar a lo largo del tiempo, más consistentes que otros, aunque sus consecuencias políticas no sean tan atractivas para quien esté en ese momento al cargo del gobierno.

3. LA INDEPENDENCIA COMO REQUISITO PARA UNA REGULACIÓN ESTABLE Y CONSISTENTE

La independencia respecto a las empresas reguladas apenas requiere justificación teórica. Pero no ocurre lo mismo con la independencia respecto al gobierno y la administración pública tradicional. El equilibrio de intereses entre consumidores y suministradores de energía, que debe estar presente en toda institución de regulación y es imprescindible para una regulación objetiva y neutral, necesita de pocas explicaciones, aunque probablemente obliga a una vigilancia práctica constante y minuciosa. La independencia respecto a la Administración y el Gobierno es menos intuitiva y requiere de una explicación normativa de su existencia.

Hoy existe poca duda en la UE acerca de la conveniencia, desde un punto de vista de eficiencia regulatoria, de que existan Comisiones sectoriales independientes del poder ejecutivo con potestades para regular y supervisar el sector de la energía.

Como reconoce Trillas (2010), citando a Armstrong, Cowen y Vickers (1994), el problema de la regulación en los sectores económicos de red sería un problema técnico sencillo si no fuera por tres problemas interrelacionados: la inconsistencia temporal o ausencia de un compromiso regulatorio creíble, la información asimétrica y la captura del regulador.

Donde mayor valor aporta la independencia respecto del gobierno de un organismo de regulación, es en la solución al problema de la inconsistencia temporal que se puede describir, simplificada, como el de falta de credibilidad de un regulador que se comprometiera *ex ante* a retribuir adecuadamente unas inversiones irreversibles y una vez que las inversiones se han realizado, el regulador, bien con el fin de tener más apoyo en votos, bien para mejorar el bienestar social presente, estaría incentivado a establecer unas tarifas o unos precios bajos, aunque resulten insuficientes para la recuperación de la inversión. Este problema se puede solucionar mediante una retribución que resulte suficiente, fijada por

una institución independiente no sometida a la disciplina electoral. Ciertamente es que entonces surgen, por otro lado, problemas de disminución de los incentivos a la eficiencia por parte de las empresas reguladas, al tener todos sus costes cubiertos y de *moral hazard* o riesgo moral sobre todo en procesos de innovación tecnológica, pues la pelea por la eficiencia y la innovación se podría relajar en las empresas con ingresos regulados.

Otra visión de las razones que justifican la independencia de los órganos de regulación sectorial se encuentra en OCDE (2016). Todas ellas están relacionadas con fallos de mercado en este sector. Estas razones son:

- Externalidades y ausencia de credibilidad en los compromisos, inconsistencia temporal e incertidumbre asociada al ciclo político.
- Ausencia de neutralidad en presencia de intereses públicos u oligopolios privados.
- Asimetrías de información que provocan incentivos perversos y selección adversa.
- Posible captura del regulador.

En cualquier caso, dadas las dificultades de identificar con precisión el interés público o general y reconociendo la ausencia de información perfecta por parte del regulador, acerca de las preferencias de los consumidores y de las funciones de costes de las empresas, el enfoque normativo de la teoría económica busca mecanismos, contratos o normas de regulación sectorial que incentiven a los sujetos económicos, básicamente a las empresas energéticas, a actuar en línea con la reducción de costes y precios (Joskow, 2006). La regulación mediante incentivos que resulten compatibles con la eficiencia y el desarrollo de los mercados consiste, por ejemplo, en hacer que las tarifas reguladas evolucionen según el IPC-menos un factor X, de eficiencia empresarial, tal y como fue propuesto por Littlechild (1983). La regulación por incentivos imponía abandonar la búsqueda de resultados óptimos (precios o tarifas), para aprobar mecanismos de regulación, revisables periódicamente, en función de los resultados obtenidos, pero dando a las empresas reguladas cierta libertad para fijar sus tarifas o peajes. Para ello, resultaba fundamental hacer creíbles a lo largo del tiempo a los agentes económicos el compromiso del regulador con estos objetivos, más allá de las políticas regulatorias y energéticas que periódicamente son sometidas a la contrastación democrática de los procesos electorales. Un argumento similar había surgido con anterioridad, cuando la teoría macroeconómica de los años

80 aconsejaba la independencia de los bancos centrales, fundamentalmente para dotar de credibilidad al sostenimiento de los objetivos de la política monetaria, más allá del ciclo electoral²⁵. Al regular mediante incentivos, las empresas reguladas suelen responder con un *gaming* o comportamiento estratégico, normalmente apoyadas en su mejor información, orientándose a encontrar mayores beneficios sin incurrir en los costes requeridos para que existan los esperados avances en eficiencia (Jamasp, Nillesen y Pollit, 2003). Por tanto, el valor que aporta la independencia de un organismo de regulación en el ejercicio de la regulación mediante incentivos, es garantizar que la revisión periódica de las metodologías de tarifas y peajes se mantiene en línea con los incentivos buscados, lo que resulta imprescindible para su eficacia ante el comportamiento estratégico de las empresas.

Los procesos de liberalización y ruptura de la integración vertical con el libre acceso a las redes de transporte y distribución introducen un nivel más de complejidad en la regulación. Nepal y Jamasp (2013) entienden que la existencia de reguladores independientes, junto con la separación vertical de los antiguos monopolios y la privatización de los segmentos susceptibles de competir, son el fundamento de los procesos de liberalización en los sectores eléctricos que arrancan en los años 80 del siglo pasado con el caso de Chile y se extienden a la Unión Europea en la década que arranca en 1990 y siguientes. Existen, por tanto, argumentos en defensa de la independencia de las ARN, siempre que aporten mayor credibilidad que los gobiernos democráticos en garantizar la nivelación del terreno de juego en procesos dinámicos de introducción de competencia de los sectores energéticos.

Desde el punto de vista de las primeras teorías de la elección pública, la regulación es el resultado de buscar, mediante la intervención en precios o tarifas, los máximos votos, consiguiendo un equilibrio entre los beneficios de las empresas reguladas y los intereses de los consumidores. Lo que se consigue controlando el poder de mercado en los sectores con monopolio (como los servicios públicos) o protegiendo el beneficio de las empresas en sectores con exceso de competencia (como la agricultura)²⁶. En tal caso, la regulación se manifiesta o formaliza como un contrato o pacto entre los distintos intereses en juego. El objetivo a cubrir por

²⁵ Ver, por ejemplo Barro y Gordon (1983) y Rogoff (1985).

²⁶ Stigler (1971), Posner (1973) y Peltzman (1976).

la regulación en un sector como la energía sería evitar que los consumidores se vieran avasallados por una regulación dominada o “capturada” por los intereses de empresas monopolísticas o con un poder de mercado excesivo, al amparo o bajo la disculpa de las características tecnológicas y las economías de escala del sector. Desde este punto de vista, la independencia de las instituciones de regulación tiene sentido si la posible “captura del regulador” se dificulta mediante organismos de regulación independientes del gobierno. En OCDE (2016) se afirma que la autonomía financiera y la independencia en la obtención de recursos económicos minimizan las posibilidades de captura tanto por las empresas reguladas como por el Gobierno.

Desde una perspectiva empírica, Bianculli, Fernández-i-Marín y Jordana (2013), siguiendo a Painter y Peter (2010), analizan las características de más de 100 instituciones de regulación sectorial en todo el mundo, utilizando cuatro conjuntos de variables básicas. El primer conjunto se refiere a la institucionalización del soporte social. El segundo, se refiere a la independencia o autonomía política de la Agencia y adopta valores que se mueven entre los que representan un control estricto por el gobierno y aquellos otros que se identifican con una amplia responsabilidad exigible desde el legislativo o, directamente, desde el poder judicial. El tercero, toma como referencia el nivel de autonomía burocrática y presupuestaria de la propia Agencia y el cuarto, la tradición administrativista en que, según cada país, se sitúa cada agencia. Como conclusión, resulta que la tradición administrativa, propia de cada país, explica gran parte de la configuración de las agencias en los distintos sectores y países estudiados y, en particular, las características relacionadas con la autonomía e independencia de las Agencias. Aunque la mayor parte de las agencias de regulación se definen como independientes del gobierno, el contenido real de esta independencia es distinto en cada país.

4. EL DÉFICIT DE LEGITIMIDAD Y LA NECESIDAD DE CONTROL

Una entidad independiente del gobierno asume unos poderes de regulación sectorial cuya justificación debe encontrarse en otras fuentes de legitimidad distintas a las que son propias de las instituciones representativas. Maggetti (2010) plantea dos posibilidades: la primera es que la ganancia en eficiencia regulatoria conseguida con estas agencias, los mejores resultados obtenidos en política ener-

gética, justifiquen esta independencia; la otra es suponer que en ciertos sectores y, en particular, en el energético, la independencia respecto del Gobierno garantiza unos procedimientos y unos comportamientos más transparentes, abiertos, justos y “legales” que los que se producirían desde las instituciones administrativas tradicionales. En ambos casos, la legitimidad se conseguiría mediante el control y la visibilidad de los resultados de la ARN; esto es, mediante la *accountability* o exigencia de responsabilidad hacia estas agencias²⁷.

Es la independencia real o fáctica, con apoyo social suficiente, la que convierte en eficaz a la institución y la que justifica su arranque o constitución con un déficit democrático y de legitimidad. En este sentido, la independencia garantiza y refuerza, al favorecer resultados eficientes, la legitimidad social de las ARN (Scholten, 2015) y la legitimidad, a su vez, exige visibilidad y control de estos resultados. Por esto, la exigencia de responsabilidad es vista como la fuente primaria de legitimidad, lo que nos lleva a reconocer un cierto trade-off entre independencia y *accountability*, pues la exigencia de responsabilidad puede llegar a limitar la independencia, sobre todo en función de quien la exige (Biela, 2014).

Existen muchas definiciones y acepciones de lo que es el control de responsabilidad (*accountability*) en el ámbito de las agencias públicas independientes, pero a efectos descriptivos y siguiendo a Stone (1995), se debe diferenciar entre una responsabilidad hacia arriba (exigida, por ejemplo, ante el Parlamento o ante el poder judicial) y una responsabilidad hacia abajo, exigida por las empresas reguladas, consumidores, inversores y *stakeholders* en general²⁸. Los medios de comunicación y la imagen que trasladan de la agencia de regulación constituyen la evidencia más visible de esta responsabilidad hacia abajo, aunque no están exentos de carecer en ocasiones de la neutralidad necesaria.

Exigir responsabilidad a los organismos de regulación y neutralizar el déficit inicial de legitimidad, sin hipotecar su independencia, es posible si esa exigencia se identifica con el seguimiento y control de los procesos de decisión y con la transparencia de sus procesos²⁹ y se realiza, tanto por parte de la institución Parlamentaria (el Congreso), como por parte de los consumidores y de la socie-

²⁷ Esta es la denominada *output legitimacy* en la referencia citada en la nota 34 anterior.

²⁸ Una discusión acerca del concepto de responsabilidad o *accountability* aplicado a agencias de regulación se puede seguir en Verschuere y Verhoest (2006).

²⁹ Ver Majone (2001).

dad en general. Además de la claridad de objetivos, el control parlamentario y la transparencia, Majone (2002) señala la necesidad de un control apoyado en la reputación profesional y ejecutado por pares. Para ello, en primer lugar, la política de nombramientos de los órganos o Consejos directivos de las ARN debería contar con la participación de reputados profesionales y generar un cierto consenso en torno a la independencia y profesionalidad de los miembros elegidos para los órganos de decisión. En España, sin embargo y hasta el momento en que escribe este artículo, prácticamente todos los nombramientos en la ARN de Energía han sido propuestos directamente por el Gobierno y criticados por el partido en la oposición. A partir de ahí, la exigencia de responsabilidad profesional y no política desde el Parlamento o desde órganos profesionales independientes o consumidores y empresas, se vuelve muy difícil y ha sido prácticamente inexistente.

5. LOS NOMBRAMIENTOS DE PRESIDENTE Y CONSEJEROS EN ESPAÑA

Pedro Meroño, en Congreso de los Diputados (2003), hizo una síntesis bastante precisa de la relación entre el procedimiento de nombramiento de Presidente y Consejeros de las ARN y la independencia de la institución. Afirmaba: “Lo que sí tengo muy claro es que los miembros de la comisión, desde que somos nombrados todos por el Gobierno y con la participación que la ley establece del Parlamento, somos perfectamente independientes y no tenemos relación alguna con ningún tipo de grupo o de partido político. Sin embargo, añoraba el derecho anglosajón en el que ni siquiera existe una intervención o participación de las fuerzas políticas en el nombramiento directo de los miembros de la comisión, sino que están reconocidos por su prestigio profesional”. Como se recoge en Congreso de los Diputados (2011) y en palabras del portavoz del grupo popular en la presentación de Alberto Lafuente por parte del Ministro Miguel Sebastián “el candidato no es independiente (...) porque se debe a quien le nombro”.

El 19 de octubre de 2016, en la Comparecencia de José María Marín como Presidente de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el Congreso de los Diputados, una vez había descrito las actividades realizadas en los últimos tres años y defendido el modelo de Comisión puesto en marcha por la Ley 3/2013, la portavoz del Partido Socialista contestaba: “Esta ley, (...), provocó el cese anticipado de los consejeros, y quiero recalcar este punto, porque

(...) los nombramientos son ilegales, para nosotros no son aceptables, así que cambiaremos la ley”.

Unos veinte años antes, el 23 de marzo de 1995, en la presentación al Congreso de los diputados de los Miembros de la CSEN por el Ministro Juan Manuel Eguiagaray, Luis Gamir, portavoz del Grupo Popular, ponía en cuestión los nombramientos realizados y dudaba de su permanencia con gobiernos de signo político distinto: “Señor Ministro, me parece que es difícil hacer creer que esta no es una propuesta política, en el sentido partidario del término. (...) Este consejo va a ser básica y sesgadamente político, repito, y utilizo con exactitud cada una de las palabras que quiero pronunciar. ¿Esta es una herencia más que se quiere plantear? Dejémoslo como una pregunta”.

En Pérez Arriaga y otros (2005) se recordaba la propuesta del Programa electoral del PSOE para las elecciones de 2004 para *Potenciar el órgano regulador independiente (CNE), procediendo a su elección directa por el Parlamento*. Propuesta que unos años después defendería también el portavoz del Partido Popular proponiendo que el presidente y los consejeros de la CNE fueran nombrados por el Congreso de los Diputados “entre personas –claro– de reconocido prestigio y competencia (...) porque nosotros no estamos de acuerdo con que esto lo decida el Gobierno mediante real decreto y a propuesta de su ministerio”³⁰. Maite Costa, Presidenta de la Comisión entre junio de 2005 y julio de 2011, Alberto Lafuente de 2011 a 2013 y José María Marín, desde 2013, fueron, no obstante, propuestos por el Gobierno, presentados en el congreso y sólo en este último caso con posibilidad de veto por parte de la Comisión de Economía y Competitividad del Congreso.

Entre los primeros nombramientos de la CSEN y los últimos de la CNMC, la historia ha sido muy parecida. La única excepción a esta sucesión de propuestas y nombramientos unilaterales se produjo el 27 de diciembre de 2001. El Gobierno del PP acordó con el PSOE, en la oposición, el nombramiento de Jaime González, diputado por el PSOE en las Cortes de Castilla y León y ex Vicepresidente del gobierno de esa Comunidad, en sustitución de Esteban Bolea, tras haber sido propuesto por Rodrigo Rato a la Comisión de Economía y Hacienda, el 12 de diciembre de 2001. Este pacto formaba parte del acuerdo entre PP y

³⁰ Congreso de los Diputados (2011).

PSOE sobre renovación de vacantes en organismos independientes y es el único nombramiento acordado entre los dos partidos mayoritarios de los 34 realizados desde 1995 hasta 2015.

A pesar de esta falta de acuerdo, entre gobierno y oposición, en los nombramientos, todos los ceses anticipados de miembros del Consejo de las distintas comisiones, lo han sido bien por voluntad del cesante, aunque en algún caso probablemente con alguna presión desde el Gobierno, o bien por cumplimiento de su mandato. La única excepción fue en 2013, cuando con motivo de la creación de la CNMC, en sustitución de las comisiones sectoriales de energía, telecomunicaciones y competencia, de la Ley 13/2013, se sustituyeron todos los consejeros anticipadamente³¹.

6. APROBACIÓN DE TARIFAS Y PEAJES

Si la independencia respecto del gobierno resulta imprescindible para mitigar los problemas de inconsistencia temporal en la regulación, la mayor utilidad social, de una ARN en energía, es que asuma competencias para periódicamente determinar y aprobar tarifas, peajes y precios regulados. Aunque el principal objetivo de las Comisiones anglosajonas tradicionales, predecesoras de las ARN europeas, fue precisamente calcular y aprobar el nivel de tarifas que determinaban los ingresos de las empresas reguladas, el artículo 8 de la LOSEN, solo menciona en su apartado 4 la competencia de “participar mediante propuesta o informe” en el proceso de su aprobación, dejando la potestad para determinar las tarifas reguladas, donde inicialmente estaba, en el gobierno.

El Libro Blanco de Pérez Arriaga y otros (2005) diagnosticaba un cruce de caminos en el que la regulación debería optar entre dos estilos contrapuestos:

³¹ Los Decretos que desarrollaron esta parte de la Ley han sido anulados en lo que afecta a un Consejero y al Presidente de la Comisión de Telecomunicaciones, mediante sentencia de 19 de enero de 2017 de la sala 3ª del Tribunal Supremo (TS), estimando el recurso planteado por estos dos consejeros cesados. La Sentencia se apoya en la respuesta a la consulta emitida por el TS, mediante Resolución del Tribunal de Justicia Europeo interpretando el artículo 3 apartado 3, bis de la Directiva Marco, en el sentido de no incluir como supuestos que puedan incluir el cese anticipado del mandato de Consejeros y Presidente el “*mero hecho de una reforma institucional consistente en fusionar una ARN (...) con otras autoridades nacionales de regulación para crear un organismo de regulación multisectorial*” (Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo, Sala Segunda, de 19 de octubre de 2016).

“El primero, que coincide aproximadamente con la aplicación actual en la práctica de la Ley del Sector Eléctrico en España, el Gobierno se fija como principal objetivo el control de la tarifa, como supuesto indicador visible del éxito del modelo adoptado. El segundo enfoque, por el que decididamente apuesta este Libro Blanco, centra la atención en el correcto tratamiento regulatorio de cada una de las actividades, del que se ha de desprender la retribución reconocida para cada una de ellas”. El diagnóstico señala, como problema regulatorio, al centro de la política energética de los diferentes gobiernos que han ocupado la Moncloa en los últimos veinte años: *el control de la tarifa*. La visibilidad social y mediática de las tarifas eléctricas, la aparente facilidad de ser manejadas desde el BOE y, por supuesto, el miedo de dejar que un sector concentrado y con no suficiente competencia pudiera provocar elevaciones de precios cuya responsabilidad se atribuiría en última instancia al gobierno de turno, pueden explicar, aunque no justificar, este afán de control.

Sebastián, M. (2015) recordando sus actuaciones como Ministro entre 2008 y 2011, expresaba que: “La energía no es un sector más. La energía es un input fundamental para toda la economía, para las empresas, para los consumidores domésticos y las administraciones. De hecho, para muchos sectores industriales, la factura energética representa una proporción de sus costes incluso superior a la de los costes laborales”. En enero de 2017, debido a la volatilidad alcanzada por los precios eléctricos, el Ministro Álvaro Nadal acudía al Congreso³² con el fin de explicar por qué los precios eléctricos habían alcanzado niveles cercanos a los 100 euros/MWh. En su comparecencia manifestaba la preocupación del gobierno ante la subida de los precios de la energía con las siguientes palabras: “...unos precios de la energía caros afectan al conjunto de los consumidores y, especialmente, al ser un bien de primera necesidad, a los consumidores que tienen un nivel de renta más bajo. Y, en segundo lugar, también afectan a la actividad económica y a la capacidad de creación de empleo...”. En ambos casos les faltó añadir: ¡como para dejar la determinación de tarifas, peajes y precios en manos de instituciones profesionales independientes!

A principios de la década de 1990, los Protocolos o acuerdos bilaterales entre empresas y gobierno constituían una herramienta habitual para la definición del marco regulatorio del sector eléctrico. Los precios se determinaban mediante un

³² Ver Comisión de Energía, Turismo y Agenda Digital (2017).

sistema de costes estándares reconocidos en los que el coste financiero y el valor y ritmo de amortización de los activos aportaban anualmente cierta flexibilidad. El gas natural estaba comenzando a penetrar en el mercado español, muy poco desarrollado en esos momentos en cuanto a infraestructuras, y el petróleo y sus derivados se explotaban, básicamente, bajo el monopolio de REPSOL al que se puso fin mediante la Ley 34/1992 de Ordenación del sector Petrolero. Tras la constitución de Iberdrola, mediante la fusión de Hidroeléctrica e Iberduero, el sector eléctrico español quedó configurado, básicamente, por cuatro empresas: IBERDROLA y ENDESA, cada una con un 40% aproximadamente de cuota de mercado y Unión Fenosa e Hidrocantábrico, conjuntamente, con el 20% restante. En diciembre de 1993 se firmó un Protocolo de intercambio de activos entre las empresas³³ que también firmó el Ministerio de Industria y Energía en el que se acordaron tres puntos: el régimen retributivo para los próximos años, la titulación de la deuda proveniente de la moratoria nuclear y el valor del intercambio de activos para reequilibrar las cuentas de las empresas más endeudadas. Las empresas eléctricas habían soportado de manera desigual el impacto de las devaluaciones de 1992 y 1993 debido a que tenían gran parte de su deuda en moneda extranjera y esta era la forma de repartir, de manera igualitaria entre empresas, el esfuerzo económico de aumentar la capacidad instalada. En este ambiente de sindicación de riesgos, la competencia sólo podría entrar con muchas dificultades.

La congelación de tarifas para 1996, se atribuyó por la prensa a que ese era un año electoral y el gobierno había realizado una maniobra estratégica para obtener votos³⁴. La reducción de tarifas de 1997, fue vendida como un éxito del recién estrenado gobierno del Partido Popular e incluso calificada como un “*hito histórico*” en el Congreso³⁵.

³³ ENDESA e IBERDROLA habían llegado, en verano de 1993, a un acuerdo de intercambio de activos por un valor de unos 105.000 millones de pesetas (básicamente los activos de Hidroeléctrica de Cataluña). Posteriormente, en virtud del Protocolo de diciembre de ese año, ENDESA, adquirió el 1% de Trillo y activos hidráulicos de FENOSA por 11.000 millones de pesetas. Cantábrico adquirió un 8,5% de Trillo e Iberdrola el 2,5%. Cantábrico, además adquirió activos de generación de FENOSA.

³⁴ Ver *ABC* de 13 de noviembre de 1995.

³⁵ Según palabras del portavoz del grupo popular, Landeta Álvarez-Valdés, en la Comparecencia de Presidente de la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional, en la Comisión de Industria, Energía y Turismo del 11 de marzo de 1997 (Sesión núm. 13).

A finales de 1995, la Comisión elaboró el primer informe sobre las tarifas para 1996 en el que se replicaba la metodología tradicionalmente utilizada por el Ministerio y proponía una reducción en media del 0,96% frente al 1,48% que se habían subido en 1995. El 28 de diciembre de ese año, el Gobierno aprobó la congelación de las tarifas. Cambia el Gobierno en los meses siguientes y, a principios de diciembre, el Ministro de Industria Josep Piqué ya anunciaba importantes reducciones de tarifas para los próximos años, exactamente del 8% en los siguientes cinco años, compatible con la liberalización acordada en el nuevo Protocolo, aún no firmado, pero ya en estado muy avanzado³⁶.

6.1. El Protocolo de 1996 y los CTCs

Los “Costes de Transición a la Competencia (CTCs)” nacieron en el Protocolo Eléctrico firmado entre el Ministerio de Industria y las empresas Iberdrola, ENDESA, Unión Fenosa, Sevillana y FECSA el 11 de diciembre de 1996 (el *Protocolo para el Establecimiento de una nueva Regulación del Sector Eléctrico Nacional*). En su punto 7, denominado Formación de Precios, se incluían como parte de los precios a pagar por los consumidores finales los CTCs compuestos por: a) una retribución fija de aproximadamente 1,7 billones de pesetas a percibir durante un periodo transitorio hasta 2007; b) Los costes asociados al stock estratégico de combustible nuclear y el tratamiento posterior de los residuos; y c) los costes asociados a la moratoria nuclear. Más adelante, en la segunda parte del Protocolo, en el punto 1.3 se afirmaba: “Las empresas firmantes del presente Protocolo percibirán durante el período transitorio una retribución fija, expresada en pesetas/kWh, que se calculará como la diferencia entre los ingresos medios de tarifa y el conjunto de costes recogidos en el apartado 7 del Acuerdo 1º, excepción hecha de esta retribución fija, a la que se hace referencia en el apartado 7 f)”. A esta retribución fija se le dio un valor máximo de 1.693.285 millones de pesetas³⁷. El cálculo se realizó mediante unas hipótesis de funcionamiento de las centrales de generación existentes y según pronósticos de demanda esperada, asumiendo que estas centrales, con la senda de evolución de tarifas acordada hasta 2001 y los precios de generación

³⁶ Ver *ABC* de 8 de diciembre de 1996.

³⁷ Esta cantidad fue posteriormente reducida en la Ley 50/1998 que modificó la DT 6ª de la Ley 54/1997 quedando en 1,44 billones de pesetas (8.664 M euros).

esperados e implícitos en las mismas, teniendo en cuenta la compensación de los CTCs, recibirían unos ingresos equivalentes a los que hubieran percibido según el marco regulatorio anterior (el denominado Marco Legal y Estable regulado en el RD 1538/1987 y al que se refiere la redacción inicial de la Ley 54/1997). Por último, el punto Segundo 1.6 recogía los porcentajes según los cuales se repartiría lo *recuperado cada año*³⁸ por la *retribución fija*.

El Protocolo definía los CTCs con una cierta confusión, al considerarlos una retribución (fija) que se repartía cada año según unos porcentajes constantes de una cantidad que anualmente se calculaba como diferencia entre las tarifas integrales reguladas de cada año y los ingresos de la generación, según los precios que hubieran resultado en el mercado. Esto es, una retribución fija que dependía de magnitudes variables. Esta confusión quedó cristalizada en la Ley 54/1997 LSE.

La Ley 54/1997, siguiendo el Protocolo, en su disposición transitoria sexta, reconocía la existencia de unos “*costes... de las sociedades titulares de instalaciones de producción de energía eléctrica*” por los que percibirían una “... retribución fija ...que se calculará como la diferencia entre los ingresos medios obtenidos por estas empresas, a través de la tarifa eléctrica, y la retribución reconocida para la producción en el artículo 16.1 de la presente Ley.” Los CTCs quedaron definidos como un derecho de las empresas a percibir una retribución fija cada año; pero su cálculo se hacía depender de magnitudes cuyo valor era incierto en el momento del año en que se aprobaban las tarifas. En efecto, a principio de año era imposible determinar la retribución fija porque se desconocían: 1) la generación producida por cada empresa; y 2) el precio al que se retribuiría esa generación en el mercado y que, además y en lo que superara las 6 pesetas/kWh (que era el precio que se había utilizado para realizar los cálculos iniciales), reduciría el importe máximo a recuperar o los CTCs pendientes de cobro. La Ley 54/1997, además, establecía 2007 como límite temporal para ejercer este derecho y la Ley 9/2001 lo amplió hasta el año 2010.

³⁸ Estos porcentajes eran: Iberdrola 21,7%; Endesa 28,6%; Unión Fenosa 10,3%; Sevillana 4,3%; Fecsa 8% y Elcogás 2,5%.

En los informes que la CSEN fue realizando acerca de los CTCs³⁹ y su regulación, se dejó constancia que establecer un importe preciso de las cantidades a recuperar era inconsistente con que determinadas magnitudes fueran inciertas y contingentes en el momento de anticiparlas. La liquidación de los CTCs, tal y como establecía el RD 2017/1997, se hacía como una diferencia entre el resto que quedaba después de quitarle a los ingresos de la tarifa la retribución al transporte y a la distribución y el valor de la energía realmente generada según los precios que habían tenido lugar en el mercado.

Este procedimiento tenía dos grandes problemas:

1. Un elevado nivel de incertidumbre que afectaba al valor total de CTCs a recuperar, lo que diferenciaba estos de la Moratoria Nuclear, que había sido un valor fijo. Mientras que para unos, los CTCs eran derechos a percibir unas cantidades determinadas, como en la moratoria nuclear, para otros, eran una cobertura para generadores y consumidores frente a la incertidumbre de los precios del mercado.
2. Fuera cual fuera el importe anual, cada año se repartía según unos porcentajes fijos. Cuando unas empresas obtenían un porcentaje o cuota del mercado mayorista inferior al porcentaje que se les había fijado de CTCs, sus estrategias de mercado quedaban distorsionadas, pues una vez fijadas las tarifas, sus ingresos, rompiendo toda lógica, eran mayores con unos precios bajos que con unos precios altos.

Como síntoma de estos problemas de definición inicial, el informe de la CNE (2003) sobre los CTCs cobrados, que se elaboró con el fin de mediar en la polémica entre ENDESA e IBERDROLA acerca de las cantidades recuperadas por cada empresa, manifestaba claramente que la única manera de concluir si se estaban cobrando CTCs de más o de menos era haciendo una “...revisión completa de todos los parámetros e hipótesis consideradas, cuya evolución podrá haber sido en direcciones contrarias” y que como muchas de estas hipótesis iniciales eran solo supuestos, tal revisión podría “provocar cambios en los resultados parciales de las empresas, e incluso en la cifra máxima inicialmente considerada” y, en consecuencia, que los porcentajes reales de reparto no coincidieran con los inicialmente definidos. Además, continuaba el Informe, “la metodología

³⁹ Ver CSEN (1998).

seguida contempló a nivel individual de cada una de las centrales, la cantidad de los CTC que les correspondía. A pesar de que esta información no consta en la citada Memoria Económica”.

Entre las principales recomendaciones del Libro Blanco de Pérez Arriaga y otros (2005) y en sintonía en este aspecto con la CNE⁴⁰, se propuso una reforma del régimen de CTCs consistente en determinar con precisión las cantidades pendientes de cobro, un procedimiento que eliminara las distorsiones sobre el mercado y un tratamiento del valor residual una vez finalizado el periodo transitorio de cobro de los mismos, lo que ciertamente no se había tenido en cuenta en los cálculos iniciales. Se proponía, ni más ni menos que acabar con las inconsistencias de su definición legal, lo que probablemente requería una revisión completa de esa misma definición.

6.2. Los orígenes del déficit de tarifa

Según el Real Decreto 2017/1997, que regulaba las liquidaciones del sistema eléctrico, los CTCs nacieron siendo el residuo o elemento de cierre que quedaba una vez que los ingresos por la facturación de las tarifas de un año, calculadas “a priori”, al finalizar el año anterior, se distribuían entre todos los costes y pagos reconocidos según avanzaba el año y las magnitudes previstas se iban convirtiendo en reales. Específicamente, estos costes incluían los que tenían destino específico como los denominados costes permanentes, los costes de seguridad de abastecimiento y compensaciones, los de transporte y los de distribución y, por supuesto, los de generación según volúmenes y precios de las compraventas en el mercado diario. La Ley 50/1998, con el fin de hacer posible la titulización de los CTCs dotándoles de mayor seguridad, consideró que “la retribución fija” tendría dos componentes, uno que se identificaba con un porcentaje determinado de los in-

⁴⁰ El propio Libro Blanco manifiesta esta sintonía al explicar que las múltiples referencias realizadas a la CNE tienen por objeto: “expresar la coincidencia de criterio del Libro Blanco con la opinión de la CNE, que ha sido abundantemente difundida en sus numerosas publicaciones. En particular, se ha de destacar el informe “Reflexiones sobre la situación actual del sector eléctrico”, de la Dirección de Energía Eléctrica de la CNE, de enero de 2005, que fue escrito con el expreso propósito de servir de apoyo a la elaboración de este Libro Blanco. En CNE (2000b) al definir aspectos que deberían ser regulados para realizar las liquidaciones de energía se contempla: “Clarificar como se imputa el exceso de precio sobre las 6 pesetas/kWh, dando coherencia a la nueva estructura empresarial con la situación inicial”.

gresos por tarifa y que pasaba a considerarse como un coste permanente y fijo, y otro variable que sería el resto y que nada impedía, si las magnitudes reales superaban a las previstas, que fuera negativo. Antes de la existencia de los CTCs estas cantidades negativas aparecían como coste reconocido en el año siguiente, incrementando así las tarifas del siguiente año. Pero con los CTCs simplemente modificaban las cantidades pendientes de recuperación y, en consecuencia, resultaban independientes de las tarifas del año siguiente. De hecho, este resto, ya en el primer año de su aplicación, en 2000, resultó ser una cantidad negativa. Había nacido el déficit de tarifa⁴¹.

En los cinco años siguientes al año 2000, ante la falta de adaptación de los activos a los fuertes crecimientos de la demanda observados en esos años, el análisis de la política tarifaria desde la Comisión se preocupó sobre todo de evitar retrasos en las inversiones programadas (en las redes de transporte eléctrico y de gas, en distribución y en generación)⁴². Durante este tiempo, la CNE reclamó un modelo tarifario objetivo que permitiera determinar, de manera automática y no discrecional, las tarifas eléctricas. En esta época aparecieron los primeros déficits de tarifas que se identificaron con subidas de los precios en el mercado mayorista por encima de los 36 euros/MWh, que se tomaban como referencia para el cálculo de los CTCs. En Congreso de los Diputados (2003b), el Secretario de Estado de Energía resumió perfectamente la poca relevancia que en esos años se asociaba al déficit de tarifas por parte de las autoridades regulatorias. Afirmaba rotundamente que: “Hoy, tal y como hemos hecho las cosas y las disposiciones, no tenemos por qué pensar que va a haber déficit en el futuro y en absoluto se está contemplando que haya reconocimientos en el futuro de déficit tarifarios”. Pero todo dependía de la adaptación de la realidad a las magnitudes (costes, precios y cantidades) previstas. En 2003 y 2004 el déficit resultó prácti-

⁴¹ En Gómez-Ferrer, R. (2003) se describe esta característica de los CTCs de la siguiente manera: “El problema que plantea la existencia de un déficit de ingresos, en la liquidación de las actividades reguladas, se ha solucionado por el ordenamiento jurídico imputando dicho déficit no a las actividades reguladas, sino a las empresas de generación receptoras de costes de transición a la competencia”. De esta manera, los déficits modificaban el importe de los CTCs pendientes de cobro por cada empresa, eludiendo así su efecto sobre las tarifas del año siguiente. Para entender la evolución del déficit en años posteriores hasta alcanzar los más de 25.000 millones de euros de 2014 que deberán ser pagados por las siguientes generaciones de consumidores (ver Sallé, C., 2012; Fabra, J. y N. Fabra, 2012; y Espinosa, M.P., 2013).

⁴² Ver el informe CNE (2002).

camente inexistente y cuando se disparó y comenzó a ser crónico e incontrolable fue a partir de 2005.

Del 2005 a 2011 el déficit tarifario adquirió un carácter explosivo, debido tanto al uso anti-inflacionista de las tarifas, gracias a la flexibilidad incorporada por los CTCs, como al desbordamiento de los costes reales ante la superación de los límites de autorización y de financiación anuales previstos de las instalaciones de generación renovable, según lo establecido primero en el RD 436/2004 (que dotaba al régimen especial de unas primas generosas para incentivar las inversiones, sin limitar cantidades) y después en el Real Decreto 661/2007 (que moderó las primas anteriores pero fue incapaz de imponer un límite efectivo a la cantidad de potencia que se autorizaba cada año). En 2008, el déficit alcanzaba tales niveles que la CNE propuso en octubre una subida de tarifas del 30 por ciento para poder controlarlo⁴³. Miguel Sebastián, ministro entonces de industria y energía, respondía a esta propuesta afirmando que “La CNE hace informes muy variopintos y este, sin duda, es uno de ellos”⁴⁴. Por si había alguna duda, el déficit era ya, con esta dimensión, un problema eminentemente político que el Gobierno no quería, o no podía, o no debía, dejar en manos de otra institución. Miguel Sebastián (2015) razonaba: “Resulta evidente que el déficit tarifario no podía resolverse a partir de subidas adicionales significativas de la tarifa. Y ello no sólo por el problema social y político que supone tener la segunda tarifa eléctrica más elevada de la unión Europea (...), sino por el mencionado impacto sobre la competitividad de la industria”.

El problema de los millones de euros que cada año (el flujo) incrementaban la deuda acumulada por déficits anteriores (el stock), se intentó frenar mediante dos reales decretos en 2009 y 2010⁴⁵, pero no se detuvo realmente hasta la publicación del Real Decreto Ley 13/2012 de 30 de marzo y de la Ley 24/2013 de 30 de diciembre del Sector Eléctrico. A partir de 2013, el flujo del déficit se consiguió reducir en unos 7.000 millones de euros/año (5.000 de los ingresos de las empresas eléctricas con generación tradicional y 2.000 de la retribución a las renovables), recortando los ingresos esperados de tarifas, peajes y cargos re-

⁴³ Según datos de la CNMC, la potencia instalada en energías renovables, entre 2007 y 2009, creció un 30,25% y el conjunto de retribuciones (pagos de distribuidores más ventas en el mercado) un 96,32% (unos 4.500 millones de euros más cada año).

⁴⁴ Extraído de *ABC* del 8 de noviembre de 2008.

⁴⁵ El Real Decreto Ley 6/2009 y el Real Decreto Ley 14/2010.

gulados⁴⁶ para adaptarlos a los flujos reales que se obtenían con el nivel de tarifas existentes. La deuda acumulada a finales de 2012, el stock de déficit, superaba los veintiséis mil millones de euros⁴⁷.

6.3. El bono social

El déficit de tarifa puso de actualidad la necesidad de avanzar en la liberalización de precios y en la protección a los consumidores vulnerables para evitar que estos fueran los que soportasen la mayor carga derivada de la eliminación del déficit. En consecuencia y con esta triple finalidad, el 30 de abril de 2009 el gobierno aprobó el Real Decreto Ley 6/2009, cuyo artículo 2 contemplaba el nacimiento del denominado bono social como un subsidio a pagar por los generadores de energía eléctrica con destino a cubrir la diferencia entre el valor de la Tarifa de Último Recurso (TUR)⁴⁸ y un valor de referencia, que se denominó tarifa reducida y que aprobaría, posteriormente, el gobierno. A este subsidio tendrían derecho los consumidores con una potencia contratada inferior a 3 kW, las familias numerosas, los pensionistas con pensión mínima, así como los mayores de 60 años y titulares de pensiones no contributivas de invalidez.

Contra la Resolución que desarrollaba lo establecido en el Real Decreto Ley, y que como todo Real Decreto Ley no había sido informado por la Comisión, el 18 de junio de 2009 la CNE aprobó uno de los pocos informes emitidos calificados como totalmente desfavorables a la propuesta de Resolución para la aplicación del bono social. En CNE (2009) se criticó el criterio de asignación, al no apoyarse en la renta familiar, el procedimiento de liquidación, que implicaba a los comercializadores de energía y el mecanismo de solicitud del bono: “Esta Comisión insiste en lo manifestado en sucesivos informes: la ayuda no debía suponer una minoración directa de la factura por el suministro eléctrico, con ob-

⁴⁶ Estas son las cifras con las que el Ministro Álvaro Nadal describe la contención del déficit tarifario en la comparecencia en la Comisión de Energía, Turismo y Agenda Digital, de 26 de enero de 2017.

⁴⁷ Según la Exposición de Motivos de la Ley 24/2013.

⁴⁸ Esta tarifa TUR sustituyó, a partir de 1 de julio de 2009, y según el Real Decreto 495/2009, a las tarifas tradicionales exigidas por los distribuidores. De esta fecha en adelante la TUR era exigida a los consumidores por los Comercializadores de Último Recurso y se fijaba de forma aditiva considerando los costes reconocidos y, entre ellos: “el coste de producción de energía eléctrica, que se determinara, al menos semestralmente, con base en los precios de los mercados a plazo”.

jeto de que los consumidores reciban una señal de precio adecuada”. Pero puesto que no le correspondía comentar lo ya establecido en el Real Decreto Ley, no se pronunció en contra del criterio de financiación del bono social que debía ser sufragado por las empresas con instalaciones de generación del sistema eléctrico.

En julio de 2013, el gobierno remitió a la CNMC el Anteproyecto de Ley del Sector Eléctrico modificando algunos aspectos del bono social. En CNMC (2013) se informa sobre el Anteproyecto y, respecto al bono social, se exige que su importe conste explícitamente en la factura (modificando el art 17.7) e insiste, respecto al artículo 54, en vincular la definición de consumidor vulnerable a criterio de renta del beneficiario. Pero no hace objeción alguna al criterio de financiación que el artículo 45 dirigía a las matrices de los grupos de sociedades o, en su caso, sociedades que desarrollen simultáneamente las actividades de producción, distribución y comercialización de energía eléctrica. La sentencia de la sala Tercera del Tribunal Supremo, de 24 de octubre de 2016, declaró inaplicable el régimen de financiación del bono social establecido en el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, por resultar incompatible con la Directiva 2009/72/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE⁴⁹.

El fin de la TUR y el nacimiento del Precio de Venta al Pequeño Consumidor o PVPC

Controlado el problema del déficit, y puesto que el tercer paquete de Directivas obliga a los Estados miembro a dar las competencias para la determinación de tarifas o para la aprobación de su metodología a la ARN, y que esta compe-

⁴⁹ El Real Decreto Ley 7/2017, desarrollado por el Real Decreto 897/2017 de 6 de octubre, adaptan la regulación del bono social a esta sentencia y, en particular, define la financiación del bono social como una prestación patrimonial de naturaleza pública que por razones de servicio público recaen obligatoriamente sobre las matrices de los grupos de sociedades que desarrollen la actividad de comercialización de energía eléctrica, o por las propias sociedades que así lo hagan si no forman parte de ningún grupo societario. También contempla las definiciones de consumidores vulnerables, vulnerables severos y consumidores con riesgo de exclusión social. Este último Real Decreto ha sido informado por la CNMC en su informe CNMC (2017).

tencia venía siendo reclamada reiteradamente por las sucesivas Comisiones⁵⁰, el año 2013 hubiera sido un buen momento para situar estas competencias en la ARN. Pero con el cambio de gobierno en 2012 este reconocimiento de competencias en la aprobación de tarifas y peajes se ralentizó una vez más. El ministro Álvaro Nadal, en su comparecencia en la Comisión del Congreso de enero de 2017 y en respuesta a la solicitud de la portavoz del Partido Socialista para que explicara su posición ante el dictamen motivado remitido por la Comisión de la UE al Gobierno español en septiembre de 2016, instándole a cumplir plenamente lo dispuesto por las Directivas y Reglamentos Europeos, afirmó: “Si ustedes quieren que estas Cortes Generales no digan nada de cómo se fijan las tarifas, es decir, los peajes, esa parte fija del recibo, y que todo lo lleve la CNMC, pues bien, pero yo pienso que hay un espacio para la soberanía nacional en la fijación de las tarifas, es decir, de la parte fija del recibo de la luz. Yo creo que las Cortes Generales y el Gobierno tienen mucho que decir sobre eso (la portavoz socialista señora Lucio Carrasco apuntó: “y sobre la variable también”). Ahora, si ustedes piensan que no y que todo lo tiene que hacer la CNMC, es también una postura, pero a mí me parece muy extrema y que es algo que no ocurre en ningún país de Europa. Lo digo como un elemento adicional”.

El Real Decreto Ley 13/2012 de 30 de marzo, que adapta la legislación eléctrica española a lo estipulado por la Directiva de 2009, determinaba que la ARN establecería la metodología de las tarifas o peajes de transporte y distribución, pero que estas serían aprobadas por el Ministro previo informe de la Comisión Delegada para Asuntos Económicos, aunque mantenía transitoriamente, y hasta que esta metodología fuera aprobada, la competencia del Ministerio para su aprobación en los términos contemplados en la Ley 54/1997 del sector Eléctrico y en la Ley 34/1998 del sector de Hidrocarburos; esto es, sin necesidad de sujetarse a la metodología aprobada por la ARN. La Ley 3/2013, de creación

⁵⁰ La competencia para establecer esta metodología amparándose en argumentos de seguridad jurídica había sido reclamada desde las ARN en años anteriores, en particular, Pedro Meroño trece años antes, en 1999, en su comparecencia en la Comisión de Industria, Energía y Turismo el 28 de septiembre manifestó: “parece imprescindible ganar seguridad jurídica y tener un reglamento de metodología de fijación de la tarifa”.

de la CNMC y la Ley 24/2013 del Sector Eléctrico⁵¹ situaron en la CNMC las competencias para establecer mediante circular la metodología para el cálculo de los peajes de acceso a las redes de transporte y distribución. La Circular 3/2014 de la CNMC definió en detalle esta metodología, lo que implicaba, según Serrano M. (2014) que la Comisión asumía “el ejercicio (...) de una de sus funciones más relevantes”. Pero poco después de su publicación, la Disposición Final Cuarta de la Ley 32/2014⁵² de Metrología (...sí, sí, el lector ha leído bien: de Metrología) rectificaba la legislación anterior y atribuía al gobierno la competencia para establecer “la estructura y condiciones de aplicación de los peajes de acceso a las redes”.

Téngase en cuenta que además de los peajes, los precios que pagan los consumidores finales contienen una serie de “cargos”⁵³ que incluyen los costes de generación regulados, las primas a renovables y otros conceptos, como el cargo al autoconsumo por *otros servicios al sistema*⁵⁴. En línea con otros informes, en CNMC (2015) se reitera que: “No parece apropiado que se presente este Proyecto en tanto no se ha establecido aún por el MINETUR una metodología de cargos cuya definición condiciona, en gran medida, todo desarrollo reglamentario vinculado al autoconsumo y considera que la definición de una metodología de cargos coherente con la de peajes constituye un prerequisite imprescindible para la consolidación de una necesaria normativa estable sobre la figura del autoconsumo”.

Esta situación ha provocado la remisión de un dictamen motivado de la Comisión Europea al Gobierno español por incumplimiento de la legislación de la UE en cuanto a competencias de la ARN, en aprobación de tarifas y peajes. Por ello, la CNMC en su informe a la Orden Ministerial de Tarifas para 2017 afirmaba: “... se hace necesario que, de forma urgente, se proceda a aprobar las mo-

⁵¹ El artículo 16.1.a) establece: “El Ministro de Industria, Energía y Turismo, previo Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, dictará las disposiciones necesarias para el establecimiento de: a) Los precios de los peajes de acceso a las redes de transporte y distribución, que se establecerán de acuerdo con la metodología establecida por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia....”.

⁵² En la exposición de motivos no aparece explicación alguna acerca de esta Disposición Final.

⁵³ Según denominación del artículo 16 b) de la Ley 24/2013.

⁵⁴ Artículo 18 del Real Decreto 900/2015.

dificaciones legislativas necesarias para adecuar las competencias de la CNMC en línea con las que tienen el resto de reguladores europeos”.

En 2014, después de haber decidido anular la subasta de energía del último trimestre de 2013 para el suministro a los Comercializadores de Último Recurso al entender que el precio había resultado excesivo⁵⁵, el gobierno aprobó el Real Decreto 216/2014 con la metodología de cálculo de los precios voluntarios al pequeño consumidor de energía eléctrica y su régimen de contratación, eliminándose las TUR. Durante 2014, transitoriamente se fijó un precio según los indicadores de los mercados a plazo para establecer las TUR.

