

La sentencia del TJUE sobre el modelo de la CNMC y el requisito de independencia de sus consejeros

Helmut Brokelmann

Martínez Lage, Allendesalazar & Brokelmann Abogados

SUMARIO

El artículo analiza la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE que declara que el cese anticipado de dos consejeros de la extinta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones con ocasión de la creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia vulneró el Derecho de la UE, pero que la creación de un organismo regulador multisectorial, como es la CNMC, es compatible con el Derecho de la UE. Más allá de este análisis, el artículo explora las posibles implicaciones de la sentencia para el futuro de la CNMC, a la vista también de que los principales partidos políticos parecen coincidir en la necesidad de reformar la CNMC en la presente legislatura para volver a separarla en dos entidades independientes, una regulatoria con competencias sobre las industrias de red y otra autoridad de defensa de la competencia.

ABSTRACT

The article analyses the judgment of the Court of Justice of the EU that declares that the early removal from office of two board members of the former Telecommunications Market Commission due to the creation of a new National Competition and Markets Commission infringed EU law but that the creation of the CNMC as a multisectoral regulatory body was compatible with EU law. Beyond the analysis of this judgment, the article explores its possible implications for the future of the CNMC, also in view of the fact that Spain's main political parties seems to agree in the need to reform the CNMC during this parliament to again separate it into two independent entities: a regulatory authority covering network industries and a separate competition authority.

¿Pura casualidad o coincidencia metafísica? El hecho es que el mismo día que el Presidente de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) comparecía en el Congreso de los Diputados ante la Comisión de Economía y Competitividad para defender el cuestionado modelo de la CNMC ante las preguntas incisivas de los diputados, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) hacía pública su sentencia prejudicial sobre la compatibilidad con el Derecho de la UE de dicho modelo y del cese anticipado de dos consejeros de la extinta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT).

A pesar de que el TJUE respalda el nuevo modelo de autoridad única introducido por nuestro legislador en 2013, la sentencia de 19 de octubre de 2016¹ también supone un importante varapalo para España por cuanto declara que el cese anticipado —con ocasión de la creación de la CNMC en octubre de 2013 y la consiguiente extinción de la antigua CMT²— del antiguo

¹ Sentencia del TJUE, de 19.10.2016, en el asunto C-424/15, ECLI:EU:C:2016:780

² Disposición adicional segunda de la Ley 3/2013, de creación de la CNMC.

presidente de la CMT, Bernardo Lorenzo, y de uno de sus consejeros, Xabier Ormaetxea, vulneró el Derecho de la UE.

Tras un análisis de la sentencia, este artículo tratará de aventurar sus posibles implicaciones para el futuro de la CNMC, a la vista también de que los principales partidos políticos parecen coincidir en la necesidad de reformar la CNMC en la presente legislatura.

I. Los hechos que dieron lugar a la sentencia del TJUE

La sentencia del TJUE que comentamos tiene su origen en una cuestión prejudicial planteada por nuestro Tribunal Supremo en el marco del recurso del antiguo Presidente y de un Consejero de la CMT contra los Reales Decretos 795 y 800/2013 que les cesaron en sus respectivos cargos antes de que hubiesen finalizado sus mandatos legales de seis años³ y sin que concurriera ninguna de las causas de cese enunciadas de forma taxativa en la legislación aplicable⁴.

El Gobierno había justificado el cese anticipado de los antiguos consejeros de varios organismos reguladores con la creación de la nueva CNMC y la consiguiente extinción de dichos reguladores. Recuérdense que la CNMC nació de la fusión de la antigua autoridad de la competencia, la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), con los reguladores sectoriales en materia de telecomunicaciones (CMT), energía (Comisión Nacional de la Energía, CNE), postal (Comisión Nacional del Sector Postal, CNSP), audiovisual (el nunca constituido Consejo Estatal de Medios Audiovisuales), tarifas aeroportuarias (Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria) y transporte ferroviario (Comité de Regulación Ferroviaria) en un único “macro-organismo”, coloquial e inexactamente también conocido como “superregulador”, cuando las funciones asumidas de la antigua CNC en modo alguno son de naturaleza regulatoria. La CNC, creada con la nueva Ley de Defensa de la Competencia (Ley 15/2007) en 2007, y los citados reguladores sectoriales, quedaron extinguidos desde la puesta en funcionamiento de la CNMC el 7 de octubre de 2013⁵.

Debido a esta extinción de los antiguos organismos reguladores, el Gobierno también procedió al cese de aquellos consejeros de dichos organismos —11 en total, seis de la CMT y otros cinco de la CNE— que aún contaban con mandatos vigentes. Dos de ellos, el Presidente de la CMT y uno de sus consejeros, recurrieron dichos Real Decretos de cese ante el Tribunal Supremo, que se planteó dos dudas de interpretación del Derecho secundario de la UE: (i) la compatibilidad de los ceses anticipados con el requisito de independencia establecido en la llamada Directiva marco⁶ del sector de las comunicaciones electrónicas y (ii) la pregunta más general de si la creación de la CNMC como organismo único de supervisión y regulación de los mercados y de la competencia era compatible con dicha Directiva.

³ Artículo 13.2 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, BOE nº 55, de 05.03.2011, p. 25033: “El mandato del Presidente y los Consejeros será de seis años sin posibilidad de reelección como miembro del Consejo. [...]”.

⁴ Artículo 16 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

⁵ Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre, BOE núm. 239, de 07.10.2013.

⁶ 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), DOCE L108/33 de 24.4.2002.

En efecto, la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo se preguntaba, por un lado, si “[s]ería aplicable la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de abril de 2014 al supuesto en que los responsables de una autoridad nacional de reglamentación de las telecomunicaciones son cesados antes de la expiración de su mandato por exigencia de un nuevo marco legal que crea un órgano de supervisión en el que se agrupan diversas autoridades nacionales de reglamentación de sectores regulados? Dicho cese anticipado, por la mera entrada en vigor de una nueva ley nacional y no por la pérdida sobrevenida de las condiciones personales de sus titulares que fueron establecidas de antemano en el derecho nacional, ¿puede considerarse compatible con lo dispuesto en el artículo 3, apartado 3 bis, de la Directiva 2002/21/CE”.