El informe de la CNMC (2014) sobre el RD 216/2014, afirmaba: “esta Comisión, y en particular esta Sala de Supervisión Regulatoria, no puede desconocer los beneficios derivados de la liberalización de los mercados en favor de los destinatarios finales, como por ejemplo ha ocurrido en el sector de las telecomunicaciones, y por tanto, debe pronunciarse sobre la conveniencia de reducir progresivamente el ámbito de aplicación del PVPC⁵⁶”. Y más adelante señalaba: “esta Comisión considera que la principal dificultad para la entrada de nueva comercialización libre no está tanto en la existencia de un precio de referencia para el pequeño consumidor, sino fundamentalmente en la estructura verticalmente integrada en los principales grupos del sector de la actividad de generación, distribución y comercialización”. El *unbundling* exigido desde las instancias europeas se refería a la separación entre actividades que por su propia naturaleza constituyen monopolios naturales del resto de actividades que, como la comercialización y la generación, se realizan bajo un régimen de competencia. La CNMC olvidaba en este informe anteriores posturas en defensa de la contratación a plazo como medida para fomentar la competencia.

Desde los comienzos de las ARN en energía, la política tarifaria ha sido ejercida básica y directamente por los distintos gobiernos de turno, haciendo prácticamente innecesaria, en esta área, la existencia de una institución independiente del gobierno e incumpliendo lo establecido en las Directivas y Reglamentos

⁵⁵ El informe de la CNMC justifica en una serie de “circunstancias atípicas”, ninguna de ellas susceptible de expediente sancionador, el que la subasta se realizara “bajo una escasa presión competitiva”. Estas circunstancias dieron lugar a que los precios alcanzaran los 61,83 euros/MWh en el producto carga base trimestral.

⁵⁶ El PVPC es el Precio de Venta al Pequeño Consumidor.

europeos. La regulación de los CTCs, los déficit de tarifas, el bono social, los distintos intentos de subastas y la aparición del PVPC han constituido casos evidentes de regulación reactiva carente de la oposición que hubiera aportado un sistema independiente y profesional de controles y equilibrios.

7. LOS INFORMES SOBRE FUSIONES Y ADQUISICIONES

Si el Parlamento y el Gobierno han entendido que la aprobación de tarifas, peajes y precios es una actividad que no puede dejarse en manos de instituciones independientes, por análogas e incluso reforzadas razones, entenderían que autorizar propuestas de fusión y adquisición, con fuerte incidencia sobre la estructura de un sector relevante, como el sector de la energía, deberían también situarse en sede fundamentalmente política. Los informes, tanto de la ARN de energía como del Tribunal de Defensa de la Competencia (TdC), en materia de concentraciones, y tanto en virtud de posibles riesgos sobre actividades reguladas como de defensa de la competencia, nacieron y se mantienen como informes preceptivos y no vinculantes.

El primer informe que en 1995 realizó la CSEN, se emitió con referencia a un pacto entre el Banco Central Hispano y ENDESA en función del cual, además de otros acuerdos en materia de telecomunicaciones, el BCH entraba en el capital de ENDESA y ambos creaban al 50% una sociedad tenedora de acciones de UEF⁵⁷. La CSEN consideró que era competente para autorizar esta operación por tratarse de transacciones que implicaban una “movilización de recursos significativa que alteraba los riesgos de ENDESA”. Los riesgos principales provenían de los efectos de este pacto sobre la competencia en el sector eléctrico. La Comisión entendió que esta operación suponía un aumento del control de ENDESA sobre UEF y, por tanto, una *disminución en el número de competidores potencialmente activos en el mercado español* e informó proponiendo que no se modificara el *statu quo* actual. El 1 de diciembre de 1995, el consejo de la CSEN aprobó el acuerdo BCH-ENDESA condicionado “...al pleno respeto de la independencia operativa de Fenosa, no pudiendo ENDESA nombrar nuevos consejeros en aquella compañía que, por sus responsabilidades, impidan

⁵⁷ Ver CSEN (1995). El informe se realiza en aplicación del artículo 14.5 de la LOSEN, artículo que le daba competencia para “aprobar” las participaciones de empresas eléctricas en “...cualquier entidad que realice actividades de naturaleza mercantil”.

la citada independencia”. Admitida la condición por ENDESA, se inició, por la Comisión, la práctica de autorizar operaciones corporativas siempre que se cumplieran determinadas condiciones en favor de la competencia.

Los primeros informes que recogieron la posición de la Comisión en materia de defensa de la competencia se referían a informes remitidos al TdC y que se elaboraban generalmente bajo petición del mencionado Tribunal. Intentando mitigar una estructura sectorial oligopolística, CSEN (1996) informaba acerca de las consecuencias para la competencia de las distintas alternativas existentes en la privatización de ENDESA. Consideraba que: “La opción de acumular las participaciones en una sola entidad y poner esta en manos privadas significaría la destrucción del tejido empresarial, hoy bajo control público ya que, aunque hoy se mantengan separadas, en cuanto se produzca la privatización el inversor privado optará por fusionar las empresas eléctricas bajo su control para ahorrar costes y controlar mejor sus acciones. Esta opción retrasaría tanto el desarrollo de una competencia efectiva como los beneficios en términos de menores precios que esta conlleva”. En octubre de ese mismo año, y como muestra de que entre los objetivos de la futura privatización de ENDESA no se encontraba especialmente el de orientarla hacia la promoción de la competencia, el gobierno anunció una OPA de ENDESA sobre el 75% de FECSA y Sevillana. La CSEN aprobó la operación pero hizo firmar a FECSA, Sevillana y ENDESA un acuerdo comprometiéndose a no atentar, en ningún momento, contra el artículo primero de la Ley de Defensa de la Competencia.

En este segundo quinquenio de los años noventa, y a partir del primer paquete de Directivas de electricidad y gas⁵⁸, empezó a cuestionarse en Europa la pequeña dimensión de las empresas energéticas europeas, hasta entonces casi todas ellas monopolios públicos. En España, en múltiples ocasiones, los partidos mayoritarios habían manifestado su inclinación a buscar la consolidación de “campeones nacionales” con el fin de formar empresas capaces de competir en el mercado europeo integrado al que se apuntaba desde las mencionadas Directivas. En una de las primeras comparecencias del presidente de la CSEN en la Comisión de Industria, Energía y Turismo del Congreso, el Portavoz del PP le contestaba afirmando que “...nosotros no vemos precedente incluir medidas

⁵⁸ Directiva 96/02/CE sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y Directiva 98/30/CE sobre normas comunes del mercado interior del gas natural.

para la reestructuración dentro del mismo y evitar la concentración, dado que impediría la formación de grupos competitivos a nivel europeo⁵⁹. Conseguir un mayor tamaño y mantener la integración de actividades que era permitida por las Directivas en vigor (fundamentalmente separación jurídica de la distribución y separación jurídica y económica del transporte), eran básicos, según la opinión política dominante, para competir en Europa. Esta opinión, estaba también consolidada en los Estados-miembro más influyentes de la Europa Continental, lo que provocó que a principios de los años 2000 se observaran 35 operaciones corporativas de consolidación en el mundo de la energía⁶⁰. La fiebre de adquisiciones y fusiones, primero entre empresas de cada Estado-miembro y después entre empresas de distintos Estados-miembro, se mantuvo durante la primera década siguiente al año 2000, incrementando el nivel de concentración de los sectores eléctrico y gasista en Europa⁶¹.

En España, la Comisión Nacional de la Energía (CNE) regulada por la Disposición Adicional Undécima de la Ley 34/1998 del Sector de Hidrocarburos, acababa de sustituir a la CNSE y entre sus competencias, que se definían en su apartado tercero, estaba la de autorización de procesos corporativos en las funciones catorce (valoración de los riesgos en actividades reguladas y que ya estaba en el artículo 8.1 decimoquinta de la LSE) y, como novedad, la quince (valoración desde la perspectiva de sus efectos sobre la competencia).

De esta época es el informe CNE (2000) sobre la toma de control de Hidroeléctrica del Cantábrico por parte de Unión Eléctrica Fenosa. El informe se realizó en respuesta al escrito de petición remitido por el Vicepresidente Segundo y Ministro de Economía y Hacienda y de acuerdo con lo establecido en la función decimoquinta, por sus efectos sobre la competencia. En este informe, la Comisión no anticipó problemas serios de competencia, pues la nueva em-

⁵⁹ Congreso de los Diputados (1997).

⁶⁰ Condognet, Glachant, Levêque and Plagnet (2002) registraron en sólo dos años (2001 y 2002) 35 operaciones tanto de ámbito nacional como transnacional en los Estados-miembro. Entre las más importantes estaban, la constitución de EoN mediante la fusión de VEBA y VIAG, las sucesivas de EdF con London Electricity y la de EdF con EnBW, así como la constitución de Céntrica a partir de British Gas y ENRON. En estos años, en España, tenemos que contar la de EdP con HidroCantábrico en 2002 y la fallida fusión de ENDESA e Iberdrola.

⁶¹ Este proceso se estudia y se describe en Levêque y Monturus (2008).

presa tendría un tamaño aún menor que el de los grandes competidores en el mercado doméstico (ENDESA e Iberdrola). El TdC, sin embargo, emitió un informe contrario a la operación al considerar imprescindible el mantenimiento del número de operadores en el mercado eléctrico español. Dentro del Consejo de HC, Cajastur y TXU se opusieron a la misma. La decisión del Gobierno siguiendo el informe del TdC, y que según la prensa de la época “cogió por sorpresa al sector”⁶², ignoró la argumentación de la CNE en virtud, de que *cuatro operadores en el mercado eran mejor que tres*, y no autorizó la operación. Una parte de la prensa apuntó a desavenencias políticas dentro del Partido Popular en torno a si, como defendía Álvarez Cascos y el PP del Principado, se debía garantizar una empresa de ámbito asturiano o si, como defendían Fraga y la familia Rato, se debía buscar una empresa de mayor tamaño mediante la integración con Unión Eléctrica Fenosa⁶³. Lo cierto es que el gobierno ignoró los argumentos de la CNE.

En septiembre del año 2000, comenzaron a escucharse rumores de una posible fusión entre ENDESA e Iberdrola, justificada, como nuevo argumento, por la necesidad de defenderse ante posibles operaciones hostiles de empresas extranjeras⁶⁴. Siguiendo la práctica ya utilizada en la operación de UEF con HC, el 25 de octubre del 2000 entró en la CNE el escrito de petición de informe cursado por el Vicepresidente Segundo del Gobierno, en virtud de lo establecido en la función quince de la Ley 34/1998, con el fin de valorar la fusión. En su informe CNE (2000b) y tras reconocer que la operación descrita por las empresas era “abierta” e “indefinida” porque las empresas notificantes han planteado una operación en la que no definen actuaciones concretas y necesarias para que la operación pueda considerarse realmente existente, al tiempo que establecen una serie de condiciones autoimpuestas para cuando llegue el momento de realizar las citadas concreciones, se autodefinía como el primero de una serie de informes que se irían emitiendo según la propia operación se fuera perfilando y según las empresas reaccionaran a las consideraciones y nuevas condiciones en ellos aportadas. Como conclusión, se afirmaba que la Comisión *considera que la operación objeto de informe puede suponer una mejora en la situación de competen-*

⁶² ABC de 27 de mayo de 2000.

⁶³ Ver el artículo publicado en *El País* por Javier Cuartas el 18 de marzo de 2001.

⁶⁴ Ver ABC de 23 de septiembre de 2000. También en estas fechas se anuncia una posible OPA de REPSOL sobre Iberdrola, en ABC de 26 de octubre de 2000.

cia actualmente existente en el mercado eléctrico. En consecuencia con lo anterior, acuerda subordinar el informe favorable sobre la operación de concentración consistente en la fusión de ENDESA e Iberdrola a la observancia de las condiciones que siguen. Y se proponía que ambas compañías presentaran un plan de cesión de activos al que la Comisión respondería aprobándolo o proponiendo que se introduzcan las modificaciones que se consideren oportunas para el eficaz cumplimiento de los condicionantes establecidos. Se proponía también crear una Sociedad Gestora de los activos a desinvertir y un Gestor Independiente para la gestión de la distribución en la parte que excediera del límite del 41% de cuota de mercado⁶⁵.

El informe CNE (2000b) contemplaba también que en la enajenación que proponía de los activos de generación estos llevaran incorporados los CTCs correspondientes que les habían sido reconocidos en 1997 y que si aflorasen plusvalías “sería adecuado que estas se empleasen para disminuir los CTC pendientes de cobro de cada instalación”. Martín Villa, presidente de ENDESA en esos momentos, junto a un equipo de altos ejecutivos de ENDESA, tuvo una reunión en la CNE en la que explicó el interés de varios grupos empresariales por adquirir los activos que se pondrían a la venta para cumplir las condiciones de la CNE y manifestó su preocupación por el tratamiento a dar a los CTCs, cuya recuperación consideraba fundamental para garantizar la fusión⁶⁶. Javier Herrero, primer ejecutivo de Iberdrola, consideraba, no obstante, en diciembre de 2000, que las condiciones apuntadas por la CNE, imponiendo como límite de la generación el 45% y de la distribución el 41% hacían inviable la fusión⁶⁷.

El informe del TdC que llega al gobierno entendía que la posición de dominio que se crearía tras la fusión, justificaría que la misma se declarara improcedente, aunque cabría su autorización si se cumplieran ciertas condiciones que en general eran algo más duras que las definidas por la CNE, pero similares.

⁶⁵ Los límites al crecimiento en generación se habían incorporado a la Ley 54/1997 por el Real Decreto Ley 6/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de intensificación de la competencia en mercados de bienes y servicios.

⁶⁶ *ABC* de 21 de noviembre de 2000 y *ABC* de 23 de noviembre de 2000.

⁶⁷ *ABC* de 21 de diciembre de 2000.

El Consejo de Ministros, del 2 de febrero de 2001, aprobó la fusión con condiciones, en línea con lo establecido por la CNE y por el TdC. A principios de la semana siguiente, las empresas anunciaron que abandonaban su proyectada fusión y, el 6 de febrero, el Vicepresidente, Rodrigo Rato, intervino en la Comisión de Economía y Hacienda para informar de la decisión negativa adoptada y manifestó que “las condiciones planteadas por el Gobierno eran las que los propios organismos independientes nos habían planteado; unas condiciones que, en mi opinión y como es natural, esta es una cuestión discutible, no deberían haber sorprendido a las empresas”. El Vicepresidente se extrañaba que las empresas manifestaran sorpresa por las condiciones que se pretendían imponer, lo que hace suponer que el gobierno no esperaba la negativa de estas a continuar con el proceso de fusión. Como contestó en esa misma sesión, Jordi Sevilla, portavoz entonces del Partido Socialista, “si usted hubiera sabido con certeza el viernes que los consejos de administración no iban a aceptar la fusión, ¿no habría preferido proponer al Gobierno que tampoco la aceptara el Gobierno?”⁶⁸.

Extrañado también quedó el gobierno⁶⁹ cuando el 10 de marzo de 2003 se presentó la OPA de Gas Natural sobre el 100% del capital de Iberdrola. El Consejo de Administración de Gas Natural aprobó la operación con siete votos a favor (los Consejeros de la Caixa, Caixa Catalunya, Suez, un independiente y el Consejero Delegado) y cinco en contra (los de REPSOL, BBVA, BBK y un independiente). La OPA fue declarada hostil por el Consejo de Iberdrola. En este caso, y marcando un cambio de línea respecto a las aprobaciones con condiciones que habían prevalecido hasta entonces, CNE (2003) rechazó la operación propuesta por Gas Natural en base a los peligros que generaba la operación sobre las actividades reguladas. Estos peligros se describieron como:

1. Posible recorte en las inversiones futuras requeridas para la actividad de distribución de energía eléctrica (222 millones de euros).
2. Posible transferencia de rentas de las actividades reguladas a las actividades en competencia. Afirmaba el informe que “pudiera suceder que las decisiones de expansión estuvieran guiadas, prioritariamente, por el propio interés económico y no por los objetivos de desarrollo de las infraestructuras”.

⁶⁸ Congreso de los Diputados (2001a).

⁶⁹ Ver *ABC* del 11 de marzo de 2003.

3. La integración de actividades de distribución de gas y de distribución de electricidad en una única empresa se consideraba que podría provocar un desarrollo no homogéneo de las redes y reducir la transparencia.
4. Desde el punto de vista financiero, la OPA se rechaza porque la necesidad de recurrir a financiación externa, que dependerá del valor obtenido en la enajenación de los activos propuesta obviamente es contingente e incierta.
5. En contra de lo acordado hasta ese momento, desde el caso del BCH y ENDESA, se rechaza la imposición de condiciones porque: “el problema que se plantea con la imposición de estas condiciones es el de su eficacia real, sobre todo en caso de incumplimiento de las mismas una vez que se haya consumado la OPA, pues en ese momento la operación resulta prácticamente irreversible”.

El 6 de mayo de 2003, Gas Natural retiraba la OPA. El periodista García Hoz resumía la confusión que, al hilo de esta resolución de la CNE, entre todos se estaba creando en la regulación energética: “Fieles al gran eslogan de la explosión turística, España es diferente. Se reclama liberal, anuncia el comienzo del gran triunfo de las fuerzas del mercado, reitera el papel secundario del Gobierno en la vida empresarial... para luego practicar lo contrario; peor aún: lo aleatorio, porque unas veces hace lo contrario y otras lo contrario de lo contrario”. García Hoz atribuía gran parte de este lío a la identificación entre la Caixa y la Generalitat propia de “esa turbia tierra de nadie que, entre política y empresa, constituyen las cajas españolas en su actual configuración”. En el Congreso de los Diputados (2003) el portavoz del Partido Popular defendió la coherencia de la postura de la Comisión afirmando que “en Unión Fenosa y en Hidrocantábrico se dijo no a la fusión, que en ENDESA e Iberdrola se impusieron condiciones tan duras que supuso no a la fusión, que en este caso también se ha decidido no a la fusión”. Con relación a los informes de la Comisión, el portavoz del PNV preguntaba a Pedro Meroño “Lo que me ha sorprendido es lo que usted nos ha dicho: que si ponemos condiciones a esa OPA, la Comisión Nacional de Energía no es capaz de hacer un seguimiento del cumplimiento de estas condiciones. Me ha parecido sorprendente, sin entender casi nada de estas cuestiones energéticas. Remataba su intervención afirmando que ha habido una decisión política previa y que el miedo del Partido Popular o del Gobierno era perder cierta cuota de poder en algunas grandes empresas españolas”. Pero las acusaciones de politización en el caso Gas Natural-Iberdrola fueron livianas comparadas con las que se iban a producir en la OPA siguiente, la de Gas Natural sobre ENDESA.

En Europa, el movimiento de consolidación empresarial continuaba. EdF realizó 24 operaciones corporativas entre 2000 y 2006; EoN una cifra equivalente, incluyendo la operación de Rhürgas, una vez que el Gobierno alemán diera la vuelta a la no autorización de la misma por la autoridad alemana de competencia. También en febrero de 2006 comenzó la OPA de ENEL sobre Suez que inmediatamente es contestada por el gobierno francés proponiendo la privatización de Gaz de France y su fusión con Suez. En septiembre de 2007, y tras un proceso de discusión y aprobación de condiciones con las autoridades comunitarias de competencia, la fusión de GdF y Suez se llevó a cabo. El Estado francés mantuvo el 35% del nuevo grupo⁷⁰. En medio de todo este ambiente en Europa, y con los antecedentes anteriormente descritos en España, durante el verano de 2005 desde REPSOL (donde Brufau había sustituido a Cortina), contando con La Caixa y GN se decidió que era el momento propicio para lanzar una nueva OPA, en esta ocasión sobre ENDESA.

La fallida OPA de GN sobre IBD probablemente dejó en el equipo de la Caixa y GN la idea de que no convenía sorprender al Gobierno con operaciones inesperadas. Montilla, al poco tiempo de su nombramiento como Ministro de Industria, ya había realizado alguna declaración en defensa de los campeones nacionales que fueron levemente criticadas por el todavía presidente de la CNE, Pedro Meroño⁷¹. En mayo, la prensa anticipaba ya una posible operación entre Gas Natural y ENDESA⁷². El 2 de junio de 2005, Montilla propuso a Maite Costa como presidenta de la CNE. El 26 de julio, el Ministerio recibió el Libro Blanco de Pérez Arriaga y otros (2005) y a la vuelta de las vacaciones de verano, el 4 de septiembre, se presentó públicamente la OPA de Gas Natural sobre ENDESA. Esta última la consideró hostil y durante el año y medio siguiente, al menos ante los medios de comunicación, prácticamente no hubo más política energética que la contenida en el conjunto de actuaciones de la Comisión y del Gobierno en relación a esta OPA. Se vieron involucrados y se pronunciaron, desde el FMI, hasta los sindicatos de trabajadores de la CNMC, pasando por las instituciones Europeas (Comisión, Parlamento, Tribunal Europeo), los

⁷⁰ Números y descripción de operaciones extraídos de Levêque y Monturus (2008).

⁷¹ *ABC* de 11 de marzo de 2005.

⁷² Por ejemplo, Caja Madrid pide un vicepresidente y dos consejeros en ENDESA, previendo posibles movimientos accionariales y prometiendo subir su participación en el capital del 9 al 10 % (ver *ABC* del 5 de mayo de 2005).

tribunales españoles, el Congreso de los Diputados, el Senado, y, por supuesto la CNE y los órganos de competencia.

La reacción del Consejo de Administración de ENDESA y, en particular, de su presidente Pizarro fue contundente. La evolución del valor de la acción (que pasó de unos 18 euros en el momento de lanzar la OPA a cerca de 50 euros en el momento de su terminación) pragmáticamente daría la razón a Pizarro, pero las razones que se exhibieron en lo que duró el proceso frente a tribunales, órganos de regulación, gobierno e instituciones europeas fueron de todo tipo y condición: procesales, económicas, políticas, regulatorias, en defensa del mercado único, en defensa de los accionistas, en unos casos a favor de la competencia y en otros a favor de los campeones nacionales. Según Maite Costa en Congreso de los Diputados (2006), los servicios técnicos de la Comisión tuvieron que elaborar para esta OPA *74 informes, 59 de la función 14 y 15 de la función 15*.

La CNE abordó la elaboración de sus informes en un clima en el que una gran parte de los medios de opinión veían la OPA como una maniobra política para la expansión de los catalanes y ganar poder económico en el resto de España (recordemos que durante estos meses se aprueba el Estatut de Catalunya tras un complicado y largo proceso de negociación a varias bandas, tanto en el seno del Parlament como entre el Presidente Zapatero y el presidente de Convergencia y Unió Artur Mas, del que quedó excluido el Partido Popular que, tras un proceso de petición de firmas en contra, presentó en julio de 2006 un recurso de inconstitucionalidad)⁷³. La OPA se presentaba por unos como un atentado contra la competencia y se defendía por otros como una operación empresarial lógica en un mercado que se consolidaba a nivel europeo. Pero en la mayor parte de las ocasiones estos argumentos se arrinconaban y se afirmaba, por ejemplo, bien que la OPA iba contra la Constitución y cercenaba los derechos de no discriminación, tutela efectiva y libertad de expresión de ENDESA⁷⁴, bien se defendía que era “muy buena idea la de formar un gran grupo empresarial a nivel estatal que esté bien protegido y con posibilidades de futuro que si, además está liderado por una empresa con fuertes raíces en Catalunya, aún mejor”⁷⁵. En ese

⁷³ Ver el artículo de Enric Company en *El País* el 19 de junio de 2006.

⁷⁴ Ver en *ABC* de 17 de septiembre de 2005 crónica de la rueda de prensa dada por Pizarro en la sede de ENDESA el día 16.

⁷⁵ Declaraciones de Artur Mas recogidas en *ABC* de 7 de septiembre de 2005.

entorno y en este ambiente hay que situar las decisiones de la CNE, intentando mantener una independencia “material”, que probablemente resultaba ya a estas alturas totalmente imposible.

En el informe según la función 14 entonces vigente, CNE (2005a), que contenía más de doscientas páginas, de las cuales aproximadamente la mitad se referían a temas procesales y a fundamentos jurídicos, la operación se aprueba con diez condiciones. Estas condiciones se referían al mantenimiento de ratios de deuda para que esta no aumentara, a no repartir dividendos hasta que el cash-flow no superara determinados márgenes, a garantizar los planes de inversión ya aprobados en actividades reguladas, a enajenar activos por valor de 8.200 millones de euros, a separar jurídicamente las actividades de gas y electricidad y a informar, durante el primer semestre de cada año, de las sinergias conseguidas con la operación. La Comisión se reservaba una nueva consideración de la autorización y sus condiciones, si a la vista de la evolución de la operación y del análisis que pudieran realizar las autoridades de competencia se considerase necesario.

El 20 de diciembre se emitió el informe CNE (2005b) correspondiente a la valoración y autorización de la operación por razones de competencia, en ejercicio de la función 15. La Comisión estimaba que: “los análisis anteriores evidencian, a juicio de la CNE, que la operación, sin tener en cuenta las desinversiones, tiene un impacto negativo sobre el grado de competencia potencial en el mercado de generación, analizándose, posteriormente, si un plan de desinversiones podría anular dicho efecto negativo en la competencia”. Se vuelve pues a la aprobación con condiciones de los informes anteriores a la OPA de GN sobre Iberdrola. En este caso, las condiciones en generación se referían a enajenar activos de manera que se permitiera la aparición de una nueva entidad competitiva o la consolidación de los competidores ya existentes. El competidor que adquiriese los activos debería ser un competidor existente o potencial, viable, independiente y sin vínculo alguno con las partes implicadas en la operación de concentración. En comercialización, la CNE consideraba que la mayor competencia entre comercializadoras en una zona se produce entre la comercializadora del grupo con distribución eléctrica y el grupo con distribución de gas, por lo que no debería permitirse la superposición de redes. Obligaba, además, a desinversiones en transporte de gas natural, desinversiones en distribución de gas natural y a la creación de una sociedad gestora de los activos a desinvertir.

El informe hacía una consideración final en la que manifestaba que dados los “numerosos problemas regulatorios detectados a lo largo del informe que afectan al funcionamiento eficiente de los mercados. En el marco de las reflexiones y análisis de las propuestas planteadas por el “Libro Blanco sobre la reforma del marco regulatorio de la generación eléctrica en España”, la CNE elevará al Gobierno propuestas regulatorias sobre las cuestiones puestas de manifiesto que contribuyan, entre otros objetivos, junto con las condiciones propuestas, a mitigar los problemas de competencia detectados en gas y electricidad”.

En febrero del 2006, en pleno proceso de autorización de la OPA y habiendo aparecido ya el interés de EoN en ofertar, pero sin haberse iniciado aún el trámite de autorización ante la CNE, se modificó radicalmente la función 14, porque según rezaba la exposición de motivos del Real Decreto Ley 4/2006: “...conforme a la legislación vigente no resulta posible examinar en todos los supuestos la adquisición del control de unas empresas por otras, en la medida que afecten a intereses generales de la política energética española y, en particular, a la seguridad pública”. La nueva redacción extendió ampliamente el ámbito de las cuestiones a analizar y a considerar por la CNE desde las operaciones corporativas que afectarían a actividades reguladas a operaciones corporativas con incidencia sobre *actividades que estén sujetas a una intervención administrativa que implique una relación de sujeción especial*, y se describía en detalle que entre ellas se encontraban la generación nuclear, la térmica de carbón nacional, la extrapeninsular y el almacenamiento y transporte de gas natural mediante gaseoductos internacional⁷⁶. Según la prensa, la modificación de las competencias de la Comisión obedecía a un intento del ejecutivo por frenar la ya entonces anunciada “contraopa” de EoN sobre ENDESA⁷⁷ y, en particular, a impedir que la Comisión Europea sustituyera a la CNE en el proceso de autorización⁷⁸.

En febrero de 2007, GN anunció la retirada de la OPA y ENEL entra en el capital de ENDESA con vocación de sumarse a la OPA. En abril de ese año, ENEL y Acciona presentaron su OPA que la CNE aprobó en una votación muy

⁷⁶ La redacción completa de la nueva *Decimocuarta* se puede consultar en: <https://www.boe.es/boe/dias/2006/02/28/pdfs/A08016-08018.pdf>.

⁷⁷ Ver *ABC* de 25 de febrero de 2006.

⁷⁸ En julio de 2008, el Tribunal de Justicia de Luxemburgo o Tribunal de la Unión Europea, declaró que esta redacción de la función 14 “*vulnera la libre circulación de capitales y la libertad de establecimiento*”.

dividida en julio de 2007. En octubre, el gobierno estimó el recurso de ENEL-Acciona y rebajó parcialmente las condiciones que habían sido impuestas por la CNE⁷⁹. Hasta esa fecha se presentaron toda clase de escritos y recursos en tribunales y organismos públicos. La CNE tuvo que construir sus informes con los fondos doctrinales elaborados en los casos anteriores, en particular, en la fusión ENDESA e IBERDROLA y en la OPA de Gas Natural sobre Iberdrola. Lo cierto es que en otoño de 2005, una CNE recién nombrada⁸⁰ se enfrentó a la operación corporativa más importante de las realizadas en lo que llevamos de siglo XXI en el sector energético europeo⁸¹ con un bagaje consistente, básicamente, en una autorización por no ver problemas serios de competencia a la adquisición de HC por UEF, que luego el gobierno no autorizó porque *“cuatro es mejor que tres”*; en una autorización a la fusión de ENDESA e Iberdrola con un conjunto de condiciones amplio, complejo y severo y que prácticamente replicó el gobierno, pero que rechazaron los Consejos de la empresas afectadas y con una OPA de GN sobre Iberdrola que se rechazó por la Comisión por los riesgos sobre las actividades reguladas y por la imposibilidad de hacer efectivo el cumplimiento de condiciones⁸². Y, por si esto fuera poco, en medio de un escenario político y social muy dividido y radicalizado.

La intervención de la ARN de energía en procesos de autorización de operaciones corporativas, cuando las fronteras del mercado relevante estaban en permanente evolución, se habría facilitado con una definición política acerca de la dimensión óptima o deseada de las empresas energéticas españolas o, al menos con un debate social explícito a este respecto. La ausencia de definición política y de debate social llevó a un mar de contradicciones y hasta cierto punto incongruencias. En un mercado relevante nacional o ibérico, difícilmente las operaciones de concentración podían defenderse desde el punto de vista de la competencia, pero podían tener sentido referidas a un mercado interior europeo

⁷⁹ Ver *ABC* de 23 de octubre de 2007.

⁸⁰ Además de Maite Costa habían entrado en la Comisión Luis Albentosa y Jorge Fabra en sustitución de Jordi Dolader y Carlos Duato.

⁸¹ En Levêque y Monturus (2008) se da un valor de 43,4 bn euros a esta operación, el mayor de Europa, siendo el segundo el de la constitución de EoN mediante la fusión de Veba y Viag, con un valor de 38 bn euros.

⁸² Ver las amplias y detalladas explicaciones de Maite Costa en Congreso de los Diputados (2006)

de la energía en constante proceso de construcción o como medida defensiva ante las diferentes asimetrías que en esta área existían en la UE⁸³.

El 31 de julio de 2008, y en medio del intento, que será fallido, de hacerse con el control de Iberdrola, ACS vende su participación en Unión Fenosa (el 45,3%) a Gas Natural, que lanza una OPA sobre el resto. El 18 de septiembre, la CNE entendió que en este caso no resultaba de aplicación la función 14, primero porque ya se conocía la sentencia en contra de la misma del Tribunal de Justicia de la UE y, segundo, porque los servicios jurídicos entendieron que en este caso no había riesgos significativos sobre actividades reguladas, ya que la inversión la realizaba la cabecera (financiera) del grupo.

De haber intentado la Comisión, en el ejercicio de su independencia, definir la estructura de un sector como el energético, proponiendo la disminución de la concentración horizontal, por ejemplo, y de haber insistido en la separación de propiedad entre actividades verticales más allá de lo recogido en las Directivas y en sus aplicaciones al ordenamiento español, se hubiera producido, muy probablemente, una desconexión entre la Comisión y la realidad social del tejido empresarial español. La independencia funcional del órgano regulador, en energía o en cualquier sector regulado, para que funcione como un sistema de controles y equilibrios, requiere un apoyo social que permita, tanto ante las instituciones de representación política como ante los medios de comunicación, exigir después responsabilidad por las actuaciones realizadas, sobre todo por las abordadas al margen y en ocasiones incluso en contra, de los gobiernos democráticamente elegidos. El primer requisito de este control es que exista una referencia social y políticamente asumida de la estructura empresarial que se toma como objetivo social. Los objetivos indefinidos, la ambigüedad política o la falta de consenso en aspectos relevantes de la política energética, por ejemplo en aquellos que afectan a su estructura empresarial, hacen difícil que la actuación de la ARN sea percibida como un sistema eficiente de controles y equilibrios.

⁸³ Por ejemplo, como ocurrió con ENDESA, procurando evitar que tras un largo proceso de privatización, las operaciones corporativas condujeran a una nueva entrada de capital público, vía empresas europeas no españolas, que deshicieran, al menos parcialmente, el camino privatizador emprendido.

8. LA SUPERVISIÓN DE LOS MERCADOS Y LA PROMOCIÓN DE COMPETENCIA

Después de las Primeras Directivas de electricidad y gas, la Ley 34/1998 de Hidrocarburos encargó a la CNE “velar por la competencia efectiva (...), en beneficio de todos los sujetos que operan en dichos sistemas y de los consumidores”, objetivo este que se ha mantenido a lo largo de los años siguientes hasta ser incorporado mediante la Ley 3/2013 a los objetivos de la CNMC. Como bien señalaba García de Enterría (1999), el objetivo de velar por el cumplimiento de las normas de competencia correspondía al TdC y a los Tribunales en general, siendo función de la Comisión, por su mayor proximidad al sector energético, la de elaboración de informes preliminares que posteriormente eran tramitados por los órganos correspondientes de competencia.

En junio de 1996, la CSEN aprobaba un informe para analizar la influencia sobre la competencia de distintas formas de privatizar ENDESA y lo remitía al Ministerio de Industria. En el informe se afirmaba que “...la Comisión tiene el mandato de contribuir al aumento de la eficiencia del Sistema Eléctrico y, específicamente, está encargada de velar por el desarrollo de la competencia del sector”. El informe llamaba la atención sobre el impacto que la forma de privatizar ENDESA tendría en el nivel de concentración del sector y, por tanto, en los precios finales de la electricidad. Proponía que se mantuviera “el tejido empresarial que está hoy bajo el control público” y que, según especificaba el informe, permitiría consolidar un sector eléctrico de, al menos, seis empresas independientes (ENDESA, IBERDROLA, Unión FENOSA, FECSA, Sevillana y HC). El gobierno consideraba otro escenario en el tablero. En esos momentos estaba preparando un acuerdo, el último Protocolo de 1996, para establecer una senda de precios y poner en marcha un mercado mayorista y un nuevo marco regulatorio que debía aportar la estabilidad necesaria para optimizar los recursos a obtener de la privatización de ENDESA. Y ENDESA, se pensaba por el entonces ministro de Industria, Josep Piqué, valía más junta que separada porque construir un “núcleo duro” que evitara la toma de control de empresas eléctricas por el capital financiero internacional, hacía poco conveniente una privatización por partes⁸⁴.

⁸⁴ Ver entrevista a Josep Piqué publicada en *ABC*, el 16 de octubre de 1996.

Como rezaba la exposición de motivos del RD 2019/1997 la pieza básica de la nueva regulación, puesta en marcha por la ley 54/1997, era el mercado de producción de energía eléctrica que se componía de un mercado organizado y de un mercado de contratos bilaterales. Se contemplaba, por tanto, la posibilidad de que los comercializadores y generadores contrataran bilateralmente. Pero en el desarrollo reglamentario se discriminó en contra de los contratos bilaterales, al exceptuar a los generadores que los firmaran del cobro de los derechos por garantía de potencia y al obligar a los consumidores o comercializadores firmantes a soportar, individualmente, la compensación equivalente al generador que hacía de contraparte⁸⁵.

Desde estos comienzos, un objetivo de la Comisión, para incentivar la competencia, fue la promoción de los mercados a plazo por dos razones: porque estas formas de contratación se justificaban en toda una corriente de literatura económica que identifica el desarrollo de la contratación a plazo con la mitigación del poder de mercado en los mercados diarios⁸⁶ y porque la manera de evitar que todo el riesgo de la volatilidad del precio de corto plazo se trasladase a los consumidores es que existieran mercados a plazo en los que comercializadores y generadores pudieran cubrir, mitigar o gestionar los riesgos de precio.

En CNE (2000a) se dio respuesta a una petición del Vicepresidente del Gobierno para Asuntos Económicos y Ministro de Economía acerca de un informe comprensivo de propuestas para aumentar la liberalización y la competencia en el sector energético. Este informe prescindió ya de cualquier respuesta que implicara alteraciones en la estructura sectorial, y entre otras medidas de carácter regulatorio, se proponía incorporar las energías renovables al mercado, adelantar el calendario de elegibilidad, separar la distribución de la comercialización y fomentar la comercialización considerando “la posibilidad de introducir nuevas formas de contratación de la energía para permitir que el comercializador pueda introducir mayor dinamismo al mercado minorista, dirigidas a aumentar su poder de compra contratando, directamente, sus adquisiciones de energía con generadores mediante contratos bilaterales”.

⁸⁵ Ver el apartado segundo de la Orden Ministerial 29870, de 17 de diciembre de 1998, derogado por la Orden ITC/3860/2007, de 28 de diciembre, por la que se revisan las tarifas eléctricas a partir de 1 de enero de 2008.

⁸⁶ Allaz y Vila (1993) es el trabajo seminal que da origen a esta corriente académica.

Pocos días después de este informe, el Real Decreto Ley 6/2000, adoptó un conjunto de medidas liberalizadoras en los sectores de hidrocarburos, gas natural y electricidad. En línea con lo informado por la Comisión, se facilitaba la comercialización en gas natural y se creaba el Gestor Técnico del Sistema gasista que sería “aquel transportista que sea titular de la mayoría de las instalaciones de la red básica de gas natural”. En hidrocarburos líquidos se abrió el accionariado de REPSOL, se garantizó la publicidad de los precios a través de la CNE y se promovió la instalación de estaciones de servicio en las grandes superficies comerciales. En el sector eléctrico, se limitó la nueva potencia instalada a los grupos empresariales eléctricos que tenían una cuota significativa, se obligó a que los excedentes de instalaciones de régimen especial se volcaran al mercado, se intentó fomentar la contratación a plazo y se estableció como fecha límite, el 1 de enero de 2003 para que todos los consumidores pudieran elegir comercializador y el 1 de enero de 2007 para eliminar las tarifas de alta tensión para los consumidores industriales.

Dos años después, CNE (2002) informaba sobre *La propuesta de Real Decreto por el que se establecen las medidas básicas para hacer posible la plena liberalización del suministro eléctrico el 1 de enero de 2003* y proponía una tarifa de última instancia que fuera penalizadora y, además de un conjunto de medidas sobre contenido y plazos de contratación, apuntaba con claridad a eliminar la discriminación existente que penalizaba la contratación bilateral física en beneficio del mercado diario⁸⁷. Sobre estos cambios en la contratación, el informe opinaba que “este cambio supone, de hecho, una transformación radical del modelo de organización del mercado eléctrico español, pasando de ser un mercado centralizado (a través de un pool cuasi-mandatorio) a un mercado de contratación bilateral libre, que puede postergar al mercado organizado de corto plazo a una situación residual, como ha sucedido en otros sistemas anteriormente”. El informe también proponía modificar el mecanismo de restricciones técnicas, estableciendo mediante una nueva Orden Ministerial la forma de resolución de las mismas, los sujetos que debían participar, las condiciones económicas y el régimen de supervisión para evitar precios de monopolio en la resolución de las mismas. El Real Decreto 1435/2002, de 27 de diciembre, reguló las condiciones

⁸⁷ Como ya se ha comentado, los generadores que firmaban contratos bilaterales no tenían derecho al cobro de la garantía de potencia según la OM de 17 de diciembre de 1998.

básicas de los contratos de adquisición de energía y de acceso a las redes en baja tensión y concretamente el contenido, la duración, la formalización y la rescisión de los contratos entre clientes comercializadores y distribuidores. Su última modificación es de abril de 2016. Prácticamente nada se reguló, sin embargo, sobre el carácter penalizador de la tarifa de “última instancia”, o sobre los otros aspectos contemplados en el informe de la CNE y que se mencionaron, quedando pendientes de desarrollo, en el Decreto Ley 6/2000 sobre la contratación bilateral ente comercializadores y generadores o sobre las restricciones técnicas. También el Libro Blanco de Pérez Arriaga y otros (2005), proponía contratos por diferencias como solución a gran parte de los problemas de nuestra regulación y, en especial, al del déficit tarifario.

En 2003, sin embargo, se modificó la Ley 54/1997 para autorizar al gobierno a regular las emisiones primarias de energía para fomentar la contratación a plazo. Tras sucesivas modificaciones de la Ley en 2005 y 2007, es el Real Decreto 1634/2006 de tarifas para 2007, el que regula estas emisiones primarias, que se definían como opciones físicas de compra a ejercer durante un periodo determinado. En 2008 se permitió que estas opciones se ejercitasen mediante su liquidación financiera o por diferencias y dejaron de existir cuando, en 2009, aparecieron las subastas CESUR. En 2009 las tarifas reguladas fueron sustituidas por las Tarifas de Último Recurso (TUR) que serían exigidas por los comercializadores obligados a suministrar energía a esta tarifa. Para ello, se regularon unos contratos bilaterales físicos de suministro de energía a los Comercializadores de Último Recurso, a los que se accedía mediante subastas periódicas y cuyos resultados, en cuanto a precios, se utilizaban también para determinar el coste de la energía en el conjunto de las TUR.

En estos años, y en particular en el año 2008, se produjo una incorporación masiva de energías renovables e intermitentes al mercado mayorista, bien directamente, bien por medio de representantes, o bien a través de los distribuidores, dado que el sistema de primas o subsidios a estas energías se descomponía en una retribución obtenida por la venta de energía en el mercado diario y en unas primas complementarias, quedando limitada la retribución total por un suelo y un techo. Esta incorporación amplió la necesidad de coberturas naturales al riesgo de precio spot y el mercado a plazo aumentó su liquidez. En CNE (2012) se reconocía este desarrollo de la contratación a plazo facilitado por la consolidación de un mercado spot organizado, con precios transparentes y un grado de liquidez elevado.

Pero en ese año de 2012, el nuevo gobierno preparó una reforma energética impulsada por la necesidad de controlar el déficit de la tarifa eléctrica, con objetivos que alcanzaban la necesaria revisión total del régimen especial y el cambio en la arquitectura institucional de la ARN. Y en 2013 se creó un único órgano de supervisión y regulación de mercados y competencia que se justificaba principalmente “por la necesidad de asegurar la coherencia entre las medidas de defensa de la competencia y las que se dirigen a los sectores regulados”⁸⁸.

El nuevo gobierno tomó posesión con temor ante posibles manipulaciones de precios y con dudas respecto al mercado eléctrico. El ministro Soria afirmó que el mercado eléctrico “es un mercado (teóricamente) con competencia, pero –de facto– no ocurre así”⁸⁹. La anulación de la subasta 25, en diciembre de 2013, fue justificada en CNMC (2014a) “por existir –circunstancias atípicas– que impidieron que la puja se desarrollara con suficiente –presión competitiva⁹⁰–” y amparó que el Gobierno aprobara como precio sustitutivo del que había resultado en la subasta anulada, y mediante el Real Decreto Ley 17/2013, de 27 de diciembre⁹¹, el de 48,48 euros/MWh para el producto base y el de 56,27 euros/MWh para el punta.

El 28 de marzo de 2014 y en aplicación de lo dispuesto en la Ley 24/2013, se publicó el Real Decreto 216/2014 con la metodología de cálculo de los PVPC, eliminando la utilización de los precios de contratos a plazo que la regulación anterior contemplaba para la determinación de las TUR. De esta manera, se argumentaba en la exposición de motivos, los consumidores no tendrán que hacer frente al pago del coste de aseguramiento en el precio de un producto negociado

⁸⁸ Marín Quemada, J. M. (2014).

⁸⁹ Entrevista a José Manuel Soria en *ABC* el 30 de diciembre de 2012.

⁹⁰ Exposición de motivos del Real Decreto 216/2014 por el que se establece la metodología de cálculo de los precios voluntarios para el pequeño consumidor de energía eléctrica y su régimen jurídico de contratación.

⁹¹ Denominado, después de veinte años de liberalización en el sector eléctrico: “por el que se determina el precio de la energía eléctrica en los contratos sujetos al precio voluntario para el pequeño consumidor en el primer trimestre de 2014”.

en un mercado de futuros⁹². Sin entrar en la abundante literatura existente acerca de la existencia o no de una prima de riesgo estructural en los mercados a plazo de *commodities* y reconociendo que, en cualquier caso, resulta difícil encontrar evidencia empírica concluyente, lo cierto es que en los mercados de contratos por diferencias, en gas y electricidad, las partes negocian según sus expectativas de precio y no existen primas explícitas de riesgo incorporadas a estos precios, puesto que ambas partes están en una posición en principio simétrica frente al riesgo de precio⁹³. En fin, quizás hubiera resultado más fácil, desde el punto de vista de una regulación eficiente, derogar este artículo 13 y eliminar del cálculo de la tarifa la denominada prima por riesgo, que no sustituir el uso de la contratación a plazo y sus precios por los precios horarios del mercado de contado, deshaciendo así lo poco que se había avanzado en unos veinte años en lo que a contratación bilateral y a plazo se refiere.

La Comisión no pudo fomentar la competencia, como entidad independiente, actuando sobre la configuración estructural del sector. No ha tenido competencias definitivas para ejercer independencia en la determinación de tarifas y peajes. Tampoco ha mantenido estabilidad en supervisar el fomento de la contratación a plazo como herramienta de fomento a la competencia. Después de más de veinte años, según CNMC (2016b), a finales del segundo semestre de 2016, de los 28.999 millones de puntos de suministro conectados a la red, ENDESA, Iberdrola y Gas Natural Fenosa suministraron a 25.708 millones, EdP y Viesgo a 1.660 y solo 1.629 estaban siendo suministrados por otros comercializadores.

⁹² El coste al que se refiere esta exposición de motivos es el denominado como término PRp en la Orden ITC/1659/2009 que establecía la metodología de cálculo de la TUR y que en su artículo 13 describía que se calculaba “ponderando, mes a mes, la prima de riesgo correspondiente al número de meses de desfase por el peso relativo del factor de ponderación”. Una tabla anexada daba a esta prima un valor determinado (entre 250 euros y 750 euros) según el número de meses de desfase entre el momento de realizar la subasta y el momento de la entrega. Con esta capacidad y finura de cálculo para determinar una prima de riesgo, no es de extrañar que los mercados a plazo se terminaran considerando innecesarios.

⁹³ Una descripción de cómo funcionan los CfDs en electricidad, donde se describe que tanto comprador como vendedor cubren su riesgo de precio, puede encontrarse en Sáiz Chicharro et al. (2010).

9. LA TRANSICIÓN ENERGÉTICA: EL PAQUETE DE INVIERNO DE 2016

Según la Propuesta de Directiva sobre reglas comunes para el mercado interior de la electricidad⁹⁴, incluida en el Paquete de Invierno de 2016, el mercado eléctrico para la próxima década se caracterizará por una producción más variable y descentralizada que la actual, por una mayor interdependencia entre los sistemas eléctricos de los Estados miembro y por nuevas oportunidades tecnológicas que reducirán la carga sobre los consumidores y les permitirán participar en los mercados mayoristas mediante la gestión de la demanda, el almacenamiento, la generación distribuida y el autoconsumo. Para que el mercado interior de la energía se adecúe a esta situación, se necesita abordar una transformación energética en los Estados miembro, consistente en un mayor peso de energías renovables y en la incorporación de la demanda a la gestión de la energía mediante redes inteligentes y descentralizadas con sistemas de información y control digitalizados.

El 30 de noviembre de 2016, la Comisión Europea presentó, dentro del denominado Paquete de Invierno y bajo el título de Energía Limpia para todos los europeos, un conjunto de propuestas de revisión de las Directivas vigentes y de nuevos reglamentos sobre eficiencia energética, renovables, diseño de mercados, seguridad de suministro, gobernanza, ecodiseño y movilidad mediante vehículos eléctricos. Todas estas propuestas se presentaban a discusión de los Estados-miembro y del Parlamento y, en consecuencia, eran susceptibles de modificación hasta su aprobación final.

La propuesta de la Comisión es muy amplia y toca muchos aspectos de la regulación. Define una reforma del mercado mayorista orientada a facilitar la incorporación de renovables intermitentes en un marco de seguridad de suministro, a poner en valor la flexibilidad que los sistemas de almacenamiento, generación distribuida y gestión de la demanda puedan aportar y a eliminar todos los topes y controles que eviten que los precios se acerquen al valor de la energía no suministrada. Las empresas que gestionen las redes de distribución (*Distribution System Operators* o DSOs) deben ser árbitros neutrales del mercado y mantenerse alejados de la propiedad de activos, tanto de almacenamiento como de carga de vehículos eléctricos. También proponen la mejora en la planificación de redes mediante la participación en la misma de los afectados y una mayor coordinación con los ges-

⁹⁴ European Commission (2016).

tores de las redes de transporte (TSOs) así como una entidad a nivel europeo que coordine la actividad de los DSOs. El paquete avanza en la creación de agregadores, en principio independientes de comercializadores y distribuidores, que organicen la incorporación de la demanda a los mercados en tiempo real gestionando balances y aportando flexibilidad⁹⁵ en la gestión del sistema eléctrico.

Uno de los aspectos fundamentales de este paquete propuesto por la Comisión es la consolidación de la red de reguladores independientes en energía en torno a HACER y CEER. La Agencia HACER sigue definiéndose como un ente de coordinación de las ARN nacionales en el campo de la energía. Se consolida la definición de las competencias de supervisión de HACER sobre los entes europeos de agrupación de gestores de redes de transporte, sobre los administradores de los mercados diarios “*nominados*” como mercados oficiales y regulados, y sobre los nuevos DSOs. Sin embargo, la Comisión de la UE no da el paso definitivo de dotar de competencias propias (de verdadera independencia) a HACER. La propia Agencia afirma, en un posicionamiento que recuerda los muchos que en este sentido se han realizado en el campo de la energía en España, que: “*regulato needs to operate independently of national governments; of the European Commission, of any public or private entity and, of course, of industry*”.

Aunque el paquete de invierno es una propuesta de la Comisión que deberá pasar los filtros del Parlamento y del Consejo, lo que significa que se discutirá en todos los Estados miembro de la UE antes de estar plenamente vigente, apunta hacia un mundo de la energía nuevo, al que se pretende llegar mediante la innovación tecnológica y con un marco institucional y regulatorio adecuado. La regulación de las ARN de energía, aunque a finales de 2016 estaba aún pendiente en muchos Estados miembro de adaptarse completamente al anterior Tercer Paquete de Directivas⁹⁶.

Casi al mismo tiempo que se anunciaba el paquete de invierno y con un contenido muy similar, a finales de 2016 se publicó el informe MIT (2016) describiendo la transición energética como un proceso tendente a un sistema eléctrico dotado de un amplio conjunto de tecnologías distribuidas, incluyendo demanda flexible, generación, almacenamiento y equipos electrónicos de gestión y con-

⁹⁵ La flexibilidad se define por CEER (2017) como “the capacity of the electricity system to respond to changes that may affect the balance of supply and demand at all times”.

⁹⁶ Ver CEER (2016c) para una descripción del distinto nivel de adaptación del Tercer Paquete en los Estados-miembro de la UE.

trol, que crearán nuevas opciones para el suministro y consumo de energía eléctrica⁹⁷. Centrándose básicamente en el análisis de la distribución y transporte de energía eléctrica (MIT, 2016), más que anticipar y describir el futuro, identifica aquellas barreras, muchas de ellas regulatorias, que hoy se oponen o impiden una evolución eficiente del sector eléctrico. Apunta claramente hacia la necesidad de una mejora drástica en los sistemas de determinación de precios y tarifas para evitar su aplanamiento, su escasa granularidad y su falta de neutralidad.

Así pues, en 2017, la independencia de las ARNs no está consolidada en Europa, sus competencias no están tan siquiera plenamente adaptadas al paquete legislativo europeo de 2009 y el sector mantiene unas estructuras empresariales muy similares a las existentes en la última mitad del siglo pasado. Pero estamos iniciando ya un proceso de transición energética hacia un mundo diferente que va a requerir unos mercados, unos sistemas de contratación y precios y unas metodologías de tarifas diferentes, al que, por otro lado, no deberemos acceder ignorando completamente las inversiones ya realizadas y sus economías de escala. El valor social de una ARN independiente, con mecanismos de control que incentiven el ejercicio responsable y eficiente de esa independencia, es tan evidente o más que en etapas anteriores previas a la transición energética.

10. NUEVAS EXIGENCIAS PARA LAS ARN

Maggetti (2012b) señala que la crisis financiera de 2008 manifestó tres grandes debilidades en las instituciones de regulación financiera: unos métodos de supervisión insuficientes, sobre todo en el caso de los grandes bancos; el uso inadecuado de modelos de evaluación de riesgos y la ausencia de medios eficaces para la intervención directa. La crisis iniciada en 2008 tuvo un menor impacto en el mundo de la energía y no evidenció especialmente sus debilidades. Todo parece indicar, sin embargo, que va a ser la transición energética a un mundo descarbonizado, descentralizado y digitalizado lo que exija una profunda adaptación de las instituciones de regulación, de su independencia efectiva, de sus

⁹⁷ “An important evolution in the provision and consumption of electricity services is now under way, driven to a significant degree by a confluence of factors affecting the distribution side of the power system. A range of more distributed technologies – including flexible demand, distributed generation, energy storage, and advanced power electronics and control devices – is creating new options for the provision and consumption of electricity services”.

métodos de supervisión, de sus modelos de valoración y de los procedimientos de control. La amplitud y profundidad de estos cambios vendrá condicionada por la fuerza que las instituciones europeas, sus Directivas y sus Reglamentos tengan efectivamente en el funcionamiento interno de los Estados miembro, pero también, y de forma imparable, por los cambios tecnológicos que están afectando al suministro de energía.

Para abordar la transición energética se requiere precisión legal en la definición de los objetivos de las ARN de energía y cierta flexibilidad en el ejercicio de sus actuaciones independientes para conseguirlos. Por ejemplo, si el principal objetivo de las ARN, reconocido ya desde la Segunda y Tercera Directivas y mantenido en el paquete de 2016 es “promover un mercado interior de la electricidad competitivo, seguro y sostenible ambientalmente en la Comunidad”, convendría precisar, en la propia legislación de la transición energética, qué se ha de entender por mercado competitivo⁹⁸. Para Littlechild (2014) hay dos aproximaciones posibles al término competencia: una es la acepción austriaca, como un proceso dinámico de destrucción creativa y descubrimiento de preferencias con rivalidad a lo largo del tiempo y otro el neoclásico, como un estado estacionario de equilibrio en el que los precios igualan a los menores costes de producción (los costes marginales de la última tecnología disponible) y a las mayores capacidades de pago de las curvas de demanda (el valor de la energía no suministrada en cada momento). Aunque en las dos últimas décadas y el mundo de la regulación energética, el término competencia se ha entendido por los reguladores, sobre todo, en esta última acepción neoclásica; en el futuro, si la regulación pretende impulsar el proceso de innovación tecnológica e institucional requerido por la transición energética, debería ganar peso la acepción austriaca o schumpeteriana de competencia. La competencia en precios se reforzará con la competencia por el mercado y la supervisión de la ARN debería ampliar su preocupación permanente por los riesgos asociados a precios inflacionistas con la consiguiente vigilancia de los riesgos asociados al crédito de oferentes y demandantes.

El comportamiento de las ARN de energía en los próximos años debe contemplar la posibilidad de relajar momentáneamente algunos objetivos, por ejemplo en integración de mercados, para alcanzar otros, por ejemplo de incorporación de una demanda activa a los mercados mayoristas. El mandato legal para las ARN de

⁹⁸ Los objetivos de seguridad y sostenibilidad están más acotados, incluso cuantitativamente en el ámbito de la UE.

la UE debe combinar, junto al objetivo de velar por *la competencia, seguridad y sostenibilidad* del mercado energético, el de facilitar e incentivar el proceso de innovación y de inversión que requiere la transición energética a un mundo descarbonizado, descentralizado y digital. Por ello, el primer apartado del artículo que identifica los objetivos de las ARN de energía en la propuesta de Directiva del Paquete Clean Energy ha incorporado el objetivo de *flexibilidad* del mercado a los objetivos definidos en anteriores Directivas (competencia, seguridad y sostenibilidad)⁹⁹.

La flexibilidad en los mercados de energía se define como la capacidad de precios y cantidades para adaptarse a los cambios en los costes y preferencias de oferentes y demandantes en cada momento, manteniendo la fiabilidad del sistema y la seguridad en el suministro¹⁰⁰. La diversificación en el abastecimiento, la interrumpibilidad, la gestión de la demanda y los servicios auxiliares prestados por la generación (básicamente la gestión de desvíos y desbalances en gas y electricidad) son la expresión de esta flexibilidad. La flexibilidad no es una *commodity* como lo es el suministro en base de fuentes de energía (gas, electricidad, carbón, crudo, derivados del petróleo, etc.). Por ello y diferenciada de la “utility tradicional” el Paquete Clean Energy ha creado una figura específica y nueva: el agregador independiente que siendo una sociedad con personalidad jurídica propia se define independiente de comercializadores y distribuidores. Mediante la agregación de demanda y generación distribuida el agregador prestará estos servicios y se especializará en las compraventas de flexibilidad. En España, la Sentencia del Tribunal Constitucional de mayo de 2017 anula algunos artículos del Real Decreto 900/ 2015 que impedían que la legislación de las CC.AA. permitieran a una instalación de generación conectarse a varios puntos de suministro para producir una “micro red” de autoconsumo, lo que abre una puerta al modo en que esta flexibilidad va a ir configurándose en nuestro sistema eléctrico.

Además de precisión y flexibilidad, adaptarse a la transición energética demanda consolidar, de una vez por todas, la independencia de las actuales ARN e implementar unos mecanismos de control y supervisión más fuertes que los actuales. La independencia resulta imprescindible para mantener la neutralidad

⁹⁹ Ver artículo 58 de la Propuesta de Directiva sobre reglas comunes para el mercado interior de la electricidad de 2016 que sustituiría al artículo 36 de la vigente Directiva 2009/72/CE.

¹⁰⁰ ACER/CEER (2017) y para el sistema eléctrico, definen la flexibilidad como: “the ability of the electricity system to respond to fluctuations of supply and demand while, at the same time, maintaining system reliability”.

hacia unas tecnologías subsidiadas; para dar cabida y facilitar el afianzamiento de nuevos modelos de negocio, como los agregadores y los Operadores de la red de Distribución (DSOs) y, sobre todo, para supervisar unos mercados más orientados hacia los consumidores y la demanda que los actualmente existentes. Como reza la Propuesta de Directiva sobre el mercado eléctrico del Paquete Clean Energy, el objetivo es conseguir un mercado flexible con capacidad para adaptarse dinámicamente a las preferencias de los consumidores.

Pero quizás el esfuerzo más relevante de esta transición esté en la actuación de las ARN en los mercados minoristas. Kiesling (2014) identifica cuatro factores que actúan como drivers en los cambios del sistema eléctrico que definen la transición energética. Estos factores son la innovación tecnológica, la innovación en el modelo de negocio y en la financiación, el cambio regulatorio y los factores exógenos. Tras revisar cómo estos factores están afectando el desarrollo de la generación distribuida en estados como California, afirma “*The lack of retail choice constitutes a legal entry barrier against competing retail service providers*”. La actuación de las instituciones de regulación representando y defendiendo los intereses de los consumidores (y hasta cierto punto suplantándolos) mediante la regulación de esquemas sencillos de contratación y precios, es insuficiente para fomentar la aparición de nuevos proveedores de servicios relacionados con las nuevas tecnologías que se están desarrollando. Este pensamiento también es defendido por Littlechild (2014) quien sostiene que la regulación de OFGEM, reduciendo el número de tarifas y simplificando su estructura, debería haber fomentado la competencia y aumentado el “switching” entre compañías, al facilitar las comparaciones entre ellas. Sin embargo, no hubo evidencia empírica de que esto fuera así y, a cambio, los consumidores perdieron diferentes cláusulas de contratación y esquemas de precios que valoraban positivamente, reduciéndose así la competencia dinámica y la innovación entre comercializadores. En este mundo en transición, y siguiendo a Littlechild (2014), la protección a los consumidores mediante el control de los precios y la estandarización de contratos de suministro puede conducir a lo contrario que se pretende; e impedir el desarrollo competitivo de una comercialización dinámica e innovadora. Una regulación apoyada en estándares de comportamiento y seguimiento de resultados, resulta más adecuada para incentivar la innovación¹⁰¹.

¹⁰¹ Ver Pelkmans and Renda (2014).

Como resumen, para avanzar en la transición energética, la regulación de las ARN de energía en el ámbito de la UE, y particularmente en España, debería concentrarse en los siguientes aspectos, referidos a su funcionamiento institucional.

1. Tendría que reforzar su *independencia* real respecto del Gobierno, apoyándose en el peso de la Comisión Europea dentro del “governance” interno de la UE, así como de la fuerza que CEER y ACER vayan teniendo en la UE. La legislación española debe no sólo recuperar el terreno perdido, si no cuanto antes reconocer una independencia “de facto” amparada y sustentada en la cooperación de ARN regionales en el marco de las instituciones europeas¹⁰².
2. Debe reforzar el perfil profesional de presidentes y consejeros en la política de *nombramientos* que deberían realizarse directamente por el Congreso. Debería contarse con la participación de una comisión de expertos que, preferiblemente mediante concurso público, hiciera una evaluación por escrito y pública de los candidatos propuestos¹⁰³. Tal y como recoge el artículo 15 de la Ley 3/2013 de creación de la CNMC, el mandato, de seis años, debe ser sin capacidad de reelección.
3. Respecto a su responsabilidad o *accountability*, la ARN debe vincular el ejercicio de su independencia a reforzar su prestigio social y su aceptación por empresas y consumidores liderando procesos de consulta pública con tiempo suficiente, debidamente documentados y transparentes. El Congreso, periódicamente (v.g.: una vez al año) debería ser informado por el Consejo de la ARN de las principales actividades desarrolladas y de los criterios aplicados en sus actividades de supervisión y regulación. La ejecución presupuestaria y las normas de contratación deberían estar supervisadas por el Tribunal de Cuentas y no por la Intervención General del Estado.
4. El *personal técnico* de la ARN debería poder desarrollar una carrera profesional que, en términos monetarios y de reputación, pudiera competir tanto con la de funcionarios de la Administración tradicional como con la de profesionales de las empresas reguladas, del mundo académico y de la

¹⁰² Ver CEER (2016b) para una descripción del estado de la cuestión en la cooperación entre ARNs en la UE en el campo de la energía en 2016.

¹⁰³ En Albi (2017) se puede encontrar la descripción de un procedimiento completo que minimiza la interferencia política en la elección de Consejeros y Presidente de las ARN.

consultoría. Esto exige una política de personal independiente de la de la Administración, aunque sometida al control presupuestario del Congreso.

5. Para facilitar la transición energética, debería asumir competencias plenas en la *supervisión* de nuevos entrantes, de las garantías exigidas en los mercados, de nuevas figuras y modelos de negocio, de formas de contratación, etc. con flexibilidad suficiente para mantener un control equilibrado que permita el desarrollo de los procesos de innovación consustanciales a esta transición.

La consulta pública que publicó el Ministerio de Economía y Comercio en marzo de 2017, acerca del Anteproyecto de Ley sobre la racionalización y ordenación de los organismos supervisores de los mercados y para la mejora de su gobernanza, anticipaba que las ARNs integradas en la CNMC se situarían bajo el manto normativo general del artículo 109 de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público, referido a las Autoridades Administrativas Independientes (AAIs), aunque la normativa específica de desarrollo del contenido, competencias y régimen jurídico de estas entidades se antepondría a esta Ley 40/2015. Una nueva Ley de organismos de supervisión sería, por tanto, la que definiría y cambiaría, una vez más, la nueva arquitectura institucional de las ARN¹⁰⁴.

El documento de lanzamiento de la Consulta Pública contiene un diagnóstico muy escueto, y en mi opinión insuficiente, como justificación de la reforma que abordará esta nueva Ley. Establece unas esperanzas excesivas en lo que se espera conseguir mediante cambios en la arquitectura institucional, al afirmar que “debe acometerse la reforma de la arquitectura institucional (...) para contar con un marco más adecuado y conforme con las mejores prácticas internacionales en el cumplimiento de las vitales funciones que se encomiendan a los organismos supervisores”. La referencia literal a las ARN, tanto en el título de la Consulta como en su contenido, es a “*organismos supervisores*” y la CNMC se define como “el organismo público con personalidad jurídica propia, independiente del Gobierno y sometido a control parlamentario, que vela por la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos”. Ninguna mención a competencias

¹⁰⁴ Se separaría nuevamente la CNMC en dos instituciones, una con la autoridad de defensa de la competencia y otra que integraría las ARN sectoriales (telecomunicaciones, energía, correos, juego, etc.), además se crearía otra AAI de seguros y planes de pensiones y otra de protección de usuarios de servicios financieros e inversores financieros. Finalmente, se integraría en la CNMV al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.

de regulación como la aprobación de tarifas, peajes y cargos; el control y supervisión de contratos en los mercados minoristas; o la colaboración con ACER y otras ARN europeas para la implementación y ejecución de Reglamentos Europeos (en particular todos los referidos a redes de transporte y distribución). La Consulta Pública transmite una visión de las ARN de energía muy en línea con la mantenida desde hace más de veinte años por los sucesivos gobiernos.

11. CONCLUSIONES

En estas dos décadas de experiencia de la ARN en el sector de la energía en España, desde la propia institución, el mundo académico, profesional y también político, se han aportado múltiples recetas, ideas y conocimientos para construir una institución independiente, eficaz como mecanismo de control y equilibrio en la política energética y garante de una regulación temporalmente consistente. En base a todo ello y más allá de que la arquitectura organizativa adoptada durante estos años, quede integrada o separada de otras ARN y en especial del órgano de competencia, no resulta difícil identificar hoy unas cuantas medidas que mejorasen su independencia formal y presupuestaria, el régimen de nombramientos, la autonomía en la gestión de personal, su supervisión y control, así como la especificación y flexibilidad de sus objetivos. En la visión de la Comisión Europea, y en particular en los trabajos de ACER y CEER, aparecen diferentes recomendaciones en este sentido. Incluso en los programas de los partidos políticos se han ido definiendo reformas bien encaminadas y tendentes a reforzar las competencias y el control de una ARN para el sector de la energía.

Pero todas estas propuestas corren el peligro de dar continuidad al pasado, en lo que se refiere a la independencia de la ARN, de no llegar a aplicarse efectivamente cuando se transforman en programas de gobierno. Lo que ha faltado, estas dos décadas de vida, es un convencimiento real desde el gobierno y desde el poder legislativo de la conveniencia de una institución efectivamente independiente que actúe como un sistema de control y equilibrio en la elaboración y ejecución de la política y de la regulación energética por el Gobierno. Por eso, las actuaciones de las distintas comisiones de energía se han percibido básicamente como actuaciones alineadas con el gobierno y con su política energética. En las escasas ocasiones en que este alineamiento no se ha producido, como en el origen de los CTCs, en algunos informes sobre procesos de fusión y adquisición, en los orígenes del bono social, en las competencias para aprobar tarifas o en la

contratación a plazo, el reparto competencial ha dejado siempre claro qué decisión prevalecía y dónde se situaba el Regulador.

Este alineamiento ha implicado costes en términos de consistencia y estabilidad en la regulación y ha retardado la consolidación de una institución independiente. Una ARN que carece de funciones regulatorias propias y exclusivas, además de una institución desprovista de su función principal, y que por tanto pudiera ser considerada innecesaria, es una institución a la que se impide el aprendizaje en el ejercicio completo de buenas prácticas, a la que se hurta la posibilidad de desarrollar una cultura interna de responsabilidad en sus actuaciones de control y balance y a la que, en consecuencia, se limita su capacidad para ofrecer una carrera a buenos profesionales incentivados por la relevancia de sus funciones y por la responsabilidad de ejercerlas.

La difícil supervivencia de la ARN de energía en estos años, además de al desempeño esforzado de quienes en ella han trabajado, hay que atribuirlo a la voluntad de las instituciones comunitarias y, particularmente, a las Directivas Europeas, por más que estas se hayan traspuesto tardía y, en ocasiones, parcialmente a nuestro ordenamiento jurídico. Mientras nuestras instituciones políticas (Partidos, Gobierno y Congreso, en especial) no estén convencidos, y con este convencimiento se escriban y apliquen las Leyes y los Reglamentos, de las ventajas para la sociedad y para la economía de una ARN de energía efectivamente independiente, ni sus procedimientos y métodos de control, ni su arquitectura, ni sus mecanismos de nombramiento, serán suficientes para conseguir su consolidación y su valoración social como una institución eficaz.

Referencias bibliográficas

ACER/CEER (2017): “*Facilitating Flexibility*”. *European Energy Regulators’ White Paper #3. Relevant to European Commission’s Clean Energy Proposals*, 22 de Mayo.

Agency for the Cooperation of Energy Regulators (2016): “Recommendations on ensuring the independence of the ACER and the NRAs”. ACER Recommendation nº 1-2016.

Agency for the Cooperation of Energy Regulators (2017): “Initial Reactions to the European Commission’s proposals on Clean Energy”, *European Energy Regulators Overview Paper*.

- Albi, E. (2017): “Cargos por Azar”. Documento de Trabajo - 2017/03. FEDEA.
- Allaz, B. y J.L. Vila (1993): «Cournot competition, Forward Markets and efficiency». *Journal of Economic Theory*, vol. 59, pp. 1-16.
- Armstrong, M., Cowan, S. y Vickers, J. (1994): *Regulatory Reform: Economic Analysis and British Experience* The MIT Press.
- Barro, R. J. y D.B. Gordon (1983): “Rules, Discretion and Reputation in a Model of Monetary-Policy”. *Journal of Monetary Economics*, Vol 12, N° 1, pp. 101-121.
- Beecher, Janice A. (2008): “The Prudent Regulator: Politics, Independence, Ethics and the Public Interest”, *Energy Law Journal*, Vol. 29.
- Bianculli, Andrea C, Xavier Fernández-i-Marin and Jacint Jordana (2013): “The World of Regulatory Agencies: Institutional Varieties and Administrative Traditions”, *Jerusalem Papers in Regulation and Governance*. Working Paper n° 58.
- Biela, J. (2014): “*What Déficit? Legitimacy and Accountability of Regulatory Agencies*”, Paper prepared for the 42nd ECPR Joint sessions, Salamanca, April.
- Busuioc, M. (2009): “Accountability, Control and Independence: The Case of European Agencies”, *European Law Journal*, Vol. 15, N° 5.
- CEER (2016a): “Principles for valuation of flexibility”, Position Paper. Ref: C16-FTF-09-03 12 July 2016.
- CEER (2016b): “NRAs cooperation in practice. Status review”, Ref: C16-LTF-48-03 13 December.
- CEER (2016c): “Safeguarding the independence of regulators”, Ref: C16-RBM-06-03 13 December.
- CEER (2017): “Guidelines of Good Practice for Flexibility Use at Distribution Level”. Consultation Paper Ref: C16-DS-29-03.
- Codognot, M-K, J-M Glachant, F. Levêque y M-A Plagnet (2002): *Mergers and Acquisitions in the European Electricity Sector: Cases and Patterns*, CERNA. August.
- Coen, D. y M. Thatcher (2005): “The New Governance of Markets and Non-majoritarian Regulators”, *Governance and International Journal of Policy and Administration*, Vol. 18, N° 3, pp. 329-346.
- Comisión Nacional de la Energía (2000a): *Informe Resumen sobre el proyecto de concentración consistente en la toma de control de Hidroeléctrica del Cantábrico S.A. por parte de Unión Eléctrica Fenosa S.A.* 26 de abril.

- Comisión Nacional de la Energía (2000b): *Informe sobre el Proyecto de Concentración Consistente en la Fusión de ENDESA, S.A. e IBERDROLA, S.A.*, 28 de noviembre.
- Comisión Nacional de la Energía (2002): *Informe de seguimiento de las Infraestructuras Referidas en el Informe Marco sobre la Demanda de Energía Eléctrica y de Gas Natural y su Cobertura*, Segundo Informe julio de 2002.
- Comisión Nacional de la Energía (2003a): “Resolución de la Comisión Nacional de Energía por la que se deniega la solicitud de autorización presentada por Gas Natural SDG, S.A. para tomar participaciones en el capital social de Iberdrola, S.A.”, 30 de abril de 2003.
- Comisión Nacional de la Energía (2003b): *Informe sobre el Balance y la Valoración de los Costes de Transición a la Competencia Cobrados y Pendientes de Cobro a Noviembre de 2003*, 4 de diciembre de 2003.
- Comisión Nacional de la Energía (2005): “Resolución de la Comisión Nacional de la Energía sobre la solicitud de autorización de Gas Natural S.D.G, S.A. de fecha 11 de octubre de 2005 de segregación en filiales y aportación de las ramas de actividad de transporte secundario y distribución y la solicitud de Gas natural SDG, S.A. de 7 de septiembre de 2005 de toma de participación en el capital social que resulte de la liquidación de la OPA presentada ante la CNMV”, 8 de noviembre.
- Comisión Nacional de la Energía (2009): “Informe 17/2009 de la CNE sobre la propuesta de Resolución del Secretario de Estado de Energía por la que se determina el procedimiento de puesta en marcha del bono social”, 18 de junio.
- Comisión Nacional de la Energía (2012): “Informe sobre el Sector Energético Español”, 7 de marzo de 2012.
- Comisión Nacional de la Energía (2013): “Informe sobre el Anteproyecto de Ley del sector Eléctrico”, 31 de julio de 2013.
- Comisión Nacional del Sistema Eléctrico (1998a): “Informe Precipitado sobre la Enmienda Relativa a la D.A. a incluir en el Proyecto de Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social de 1998”, REF I 044/98 de 10 de diciembre.
- Comisión Nacional del Sistema Eléctrico (1998b): *Sobre la modificación de la Ley 54/1997 por la que se conceden derechos a cinco empresas eléctricas por valor de 1,3 billones de pesetas no determinados en la legislación vigente. Documento 5: Valoración de los costes de transición a la competencia*, REF I 044/98 de 10 de diciembre.

- Comisión Nacional del Sistema Eléctrico (1999): *Informe sobre el Proyecto de Real decreto por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión Nacional de Energía*, Consejo de Administración de la CNSE, 29 de marzo. RefI 051/99.
- Comisión Nacional del Sistema Eléctrico (2000a): *Informe sobre posibles medidas liberalizadoras en el Sector Energético*, Informe emitido a solicitud del Vicepresidente del Gobierno, 6 y 7 de junio.
- Comisión Nacional del Sistema Eléctrico (2000b): *Informe sobre la propuesta de Orden Ministerial por la que se establece la precedencia en la repercusión del déficit de ingresos en las liquidaciones de las actividades reguladas*, Informe 12/2000 de 26 de septiembre.
- Comisión Nacional del Sistema Eléctrico (2002): *Informe 14/2002 sobre la propuesta de Real Decreto por el que se establecen las medidas básicas para hacer posible la plena liberalización del suministro eléctrico el 1 de enero de 2003*, 3 de diciembre.
- Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (2014a): *Informe sobre el desarrollo de la 25ª Subasta CESUR previsto en el artículo 14.3 de la Orden ITC/1659/2009, de 22 de Junio*. 7 de enero.
- Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (2014b): *Informe Sobre la Propuesta de Real Decreto por el que se Establece la Metodología de Cálculo de los Precios Voluntarios para el Pequeño Consumidor y su Régimen Jurídico de Contratación*. 25 de febrero. www.cnmc.es.
- Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (2016a): *Informe sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se establece la regulación de las condiciones administrativas, técnicas y económicas de las modalidades de suministro de energía eléctrica con autoconsumo y de producción con autoconsumo*. IPN/DE/011/15, 8 de julio.
- Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (2016a): *Informe sobre la Propuesta de Orden por la que se Establecen los Peajes de Acceso de Energía Eléctrica para 2017*, IPN/CNMC/029/16, 21 de diciembre.
- Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (2016b): *Informe de Supervisión de los Cambios de Comercializador. Segundo trimestre de 2016*, Expte. IS/DE/014/16, 20 de diciembre.
- Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (2017): *Informe sobre el Proyecto del Real decreto por el que se regula el consumidor vulnerable de ener-*

- gía eléctrica, el Bono Social y las condiciones de suspensión del suministro para consumidores con potencia contratada igual o inferior a 10 kw*, Expte. IPN/CNMC/009/17, 21 de junio.
- Comisión del Sistema Eléctrico Nacional (1995): *Informe sobre la Concentración del Sector Eléctrico Español*, Consejo de Administración 3 de octubre.
- Comisión del Sistema Eléctrico Nacional (1996): *Informe sobre las Consecuencias de las Distintas Formas de Venta de las Participaciones del Estado en las Empresas Eléctricas pueden tener en el Precio de la Energía Eléctrica en España en los Próximos Años*, Consejo de Administración de 11 de junio de 1996.
- Congreso de los Diputados (1995): Comisión de Industria, Energía y Turismo, sesión 34, jueves 23 de marzo.
- Congreso de los Diputados (1997): Comisión de Industria, Energía y Turismo. Sesión 13, martes 11 de marzo.
- Congreso de los Diputados (1998): Comisión de Industria, Energía y Turismo, sesión 32, martes 3 de marzo.
- Congreso de los Diputados (1999a): Comisión de Industria, Energía y Turismo, sesión 51, martes 13 de abril.
- Congreso de los Diputados (1999b): Comisión de Industria, Energía y Turismo, sesión 54, martes 28 de septiembre.
- Congreso de los Diputados (2001a): Comisión de Economía y Hacienda. Sesión nº 12, martes 6 de febrero.
- Congreso de los Diputados (2001b): Pleno y Diputación Permanente. Sesión Plenaria 123. 12 de diciembre.
- Congreso de los Diputados (2003a): Comisión de Economía y Hacienda. Sesión nº 79, martes 13 de mayo.
- Congreso de los Diputados (2003b): Comisión de Economía y Hacienda. Sesión nº 90, martes 23 de septiembre
- Congreso de los Diputados (2005): Comisión de Industria, Turismo y Comercio sesión 21, miércoles 1 de junio.
- Congreso de los Diputados (2006): Comisión de Industria, Turismo y Comercio sesión 31, miércoles 8 de marzo.
- Congreso de los Diputados (2011): Comisión de Industria, Turismo y Comercio sesión 52 (extraordinaria), martes 12 de julio.

- Congreso de los Diputados (2013): Comisión de Economía y Competitividad. Sesión 35, jueves 5 de septiembre.
- Congreso de los Diputados (2016): Comisión de Economía y Competitividad. Sesión 3, miércoles 19 de octubre.
- Congreso de los Diputados (2017): Comisión de Energía, Turismo y Agenda Digital, Sesión 5 (extraordinaria), jueves 26 de enero.
- Espinosa, M.P. (2013): “Understanding the Electricity Tariff Deficit and its Challenges”, *SEFO- Spanish Economic and Financial Outlook*, Vol. 2, nº 2.
- European Commission (2016): *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Common Rules for Internal Market in electricity*, Brussels, 30.11.2016 COM(2016) 864 final.
- Fabra, N. (editor) (2015): “The Energy Transition in Europe: Initial Lessons from Germany, the UK and France. Towards a Low Carbon European Power Sector.” Center on Regulation in Europe (CERRE).
- Fabra, J. y N. Fabra (2012): “El Déficit Tarifario en el Sector Eléctrico Español”, *Papeles de Economía Española*, 134.
- García de Enterría, Javier (1999): “La Regulación del Sector Eléctrico: Intervención Normativa sobre el Mercado y Defensa de la Competencia”, en la obra colectiva *Regulación Sectorial y Competencia*, Civitas Ediciones S.L. 1999.
- Gómez-Ferrer, R. (2003): “El Déficit de Ingresos en el Sector Eléctrico” *Revista de Administración Pública*, Nº 162, septiembre-diciembre.
- International Renewable Energy Agency (2016): “*Scaling Up Variable Renewable Power: The Role of Grid Codes*”. www.irena.org/Publications.
- Jamasb, Tooraj, Paul Nillensen y Michael Pollit (2003): “Strategic Behaviour under Regulation Benchmarking”, CMI Working Paper nº 19.
- Joskow, Paul L. (2006): “*Incentive Regulation in Theory and Practice: Electricity Distribution and Transmission Networks*”. Prepared for the National Bureau of Economic Research Conference on Economic Regulation. September 9-10, 2005.
- Kiesling, Lynne y Mark Silberg (2014): “*Regulation, Innovation, and Experimentation: The Case of Residential Rooftop Solar*”. Northwestern University. February.
- Levêque, F. y R. Monturus (2008): “*Mergers and Acquisitions within the European Power and Gas Sectors: Cases and Patterns*.” CERNA, Ecole de Mines de Paris.

- Lim, C. y A. Yurukoglu (2017): “*Dynamic Natural Monopoly Regulation: Time inconsistency, Moral Hazard and Political Environments*”. *Journal of Political Economy*. 10.1086/695474.
- Littlechild, S. (1983): *Regulation of British Telecommunications. Profitability*, Report to the Secretary of State for Industry.
- Littlechild, Stephen (2014a): “RPI-X, competition as a rivalrous discovery process, and customer engagement”, Paper prepared for the Conference: *The British Utility Regulation Model: Beyond Competition and Incentive Regulation?*, LSE 31 March 2014. Revised version 22 April 2014.
- Littlechild, S. (2014b): “*Promoting or restricting competition?: Regulation of the UK retail residential energy market since 2008*”, *Cambridge Working Papers in Economics*, EPRG Working Paper 1415.
- Maggetti, M. (2010): “Legitimacy and Accountability of Independent Regulatory Agencies: A Critical Review”, *Living Reviews in Democracy*, Center for Comparative and International studies, ETH Zurich and University of Zurich.
- Maggetti, M. (2012a): “The Media Accountability of Independent Regulatory Agencies”, *European Political Science Review*, 4(3), pp. 385-408.
- Maggetti, M. (2012b): *Regulation in Practice: the Facto Independence of Regulatory Agencies*, Colchester. ECPR Press.
- Majone, G. (1996): “Temporal Consistency and Policy Credibility: Why Democracies Need Non majoritarian Institutions” *EUI Working Paper SPS 96*, Florence: European University Institute, pp. 1-31.
- Majone, G. (2001): “Non majoritarian Institutions and the Limits of Democratic Governance: A Political Transaction-Cost Approach”, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, Vol. 157. N° 1.
- Majone, G. (2002): “Europe’s “democratic deficit”: the question of standards”, *European Law Journal* 4, pp. 5-28.
- Marín Quemada, J.M. (2014): “La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia; Una nueva Etapa para la competencia la supervisión regulatoria en España”, *Información Comercial Española*, N° 876 enero-febrero.
- Nepal, R. y T. Jamasb (2013): “Caught Between Theory and Practice: Government, Market and Regulatory Failures in Electricity Sector Reforms”, *Cambridge Working Papers in Economics*, CWPE 1308.

- Nordlinger, Eric A. (1981): *On the Autonomy of the Democratic State*. Cambridge (MA): Harvard University Press.
- OECD (2014): “*The Governance of Regulators*” OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy. OECD Publishing, Paris, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264209015-en>.
- OECD (2016): “*Being an Independent Regulator: The Governance of Regulators*”. OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264255401-en>.
- Osborne, D. y T. Gaebler (1992): *Reinventing Government*, New York: Addison Wesley Publication Co.
- Pelkmans, J. y A. Renda (2014): “Does EU regulation hinder or stimulate innovation?” *CEPS Special Report*, November.
- Pérez Arriaga, I., C. Batllé, C. Vázquez, M. Rivier y P. Rodilla (2005): *Libro Blanco sobre la Refoma del Marco Regulatorio de la Generación Eléctrica en España*. Instituto de Investigación Tecnológica (IIT). Universidad Pontifica de Comillas, Madrid.
- Platt, R. with J. Williams, A. Pardoe y W. Straw (2014): “A New Approach to Electricity Markets: How New, Disruptive Technologies Change Everything”, *Report* september 2014. Public Policy Research.
- Puppis, M., M. Maggetti, F. Gilardi, J. Biela e Y. Papadopoulos (2014): “The Political Communication of Independent Regulatory Agencies”, *Swiss Political Science Review* 20 (3).
- Rogoff, K. (1985): “The Optimal Degree of Commitment to an Intermediate Monetary Target”, *Quarterly Journal of Economics* N° 100: pp. 1169-1189.
- Saiz Chicharro, A., M.D. García Rodríguez y S. Nogales Becerra (2010): “Mercados a Plazo de Electricidad” en *Los Nuevos Mercados Energéticos*, Fundación de Estudios Financieros, *Papeles de la Fundación* n° 41.
- Sallé, C. (2012): “El Déficit de Tarifa y la Importancia de la Ortodoxia en la Regulación del Sector Eléctrico”, *Papeles de Economía Española*, N° 134.
- Scharpf, F. (1999): *Governing in Europe: Effective and Democratic?* Oxford University Press.
- Scholten, M. (2015): “Democratic Input Legitimacy of IRAs: Proposing an Assessment Framework”, *Utrecht Law Review*, Vol. 11, n° 2 (june).

- Serrano, Marina (1999): “*La Comisión Nacional de Energía: el Ejercicio de sus Funciones en el Nuevo Entorno Competitivo*” En la obra colectiva *Regulación Sectorial y Competencia*, Civitas Ediciones S.L. 1999.
- Serrano, M. (2014): “La CNMC Aprueba la Metodología de los Peajes de Transporte y distribución de Electricidad”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, Editorial La Ley. <http://www.perezllorca.com/en/actualidadPublicaciones/ArticuloJuridico/Documents/140731%20REVISTA%20DERECHO%20DE%20LA%20COMPETENCIA%20La%20CMNC%20.pdf>.
- Stone, B. (1995): “Administrative Accountability in the Westminster Democracies: Towards a New Conceptual Framework”, *Governance*, Vol. 8, nº 4.
- Strom, K., T. Bergman y W.C. Müller (2003): *Delegation and Accountability in Parliamentary Democracies*, Oxford University Press.
- Strömbäck, J. y F. Esser (2009): “Shaping politics: mediatization and media interventionism”, en *Mediatization. Concept, Changes, Consequences*, New York: Peter Lang, S205-S223.
- Trillas, F. (2010): “Independent Regulators: Theory, Evidence and Reform Proposals”, *IESE-Business School. Working Paper*, WP-860.
- Verschuere, B., K. Vershoet. F. Meyers y G. B. Peters (2006): “Accountability and Accountability Arrangements in Public Agencies”, Research Gates. www.researchgate.net/publication/265114529.
- Yarrow, G. (2011): “Response to Electricity Market Reform Consultation”, *Regulatory Policy Institute*, 8 March.

Capítulo 6

EL REGULADOR DE LAS COMUNICACIONES EN ESPAÑA

Juan Delgado¹

1. INTRODUCCIÓN

Las autoridades regulatorias independientes emergen con el objeto de aumentar la credibilidad de las políticas regulatorias (Thatcher, 2002b). Los procesos de liberalización sectorial que comenzaron en los años 80 y 90 del siglo pasado requerían de agencias independientes que garantizaran una implementación coherente y predecible de los nuevos marcos regulatorios. La independencia del poder político y de las entidades reguladas garantizaba que la aplicación de la regulación sectorial fuese consistente a lo largo del tiempo y alcanzase su objetivo final, que no era otro que aumentar el bienestar de los consumidores. La necesaria independencia debía ir acompañada de un grado suficiente de rendición de cuentas para garantizar la consecución de dicho objetivo final.

El regulador español de las comunicaciones, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), se creó en 1996, siguiendo las exigencias de la normativa comunitaria. En 2012, el Gobierno español decidió fusionar la autoridad de competencia con varios reguladores sectoriales, entre ellos el de las comunicaciones, en un único organismo regulador: la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

La CNMC se constituyó con el objeto de ahorrar costes administrativos y de aprovechar las sinergias entre los distintos reguladores sectoriales y la autoridad de la competencia². Sin embargo, el diseño de la nueva institución no respondía

¹ El autor agradece a Fabio del Alisal, Pedro Hinojo, Joaquín Osa y Héctor Otero por sus excelentes comentarios y sugerencias, y a Violeta Morón por su asistencia de investigación. Las opiniones y posibles errores son responsabilidad del autor.

² Preámbulo de la Ley 3/2013.

a los supuestos problemas que pretendía solucionar. Es más, ni siquiera se había llevado a cabo un diagnóstico previo para identificar los posibles problemas en el funcionamiento y la efectividad de los reguladores existentes y, a partir del mismo, valorar posibles diseños alternativos.

El diseño institucional no garantiza por sí solo la efectividad de una autoridad de regulación. La efectividad de la regulación depende también del marco normativo y del correcto ejercicio de sus funciones por parte de los responsables de implementar dicho marco normativo³. La reforma de los reguladores de 2012 no supuso cambios en el marco regulatorio ni dotó de mayores competencias a los reguladores ni modificó sustancialmente la forma de ejercer sus funciones.

Además, en el caso particular de las comunicaciones, las posibles sinergias con el resto de los reguladores son limitadas. El proceso de liberalización de las comunicaciones ha sido más dinámico y profundo que el de otros sectores como el del transporte o la energía. Ello ha determinado que cuestiones de crucial importancia en otros sectores, como la regulación del acceso a “cuellos de botella”, hayan perdido vigencia en el sector de las comunicaciones. La evolución tecnológica del sector ha determinado que los nuevos retos regulatorios del sector, tales como la neutralidad de la red, la interoperabilidad y la privacidad de los datos, no tengan equivalencia en otros sectores regulados.

Todo ello permite alcanzar dos conclusiones: por un lado, la reforma institucional de las agencias reguladoras está abocada a la irrelevancia si no está precedida de un diagnóstico previo y si se limita únicamente a cambios en el diseño institucional; por otro, las sinergias del sector de las comunicaciones con otros sectores de red son escasas por lo que el órgano regulatorio decisor de las comunicaciones debería ser exclusivo y distinto del resto de los sectores⁴.

El presente capítulo persigue determinar las “mejores prácticas” que garantizarían la efectividad de la agencia reguladora de las comunicaciones. Para ello, el capítulo comienza repasando brevemente la evolución del marco regulatorio europeo y español de las comunicaciones, marco que explica la estructura y funciones del regulador. A continuación, se lleva a cabo un análisis comparado de

³ Coglianese (2012) analiza los factores que determinan la efectividad de las políticas regulatorias.

⁴ Con independencia de que, para aprovechar las posibles sinergias administrativas, todos los reguladores se agrupen bajo un mismo techo.

las competencias, estructura y gobernanza de los reguladores de las comunicaciones de distintos países. El capítulo continúa con una evaluación del regulador español de acuerdo con distintos parámetros deseables. Por último, se analizan los retos futuros del sector de las comunicaciones y su impacto sobre la estructura y funciones del regulador. El capítulo concluye con 15 recomendaciones que contribuirían a mejorar la calidad y efectividad del papel del regulador español de las comunicaciones.

2. LA LIBERALIZACIÓN DEL MERCADO DE LAS COMUNICACIONES

2.1. Fundamentos económicos de la liberalización del sector de las comunicaciones

Hasta finales de la década de los años 80 del siglo pasado, el sector de las telecomunicaciones⁵ en todo el mundo se caracterizaba por la existencia de monopolios integrados verticalmente que controlaban tanto las infraestructuras como los servicios a los clientes (que se restringían casi exclusivamente a las comunicaciones de voz y, en menor medida, a la transmisión de datos)⁶. Se consideraba que el mercado de telecomunicaciones era un monopolio natural (Thierer, 1994), es decir, un mercado en el que, debido a la existencia de economías de escala y de alcance, el monopolio era la estructura de mercado más eficiente (Baldwin y Cave, 1999)⁷.

⁵ En este capítulo se utilizan de forma indistinta los términos “comunicaciones”, “telecomunicaciones” y “comunicaciones electrónicas”. El concepto de infraestructuras y servicios de comunicaciones electrónicas se utiliza en la legislación europea para denominar a las infraestructuras de transmisión de señales (con independencia del tipo de información transportada) y el transporte de señales a través de dichas infraestructuras e integra el concepto de telecomunicaciones.

⁶ Con anterioridad ya se habían dado pequeños pasos para la introducción de competencia. A principios de los años 70 en los EE.UU. con la entrada de *MCI* en la provisión de llamadas interestatales, aunque su capacidad de competir estaba muy limitada.

⁷ Para una descripción más extensa de los fundamentos de la liberalización de las telecomunicaciones ver Intven (2000).

En Europa, el mercado estaba dominado por empresas, de propiedad pública o privada⁸, que operaban en régimen de monopolio estatal, tanto para el despliegue de las redes como para la provisión de servicios de telecomunicaciones. En los Estados Unidos, el monopolio de las telecomunicaciones (*AT&T*) se había creado como consecuencia de la consolidación de diferentes monopolios de carácter local (Huurdean, 2003).