La sentencia del TJUE a la que hace referencia el Tribunal Supremo en su Auto de remisión de las cuestiones prejudiciales al TJUE, de 3 de julio de 2015⁷, era la recaída en el asunto *Comisión/Hungría*⁸, en la que el Tribunal declaró el incumplimiento por Hungría de la Directiva 95/46/CE⁹, por suprimir el supervisor de protección de datos en Hungría, lo que conllevó la destitución anticipada de los responsables de dicho organismo, atentando contra la independencia de la autoridad de protección de datos que la Directiva obliga a garantizar. Como señalaba el apartado 54 de esa sentencia: “[...] si cada Estado miembro tuviera la posibilidad de poner fin al mandato de una autoridad de control antes de que éste llegue al término inicialmente previsto sin respetar las normas y las garantías establecidas previamente en tal sentido por la legislación aplicable, la amenaza de tal terminación anticipada que en tal caso planearía sobre esa autoridad durante todo su mandato **podría generar una forma de obediencia de ésta al poder político incompatible con dicha exigencia de independencia** (véase, en este sentido, la sentencia *Comisión/Austria*, EU:C:2012:631, apartado 51). Esta conclusión es también cierta en el caso de que la finalización del mandato antes de tiempo obedezca a una **reestructuración o a un cambio de modelo**, los cuales deben organizarse de modo que respeten las exigencias de independencia impuestas por la legislación aplicable.”

Por otro lado, el Tribunal Supremo se preguntaba sobre la compatibilidad con la Directiva marco del propio modelo de la CNMC, que fusiona en un único organismo las autoridades de regulación (“reglamentación” en la nomenclatura comunitaria) y de la competencia, de cara a garantizar su “capacidad y competencia técnica”: “La interpretación de la 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, ¿permite considerar compatible con ella, desde la perspectiva de salvaguarda efectiva de los intereses generales que competen al órgano nacional de regulación en esta materia, la creación por el legislador nacional de un órgano de regulación y supervisión que responda a un modelo institucional de carácter no especializado, que fusiona en un solo organismo los órganos de control en el ámbito de la energía, las telecomunicaciones y la competencia, entre otros, existentes hasta entonces?”

⁷ATS, de 03.07.2015, rec. nº 506/2013, ECLI:ES:TS:2015:5896A

⁸ Sentencia del TJUE de 08.04.2014, asunto C-288/12, ECLI:EU:C:2014:237

⁹ Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

y “¿Las condiciones de “independencia” de las autoridades nacionales de regulación en materia de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, a las que se refiere el artículo 3, apartados 2 y 3 bis de la Directiva 2002/21/CE, modificada por la Directiva 2009/140/CE, han de ser análogas a las requeridas para las autoridades nacionales de control de protección de datos personales según el artículo 28 de la Directiva 95/46/CE?”, que era la disposición infringida en el citado asunto *Comisión/Hungría*.

II. La cuestión relativa al cese de los consejeros

Tras el precedente sentado en la citada sentencia *Comisión/Hungría* no era difícil aventurar que la respuesta del TJUE a la cuestión prejudicial relativa a la compatibilidad del cese del Presidente y de un Consejero de la antigua CMT con la Directiva marco sería negativa. En efecto, la sentencia del TJUE de 19 de octubre de 2016 declara sin más ambages que el artículo 3, apartado 3bis de la Directiva marco se opone a los ceses de dichos consejeros antes de la finalización del mandato legal, aun cuando los mismos se hayan producido en el marco de una reforma institucional encaminada a crear un organismo de reglamentación multisectorial que aglutine a todas las anteriores autoridades nacionales de regulación. Cabe recordar que el apartado 3bis del artículo 3 de la Directiva marco exige, desde la reforma de 2009 por primera vez, la total independencia de la autoridad nacional de reglamentación, no sólo, como hasta entonces, de las empresas que operan en el sector (art. 3.2 de la Directiva), sino también de la Administración General del Estado: “Sin perjuicio de las disposiciones de los apartados 4 y 5, las autoridades nacionales de reglamentación encargadas de la regulación ex ante del mercado o de la resolución de litigios entre empresas con arreglo a los artículos 20 y 21 de la presente Directiva actuarán con independencia y no solicitarán ni aceptarán instrucciones de ningún otro organismo en relación con la ejecución de las tareas que les asigne la legislación nacional por la que se aplique el Derecho comunitario.”

La sentencia del Tribunal recuerda que, para dar cumplimiento a esta disposición, los miembros de un órgano colegiado que desempeñen las funciones de una “autoridad nacional de reglamentación” (ANR), como era la CMT en el sector de las telecomunicaciones, “sólo pueden ser cesados en caso de que dejen de cumplir las condiciones requeridas para el ejercicio de sus funciones, que hayan sido establecidas de antemano en el Derecho nacional”¹⁰.

El segundo párrafo del artículo 3.3bis también exige que la resolución de cese debe ser pública y la motivación del cese comunicada al cesado —los cesados “recibirán una exposición de los motivos de la decisión” (art. 3.3bis.2)—, requisitos sobre los que la sentencia no se pronuncia, si bien no cabe duda de que los Reales Decretos de cese no contienen ningún tipo de motivación y ni siquiera hacen referencia a la creación de la CNMC o la consiguiente extinción de la CMT. Será el Tribunal Supremo el que podrá apreciar este ulterior vicio de los Reales Decretos, que fue suscitado por los recurrentes en el procedimiento nacional.

En el caso de los consejeros cesados era pacífico que los ceses no se habían producido por ninguna de las causas previstas taxativamente en el artículo 16 de la Ley de Economía

¹⁰ Apartado 40 de la sentencia.

Sostenible¹¹, sino por la reforma institucional consistente en la fusión de los organismos reguladores con la CNC en la nueva CNMC. De ahí que el Tribunal concluyera que dichos ceses no se ajustaron a los requisitos del artículo 3.3bis de la Directiva marco. La sentencia resalta igualmente que, a diferencia de los cambios introducidos por la Ley de Economía Sostenible, la Ley 3/2013, de Creación de la CNMC (LCNMC) no dispuso ningún régimen transitorio para mantener a los consejeros con mandatos vigentes en sus cargos hasta que expiraran dichos mandatos.

La sentencia también responde a la duda del Tribunal Supremo de si, debido a la autonomía institucional reconocida a los Estados miembros en la organización y estructuración de sus ANR, una reforma institucional como la acometida por el legislador español en la LCNMC podría justificar el cese anticipado sin menoscabar la independencia de la ANR. A este respecto, el TJUE recuerda que el requisito de independencia del antiguo artículo 3 de la Directiva —que se refería sólo a la independencia del regulador frente a la empresa (muchas veces pública) que explotaba el servicio en cuestión (art. 3.2 de la Directiva)— fue reforzado por el legislador comunitario en el paquete de telecomunicaciones de 2009 con un nuevo apartado 3bis del artículo 3. Mediante la Directiva 2009/140/CE¹² el legislador de la Unión pretendió reforzar *“la independencia de las autoridades nacionales de reglamentación para garantizar una aplicación más efectiva del marco regulador y para aumentar su autoridad y la previsibilidad de sus decisiones. A tal efecto, debe disponerse expresamente en el Derecho nacional que, en el ejercicio de sus cometidos, la autoridad nacional de reglamentación responsable de la regulación ex ante del mercado o de la solución de litigios entre empresas **esté protegida de intervenciones exteriores o presiones políticas que puedan comprometer su evaluación independiente de los asuntos que se le sometan.** Tal influencia exterior hace que un órgano legislativo nacional resulte inadecuado para actuar como autoridad nacional de reglamentación con arreglo al marco regulador. A tal efecto, deben establecerse desde el inicio las normas relativas a los motivos de cese del responsable de la autoridad nacional de reglamentación **a fin de disipar cualquier duda razonable en cuanto a la neutralidad de este organismo y su impermeabilidad a factores exteriores.** Es importante que las autoridades nacionales de reglamentación responsables de la regulación ex ante del mercado dispongan de su propio presupuesto, que les permita, en particular, contratar personal cualificado en número suficiente. Para garantizar la transparencia, este presupuesto debe hacerse público anualmente.”*¹³

De estas disposiciones el TJUE extrae la clara conclusión de que el Derecho nacional debe establecer expresamente que la autoridad responsable de la regulación *ex ante* del mercado, de la resolución de “litigios entre empresas” (una mala traducción en la sentencia de los conflictos de acceso) —el TJUE también hace referencia a la facultad de las ANR de atribuir derechos individuales; de imponer obligaciones a determinadas empresas (con un peso significativo en el mercado); de “cierta facultad normativa, concretamente en materia de control de precios” y de

¹¹ Supra, nota 3.

¹² Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, por la que se modifican la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/19/CE relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, y la Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

¹³ Considerando 13 de la Directiva 2009/14/CE.

su amplia facultad para apreciar si un mercado debe estar sometido a regulación— *“esté protegida de intervenciones exteriores o presiones políticas que puedan comprometer su evaluación independiente de los asuntos que se le sometan, y que, a tal fin, procede establecer con carácter previo normas relativas a las causas de cese del responsable de la ANR para disipar toda duda razonable en cuanto a la neutralidad de dicho organismo y a su impermeabilidad frente a factores externos”*¹⁴.

Aunque la sentencia reconoce la autonomía institucional de los Estados miembros a la hora de organizar y estructurar sus ANR¹⁵ y también les reconoce el derecho a llevar a cabo una reforma institucional, como la operada con la creación de la CNMC, cuando los mandatos de los consejeros de las anteriores autoridades todavía estén vigentes, el TJUE sentencia que en tales casos el artículo 3.3bis de la Directiva marco obliga a los Estados miembros a *“prever normas que garanticen que el cese antes de la finalización de sus mandatos no menoscabe la independencia y la imparcialidad de las personas afectadas.”*

Parece difícil, por no decir imposible, que esta exigencia pueda cumplirse sin mantener a los consejeros de una ANR transitoriamente, aun en el marco institucional de una nueva autoridad, en sus cargos hasta que expiren dichos mandatos, como ya se hizo en el marco de la adaptación del número de los miembros de los consejos de los organismos reguladores y de la CNC prevista en la Ley de Economía Sostenible de 2011¹⁶.

III. Las cuestiones relativas al modelo de la nueva CNMC

En principio parecería que la respuesta a las cuestiones prejudiciales analizadas en el apartado anterior debiera ser suficiente para resolver los recursos contra los Reales Decretos de cese de los que estaba conociendo el Tribunal Supremo. No obstante, el Alto Tribunal planteó una cuestión adicional sobre la compatibilidad del propio modelo de la CNMC con la Directiva marco. Aunque del Auto prejudicial no se desprenda en qué medida una eventual incompatibilidad de este modelo pudiera incidir en la legalidad del cese de los recurrentes, el Tribunal Supremo suscita esta cuestión de principio y el TJUE también le responde.

Según el Auto prejudicial (FD Cuarto), el Tribunal Supremo albergaba dudas sobre la compatibilidad con la Directiva marco —concretamente, con la configuración de los organismos nacionales de regulación que se desprende de dicha Directiva— de la existencia de un solo organismo de supervisión y regulación, como es la CNMC que, como ya se ha expuesto, agrupa las funciones relativas al correcto funcionamiento de los mercados y sectores supervisados con anterioridad por diversos organismos. Tras hacer referencia a la Exposición de Motivos de la LCNMC —que justifica la creación de la CNMC con la amplitud de las competencias atribuidas a cada uno de estos organismos supervisores y la necesidad de coordinación, de eficacia y de optimizar las economías de escala y garantizar el enfoque consistente en la regulación de todas las industrias de red— el Tribunal Supremo se pregunta si la Directiva marco no exige *“que las*

¹⁴ Apartado 46 de la sentencia.

¹⁵ Sentencia del TJUE, de 17.09.2015 en el asunto C-85/14, *KPN*, ECLI:EU:C:2015:610, apdo. 53 y la jurisprudencia allí citada.