Principalmente, durante los años 80, se empezó a replantear el carácter de monopolio natural del sector de telecomunicaciones y la posibilidad de introducir competencia en ciertos segmentos del sector (Feijóo et al., 2006):

- *Factores económicos*: el proceso de liberalización de los mercados de telecomunicaciones vino precedido por un consenso creciente en los años 80 y 90 sobre los efectos beneficiosos de la competencia sobre la economía y el bienestar. Además, el debate económico empezó a preocuparse por los problemas de eficiencia en el largo plazo que podían surgir en un mercado monopólico en un sector en el que la innovación jugaba un papel muy relevante y las posibilidades de ampliar la oferta de servicios era cada vez mayor. Ello provocó que se empezara a considerar positiva la introducción de competencia en ciertos segmentos del mercado de las comunicaciones, tales como las llamadas de larga distancia.
- *Factores políticos*: los argumentos económicos favorables a la liberalización vinieron acompañados de un fuerte apoyo político, con los gobiernos de Margaret Thatcher en el Reino Unido y de Ronald Reagan en los EE.UU. A nivel europeo el apoyo decidido a la creación de un mercado único europeo impulsó la liberalización de diversos sectores que hasta entonces permanecían altamente regulados y fragmentados como el de las telecomunicaciones y el de la energía (Joskow, 2008).
- *Factores tecnológicos*: los cambios tecnológicos también favorecieron la factibilidad de liberalizar el mercado. El creciente uso de los servicios de comunicaciones de voz y de datos provocó la necesidad de realizar nuevas inversiones para evitar la saturación de las redes existentes. Ello vino acompañado de una reducción de los costes de las infraestructuras (infraestructuras de transmisión, centrales de conmutación, tecnologías de la informa-

⁸ Por ejemplo, *Deutsche Telekom* y *France Telecom* eran empresas 100% públicas, mientras que *Telefónica* era una empresa de capital mixto.

ción, etc.), lo que cuestionó el paradigma del sector como un monopolio natural (Cronin et al., 1997), favoreciendo la replicación (parcial) de las infraestructuras, tales como las redes de comunicaciones de larga distancia. Al mismo tiempo, la liberalización también se vio favorecida por la aparición de nuevas tecnologías potencialmente competidoras (comunicaciones móviles y la posibilidad de ofrecer servicios de comunicaciones electrónicas en las antiguas redes de televisión por cable) y por la digitalización creciente de las redes. El continuo cambio tecnológico acaecido en el sector de las comunicaciones electrónicas es uno de los principales factores dinamizadores del proceso de liberalización y que lo diferencian de otros sectores como la energía y el transporte en los que los cambios tecnológicos han sido de menor calado y el proceso de liberalización ha sido más lento⁹.

Estos factores económicos, políticos y tecnológicos promovieron la identificación de aquellos segmentos de las redes y servicios de comunicaciones en los que la competencia era factible y el diseño de una regulación para permitir la competencia en aquellos segmentos en los que la duplicación de infraestructuras y la existencia de competencia era viable (como las llamadas de larga distancia) y para garantizar el acceso de los nuevos operadores a los segmentos no competitivos (como la última milla o “bucle local”) (Kessides, 2004).

2.2. Primeros pasos: la liberalización en los EE.UU. y el Reino Unido

La apertura a la competencia se inició a principios de los años 70 en los EE.UU. con la entrada de *MCI* en la provisión de llamadas interestatales, aunque su capacidad de competir en el mercado estuvo muy limitada hasta principios de los 80. En 1984, la compañía *AT&T*, que operaba como un monopolio de facto, fue dividida en un operador de llamadas de larga distancia (*AT&T*) y en varios monopolios locales (las llamadas *Baby Bells*). Con esta separación estructural se facilitaba la competencia en los servicios de larga distancia entre *AT&T* y los operadores alternativos como *MCI*: la desvinculación del segmento de llamadas

⁹ Humphreys y Padgett (2006) analizan las diferencias en el proceso de liberalización entre los sectores de las comunicaciones y de la electricidad de Francia y Alemania y destacan el cambio tecnológico y la presión competitiva de la globalización como factores determinantes que aceleraron el proceso de liberalización de las comunicaciones frente a la energía.

locales y de larga distancia eliminaba los incentivos de las *Baby Bells* a limitar la entrada en los mercados de larga distancia y/o a perjudicar a los nuevos entrantes (Stone, 1989)¹⁰.

En Europa, el proceso de liberalización lo lideró el Reino Unido en los años 80.¹¹ Durante esta década, se creó la empresa de telecomunicaciones *British Telecom* (BT) al segregarla de la empresa pública postal, se otorgó una licencia para un segundo operador de líneas fijas (*Mercury Communications*), se creó el regulador sectorial OFTEL, se establecieron obligaciones de acceso e interconexión a la red de BT y se privatizó el 51 por ciento de BT (Armstrong et al., 1994).

Durante la década de los 90, el Reino Unido continuó liderando el proceso de liberalización con la entrada de los operadores de televisión por cable en la provisión de telefonía de voz y la introducción de la separación funcional y contable entre los segmentos no competitivos de BT (bucle local) y el resto de las actividades en las que la competencia era factible (llamadas de larga distancia y servicios integrados para empresas).

2.3. La liberalización de las comunicaciones en la UE

En parte en paralelo, y en parte siguiendo el ejemplo del proceso de liberalización británico, la Unión Europea inició, en 1987, con la publicación del Libro Verde de Telecomunicaciones¹² un lento proceso de liberalización que comenzó en 1988 con la liberalización de los mercados de equipos y de servicios de valor añadido y culminó en 1998 con la liberalización completa de los servicios y redes de comunicaciones en todos los estados miembros de la UE¹³.

¹⁰ Para una descripción detallada del proceso de liberalización de las telecomunicaciones en EE.UU. ver Chang et al (2003), Crandall (2000) y Crandall (2010).

¹¹ Para una descripción detallada del proceso de liberalización de las telecomunicaciones en Reino Unido ver Beesley y Littlechild (1989), Chang et al (2003) y Feijóo et al. (2006).

¹² *Towards a Dynamic European Economy. Green Paper on the Development of the Common Market for Telecommunications Services and Equipment.* COM (87) 290 final, 30 June 1987.

¹³ El proceso de liberalización de las comunicaciones en Europa ha sido analizado por diversos autores (por ejemplo, Bauer, 2014; Belloc, Nicita y Parcu, 2013; de Streel, 2008; Eliassen y Sjoavaag, 1999; Michalis, 2006; Noam, 1992; Thatcher, 2002a). El objeto de esta sección es repasar los principales hitos del proceso.

2.3.1. De la regulación por servicios y tecnologías a la regulación transversal basada en la ausencia de competencia efectiva

La regulación de las comunicaciones en Europa ha evolucionado desde un esquema inicial de regulación sectorial, por tipo de servicio y de tecnología, a un esquema basado en los principios de la política de la competencia, en el que la regulación responde a situaciones de falta de competencia y es aplicable transversalmente a todos los servicios y tecnologías.

La liberalización del mercado de las comunicaciones en Europa, en 1998, se apoyó sobre dos principios: en primer lugar, la libertad de entrada en el mercado, por la cual se eliminaban los derechos exclusivos de los antiguos monopolios y las restricciones al establecimiento y operación de nuevos operadores; y, en segundo lugar, las obligaciones de acceso e interconexión mediante las cuales se obligaba a los antiguos monopolios a facilitar el acceso a su red a los nuevos entrantes a precios regulados para originar o terminar llamadas. El marco liberalizador incluía también la regulación de un nivel de servicio de telecomunicaciones mínimo a los usuarios finales (lo que se conoce como “servicio universal”) y la creación de las Autoridades Nacionales de Regulación (ANRs).

La reforma de 2002 implicó un cambio de paradigma y estableció el esqueleto de la regulación actual de las comunicaciones electrónicas en la Unión Europea. El objetivo de la reforma de 2002 era profundizar en la neutralidad tecnológica y flexibilizar la regulación, de forma que esta se aplicase de forma consistente a todos los servicios y tecnologías y se adaptase a la evolución del mercado.

La reforma de 2002 estableció principios regulatorios globales aplicables a todos los mercados de comunicaciones electrónicas¹⁴. El nuevo paquete liberalizador limitó la regulación ex ante a aquellos segmentos que no hubieran alcanzado un nivel de competencia efectiva suficiente y en los que los instrumentos de la política de la competencia no fueran suficientes para resolver esa ausencia de competencia efectiva. Con esta modificación se introdujo el principio de míni-

¹⁴ Este paquete estaba compuesto por una directiva Marco 2002/21/CE y cuatro directivas específicas que la acompañaban: la directiva de Protección de Datos (2002/58/CE); la directiva de Acceso (2002/19/CE); la directiva de Autorización (2002/20/CE) y la directiva de Servicio Universal (2002/22/CE).

ma intervención regulatoria¹⁵, ajustándose la regulación a la situación competitiva de los mercados y apuntando a su desaparición en caso de que un segmento determinado alcanzase un nivel de competencia efectiva suficiente. El nuevo enfoque regulatorio implicaba la adopción de “remedios” regulatorios ajustados a los problemas competitivos detectados y promovía la aplicación de estos remedios a los mercados mayoristas frente a los mercados minoristas, siempre que la imposición de regulación en los mercados mayoristas solventase la posible falta de competencia en los mercados minoristas.

En este marco, la Comisión Europea establece los mercados candidatos a ser regulados¹⁶ de acuerdo con unos criterios preestablecidos¹⁷ y las ANRs deben analizar la existencia de competencia efectiva y de operadores con poder significativo de mercado (PSM)¹⁸ en cada uno de ellos¹⁹. En caso de detectar que uno o varios operadores tienen PSM, las ANRs deberán imponer alguno de los posibles remedios que se recogen en las directivas²⁰. La Comisión Europea revisa periódicamente el listado de mercados candidatos a ser regulados, que variará en función de la evolución de los mercados.

¹⁵ Ver Farr y Oakley (2002) y De Strel (2003) para un mayor detalle sobre el Paquete regulatorio de 2002.

¹⁶ Ver, por ejemplo, la más reciente revisión de los mercados por parte de la Comisión Europea de 2014 (Recomendación 2014/710/UE de la Comisión, de 9 de octubre de 2014, relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación ex ante. Diario Oficial OJ L 295, 11.10.2014, p. 79–84).

¹⁷ La determinación de la lista de mercados susceptibles de ser regulados se lleva a cabo teniendo en cuenta tres criterios: (i) la existencia de barreras a la entrada de carácter estructural, legal o regulatorio; (ii) la situación competitiva y la posibilidad de que la competencia efectiva se desarrolle por sí misma en un periodo razonable de tiempo; y (iii) la insuficiencia de la aplicación de la normativa de competencia para resolver la situación de ausencia de competencia efectiva.

¹⁸ El concepto de “poder significativo de mercado” se alinea con el concepto de “dominancia” utilizado en la normativa de competencia (artículo 102 del TFUE).

¹⁹ Se puede consultar la última revisión de los mercados de comunicaciones realizada por la CMT en 2013 en: <https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/telecomunicaciones/analisis-mercados>.

²⁰ Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco).

La reforma de 2009²¹ se construyó sobre la estructura normativa establecida por la reforma de 2002, y su principal objetivo era garantizar la coherencia en la aplicación del marco normativo en los países de la Unión Europea así como dotar a los reguladores de mayores poderes para aplicar remedios más drásticos, como la separación estructural entre operadores de red y proveedores de servicios. La normativa vigente, hasta el momento, había permitido avanzar en el proceso liberalizador pero no en la creación de un mercado único europeo: los mercados de servicios de comunicaciones electrónicas seguían siendo fundamentalmente de carácter nacional.

Con el objeto de aumentar la coherencia de la regulación en Europa, se creó el BEREC (*Body of European Regulators of Electronic Communications*), que es un órgano de coordinación de reguladores nacionales, se dotó a la Comisión Europea de poderes para supervisar los remedios impuestos por los reguladores nacionales²² y se dotó también a la Comisión Europea de mayores poderes para adoptar medidas de armonización. Por último, las ANRs adquirieron la potestad para imponer obligaciones de separación estructural como último recurso para introducir competencia en aquellos mercados donde los remedios recogidos en la reforma del 2002 no resultaban efectivos.

El peso de la regulación de las comunicaciones electrónicas se ha ido reduciendo de forma paulatina. El número de mercados candidatos a ser regulados ha pasado de 18 en 2003²³ (siete minoristas y once mayoristas) a siete en 2007, y a únicamente cuatro mercados en 2013. En 2017 únicamente son considerados mercados relevantes por la Comisión Europea el mercado mayorista de termi-

²¹ El nuevo paquete regulatorio de 2009 está formado por la Directiva 2009/140/EC que modifica las Directivas Marco (2002/21/EC), de Acceso (2002/19/EC), de Autorización (2002/20/EC), de Servicio Universal (2002/22/EC) y de Privacidad (2002/58/EC). También forma parte del paquete la Directiva de Usuarios (2009/136/CE) y el Reglamento del BEREC (1211/2009), que regula el ente europeo de coordinación de los reguladores nacionales.

²² Hasta entonces cabía la posibilidad de que ante problemas similares detectados por la ANRs, se impusieran remedios distintos en distintos países. La reforma de 2009 persigue garantizar la coherencia de los remedios.

²³ Recomendación de la Comisión, de 11 de febrero de 2003, relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación ex ante de conformidad con la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. Diario Oficial L 114, 8.5.2003, pp. 45-49.

nación de llamadas en redes telefónicas fijas²⁴; el mercado mayorista de terminación de llamadas de voz en redes móviles²⁵; y los mercados mayoristas de banda ancha²⁶.

2.3.2. *El futuro del marco regulatorio europeo de las comunicaciones*

La revisión de 2017, de la regulación de las comunicaciones electrónicas, persigue, por un lado, responder a la creciente demanda de conectividad fija e inalámbrica que requiere de mayores inversiones en infraestructuras y, por otro, adaptarse a los cambios tecnológicos reconociendo asimismo el vínculo entre las redes de comunicaciones y los servicios que se ofrecen sobre las mismas²⁷. Las principales reformas están orientadas a: (i) facilitar la inversión en nuevas infraestructuras haciendo compatibles regulación, competencia e incentivos a la inversión; (ii) la extensión del ámbito de aplicación de la regulación hacia nuevos tipos de operadores y servicios como los servicios *Over-The-Top* (OTT)²⁸; y (iii) la profundización del mercado único digital mediante la armonización de las competencias de las ANRs y la armonización de la gestión del espectro.

Las medidas encaminadas al *fomento de la inversión* implican facilitar la compartición de infraestructuras y el despliegue conjunto de redes y adaptar las condiciones de acceso a las redes de los operadores con PSM a las condiciones competitivas.

La tendencia hacia la desregulación de los servicios de comunicaciones irá acompañada de una *extensión de la regulación a los servicios OTT* de forma que servicios equivalentes estén sujetos a la misma (mínima) regulación, con independencia de la tecnología utilizada para su prestación.

²⁴ Mercado 1 de la Recomendación de la Comisión.

²⁵ Mercado 2 de la Recomendación de la Comisión.

²⁶ Mercados 3a (acceso mayorista al bucle local o mercado mayorista de acceso directo), 3b (acceso indirecto) y 4 (conexiones de alta calidad punto a punto destinada a empresas de la Recomendación de la Comisión).

²⁷ Propuesta de Directiva por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas.

²⁸ Los servicios OTT son aquellos servicios que se ofrecen a través de la red pública de Internet, tales como contenidos audiovisuales (*Netflix*), llamadas (*Skype*) o mensajes (*Whatsapp*).

Por último, la reforma persigue **armonizar la gestión del espectro** estableciendo, por ejemplo, un plazo común para las concesiones; armonizar y reforzar el papel de las ANR y dotar al BERECA de un mayor papel consultivo y de funciones técnicas.

2.4. La liberalización y la regulación de las comunicaciones en España

El marco legal de la liberalización de las telecomunicaciones en España se deriva de la normativa europea por lo que el proceso de liberalización siguió el camino establecido por la Unión Europea. A pesar de que en un primer momento se negoció una moratoria de cinco años para proceder a la liberalización, finalmente España aprobó la liberalización de sus telecomunicaciones en 1996²⁹.

Con anterioridad a 1996 ya se habían dado los primeros pasos de la liberalización, rompiendo el monopolio que durante décadas mantenía *Telefónica*, al abrir ciertos segmentos mayoristas de telecomunicaciones a un segundo operador (*Retevisión*); al establecer las bases para la creación de operadores de cable regionales, con la Ley de Cable de 1995³⁰, que instauraba un régimen de dos operadores de cable (*Telefónica* y un operador alternativo designado mediante concurso público) por área; y al otorgar la primera licencia móvil a un operador alternativo en 1995 (*Airtel*).

En 1996 se creó la Comisión de Mercado de Telecomunicaciones (CMT), se fijó la fecha de la liberalización completa del mercado a finales de ese mismo año, se dio entrada a un segundo operador de telefonía fija en enero de 1998 (*Retevisión*), se permitió que los operadores de cable empezaran a comercializar servicios de telecomunicaciones en 1998, se garantizó el derecho de los operado-

²⁹ Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica. La legislación fue posteriormente convalidada mediante la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones. La Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones establece el nuevo régimen regulatorio del sector de las telecomunicaciones.

³⁰ Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de las telecomunicaciones por cable. «BOE» núm. 306, de 23 de diciembre de 1995, páginas 36790 a 36796.

res entrantes a interconectarse con la red de *Telefónica*³¹ y se establecieron obligaciones de servicio universal al monopolio histórico³².

El proceso de liberalización, en sus primeros pasos, fue lento y con un sistema de licencias y autorizaciones que limitaba el número de nuevos entrantes. El sistema de licencias se suprimió en 2003, con la transposición de la reforma europea de 2002³³.

En España hubo ciertas particularidades políticas adicionales que favorecieron la apertura del mercado de las telecomunicaciones (Calzada y Costas, 2013): *“La llegada al poder del primer gobierno del Partido Popular, que consideraba la liberalización de los mercados y la privatización de las empresas públicas una política fundamental para la modernización de la economía española. En este sentido, el gobierno aprobó el Real Decreto de liberalización en junio de 1996, tan sólo un mes después de su toma de posesión.*

La necesidad de cumplir los criterios del Tratado de Maastricht en materia de inflación, que puso en el punto de mira los sectores no abiertos a la competencia con un comportamiento más inflacionista”.

A pesar de la creación de la CMT, como regulador independiente, en su primera etapa, el Gobierno mantenía algunas funciones relevantes como la aprobación de los precios minoristas de *Telefónica*, que fue competencia del Gobierno hasta 2005 (López, 2009). De este modo, la fijación de precios siguió respondiendo más a un equilibrio entre la universalización del servicio y el control de la inflación que al fomento de la competencia y la liberalización del mercado (Calzada y Costas, 2013).

En el año 2000 se introdujo un sistema de regulación de precios de *price cap* mediante el cual, en lugar de regular los precios individuales de cada producto,

³¹ Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio, por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrolla el Título II de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, en lo relativo a la interconexión y al acceso a las redes públicas y a la numeración.

³² Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrolla el Título III de la Ley General de Telecomunicaciones en lo relativo al servicio universal de telecomunicaciones, a las demás obligaciones de servicio público y a las obligaciones de carácter público en la prestación de los servicios y en la explotación de las redes de telecomunicaciones.

³³ Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones. BOE núm. 264, de 04/11/2003.

se establecían precios máximos para diversas cestas de productos³⁴. Con este sistema se permitía cierta flexibilidad a *Telefónica* para el establecimiento del precio de cada servicio favoreciendo la inversión y las mejoras en la productividad frente al sistema anterior de regulación de precios por servicio (Liston, 1993). En 2012 se suprimió, definitivamente, la regulación de precios a nivel minorista (hasta ese año la CMT todavía regulaba el precio de la cuota de línea fija)³⁵.

En cuanto a la regulación de la banda ancha, la regulación de los precios minoristas se limitó al periodo 2001-2003³⁶, mientras que la regulación mayorista se mantiene hasta la actualidad (López, 2009)³⁷. A pesar de que los precios minoristas no están regulados sí que existe una obligación de *Telefónica* de comunicar su estructura de ofertas minoristas para que el regulador pueda evaluar la replicabilidad de las ofertas por parte de los operadores alternativos³⁸.

La transposición del llamado “Paquete Telecom”, de 2002, y el cambio de paradigma de la regulación se hizo en España a través de la Ley General de Telecomunicaciones de 2003³⁹. Con esta reforma se reducía el papel político en el proceso de liberalización y se daba paso a una etapa caracterizada por un regulador de telecomunicaciones con amplios poderes para vigilar el mercado y fomentar la competencia. Desde la entrada en vigor de este nuevo sistema de regulación, la CMT fue reduciendo paulatinamente los mercados regulados, manteniéndose en 2017 en nueve mercados frente a los cuatro que mantiene la Recomendación

³⁴ “En el año 2001 se definieron tres cestas y subcestas. La cesta 1 incluía el servicio de telefonía fija: cuotas de abono líneas individuales, cuotas de abono líneas de enlace [...] y las llamadas fijo a móvil [...], esta cesta quedó regulada mediante IPC-9%” (López, 2009).

³⁵ Resolución por la cual se aprueba la definición y el análisis del mercado minorista de acceso a la red telefónica pública en una ubicación fija, la designación del operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea y al Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas (MTZ 2012/1302).

³⁶ La Ley 11/1998 permitía la regulación de los precios de manera transitoria de cualquier servicio de telecomunicaciones.

³⁷ El regulador de telecomunicaciones mantiene la regulación de los precios mayoristas de Banda Ancha, en particular el acceso directo (acceso al bucle desagregado y al bucle compartido) y el acceso indirecto (servicio mayorista de acceso de banda ancha NEBA).

³⁸ En caso de no ser replicables, el regulador podría proceder a bloquear la citada oferta minorista o a modificar la oferta mayorista para garantizar la replicabilidad.

³⁹ Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones. BOE núm. 264 de 4 de noviembre de 2003.

europea, entre los cuales sólo se encuentra un mercado minorista (acceso a la red telefónica fija)⁴⁰.

Por último, la Ley 9/2014⁴¹ incorpora al marco legislativo español las reformas de 2009 del marco europeo e incorpora, asimismo, las provisiones recogidas en la Ley 3/2013 de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC)⁴², atribuyendo a dicha Comisión las competencias de regulación y resolución de conflictos reconocidas por la normativa comunitaria.

Paralelamente a la liberalización de la telefonía fija se produjo la liberalización de la telefonía móvil siguiendo un esquema similar. En 1994, el gobierno otorgó una licencia a *Airtel* (posteriormente adquirido por *Vodafone*) para convertirse en el segundo operador de telefonía móvil y en 1998 a un tercer operador, *Amena* (posteriormente adquirido por *Orange*). La mayor facilidad para la consolidación de operadores alternativos en la telefonía móvil (menores necesidades de inversión, mayor crecimiento de la demanda y menor penetración del operador histórico) permitió que el Gobierno desregulase totalmente los precios en 1998 al considerar que el mercado ya estaba consolidado (Calzada y Estruch, 2011). Posteriormente, en el año 2006, se produjo la entrada del cuarto operador móvil (*Yoigo*).⁴³ Ese mismo año se aprobó la regulación que permitiría la entrada en el mercado de los Operadores Móviles Virtuales (OMV)⁴⁴, que son operadores móviles sin red propia⁴⁵.

⁴⁰ Además de los cuatro mercados incluidos en la recomendación de la Comisión Europea de 2014 (terminación de llamadas en redes fijas, acceso local mayorista a redes fijas, acceso de alta calidad a redes fijas y terminación de llamadas en redes móviles), en España también están potencialmente sujetos a regulación cinco mercados adicionales (acceso minorista a redes fijas, originación de llamadas en redes fijas, líneas alquiladas terminales mayoristas, líneas alquiladas troncales mayoristas y transmisión de señales de televisión).

⁴¹ Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

⁴² Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia.

⁴³ El operador *Xfera Móviles S.A.* obtuvo una licencia UMTS, mediante concurso, en el año 2000 pero no comenzó a operar hasta 2006.

⁴⁴ Si bien la entrada de los OMV se preveía en la Orden Ministerial CTE/601/2002, de 14 de marzo, la entrada efectiva no se produjo hasta 2006 tras la intervención de la CMT mediante la resolución de 2 de febrero de 2006, que estableció la obligación de dar acceso a terceros a la red de los operadores con poder significativo de mercado.

⁴⁵ Los OMV tienen acuerdos de acceso con operadores de redes móviles para ofrecer servicios sobre su red.

3. LA CREACIÓN Y JUSTIFICACIÓN DE LOS REGULADORES SECTORIALES INDEPENDIENTES

Las autoridades de regulación independientes “se crean con el objeto de aumentar la credibilidad de los compromisos del regulador, al ser este independiente y autónomo de los políticos electos” (Thatcher, 2002b).

La independencia del regulador, tanto del poder político como de las empresas reguladas, se establece como un requisito esencial para el buen funcionamiento del mismo (Carpenter y Moss, 2014)⁴⁶. Sin embargo, no debe olvidarse que la independencia del regulador no es en sí misma un objetivo, sino un instrumento para garantizar la efectividad de la regulación (OECD, 2000). La efectividad del regulador depende no solo de su independencia, sino de otros factores institucionales como la organización interna y la capacidad técnica de los directivos y el personal; y de la existencia de un marco regulatorio efectivo y una buena implementación del mismo.

La independencia del regulador persigue que la aplicación de la regulación sea neutral y no discriminatoria y, al mismo tiempo, que no esté sujeta a ciclos políticos garantizando, de esta forma, la confianza de los inversores y reduciendo el riesgo regulatorio.

La neutralidad y el carácter no discriminatorio de las actuaciones del regulador cobran especial relevancia en el caso de que el estado posea intereses económicos en alguno de los operadores, como era el caso de la mayor parte de los antiguos monopolios en Europa en las primeras fases de la liberalización.

La desvinculación del regulador de los ciclos políticos evita que los gobiernos puedan distorsionar la senda óptima de inversión promoviendo, por ejemplo, una inversión excesiva en periodos pre-electorales. Asimismo, la independencia del regulador del poder político soluciona los “problemas de compromiso”⁴⁷ con

⁴⁶ No obstante, la propia independencia del regulador puede reducir la posibilidad de influencia de las empresas en la regulación cuando es el poder político el que está capturado por el regulador (Barkow, 2010).

⁴⁷ Los problemas de compromiso suceden cuando existen dudas sobre la capacidad de compromiso de un regulador a unos objetivos de largo plazo. Por ejemplo, si el regulador se compromete a garantizar la rentabilidad de cierta infraestructura en el largo plazo pero su compromiso no es creíble, el regulado anticipará que el regulador cancelará dichos compromisos en el futuro y, por lo tanto, no realizará la inversión.

objetivos a largo plazo (Levy y Spiller, 1996). Los gobiernos pueden tratar de imponer una agenda a corto plazo sobre el regulador que sea inconsistente con sus objetivos a largo plazo. La independencia reduce la posibilidad de que el regulador se desvíe de su agenda de largo plazo.

La independencia debe ser no sólo formal sino también “de facto” (Gilardi y Maggetti, 2011; Kovacic, 2011). La independencia formal requiere que las funciones y competencias del regulador estén claramente especificadas en sus estatutos y que no estén sujetas a revisión o interpretación de forma continua; que el nombramiento del presidente y los consejeros responda a criterios de mérito y no de afinidad política así como que la duración de su mandato no coincida con la de las legislaturas; que sus decisiones no estén sujetas a revisión gubernamental; y que la institución sea independiente tanto financiera⁴⁸ como organizativamente⁴⁹.

La independencia “de facto” se refiere a la independencia en la operación del día a día en el trato con el gobierno y las empresas reguladas, en los posibles conflictos de intereses de los consejeros y el presidente y en la regulación de las llamadas “puertas giratorias” para evitar que los directivos puedan actuar guiados por la promesa de un futuro profesional en el gobierno o en las empresas reguladas.

Así, el regulador se convierte en el responsable de aplicar las políticas determinadas por el Gobierno a través de la legislación de forma transparente, imparcial, objetiva y no politizada.

La independencia debe ir acompañada de un grado suficiente de rendición de cuentas (Kovacic y Hyman, 2012): el regulador debe rendir cuentas de sus actuaciones ante la sociedad y/o ante el poder político para lo cual es necesario mejorar la transparencia de las actuaciones del regulador, supeditar su actividad a una serie de normas claras y objetivas, y establecer mecanismos de control parlamentario, tales como las comparecencias del presidente de la autoridad ante el parlamento.

La legislación europea exige que las ANRs sean entidades independientes, imparciales y transparentes⁵⁰; y que estén sujetas a un mecanismo de recurso

⁴⁸ Es decir, que tenga fuentes de financiación independientes del presupuesto público.

⁴⁹ Es decir, que tenga capacidad para decidir sobre su estructura y organización internas estableciendo, por ejemplo, su propia estructura salarial y la asignación interna de responsabilidades.

⁵⁰ Artículo 3 de la Directiva Marco 2002/21/CE.

efectivo⁵¹. Asimismo, asigna a las ANRs las funciones de promoción de la competencia, de contribuir al desarrollo del mercado único europeo y de la promoción del interés de los ciudadanos europeos⁵².

4. LA AUTORIDAD DE REGULACIÓN DE LAS COMUNICACIONES EN ESPAÑA: UN ANÁLISIS COMPARADO

4.1. Creación e historia

España fue el segundo país europeo, después del Reino Unido, en crear una ANR, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) (Calzada y Costas, 2013).

La CMT fue creada, en 1996, como una agencia independiente y con el objetivo de “salvaguardar las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones, velar por la correcta formación de los precios en este mercado y ejercer de órgano arbitral en los conflictos que surjan en el sector”⁵³.

A modo de resumen, y sin ánimo de ser exhaustivo, diversos hitos han marcado la historia de la CMT:

1. La *puesta en marcha de la CMT* tuvo lugar en 1997 con el nombramiento de su primer presidente y el establecimiento de su sede en Madrid. La primera actuación relevante en la que el regulador mostró su vocación de independencia y su compromiso con el proceso de liberalización fue la paralización de los llamados “Planes Claros” de Telefónica, una oferta de Telefónica destinada a impedir la incipiente entrada en el mercado del segundo operador Retevisión⁵⁴.

⁵¹ Artículo 4 de la Directiva Marco 2002/21/CE.

⁵² Artículo 8 de la Directiva Marco 2002/21/CE.

⁵³ Real Decreto-ley 6/1996, de 7 de Junio, de Liberalización de las Telecomunicaciones, y posteriormente convalidado con la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones.

⁵⁴ Resolución de la CMT de 3 de marzo de 1998. Los “Planes Claros” fueron posteriormente objeto de un expediente sancionador por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia (Resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 8 de marzo de 2000) que fue posteriormente anulado por el Tribunal Supremo mediante sentencia de 20 de junio de 2006.

2. En 1998, se aprueba la *primera Oferta de Interconexión de Referencia* (OIR) y en 2001 la primera Oferta del Bucle de Abonado (OBA). Ambos documentos establecen las condiciones técnicas y económicas de acceso a la red de Telefónica, constituyendo elementos esenciales para el proceso de liberalización del sector.
3. En 2003, la *entrada en vigor de la Ley 32/2003 General de Telecomunicaciones*, que transpone a la legislación española el nuevo marco legislativo europeo, *cambia el papel del regulador* y marca el inicio del camino hacia una regulación menos intervencionista y con menor sujeción al poder político. Asimismo, la nueva regulación asigna un papel a las autoridades de competencia en la definición de los mercados candidatos a ser regulados y en la determinación de los operadores con PSM, lo que será fuente de conflictos entre la CMT y la autoridad de competencia (el Servicio de Defensa de la Competencia y, posteriormente, la Comisión Nacional de la Competencia, CNC).
4. En 2004, se produjo el *traslado de la sede de la CMT a Barcelona* con el objeto de contribuir a la descentralización de la administración española⁵⁵. El traslado a Barcelona supone una importante pérdida de capital humano y una ralentización de la actividad del regulador. Como consecuencia del traslado a Barcelona, la institución pierde más del 75% de sus trabajadores con el consiguiente posible efecto sobre la calidad de la actividad reguladora.
5. En 2006, la CMT hace efectiva la posibilidad de *entrada en el mercado de los Operadores Móviles Virtuales* (OMVs), aumentando la competencia en la provisión de servicios de comunicaciones móviles. Los OMVs ya estaban previstos en la legislación española desde 2002⁵⁶, pero no fue hasta 2006 cuando, amparándose en el nuevo marco normativo europeo, la CMT estableció las condiciones de acceso a las redes de los operadores de redes móviles que permitían la entrada efectiva de OMVs en el mercado.

⁵⁵ Disposición adicional única del Real Decreto 2397/2004, de 30 de diciembre, por el que se regulan determinados aspectos organizativos en el ámbito del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.

⁵⁶ Orden Ministerial CTE/601/2002, de 14 de marzo.

6. En 2007, la Comisión Europea sanciona a Telefónica por el carácter anticompetitivo de sus precios de servicios de banda ancha que habían sido previamente aprobados por la CMT⁵⁷. La decisión abre un *conflicto entre la Comisión Europea y la CMT* que se siente desautorizada por la decisión de la Comisión. De forma inédita, el Gobierno español, con el apoyo de la CMT, recurre la decisión de la Comisión Europea que sanciona a una empresa privada (y no al propio Gobierno).
7. En 2010, el Tribunal Supremo determina que la CMT no tiene facultad para sancionar conductas infractoras de la Ley de Defensa de la Competencia⁵⁸, delimitando el ámbito de actuación de la CMT. La sentencia pone fin a una serie de conflictos de competencias entre la autoridad de defensa de la competencia y el regulador de las comunicaciones.
8. En 2013 se produjo la *integración de la CMT en la nueva CNMC*⁵⁹, junto con la CNC y los demás organismos reguladores sectoriales (Telecomunicaciones, Energía, Postal, Ferroviario, Aeroportuario y Audiovisual). La integración no implica una modificación sustancial en sus funciones. Las funciones del anterior regulador de las comunicaciones pasaron a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual (DTSA), que también asume ciertas funciones adicionales en el sector audiovisual.

4.2. Funciones

De acuerdo con la Ley 32/2003⁶⁰, las funciones de la CMT consisten en la supervisión y control del mercado de comunicaciones electrónicas mediante el arbitraje en la resolución de conflictos, el control del cumplimiento de las obligaciones de servicio público, la adopción de medidas para asegurar la libre com-

⁵⁷ Decisión de la Comisión Europea, de 4 de julio de 2007, relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 82 del Tratado CE (Asunto COMP/38.784 - *Wanadoo España* contra *Telefónica*. Resumen publicado en el Diario Oficial de la UE C 83, 2.4.2008, pp. 6-9). La decisión fue ratificada por el Tribunal General (sentencias T-336/07 y T-398/07, 29 de marzo de 2012) y por el Tribunal Europeo de Justicia (sentencia C-295/12 P de 10 de julio de 2014).

⁵⁸ STS 3389/2010, de 29 de junio de 2010.

⁵⁹ Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. BOE nº 134, de 5 de junio de 2013, pp. 42191-42243.

⁶⁰ La Ley 9/2014 no modifica sustancialmente las competencias del regulador.

potencia, la fijación de los precios de interconexión y el ejercicio de la potestad sancionadora.

La integración de la CMT en la CNMC no ha supuesto un cambio sustancial en sus funciones. La Ley 32/2003 asignaba otras funciones a la CMT que hoy han perdido vigencia, como la de asignación de numeración a los operadores, que fue traspasada al Ministerio tras la integración en la CNMC, y la labor de informe de las propuestas de tarifas, que ya no es operativa al desaparecer la regulación de los precios minoristas. La Ley 3/2013 replica las funciones de la ley precedente y hace explícitas algunas de las funciones existentes relativas a la aplicación de la normativa sectorial como la definición de los mercados susceptibles de ser regulados, la identificación de operadores con poder significativo de mercado o el establecimiento de las obligaciones específicas que correspondan a los operadores con poder significativo de mercado⁶¹.

El regulador español no destaca por sus competencias diferenciales respecto a sus equivalentes europeos. Por el contrario, el regulador español se ha caracterizado por una menor cobertura sectorial (hasta su integración en la CNMC) y por unas menores competencias dentro del sector de las comunicaciones.

En cuanto a la cobertura sectorial, hasta su integración en la CNMC, la ANR española únicamente tenía competencias sobre la regulación del sector de las comunicaciones. En otras jurisdicciones (ver tabla 1), los reguladores también tienen competencias sobre otros sectores como el audiovisual (Australia, Estados Unidos, Italia y Reino Unido), el postal (Alemania, Francia, Italia, Países Bajos, Polonia y Reino Unido) o la gestión de internet (Dinamarca). La integración en la CNMC implica que el mismo organismo es responsable de la regulación del sector audiovisual (en materia de supervisión y control del cumplimiento de las obligaciones regulatorias del sector audiovisual) y del sector postal pero no incluye la gestión de internet y de otros asuntos relacionados con los servicios electrónicos (como la regulación del comercio electrónico o de la firma electrónica).

En relación a las competencias dentro del sector de las comunicaciones, la CMT se limitaba estrictamente a la aplicación de la regulación del sector de las telecomunicaciones (tales como la resolución de conflictos entre operadores o el establecimiento de las condiciones de acceso a las redes de las empresas

⁶¹ Artículo 6 de la Ley 3/2013.

Tabla 1. Competencias sectoriales de las ANRs

País	Regulador	Postal	Audiovisual	Gestión de Internet	Otros sectores
España (hasta 2013)	CMT	NO	NO	NO	
España (desde 2013)	CNMC	SÍ	SÍ	NO	Ferroviario Aeroportuario Energía
Alemania	BNETZA	SÍ	NO	NO	Ferroviario Electricidad Gas
Australia	ACMA	NO	SÍ	NO	
Dinamarca	DBA	NO	NO	SÍ	
Estados Unidos	FCC	NO	SÍ	NO	
Francia	ARCEP	SÍ	NO	NO	
Italia	AGCOM	SÍ	SÍ	NO	
Países Bajos	ACM	SÍ	NO	NO	Transporte Energía
Polonia	UKE	SÍ	NO	NO	
Reino Unido	OFCOM	SÍ	SÍ	NO	

Fuente: Elaboración propia a partir de información recabada en las páginas web de las distintas ANRs. Competencias que recaen (SÍ) y que no recaen (NO) en la autoridad de competencia en diversas jurisdicciones.

instaladas) mientras que en otros países las ANRs también poseen competencias en materias complementarias (tabla 2) como la defensa del consumidor (entre otros Alemania, Estados Unidos, Francia, Italia y Reino Unido), la aplicación de la normativa de defensa de la competencia en el sector de las teleco-

Tabla 2. Competencias funcionales de las ANRs

País	Regulador	Defensa del consumidor	Defensa de la competencia	Gestión del espectro
España (hasta 2013)	CMT	NO	NO	NO
España (desde 2013)	CNMC	NO	SÍ	NO
Alemania	BNETZA	SÍ	NO	SÍ
Australia	ACMA	SÍ	NO	SÍ
Dinamarca	DBA	SÍ	NO	SÍ
Estados Unidos	FCC	SÍ	NO	SÍ
Francia	ARCEP	SÍ	NO	NO
Italia	AGCOM	SÍ	SÍ	SÍ
Países Bajos	ACM	SÍ	SÍ	NO
Polonia	UKE	NO	NO	SÍ
Reino Unido	OFCOM	SÍ	SÍ	SÍ

Fuente: Elaboración propia a partir de información recabada en las páginas web de las distintas ANRs. Competencias que recaen (SÍ) y que no recaen (NO) en la autoridad de competencia en diversas jurisdicciones.

municaciones (Italia y Reino Unido) y la gestión del espectro radioeléctrico (entre otros, Alemania, Australia, Dinamarca, Estados Unidos, Italia, Polonia y Reino Unido). Tras la integración en la CNMC, las funciones de la CMT fueron asumidas por la DTSA y no se añadieron nuevas competencias. La gestión del espectro y la defensa del consumidor siguen estando en manos del actual Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital y la aplicación de la

normativa de competencia corresponde a la Dirección de Competencia dentro de la CNMC, que tiene un carácter transversal en cuanto a su aplicación sectorial.

Las competencias de la CMT no han sufrido grandes variaciones a lo largo de su historia (salvo las derivadas de la modificación del marco normativo europeo). Sin embargo, sí se han producido a lo largo de su historia conflictos de competencias, principalmente entre la CMT y la autoridad de competencia. En particular, estos conflictos han sido de tres tipos⁶²:

1. *Discrepancias sobre el análisis de ciertas conductas u operaciones de concentración*: como el conflicto entre la CMT y la Comisión Europea en el caso de la sanción a *Telefónica* por el carácter anticompetitivo de sus precios mayoristas de banda ancha⁶³ o las discrepancias en el caso de ciertos expedientes sancionadores por infracción de la normativa de competencia en sectores regulados⁶⁴.
2. *Discrepancias respecto a las competencias de cada uno de los organismos*: en numerosas ocasiones, la CMT emitió resoluciones que sancionaban prácticas anticompetitivas por parte de *Telefónica* (por ejemplo, el abuso de la posición de dominio de *Telefónica* por impedir el uso de tarjetas telefónicas en los terminales y cabinas de uso público en 1998⁶⁵; el abuso de la posición de dominio de *Telefónica* al denegar el acceso a su base de datos de abonados en 2002⁶⁶; o el abuso de posición de dominio por el establecimiento por parte de *Telefónica* de precios minoristas no replicables

⁶² De hecho, uno de los motivos aducidos por el gobierno para la fusión de los organismos reguladores eran los conflictos entre el regulador de las comunicaciones electrónicas y las autoridades de competencia.

⁶³ Ver punto 5 de la sección 4.1 de este capítulo.

⁶⁴ Este es el caso, por ejemplo, de la sanción impuesta por la CNC a Abertis por abusar de su posición de dominio (Resolución Expte. S/0207/09 Transporte Televisión, de 8 de febrero de 2012).

⁶⁵ Resolución de 22 de diciembre de 1998, sobre la supresión, por parte de Cabinas Telefónicas, SA, del acceso a números 900 desde algunos de sus terminales de uso público situados en aeropuertos y estaciones de ferrocarril.

⁶⁶ Resolución de fecha 21 de marzo de 2002, en relación con la solicitud de intervención de Índice Multimedia S.A. sobre acceso a los datos de abonados de Telefónica de España S.A.U. o Resolución de fecha 13 de noviembre de 2003, relativa a determinadas prácticas llevadas a cabo por Telefónica de España S.A.U. en el suministro de los datos de sus abonados para la prestación de dichos servicios de directorios.

por sus competidores en 2004⁶⁷). El Tribunal Supremo determinó, en 2010, que la CMT tenía facultad para valorar si una conducta tenía o no efectos anticompetitivos pero no para sancionar dicha conducta como infractora de la Ley de Defensa de la Competencia, ya que esa facultad es exclusiva de la autoridad de competencia⁶⁸.

3. *Discrepancias en el contexto de la aplicación de la regulación sectorial*: la regulación sectorial exige que la autoridad de competencia se pronuncie sobre la definición de los mercados candidatos a ser regulados, sobre el análisis de la existencia de PSM y sobre los remedios adoptados para solucionar los obstáculos competitivos detectados. En este contexto, han sido numerosas las discrepancias entre las extintas CMT y CNC⁶⁹.

La integración pretendía poner fin a dichos conflictos. Sin embargo, los continuos enfrentamientos entre la Sala de Regulación y la Sala de Competencia ponen de manifiesto que los conflictos todavía existen, si bien ahora son menos visibles ya que se producen dentro de la misma institución.

⁶⁷ Resolución de la CMT de 22 de julio de 2004 (AEM 2004/780) por la que se declara el carácter anticompetitivo de la comercialización, por parte de Telefónica de España, del producto Línea Hogar.

⁶⁸ Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 6 de octubre de 2010, sobre el Recurso de casación número 1338/2008 por la que se estima el recurso de casación interpuesto por esta Comisión y se desestima el interpuesto por Telefónica de España contra la Sentencia de 17 de julio de 2007 dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional (procedimiento ordinario 529/2006), relativa a la Resolución de esta Comisión de 22 de julio de 2004 (AEM 2004/780).

⁶⁹ Por ejemplo, en 2013, la CNC emitió un informe crítico con la revisión de los precios mayoristas de banda ancha en el que establecía que los precios establecidos por la CMT “reducen la capacidad y los incentivos de los operadores alternativos a invertir en redes de nueva generación alternativas. Adicionalmente, estos precios podrían llevar a una reducción de la presión competitiva de los operadores alternativos que utilizan la red de TELEFÓNICA, lo que puede perjudicar a los consumidores en forma de mayores precios y peor servicio.” (Informe de la CNC sobre las propuestas de la CMT relativas a “los precios del servicio de acceso desagregado al bucle”, de 17 de enero de 2013, y a “los precios de los servicios GigaDSL, ADSL-IP y NEBA (servicios de banda ancha al por mayor)”, de 24 de enero de 2013) Disponible en: <http://www.cne.es/cgi-bin/BRSCGI.exe?CMD=VEROBJ&MLKOB=818949672929>.

La instrucción de los procedimientos relativos a las comunicaciones electrónicas tanto de la CMT como de la CNMC se rige por la Ley 39/2015⁷⁰, que regula las relaciones entre las Administraciones y los administrados. Entre otras cosas, la Ley limita los plazos de resolución a un máximo de tres meses. Las decisiones, tanto de la CMT como de la CNMC en materia de regulación de las comunicaciones, son recurribles mediante recurso de alzada o de reposición ante la propia institución. La resolución del recurso pondría fin a la vía administrativa y abriría la posibilidad del recurso ante instancias judiciales.

4.3. Estructura y gobernanza

4.3.1. *El Consejo y los servicios técnicos*

La estructura de la CMT constaba de un órgano rector (compuesto por el Presidente, el Vicepresidente y el Consejo) y los servicios técnicos organizados en función de las competencias de la CMT (regulación legal, económica y técnica).

El Consejo estaba formado inicialmente por siete Consejeros⁷¹. En el año 2011 se redujo el número de consejeros a cuatro⁷². En 2013, tras la integración en la CNMC, las funciones del Consejo de la CMT son asumidas por la Sala de Regulación del Consejo de la CNMC que está formada por cinco miembros: la Vicepresidenta de la institución y cuatro consejeros (con carácter rotatorio con los miembros de la otra sala del Consejo, la Sala de Competencia).

El Presidente de la CNMC, además de ser miembro del Consejo, es el responsable ejecutivo de la gestión del organismo en materia de personal, organización interna y dirección en general⁷³. El Consejo es el órgano colegiado de decisión de la CNMC en relación con las funciones resolutorias, consultivas, de

⁷⁰ Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

⁷¹ Artículo 1.Tres de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones (que modificó el Artículo 1.Tres del Real Decreto-Ley 6/1996, de 7 de junio, de Liberalización de las Telecomunicaciones, ampliando el número de Consejeros de 5 a 7, antes de los primeros nombramientos).

⁷² Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. BOE núm. 55, de 05/03/2011.

⁷³ Artículo 19 de la Ley 3/2013.

promoción de la competencia y de arbitraje y de resolución de conflictos asignadas a la CNMC⁷⁴.

La DTSA es la responsable de la instrucción de los expedientes en materia de regulación del sector de las comunicaciones y, como tal, de elevar al Consejo las propuestas de resolución de conflictos y en materia de supervisión y control de los mercados de comunicaciones electrónicas.

Tradicionalmente no ha existido una separación entre la fase de instrucción y la fase de decisión en los procedimientos incoados o en otras iniciativas de la autoridad de regulación de las comunicaciones, por lo que era factible que los Consejeros estuvieran informados e incluso participasen en la fase de instrucción. Tras la integración en la CNMC, se ha producido la extensión de la separación entre las fases de instrucción y resolución⁷⁵, propia de procedimientos administrativos sancionadores como los de aplicación de las normas de competencia, a la actividad administrativa de regulación⁷⁶.

En general, en relación al órgano decisor, existen en el mundo dos modelos extremos de reguladores:

1. El modelo colegial en el que existe un consejo compuesto por múltiples miembros.
2. El modelo unipersonal en el que existe una única persona al frente de la institución (con el título de Presidente o Director General).

En algunos reguladores (Brasil, Canadá, Grecia, Irlanda, Méjico, Portugal, Sudáfrica y España), el presidente del Consejo actúa también como Director Ejecutivo de la institución, mientras que en otros, el Director Ejecutivo actúa como enlace entre los distintos departamentos y el Consejo (por ejemplo, Reino Unido).