¹⁶ Disposición adicional novena de la Ley 2/2011, de 4 de marzo.

autoridades nacionales dispongan de un órgano regulador propio, no integrado en otro superior, de modo que quede suficientemente garantizada no sólo su independencia sino también su capacidad y competencia técnica.” A pesar de la reconocida capacidad auto-organizativa de sus propias instituciones que el Derecho de la UE reconoce a los Estados miembros, la Sala *“alberga alguna duda sobre si la Directiva 2002/21/CE permite que la autoridad nacional de regulación en materia de comunicaciones electrónicas carezca de configuración propia, de modo que sus funciones específicas sean ejercitadas por un organismo con los rasgos de la CNMC.”*

Aunque el Auto del Tribunal Supremo también enumere entre las autoridades fusionadas a la antigua Comisión Nacional de la Competencia (CNC) —que, como autoridad de competencia, claramente no es un organismo regulador ni una *“autoridad nacional de reglamentación”* en el sentido de las Directivas de la UE— las dudas de la Sala no parecen referirse a la fusión en un mismo organismo de las funciones de regulación sectorial y defensa de la competencia —que hemos criticado en el pasado desde la perspectiva de la necesaria independencia funcional de la política de competencia de la regulación sectorial¹⁷—, sino a la aglutinación en un mismo organismo de todas las funciones reguladoras referidas a las industrias de red (comunicaciones electrónicas, energía, postal, ferroviario, audiovisual y tasas aeroportuarias), que en otros Estados miembros lleva años funcionando. Existen organismos reguladores que abarcan distintos sectores en Reino Unido (Ofcom supervisa los sectores de la televisión y la radio además de las comunicaciones electrónicas), Francia (Arcem cubre comunicaciones electrónicas y el sector postal) y la Autoridad Federal de Redes (*Bundesnetzagentur*) alemana creada en 2005, fusionó las distintas ANR de las industrias de red (comunicaciones electrónicas, postal, electricidad y gas, ferroviario). Salvo en los Países Bajos, sin embargo, ninguna ANR ha sido fusionada con la autoridad de defensa de la competencia, como ocurre en la CNMC. De ahí que no sea cierto, que el modelo de la CNMC sea equiparable, como se ha afirmado, a los modelos institucionales de Francia o Alemania, donde se han fusionado autoridades nacionales de *regulación*, pero no la autoridad de competencia con aquellas. El único ejemplo comparable es el holandés, país que no está precisamente en la vanguardia cuando de la aplicación del Derecho de la competencia se trata, y en el que está por ver si el modelo prosperará.

La sentencia del TJUE (que también incurre en la confusión entre ANR y autoridad de competencia) entiende que la Directiva marco no se opone a la fusión de la ANR contemplada en dicha Directiva —la ANR del sector de las comunicaciones electrónicas— con otras autoridades nacionales de reglamentación en un mismo organismo de reglamentación multisectorial al que se encomienden las funciones delegadas a las ANR en el sentido de dicha Directiva. Esta, si se quiere, declaración de compatibilidad no constituye, sin embargo, un cheque en blanco, por cuanto el TJUE condiciona la misma a que en el ejercicio de estas funciones *“ese organismo cumpla los requisitos de competencia, independencia, imparcialidad y transparencia establecidos en la Directiva marco y que las decisiones que adopte puedan ser objeto de un recurso efectivo ante un organismo independiente de las partes implicadas”*, cuestiones de hecho cuya comprobación incumbe al Tribunal Supremo como tribunal nacional que remite la cuestión prejudicial.

¹⁷ Brokelmann, H., *“Las Autoridades Nacionales de Reglamentación de Telecomunicaciones”*, Derecho de las Telecomunicaciones (de la Quadra Salcedo, T., ed.), Civitas Thomson Reuters, 2015.

Sobre la base de su jurisprudencia anterior¹⁸, el TJUE confirma que ni la Directiva marco ni las demás Directivas específicas del sector de las comunicaciones electrónicas designan los organismos de los Estados miembros a los que éstos habrían de confiar las misiones reguladoras asignadas a sus ANR. De ahí que se aplique el principio general del artículo 288 TFUE, que concede a los Estados miembros un amplio margen de apreciación respecto de la elección de los medios en la transposición de Directivas comunitarias.

Ahora bien, esta autonomía institucional respecto de la organización y estructuración de sus ANR —reconocida en la jurisprudencia del Tribunal¹⁹ y en el propio artículo 2.g) de la Directiva marco— debe respetar plenamente los requisitos de organización y funcionamiento a los que las Directivas de comunicaciones electrónicas someten a las ANR, entre las que la sentencia destaca que las ANR deben ser jurídicamente distintas y funcionalmente independientes de las empresas (en particular las públicas) que operan en el sector y que las ANR ejerzan sus competencias con imparcialidad, transparencia, a su debido tiempo y que dispongan de recursos financieros y humanos adecuados para desempeñar las tareas asignadas. Así lo determina expresamente el artículo 3 de la Directiva marco en sus distintos apartados. A estos requisitos hay que añadir el ya comentado de independencia establecido en el apartado 3bis del artículo 3, al igual que la prohibición de aceptar instrucciones de ningún otro organismo en la ejecución de sus tareas, así como el requisito de autosuficiencia de medios financieros y humanos.

Sobre la base de estos requisitos, el TJUE concluye que la fusión de la antigua CMT con otras ANR (los antiguos reguladores de energía, postal, ferroviario, etc.) para que el conjunto de ANR forme un único organismo de reglamentación multisectorial no es contraria a la Directiva marco, siempre y cuando la CNMC cumpla en el ejercicio de sus funciones con los requisitos de competencia, independencia, imparcialidad, transparencia, etc. establecidos en las Directivas de la UE.

Aunque, la apreciación de si la CNMC se ajusta a estos requisitos del marco regulatorio de la UE en principio corresponde al Tribunal Supremo como tribunal remitente, el TJUE en este, como en tantos otros casos, ya anticipa lo que debiera ser el pronunciamiento del Tribunal Supremo por entender que la Ley 3/2013 que crea la CNMC *“contiene las disposiciones necesarias al objeto de garantizar que la CNMC ejerza las funciones atribuidas a las ANR por la Directiva marco y las Directivas específicas, que la CNMC está estructurada de forma que se tienen en cuenta las diferentes funciones que se le atribuyen, que sus órganos directivos están compuestos de miembros cuya autoridad y competencia profesional están reconocidos en los sectores de los que la CNMC es responsable y que dispone de un patrimonio propio, independiente del de la Administración General del Estado, y de la autonomía suficiente y de la capacidad jurídica necesaria para la gestión de estos recursos. También se deduce del tenor de la Ley 3/2013 que están previstos recursos contra las resoluciones de la CNMC.”*²⁰

¹⁸ Sentencia del TJUE, de 06.10.2010, en el asunto C-389/08, *Base*, ECLI:EU:C:2010:584; Asunto C-85/14, *KPN* (supra, nota 15), apdos. 23-25.

¹⁹ Sentencias del TJUE, de 6 de marzo de 2008, en el asunto C-82/07, *Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, ECLI:EU:C:2008:143, apdo. 24; Sentencia de 06.10.2010, *Base*, (supra, nota 18), apartado 26; y de 17.09.2015, *KPN*, supra, nota 15, apdo. 53.