En el modelo unipersonal, el Presidente o Director General es el último responsable de la actividad, la gestión y las tareas administrativas de la autoridad regulatoria (que es el modelo imperante en Alemania y Holanda).

⁷⁴ Artículo 20 de la Ley 3/2013.

⁷⁵ Artículo 26.3 de la Ley 3/2013.

⁷⁶ Montero (2013) discute la falta de justificación y las consecuencias de la separación de los procedimientos de instrucción y decisión en los procedimientos administrativos.

En cuanto al proceso de toma de decisiones, se pueden distinguir, al menos, cuatro modelos:

1. *Adopción de decisiones por un único órgano colegiado*: el modelo de decisión español es similar al del regulador francés ARCEP en el que un Consejo colegiado de siete miembros es el responsable de la toma de decisiones. La única diferencia es que el Consejo de la ARCEP (al igual que el de la antigua CMT) decide sólo sobre cuestiones de los sectores de comunicaciones y audiovisual, mientras que la Sala de Regulación de la CNMC decide sobre una multitud de sectores por lo que la especialización es imposible. La ACMA australiana o la FCC americana siguen modelos similares.
2. *Adopción de decisiones por cámaras especializadas*: en el *Bundesnetzagentur* alemán los órganos decisores están separados de los órganos gestores. El Presidente y los dos Vicepresidentes tienen funciones de coordinación, gestión y estrategia del regulador de las industrias de red pero no adoptan decisiones de carácter técnico. Las decisiones técnicas son adoptadas por nueve cámaras especializadas en diversos aspectos de los sectores bajo su supervisión (Comunicaciones, Postal y Energía)⁷⁷ que a su vez reciben el apoyo técnico de los departamentos correspondientes.
3. *Reparto de funciones entre los miembros del Consejo*: en Holanda, las decisiones de la ACM (que integra a la autoridad de competencia y a los reguladores de sectores de red) son adoptadas formalmente por el Consejo formado por un presidente y dos vicepresidentes, que se reparten las responsabilidades sobre los distintos departamentos de la institución. En particular, uno de los vicepresidentes es el responsable de los departamentos de regulación sectorial (energía, telecomunicaciones, transporte y servicios portales).
4. *Adopción de decisiones por el Director Ejecutivo*: en el regulador británico OFCOM, el Director Ejecutivo es el responsable de la gestión del organismo y de supervisar las decisiones relacionadas con la aplicación de la

⁷⁷ Cada cámara está formada por un presidente y dos miembros. Tanto el presidente como los otros miembros deben estar cualificados para llevar a cabo sus funciones y al menos uno de ellos debe poseer cualificaciones suficientes para ejercer como juez (artículo 132 de la Ley de Telecomunicaciones alemana - *Telekommunikationsgesetz*). No existe una cámara para el sector ferroviario y las decisiones son directamente adoptadas por el departamento de regulación ferroviaria.

regulación sectorial. Existe un Consejo formado por miembros ejecutivos y no ejecutivos que es el responsable de establecer la estrategia, supervisar el funcionamiento y controlar y aprobar el presupuesto del regulador. El Director Ejecutivo tiene la obligación de informar y responder a las preguntas del Consejo. De forma similar, en Dinamarca el órgano decisor está formado sólo por miembros ejecutivos: el Director General y cuatro directores ejecutivos.

4.3.2. Nombramiento del Presidente y del Consejo

Los miembros del Consejo de la CNMC son propuestos por el Ministerio de Economía, previa comparecencia ante el Congreso de Diputados, que puede vetar el nombramiento de cualquiera de los miembros del Consejo. Esta posibilidad de vetar a los Consejeros por parte del Congreso de los Diputados se incorpora con la creación de la CNMC y no estaba presente en el anterior sistema de nombramientos de la CMT⁷⁸. La posibilidad de veto, por el Congreso, podría reducir la discrecionalidad de los nombramientos de los consejeros por parte del gobierno. No obstante en la constitución del primer Consejo de la CNMC la posibilidad de ejercer el veto era reducida debido a la mayoría absoluta que el partido que sostenía al gobierno disponía en el Congreso de los Diputados⁷⁹.

El proceso de nombramiento de los reguladores varía según el país y, en general, se caracteriza por la inexistencia de criterios formales (Thatcher, 2011). En Francia, al presidente lo nombra el Presidente de la República a propuesta del Primer Ministro (tras consultar con las comisiones parlamentarias correspondientes). Los miembros del Consejo son nombrados por el Presidente de la República (dos miembros), el presidente de la Asamblea Nacional (dos miembros) y el presidente del Senado (dos miembros).

En Alemania, el nombramiento del presidente y de los dos vicepresidentes lo realiza el Presidente del Gobierno Federal siguiendo la propuesta del Consejo Consultivo (que está compuesto por representantes de los gobiernos de los estados federados propuestos por el *Bundestag* y el *Bundesrat*).

⁷⁸ Artículo 15.1 de la Ley 3/2013.

⁷⁹ En este sentido, varios autores, así como la prensa en su momento, destacaron las posibles motivaciones políticas que podrían estar detrás de la reforma de la CNMC y el nombramiento de los nuevos miembros del consejo (Trillas, 2013).

En el Reino Unido, el nombramiento del presidente y los miembros no ejecutivos del Consejo los lleva a cabo el Secretario de Estado. El nombramiento del presidente se lleva a cabo tras un proceso competitivo abierto y tras la comparecencia ante el parlamento que deberá confirmarlo⁸⁰. El proceso de selección está supervisado por el Comisario de Nombramientos Públicos⁸¹ que garantiza que el proceso de nombramiento es justo, abierto y basado en méritos.

Por otro lado, el Director Ejecutivo es seleccionado por el presidente y los miembros no ejecutivos del Consejo, sujeto a la aprobación del Secretario de Estado, mediante un procedimiento abierto y con criterios preestablecidos. La duración de su mandato no está predefinida.

En los Países Bajos, los tres miembros ejecutivos son nombrados por el Ministro de Asuntos Económicos. El proceso de selección lo lleva a cabo un comité formado por miembros de la ACM y del ministerio⁸².

4.3.3. Rendición de cuentas

La rendición de cuentas de la CMT se llevaba a cabo mediante dos mecanismos: la presentación de un informe anual que recogía información sobre la evolución del sector y de las actividades e intervenciones del regulador⁸³ y, a partir de 2011, la comparecencia anual del Presidente ante el legislativo⁸⁴. Tras la integración en la CNMC, se mantiene el esquema de modo que la CNMC debe

⁸⁰ OFCOM (2013), *OFCOM response to European Commission consultation on the independence of audiovisual regulatory bodies*, 2. Disponible en:

⁸¹ http://ec.europa.eu/newsroom/document.cfm?action=display&doc_id=2463.

⁸² La función del Comisario de Nombramientos Públicos (*Commissioner for Public Appointments*) es garantizar que los nombramientos de los miembros de los consejos de diversas instituciones públicas están basados en méritos y se llevan a cabo mediante procedimientos justos, abiertos y transparentes.

⁸³ *Relatiestatuuat ACM en ministers 2013. Staatscourant nr. 9237*. <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stcrt-2013-9237.html#d16e729>.

⁸⁴ Artículo 26 del Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre.

⁸⁵ Este mecanismo de control parlamentario se introdujo mediante el Artículo 21 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

publicar una Memoria Anual de actividades^{85,86} y el Presidente de la CNMC debe comparecer ante el Congreso de Diputados al menos una vez al año⁸⁷.

El sistema de rendición de cuentas basado en la publicación de un informe de actividades y las comparencias ante el legislativo es el que impera en la mayor parte de los países. Por ejemplo, en el caso británico, OFCOM publica anualmente un informe anual de actividades y de rendición de cuentas y comparece ante el parlamento de forma habitual, incluyendo ante los parlamentos de Escocia, Gales e Irlanda del Norte⁸⁸. También se prevé la posibilidad de que un órgano externo independiente lleve a cabo, de forma periódica, una evaluación de las actividades del regulador para garantizar que los mecanismos de control interno son efectivos y que los resultados son transparentes.

4.3.4. *Capital humano y contratación*

La contratación del personal de la CMT, con excepción del Secretario y del personal directivo, se llevaba a cabo a través de convocatoria pública y de acuerdo con los principios de mérito y capacidad. Tras la integración en la CNMC, por un lado, también se someten a convocatoria pública varios de los puestos directivos (en particular los puestos de subdirectores de las distintas áreas)⁸⁹ y, por otro, se establece la contratación preferente de funcionarios para ciertos puestos⁹⁰.

En la CNMC conviven personal funcionario y personal laboral que están sujetos a regímenes laborales y salariales distintos, lo que dificulta el estableci-

⁸⁵ Se pueden consultar en <https://www.cnmc.es/sobre-la-cnmc/memorias>.

⁸⁶ Artículo 37.1 de la Ley 3/2013.

⁸⁷ Artículo 39 de la Ley 3/2013.

⁸⁸ “*OFCOM response to the European Commission consultation on the independence of audiovisual regulatory bodies*”. 2013. Disponible en:

^hhttps://www.ofcom.org.uk/__data/assets/pdf_file/0023/23864/june2013.pdf.

⁸⁹ Artículo 26.3 de la Ley 3/2013.

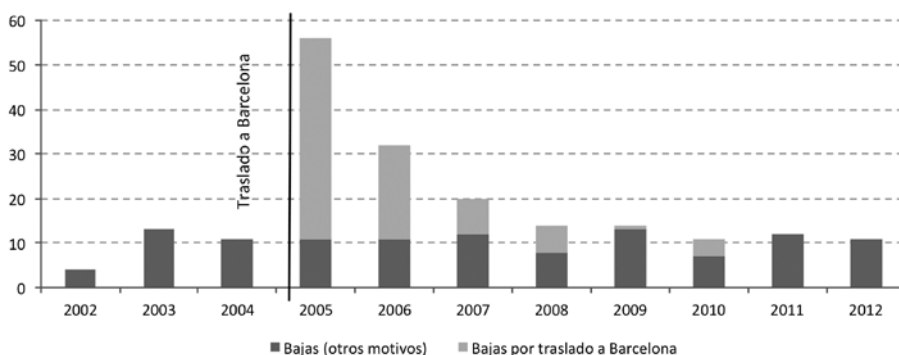
⁹⁰ El artículo 31.4 de la Ley 3/2013 establece que la CNMC podrá restringir ciertos puestos a funcionarios públicos “por consistir en el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas y la salvaguarda de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas.” El artículo 31.5 establece que “el personal directivo será funcionario de carrera (...) y, con carácter excepcional, se podrán cubrir dichos puestos en régimen laboral.”

miento de un sistema de incentivos salariales y de una carrera profesional basada en criterios objetivos.

La masa salarial y el dimensionamiento de la plantilla deben ser aprobadas por el MINHAF⁹¹, por lo que el regulador no tiene libertad para decidir su estructura salarial y la dimensión de su plantilla.

Uno de los hechos que afectaron de forma significativa al capital humano de la ANR, fue su traslado a Barcelona en 2005 por decisión del gobierno, proceso en el que se mezclaron motivaciones de descentralización de la administración y motivos meramente políticos. No existió cuantificación alguna sobre el coste económico del traslado ni sobre el impacto del mismo sobre la actividad del regulador. Sin embargo, es posible evaluar el impacto sobre el capital humano: entre 2005 y 2010 se registraron 85 bajas motivadas por el traslado a Barcelona de una plantilla de 110 trabajadores, lo cual supone que el regulador perdió más del 75% de su plantilla con motivo de su traslado a Barcelona (gráfico 1). Es probable que, aunque no hayan sido evaluados, tal dramático proceso tuviera efectos sobre el ritmo y la calidad de las actividades regulatorias de la CMT.

Gráfico 1. Número de trabajadores de la CMT que han causado baja por año



Fuente: Informes Anuales de la CMT.

⁹¹ Artículo 31.4 de la Ley 3/2013.

Tras la integración en la CNMC se produjo una reestructuración de la organización de la Dirección de Telecomunicaciones y de Servicios Audiovisuales simplificando su estructura, reduciendo el número de directivos y reemplazando a la mayor parte de los mismos.

4.3.5. Financiación

Con respecto a la financiación del regulador, hasta la creación de la CNMC, el organismo recibía su financiación de forma directa a través de una tasa sobre las empresas de telecomunicaciones, la Tasa General de Operadores.⁹² De este modo, al no depender la financiación del regulador de la discrecionalidad del gobierno, se reducía la posibilidad de este último de influir en la actuación del regulador. No obstante, desde la fusión de los reguladores de 2013, aunque sigue existiendo una relación entre la Tasa General de Operadores y el coste de la regulación de telecomunicaciones⁹³, el gobierno determina cada año, con aprobación del parlamento, el presupuesto del regulador.

La dependencia del presupuesto público impide la planificación a medio plazo y merma la independencia del regulador.

Internacionalmente, existen diferentes modelos en los que la financiación se basa puramente en los presupuestos del estado, como el caso holandés, o en modelos fundamentalmente basados en tasas, como el caso británico⁹⁴.

5. EVALUACIÓN DEL REGULADOR ESPAÑOL DE LAS COMUNICACIONES

Los cinco principios que, según el consenso generalizado, debe cumplir un regulador son: Legalidad (L), Independencia (I), Transparencia (T), Efectividad (E) y Responsabilidad (R). Los llamados principios LITER caracterizan un buen regulador y son esenciales para el diseño del marco legal y del regulador en sí (Ottow, 2015).

⁹² La Tasa General de Operadores grava hasta un 1,5 por mil de los ingresos brutos de explotación de las empresas de telecomunicaciones (Anexo I.1 de la Ley 32/2003).

⁹³ Disposición final quinta de la Ley 3/2013.

⁹⁴ OFCOM se financia fundamentalmente a través de tasas a los sectores regulados, complementados con aportaciones de los presupuestos en aquellas actividades que no pueden ser sufragadas por la industria como la gestión del espectro (*OFCOM Tariff Tables 2016/2017*).

5.1. Legalidad

El diseño básico del regulador de las comunicaciones está establecido por la normativa europea con lo que la transposición de la misma garantiza, en gran medida, el cumplimiento del principio de legalidad⁹⁵. En concreto:

1. La legislación nacional establece claramente las funciones, responsabilidades, derechos y obligaciones del regulador lo que, en teoría, evitaría los conflictos competenciales con otros organismos⁹⁶ o con otros departamentos de la CNMC. En la práctica, tal y como se ha comentado en la sección anterior, dichos conflictos siguen existiendo.
2. Las decisiones del regulador están sujetas a la revisión judicial, con lo que se garantiza el recurso ante un organismo independiente⁹⁷.

Tras la integración en la CNMC, se creó el Departamento de Control Interno⁹⁸, cuya función es verificar que todas las actuaciones de la institución se realicen de acuerdo a los principios de imparcialidad, objetividad e independencia.⁹⁹ Dicha figura, encargada de velar por la correcta aplicación de los procedimientos de la institución, no existía en la CMT. La creación del Departamento de Control Interno aumenta las garantías de legalidad.

5.2. Independencia y autonomía

La independencia de las ANRs implica su independencia del poder político y de las empresas reguladas, la suficiencia económica para llevar a cabo sus competencias, la libertad de contratación y la libertad para establecer su estructura interna con el fin llevar a cabo sus cometidos de forma eficiente.

⁹⁵ La Directiva 2002/21/CE (Directiva marco), en el Capítulo II, Artículo 3, establece que las autoridades nacionales de reglamentación deben ser “jurídicamente distintas y funcionalmente independientes de todas las entidades suministradoras de redes, equipos o servicios de comunicaciones electrónicas”. Asimismo, deben ejercer “sus competencias con imparcialidad y transparencia”.

⁹⁶ Artículo 25 de la Ley 3/2013.

⁹⁷ Artículo 2.1 de la Ley 3/2013.

⁹⁸ Artículo 38.1 de la Ley 3/2013.

⁹⁹ Artículo 31 del Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto).

La independencia del regulador no implica que sus actuaciones no deban coordinarse con la de otros organismos cuyas funciones están relacionadas con las del regulador, como los ministerios o la autoridad de competencia. La cooperación y coordinación entre organismos es imprescindible para garantizar que las funciones de los distintos organismos están claramente delimitadas y para evitar una posible superposición de las actuaciones de los distintos organismos.

La independencia se ve reforzada por la existencia de mayor transparencia y procedimientos de rendición de cuentas.

El regulador español posee ciertas características que persiguen garantizar la independencia, pero que no siempre se han aplicado de forma apropiada¹⁰⁰:

1. *Autonomía orgánica*: el regulador (tanto la CNMC como la antigua CMT) se establece como un organismo autónomo con su propio estatuto y no sujeto al control del ministerio de turno¹⁰¹.
2. *Contratación por méritos*: el regulador ha contratado tradicionalmente a su personal técnico a través de concursos competitivos con criterios profesionales bien definidos. Esta premisa no se cumplía, sin embargo, con el personal directivo cuya contratación ha sido menos transparente. Tras la creación de la CNMC, por un lado ciertos puestos se reservan a personal funcionario¹⁰² con lo que se restringe la contratación por méritos y se condiciona la independencia respecto de la administración (ya que una acción por parte de un funcionario contraria a los intereses del ejecutivo podría condicionar su futura carrera profesional dentro de la administración) y, por otro, se determina que los puestos directivos (excluyendo los de Directores de Instrucción) se someterán a concurso (aunque hasta ahora, la mayor parte de estos puestos han sido ocupados por personal interno que los ocupaba, de forma interina, hasta la convocatoria de la plaza lo que pone en duda la efectividad de esta cláusula)¹⁰³. Asimismo, el hecho de que el personal funcionario conserve su carácter de funcionario en el seno del regulador, reduce la independencia del regulador.

¹⁰⁰ Véase *ICT Toolkit* para una descripción de los elementos necesarios para garantizar la independencia del regulador. Disponible en: <http://www.ictregulationtoolkit.org/index>.

¹⁰¹ Artículo 3 de la Ley 3/2013.

¹⁰² Artículos 31.4 y 31.5 de la Ley 3/2013.

¹⁰³ Artículo 26.3 de la Ley 3/2013.

3. *Participación del legislativo en la designación de los miembros del Consejo:* desde 2013, los miembros del Consejo son propuestos por el Ministro de Economía y Competitividad y deben ser validados por el Congreso de los Diputados¹⁰⁴. Anteriormente, el Congreso de los diputados no tenía competencia para vetar a los candidatos propuestos por el Gobierno¹⁰⁵.
4. *Nombramiento del Presidente y del Consejo por un número preestablecido de años y reemplazo gradual de sus miembros:* formalmente, tanto el presidente como el consejo de la CNMC se nombran por un periodo de seis años, de forma que su mandato no coincida con la legislatura y que se minimice la influencia política sobre el regulador. La sustitución de los miembros del Consejo se produce de forma gradual para que no se produzca su cese en la misma fecha¹⁰⁶. Estas premisas ya existían en la antigua CMT. Sin embargo, con carácter previo a la creación de la CNMC, el Gobierno extendió el mandato de varios consejeros de las ANRs y tras la creación del nuevo organismo, el Gobierno cesó simultáneamente a todos los consejeros de los órganos reguladores anteriores aun cuando algunos de ellos no habían agotado su mandato. Este cese conjunto no respetó la duración preestablecida del mandato de los miembros del Consejo ni el principio de sustitución gradual, con lo que se comprometió la independencia de la institución. Tras plantear una cuestión prejudicial resuelta por el Tribunal de Justicia Europeo¹⁰⁷, en 2017 el Tribunal Supremo anuló los ceses de los miembros del Consejo que no habían finalizado su mandato alegando que ponían en riesgo la independencia del regulador contraviniendo la legislación europea¹⁰⁸. Asimismo, el cese de los miembros del Consejo que han cumplido su mandato no es automático y, normalmente, permanecen en sus puestos hasta el nombramiento de su sustituto. Ello provoca que el Gobierno pueda extender el mandato de algunos consejeros, simplemente, no nombrando a sus sustitutos, poniendo en riesgo la independencia de la institución.

¹⁰⁴ Artículo 15.1 de la Ley 3/2013.

¹⁰⁵ Artículo 33 del Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre.

¹⁰⁶ Artículo 15.2 de la Ley 3/2013.

¹⁰⁷ Sentencia del TJUE, de 19.10.2016, en el asunto C-424/15, ECLI:EU:C:2016:780.

¹⁰⁸ Sentencia núm. 63/2017 del Tribunal Supremo del 19 de enero de 2017.

5. *Soberanía de las decisiones del regulador*: las decisiones del regulador no pueden ser modificadas por el ejecutivo y sólo pueden ser recurridas ante instancias judiciales¹⁰⁹ (o mediante modificación legislativa).

Por otro lado, existen ciertos elementos que claramente ponen en riesgo la independencia del regulador:

1. Ausencia de independencia presupuestaria: El presupuesto de la CNMC debe ser aprobado por el Ministerio de Hacienda y Función Pública (MINHAFP)¹¹⁰, de forma que no está exento de interferencias políticas. Su predecesor, la CMT, se financiaba a través de la Tasa General de Operadores¹¹¹. La financiación mediante mecanismos ajenos al presupuesto público garantiza la independencia de interferencias políticas que puedan perseguir premiar o limitar la actividad del regulador.
2. Ausencia de competencias sobre el dimensionamiento de la plantilla y sobre el establecimiento de los salarios: el regulador carece de independencia para establecer la dimensión de su plantilla ya que esta debe ser aprobada por el MINHAFP (ello es cierto tanto en la CNMC como en la CMT)¹¹² y las decisiones del MINHAFP no responden necesariamente a las necesidades reales del organismo. Tras la creación de la CNMC, el régimen retributivo del personal deberá ser aprobado por el MINHAFP¹¹³ por lo que la posibilidad de establecer salarios o incentivos para atraer y retener a los mejores profesionales es limitada. En este sentido, la creación de la CNMC ha supuesto un paso atrás ya que la CMT disponía de una estructura salarial diferenciada de la administración general del estado y de mayor libertad para establecer su régimen retributivo¹¹⁴.
3. Ausencia de competencias sobre la estructura y organización interna: la organización interna de la CNMC está predeterminada por el Estatuto Orgánico de la CNMC aprobado por el Gobierno¹¹⁵ y su modificación

¹⁰⁹ Artículo 36 de la Ley 3/2013.

¹¹⁰ Artículo 34.1 de la Ley 3/2013.

¹¹¹ Anexo I.1 de la Ley 32/2003.

¹¹² Artículo 31.4 de la Ley 3/2013.

¹¹³ Artículo 31.6 de la Ley 3/2013.

¹¹⁴ Artículo 44.4 del Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre.

¹¹⁵ Artículo 26.2 de la Ley 3/2013.

requiere de la aprobación del MINHAFP¹¹⁶, por lo que la institución carece de flexibilidad para organizar sus recursos de forma que se garantice una aplicación más efectiva de la regulación¹¹⁷. La CMT disponía de mayor libertad para modificar su estructura orgánica, siendo competencia del Consejo la determinación de la estructura y de la política del personal¹¹⁸.

5.3. Transparencia

La transparencia exige que los procedimientos de la CNMC sean justos, accesibles y abiertos y que las resoluciones y otros actos estén suficientemente razonados en términos legales y económicos. Los procedimientos de la CNMC en materia de telecomunicaciones son, en general, transparentes en la medida que:

1. El regulador tiene la obligación de publicar y razonar todas sus decisiones¹¹⁹. Sin embargo, a diferencia de otras ANRs que proveen indicaciones orientativas sobre los criterios aplicados en la instrucción¹²⁰, la ANR española no suministra información, más allá de lo establecido por el procedimiento administrativo, sobre la aplicación de los procedimientos y la distribución interna del trabajo.
2. El procedimiento administrativo incluye la posibilidad de que las partes sean oídas en el curso de cada procedimiento. Asimismo, los procedimientos de consulta pública son utilizados a menudo por la Autoridad, aunque no existen criterios claros sobre la utilización de dicho mecanismo.
3. Tras la integración en la CNMC se creó el Departamento de Control Interno, con el objetivo de garantizar la adecuación de los procedimientos

¹¹⁶ Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

¹¹⁷ Disposición adicional quinta del Real Decreto 657/2013.

¹¹⁸ Artículo 4 del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

¹¹⁹ Artículo 37 de la Ley 3/2013.

¹²⁰ Por ejemplo, OFCOM dispone de unas indicaciones públicas sobre el procedimiento de instrucción en las que se indica, entre otras cosas, los criterios para iniciar o cerrar una investigación y el procedimiento de trabajo dentro de la instrucción (OFCOM, 2012).

a la normativa aplicable¹²¹. La creación de este departamento contribuye a aumentar la transparencia y la imparcialidad de los procedimientos de la CNMC.

4. La creación de un registro de grupos de interés¹²² supone un paso positivo para aumentar la transparencia en el proceso de toma de decisiones. El registro es un listado de adhesión voluntaria. Las entidades que deciden adherirse al mismo se comprometen al cumplimiento de una serie de principios de actuación (que incluyen, entre otros, el respeto a las instituciones, la transparencia y la integridad y honestidad). Sin embargo, para que sea efectivo, debería requerirse la adhesión obligatoria para toda entidad que interactúe con la CNMC, tal y como ocurre en la Comisión y el Parlamento Europeo.

Por otro lado, existen otras áreas donde la transparencia del regulador es claramente mejorable:

1. Ni el orden del día, ni las actas de las reuniones del Consejo son públicas (ni en la CNMC ni en la antigua CMT). Ni siquiera existe una versión no reservada de las mismas. Otros reguladores, como OFCOM, publican las actas de las reuniones del Consejo.
2. Con la creación de la CNMC, se instauró la obligatoriedad de hacer públicas las reuniones de los miembros de la Comisión con empresas del sector (salvaguardando el carácter reservado de aquellos aspectos donde la publicidad pueda comprometer el “cumplimiento de los fines que tiene encomendada la CNMC”)¹²³. Sin embargo, únicamente la agenda del Presidente es plenamente accesible en la página web de la CNMC¹²⁴ e

¹²¹ Artículo 31.1 del Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto): “1. Bajo la dependencia directa del Presidente, existirá el Departamento de Control Interno que se encargará de verificar que todas las actuaciones llevadas a cabo en el seno de la Comisión de los Mercados y la Competencia se realicen de forma que se asegure un adecuado nivel de cumplimiento, eficacia y eficiencia en la consecución de sus objetivos y que se ejercen sus funciones y competencias de acuerdo con los principios de imparcialidad, objetividad e independencia”.

¹²² Resolución del Presidente de la CNMC sobre la Buena Praxis en las Relaciones de la CNMC con Agentes Externos, de 26 de febrero de 2016.

¹²³ Artículo 37.1 de la Ley 3/2013.

¹²⁴ Ver <https://www.cnmc.es/sobre-la-cnmc/actividad-institucional#agenda>.

incluso en este caso no toda la actividad del Presidente está recogida ni actualizada.

3. La integración de los reguladores y de la autoridad de competencia en un solo organismo supone la internalización de los conflictos entre reguladores. Los enfrentamientos entre reguladores no son necesariamente negativos, ya que suponen una contrastación de ideas entre órganos especializados y aumentan la transparencia del proceso regulatorio.

5.4. Efectividad

La efectividad de un organismo regulatorio depende no sólo de su estructura sino también del marco regulatorio que define sus funciones y competencias y de la capacidad y voluntad del regulador para llevar a cabo sus funciones de forma diligente. Por tanto, en ausencia de una buena regulación o ante la falta de capacidad o voluntad de los órganos directivos del regulador para llevar a cabo sus funciones, la estructura del regulador no será determinante para su efectividad.

En el caso de la CNMC (y de la CMT), no existen mecanismos de evaluación *ex-post* de la labor del regulador, lo que hace difícil evaluar su efectividad¹²⁵. En España, en general, no existen mecanismos de control de la efectividad de las políticas públicas, por lo que la reforma de las instituciones raramente responde a un análisis estructurado de las deficiencias detectadas en su funcionamiento.

La extinta Agencia de Evaluación y Calidad (AEVAL)¹²⁶, integrada en el MINHAFP y cuya función consistía en la evaluación y el análisis de impacto de las políticas y programas públicos, tenía unas competencias limitadas y, entre ellas, no figuraba la evaluación de la efectividad de los organismos reguladores. En otros países, las agencias evaluadoras (como la OIRA en EEUU¹²⁷, el *Regulatory Policy Committee* en el Reino Unido¹²⁸ o la Unidad para la Calidad de la Po-

¹²⁵ Ver Delgado et al (2016) para una revisión de programas de evaluación ex-post de organismos reguladores en distintas jurisdicciones.

¹²⁶ La AEVAL fue suprimida en 2017 mediante el Real Decreto 769/2017, de 28 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del MINHAFP.

¹²⁷ *Office of Information and Regulatory Affairs (OIRA)*: <https://obamawhitehouse.archives.gov/omb/oira>.

¹²⁸ *The Regulatory Policy Committee* <https://www.gov.uk/government/organisations/regulatory-policy-committee/about>.

lítica Regulatoria en los Países Bajos¹²⁹) tienen mayores recursos y competencias para evaluar de forma exhaustiva (tanto prospectiva como retrospectivamente) la efectividad de las políticas regulatorias y de los reguladores.

En España, ni siquiera la decisión de fusionar los organismos reguladores venía precedida de un análisis riguroso de la efectividad y las posibles deficiencias de los organismos fusionados y, por tanto, no se establecían vínculos entre los problemas detectados y la estructura y funciones del nuevo regulador (Trillas, 2013).

Existen ejemplos puntuales de actuaciones novedosas y efectivas de la CMT ante nuevos desarrollos de mercado como por ejemplo:

1. La OIR inicial de *Telefónica* establecía precios de acceso a la red por minuto de conexión. Con el objeto de flexibilizar la configuración de las ofertas minoristas, la CMT estableció, en 2001, un sistema de precios de interconexión por capacidad pionero en Europa y que luego fue adoptado por otros países europeos¹³⁰.
2. En 2008, la CMT introdujo la regulación diferenciada geográficamente del acceso mayorista a la banda ancha estableciendo dos tipos de áreas geográficas en función de la situación competitiva con niveles de regulación distintos¹³¹.
3. Ante la convergencia de las distintas tecnologías y el lanzamiento por parte de *Telefónica* de un paquete de servicios integrados (conocido como Movistar Fusión) en 2012, la CMT adaptó sus tests de replicabilidad y de estrangulamiento de márgenes permitiendo el análisis de paquetes de productos en lugar de productos individuales¹³².

¹²⁹ OECD (2015), *OECD Regulatory Policy Outlook 2015*. Netherlands: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Netherlands-web.pdf>.

¹³⁰ RESOLUCIÓN de 9 de agosto de 2001, de la Presidencia de la CMT, por la que se hace pública la Resolución de 9 de agosto de 2001, de la CMT, por la que se aprueba la Oferta de Interconexión de Referencia para el año 2001 de “Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal”, como operador dominante en el mercado de telefonía fija disponible al público, con las modificaciones establecidas por la Comisión.

¹³¹ López (2009), p. 172.

¹³² Revisión de la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de Telefónica de España, S.A.U. y de determinadas obligaciones impuestas en el marco de los mercados 1 y 5 de la recomendación de mercados (MTZ 2012/2259), 30 de mayo de 2013.

Por otro lado, en otras circunstancias, el regulador no ha actuado con la rapidez y diligencia deseadas con el consiguiente perjuicio sobre el consumidor, como fue el caso en relación a la sanción impuesta por la Comisión Europea a *Telefónica*, donde una mayor coordinación entre el regulador de las comunicaciones y las autoridades de competencia y un seguimiento del impacto de la regulación hubieran evitado la existencia de un estrangulamiento de márgenes y acelerado el desarrollo de la competencia en este segmento.

La integración del regulador en la CNMC y la creación de una única sala decisoria multisectorial implica una pérdida de especialización del órgano decisor y, en consecuencia, puede afectar a su efectividad. Si el órgano decisor no posee ni la capacidad, ni la experiencia, ni los conocimientos para refutar de forma razonada las propuestas del órgano instructor, entonces el órgano decisor corre el riesgo de convertirse en superfluo o, en el peor de los casos, arbitrario, comprometiéndose la efectividad del regulador.

Es, por tanto, necesario diseñar mecanismos de control ex-post de la efectividad del regulador y aumentar la especialización de sus órganos decisores para garantizar la toma de decisiones correctas y efectivas.

5.5. Responsabilidad y rendición de cuentas

El regulador debe ser responsable de sus actos y asimismo debe rendir cuentas ante la sociedad en relación a sus intervenciones. La normativa española establece varios mecanismos de rendición de cuentas:

1. El regulador está obligado por ley a la presentación de una memoria anual que recoja información sobre la evolución del sector y de las actividades e intervenciones del regulador¹³³. Además, el Presidente debe comparecer anualmente ante el Congreso de Diputados para la presentación de dicho informe y del Plan de Actuación.¹³⁴

¹³³ Según el artículo 37. C de la Ley 3/2013 la memoria anual de actividades debe incluir “las cuentas anuales, la situación organizativa y la información relativa al personal y las actividades realizadas por la Comisión”.

¹³⁴ Artículo 39 de la Ley 3/2013.

2. La Ley 3/2013 requiere la publicación anual de un Plan de Actuación.¹³⁵ Este documento concreta las líneas que guiarán la actuación de la CNMC durante cada ejercicio, en relación con cada una de las líneas estratégicas del Plan de Actuación. No obstante, la normativa no contiene provisiones para evaluar periódicamente el cumplimiento del Plan de Actuación. El único mecanismo de control de su cumplimiento se limita a las posibles preguntas al Presidente en su comparecencia anual ante el Congreso de los Diputados.
3. A iniciativa propia, la CNMC elaboró, en 2014, su primer Plan Estratégico¹³⁶, el cual recoge los principios y objetivos de la nueva institución. El Plan Estratégico establece diversas acciones estratégicas y objetivos a cumplir por la institución. El Plan se elaboró, conjuntamente, entre todas las divisiones de la institución y se sometió a consulta pública para incorporar comentarios de los agentes económicos interesados. El Plan supone un paso positivo para incrementar la transparencia y mejorar la rendición de cuentas. Sin embargo, para que el Plan sea un verdadero instrumento de rendición de cuentas, debería establecerse un sistema de evaluación periódica para comprobar su grado de cumplimiento.
4. El Departamento de Control Interno contribuye a mejorar la rendición de cuentas, ya que opera como un mecanismo interno para la rendición de cuentas y para el control de la actividad de la CNMC.

Por otro lado, existen ciertos elementos que deberían ser modificados para mejorar la rendición de cuentas del Consejo, tanto a nivel individual como colegiado:

El carácter colegiado de las decisiones del regulador diluye la rendición de cuentas individual de los Consejeros. Una vez nombrados, los Consejeros no están sujetos a ningún tipo de control durante la duración de su mandato (Delgado y Otero, 2015). La ley prevé la remoción de consejeros por incumplimiento de sus deberes¹³⁷, pero los supuestos de incumplimiento no están tasados. En

¹³⁵ Artículo 37.1 g) de la Ley 3/2013.

¹³⁶ <https://www.cnmc.es/sobre-la-cnmc/plan-estrategico>.

¹³⁷ El artículo 23 de la Ley 3/2013 establece que los Consejeros podrán ser cesados “por incumplimiento grave de los deberes de su cargo o el incumplimiento de las obligaciones sobre incompatibilidades, conflictos de interés y del deber de reserva”.

la práctica, en la historia de la CMT y de la CNMC no se ha cesado a ningún Consejero.

El número reducido de miembros del Consejo en la Sala de Regulación (y la inexistencia de equipos de apoyo), su imposible especialización en todos los sectores que cubre y la gran cantidad de asuntos diferentes a tratar¹³⁸, dificulta la capacidad de rendición de cuentas de sus miembros. De este modo, el Consejo tiene una reducida capacidad para evaluar si son oportunas las propuestas de decisiones elevadas por la DTSA.

5.6. Impacto de la convergencia de los organismos reguladores

La integración en la CNMC de los reguladores sectoriales y de la autoridad de competencia se justificó, en su momento, por los ahorros de costes y la necesidad de una mayor necesidad de la coordinación entre las intervenciones *ex-ante* y *ex-post*¹³⁹. Con respecto a los efectos que esta integración ha tenido sobre la efectividad de la actividad de la institución se han realizado numerosos trabajos (Carlón, 2014; Delgado y Mariscal, 2014; Delgado y Otero, 2015; García-Verdugo, 2015; Montero, 2013; y Trillas y Xifré, 2016).

A modo de resumen de las secciones anteriores, tras los primeros años de vigencias de la CNMC, se pueden extraer algunas conclusiones sobre el efecto que la creación del nuevo organismo ha tenido sobre la actuación regulatoria:

1. *Ausencia de sinergias*: la estructura de la nueva CNMC no deja entrever que se estén aprovechando las potenciales sinergias que justificaron su creación. A pesar de la integración de las funciones de competencia y regulación en una única institución, no se han implementado mecanismos

¹³⁸ El Consejo trató más de 2.700 asuntos durante 2014, de los cuales, más de 1.800 correspondieron a la Sala de Regulación (Comparecencia del presidente de la CNMC en el Congreso de los Diputados, 18 de febrero 2015).

¹³⁹ Según el Preámbulo de la Ley 3/2013, con la creación de la CNMC se pretendían alcanzar tres objetivos: garantizar la seguridad jurídica y la confianza institucional eliminando duplicidades, aprovechar las economías de escala derivadas de la semejanza de funciones de supervisión y adaptar las instituciones reguladoras al progreso tecnológico. No obstante, Trillas y Xifré (2016) cuestionan la fusión de las instituciones reguladoras y la de competencia en un mismo organismo, dada la diferencia intrínseca en sus funciones, y señalan que la mayor parte del ahorro de costes no se derivaba de las economías de escala sino de que no se crearon los tres reguladores adicionales que se habían previsto.

- que posibiliten una transferencia de conocimiento entre ambas disciplinas (García-Verdugo, 2015). La dualidad de las condiciones laborales del personal funcionario, frente al personal laboral, no ha contribuido a facilitar la movilidad de personal entre departamentos. Por ejemplo, respondiendo a criterios históricos, la Dirección de Competencia sigue estando copada por personal funcionario con una escasa permeabilidad a la incorporación de personal laboral con competencias y experiencia profesionales relevantes.
2. *Falta de especialización del órgano decisor*: la agregación de funciones sobre asuntos regulatorios en sectores tan diferentes como las comunicaciones, la energía o el transporte en la sala de regulación, así como la gran cantidad de asuntos que ha de tratar dicha sala, ha reducido la posibilidad de especialización del Consejo y la posibilidad de que los asuntos se traten con el nivel de análisis requerido. Es difícil que dada la cantidad de asuntos a tratar, la Sala de Regulación tenga ni la capacidad, ni la experiencia, ni los conocimientos para refutar los argumentos elevados por la DTSA y por las otras direcciones sectoriales. Esto tiene consecuencias sobre la efectividad de las decisiones del regulador y sobre la rendición de cuentas de la institución, ya que el poder político no puede exigir a unos consejeros con tal cantidad de asuntos que respondan por todas las actuaciones de la CNMC.
 3. *Menor transparencia*: se ha perdido un órgano de segunda revisión de facto, como era la CNC, y el debate entre política de competencia y regulación ha perdido transparencia. Actualmente, los conflictos entre regulación y competencia se dirimen internamente en la CNMC y se ha perdido la transparencia que estos debates tenían en el pasado. Incluso puede darse el caso de que gran parte de estos debates, de carácter interno, no sean accesibles para los tribunales en las revisiones judiciales de las decisiones de la CNMC.
 4. *Eliminación de contrapesos entre reguladores*: la eliminación de la posibilidad de un sistema institucional dual (regulación/competencia) ha eliminado la posibilidad de acudir al marco institucional menos capturado, en casos en los que pudieran ser sustitutos (Delgado y Mariscal, 2014).
 5. *La integración no ha supuesto cambios sustanciales en las competencias de los reguladores*: se ha perdido una oportunidad para redefinir las prioridades en el sector de las comunicaciones, reduciendo las funciones burocráticas

“no regulatorias” y fomentando funciones analíticas y prospectivas de los mercados regulados (Delgado y Otero, 2015).

6. *Pérdida de autonomía financiera*: el nuevo sistema de financiación de la CNMC es claramente inferior al existente con la CMT, ya que se ha perdido la autonomía de la financiación, con lo que se posibilita la influencia del gobierno en la institución a través de la determinación del presupuesto de la entidad.

6. RETOS DEL SECTOR DE LAS COMUNICACIONES Y EL PAPEL DEL REGULADOR

El motivo en origen de la regulación del sector de las telecomunicaciones era la existencia de poder de mercado por parte de los antiguos monopolios que podría suponer un obstáculo al desarrollo de la competencia. La regulación ha estado tradicionalmente enfocada en impedir que los antiguos monopolios pudieran ejercer tal poder de mercado impidiendo el desarrollo de la competencia y, en último término, causando un perjuicio a los usuarios finales.

Después de casi dos décadas, desde que comenzó el proceso de liberalización, el poder de mercado de los antiguos monopolios se ha reducido sustancialmente. De forma ilustrativa, la cuota de mercado de *Telefónica* en telefonía fija ha pasado de más del 85% en 2005, a menos del 50% en 2016, y en comunicaciones móviles de 50% en 2005, al 30% en 2016¹⁴⁰.

El despliegue de redes por parte de numerosos operadores alternativos ha hecho desaparecer de forma progresiva los cuellos de botella.

El papel del regulador como garante de la eliminación de obstáculos a la competencia y el control del poder de mercado de los antiguos monopolios tiende a desaparecer. El único segmento en el que es probable que se mantenga cierto poder de mercado es en la terminación de llamadas.

Tal y como se plantea en la revisión del marco regulatorio europeo (sección 2.3.2), la regulación y el papel del regulador deben replantearse en función de las nuevas tendencias del sector de las comunicaciones y de la evolución dinámica del mercado.

¹⁴⁰ Datos estadísticos de la CNMC. CNMCData: <http://data.cnmc.es/>.

6.1. Retos del sector de comunicaciones

Los principales retos a los que se enfrenta el sector de las comunicaciones en los próximos años se pueden resumir en cinco puntos:

1. *La creciente preponderancia de las tecnologías móviles:* frente al contexto tecnológico vigente, cuando se liberalizó el sector de las comunicaciones, en el cual la mayor parte de los servicios se prestaban a través de redes fijas, ha habido una rápida transición en las últimas décadas hacia las tecnologías móviles que permiten la transmisión de datos a alta velocidad como 4G, LTE, WiFi y WiMax que, a la vez, compiten y complementan los servicios ofrecidos a través de las redes fijas.
2. *La convergencia tecnológica y la consolidación de los operadores:* la exclusividad de las redes para la provisión de ciertos servicios ha desaparecido progresivamente. Todavía existen redes exclusivas como las de transmisión de televisión terrestre o por satélite pero, hoy en día, gracias a la tecnología IP, se pueden proveer todo tipo de servicios (audiovisuales, de transmisión de datos, telefonía, etc.) sobre las mismas redes (sean fijas o móviles). Conscientes de esta convergencia tecnológica y de la necesidad creciente de aumentar la capacidad de las redes con el fin de poder prestar un mejor servicio al usuario, se ha producido, en los últimos años, un proceso de consolidación del sector en torno a un reducido número de operadores¹⁴¹.
3. *El auge de los proveedores de contenidos independientes (OTTs):* en la última década han proliferado proveedores de contenidos independientes de los proveedores de acceso a Internet (PSIs) que requieren de grandes capacidades de red (como *Netflix, YouTube, Google, beInSport, Filmin, Wuaki.tv, Amazon* o *Nubeox*). Estos servicios se proveen a través de las redes de los PSIs y, a su vez, compiten con los propios contenidos de los PSIs (por ejemplo, los principales operadores españoles *Movistar, Vodafone* y *Oran-*

¹⁴¹ *Vodafone/ONO* (2014), *Orange/Jazztel* (2015) y *MASMOVIL/Yoigo* (2016) en España; *TELEFONICA DEUTSCHLAND/E-PLUS* (2014) en Alemania; *T-Mobile/Telering* (2006) y *Hutchinson/Orange* (2013) en Austria; o de las fallidas *ATT/T-Mobile* (2011) en EE.UU. y *HUTCHISON 3G UK/TELEFONICA UK* en Reino Unido.

- ge disponen de plataformas propias de contenidos que compiten con los proveedores de contenidos independientes)¹⁴².
4. *El desarrollo de las plataformas móviles y de los mercados de aplicaciones* (“apps”): los sistemas operativos móviles como *iOS* de *Apple* y *Android* de *Google* se han configurado como un elemento esencial para la provisión de servicios sobre redes de comunicaciones. Los sistemas operativos se configuran como plataformas que ponen en contacto desarrolladores de aplicaciones o “apps” con usuarios finales. Las plataformas móviles se han constituido como un elemento central para el desarrollo de la competencia de servicios que se proveen a través de las redes de comunicaciones.
 5. *Internet de las cosas y la necesidad de conectividad global*: el espectro de bienes y servicios que requieren de la conexión a internet para su provisión o funcionamiento ha crecido de forma exponencial en los últimos años. En la actualidad, son muchos los servicios que se proveen de forma remota a través de internet (banca, medios de pago, compras de bienes y servicios, transporte) y existe un amplio espectro de objetos físicos que integran la comunicación e interacción como parte esencial de su funcionamiento (automóviles, climatización, iluminación, etc.). La conectividad global y la interoperabilidad se han convertido, por tanto, en una parte integral de la provisión y funcionamiento de un amplio espectro de bienes y servicios¹⁴³.

6.2. Implicaciones sobre la regulación y la estructura y funciones del regulador

Los retos futuros a los que se enfrenta el sector de las comunicaciones tienen implicaciones sobre la regulación y sobre el papel de los reguladores. La misión inicial de los reguladores de “desmontar” los monopolios y facilitar la introducción de competencia en los distintos mercados ha dado paso a una función de mediación, supervisión y prospección de los mercados y a la regulación de cues-

¹⁴² Peitz et al. (2014) analizan las interacciones competitivas entre los mercados de comunicaciones electrónicas y los mercados de contenidos y determinan cómo la regulación de las comunicaciones electrónicas puede afectar a la competencia entre proveedores de servicios y contenidos.

¹⁴³ Para una descripción más detallada sobre el futuro del Internet de las cosas ver OECD (2015), Chapter 6.

tiones de privacidad y de seguridad de las comunicaciones que han cobrado una importancia crucial. Las implicaciones de los nuevos retos sobre la regulación y los reguladores son las siguientes:

1. El papel liberalizador del regulador resulta cada vez menos relevante y aumenta la importancia de su *papel como mediador de disputas y vigilante de la evolución prospectiva de los mercados*. El principal papel del regulador ya no es garantizar el acceso a las infraestructuras desplegadas por los monopolios, sino más bien allanar el camino a la entrada de nuevos operadores y servicios; garantizar la interoperabilidad de las plataformas y los servicios; y facilitar la inversión y el uso eficiente de las infraestructuras. La labor de seguimiento de las tendencias de los mercados requiere, no solo que se dediquen recursos humanos y técnicos suficientes para ello, sino un *contacto continuo con los distintos agentes de mercado y con reguladores de otros sectores en los que las comunicaciones electrónicas jueguen un papel fundamental* (como el sector bancario y de medios de pago, el transporte y la energía) *y de otros países* para compartir experiencias y garantizar la coherencia de las posibles intervenciones que cada vez tienen un impacto más global.
2. Podrían existir *nuevos cuellos de botella* como el acceso a las redes de los PSIs por parte de los OTTs, el acceso a las plataformas móviles por parte de los proveedores de servicios mediante *apps* o la necesidad de interoperabilidad de las redes para garantizar la conectividad global. La regulación de los PSIs estaba, hasta ahora, enfocada a facilitar la competencia en la provisión de acceso de banda ancha a los usuarios finales mediante la regulación del acceso mayorista, pero estaba totalmente ausente cualquier referencia al acceso de los OTTs a las plataformas de los PSIs y a la relación entre PSIs y proveedores de contenidos. Asuntos como la regulación de la neutralidad de la red y la interoperabilidad entre redes y servicios devienen de crucial importancia. Asimismo, las plataformas móviles son determinantes para la competencia tanto entre *apps* como entre *apps* y servicios convencionales, por lo que sería lógico que las competencias de los reguladores cubriesen tanto las plataformas móviles como las *apps*.
3. En sus intervenciones, el regulador debe garantizar la *neutralidad tecnológica* de la regulación, es decir, que la regulación de los servicios sea independiente de las redes y tecnologías sobre las que se prestan.