²⁰ Apdo. 37 de la sentencia.

IV. Implicaciones de los pronunciamientos prejudiciales del TJUE para el futuro de la CNMC

La primera consecuencia que cabe extraer de la sentencia del TJUE de 19 de octubre de 2016 es que es más que probable que el Tribunal Supremo anule los dos Reales Decretos de cese del Presidente y de un Consejero de la antigua CMT, cuyos recursos dieron lugar a la cuestión prejudicial resuelta en la sentencia del TJUE.

Menos claro está si esta previsible anulación debiera afectar también al cese de los otros nueve consejeros de la CMT y la CNE cuyos Reales Decretos devinieron firmes al no haber sido recurridos por sus destinatarios. Las Directivas comunitarias del gas (art. 39.4) y de la electricidad (art. 35.4)²¹ contienen los mismos requisitos de independencia que la Directiva marco en el ámbito de las comunicaciones electrónicas, de modo que no cabe duda de que los Reales Decretos de cese de consejeros de la antigua CNE son igualmente incompatibles con el Derecho de la UE. No nos encontramos ante Reales Decretos reglamentarios (y, por tanto, ante disposiciones generales de carácter normativo), sino ante actos administrativos adoptados mediante Real Decreto, dado que se trata de medidas adoptadas por el Ministerio de Industria en ejercicio de una potestad administrativa que regulan una situación concreta e individual frente al destinatario —su cese—. Al ser contrarios al ordenamiento jurídico, la Administración podría revocar, incluso de oficio, los Reales Decretos no impugnados en su día, conforme al artículo 109 de la nueva Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, LPACAP (antes artículo 105.1 LRJPAC), al tratarse de actos de gravamen y reestablecer su revocación el respeto del principio de legalidad (art. 34.2 LPACAP; antes art. 53.2 LRJPAC).

En este hipotético escenario, una vez anulados los ceses de los consejeros con mandato vigente (descontando el periodo de cese ilegal) éstos podrían ser reincorporados a la actual CNMC, lo cual nos llevaría necesariamente a una revisión del modelo vigente, sin perjuicio de que el TJUE haya respaldado la compatibilidad del mismo con las Directivas de comunicaciones electrónicas.

Uno de los principales problemas de la CNMC ha sido desde su creación la importante reducción del número de consejeros, puesto que el anterior modelo de ANR individuales contaba con unos 40 consejeros encargados de supervisar y regular los distintos sectores (en la CMT, CNE, CNSP, etc.), permitiendo un alto grado de especialización y dedicación de los mismos, que los ahora cinco (5) consejeros de la Sala de supervisión regulatoria de la CNMC difícilmente pueden garantizar. Así, la reincorporación de los 11 consejeros cesados en contravención de las Directivas comunitarias podría convertirse en una oportunidad para reforzar la supervisión regulatoria en el ámbito de la Sala de Supervisión Regulatoria del Consejo de la CNMC.

Pero la revisión del modelo vigente de la CNMC podría ir más allá de la reincorporación de los consejeros cesados, por cuanto podría coincidir con el planteamiento de los principales partidos

²¹ Directiva 2009/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 2003/55/CE; y Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE.

políticos (PP, PSOE y Ciudadanos) que han postulado en sus programas electorales y Acuerdos de Gobierno²² la separación de la CNMC en dos entidades independientes, “acercándola al modelo alemán” (Pacto PSOE-C’s) o, como proclama el Pacto PP-C’s (punto 13) “siguiendo el modelo vigente en la mayoría de países de nuestro entorno”: una “Autoridad Independiente de los Mercados (AIReM) que asumirá las funciones de supervisión y control de los sectores económicos regulados (en especial, el sector energético, telecomunicaciones y audiovisual, transportes y servicios postales, a los que se sumará el juego) y de resolución de conflictos entre operadores económicos” y “una Autoridad Independiente de Defensa de la Competencia (AIDeCo) que asumirá las funciones de promoción de la competencia, de aplicación de la normativa española y europea de defensa de la competencia y de garantía de la unidad de mercado. La AIDeCo asumirá además las funciones de protección y defensa de los consumidores y usuarios, siguiendo el modelo imperante en la Unión Europea, sin perjuicio de las competencias que correspondan a las Comunidades Autónomas.” (Pacto PP-C’s, punto 13).

Se trataría de escindir la actual CNMC en un “superregulador” de las industrias de red (comunicaciones electrónicas, energía, postal, audiovisual y ferroviario) y otra autoridad de defensa de la competencia separada de aquel. ¿Cuáles serían las ventajas y desventajas de una escisión de la CNMC en dos autoridades separadas que se ocupen de regulación y competencia respectivamente?²³

Si bien las normas regulatorias, por un lado, y las de defensa de la competencia, por el otro, persiguen objetivos similares, los objetivos regulatorios no son siempre coincidentes con los del Derecho de la competencia y normalmente van más allá que estos últimos. De ahí que desde la presentación del Anteproyecto de Ley de creación de la CNMC en 2012 se cuestionara²⁴ el acierto del modelo instaurado en la CNMC que encomienda a un mismo organismo aplicar ambas normativas, puesto que existe un riesgo de “contaminación” del Derecho de la competencia, de naturaleza más liberal (en el mejor sentido de la palabra, es decir, menos intervencionista), con los objetivos y remedios del Derecho regulatorio, siempre más intervencionista.

Aunque la sentencia del TJUE que comentamos y las preguntas del Tribunal Supremo no versaran sobre esta característica de la CNMC —la conjunción de autoridad regulatoria y de defensa de la competencia en un mismo organismo, única en los países de la UE, con la excepción de Holanda—, es allí donde radica el principal problema de la reforma introducida por la LCNMC de 2013, porque, en nuestra opinión, es importante que el Derecho de la competencia siga actuando como red de seguridad en los sectores sometidos a regulación. Las autoridades nacionales regulatorias pueden, por distintas razones, incluyendo, en el peor de los casos, por un regulador cautivo (*regulatory capture*), bendecir, no objetar o simplemente no

²² El Acuerdo entre el PP y Ciudadanos “150 Compromisos para mejorar España”, de 28.08.2016, punto 13 y el anterior Pacto entre PSOE y Ciudadanos, de febrero de 2016, p. 10.

²³ Para un análisis más detallado del modelo vigente de la CNMC, ver Brokelmann, H., “Las Autoridades Nacionales de Reglamentación de Telecomunicaciones”, supra, nota 17.

²⁴ Ver, por ejemplo, Ariño Ortiz, G., “La reforma de los entes reguladores”, Expansión, 31.01.2012; Saz-Carranza, A., “Regulador único: un paso atrás”, Cinco días, 15.01.2013; Allendesalazar, R. “Una reforma arriesgada”, Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia, núm. 31, 2013 (pp. 5-10); Brokelmann, H., “Regulación y Competencia en la nueva CNMC”, Cinco Días, 27.02.2012 y “CMT versus Comisión Europea: ¿Regular o supervisar?”, Expansión, 30.03.2012.

perseguir una determinada conducta anticompetitiva. En estas situaciones, una autoridad de competencia independiente del organismo regulador está llamada a intervenir en aplicación de las normas de la competencia. Las numerosas decisiones de la Comisión Europea en las que ésta sanciona como abusivas conductas no perseguidas por el regulador nacional, en asuntos como *Deutsche Telekom*, *France Telecom*, *Wanadoo España/Telefónica*, *Telekomunikacja Polska* o *Slovak Telekom*²⁵, demuestran el papel activo que el Derecho de la competencia debe seguir desempeñando en sectores sometidos a regulación.

Si las normas de la competencia y la regulación sectorial son aplicadas por un único órgano se pierde la principal ventaja de la aplicación concurrente de ambas normativas —aplicación concurrente que el TJUE ha confirmado en su jurisprudencia frente a la jurisprudencia *Verizon/Trinko* del Tribunal Supremo americano²⁶, según la cual no cabe aplicar las normas *antitrust* en un sector completamente regulado—. A saber, que actúen como un doble filtro para las conductas anticompetitivas en los mercados regulados. De esta forma, los problemas de competencia que no hayan podido solucionarse con una regulación *ex-ante* podrán ser solventados con la aplicación *ex-post* de las normas de la competencia, que actúan así como red de seguridad en los mercados liberalizados, en los que la competencia está, por definición, debilitada por la mera presencia de los antiguos monopolistas. Si una misma autoridad aplica ambas normativas se pierde esta importante función de red de seguridad que el Derecho de la competencia debe poder desempeñar en sectores regulados. En el sistema de aplicación descentralizada de los artículos 101 y 102 TFUE introducido por el Reglamento (CE) 1/2003/CE²⁷, carece de relevancia que las normas de competencia del Tratado sean aplicadas por la Comisión Europea o una autoridad nacional de la competencia. Según la jurisprudencia del TJUE, el principio comunitario de primacía se refiere a una primacía del *Derecho* de la UE —artículos 101 y 102 TFUE— sobre el Derecho nacional —en este caso el Derecho regulatorio en cuestión— y no de las instituciones de la UE sobre aquéllas de los Estados miembros.

Uno de los principales objetivos perseguidos por el legislador con la creación de la CNMC fue el de incrementar la seguridad jurídica para las empresas sometidas cumulativamente a una regulación específica y la aplicación general del Derecho de la competencia. Frente a la anterior dispersión de reguladores y autoridad de competencia que habían coexistido hasta entonces, se esperaba una mayor predictibilidad de las resoluciones de la nueva autoridad única y que la fusión entre reguladores y autoridad de competencia evitara resoluciones “contradictorias” entre ambas, incrementando así la seguridad jurídica para las empresas sometidas a supervisión regulatoria.

El propósito de incrementar la seguridad jurídica en beneficio de las empresas que operan en mercados regulados resulta sin duda bienvenido, pero conviene matizar el alcance de esta nueva “seguridad” y la manera en la que debiera alcanzarse en la práctica de la CNMC para no

²⁵ Decisiones de 21.05.2003, COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 *Deutsche Telekom AG*; 16.07.2003, COMP/38.233, *Wanadoo Interactive*; 04.07.2007, COMP/38.784, *Wanadoo España/Telefónica*; 22.06.2012, COMP/39.525, *Telekomunikacja Polska*; COMP/39.523, *Slovak Telekom*, Decisión de 15.10.2014.

²⁶ *Verizon Communications v. Law Offices of Curtis V. Trinko*, 540 U.S. 398 (2004); ver igualmente *Town of Concord Massachusetts v. Boston Edison Company*, 915 F.2d 17 (1990).

²⁷ Reglamento (CE) No 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado.

menoscabar la aplicación eficaz, tanto de la normativa regulatoria como del Derecho de la competencia. Está claro que la aplicación uniforme de unos mismos principios regulatorios por una única autoridad en las distintas industrias de red sometidas a regulación presenta importantes ventajas, tanto de eficiencia como de aplicación coherente de un conjunto de normas “hermanas”, y ese fue precisamente el principio rector de la fusión de los organismos reguladores acometida en Alemania con la creación de la *Bundesnetzagentur* en 2005. No hay grandes diferencias conceptuales entre regular el acceso o los precios orientados a costes en el sector de las telecomunicaciones, el postal o el energético.

Más compleja, sin embargo, es la relación de las normas regulatorias con el Derecho de la competencia cuando ambos están en manos de una misma autoridad. La LCNMC avoca estos casos al Pleno del Consejo, avocación establecida en la LCNMC una vez que el legislador abandonara la propuesta inicial de Consejo único y creara dos salas distintas a cargo de las decisiones regulatorias y aquellas de aplicación de las normas de competencia para responder a las críticas conceptuales vertidas contra el modelo propuesto en el Anteproyecto. El Pleno del Consejo en sus tres años de existencia se ha reunido en 64 ocasiones de un total de 360 reuniones del Consejo en sus distintas configuraciones. La seguridad jurídica buscada por el legislador sólo sería posible si el Pleno de la CNMC en estos casos analizara y se pronunciara explícitamente sobre la compatibilidad de una determinada conducta, tanto con la regulación del sector como con las normas de la competencia. Sólo si la conducta en cuestión supera estos dos filtros, distintos y con objetivos no siempre coincidentes, se tendrá la certeza de que no distorsiona la competencia en el mercado en cuestión y podrá declararse compatible con el ordenamiento jurídico. La mezcla de conceptos y remedios —por ejemplo, en las condiciones impuestas a la concentración entre Telefónica y el operador de televisión de pago DTS (Canal+) ²⁸— genera confusión conceptual y dificulta la aplicación coherente de una y otra normativa.