4. Un papel relevante del regulador, para facilitar la conectividad global, es el de *facilitar la inversión en nuevas redes* eliminando los posibles obstáculos a la inversión, facilitando la entrada en el mercado de operadores con nuevos modelos de negocio, fomentando la innovación y facilitando la inversión y la compartición de infraestructuras sin poner en riesgo la competencia. En este sentido, es necesaria una cooperación cercana entre el regulador y la autoridad de la competencia para reducir el riesgo de posibles conductas exclusionarias y colusivas y garantizar que los acuerdos de compartición o de despliegue conjunto de infraestructuras promuevan una mayor competencia.
5. Por último, el *espectro* no puede entenderse como un elemento diferenciado de las redes de comunicaciones y su regulación y gestión debería recaer sobre el regulador de las comunicaciones.

Estos nuevos retos requieren reforzar la autonomía del regulador para que pueda adaptarse de forma flexible a las nuevas tendencias del mercado. Esta mayor autonomía implicaría poder decidir sobre su propia estructura interna, poder proponer nuevas funciones y la posibilidad de contratar o recurrir a expertos sectoriales que tengan experiencia y un conocimiento profundo y práctico de las posibles cuestiones a regular.

7. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El regulador español de las comunicaciones fue creado siguiendo las directrices marcadas por la legislación comunitaria. La legislación comunitaria establece los requisitos generales que deben cumplir las ANRs y sus funciones generales, pero deja margen a los estados miembros para determinar las funciones específicas, el diseño institucional y la organización interna de los organismos reguladores.

El debate en España se ha centrado, en los últimos años, en el diseño institucional de los organismos reguladores y en la cuestión de si debe haber uno o varios reguladores. Sin embargo, el diseño institucional del regulador no garantiza *per se* la efectividad del regulador, y menos aun cuando la elección se concentra en un único parámetro: la conveniencia de la existencia de uno o varios reguladores y no en otros aspectos del diseño, fundamentales para el buen funcionamiento del regulador. Cuestiones como las competencias, el proceso de toma de decisiones, la competencia profesional del personal directivo y técnico, la auto-

nomía presupuestaria, la capacidad de determinar la dimensión de la plantilla y la estructura interna del regulador son de vital importancia para la efectividad del regulador.

La integración del regulador de las comunicaciones dentro de la CNMC no ha supuesto mejoras evidentes sobre la efectividad del regulador. De hecho, la existencia de una única sala del Consejo, para la adopción de decisiones en todos los sectores regulados, puede haber mermado la calidad de las decisiones regulatorias.

La reforma de los organismos reguladores debe ir precedida de un diagnóstico sobre sus problemas, sobre el cual se pueden analizar las distintas alternativas para afrontarlos. Centrar el debate en el número de reguladores supone una simplificación de las funciones de los mismos y, es posible, que no implique mejora alguna sobre la efectividad regulatoria.

Sobre la base del análisis llevado a cabo en el presente capítulo y de las experiencias de otros reguladores y países, emergen 15 recomendaciones sobre cuál debe ser el papel y la estructura de un regulador de las comunicaciones independiente y efectivo.

Diseño institucional

1. *El diseño institucional del órgano regulador es importante pero no es el único factor determinante de la efectividad del regulador:* la elección del diseño institucional no garantiza *per se* el éxito del regulador. Es tanto o más relevante reforzar la independencia, la transparencia, la efectividad y la rendición de cuentas del regulador. La reforma llevada a cabo en 2012, no afronta ninguna de estas cuestiones y se centra en un diseño institucional superficial que no necesariamente mejora el funcionamiento del regulador.
2. Órgano de decisión especializado en comunicaciones electrónicas: el mayor grado de liberalización, el papel de la innovación tecnológica y los retos futuros específicos del sector de las comunicaciones determinan que las necesidades regulatorias del sector de las comunicaciones son muy divergentes de las del resto de los sectores regulados, como el ferroviario o el de la energía. El ritmo de innovación y de introducción de nuevas tecnologías hace que los retos regulatorios del sector de las comunicaciones tengan poco en común con el resto de los sectores regulados. Por tanto,

las sinergias a nivel de la materia regulada entre el sector de las comunicaciones y el resto de los sectores son escasas. En consecuencia, independientemente de que exista uno o varios organismos reguladores, el órgano decisor del sector de las comunicaciones debería ser exclusivo y diferente de los del resto de sectores, como ocurre en Alemania.

3. *Estructura y composición del órgano de decisión acorde con sus competencias*: si las competencias del órgano de decisión son ejecutivas e implican una revisión total de las propuestas de los servicios técnicos y la posibilidad de modificar las mismas (como es el caso de las cámaras del regulador alemán), entonces el órgano de decisión debería estar formado por profesionales especializados en los distintos aspectos (técnicos, económicos y jurídicos) del sector de las comunicaciones o de otros sectores regulados y, probablemente, debería contar con equipos de apoyo o trabajar conjuntamente con los equipos de instrucción. Si las funciones son más generales, de tipo no ejecutivo, tales como la supervisión de las actividades del regulador, la definición de su estrategia y el control del presupuesto (es decir, funciones similares a las de un consejo de administración de una empresa), entonces el perfil de los miembros del consejo podría ser más generalista e incluir, además de profesionales del sector, a otros profesionales con probada experiencia en gestión pública y privada, juristas de prestigio, académicos, miembros de la judicatura, etc. (de forma similar al modelo británico cuyo Consejo está formado por miembros ejecutivos y no ejecutivos).

Competencias

4. *El regulador como entidad de referencia en el debate sobre los cambios tecnológicos del sector y su impacto regulatorio*: el cambio en las necesidades regulatorias del sector de las comunicaciones requiere también un cambio en las competencias y funciones del regulador. El regulador debería adelantarse a los nuevos problemas del sector y liderar el debate y el análisis de los mismos. En este sentido, el regulador debería renunciar a funciones meramente administrativas (como es el caso de la asignación de numeración que ya dejó de ser competencia del regulador en la reforma de 2012) y potenciar sus cualidades de análisis prospectivo y pensamiento innovador.

5. *Interacción con otros reguladores y con la sociedad*: la importancia creciente del papel de las comunicaciones en la provisión de todo tipo de bienes y servicios hace que la regulación del sector tenga impacto sobre numerosos sectores. Al mismo tiempo, el carácter global de los servicios que se proveen por medio de las redes de comunicaciones requiere un enfoque global a su posible regulación. Por ello, es fundamental la interacción y colaboración del regulador de las comunicaciones con otros reguladores sectoriales (transporte, energía, departamentos ministeriales) y de otros países y con diversos sectores de la sociedad.
6. *Defensa de la competencia y protección del consumidor*: la adopción de medidas para asegurar la libre competencia puede requerir la prohibición de conductas que supongan infracciones de la normativa de defensa de la competencia. Sería conveniente, por tanto, que el regulador de las comunicaciones pudiera aplicar la normativa de defensa de la competencia (o, en su defecto, que tuviese la capacidad de prohibir ciertas conductas sin la potestad sancionadora). Asimismo, los consumidores constituyen una fuente importante de información sobre los posibles problemas regulatorios de un sector. Por ello, es importante si no que la protección del consumidor se encuentre bajo el mismo techo que la regulación sectorial, por lo menos que existan mecanismos fluidos de comunicación entre los organismos responsables de ambas funciones, para garantizar que el organismo regulador responde a los problemas de la sociedad.
7. *La gestión del espectro debe ser competencia del regulador de las comunicaciones*: en aras de la neutralidad tecnológica de la regulación y de la coherencia regulatoria, no tiene sentido que la regulación del espectro y de otros modos de transmisión de señales se lleven a cabo por organismos distintos. Las competencias sobre la gestión y regulación del espectro deberían ser traspasadas al regulador de las comunicaciones, como ya ocurre en Alemania, Italia o en el Reino Unido.

Independencia

8. *Reforzar la independencia del poder político y la competencia profesional del Consejo*: para ello es imprescindible que en la selección del Consejo primen los criterios de mérito y capacidad frente a los de afinidad

política. Es decir, deberían reformarse los mecanismos de selección de miembros del Consejo, especificándose, con más detalle, los requisitos de experiencia profesional y, quizás, mediante la creación de una comisión de nombramientos que supervisase los procesos de selección de los consejos de los organismos reguladores y de otros organismos públicos, al estilo de la comisión de nombramientos públicos británica.

9. *Autonomía financiera*: para garantizar la independencia del regulador y el establecimiento de objetivos a medio y largo plazo, es esencial que el presupuesto del regulador sea independiente de los presupuestos públicos, sea predecible y que su continuidad temporal esté garantizada.
10. *Autonomía para decidir su estructura y organización interna y para la contratación de personal y la determinación de salarios*: el Consejo del regulador debería tener la capacidad para modificar su estructura y organización interna para poder adaptarse de forma flexible a las necesidades regulatorias del sector. Asimismo, el regulador debería tener libertad para contratar a su personal y determinar su escala salarial de acuerdo con sus propios presupuestos. La aprobación de la estructura y de la plantilla no debería estar sujeta al control de los ministerios correspondientes. Por último, la carrera profesional del personal del regulador debería desvincularse de la carrera funcionarial de forma que la independencia de los trabajadores no pudiera estar condicionada por su futura carrera profesional en la administración pública.

Transparencia

11. *Mayor transparencia*: el reforzamiento de la transparencia debería incluir la publicación de las agendas del Presidente y los Consejeros, así como la publicación del orden del día y de las actas de las reuniones del Consejo (sin perjuicio, de que el detalle de las mismas pueda tener carácter reservado).
12. *Garantías del procedimiento* (en inglés, *Due Process*): debería potenciarse el papel del departamento de control interno como garante del procedimiento, con un papel similar al del *Hearing Officer* de la DG COMP de la Comisión Europea.

Efectividad

13. *Evaluación ex-post de las actividades del regulador*: para garantizar la efectividad del regulador, sus actividades deberían estar sujetas al análisis de impacto, tanto por el mismo organismo, como por organismos externos como la extinta AEVAL.
14. *Control del cumplimiento de los objetivos del regulador*: el regulador debería establecer objetivos estratégicos de medio y largo plazo e implementar revisiones periódicas que evalúen el grado de cumplimiento de los mismos.

Rendición de cuentas

15. *Responsabilidad individual de los miembros del Consejo*: debería mejorarse el procedimiento de rendición de cuentas, colegiada e individual, de cada uno de los Consejeros de forma que si no cumplieren con sus funciones o careciesen de capacidad profesional para llevarlas a cabo, puedan ser suspendidos o reemplazados tras un procedimiento efectivo con las garantías suficientes.

Referencias bibliográficas

- Armstrong, M., S. Cowan y J. Vickers (1994): *Regulatory Reform: Economic Analysis and British Experience*, The MIT Press, Cambridge. ISBN: 9780262011433.
- Baldwin, R. y M. Cave (1999): “Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice”, *Oxford University Press*. ISBN: 0199576092.
- Barkow, R.E. (2010): “Insulating Agencies: Avoiding Capture Through Institutional Design”, *Texas Law Review*, 89(1): 15.
- Bauer, J.M. (2014): “Platforms, systems competition, and innovation: reassessing the foundations of communications policy”, *Telecommunications Policy*, 38(8-9): 662-673.
- Beesley, M.E., y S. Littlechild (1989): “The Regulation of Privatized Monopolies in the United Kingdom”, *RAND Journal of Economics*, 20(3): 454-472.

- Belloc, F., A. Nicita y P.L. Parcu (2013): “Liberalizing telecommunications in Europe: path dependency and institutional complementarities”, *Journal of European Public Policy*, 20(1): 132-154.
- Calzada, J. y A. Estruch (2011): “Telefonía Móvil en España: regulación y Resultados”, *Cuadernos Económicos del ICE*, 81: 39-70.
- Calzada, J. y A. Costas (2013): “La liberalización de las telecomunicaciones en España: control de la inflación y universalización del servicio”. *University of Barcelona, Research Institute of Applied Economics*.
- Carlón, M. (2014): *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters.
- Carpenter, D. y D. Moss (2014): “Preventing Regulatory Capture: Special Interest Influence, and How to Limit It.”, *Cambridge University Press*. ISBN: 9781107646704.
- Chang, H., H. Koski y S.K. Majumdar (2003): “Regulation and investment behaviour in the telecommunications sector: policies and patterns in US and Europe”, *Telecommunications Policy*, 27(10-11): 677-699.
- Coglianesi, C. (2012): “Measuring Regulatory Performance: Evaluating the Impact of Regulation and Regulatory Policy (Expert Paper No. 1)”, *Organisation for Economic Cooperation and Development*.
- Crandall, R.W. (2000): “Telecommunications Liberalization: The U.S. Model”, 415:436 en “Deregulation and Interdependence in the Asia-Pacific Region”, *National Bureau of Economic Research*, Inc. ISBN: 0226386740.
- Crandall, R.W. (2010): “After the breakup: US telecommunications in a more competitive era”. *Brookings Institution Press*. ISBN: 0-8157-1606-0.
- Cronin, E., E. Colleran, M.R. Miller y R. Raczkowski (1997): “Local exchange, competition, rate restructuring and universal service”, *Telecommunications Policy*, 21(3): 251-264.
- De Streel, A. (2003): “Market definitions in the new European regulatory framework for electronic communications”, *info*, 5(3): 27-47.
- De Streel, A. (2008): “Current and future European regulation of electronic communications: A critical assessment”, *Telecommunications Policy*, 32(11): 722-734.

- Delgado, J., y E. Mariscal (2014): “Integrating Regulatory and Antitrust Powers: Does It Work? Case Studies from Spain and Mexico”, *Competition Policy International CPI Journal*, 10(1).
- Delgado, J. y H. Otero (2015): “La CNMC: La historia de una reforma inacabada”, *Papeles de Economía Española*, 145: 18-31.
- Delgado, J., H. Otero y E. Pérez-Asenjo (2016): “Assessment of antitrust agencies’ impact and performance: an analytical framework”, *Journal of Antitrust Enforcement* (2016) 4 (2): 323-344.
- Dupuis, G. (1988): “Introduction” en Colliard, C.A. y G. Timsit, “Les Autorités Administratives Indépendantes”, *Droit et société*, 10(1).
- Eliassen, K.A., y M. Sjövaag (1999): *European Telecommunications Liberalisation*, London, Routledge. ISBN: 0415187818.
- Farr, S. y V. Oakley (2002): *EU Communications Law*, Sweet & Maxwell, London. ISBN: 0421929804.
- Feijóo, C., J.L. Gómez-Barroso y D. Rojo-Alonso (2006): “European competition law in the electronic communications sector: evolution and critical analysis”, *Annales Des Télécommunications*, 61(7): 847-864.
- García-Verdugo, J. (2015): “El diseño institucional de la CNMC: Análisis crítico y propuestas de reforma”, *Papeles de Economía Española*, 145: 32-45.
- Gilardi, F. y M. Maggetti (2011): “The independence of regulatory authorities”, en *Handbook on the Politics of Regulation*, ed. D. Levi-Faur, 201-214. Cheltenham: Edward Elgar.
- Humphreys, P. y S. Padgett (2006): “Globalization, the European Union, and domestic governance in telecoms and electricity”, *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, 19(3): 383-406.
- Huurdeman, A.A. (2003): *The Worldwide History of Telecommunications*, Wiley-IEEE. ISBN: 978-0-471-20505-0.
- Intven, H. (2000): *Telecommunications Regulation Handbook* (1st Edition), The World Bank, ISBN: 0-9697178-7-3.
- Joskow, P. (2008): “Lessons Learned From Electricity Market Liberalization”, *The Energy Journal, Special Issue on the Future of Electricity*, 9-42.

- Kessides, I.N. (2004): “Reforming infrastructure: Privatization, regulation and competition”, *World Bank and Oxford University Press*. ISBN: 0-8213-5070-6.
- Kovacic, W.E. (2011): “Competition agencies, independence, and the political process”, in J. Drexler, W. Kerber y R. Podszum *Competition Policy and the Economic Approach – Foundations*, Edward Elgar Pub. ISBN: 0857937391.
- Kovacic, W.E. y D.A. Hyman (2012): “Competition Agency Design: What’s on the Menu?” *GWU Legal Studies Research Paper*, 2012:135.
- Levy, B. y P.T. Spiller (1996): “A framework for resolving the regulatory problem: Regulations, Institutions and Commitment”, *Comparative Studies in Regulation*, Cambridge University Press, 121-144.
- Liston, C. (1993): “Price-cap versus rate-of-return regulation”, *Journal of Regulatory Economics*, 5(1): 25-48.
- López, A.L. (2009): “Competencia y regulación en los mercados españoles de las telecomunicaciones”, *IESE*, ST-108, 10/2009.
- Michalis, M. (2006): *European Governance: Communications. From Unification to Coordination*. Lexington Books. Lanham, MD.
- Montero, J.J. (2013): *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Noam, E.M. (1992): *Telecommunications in Europe*. New York: Oxford University Press.
- OECD (2000): “Working Party Paper on Institutional Structures and Responsibilities”.
- OECD (2015): *OECD Digital Economy Outlook 2015*, OECD Publishing, Paris.
- OFCOM (2012): “Enforcement Guidelines Ofcom’s guidelines for the handling of competition complaints and complaints concerning regulatory rules”, 25 de julio de 2012.
- Ottow, A. (2015): *Market and Competition Authorities: Good Agency Principles*. Oxford University Press. ISBN: 9780198733041.
- Peitz, M., H. Schweitzer y T. Valletti (2014): “Market Definition, Market Power and Regulatory Interaction in Electronic Communications Markets”, *Centre on Regulation in Europe -CERRE Report*.

- Stone, A. (1989): *Wrong Number: The Breakup of AT&T*, Basic Books, New York. ISBN: 0465092772.
- Thatcher, M. (2002a): “The relationship between national and European regulation of telecommunications”, en *Governing Telecommunications and the New Information Society in Europe* (J. Jordana. Ed.). Cheltenham, UK; Northampton, MA: Edward Elgar.
- Thatcher, M. (2002b): «Regulation after delegation: independent regulatory agencies in Europe». *Journal of European Public Policy*, 9 (6): 954-972. ISSN 1350-1763.
- Thatcher, M. (2011): “Risks of Capture and Independent Regulatory Agencies in Network Industries in Europe: A Political and Institutional Analysis,” en *Emerging Issues in Competition, Collusion, and Regulation of Network Industries* (A. Estaché, Ed.). London: Centre for Economic Policy Research.
- Thierer, A. (1994): “Unnatural Monopoly: Critical Moments in the Development of the Bell System Monopoly”, *The Cato Journal*. 14(2): 267-285.
- Trillas, F. (2013): “The Institutional Architecture of Regulation and Competition: Spain’s 2012 Reform”, *IESE Working Paper*, WP-1067-E.
- Trillas, F. y R. Xifré (2016): “Institutional reforms to integrate regulation and competition policy: Economic analysis, international perspectives, and the case of the CNMC in Spain”, *Utilities Policy*, 40: 75-87.

Capítulo 7

EL TRIBUNAL DE CUENTAS

Elisa de la Nuez Sánchez-Cascado
Carlota Tarín

1. ANTECEDENTES Y REGULACIÓN CONSTITUCIONAL

El Tribunal de Cuentas, como institución de control externo, está previsto en el artículo 136 del título IV de la Constitución Española (en adelante CE), aunque sus orígenes históricos se remontan a la Edad Media. Como precedente en el Reino de Castilla, se puede hacer referencia a la figura del “Contador”, encargado de la administración de los ingresos y gastos del Reino y de proporcionar a las Cortes de Castilla información sobre la gestión económica de los tributos por parte del Rey. Más adelante, Felipe II unifica todas las instituciones fiscalizadoras de la Corona en el denominado Tribunal Mayor de Cuentas, que realiza una doble función: gubernativa, con el objeto de que funcionarios y administradores de las cuentas cumplan con su cometido, y de enjuiciamiento, con el objeto de enjuiciar la actuación y responsabilidades de los funcionarios y administradores que gestionan las cuentas. Pese a estos antecedentes, no es hasta la Constitución de Cádiz de 1812 cuando es posible hablar de una institución fiscalizadora en el sentido moderno del término, con obligación de informar y rendir cuentas de la fiscalización de la gestión pública ante el Parlamento. Hay que recordar que en el siglo XIX nace también la Intervención General de la Administración del Estado como órgano de control interno del que depende la gestión contable y presupuestaria del Estado. En 1851 se aprueba la Ley que regula el Tribunal de Cuentas que había sido creado en 1828. Entre sus funciones, se encontraba la de controlar la cuenta general del Estado, que es regulada por primera vez por Real Decreto de 24 de octubre de 1849.

Durante el siglo XX el Tribunal de Cuentas adoptará diferentes denominaciones y configuraciones. Durante la dictadura de Primo de Rivera se refundió en un Tribunal Supremo de Hacienda Pública las funciones del Tribunal de

Cuentas del Reino y de la Intervención General de la Administración del Estado, reforma que fue revertida cuando Primo de Rivera fue sustituido por el General Berenguer que restableció el Tribunal de Cuentas. Durante la Segunda República se establece como un órgano de control externo “a posteriori” de las cuentas públicas, apareciendo por primera vez como un órgano independiente del Poder Ejecutivo, independencia que desaparecerá durante el franquismo.

En cuanto a su regulación actual, el artículo 136 CE dispone que:

“1. El Tribunal de Cuentas es el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado, así como del sector público.

Dependerá directamente de las Cortes Generales y ejercerá sus funciones por delegación de ellas en el examen y comprobación de la Cuenta General del Estado.

2. Las cuentas del Estado y del sector público estatal se rendirán al Tribunal de Cuentas y serán censuradas por este.

El Tribunal de Cuentas, sin perjuicio de su propia jurisdicción, remitirá a las Cortes Generales un informe anual en el que, cuando proceda, comunicará las infracciones o responsabilidades en que, a su juicio, se hubiere incurrido.

3. Los miembros del Tribunal de Cuentas gozarán de la misma independencia e inamovilidad y estarán sometidos a las mismas incompatibilidades que los Jueces.

4. Una ley orgánica regulará la composición, organización y funciones del Tribunal de Cuentas”.

Hay que hacer también referencia al artículo 153.d) de la Constitución cuando recuerda que corresponde al Tribunal de Cuentas el control económico y presupuestario de las Comunidades Autónomas.

El artículo más arriba transcrito ha sido desarrollado, en primer lugar, por la LO 2/1982 de 12 de mayo del Tribunal de Cuentas y la Ley 7/1988 de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, normas que han ido sufriendo diferentes modificaciones a lo largo del tiempo. Además de prever que tiene que ser una ley orgánica –con lo que esto supone desde el punto de vista de las mayorías parlamentarias necesarias para promulgarlas– la que desarrolle y regule lo relacionado con la composición, organización y funciones del Tribunal de Cuentas, el artículo 136 garantiza también la independencia y la inamovili-

dad de los miembros del Tribunal de Cuentas. El problema es que este precepto constitucional no precisa quiénes ni cuántos son exactamente esos “miembros del Tribunal de Cuentas” a los que se dota de dicha garantía. Será la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, la que establezca que esta garantía se limita a los Consejeros del Tribunal de Cuentas, que son –según su art. 30– independientes e inamovibles. Como veremos más adelante, en el apartado dedicado a la gobernanza del Tribunal de Cuentas este es uno de los principales problemas de diseño con los que se enfrenta nuestra institución, sobre todo desde el punto de vista de la perspectiva del Derecho comparado.

Por tanto, en nuestro ordenamiento jurídico se ha optado como diseño institucional por un Tribunal de Cuentas configurado como un órgano independiente del Poder Ejecutivo que no solo depende directamente de las Cortes Generales sino que ejerce sus funciones por delegación de estas en lo que se refiere a su función esencial de examen y comprobación de la Cuenta General del Estado. Con esa finalidad, se le rinden las cuentas del Estado y del sector público estatal y debe de remitir a las Cortes Generales un informe anual en el que, cuando proceda, comunicará las infracciones y responsabilidades en que, a su juicio, se hubiere incurrido.

Así las cosas, el Tribunal de Cuentas español tiene encomendada la fiscalización externa de la actividad económico-financiera de la totalidad del sector público español, entendiéndose por tal tanto la Administración General del Estado, las CC.AA., las Corporaciones Locales, las entidades gestoras de la Seguridad Social, los Organismos autónomos y las sociedades y empresas públicas, además del control de la contabilidad y la actividad económico-financiera de los partidos políticos –que no son entidades públicas– y sus fundaciones, y de las subvenciones y ayudas del sector público a empresas privadas. Sin embargo, como veremos enseguida, en nuestro país existen también entidades de fiscalización externa regionales que realizan funciones de fiscalización del sector público autonómico y local en el ámbito correspondiente a su Comunidad Autónoma.

Por tanto, el Tribunal de Cuentas forma parte de la categoría de las llamadas Entidades Fiscalizadoras Superiores (en adelante EFS) cuyos objetivos son garantizar el control financiero y la legalidad de la gestión pública y evaluar la eficacia y la eficiencia del gasto público. Además realiza funciones jurisdiccionales. Por esa razón, podemos incluirlo en la categoría de las entidades de fiscalización de países que se adscriben al denominado “modelo continental” (como

Italia o Francia) caracterizado porque las EFS cuentan con órganos de gobierno colegiados y realizan, además de las funciones fiscalizadoras, otras funciones de enjuiciamiento o funciones jurisdiccionales cuya finalidad es depurar la responsabilidad contable de los gestores de fondos públicos.

En conclusión, de acuerdo con su diseño constitucional y legal, el Tribunal de Cuentas español es el máximo organismo público responsable de la fiscalización de las cuentas públicas y de la gestión financiera del sector público. Su objetivo es garantizar que los fondos públicos se gestionen no sólo de acuerdo con el principio de legalidad sino también de acuerdo con los principios de eficacia y eficiencia. La cuestión es hasta qué punto su diseño institucional y su funcionamiento efectivo han permitido que realice adecuadamente estas funciones. Para responderla es imprescindible analizar su diseño y su funcionamiento desde la perspectiva de nuestro ordenamiento jurídico, pero también desde el punto de vista del Derecho comparado.

2. EL DISEÑO INSTITUCIONAL Y COMPETENCIAL: EL TRIBUNAL DE CUENTAS Y LOS ÓRGANOS DE CONTROL EXTERNO (OCEX)

En los países de nuestro entorno, las denominadas EFS se configuran formalmente como organismos independientes de otras instituciones del Estado, especialmente del Poder Ejecutivo. Parece lógico, dado que para realizar correctamente su labor como controlador externo resulta imprescindible que no dependan ni funcional ni orgánicamente de aquellos a quienes debe controlar. Un ente fiscalizador no puede estar condicionado, subordinado o influido por aquellos Poderes Públicos a los que tiene que vigilar. No solo eso, del buen funcionamiento de una institución de estas características depende, en buena medida, que se puedan detectar comportamientos tales como la mala gestión, el despilfarro y la corrupción, que tanto han proliferado en nuestro país en estos últimos años.

Sin embargo, pese al inicial diseño constitucional como organismo independiente de nuestro Tribunal de Cuentas, muchos de los problemas de funcionamiento que presenta en la actualidad tienen que ver precisamente con su falta de independencia real de las instituciones a las que debe de controlar, en la medida en que su politización y falta de neutralidad impide en demasiadas ocasiones que pueda ejercer correctamente su labor. Lo mismo cabe decir de los órganos regionales de fiscalización externos que han creado distintas Comunidades Autónomas

a los que enseguida nos referiremos. Por ejemplo, no es casualidad que el Tribunal de Cuentas no haya sancionado nunca a un partido político, siendo así que hoy están siendo investigadas complejas tramas de corrupción en torno a la financiación irregular de los partidos. Tampoco parece casualidad que el Tribunal de Cuentas español sea más conocido por los ciudadanos por escándalos de nepotismo y por los fallos condenatorios del Tribunal Supremo, en este ámbito, que por sus actuaciones fiscalizadoras, o que mantenga constantemente pleitos en los Tribunales con las asociaciones profesionales que representan a sus letrados y auditores por cuestiones relativas a la promoción profesional de estos funcionarios. Ante este panorama cabe preguntarse cuáles son los fallos de nuestro modelo.

Por último, y para concluir estas primeras reflexiones, hay que tener muy presente que en España el Tribunal de Cuentas estatal (cuyas funciones de fiscalización se extienden a la totalidad del gasto del sector público español como hemos visto) convive con una serie de organismos autonómicos de control externo (los denominados OCEX, Órganos de Control Externo) que han sido creados en algunas Comunidades Autónomas, aunque no en todas.

Con carácter general, los OCEX tienen por finalidad la auditoría de las cuentas de las Administraciones regionales de acuerdo con su regulación y de presentar los informes al Parlamento regional. También auditan a entidades regionales (agencias, corporaciones, empresas, universidades) y si su regulación lo permite, pueden extender sus funciones al sector local y al control de los gastos electorales de los partidos políticos en elecciones regionales.

Los Parlamentos autonómicos han aprobado las normas legales que regulan sus estatutos, funciones, competencias, etc. En todo caso hay que recordar que a diferencia del Tribunal de Cuentas estatal, los OCEX ejercen funciones de fiscalización, pero no de enjuiciamiento, y que su competencia se extiende solamente a la Administración autonómica y local de su ámbito territorial.

Como resultado, en España coexisten como órganos de fiscalización externa el Tribunal de Cuentas estatal y los OCEX, tal y como sucede en otros países federales como Alemania. Pero como suele ocurrir en España, reina un cierto desorden y falta de coordinación en la medida en que, como ya hemos señalado, algunas Comunidades Autónomas no han llegado a crear su propio órgano regional de fiscalización externa, por lo que en estos casos es el Tribunal de Cuentas estatal quien realiza estas funciones. No solo eso, las características organiza-

tivas de los distintos OCEX son casi tan variopintas como sus denominaciones y algo similar puede decirse de su funcionamiento.

En la actualidad, existen los siguientes OCEX:

1. Cámara de Cuentas de Aragón (Comunidad Autónoma de Aragón).
2. Cámara de Cuentas de Andalucía (Comunidad Autónoma de Andalucía).
3. Sindicatura de Cuentas del Principado de Asturias (Comunidad Autónoma de Asturias).
4. Audiencia de Cuentas de Canarias (Comunidad Autónoma de Canarias).
5. Consejo de Cuentas de Castilla y León (Comunidad Autónoma de Castilla y León).
6. Sindicatura de Comptes de Catalunya (Comunidad Autónoma de Cataluña).
7. Cámara de Cuentas de Madrid (Comunidad Autónoma de Madrid).
8. Sindicatura de Comptes de la Generalitat Valenciana (Comunidad Autónoma de Valencia).
9. Consello de Contas de Galicia (Comunidad Autónoma de Galicia).
10. Sindicatura de Comptes de les Illes Balears (Comunidad Autónoma de las Islas Baleares).
11. Cámara de Comptos de Navarra (Comunidad Autónoma de Navarra).
12. Tribunal Vasco de Cuentas Públicas (Comunidad Autónoma del País Vasco).

El resto de CC.AA. (Extremadura, Castilla-La Mancha, Cantabria, Murcia y La Rioja) quedan bajo la función fiscalizadora directa del Tribunal de Cuentas.

Por tanto, hay doce Comunidades Autónomas que cuentan con órganos propios de control externo que fiscalizan el sector público autonómico y local, lo que supone que el Tribunal de Cuentas ejerce su función fiscalizadora sobre el sector público estatal y sobre el sector público autonómico y local de cinco Comunidades Autónomas (Cantabria, Extremadura, La Rioja, Murcia y Castilla-La Mancha, si bien esta última Comunidad tiene previsto recuperar su OCEX en el momento de escribir estas líneas), si bien mantiene la responsabilidad última de la fiscalización de la totalidad del sector público, tal como establece el mandato constitucional.

Lo cierto es que en España el establecimiento (o no) de un OCEX parece tener un cierto componente político, hasta el punto de que algunas CC.AA. que lo habían tenido en un primer momento, han decidido su supresión al cambiar el Gobierno de signo. Puede citarse el ejemplo de la supresión por el anterior Gobierno del PP de la Cámara regional de Cuentas de Castilla-La Mancha que había sido creada, a su vez, por el Gobierno anterior del PSOE con el nombre de “Sindicatura de Cuentas”. La justificación en este caso se encontraba, según la Ley 1/2014, de 24 de abril, de supresión de la Sindicatura de Cuentas¹ en la necesidad de hacer recortes debido a la crisis económica y evitar duplicidades. Actualmente, después del cambio del signo político del Gobierno se ha puesto en marcha un proyecto para restaurar este OCEX.

También hay que tener presente que la Ley 15/2014 de 14 de septiembre de Racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa, añade un nuevo apartado 4 al artículo 29 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas con la finalidad de permitirle establecer secciones territoriales en las Comunidades Autónomas que no hayan creado su propio OCEX para el mejor cumplimiento de sus funciones.

Sin embargo, a nuestro juicio, la descentralización de las entidades fiscalizadoras superiores debería de estar relacionada, en principio, con indicadores objetivos tales como el tamaño de la población, el modelo de organización territorial del Estado, la división de competencias entre Estado y las Administraciones territoriales, el tamaño del sector público u otras circunstancias que aconsejan contar con un modelo de EFS descentralizado. Por otra parte, si existen dichos criterios objetivos que la justifiquen, la descentralización que se realice en base a los mismos debe de ser completa y no estar sujeta a los vaivenes de decisiones políticas coyunturales que no se fundamenten en dichos criterios objetivos.

En ese sentido, la situación de España es un tanto atípica si se compara con otros países europeos que también disponen de órganos de control externo descentralizados, dado que la regla general es su existencia en todas las regiones y una cierta homogeneidad en cuanto a sus funciones y organización. En España, como ya hemos adelantado más arriba, aun cuando los OCEX existentes tienen una serie de funciones de fiscalización similares, en algunas leyes autonómicas se

¹ http://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/529770-ley-1-2014-de-24-abr-ca-castilla-la-mancha-supresion-de-la-sindicatura-de.html.

recogen algunas funciones adicionales como puede ser la consultiva (mediante la emisión de dictámenes y consultas en materia de contabilidad pública y gestión económico-financiera) como ocurre, por ejemplo, con los OCEX en Canarias, Cataluña, Aragón, Madrid o la de fiscalización de los procesos de privatización de las empresas y servicios públicos (Aragón), que no realizan otros OCEX.

Tabla 1. Cuentas del ejercicio 2015 rendidas por las entidades del sector público estatal durante el año 2016

ENTIDADES	Cuentas rendidas		Cuentas no rendidas	Total
	En plazo	Fuera de plazo		
Cuenta General del Estado	1			1
Cuenta de la Administración General del Estado	1			1
Cuenta General de la Seguridad Social	1			1
Organismos autónomos	34	19	2	55
Agencias estatales	6	2		8
Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social	5			5
Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social y sus Centros y Entidades Mancomunados	24			24
Sociedades mercantiles estatales	134	22	3	159
Entidades públicas empresariales	12	3		15
Fundaciones estatales	41	5	4	50
Otros organismos públicos	40	9	1	50
Consorcios	14	6	1	21
Fondos carentes de personalidad jurídica	12	3	2	17
Otras	11	2		13
TOTAL	336	71	13	420

Fuente: TCu, 2017.

Tabla 2. Cuentas del ejercicio 2015 rendidas por las entidades del sector público autonómico durante el año 2016

ENTIDADES	Cuentas rendidas		Cuentas no rendidas	Total
	En plazo	Fuera de plazo		
Cuenta General	6	1		7
Organismos autónomos	36			36
Empresas públicas	72	2	5	79
Universidades	6			6
Fundaciones	53	4	5	62
Otras entidades públicas	31	3	7	41
TOTAL	204	10	17	231

Fuente: TCu, 2017.

Tabla 3. Cuentas rendidas por las entidades del sector público local durante el año 2016

ENTIDADES	2001/2010	2011	2012	2013	2014	2015	TOTAL
Diputaciones provinciales, Cabildos y Consejos insulares	0	0	0	0	5	40	45
Ayuntamientos	57	40	76	156	959	5.956	7.244
Entidades supramunicipales	6	6	12	29	108	540	701
SUBTOTAL	63	46	88	185	1.072	6.536	7.990
Entidades de ámbito territorial inferior al municipio (EATIM)	20	8	10	22	428	2.007	2.495
TOTAL	83	54	98	207	1.500	8.543	10.485

Fuente: TCu, 2017.

3. LA COORDINACIÓN ENTRE LOS OCEX Y EL TRIBUNAL DE CUENTAS

Tal y como es habitual en la compleja Administración Pública española, la coexistencia del Tribunal de Cuentas estatal y los OCEX –entre los que no existe ninguna relación de dependencia jerárquica ni funcional o de otro tipo– convierte en imprescindible el establecimiento de mecanismos de coordinación. Es evidente que cuando existe una importante descentralización, es imprescindible establecer mecanismos de coordinación entre las distintas instituciones existentes, con la finalidad de evitar tanto los solapamientos y duplicidades como los vacíos de información, lagunas o sencillamente ámbitos de actuación que no son fiscalizados por ningún organismo. Además, parece razonable identificar áreas de actuación donde sea preciso realizar investigaciones conjuntas.

Los mecanismos de coordinación pueden establecerse de forma formal o informal. Por ejemplo, en Alemania, donde conviven el Tribunal estatal y los organismos regionales existe una Conferencia de los Presidentes de los Tribunales de Cuentas Federal y Regionales (*Konferenz der Präsidentinnen und Präsidenten der Rechnungshöfe des Bundes und der Länder*) con presidencia rotatoria, que se reúne dos veces al año, cuyo objetivo es fomentar la cooperación entre los tribunales. Además, existen los comités de trabajo creados por la Conferencia de Presidentes para distintas materias.

En España, la relación entre los órganos autonómicos de control y el Tribunal de Cuentas se instrumentó en un principio a través de una comisión de coordinación creada en mayo de 1989, cuya finalidad era establecer criterios y técnicas comunes de fiscalización y evitar duplicidades. Más adelante, siguiendo el modelo alemán, se constituyó la “Conferencia de Presidentes de los Órganos Autonómicos de Control Externo”, con Presidencia rotatoria, con la finalidad de intercambiar información, experiencias y métodos de fiscalización, así como adoptar criterios homogéneos en relación con aquellas cuestiones que afectan a la fiscalización de las administraciones regionales y locales.

También hay que destacar que, más recientemente, se han establecido nuevos mecanismos de coordinación con actuaciones tales como el intercambio de los respectivos Programas anuales de fiscalizaciones o la creación de una Plataforma de rendición de cuentas que se gestiona conjuntamente por el Tribunal de Cuentas y por la mayoría de los OCEX, a través de la cual se rinden telemáticamente las cuentas de la mayoría de las Entidades Locales españolas, evitando

la necesidad de hacerlo por duplicado. Sin embargo, el número de auditorías conjuntas que se realizan es todavía muy bajo (solo cuatro para el periodo 2013-2014 por ejemplo). Por tanto, es imprescindible incrementar los mecanismos tanto formales como informales de cooperación y coordinación para aumentar la eficiencia de las actividades, tanto del Tribunal estatal como de los OCEX, no solo desde el punto de vista nivel doctrinal o científico, sino también desde el punto de vista práctico.

4. LA GOBERNANZA DEL TRIBUNAL DE CUENTAS

La gobernanza del Tribunal de Cuentas español presenta algunas características muy interesantes, sobre todo desde la perspectiva del Derecho comparado. Debemos recordar que el Tribunal de Cuentas es un órgano colegiado formado por doce Consejeros de Cuentas que son nombrados por el Parlamento, seis por el Congreso de los Diputados y seis por el Senado, por mayoría de tres quintos de cada una de las cámaras. Los mandatos tienen una duración de nueve años y los Consejeros pueden ser reelegidos.

Los Consejeros deben ser seleccionados de entre profesionales de reconocido prestigio con más de quince años de experiencia profesional, pero no es preciso que procedan de determinados Cuerpos (como el de Auditores o Letrados del Tribunal de Cuentas) ni tampoco que tengan experiencia previa en el mismo. La procedencia, por tanto, puede ser muy variada: magistrados de distintos órdenes jurisdiccionales, fiscales, profesores de universidad, abogados, economistas, funcionarios pertenecientes a cuerpos para cuyo ingreso se exija titulación académica superior, etc. La única limitación es que no pueden ser nombrados Consejeros aquellas personas que en el momento de la designación ocupen un cargo que deba rendir cuentas ante el Tribunal, tales como responsables de organismos autónomos o sociedades mercantiles integrados en el sector público o funcionarios encargados de la intervención de los ingresos y gastos del sector público.

Es importante destacar que los Consejeros de Cuentas cuentan con un estatus similar al de los jueces, de manera que no pueden ser destituidos y están sujetos a las mismas causas de incompatibilidad e incapacidad. Son, por tanto, inamovibles. Ya hemos visto que la Constitución reconoce esta garantía a los miembros del Tribunal de Cuentas, y que fue la Ley 2/1982 de 12 de mayo, la que consideró que miembros del Tribunal de Cuentas eran únicamente los 12

Consejeros, una decisión de enorme trascendencia dado que el resto del personal que realiza funciones de auditoría y fiscalización en el Tribunal carece de esta garantía.

Los Consejeros de cuentas, junto con el Fiscal del Tribunal de Cuentas, que es nombrado por el Gobierno, conforman el **Pleno** del Tribunal, que es el máximo órgano de gobierno de la institución y es no solo el responsable de la función fiscalizadora, sino también de otras muchas funciones de gestión y organización interna, incluyendo la gestión de personal. Sus funciones están recogidas en la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas. En ese sentido, le corresponden funciones tales como aprobar la relación de puestos de trabajo y la oferta de empleo público del Tribunal. Además, las deliberaciones del Pleno son reservadas.

El Pleno propone, de entre sus miembros, al **Presidente** del Tribunal de Cuentas, que es nombrado por el Rey por un periodo de tres años renovable. Las funciones del Presidente son, fundamentalmente, la representación del Tribunal y la gestión de personal, coordinación y administración interna. Así, el Presidente preside el Pleno y la Comisión de Gobierno, fija los órdenes del día de las sesiones y dirige las deliberaciones, donde tiene voto de calidad en caso de empate. Asimismo, el Presidente es el responsable de la gestión de personal, convoca las pruebas para cubrir vacantes, nombra libremente al personal eventual a propuesta, en su caso, de los Consejeros, y ejerce la potestad disciplinaria en casos de faltas graves (en los casos de faltas leves son los propios Consejeros los que la ejercen respecto del personal de su departamento correspondiente). También es responsable de la gestión ordinaria del presupuesto del Tribunal (contratación de obras o servicios) siempre que los gastos hayan sido autorizados por el Pleno o la Comisión de Gobierno, o tengan carácter ordinario y periódico.

Los Consejeros, con la excepción del Presidente, se organizan en dos secciones: la sección de enjuiciamiento y la sección de fiscalización. Siete Consejeros se integran en la **Sección de Fiscalización**, que es la encargada de las tareas de fiscalización y de proponer al Pleno los resultados de los procedimientos fiscalizadores, es decir, de proponer los informes, mociones o notas que posteriormente el Pleno aprueba y remite a las Cortes Generales. Cuatro Consejeros integran la **Sección de Enjuiciamiento**, que se encarga de la función jurisdiccional. Cada

una de las secciones cuenta con un Presidente nombrado de entre los Consejeros que lo integran.

Los Presidentes de estas secciones, junto con el Presidente del Tribunal, forman la **Comisión de Gobierno**. La Comisión de Gobierno distribuye los asuntos del Tribunal entre las distintas Secciones, establece el régimen de trabajo del Tribunal, prepara las sesiones del Pleno, entre otras relacionadas con la gestión de personal, como aprobar las bases de los concursos y pruebas selectivas para el acceso a los Cuerpos de Funcionarios del Tribunal y los programas para la realización de las pruebas correspondientes.

Completa el sistema de gobernanza del Tribunal la Secretaría General, que básicamente tiene como función la gestión, tramitación, documentación y registro de los asuntos de la competencia del Presidente, Pleno y la Comisión de Gobierno, aunque el Presidente puede delegar en ella el ejercicio de las competencias que le corresponden en materia de personal y como órgano de contratación, siempre que estas actuaciones no requieren de la autorización previa por parte del Pleno o de la Comisión de Gobierno.

En cuanto a la distribución del personal, según datos del *peer review* encargado por el Tribunal de Cuentas, al que enseguida haremos referencia, y del estudio de la Fundación Hay Derecho² hay que señalar que entorno al 60% de la plantilla (que está formada por aproximadamente 750 personas) trabaja en la Sección de Fiscalización y el 15% en la Sección de Enjuiciamiento. El 25% restante se divide entre la Fiscalía, la Presidencia, la Secretaría General y la Intervención. La mitad, aproximadamente, del personal del Tribunal realiza funciones de auditoría, fiscalización o enjuiciamiento y la otra mitad es personal de tipo administrativo o de apoyo, como informáticos, comunicación, etc.

Como es fácil deducir de lo anteriormente expuesto, el resultado de este sistema de gobernanza es que son los Consejeros nombrados por el Parlamento –hasta ahora gracias a los pactos o consensos alcanzados por los dos grandes partidos, PP y PSOE–, bien a través de su Presidente, o bien reunidos en Pleno o en la Comisión de Gobierno, quienes ejercen tanto las funciones propias del Tribunal, fiscalización y enjuiciamiento, como la gestión interna del Tribunal, incluida la gestión de recursos humanos. Por tanto, tanto las decisiones de carácter

² <http://hayderecho.com/wp-content/uploads/2016/09/FHD-AnalisisTribunalCuentas-VF.pdf>.

técnico, en relación con las funciones propias del Tribunal, como las de gestión y organización (y muy en particular las relativas a los recursos humanos) son adoptadas por las mismas personas. Los riesgos de este sistema de gobernanza en una institución en la que los técnicos que realizan las funciones de fiscalización y enjuiciamiento pueden suponer problemas graves para los gestores públicos en general, y a los del mismo partido que ha promovido el nombramiento de los Consejeros en particular, son evidentes. Recordemos además que estos funcionarios no cuentan con más garantías que las ordinarias de un funcionario público y que, además, los Consejeros pueden nombrar para realizar estas mismas funciones a personas que no proceden de los Cuerpos de Letrados y Auditores de Cuentas.

Además, en la práctica existe una confusión de funciones en materia de gestión interna entre los distintos órganos que componen el Tribunal y los propios Consejeros, que ha desembocado en un problema de gobernanza. En este sentido, merece la pena citar literalmente lo que decía al respecto el *peer review* al que el Tribunal de Cuentas se sometió en el año 2015: *“La gestión interna del TCu es compartida por varios agentes y órganos (el Presidente, el Pleno, la Comisión de Gobierno y el Secretario General), que actúan sin una delimitación clara y estricta de sus competencias y responsabilidades. Observamos que, en la práctica, el Pleno, y también los Consejeros de Cuentas, a título individual, han ido asumiendo progresivamente competencias decisorias en ámbitos como la gestión y asignación de recursos humanos, y que el Pleno funciona como un órgano de reclamación o revisión de las decisiones de la Comisión de Gobierno y del Presidente. Además, el Secretario General tiene escasas competencias en la gestión general de los recursos humanos.*

La ausencia de una clara y estricta delimitación de competencias afecta, de manera significativa, al buen gobierno y a la gestión interna. Por otra parte, el TCu todavía no ha adoptado una estrategia institucional. La combinación de estos factores repercute negativamente en el gobierno y en la gestión interna de toda la organización”.

Conviene destacar que el *peer review* fue solicitado por el propio Presidente del Tribunal de Cuentas, en el año 2014, tras la denuncia de los medios de comunicación y la existencia de varios recursos judiciales que ponían en cuestión cómo se venían aplicando los procedimientos de selección y gestión de personal. Anteriormente ya habían surgido críticas que ponían de manifiesto

el nepotismo de la institución, especialmente a raíz de un artículo en la prensa que denunciaba los lazos familiares de más de un centenar de trabajadores del Tribunal con altos y ex altos cargos de la institución y de sus principales representantes sindicales³.

Lo que ponen de relieve estos procedimientos y estas denuncias es que los Consejeros tienen en la práctica total discrecionalidad, si bien dentro de los parámetros que establece la Ley, lo que ha permitido que el Tribunal Supremo haya estimado varios recursos contencioso-administrativos interpuestos por funcionarios de la institución anulando varios nombramientos discrecionales. Así, por ejemplo, en febrero de 2016, el Tribunal Supremo en STS 174/2016 de 2 de febrero, anulaba la convocatoria de una plaza que fue “fabricada” a la medida del hermano de un Consejero, alegando “que la nueva convocatoria estuvo dirigida a suprimir los obstáculos que frente a otros pudiera tener el señor X para obtener la plaza objeto de discusión”.

Aun así, es indudable que los Consejeros gozan de una gran libertad para nombrar para los puestos más importantes a los empleados del Tribunal y para adscribirlos o removerlos de sus funciones. Conforme a la relación de puestos de trabajo del Tribunal (RPT) todos los niveles de puestos de trabajo con niveles 28 a 30 se cubren por el procedimiento de libre designación. Todos los funcionarios de las Administraciones Públicas que acceden al Tribunal de cuentas lo hacen por el procedimiento de libre designación y los funcionarios de los Cuerpos propios de la institución (letrados y auditores del Tribunal de Cuentas) sólo promocionan profesionalmente por el sistema de libre designación. Además, como hemos visto, el Presidente y los Consejeros ostentan también la potestad disciplinaria respecto de los trabajadores del Tribunal.

Y no olvidemos que, en el caso de los funcionarios, es la Comisión de Gobierno la que aprueba las bases para las pruebas selectivas y la que adscribe o remueve a los funcionarios de las distintas unidades del Tribunal. Por último, en el caso del personal eventual, el Presidente tiene la potestad de nombrarlo a propuesta, en su caso, de los Consejeros, dentro de los límites de la relación de puestos de trabajo que define el Pleno.

³ http://politica.elpais.com/politica/2014/06/09/actualidad/1402333463_591562.html.

En cuanto a la normativa aplicable, la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas establece que el personal del Tribunal de Cuentas está formado por funcionarios sujetos al régimen general de la Función Pública. Esta Ley remitía a la elaboración de una ley posterior para ordenar el funcionamiento del Tribunal y regular los distintos procedimientos y el Estatuto de su personal. Esta Ley es la ya mencionada Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas. Según esta Ley, el personal del Tribunal podrá estar integrado por personal funcionario, personal contratado y personal eventual.

Entre los miembros del personal del Tribunal funcionalarial encontramos:

- Los miembros de los Cuerpos Superiores específicos del Tribunal: los Letrados del Tribunal de Cuentas y los Auditores del Tribunal de Cuentas.
- Funcionarios del grupo A de Cuerpos Superiores de las Administraciones Públicas y Seguridad Social destinados en el Tribunal (que no pueden superar en número a los anteriores) y que no necesariamente tienen que proceder de Cuerpos que requieran una formación específica en temas de auditoría y contabilidad.
- Integrantes del Cuerpo de Contadores Diplomados del Tribunal de Cuentas.
- Otros funcionarios del Estado destinados al Tribunal.

Además, la Ley permite que el Tribunal de Cuentas contrate personal laboral permanente o interino. Los primeros deben limitarse a una relación de puestos específicamente definidos para personal laboral. Los segundos pueden contratarse de acuerdo con la legislación sobre la Función Pública cuando existan razones de urgente necesidad, y siempre que no ocupen puestos de trabajo asignados en la relación de puestos de trabajo a funcionarios. Por tanto, los trabajadores eventuales deben de circunscribirse a realizar funciones de asesoramiento en puestos “de confianza” de los Consejeros. El objetivo es evitar que el personal eventual (es decir, de confianza) pueda ejercer labores fiscalizadoras o de enjuiciamiento, lo que podría suponer una amenaza a la neutralidad e independencia exigible a la institución.

Interesa destacar, por ejemplo, que en el año 2014 sólo dos personas se incorporaron al Tribunal por concurso público, de un total de 29.

Recordemos, también, que los puestos de dirección se cubren a través de procedimientos de libre designación. Así se nombran tanto los puestos de Director

y Subdirector de Tribunal, como los de Vocal asesor y asesores técnicos. La libre designación fue el procedimiento utilizado en 2014 para el 86% de los nombramientos del Tribunal⁴. Esto quiere decir que las personas que ocupan estos cargos pueden ser cesadas libremente por la Comisión de Gobierno, sin contar con el dato, que ya hemos puesto de manifiesto, de que los expedientes disciplinarios dependen de los Consejeros (en función de la gravedad del Presidente del Tribunal o de la sección correspondiente).

En definitiva, los empleados del Tribunal de Cuentas encargados de realizar las tareas fiscalizadoras y de enjuiciamiento (si bien la aprobación de los informes sea potestad del Pleno) no tiene garantías de inamovilidad, a diferencia de los Consejeros, y de lo que ocurre en otras entidades fiscalizadoras existentes en países con una configuración similar a la nuestra, como Francia o Italia. En estos sistemas, como también sucede en el nuestro, la independencia del órgano de control se fundamenta en la inamovilidad de los auditores o magistrados; pero la diferencia estriba en que en España este estatus sólo lo disfrutan los Consejeros que son designados por el Parlamento. Es decir, los únicos inamovibles son los designados políticamente a través del acuerdo de los partidos políticos representados en el Parlamento, hasta hace muy poco en España, fundamentalmente los dos partidos mayoritarios.

Hay varias características de este sistema que resultan destacables, especialmente en una perspectiva comparada. En este sentido, podemos concluir que nuestro tribunal es una anomalía entre los modelos de tipo continental precisamente por esta razón. Este tipo de instituciones se caracterizan por esta inamovilidad de los cargos, en la medida en que se predica de un amplio número de magistrados que acceden a esta condición mediante concurso público en su mayor parte, y que son los encargados de las labores de tipo técnico (entendiendo como tales los informes, los dictámenes, las resoluciones...). Asimismo, en estos modelos de tipo continental, la gestión interna y la administración de la institución suelen estar en manos de órganos en los que participan altos cargos, normalmente nombrados por el poder legislativo o ejecutivo, pero también por magistrados de las entidades de fiscalización que no son de designación política.

⁴ Peer Review del Tribunal de Cuentas de España, 2015.

Como hemos visto, en España los empleados que realizan las labores técnicas son funcionarios pero no tienen garantizado el estatuto judicial, y en la mayoría de los casos, que corresponden a funcionarios del nivel A1s, ocupan puestos de libre designación, lo que quiere decir que no solo son de libre nombramiento sino también de libre cese. Además, hay que tener presente que muchos de estos funcionarios proceden de Cuerpos de la Administración que no requieren formación específica en auditoría y contabilidad. En otros países, los técnicos que aprueban los informes de fiscalización son inamovibles también, pero no son nombrados por el poder político –al menos no en su totalidad– y no diferentes de los cargos que gestionan internamente la organización, lo que, en nuestra opinión, ayuda a garantizar la independencia e imparcialidad del trabajo de control.

5. LAS FUNCIONES DEL TRIBUNAL DE CUENTAS

La función fiscalizadora es la que tiene por objeto controlar que la actividad económico financiera del sector público cumple con la legalidad vigente, pero también con los principios de buena gestión financiera. Dentro de esta función queda incluida la comprobación de la Cuenta General del Estado.

Se suelen distinguir tres tipos de fiscalizaciones en función de su objetivo:

- a) La fiscalización de cumplimiento, que pretende verificar que se cumple la normativa reguladora de la gestión económico-financiera de la entidad o actividad fiscalizada. Se trata por tanto de una fiscalización que podríamos denominar “de legalidad” donde se comprueba si se ha aplicado la normativa vigente.
- b) La fiscalización financiera, que pretende verificar que los estados financieros de una entidad son fiables y cumplen con los principios y normas contables.
- c) La fiscalización operativa o de gestión (también conocida como auditoría de desempeño) cuya finalidad es revisar la racionalidad de los gastos y su adecuación a los principios de buena gestión, el cumplimiento de los objetivos del gasto y si los gastos se han realizado conforme a los principios de eficacia, eficiencia y economía. Es la que presenta más interés desde el punto de vista de la ciudadanía y de los representantes políticos y la sociedad civil pero, como veremos, este tipo de fiscalización es la que menos realizan nuestras entidades de fiscalización.

Además de la función fiscalizadora, el Tribunal tiene una función jurisdiccional mediante la que enjuicia y exige, en su caso, la responsabilidad contable de los responsables de la gestión de los fondos públicos. Como hemos visto, esta función es exclusiva del Tribunal de Cuentas, de manera que los OCEX no pueden desarrollarla, aunque existe la posibilidad de que el Tribunal delegue la instrucción de los procedimientos jurisdiccionales de responsabilidad contable en los órganos regionales. Hay que destacar que esta jurisdicción es además compatible con la jurisdicción penal y que sus decisiones impugnables, mediante recursos de casación y de revisión ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, lo que plantea no pocos problemas. La escasa virtualidad de esta función jurisdiccional es notable si atendemos a los propios datos del Tribunal de Cuentas.

Finalmente, el Tribunal de Cuentas español tiene una muy limitada función consultiva en aquellas materias que afecten a su régimen jurídico o al ejercicio de sus funciones, sobre las que el Tribunal debe emitir un informe en virtud de la disposición adicional undécima a la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (añadida a raíz del artículo 22.Dos de la Ley 15/2014, de 16 de septiembre).

5.1. La función de fiscalización

Como hemos visto, la función esencial de las entidades superiores de fiscalización, también de nuestro Tribunal, es controlar la actividad económica financiera del sector público, desde un punto de vista legal, pero también contable y de gestión.

El Tribunal de Cuentas elabora anualmente un programa de fiscalizaciones, que es aprobado por el Pleno antes de finalizar cada año y se eleva a la Comisión Mixta, Congreso-Senado, para las relaciones con el Tribunal de Cuentas. En este programa, que tiene carácter público, se incluyen las fiscalizaciones a realizar durante el ejercicio, incluyendo las propuestas por el propio Tribunal, las que proponen las Cortes Generales y, dentro de su respectivo ámbito, las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, así como las que deban realizarse por mandato legal (por ejemplo las de los partidos políticos).

Los criterios con los que se elabora el plan incluyen la selección de “significativos volúmenes de ingresos y gastos públicos y de áreas de riesgo especialmente

relevantes en la gestión económico-financiera del sector público⁵. Asimismo suelen incluirse entidades que no han sido nunca antes fiscalizadas y fiscalizaciones que incluyen entre sus objetivos el seguimiento de las recomendaciones y de las resoluciones de informes anteriores.

A lo largo del año, el Tribunal aprueba los informes de fiscalización que se van realizando, en base a ese programa anual, o al de años anteriores si quedaron pendientes entonces. Recordemos brevemente cuál es el procedimiento para su aprobación. Cada Departamento es el competente para llevar a cabo los trabajos de fiscalización de su responsabilidad. Una vez que este trabajo está finalizado, el anteproyecto de informe se envía a la entidad fiscalizada para que lo revise y emita sus alegaciones. El equipo fiscalizador revisa las alegaciones y modifica, si es pertinente, el anteproyecto. Una vez revisado, se remite a los miembros del Pleno para que realicen sus observaciones, así como al Fiscal y al Abogado del Estado, que son quienes deben indicar si existen indicios de posibles responsabilidades contables, penales o administrativas.

Las observaciones de los Consejeros y los dictámenes de la Fiscalía y la Abogacía del Estado pasan entonces a ser debatidos en la Sección de Fiscalización. Una vez revisado en la Sección de Fiscalización, el informe pasa al Pleno para su aprobación. Es entonces cuando se considera aprobado y se hace público. Posteriormente, el informe se presenta ante la Comisión Mixta del Parlamento para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, que puede aprobar mociones respecto del informe, pero no modificarlo. Debemos destacar que, como veremos, es el Parlamento el que debe convocar al Presidente del Tribunal de Cuentas para la presentación de los informes, por lo que este último paso puede dilatarse en el tiempo.

La Fiscalía (a través de la función de enjuiciamiento del propio Tribunal, en el caso de las responsabilidades contables) y la Abogacía del Estado son los encargados de exigir responsabilidades contables, penales o administrativas a los responsables del gasto público. La exigencia de responsabilidades políticas corresponde, lógicamente, al Parlamento.

Los informes de fiscalización del Tribunal de Cuentas son presentados ante el Parlamento por su Presidente, tal y como establece el artículo 199.1 del Regla-

⁵ Programa de Fiscalizaciones del Tribunal de Cuentas para el año 2016.

mento del Congreso a petición de la propia Comisión Mixta⁶. Así, por ejemplo, en el año 2016, el Presidente del Tribunal de Cuentas compareció en dos ocasiones ante la Comisión, en 28 de abril y el 21 de diciembre⁷. Otra importante limitación a la efectividad del trabajo fiscalizador del Tribunal es que el Reglamento del Congreso no prevé que comparezcan ante la Comisión Mixta los gestores públicos responsables de las entidades o programas que han sido fiscalizados por el Tribunal, lo que sí sucede en otros países (siguiendo el ejemplo de la Comisión de Cuentas Públicas del Parlamento británico, que es además la más antigua de este Parlamento), lo que, en nuestra opinión, limita claramente la posibilidad de exigir responsabilidades políticas.

La incapacidad parlamentaria de controlar al Ejecutivo, como ya señalaba hace una década el Prof. Martínez Lago⁸, es uno de los elementos que contribuyen a la ineficacia en la práctica del trabajo de fiscalización del Tribunal de Cuentas. Esta falta de control y la pérdida de relevancia del Parlamento no se manifiestan únicamente en la falta de control presupuestario, pero es una de sus más perversas consecuencias. Otros problemas que limitan la efectividad de la función de fiscalización, y que veremos más adelante, incluyen la excesiva longitud y complejidad de los informes y la dilación en los plazos de aprobación de los mismos.

No obstante, más allá de la utilidad de las labores de fiscalización del Tribunal, para realizar un control efectivo de gasto público desde el punto de vista político –y por supuesto como herramienta de lucha contra la corrupción–, no debemos olvidar que es responsabilidad del Tribunal de Cuentas supervisar y controlar que el gasto público se ejecute con economía, eficacia y eficiencia, y no únicamente en el marco de la legalidad.

⁶ El Presidente del Tribunal compareció a petición propia en julio de 2014 ante las noticias que se habían publicado en las semanas anteriores que acusaban al Tribunal de nepotismo y politización. Una de las noticias de mayor impacto fue la publicada por el periódico *El País* en el mes de junio de 2014 con el título “ Los lazos de parentesco en el Tribunal de Cuentas alcanzan a 100 empleados”.

⁷ El diario de sesiones de la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas puede consultarse en este enlace: http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Organos/Comision?_piref73_7498063_73_1339256_1339256.next_page=/wc/detalleInformComisiones?idOrgano=317&idLegislatura=12.

⁸ Miguel Ángel Martínez Lago, *El control parlamentario sobre el presupuesto público*. Instituto de Estudios Fiscales. 2007.

5.2. La declaración sobre la Cuenta General del Estado

Corresponde al Tribunal de Cuentas el examen y la declaración de la Cuenta General del Estado. Se trata de una de las funciones esenciales, a la par que una de las más tradicionales del Tribunal de Cuentas, y que realiza por delegación de las Cortes Generales a las que auxilia en este cometido como órgano técnico que de esta forma contribuye a la realización de la función del control parlamentario de la gestión económico-financiera del Poder Ejecutivo.

Para realizar esta declaración, se parte del documento que elabora anualmente la Intervención General de la Administración del Estado (IGAE) en el que se incluyen las cuentas anuales del sector público estatal, comprendiendo las operaciones de ejecución del presupuesto, así como la información sobre la situación patrimonial y financiera del sector público estatal. Su carácter es técnico contable y, por tanto, de muy difícil comprensión para los no expertos. Esta Cuenta general del Estado es remitida por el Gobierno al Tribunal de Cuentas antes del 31 de octubre del ejercicio siguiente al que se refera. El Tribunal de Cuentas tiene un plazo máximo de 6 meses para emitir dicha Declaración. Así, actualmente (mayo de 2017) la última Declaración sobre la Cuenta General del Estado aprobada es la correspondiente al ejercicio 2014.

Tal y como sucede con los informes de fiscalización, la pregunta que hay que hacerse es si tal y como está legalmente diseñado nuestro sistema de control externo cumple realmente su objetivo de asegurar la necesaria transparencia aplicada al ciclo presupuestario; esto es, si realmente nuestro Tribunal de Cuentas ejerce una labor de control del presupuesto estatal que permita conocer al Parlamento y a los representantes electos, en tiempo adecuado y de forma precisa, cómo y en qué se han gastado los impuestos de los ciudadanos. O dicho de otra forma, si se han cumplido los principios no solo de legalidad sino también de eficacia y eficiencia en el gasto público, qué aspectos son susceptibles de crítica y mejora, etc.

Como recuerda García Pando⁹ “el Parlamento es a quien, teóricamente, corresponde un papel central y decisivo en todo el proceso de gasto público pues aprueba los objetivos de estabilidad presupuestaria y de deuda pública, examina y aprueba los Presupuestos presentados por el Gobierno y controla su ejecución,

⁹ García Pando, Joaquín, *Propuestas para mejorar el control parlamentario de la gestión pública (I)*. Hay Derecho. 11 de enero de 2017.

sirviéndose para ese control –de carácter político a fin de exigir cuentas a los gestores públicos– de los informes técnicos que realiza el Tribunal de Cuentas”.

Desde el punto de vista de las responsabilidades políticas, el Tribunal de Cuentas puede ser considerado, por lo tanto, como un instrumento. Sin embargo, en nuestra opinión, tanto su funcionamiento como el de la propia Comisión Mixta Congreso-Senado para las relaciones con el Tribunal de Cuentas (que es el órgano al que reporta) suponen importantes limitaciones que impiden que en la práctica este control se ejerza de forma efectiva.

Conviene destacar que, además, el análisis de la Cuenta general del Estado se limita exclusivamente al ámbito contable (por ejemplo si el balance está bien conformado, si se han contabilizado adecuadamente las diversas partidas, si se ofrecen magnitudes adecuadas, etc.). Por esa razón, aunque sin duda supone un esfuerzo monumental, dado que hay que analizar miles de cuentas a efectos de comprobar su regularidad y veracidad, cabe cuestionarse por la utilidad real de un informe de estas características para cumplir con su finalidad.

Además de la inadecuación de los tiempos de aprobación de la Declaración para una adecuada rendición de cuentas y un debate parlamentario útil sobre los presupuestos, la Declaración se elabora en un lenguaje excesivamente técnico –recordemos que los parlamentarios no tienen por qué contar con ningún conocimiento contable– y tiene una estructura poco útil para el debate público. La estructura y contenido responden exclusivamente a una perspectiva de análisis contable, en base a la cual se examina la ejecución presupuestaria así como la situación económica y financiera del sector público estatal.

En los últimos años, el informe se ha ido acortando, lo que sin duda puede ayudar a su mejor utilización, pero mantiene este enfoque exclusivamente contable, que implica que se examina la ejecución presupuestaria en base a conceptos como la liquidación de los presupuestos o el balance consolidado. En otros países, como Francia, las cuentas se revisan en base a objetivos y programas de gasto, como cultura, defensa, justicia, etc., como puede observarse en la figura 1.

En definitiva, tal y como está diseñado en la actualidad este importante documento, no parece que resulte muy útil para el debate parlamentario ni por los plazos ni por la forma de presentación. Efectivamente, el problema reside no sólo en su estructura y contenido sino también en el dato de que este informe se remita al Parlamento más de dos años después del ejercicio presupuestario al que se refiere

Figura 1. Declaración sobre la Cuenta General del Estado en Francia: ejercicio 2014
(continúa en la página siguiente)

ÍNDICE

I INTRODUCCIÓN	11
I.1 ASPECTOS GENERALES	11
I.2 OBJETIVOS Y PROCEDIMIENTOS DEL EXAMEN Y COMPROBACIÓN DE LA CUENTA GENERAL DEL ESTADO	11
I.3 FORMACIÓN DE LA CUENTA GENERAL DEL ESTADO	12
I.4 RENDICIÓN DE LA CUENTA GENERAL DEL ESTADO	13
I.5 TRÁMITE DE ALEGACIONES	13
II OPINIÓN SOBRE LA LEGALIDAD Y REPRESENTATIVIDAD DE LA CUENTA GENERAL DEL ESTADO	14
III SÍNTESIS DE RESULTADOS	14
III.1 REGULARIDAD FORMAL	14
III.1.1 Contenido de la Cuenta General del Estado	14
III.1.2 Observaciones sobre la integración de grupos consolidados	14
III.1.3 Coherencia interna	15
III.1.4 Rendición de cuentas anuales individuales	15
III.2 LIQUIDACIÓN DE LOS PRESUPUESTOS	16
III.2.1 Créditos iniciales	16
III.2.2 Modificaciones de crédito	16
III.2.3 Obligaciones y derechos imputados por defecto o exceso en el presupuesto	16
III.2.4 Pagos a justificar y anticipos de caja fija	17
III.2.5 Amortizaciones de títulos de Deuda Pública	17
III.3 BALANCE CONSOLIDADO	18
III.3.1 Activo	18
III.3.2 Patrimonio Neto y Pasivo	22
III.4 CUENTA DEL RESULTADO ECONÓMICO PATRIMONIAL CONSOLIDADA	23
III.5 INFORMACIÓN CONTENIDA EN LA MEMORIA	24
III.5.1 Información presupuestaria de las entidades cuyo presupuesto de gasto tiene carácter limitativo	24

Figura 1. Declaración sobre la Cuenta General del Estado en Francia: ejercicio 2014
(viene de la página anterior)

Sommaire du rapport

Ce rapport est complété par les analyses de la gestion de chacune des missions du budget général et chacun des comptes spéciaux, publiées pour la première fois en 2012 dans leur intégralité.

Analyses par missions et programmes – Budget général
Analyses par missions et programmes – Budgets annexes
Analyses par missions et programmes – Comptes d'affectation spéciale
Analyses par missions et programmes – Comptes de concours financiers
Analyses par missions et programmes – Comptes de commerce
Analyses par missions et programmes – Comptes d'opérations monétaires
Recettes fiscales, non fiscales et dépenses fiscales

Analyses par missions et programmes – Budget général

- [Action extérieure de l'État \(PDF, 521,72 kB\)](#)
- [Administration générale et territoriale de l'Etat \(PDF, 358,84 kB\)](#)
- [Agriculture, alimentation, forêt et affaires rurales \(PDF, 326,13 kB\)](#)
- [Aide publique au développement \(PDF, 315,52 kB\)](#)
- [Anciens combattants, mémoire et liens avec la nation \(PDF, 330,36 kB\)](#)
- [Conseil et contrôle de l'Etat \(PDF, 311,98 kB\)](#)
- [Culture \(PDF, 518,91 kB\)](#)
- [Défense \(PDF, 800,60 kB\)](#)
- [Direction de l'action du Gouvernement \(PDF, 317,79 kB\)](#)
- [Ecologie, développement et mobilités durables \(PDF, 1,01 MB\)](#)
- [Economie \(PDF, 1,00 MB\)](#)
- [Égalité des territoires, logement et ville \(PDF, 359,25 kB\)](#)
- [Engagements financiers de l'Etat \(PDF, 434,84 kB\)](#)
- [Enseignement scolaire \(PDF, 1,35 MB\)](#)
- [Gestion des finances publiques et des ressources humaines \(PDF, 348,37 kB\)](#)
- [Immigration, asile et intégration \(PDF, 235,48 kB\)](#)
- [Justice \(PDF, 431,37 kB\)](#)
- [Medias, livre et industries culturelles \(PDF, 864,43 kB\)](#)
- [Outre-mer \(PDF, 414,67 kB\)](#)
- [Politiques des territoires \(PDF, 287,44 kB\)](#)

y –normalmente– una vez que han finalizados los debates parlamentarios del ejercicio siguiente.

Algo similar ocurre con las Cuentas de las respectivas Comunidades Autónomas. Los OCEX también tienen que presentar un Informe sobre la ejecución del presupuesto autonómico del Gobierno regional cuya estructura y formato es muy similar al del Tribunal de Cuentas sobre la Cuenta General del Estado. Estos informes se centran en las cuestiones o aspectos más técnicos o formales de la ejecución presupuestaria pero no suelen contener un análisis en profundidad de la gestión y ejecución de los fondos públicos, por lo que su utilidad es también bastante reducida.

En cuanto a las fechas, sólo en el caso de las CC.AA de Navarra y Canarias sus OCEX presentan el correspondiente Informe en el año siguiente al que va referido (normalmente en diciembre) El resto de los OCEX manejan los mismos plazos que el Tribunal de Cuentas respecto a la Cuenta General del Estado¹⁰.

A nuestro juicio sería imprescindible, con el objetivo de ofrecer una información adecuada y útil tanto al Parlamento como a los ciudadanos, replantearse los informes sobre la Cuenta General, no solo en cuanto a sus fechas (sería muy conveniente publicarlos en el año siguiente al ejercicio al que van referidos, para lo cual sería preciso una modificación normativa) sino, también respecto a su contenido. En este sentido, nos parece que tal y como sucede en otros países de nuestro entorno, estos informes deberían centrarse no sólo en aspectos formales y contables sino también en aspectos materiales de ejecución presupuestaria, con la finalidad de incrementar su utilidad para detectar ineficiencias e ineficacias. En definitiva, se trata de que sean útiles a los parlamentarios de cara a los debates y al proceso de aprobación de los siguientes presupuestos. Algo similar cabe decir de los informes elaborados por los OCEX a nivel autonómico.

¹⁰ En el caso de Aragón, este año ha publicado conjuntamente el Informe de la Cuenta General de la Comunidad Autónoma correspondiente a los años 2012 y 2013. A principios del mes de octubre de 2015 están todavía sin publicar el Informe de la Cuenta General de la Generalidad de Cataluña de 2013 (el último publicado es el de 2012), así como las respectivas Cuentas Generales de las Comunidades Autónomas sin OCEX (Murcia, Rioja, Cantabria, Extremadura, Castilla-La Mancha).

5.3. La función jurisdiccional

El origen de esta función, propia de las entidades fiscalizadoras que pertenecen al que hemos llamado modelo continental, se remonta a los tiempos del Antiguo Régimen en que los órganos administrativos realizaban también funciones jurisdiccionales. Por ese motivo, no faltan los que critican esta función como anacrónica y los que postulan su supresión por considerarla no solo anticuada sino también ineficiente y muy compleja. Además, podemos hablar de una jurisdicción especializada por cuanto supone sustraer el conocimiento de los asuntos a la jurisdicción ordinaria. En todo caso, hoy por hoy, se trata de una función esencial del Tribunal de Cuentas estatal.

Su objetivo es la exigencia de responsabilidad contable a los gestores de fondos o bienes públicos cuya conducta haya podido causar un detrimento o daño a estos fondos públicos. El enjuiciamiento contable (que tiene dos instancias dentro del propio Tribunal) se realiza sobre las cuentas que tienen que rendir aquellas personas que recauden, intervengan, administren, custodien o utilicen bienes, caudales o efectos públicos, así como todos aquellos que perciban subvenciones, créditos, avales u otras ayudas procedentes del Sector Público.

Como ya hemos visto, solo el Tribunal de Cuentas tiene funciones jurisdiccionales en relación con la responsabilidad contable, pero puede delegar alguna de sus actividades de instrucción para la preparación de los procedimientos en los OCEX. Por su parte, los OCEX pueden apreciar la existencia de indicios de responsabilidad contable en sus informes de fiscalización y en ese caso deben de ponerlo en conocimiento del Tribunal de Cuentas para que inicie el procedimiento correspondiente.

Hay que subrayar que esta jurisdicción contable es compatible con la actuación de los Tribunales de Justicia del orden penal, incluso respecto de unos mismos hechos y unos mismos responsables, dado que técnicamente no se considera como un procedimiento sancionador, lo que introduce una notable complejidad en el sistema dado que, al menos sobre el papel, pueden coexistir los procedimientos de enjuiciamiento contable y los judiciales de los que conoce la jurisdicción ordinaria. Esto quiere decir que si bien el Tribunal de Cuentas no puede determinar la existencia de responsabilidades penales, dado que esto compete a los Tribunales de Justicia del orden jurisdiccional penal, sí puede fiscalizar la posible responsabilidad contable y examinarlos, tanto a instancias del Fiscal, de la Administración u organismo público perjudicado o de la acción popular. Además,

si los hechos son constitutivos de delito, la responsabilidad civil tiene que ser determinada por la jurisdicción contable, frente a la regla general que establece que la responsabilidad civil se determina por los órganos judiciales competentes de la jurisdicción penal, lo que entraña una complejidad adicional sobre la que no nos detendremos aquí.

Debemos recordar que para apreciar la existencia de responsabilidad contable deben concurrir una serie de requisitos:

- a) Que se haya producido un daño o perjuicio a los fondos públicos, y que así se desprenda de las cuentas que deban rendir quienes tengan a su cargo su manejo, custodia o administración.
- b) Que exista un incumplimiento de las normas que regulan el régimen presupuestario, de contabilidad o de subvenciones públicas.
- c) Que exista dolo o al menos negligencia grave por parte del presunto responsable.
- d) Que se pueda apreciar una relación de causalidad entre la acción u omisión dolosa o culposa del presunto responsable y el daño producido a los fondos públicos

En cuanto a los tipos de procedimientos, pueden diferenciarse los siguientes:

- a) El procedimiento de reintegro por alcance. Se trata de aquellos supuestos en que la responsabilidad contable da lugar a un 'alcance', es decir, a la existencia de un saldo deudor injustificado de una cuenta o a una ausencia de fondos sin justificar en las cuentas. Un alcance puede ocurrir típicamente cuando estamos ante el tipo penal de la malversación de caudales o efectos públicos, que consiste en su sustracción o en el consentimiento para que esta se produzca.
- b) El juicio de cuentas. Se trata del procedimiento utilizado para los casos de responsabilidad contable que no constituyen alcance.
- c) El expediente de cancelación de fianzas que es el procedimiento mediante el que gestores de fondos públicos, a los que se les ha exigido una fianza o una garantía por la utilización de recursos públicos, solicitan la autorización para cancelarlas.

Más adelante veremos detalles sobre la actividad de enjuiciamiento realizada por el Tribunal de Cuentas en los últimos años.

5.4. La relación con los controles internos del sector público

Sin duda, un aspecto esencial para comprender mejor el funcionamiento de una EFS es analizar sus relaciones con los organismos o agentes que tienen encomendada la fiscalización interna o los controles internos y que se realizan con anterioridad. No hay que olvidar que la EFS es un organismo de fiscalización que actúa normalmente *a posteriori*, realizando un control externo –aunque en algunos casos, como en Italia, puede tener también funciones de autorización *a priori*, aunque muy limitadas–, por lo que resulta determinante establecer su relación con los controles internos que con carácter previo existen en las AA.PP. En definitiva, el control interno y externo tiene una finalidad similar y la calidad de la ejecución del primero es clave para el segundo. Si además, como ocurre en el caso español, el Tribunal de Cuentas tiene funciones de enjuiciamiento, esa relación es todavía más importante.

En España, como es sabido, la función del control interno en el nivel de la Administración General del Estado corresponde a la Intervención General del Estado, que depende del Ministerio de Hacienda y realiza funciones de control “*a priori*” confirmando que las operaciones se realizan de acuerdo con la legislación vigente en las entidades sujetas a un presupuesto limitativo. Adicionalmente, realiza la función de control permanente financiero de cualquier entidad perteneciente al sector público estatal, también de empresas públicas y demás entidades no sujetas a un presupuesto limitativo y realizan la denominada auditoría “*a posteriori*” para el control de la actividad económica y financiera.

En ese sentido, conviene mejorar e incrementar relaciones y la coordinación entre los órganos que realizan las funciones de control interno y las de fiscalización externa. En particular, donde la coordinación y la relación entre los órganos que realizan funciones de control interno y los EFS allí donde los controles internos son más débiles (por razones cuyo estudio excede de los límites de este trabajo) como ocurre en el ámbito local, en el autonómico y sobre todo en las entidades del sector público, que es donde se vienen detectando los mayores problemas en cuanto a corrupción, despilfarro y, en general, defectuosa gestión de los fondos públicos, particularmente en aquellas entidades sin control previo, algunas de las cuales gestionan importantes presupuestos de gastos (ADIF, AENA, RENFE, Canal de Isabel II, etc.).

6. LA EFICIENCIA Y EFECTIVIDAD DEL TRIBUNAL DE CUENTAS

6.1. Análisis del Tribunal de Cuentas español

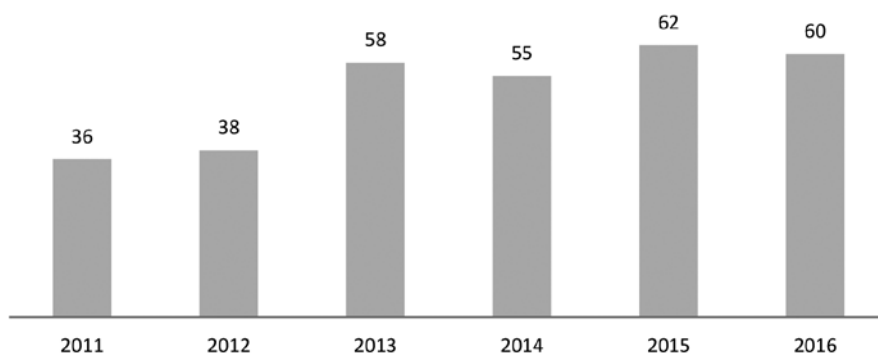
Para analizar el funcionamiento real del Tribunal de Cuentas en términos de eficiencia y efectividad, hemos partido de una serie de indicadores que tienen en cuenta magnitudes tales como el presupuesto del Tribunal, el número de empleados y el número de informes realizados en relación con las propias previsiones del Tribunal recogidas en el programa anual de fiscalizaciones.

Así, el presupuesto del Tribunal de Cuentas en el año 2016 ha sido de 63,27 millones de euros, y contó ese año con 748 empleados, 559 de los cuales era funcionarios, 157 personal laboral y 32 personal eventual.

Respecto a la actividad de fiscalización, en el año 2016 había programadas 128 fiscalizaciones, de las que 107 estaban previstas para ser aprobadas en el año 2016. Finalmente, en esta anualidad se aprobaron 59 informes y una moción, lo que representa un cumplimiento del 56% del programa anual previsto. En el año 2015, se aprobaron 62 informes de fiscalización de un total de 139 actuaciones de fiscalización previstas (incluyendo 133 informes de fiscalización, 2 notas y 4 fiscalizaciones internacionales), lo que supone un 45% del programa anual de fiscalización previsto para 2015. El programa anual de fiscalización 2014 incluía 119 fiscalizaciones, de las cuales se realizaron 55, es decir, que se cumplió un 46% del programa.

En todo caso, podemos observar que la actividad fiscalizadora se ha ido incrementando en los últimos años, especialmente desde el año 2001, cuando los informes aprobados fueron 36.

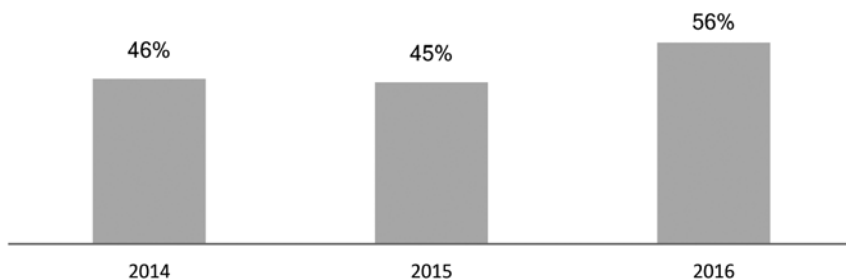
Gráfico 1. Número de informes de fiscalización aprobados



Fuente: elaboración propia en base a las memorias anuales del Tribunal de Cuentas.

Hay que tener en cuenta que los planes anuales de fiscalización recogen, desde el año 2016, una previsión del año de aprobación de los informes, y tal como explica el propio documento “para brindar una mejor información, el Programa distingue las fiscalizaciones que se prevé que el Pleno del Tribunal apruebe en el año natural, de las que se encontrarán en curso cuando este finalice, y serán aprobadas en 2017.” Esta modificación permitirá comprobar si existen retrasos en la elaboración y aprobación de los informes de fiscalización, o si se está ejecutando el plan según lo previsto, lo que supone una mejora en la transparencia de la institución. No obstante, podemos ver que las ratios de cumplimiento del programa anual siguen siendo muy bajas (56% en 2016). En nuestra opinión, esta situación pone de manifiesto o bien un problema de planificación, ya que se elaboran programas poco realistas, o bien un problema de gestión, ya que no se cumplen los objetivos previstos.

Gráfico 2. Porcentaje de ejecución de los programas anuales de fiscalizaciones



Fuente: elaboración propia en base a las memorias anuales del Tribunal de Cuentas y los programas Anuales de Fiscalización¹¹.

Pero quizá una cuestión más importante, es que la realidad demuestra que son muy pocas las ocasiones que conocemos en las que el Tribunal de Cuentas ha identificado irregularidades o detectado supuestos de mala gestión o despilfarro que hayan tenido consecuencias para los gestores públicos, ya sean políticas, penales o administrativas, y probablemente no sea por la falta de

¹¹ El porcentaje de cumplimiento del Programa del año 2016 se ha calculado en base a los trabajos de fiscalización previstos para aprobación en 2016, y no la totalidad del Programa.

oportunidades en las últimas décadas. Es más común, en los últimos años, que tanto el Tribunal de Cuentas estatal como los OCEX actúen o emitan informes después de que se hayan iniciado los correspondientes procedimientos judiciales para investigar supuestos de corrupción o de mala gestión relacionados con los fondos públicos.

En nuestra opinión, la falta de impacto real de los informes de fiscalización del Tribunal se debe, entre otras, a las siguientes causas:

- Los tiempos de fiscalización son extremadamente largos, aunque se han ido acortando en los últimos años.
- Existe una tendencia a realizar, casi exclusivamente, fiscalizaciones de legalidad o cumplimiento, donde se analiza el cumplimiento de la norma y no tanto la idoneidad de la política, los objetivos de la actuación, ni la adecuación de los medios para su implementación (auditorías de gestión u operativas).
- El formato y lenguaje de los informes resulta excesivamente técnico y complejo, lo que limita su impacto para ciudadanos, medios de comunicación e incluso representantes políticos, aunque es cierto que en los últimos años se aprecia una cierta tendencia a reducir su longitud y realizar notas de prensa.
- No existe un seguimiento sistemático de recomendaciones y la capacidad sancionadora del Tribunal de Cuentas es muy limitada.

Recordemos en este punto que el Tribunal de Cuentas puede imponer multas económicas a las entidades del sector público que no colaboren a ser fiscalizadas. La Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas establece multas de entre 60 y 900 euros a los que incumplan con su obligación de colaboración. Se han dado algunos casos, en el pasado, en los que el Tribunal ha impuesto multas a alcaldes por no colaborar¹². En este sentido, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, viene a complementar esta capacidad sancionadora en su artículo 28 al considerar el incumplimiento de la obliga-

¹² Teré Pérez, Alejandro, *La rendición de cuentas y la remisión de los contratos de las Entidades Locales a las Instituciones de Control Externo: la distinción entre deber y obligación*. Auditoría Pública nº 66 (2015), pp. 93-104.

ción de rendir cuentas por parte de los gestores públicos como una infracción muy grave que atenta contra el principio de buen gobierno.

En cuanto al cumplimiento de sus recomendaciones, el Tribunal carece de herramientas para asegurarlo. Es más, ni siquiera existe un mecanismo de seguimiento sistemático de recomendaciones, por lo que actualmente es difícil saber quién las está aplicando y quién no. Por esa razón, cabe destacar que el Tribunal anunció la puesta en marcha, para el año 2017, de una herramienta ‘ad hoc’ para el seguimiento del grado de cumplimiento de las recomendaciones realizadas por el Tribunal, así como de las correspondientes Resoluciones dictadas por la Comisión Mixta. Se tratará de una herramienta de gestión interna, por lo que desconocemos qué transparencia se dará a la información ahí recogida o si esto modificará de alguna forma el actual procedimiento de seguimiento de recomendaciones, que básicamente consiste en la realización de ciertas Notas o Informes de Seguimiento (en el Programa anual de 2016 se incluyeron 4 informes de este tipo de los que sólo se aprobó uno), o la inclusión, en los informes ordinarios de fiscalización, de revisar el grado de cumplimiento de recomendaciones de anteriores informes si los hubiere.

Según nuestro criterio, sería muy conveniente dotar de nuevos mecanismos coercitivos al Tribunal, que le permitan mejorar la eficacia de su actuación, aunque también es cierto que dispone de algunas herramientas que han sido infrautilizadas hasta ahora. Lo que los anglosajones denominan *name and shame penalties* –nombrar y avergonzar–, muy utilizadas en el ámbito supranacional y en la Unión Europea, podrían ser un instrumento eficaz para presionar a los organismos y los gestores públicos para cumplir las recomendaciones. Así, además de sistematizar el seguimiento de las recomendaciones debería dotársele de publicidad. Casos recientes han puesto de manifiesto que la presión ciudadana y mediática son un arma esencial para la consecución de los objetivos del Tribunal, como se ha podido comprobar en los últimos años con la reducción de los plazos para la fiscalización de las cuentas de los partidos políticos y los procesos electorales a raíz del escándalo mediático tras reconocer, el Presidente del Tribunal de Cuentas en sede parlamentaria, que con los plazos que manejaba habitualmente el Tribunal cuando se realizaban todas las infracciones estaban ya prescritas.

En todo caso, aunque últimamente se haya mejorado la claridad de los informes (por ejemplo, se han acortado significativamente y se elaboran notas

de prensa que empiezan a tener un creciente impacto) queda aún mucho trabajo por hacer. En nuestra opinión deberían realizarse resúmenes ejecutivos de todos los informes y avanzarse en la concreción de las recomendaciones.

Cabe también señalar otra cuestión que nos parece muy relevante y que afecta al tipo de informes de fiscalización o auditorías que se realizan por nuestro Tribunal. Existe una tradición muy consolidada a centrar las fiscalizaciones en las auditorías denominadas “de cumplimiento”, cuyo objetivo es verificar si se cumple la normativa reguladora de la gestión económico-financiera de la entidad o de la actividad fiscalizada. Por el contrario, son todavía muy escasas aún las auditorías operativas o de gestión (también conocidas como auditoría de desempeño) cuya finalidad es revisar la racionalidad de los gastos y su adecuación a los principios de buena gestión, el cumplimiento de los objetivos del gasto y si se han realizado conforme a los principios de eficacia, eficiencia y economía. Pero hay que tener presente que son precisamente estas auditorías las que guardan una mayor relación con las preocupaciones de los ciudadanos y las que pueden resultar más valiosas para mejorar el funcionamiento de nuestras instituciones. Es más, el análisis comparativo de algunas fiscalizaciones, denominadas como operativas por el propio Tribunal, en relación con otras de similares características de entidades fiscalizadoras de otros países europeos, pone de manifiesto importantes carencias en la metodología aplicada, que podrían poner en cuestión incluso su caracterización como auditorías de gestión¹³.

Tampoco podemos olvidar, no obstante, que uno de los principales problemas que existen en España, a la hora de llevar a cabo verdaderas auditorías de gestión u operativas, es la falta de objetivos claros y sistemas de indicadores de cumplimiento y de seguimiento en las propias entidades que deben ser auditadas y en la mayor parte de los programas y políticas públicas que se

¹³ El Informe de la Fundación Hay Derecho denominado “Análisis del Funcionamiento del Tribunal de Cuentas. Comparativa Europea” recoge algún ejemplo de esta cuestión.

ponen en marcha¹⁴. Lo que indudablemente dificulta enormemente la tarea de auditar la gestión llevada a cabo.

Pero sin duda, uno de los principales problemas para la utilidad real del trabajo de fiscalización es el del largo tiempo que transcurre entre la actuación fiscalizada y la aprobación del informe correspondiente, como ya hemos visto al tratar del informe sobre la Cuenta General del Estado. La dilación en la presentación de los informes, indudablemente reduce su utilidad y oportunidad, así como el interés que pueda despertar entre el público y los medios de comunicación.

Esta tardanza se debe tanto a restricciones impuestas por las normas vigentes como a la propia operativa interna del Tribunal, aunque también es cierto que los tiempos se están acortando en los últimos años, tras un cierto revuelo mediático originado en el año 2013 tras la publicación del informe de fiscalización de los partidos políticos y sus fundaciones relativo a sus cuentas del año 2008. El informe llegaba con un retraso de 5 años, lo que significaba, sencillamente, que todas las posibles infracciones que se hubieran podido detectar estaban prescritas (el plazo máximo en el año 2013 era de cuatro años).

No nos cabe duda de que la presión mediática¹⁵ y de la opinión pública, sobre el Tribunal de Cuentas, ha acelerado el proceso de revisión de las cuentas de los partidos políticos y en 2015 se publicaba el informe referente

¹⁴ Recordemos también que existe en España una Agencia para la Evaluación de Políticas Públicas, dependiente del Ministerio de Hacienda y AA.PP. cuya tarea ha sido escasamente significativa por no decir francamente irrelevante desde su creación, en 2007, al amparo de la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos. A nivel internacional, existen entidades de fiscalización, como sucede en el caso francés, que sí realizan evaluaciones de políticas propiamente dichas y que son diferentes de las auditorías, incluidas las de desempeño o gestión. En este sentido, cabe señalar que la independencia del Ejecutivo del que gozan generalmente las entidades fiscalizadoras supone un valor añadido para la realización de evaluaciones de políticas, especialmente en comparación con entidades como la AEVAL que depende directamente del Gobierno y que no tiene capacidad para decidir sobre las evaluaciones que realiza.

¹⁵ Algunos ejemplos en prensa son:

- http://www.eldiario.es/politica/fiscalizador-cuentas-partidos_0_178832251.html.