En cuanto al riesgo de decisiones contradictorias, tampoco hay que olvidar que estamos ante un sistema de aplicación paralela de una normativa —tanto en el plano nacional/supranacional como en el plano administrativo/judicial— al que es inherente ese riesgo. Sólo en el ámbito de las normas de defensa de la competencia, hasta cuatro órganos administrativos o judiciales distintos pueden estar llamados a pronunciarse sobre una determinada práctica: Comisión Europea, CNMC, autoridades autonómicas de competencia y los juzgados de lo mercantil, sin contar los tribunales de lo contencioso-administrativo y europeos llamados a revisar las decisiones administrativas. Que una autoridad regulatoria distinta aplique un conjunto de normas distintas (las regulatorias) no reduce la seguridad jurídica cuando las reglas de juego están claras según la jurisprudencia del TJUE: las normas de competencia y las regulatorias son de aplicación cumulativa (en la reforma propuesta, por organismos distintos) en los sectores sometidos a regulación. De ahí que no pueda haber dudas sobre que ambas normativas son aplicables cumulativamente según la reiterada jurisprudencia del TJUE en los asuntos *Deutsche Telekom* y *Telefónica* ²⁹, por lo que realmente no existe riesgo de decisiones “contradictorias” si

²⁸ Resolución de la CNMC, de 22 de abril de 2015, en el expte. C/0612/14, *TELEFÓNICA/DTS*.

²⁹ Sentencias del TJUE, de 14.10.2010, asunto C-280/08 P, *Deutsche Telekom/Comisión*, Rec. 2010, I-9555 ECLI:EU:C:2010:212; de 10.07.2014 en el asunto C-295/12 P, *Telefónica*, ECLI:EU:C:2014:2062; Sentencia del TGUE, de 29.03.2012, en el asunto T-398/07, *España/Comisión*, ECLI:EU:T:2012:173.

la autoridad de la competencia declara una conducta como abuso de posición de dominio aunque la autoridad reguladora no haya puesto reparos a la misma anteriormente.

Recordemos brevemente que en el asunto *Wanadoo/Telefónica*³⁰ se cuestionaba, también por el Reino de España que recurrió la decisión sancionadora de la Comisión Europea³¹, que la Comisión pudiese sancionar en aplicación del artículo 102 TFUE por la aplicación de precios que habían sido autorizados por la CMT o al menos no habían sido objetados por ésta al no haber apreciado un estrechamiento de márgenes en la política de precios de Telefónica. Frente a esta tesis, ambos Tribunales de la UE³² reafirmaron su jurisprudencia ya sentada en el asunto *Deutsche Telekom*³³, según la cual la aplicación del artículo 102 TFUE no puede quedar condicionada por el pronunciamiento de una autoridad nacional de reglamentación, puesto que éstas persiguen objetivos distintos del Derecho de la competencia³⁴. Además, la Comisión ni siquiera estaría vinculada por una decisión de un juez nacional o de una autoridad nacional de la competencia que sí tienen atribuida la potestad de aplicar el artículo 102 TFUE. Siempre que el Derecho nacional deje a las empresas un margen de maniobra para un comportamiento autónomo en el mercado, las normas de la competencia del TFUE permanecerán aplicables.

V. Conclusión

Como señalábamos al principio de este artículo, el mismo día que el TJUE dictaba su sentencia prejudicial sobre la compatibilidad con el Derecho de la UE del modelo de autoridad única de la CNMC introducido en 2013 y del cese anticipado de los consejeros de las ANR que la precedieron, el Presidente de la CNMC comparecía ante la Comisión de Economía y Competitividad del Congreso —el artículo 39.1 LCNMC prevé la comparecencia al menos anual para exponer las líneas básicas de actuación de la CNMC y las prioridades para el futuro— donde tuvo que defender el modelo vigente ante las dudas formuladas por los diputados.

Según expuso el Presidente, tres años después de su creación puede decirse que la CNMC ha conseguido superar las vicisitudes de un proceso de fusión complejo y ha superado esa fase inicial *“que no carecía de desafíos relevantes en cuanto a la capacidad de una nueva institución para asumir las funciones encomendadas, las culturas y las formas de trabajar de organismos muy distintos entre sí. [...] [L]a CNMC no es ya la suma de las partes, sino que hoy disponemos de una institución integrada más fuerte y más útil para los ciudadanos.”* Según el Presidente en su comparecencia *“El enfoque integrado de las decisiones de la CNMC se está traduciendo en una mayor eficacia y una mayor seguridad jurídica que además evita el denominado forum shopping: que las empresas se agarren a la decisión de la autoridad que más les interesa en cada*

³⁰ Decisión de la Comisión de 04.07.2007 en el asunto COMP/38.784, *Wanadoo España/Telefónica*.

³¹ Sentencia del Tribunal General de 29.03.2012, (supra, nota 29).

³² Supra, nota 29.

³³ Sentencia del TGUE de 10.04.2008, asunto T-271/03, *Deutsche Telekom/ Comisión*, Rec. 2008, II-477, ECLI:EU:T:2008:101; en casación Sentencia del TJUE de 14.10.2010, (supra, nota 29).

³⁴ Para un análisis más detallado de la sentencia del TGUE, ver Brokelmann, H.: El estrechamiento de márgenes y la relación entre regulación y normas de la competencia en la sentencia Telefónica. En *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, IDEI, nº 66, 2012, pp. 217-234.

momento, de competencia o de regulación. Todo ello, por supuesto, termina por favorecer al consumidor, a los nuevos entrantes y a las empresas más jóvenes.”

Pero en la misma comparecencia el Presidente también confirmó nuestra preocupación sobre las consecuencias de la inexistencia de una autoridad de competencia separada de las autoridades regulatorias: *“Regulación sectorial más competencia. Esta doble perspectiva de la CNMC ha evitado que las empresas vean aprobadas sus acciones desde un punto de vista de supervisión sectorial y luego sean sancionadas por esta misma conducta por ser incompatible con la normativa de competencia. De nuevo, el modelo integrado de nuestra institución nos ha permitido una acción más eficaz, de carácter preventivo, y el tejido productivo se beneficia de una ‘ventanilla única’ ante el regulador que les proporciona mayor seguridad jurídica, de gran importancia para la planificación de inversiones.”*

Como hemos explicado en este artículo (apdo. IV), este es precisamente y ya desde su concepción inicial, el principal problema de la CNMC: que la aprobación regulatoria de una conducta impida que la misma CNMC la sancione posteriormente como infracción de las normas de la competencia. De ahí que, aunque en la actual disyuntiva no sea fácil volver a cambiar el modelo instaurado en la CNMC en lugar de profundizar en el camino emprendido hace sólo tres años, nos inclinamos por aprovechar la reincorporación de consejeros de las antiguas CMT y CNE para dar cumplimiento a la sentencia del TJUE y la consiguiente sentencia del Tribunal Supremo (aún no pronunciada), para una revisión más amplia del modelo de la CNMC. Esta reforma consistiría en la escisión de la CNMC, propuesta en el pacto PP-Ciudadanos y también en el anterior con el PSOE, en un organismo regulador multisectorial que abarcaría todas las industrias de red (comunicaciones electrónicas, energía, transporte, audiovisual y postal –con exclusión del juego, que nada tiene que ver con este tipo de actividades) y una autoridad de defensa de la competencia como la Comisión Nacional de la Competencia que tanto reconocimiento, también internacional, se granjeó desde su creación en 2007.

Todo ello sin perjuicio de que la regulación debe ser, por definición, de carácter temporal, de modo que su intensidad se continuará reduciendo en la medida en que mejoren las condiciones de competencia en los mercados regulados para, finalmente, desaparecer y dar lugar a la mera aplicación del Derecho de la competencia en mercados competitivos sin las asimetrías heredadas de los antiguos monopolios legales, salvo en aquellos mercados donde estos últimos persistan.

Esta separación también encajaría mejor con la nueva categoría de *“autoridad administrativa independiente”* en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que acaba de entrar en vigor, por cuanto el artículo 109 de la misma dispone que estas autoridades *“tienen atribuidas funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre sectores económicos o actividades determinadas”*. Es indudable que esta definición sólo es aplicable a las *“autoridades nacionales de reglamentación”* en el sentido de las distintas Directivas sectoriales de la UE y no a la autoridad de defensa de la competencia, que ni tiene atribuidas funciones de *“regulación o supervisión”* ni tiene limitadas sus competencias a un determinado sector o actividad económicas, puesto que el Derecho de la competencia se aplica horizontalmente a cualquier sector de la economía y precisamente no consiste, como se ha explicado a lo largo de este artículo, en una supervisión regulatoria de la economía.

El número de consejeros del organismo único regulador debiera incrementarse a 10-20 con secciones especializadas por sectores que o bien tengan autonomía para adoptar decisiones o bien reporten sus ponencias al pleno del Consejo para la toma de decisiones. Para asegurar una cierta especialización y familiarización con la materia debiera prescindirse del sistema de rotaciones instaurado en la CNMC, bien intencionado, pero que ha demostrado ser contraproducente en la práctica. Esta reforma también podrá aprovecharse para encomendar al organismo regulador competencias, en muchos casos previstas en las Directivas de la UE, que en la actualidad tienen atribuidos los Ministerios, especialmente en materia energética, cuando su ejercicio por la autoridad reguladora tiene ventajas desde el punto de vista de independencia, capacidad técnica y transparencia, como también expuso el Presidente de la CNMC en su comparecencia.

El Consejo de la renovada autoridad de competencia, por su parte, podría incrementarse a 7-9 consejeros para estar en condiciones de afrontar un creciente número de expedientes de competencia con criterio propio. En ambos organismos debieran suprimirse los votos particulares que tanto daño han hecho a la reputación de la CNMC en estos últimos años. Estamos ante autoridades administrativas y no ante un tribunal constitucional o de última instancia que sienta doctrina, que es donde puede tener sentido permitir los votos particulares. En tribunales inferiores —y desde luego en la Administración— debe regir, como en los países de nuestro entorno, el principio de colegialidad para favorecer la formación de un cuerpo doctrinal coherente en aras de la credibilidad, la seguridad jurídica y, en última instancia, la independencia.

Por último, no queremos dejar de señalar que, en contra de lo contemplado en el Pacto PP-C's, la renovada autoridad de competencia no debiera tener encomendada como función adicional la protección de los consumidores. Aunque el objetivo último del Derecho de la competencia sea el bienestar de los consumidores (*consumer welfare*), nada tiene que ver ese concepto (que busca fomentar el proceso competitivo para que el consumidor, en última instancia, se beneficie de mejores precios y productos innovadores fruto de dicho proceso, como confirma la jurisprudencia del TJUE³⁵) con la protección del consumidor en procedimientos de tutela individual del consumidor, que tienen una finalidad y una configuración procedimental totalmente diferentes, que ya está siendo bien atendida en el ámbito autonómico, sin que los instrumentos de la CNMC sean extrapolables a la resolución de conflictos de consumo. Pero esa discusión queda para otro artículo.

³⁵ Sentencia del TJUE, de 06.10.2009, en el asunto C-501/06 P, *GSK España/Comisión*, Rec. 2009, p. I-9291, ECLI:EU:C:2009:610, apdo. 63. Esta sentencia incluso rechaza que la finalidad primordial del Derecho de la competencia sea la protección del bienestar de los consumidores: “no se desprende en modo alguno de esta disposición que únicamente puedan tener un objeto contrario a la competencia los acuerdos que priven a los consumidores de determinadas ventajas. Por otro lado, es necesario señalar, que el Tribunal de Justicia ha declarado que el artículo 81 CE, al igual que las demás normas de competencia del Tratado, está dirigido a proteger no sólo los intereses directos de los competidores o consumidores, sino la estructura del mercado y, de este modo, la competencia en cuanto tal. Por lo tanto, la comprobación de que un acuerdo tiene un objeto contrario a la competencia no puede estar supeditada a que los consumidores finales se vean privados de las ventajas de una competencia efectiva en términos de términos de abastecimiento o de precios.” Los artículos 101 y 102 TFUE, por tanto, protegen primordialmente el proceso competitivo y no a los competidores o consumidores.

En todo caso, el primer requisito para que una modificación del modelo de la CNMC pueda prosperar sería que cualquier reforma del modelo existente cuente con el consenso de los principales grupos parlamentarios. Como demuestra la experiencia de la Ley de Defensa de la Competencia de 2007, esa es la mejor garantía de que el nuevo modelo pueda tener éxito. La política de competencia merece ser tratada, sin duda alguna, como una política de Estado.