- <http://www.abc.es/espana/20130924/abci-tribunal-cuentas-presenta-ultimo-201309240818.html>.

al año 2013, ya con solo dos años de diferencia. Desde un punto de vista de Derecho comparado, podemos destacar que en Finlandia, donde la NAOF también controla las cuentas de los partidos políticos y los gastos electorales, el informe de control de la financiación de los partidos políticos en 2014 se remitió al Parlamento en mayo de 2015, cinco meses después del cierre del año fiscal.

Hay que destacar que en el año 2016 se aprobaron dos informes relativos a elecciones celebradas en el año 2015: el Informe de fiscalización de las contabilidades de las elecciones locales de 24 de mayo de 2015 y el Informe de fiscalización de la contabilidad electoral derivada de las Elecciones a Cortes Generales de 20 de diciembre de 2015. Esta indudable mejora pone claramente de manifiesto que la presión mediática y ciudadana tiene efectos reales sobre el funcionamiento de nuestras instituciones.

Si analizamos la actividad de enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas vemos que su eficacia es incluso más cuestionable.

Según datos del propio Tribunal, en el año 2016, se detectaron posibles responsabilidades contables que dieron lugar a que se iniciaran 326 actuaciones previas, 408 diligencias preliminares y 10 acciones públicas. 127 de las 408 diligencias previas procedían de Informes de Fiscalización tramitados del propio Tribunal de Cuentas, 185 de Informes de los Órganos de Control Externo de las Comunidades Autónomas y 96 de otras instituciones o denuncias. Este año no se ha publicado el detalle respecto a cuántas de estas actuaciones terminaron en sentencia ni cuántas concluyeron con una liquidación provisional positiva, es decir, a favor del Tesoro Público, dato que sí se ha hecho público en anualidades anteriores. Sin embargo, el número ha de ser extremadamente bajo, dado que el valor total de las Actas de Liquidación levantadas ascendió a 6,6 millones de euros en 2016, mientras que en el año 2015 fueron de más de 63 millones.

Desde la perspectiva del Derecho comparado, y siguiendo el estudio de la Fundación Hay Derecho del año 2015, podemos, por ejemplo, comparar el importe total reintegrado a través de procedimientos de reintegro por alcance en 2014 del Tribunal de Cuentas español y el tribunal italiano (la *Corte dei Conti*), que cuenta también con función de enjuiciamiento. En el caso

español, la cuantía fue de 14,69 millones de euros¹⁶, mientras que en Italia ese mismo año se recuperaron sólo a través de la ejecución de sentencias 208 millones de euros y un total de 627 millones de euros a través del ejercicio de la función jurisdiccional.

Tabla 4. Procedimientos de reintegro por alcance (2013-2016)

	2013	2014	2015	2016
Actuaciones previas ingresadas	246	300	391	326
Actas de liquidación provisional	306	331	401	—
Importe total de reintegro (euros)	16.873.994	14.692.294	63.063.202	6.578.887

Fuente: elaboración propia en base a datos del TcU, 2017.

6.2. La eficiencia del Tribunal de Cuentas: la perspectiva comparada

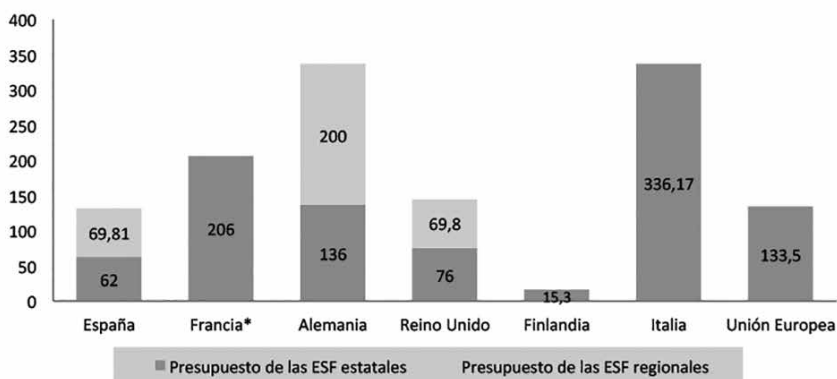
Debemos reconocer que resulta muy complejo medir la eficiencia y eficacia de una institución de las características del Tribunal de Cuentas. Como hemos visto, existen problemas tanto de tipo normativo como de diseño institucional y de funcionamiento interno que afectan a la efectividad de sus actuaciones. Sin embargo, la perspectiva comparada puede permitirnos realizar una aproximación. La Fundación Hay Derecho publicó, en el año 2015, un estudio en el que se comparaban diversos aspectos de seis entidades superiores de fiscalización europeas. Este tipo de estudios permiten analizar con mayor objetividad el funcionamiento de este tipo de instituciones, si bien la comparación es siempre compleja ya que existen muchas características particulares de cada entidad que son difíciles de aislar. No obstante, cabe destacar algunos aspectos que, en nuestra opinión, aportan información relevante sobre su eficiencia y eficacia.

¹⁶ Dato extraído del informe anual el TCu del año 2014.

En primer lugar, teniendo en cuenta la dotación presupuestaria de cada Tribunal de Cuentas se realizó una comparativa del coste medio por empleado, indicador que permite una comparación ponderada del coste de funcionamiento de estas instituciones¹⁷.

A continuación, presentamos el presupuesto de las entidades fiscalizadoras analizadas para el año 2014 en el gráfico 3. En ella se observa que el presupuesto de nuestro Tribunal es el segundo menor de los seis analizados (solo por detrás Finlandia que es un país de un tamaño mucho menor), incluso cuando se tiene en cuenta el presupuesto de los OCEX.

Gráfico 3. Presupuestos 2014 (millones de euros)



Fuente: Análisis del funcionamiento del Tribunal de Cuentas. Comparativa europea. Fundación Hay Derecho¹⁸.

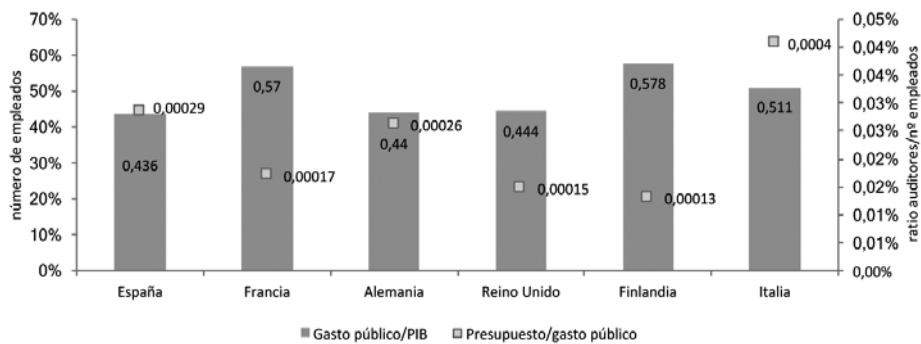
A continuación, en el gráfico 4, se muestra el presupuesto de las entidades de fiscalización con respecto al gasto público –sobre el que las entidades deben de realizar su labor fiscalizadora–, teniendo en cuenta los presupuestos de todas las entidades de fiscalización, tanto nacionales como regionales, allí

¹⁷ Para el presupuesto del Reino Unido se utilizó el tipo de cambio medio de 2014, de libra esterlina a euro: 1,2404.

¹⁸ El presupuesto de la Cour des Comptes francés incluye tanto el de la Cámara Central como de las Regionales. El presupuesto para las ESF de los Länder alemanes es una estimación basada en los datos disponibles.

donde existen, ya que se considera la totalidad del gasto público. Se muestra, además, el porcentaje que el gasto público supone sobre el PIB en cada país para contextualizar el dato. Así, se observa que si bien el presupuesto de nuestro Tribunal y de los OCEX es de los más bajos de los analizados, al considerarse en proporción al gasto público, vemos que es el segundo más elevado tras el de Italia.

Gráfico 4. Presupuesto (de las ESF centrales y regionales) como % del gasto público

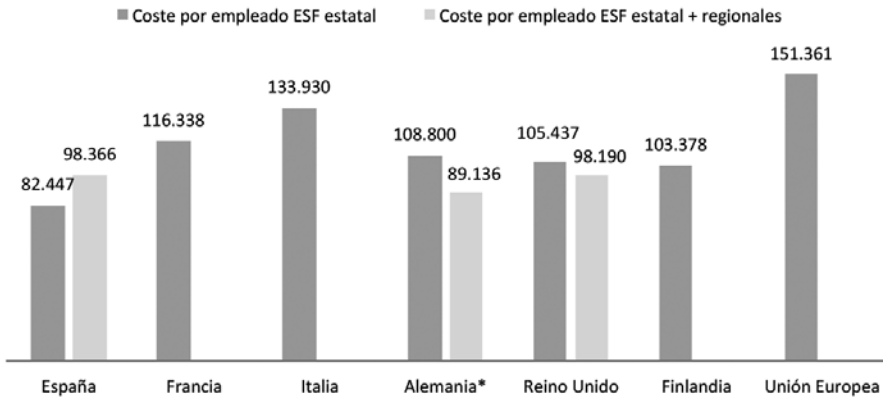


Fuente: Análisis del funcionamiento del Tribunal de Cuentas. Comparativa europea. Fundación Hay Derecho¹⁹.

En el gráfico 5, se incluye el coste medio por empleado, tanto para las entidades nacionales como para el conjunto de entidades, incluyendo las regionales. En ella se observa que el coste medio por empleado en España, si se considera exclusivamente el TcU, es el más bajo de los analizados, y el tercero más bajo si se tienen en cuenta los presupuestos y empleados de los OCEX.

¹⁹ Se ha considera el gasto público total según publica Eurostat. Por ello, se ha considerado el presupuesto, tanto de la entidad de auditoría estatal como de las regionales, para aquellos países para los que se ha podido localizar el dato. Al no contar con ese dato se ha excluido a Francia de la comparativa.

Gráfico 5. Coste medio por empleado (Estatal/Estatal + Regional)



Fuente: Análisis del funcionamiento del Tribunal de Cuentas. Comparativa europea. Fundación Hay Derecho²⁰.

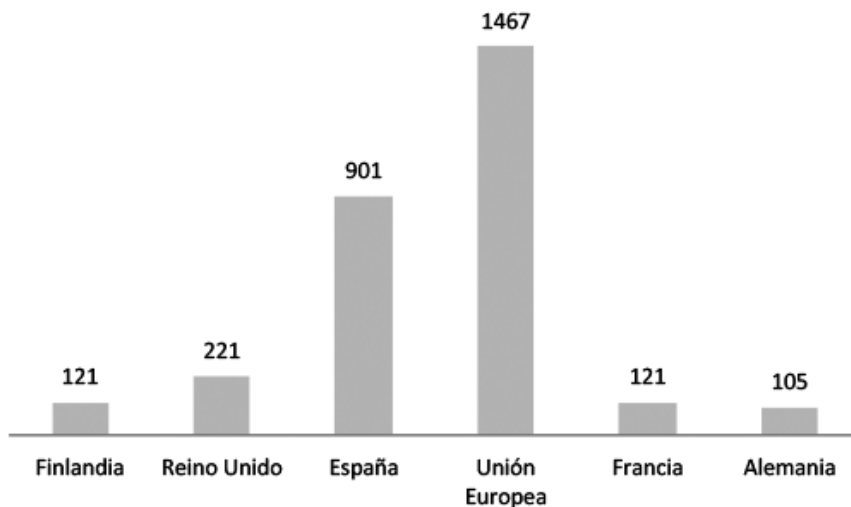
El hecho de que el coste medio por empleado de nuestro Tribunal sea el más bajo de los países analizados no es, considerado en sí mismo, ni un dato negativo ni positivo, ya que deben tomarse en consideración aspectos tales como el nivel de vida o el salario medio de cada país. Desde nuestro punto de vista lo que sí resulta relevante es si existe eficacia operativa, es decir, si ese coste se traduce en un control eficaz desde el punto de vista de la fiscalización y, en su caso, de enjuiciamiento –una labor esta última que recordemos puede además resultar en la recuperación de importantes sumas de dinero para el Tesoro Público–. Uno de los indicadores que puede ayudarnos a valorar esta eficacia es el nivel de producción de la entidad, entendida como el número de fiscalizaciones realizadas, las investigaciones iniciadas o los procedimientos finalizados, en relación con el coste de la entidad.

En base a los datos sobre los informes de fiscalización realizados en el año 2014 por las entidades analizadas, se extrajo el coste medio por informe de

²⁰ El dato de la Cour des Comptes incluye tanto presupuesto y personal de la Cámara Central como de las Regionales. El presupuesto y personal para las ESF de los Länder alemanes es una estimación basada en los datos disponibles.

auditoría publicado por cada Tribunal analizado (con la excepción de Italia, ya que no fue posible realizar la comparativa^{21,22}), que se plasma en el gráfico 6.

Gráfico 6. Coste medio por informe de fiscalización (miles de euros)



Fuente: Análisis del funcionamiento del Tribunal de Cuentas. Comparativa europea. Fundación Hay Derecho²³.

²¹ En el caso italiano, se ha considerado que la comparativa entre los más de 5.000 actos de las secciones regionales con el resto de informes publicados por las EFS podría distorsionar los resultados de la comparación, al no conocerse con exactitud la naturaleza de las auditorías de las que provienen.

²² Metodología: para el Reino Unido se ha utilizado el dato directamente proporcionado por la NAO en su último informe anual para el coste medio de sus informes de auditoría. En el caso de los demás países, se ha calculado mediante la división del presupuesto total en el caso de los países que sólo tienen función de fiscalización, y el presupuesto estimado para esa función en el resto de países, entre el número de informes o productos de fiscalización reportados por las ESF en sus últimos informes disponibles. Para España e Italia, el presupuesto destinado a funciones de fiscalización se ha estimado en base al personal dedicado a cada una de las funciones y en el caso francés el dato ha sido proporcionado directamente por la propia Corte.

²³ El dato de la Cour des Comptes incluye tanto presupuesto y personal de la Cámara Central como de las Regionales. El presupuesto y personal para las ESF de los Länder alemanes es una estimación basada en los datos disponibles.

Como se desprende de los datos anteriores, nuestro Tribunal de Cuentas aprobó, en 2014, 55 informes de fiscalización y su coste medio es el más elevado de los analizados con la excepción del Tribunal de Cuentas Europeo. Debemos señalar que los informes de fiscalización del Tribunal Europeo se traducen a todos los idiomas de la UE lo que encarece su coste.

En todo caso, es evidente que no todos los tipos de fiscalización resultan igual de complejos y costosos, pero también es cierto que todas las entidades de fiscalización analizadas realizan todos los tipos de fiscalización: de cumplimiento, operativas, financieras y de seguimiento. Asimismo, suelen resultar más costosas la fiscalizaciones operativas que en el caso español son aún minoritarias –en el año 2014 solo 15 de las 55 fiscalizaciones aprobadas lo fueron²⁴–, por lo que resulta aún más significativa la comparativa y el elevado coste unitario de nuestras fiscalizaciones. En este sentido, podemos concluir que aunque el presupuesto total del Tribunal de Cuentas no es elevado en comparación con el de otros países de nuestro entorno y sus costes por empleado son de los más bajos, su producción es tan escasa que su eficiencia es claramente inferior a la de otros países.

7. TRANSPARENCIA, CONTROL DE CALIDAD, AUDITORÍAS EXTERNAS

Por último, conviene analizar cuáles son las herramientas para garantizar la buena gobernanza, la transparencia y la rendición de cuentas de que dispone nuestro Tribunal de Cuentas.

Una herramienta esencial para la medición de la calidad, pero también para asegurar la transparencia, es la elaboración de indicadores de gestión y de impacto. En ese sentido, puede ser interesante tener en cuenta que otras instituciones similares, y en particular el Tribunal de Cuentas europeo, han desarrollado una serie de indicadores que permiten medir la calidad y el impacto de sus trabajos y que se hacen públicos en su informe anual.

²⁴ El Tribunal de Cuentas no clasifica por tipología sus informes de fiscalización pero en el *peer review* que se realizó a la entidad se realizó esta clasificación, por lo que el origen del dato es este documento: http://www.tcu.es/export/sites/default/.content/pdf/transparencia/Report_PR_2015_06_19-fim-es.pdf.

Por ejemplo, uno de los indicadores que utiliza el Tribunal de Cuentas Europeo se refiere a la utilización eficiente y eficaz de los recursos empleados, que se mide de tres formas:

- a) Capacidad de ejecutar el programa de trabajo.
- b) Capacidad para llevar a cabo las auditorías en los plazos señalados.
- c) Capacidad para garantizar la competencia profesional del personal.

El Tribunal de Cuentas español da cuentas en su informe anual del volumen de sus actuaciones, pero no incluye indicadores de este tipo.

Adicionalmente, otras instituciones ponen en marcha políticas de gestión de calidad y llevan a cabo auditorías externas para comprobar la calidad de sus trabajos, incluyendo, por ejemplo, herramientas tales como encuestas externas a “sus clientes” –es decir, los organismos a los que fiscalizan– pero también a los ciudadanos y a los medios de comunicación. Pues bien, el problema es que en España se echan en falta mecanismos similares como destaca también el *peer review*, el único al que se ha sometido hasta el momento nuestro Tribunal desde su creación, al carecer el Tribunal de Cuentas y los OCEX de procedimientos y prácticas similares y no disponer de una función de auditoría interna digna de tal nombre (recordemos que el interventor del Tribunal de Cuentas es elegido, nombrado y cesado libremente por el Pleno, según lo que dispone el artículo 18 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, lo que supone la total dependencia de la dirección del órgano al que debe de controlar²⁵) y mucho menos de auditorías externas ni revisiones independientes de la calidad de los informes de fiscalización²⁶. Tampoco se realizan encuestas de satisfacción y el único estudio que se realizó por el CIS, hace muchos años (en 1999) bajo el título “La de-

²⁵ “El Tribunal de Cuentas tiene reconocida legalmente la autonomía presupuestaria, disponiendo el artículo 6 de su Ley Orgánica que el Tribunal elaborará su propio presupuesto, que se integrará en los Presupuestos Generales del Estado, en una sección independiente y será aprobado por las Cortes Generales.

La Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas atribuye al Pleno la aprobación del Anteproyecto de Presupuesto del Tribunal para su integración en los Presupuestos Generales del Estado. (...) Respecto a su seguimiento y control, el Tribunal está sujeto al sistema de fiscalización previa por parte del Interventor, órgano de apoyo del Tribunal, elegido y removido libremente por el Pleno del Tribunal.”

²⁶ Por ejemplo, en el Reino Unido se solicitan revisiones de calidad a organismos o expertos independientes, por ejemplo del mundo académico.

mocracia y sus instituciones”²⁷, puso de relieve que el Tribunal era la institución de las incluidas en la encuesta que menos confianza merecía a los ciudadanos de entre todas las analizadas.

8. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

De lo expuesto a lo largo de este trabajo, podemos concluir señalando que necesitamos una profunda reflexión acerca de nuestro Tribunal de Cuentas con la finalidad de adaptar su diseño institucional y su funcionamiento a las necesidades de la sociedad española y, sobre todo, para permitirle que cumpla con eficacia y eficiencia sus importantes funciones. En este sentido, el *peer review*, del año 2015, ya recoge algunas importantes recomendaciones que convendría tomar en consideración de forma urgente. Lo mismo cabe decir de las conclusiones del informe de la Fundación Hay Derecho, muy similares a las que aquí se recogen.

Como suele ocurrir, algunas recomendaciones requieren cambios normativos, mientras que otras apuntan más bien a un cambio de cultura institucional y también a una reestructuración de los recursos disponibles. Pero es interesante subrayar la importancia de incorporar mejoras que ya están presentes en otras instituciones similares de países de nuestro entorno que presentan, de forma consistente, mejores indicadores de independencia, eficacia y eficiencia que nuestro Tribunal de Cuentas.

A nuestro juicio, estas mejoras deben de agruparse en tres bloques bien diferenciados:

1. *Gobernanza y diseño institucional*. En general, en relación con la gobernanza, convendría reforzar la neutralidad y la independencia del personal técnico del Tribunal y la preferencia del principio de mérito y capacidad en su selección y promoción profesional. Para ello se propone:
 - Considerar la ampliación de las garantías inherentes a la condición de miembro del Tribunal de Cuentas, al personal técnico que realiza efectivamente las funciones de fiscalización y de enjuiciamiento (le-

²⁷ http://www.cis.es/cis/opencms/-Archivos/Boletines/20/BDO_20_Democracia.html.

trados y auditores del Tribunal de Cuentas) al menos en sus escalones superiores.

- Revisar el sistema de la provisión de puestos de trabajo de mayor nivel (pero correspondientes a labores técnicas y de auditoría) por libre designación, sobre todo si recordamos que es un sistema que lleva consigo el libre cese. El Tribunal de Cuentas presenta en este punto un problema similar al de otras instituciones españolas, pero dado el carácter de la función auditora parece en este caso especialmente urgente.
 - Diferenciar y separar claramente las funciones de dirección, supervisión y gestión de Recursos Humanos de las funciones propiamente técnicas, dado que esta confusión, además de plantear problemas organizativos, entraña un riesgo para la independencia y neutralidad del personal técnico. En este sentido, sería importante revisar el hecho de que la potestad disciplinaria corresponda al Presidente, Consejo de Gobierno y Consejeros –según los casos– dado que esta situación, unida a la anterior, puede entrañar una merma de la neutralidad e independencia de los técnicos.
 - Garantizar y establecer los mecanismos adecuados para garantizar la prevalencia de los criterios técnicos en la realización de las funciones propias del Tribunal y aumentar su transparencia con la finalidad de evitar los conflictos de intereses (en particular en asuntos con mucha relevancia política) y garantizar la trazabilidad de la toma de decisiones. En la actualidad, el complejo proceso de toma de decisiones en el ámbito de las funciones de fiscalización y enjuiciamiento al que hemos hecho referencia brevemente en estas páginas, y la falta de presencia de personal técnico en la toma final de decisiones no garantiza suficientemente, en nuestra opinión, la prevalencia de los criterios técnicos sobre los de oportunidad. El Derecho comparado ofrece soluciones satisfactorias para abordar este problema, estableciendo órganos de decisión mixtos y, en todo caso, garantizando siempre la rendición de cuentas.
2. *Mejora de los indicadores de eficacia y eficiencia.* Lo primero que hay que señalar es que para mejorar estos indicadores y mejorar las correspondientes “ratios” es imprescindible establecerlos organizando un sistema de medición “ad hoc” recogiendo los datos que permiten establecerlos. Una vez establecido un sistema de medición, consideramos necesario:

- Establecer unos objetivos realistas en cuanto a la realización de los planes anuales previstos y establecer mecanismos adecuados para asegurar su ejecución.
- Mejorar la gestión interna a través de herramientas adecuadas, en particular, planes de prevención de riesgos y sistemas de gestión de calidad.
- Modificar el sistema de auditoría interna y garantizar la neutralidad e independencia del Interventor responsable.
- Realizar auditorías externas y *peer review* con carácter periódico.
- Mejorar los tiempos de elaboración de los informes y, en particular, el de la Cuenta General del Estado, si bien en este punto se requeriría una modificación normativa.
- Incrementar el número de informes realizados, dado que como hemos visto la ratio entre el número de personal del Tribunal de Cuentas y el número de informes realizados resulta anormalmente pequeña si la comparamos con la media de las instituciones de otros países, lo que apunta a mejorar la gestión de los recursos disponibles y probablemente también a la propia estructura y extensión de los informes.
- Potenciar la coordinación con los OCEX y la realización de auditorías conjuntas así como mejorar y potenciar las relaciones con los órganos de control interno.
- Revisar la utilidad real de los procedimientos de responsabilidad contable, de manera que sirvan de forma efectiva para realizar el enjuiciamiento contable y recuperar en su caso las cantidades correspondientes. Deben revisarse también las relaciones de la jurisdicción contable con la ordinaria y, en particular, con la penal así como los procedimientos internos del Tribunal de Cuentas y el personal dedicado a estas tareas.

3. *Mejorar la confianza y la legitimidad de la institución:*

- Es preciso mejorar el impacto de los informes de fiscalización reduciendo sus plazos de elaboración, incrementando el número de auditorías operativas, facilitando su lectura mediante la inclusión de gráficas, resúmenes ejecutivos y utilizando un lenguaje más sencillo y directo.

- Es imprescindible realizar un análisis sistemático del seguimiento de las recomendaciones elaboradas por el Tribunal en relación con los organismos auditados y dotarle de los mecanismos necesarios en caso de incumplimiento.
- Aumentar la transparencia en la elaboración del programa anual teniendo en cuenta objetivos realistas y atendiendo, en particular, tanto a las sugerencias de agentes externos (Parlamento, Gobierno, los propios organismos o incluso la sociedad civil) como internos (los técnicos que trabajan en la institución).
- Desarrollar su papel asesor y consultivo en el ámbito de sus competencias.
- Establecer mecanismos adecuados de rendición de cuentas.

Referencias bibliográficas

- CIS (1999): *Estudio: La democracia y sus instituciones*, Boletín 20, abril-junio.
- Diario de sesiones de la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas. http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Organos/Comision?_piref73_7498063_73_1339256_1339256.next_page=/wc/detalleInformComisiones?idOrgano=317&cidLegislatura=12.
- García Pando, Joaquín (2017): *Propuestas para mejorar el control parlamentario de la gestión pública (I)*, Hay Derecho, 11 de enero.
- Informe de la Fundación Hay Derecho denominado “Análisis del Funcionamiento del Tribunal de Cuentas. Comparativa Europea”, recoge algún ejemplo de esta cuestión. <http://hayderecho.com/wp-content/uploads/2016/09/FHD-AnalisisTribunalCuentas-VF.pdf>).
- Martínez Lago, Miguel Ángel (2007): *El control parlamentario sobre el presupuesto público*, Instituto de Estudios Fiscales.
- Peer Review del Tribunal de Cuentas de España 2015, http://www.tcu.es/export/sites/default/.content/pdf/transparencia/Report_PR_2015_06_19-fim-es.pdf).

Teré Pérez, Alejandro (2015): *La rendición de cuentas y la remisión de los contratos de las Entidades Locales a las Instituciones de Control Externo: la distinción entre deber y obligación*, Auditoría Pública nº 66, pp. 93-104.

Tribunal de Cuentas, *Informe del Tribunal de Cuentas 2015*. http://www.tcu.es/export/sites/default/.content/pdf/prensa/documentos/TC_InformeAnual_2015_es.pdf.

Tribunal de Cuentas, *Programa de Fiscalización 2016* <http://www.tcu.es/tribunal-de-cuentas/es/transparencia/HistoProgFisc.html>.

Tribunal de Cuentas. *Programa de Fiscalización 2017* http://www.tcu.es/tribunal-de-cuentas/es/fiscalizacion/Plan_Programa/programa-anu.

Capítulo 8

RESUMEN Y CONCLUSIONES

Julio Segura¹

1. La existencia de supervisores y, en algunos casos, reguladores independientes en el área económica se encuentra hoy día generalizada en todos los países desarrollados. Se inició a principios del s. XX en el área de defensa de la competencia y recibió un fuerte impulso en las décadas de 1980 y 1990 de la mano de los procesos de liberalización y privatización en las industrias de red. En el caso de la Unión Europea (UE), sus instituciones y, en particular, la Comisión, han dado un decidido impulso a las autoridades nacionales reguladoras como parte de las Directivas que impulsaban la liberalización de estas industrias.
2. Su existencia no se encuentra libre de polémica por dos motivos. El primero, se aduce que se trata de organismos con escasa legitimidad democrática que llevan a cabo funciones que, hasta el momento de su aparición, eran competencia de la Administración Pública, dirigida por gobiernos democráticamente elegidos. El segundo, se alega que realizan funciones jurisdiccionales, propias del poder judicial, al incoar expedientes sancionadores a los agentes que incumplen las normas regulatorias en el ámbito de sus competencias y pueden sancionarles, aunque sus decisiones sean recurribles.
3. Cabe, en primer lugar, señalar que pueden existir fuentes de legitimidad diferentes de las mayorías democráticas obtenidas en votaciones apoyadas, por ejemplo, en el control social de eficacia ejercido por el Parlamento y por expertos. Por otra parte, la crítica a la falta de legitimidad no es aplicable a todas las administraciones independientes, ya que la mayoría de las mismas no llevan a cabo tareas estrictamente reguladoras

¹ La versión inicial de este capítulo ha sido revisada por todos los autores.

sino solo de supervisión y, en todo caso, las normas de alto rango (leyes, decretos-ley, decretos) siempre son aprobadas o convalidadas por Gobiernos y Parlamentos. No obstante, en algunos casos desarrollan Reglamentos y, en todos los casos, emiten Circulares que contienen las normas técnicas de aplicación de dichos Reglamentos.

4. Las razones que justifican la existencia de administraciones independientes son de dos tipos: políticas y de eficacia. Las políticas se derivan de la conveniencia de que ciertas decisiones o aplicación de normas no resulten afectadas por el ciclo electoral; por el partidismo; por el riesgo de inconsistencia temporal de algunas decisiones gubernamentales, lo que debilita la credibilidad del poder ejecutivo y crea ineficiencias normalmente en contra de las generaciones futuras; y por la existencia, en ciertos casos, de conflictos de interés entre reguladores y supervisores, así como entre reguladores y poder ejecutivo.
5. Las razones de eficacia se basan, por una parte, en la complejidad técnica de las materias objeto de supervisión, que requieren unos conocimientos muy especializados que evolucionan y deben actualizarse de acuerdo con el desarrollo de los mercados que supervisan; y, por otra parte, de la necesidad de una continuidad en el tiempo que vaya más allá de la simple comprobación del cumplimiento de la legalidad formal y que exige procedimientos reglados ágiles y expeditivos. Estas características pueden ser más fáciles de obtener en estructuras menos funcionariales y jurisdiccionales que las que ofrecen la actuación discontinua de la judicatura o los departamentos ministeriales.
6. La condición necesaria –aunque no suficiente– para que este tipo de organismos pueda cumplir sus objetivos es su independencia, que tiene muchas facetas: personal, funcional, organizativa y financiera.
7. La independencia personal se refiere a la de los máximos responsables (presidentes, consejeros) y presenta dos vertientes. Una, independencia frente al gobierno y otra, respecto a los regulados. La independencia efectiva del gobierno se trata de conseguir, a través de sistemas de nombramiento que favorezcan el principio de mérito, periodos en el cargo largos y en todo caso superiores al ciclo electoral, no renovables y que los candidatos pasen un filtro previo efectivo de carácter técnico, hayan de ser elegidos por mayorías parlamentarias reforzadas y que no puedan

ser cesados más que en condiciones muy tasadas (comisión de delitos, incapacidad severa, etc.). Evitar la captura de los regulados requiere sistemas exigentes y equilibrados de incompatibilidad previa y posterior al ejercicio del cargo.

8. La independencia funcional depende fundamentalmente de la capacidad legal que los organismos supervisores tengan para determinar, de forma autónoma, sus planes de actuación anuales y de largo plazo y de que los gobiernos no puedan revisar sus decisiones, aunque siempre quepa recurso contra ellas ante los tribunales de justicia.
9. La independencia organizativa requiere que sean los propios organismos quienes determinen su reglamento interno, los procedimientos de actuación, la plantilla orgánica y las retribuciones del personal, que deben ser suficientes para poder captar profesionales altamente cualificados de los sectores que supervisan. Los baremos de los funcionarios no constituyen una orientación salarial adecuada, aparte el hecho de que las contrataciones no tienen carácter permanente.
10. Por último, la independencia financiera implica que los organismos supervisores deben elaborar y liquidar sus presupuestos sin intervención gubernamental y que los mismos no requieran la aprobación del gobierno o parlamento, aunque sí su conocimiento y, en todo caso, justificación razonada. Para ello, el sistema idóneo es el cobro de tasas por los servicios prestados a los supervisados, la prohibición de incurrir en déficits y la existencia de un mecanismo de financiación extraordinario y automático en caso de que se produzca un déficit debido a circunstancias excepcionales e imprevisibles debidamente justificadas y que no pueda cubrirse con reservas de ejercicios anteriores.
11. Como puede observarse, la independencia efectiva es difícil de lograr porque exige muchos requisitos que no se encuentran en la tradición de la Administración Pública –muy en particular de la española– y porque resta poder a los gobiernos en áreas especialmente sensibles. Los cuerpos funcionariales de elite no suelen simpatizar con este tipo de organismos, salvo que puedan asegurarse en la práctica su participación en los órganos de gobierno, porque tienden a considerar que ciertas áreas (económica, jurídica, interventora) son de su exclusiva competencia y que poseen conocimientos suficientes para que estas funciones no sean delegadas en

organismos que no controlan. Por su parte, los partidos políticos repiten un comportamiento bien conocido: cuando se encuentran en la oposición son ardientes defensores de los supervisores independientes y cuando están en el gobierno tratan de limitar su independencia.

12. La independencia proporciona a los organismos supervisores un notable poder, lo que unido a los problemas de legitimidad señalados, exige contrapesos que extremen la exigencia de la máxima transparencia en su funcionamiento, de eficacia en su actuación y una adecuada rendición de cuentas.
13. La transparencia tiene muchas facetas. La primera, la existencia de un plan estratégico plurianual que abarque el periodo de la configuración del Consejo que lo va a desarrollar y de planes anuales que lo vayan desarrollando que pueden ser sometidos a consulta pública previa a su aprobación. El análisis y valoración de las líneas básicas del plan plurianual deberían, además, ser el objetivo fundamental de la comparecencia parlamentaria de los candidatos, previa a su nombramiento.
14. Los planes de actividad, que deberían ser obligatorios y públicos, son útiles desde dos puntos de vista. El primero, de transparencia, porque informan al sector supervisado –y a la opinión pública– de cuáles serán las prioridades de actuación, las conductas a analizar y los instrumentos a utilizar, para ello, por parte del supervisor, lo que constituye un incentivo para que los supervisados mejoren *motu proprio* los aspectos considerados más importantes por el supervisor. El segundo, porque la elaboración de un plan de actividad exige un proceso de reflexión interna del organismo supervisor en el que los problemas se discuten por la organización en su conjunto, aunque solo afecten a partes de la misma, lo que permite mejorar la coordinación y obliga a pensar en términos de la interdependencia entre los distintos departamentos, algo que en el día a día resulta más difícil de lograr.
15. Una segunda faceta de la transparencia afecta al funcionamiento interno del supervisor: todos los procedimientos deben estar reglamentados y ser públicos, ha de poderse seguir en cualquier caso la trazabilidad de las decisiones y, en todos los casos posibles, es conveniente que se publiquen las actas de los consejos, siempre que ello sea compatible con la confiden-

cialidad de ciertas decisiones, y las agendas de los máximos responsables deben ser públicas.

16. El tercer frente de la transparencia tiene que ver con las publicaciones. Además de las memorias legalmente exigidas (informe anual, memorias de reclamaciones, etc.) y de las que deberían serlo (planes estratégicos, planes de actividad), los boletines de periodicidad frecuente son un instrumento muy útil para mejorar la transparencia. Boletines en los que se analice la marcha del sector supervisado, las tendencias previsibles, las novedades regulatorias, la interpretación de temas regulatorios controvertidos y las novedades en materia de coordinación internacional.
17. Respecto a la rendición de cuentas, es claro que la principal debe realizarse en sede parlamentaria. Todos los supervisores independientes tienen que presentar, anualmente ante el Parlamento, una memoria de actividad y pueden ser llamados para informar sobre los extremos que el legislativo considere oportunos. Pero esto constituye un requisito de mínimos.
18. El funcionamiento de los organismos supervisores independientes debe ser sometido a evaluación periódica externa y los resultados de la misma hacerse públicos. Dos tipos de evaluaciones son especialmente valiosas: la de los organismos internacionales especializados y las *peer reviews*. Las primeras existen en algunos sectores como, por ejemplo, las que realiza el FMI en su FSAP, y en caso de no haberlas, debería recurrirse a comisiones de expertos.

Para el caso español, a lo largo de los capítulos 2 a 7, se han señalado diversas deficiencias tanto en el diseño legal de los organismos analizados (defensa de la competencia, sector financiero, autoridad fiscal, energía, telecomunicaciones y control de cuentas públicas) como en su funcionamiento y se han propuesto numerosas modificaciones que no tendría sentido repetir aquí en su totalidad. Sin embargo, destacaremos algunas, bien porque afectan a varias autoridades, bien porque implican reformas de gran calado en el organismo de que se trate:

- (I) Una crítica unánime es el *inadecuado sistema de nombramiento de los máximos ejecutivos*, que merma considerablemente su independencia real. El sistema actual, de propuesta del gobierno y aceptación por la comisión correspondiente de la cámara baja –que se supone solo comprueba las posibles incompatibilidades– por mayoría simple, no

favorece el principio de mérito ni la neutralidad y permite la politización de los nombramientos. Como mínimo, dos mejoras parecen ineludibles. La primera, que exista un filtro técnico previo de los candidatos que valore su capacidad profesional, dando así contenido al ambiguo requisito de “reconocido prestigio profesional”; la segunda, exigir mayorías parlamentarias reforzadas que requieran del acuerdo entre varios grupos, aunque la experiencia indica que, cuando hay suficientes vacantes a cubrir, el acuerdo entre partidos conduce a que ninguno de ellos cuestione la idoneidad técnica de los candidatos de los otros partidos. Reformas más ambiciosas irían en la dirección de la creación de una Comisión de nombramientos públicos similar a la británica.

- (II) En todos los organismos supervisores analizados se constata la falta de *independencia económico-financiera* y de *independencia organizativa*. Todos los autores coinciden en que los presupuestos de los organismos supervisores y reguladores no deberían requerir la aprobación del gobierno ni integrarse en los Presupuestos Generales del Estado, aunque sí, por supuesto, ser públicos y no presentar déficit. La contrapartida de esta independencia económica es la autofinanciación, lo que no debería plantear problemas, ya que pueden financiarse con las tasas que cobran a los supervisados por los servicios prestados. El modelo del Banco de España (obligado por el Banco Central Europeo) parece suficiente, aunque su financiación no proviene de tasas.
- (III) Respecto a la *independencia organizativa*, existe unanimidad en que estos organismos deberían fijar, de forma autónoma, sus plantillas y la estructura salarial de las mismas, lo que no afectaría al déficit público por tratarse de organismos autofinanciados. Tanto la necesidad de encontrar perfiles profesionales de elevada especialización, que de hecho no existen actualmente entre los cuerpos de funcionarios, como la de ofrecer salarios de mercado de sectores de alta cualificación, hacen que la métrica funcionarial no sea adecuada. Además, los contratados en estos organismos no tienen la estabilidad de empleo de los funcionarios. Como es obvio, la combinación de unos presupuestos restringidos por el gobierno y unos salarios inadecuados, puede conducir a una dependencia efectiva del gobierno y a una me-

nor eficacia. La independencia real exige que estos organismos puedan ofrecer una carrera profesional desvinculada de la funcionarial.

- (IV) Respecto a la *independencia funcional* el punto más controvertido es el de los casos en que las decisiones de los organismos analizados pueden ser revisadas por el gobierno o constituyen simples propuestas al mismo. Dado que estas decisiones son recurribles ante la justicia las garantías son suficientes y los posibles recursos, en su caso, pueden provenir del gobierno, de igual forma que las administraciones independientes pueden recurrir a la vía contenciosa contra decisiones gubernamentales.
- (V) Otro aspecto mejorable se refiere a la *potestad sancionadora* de los supervisores y los *instrumentos aplicables en casos de incumplimiento* de las normas o de las recomendaciones de los supervisores. El instrumento sancionador fundamental, en casos de incumplimientos es la imposición de multas, pero existe gran heterogeneidad en los criterios utilizados para su cuantificación, lo que da lugar a un porcentaje relevante de recursos ganados. El principal objetivo de una sanción económica al infractor de una norma es que sea disuasoria, por lo que el criterio de cuantificación debería estar en proporción al daño causado y no al rango de la norma infringida. En muchas ocasiones, con los criterios existentes, resulta más beneficioso para el infractor pagar la sanción e incumplir la norma que respetar las reglas del juego. También sería deseable que, en los casos en que sea posible, la penalización incluyera la obligación de resarcir a los perjudicados de forma automática. Un aspecto relevante del proceso que culmina con una sanción es que, sobre todo en ciertas actividades, implica un elevado daño reputacional, por lo que la publicidad del inicio de la apertura de un expediente puede ser importante. En los casos en que el supervisor emite recomendaciones que, por tanto, no son de obligado cumplimiento, la norma seguida es el principio anglosajón de “cumplir o explicar” (v.gr.: códigos de buen gobierno, recomendaciones de la AIReF). Cuando el supervisado no sigue la recomendación con frecuencia la explicación es, cuando menos, insatisfactoria y en este caso el supervisor debería tomar una posición proactiva haciendo público su desacuerdo razonado con la insuficiencia de la explicación.


- (VI) Otro punto, en que existe unanimidad en los autores que lo tratan se refiere al *inadecuado diseño de la Comisión Nacional de Mercados y Competencia*. Las razones esgrimidas por el gobierno para fusionar, en 2012, en un solo organismo la defensa de la competencia y los reguladores y supervisores de las industrias de red fueron el ahorro de costes por la reducción del número de presidentes y consejeros y las sinergias existentes entre dichas actividades. El ahorro se cifró en poco más de cuatro millones de euros, sin tener en cuenta los costes de reorganización, fusión y aprendizaje e insuficiente especialización de la nueva CNMC. Las sinergias son prácticamente inexistentes, al menos entre defensa de la competencia e industrias de red e, incluso, presentan un potencial conflicto de interés, como lo prueba que la CNMC haya separado en dos salas distintas ambos tipos de asuntos, lo que merma su eficacia y transparencia.
- (VII) Un tema destacado por varios autores es *la importancia de la investigación* para mejorar la calidad del trabajo de los supervisores. Los avances instrumentales y analíticos que se han producido en el área regulatoria y supervisora económica en las últimas décadas han sido muy considerables y han permitido contar con nuevas herramientas de medición, diagnóstico y evaluación de los problemas, por lo que su conocimiento y aplicación son clave para mejorar la calidad y eficacia del trabajo de los supervisores. Llevando al máximo esta idea, lo deseable sería que los propios organismos supervisores dedicaran ciertos recursos no solo a la formación permanente de sus técnicos, sino al desarrollo de la propia investigación en el área. Y llevándola a un máximo absoluto, que la investigación aplicada realizada no fuera tarea solamente de especialistas académicos, sino que todos los técnicos a partir de cierto nivel le dedicaran una parte de su trabajo.
- (VIII) Respecto a la forma en que se han producido en España sucesivas reformas de los organismos analizados, existe también unanimidad en que *cualquier reforma debe partir del diagnóstico previo* de los errores cometidos en el sistema anterior, para lo que se considera imprescindible la creación de un grupo de trabajo mixto (Administración, supervisores, supervisados, académicos) que elabore un informe preceptivo y público, aunque no vinculante, sobre las razones que justifican la reforma y las líneas maestras de la misma. Y también

sería beneficioso que dicha comisión emitiera una valoración de la reforma una vez que se haya llevado a cabo, señalando, en su caso, los desacuerdos con la misma, lo que incentivaría que el gobierno y el parlamento dispusieran de argumentos muy sólidos para no seguir las recomendaciones de la comisión.

- (IX) Este tipo de reformas, por otra parte, deben contar con el *mayor consenso político posible*. Esto suele predicarse de cualquier reforma, pero en la mayoría de las reformas económicas la posición ideológica es determinante y el consenso imposible –y quizá indeseable– porque las materias afectan al núcleo de la visión del tipo de sociedad que cada gobierno considera más deseable, por lo que lo máximo exigible es que las propuestas no ahonden en errores ya cometidos. Basta con pensar, por ejemplo, en temas como la reforma laboral o la reforma fiscal, cuyas diferencias son un elemento crucial en el signo del voto de muchos electores. Pero en el caso que nos ocupa, se trata de que los organismos supervisores y reguladores sean competentes, eficaces, neutrales, transparentes y rindan cuenta de su actividad, lo que solo es posible si una gran mayoría de las fuerzas políticas consideran adecuado su diseño y competencias. Pocas cosas serían, y lo han sido, más perjudiciales que el que cada nuevo gobierno reformara estos organismos.
- (X) Respecto a la *transparencia* exigible a los organismos supervisores, hay un amplio acuerdo en que, con carácter general, deben elaborar planes estratégicos, las agendas de sus máximos responsables deben ser públicas y, omitiendo aspectos de obligada confidencialidad y en algunos casos con un cierto desfase temporal, las actas de sus órganos de gobierno –e incluso de los comités asesores cuando existan– se publiquen para conocer los argumentos esgrimidos en favor y en contra de las decisiones adoptadas.
- (XI) Un aspecto mejorable es la coordinación entre reguladores –cuando sea necesaria– y con el gobierno y los sectores. La independencia no consiste en que los supervisores no hablen con el resto de agentes, muy al contrario, deben conocer sus posiciones, intereses y argumentos, pero decidir de forma autónoma sin recibir instrucciones de ninguno de ellos. Y esto es mejor hacerlo de forma transparente a través

de canales institucionalizados como pueden ser comisiones mixtas o consejos sectoriales que oigan la opinión y argumentos de los agentes sobre las propuestas regulatorias, supervisoras y sancionadoras.

- (XII) Un último punto a destacar es el acuerdo existente respecto a la *necesidad de evaluación ex post* de los organismos estudiados. Dada la irrelevancia de la Agencia de Evaluación de Políticas Públicas, que ha sido sustituida en julio de 2017 por un degradado Instituto para la Evaluación de Políticas Públicas (una subdirección general adscrita a la Secretaría de Estado de la Función Pública), debería exigirse el encargo de auditorías externas, de *peer reviews* y de informes de comités científicos con una periodicidad fija y hacerlos públicos. Esta exigencia es imprescindible para una independencia real y efectiva de estos organismos. Y, a su vez, la independencia solo es posible si se consolida en la sociedad una visión más cualificada y neutral de la que suelen dar los partidos políticos y los medios de comunicación. Este círculo virtuoso, sin embargo, no se ha observado en las décadas que llevan existiendo estas instituciones. No ha habido una independencia total, salvo en contadas ocasiones, porque ni la sociedad ni los partidos políticos han empujado lo suficiente en esta dirección. Y no lo han hecho porque la ausencia de mecanismos de control, más allá de los realizados por los propios Gobiernos, han estado ausentes y ofrecían la coartada necesaria para quienes se han opuesto a esta independencia real.

An aerial, grayscale photograph of a city street grid. The streets are arranged in a regular pattern, with a prominent central park area. The text is overlaid on the top left portion of the image.

Julio Segura [coordinador]
Juan Delgado
Miguel Ángel García Díaz
José Federico Geli
Miguel Ángel Lasheras Merino
Elisa de la Nuez Sánchez-Cascado
Pilar Sánchez Núñez
Carlota Tarín

Los organismos supervisores independientes en el área económica, denominados en términos jurídicos Administraciones Independientes, son instituciones públicas administrativas sobre las que los gobiernos carecen de competencias de control y dirección. Su objetivo es velar por el cumplimiento de la regulación y, en su caso, tomar ciertas decisiones regulatorias relativas a determinadas actividades que deben estar desligadas del ciclo electoral y de los intereses partidistas, bien por existir un conflicto de interés entre el gobierno y los agentes regulados, bien por evitar la inconsistencia temporal de las decisiones gubernamentales en ciertas decisiones.

El objetivo de este libro es analizar el funcionamiento y evolución de los organismos supervisores, con especial atención al caso español, y tratar de obtener recomendaciones que puedan orientar sus reformas futuras.