

Resumen

Este artículo estudia el papel de las instituciones públicas encargadas de promover y garantizar el funcionamiento competitivo de los mercados. Primeramente, se expone el marco teórico que justifica su existencia, así como su necesario carácter público. A continuación, se ofrecen algunas pautas teóricas para el diseño organizativo de estas instituciones. La segunda parte del trabajo incluye una revisión de las principales instituciones de este tipo existentes en España (la Comisión Nacional de la Competencia, la Comisión Nacional de la Energía, la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, el Banco de España y la Comisión Nacional del Mercado de Valores), ofreciendo una evaluación de las limitaciones que presenta su actual diseño institucional. El artículo concluye exponiendo los retos que deben guiar una futura reforma de estas importantes instituciones.

Palabras clave: competencia, instituciones, regulación.

Abstract

This article studies the role of the public institutions responsible for promoting and assuring competitive market operation. First of all, we outline the theoretical framework justifying their existence as well as their necessary public nature. We offer below some theoretical guidelines for the organizational design of these institutions. The second part of the study includes a review of the main institutions of this type in Spain (The National Competitiveness Commission, the Central National Energy Commission, the Telecommunications Market Commission, the Bank of Spain and the National Stock Market Commission), offering an appraisal of the limitations entailed in their present institutional design. The article concludes by setting out the challenges that should guide a future reform of these important institutions.

Key words: competition, institutions, regulation.

JEL classification: K21, K23, L44, L51.

COMPETENCIA EN LOS MERCADOS: RETOS INSTITUCIONALES PARA LA ECONOMÍA ESPAÑOLA

Jorge ONRUBIA FERNÁNDEZ

José Félix SANZ SANZ

Universidad Complutense de Madrid

I. INTRODUCCIÓN

ACEPTADO el paradigma de la economía de mercado como generador de ganancias de eficiencia y bienestar, la defensa de sus principios rectores se convierte en el referente al que deben aproximarse las autoridades económicas de cualquier país. La noción de libertad de mercado se asocia de manera especialmente estrecha con el planteamiento filosófico del *laissez-faire*, que defiende como casi única intervención gubernamental justificada la destinada a salvaguardar al mercado del fraude y de las malas prácticas.

Esta intervención debe llevarse a cabo a través de instituciones públicas que preserven los principios rectores, es decir, «las reglas del juego» del sistema de mercado. En aquellos países con una tradición arraigada de libre mercado, el papel de estas instituciones reguladoras y supervisoras ha sido reconocido desde hace más de un siglo. La Sherman Antitrust Act de 1890 o la creación de la Security Exchange Commission en 1934 constituyen algunos casos pioneros. En el ámbito de la Unión Europea, la preocupación por la libre competencia ha ocupado intensamente la agenda política desde mediados de la década de los ochenta, en la que se aprobó el Acta Única. La incorporación de España en 1986 a la Comunidad Económica Europea supuso un enorme impulso para homologar

el funcionamiento de nuestros mercados con los estándares de nuestros socios más avanzados.

Este hecho implicaba el diseño de un conjunto de instituciones en línea con las existentes en estos países. Así, en 1988 se creó la Comisión Nacional del Mercado de Valores, en 1989 ve la luz el Tribunal de Defensa de la Competencia, y en relación con los mercados liberalizados procedentes de los antiguos monopolios de telecomunicación y energía, en 1996 se constituyó la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y en 1998 la Comisión Nacional de la Energía (que tuvo un antecedente en la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico). Junto a estas instituciones de nuevo cuño, no podemos pasar por alto el papel desempeñado desde mucho tiempo antes por el Banco de España, en su faceta de institución supervisoras del negocio bancario.

En este artículo ofrecemos una revisión para España de la situación actual de estas instituciones, identificando un inventario de retos a los que se debe enfrentar nuestro país, en este ámbito, en los años venideros. Para ello, el trabajo se estructura de la siguiente forma. Tras esta introducción, en el apartado II exponemos los fundamentos teóricos que justifican la presencia de estas instituciones favorecedoras del funcionamiento competitivo del mercado; en el III, presentamos, desde los postulados de la Economía de las Orga-

nizaciones, algunas reglas básicas que deben guiar el buen diseño de estas instituciones; en el IV, abordamos el análisis de las instituciones encargadas de fomentar la competencia del mercado en general, con una atención detallada a la Comisión Nacional de la Competencia; el apartado V está dedicado a las instituciones reguladoras de mercados recientemente liberalizados, centrando el análisis en la Comisión Nacional de la Energía y en la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones; las instituciones que actúan en los mercados financieros, el Banco de España y la Comisión Nacional del Mercado de Valores, son objeto de estudio en el VI. El artículo termina con un apartado de conclusiones.

II. INSTITUCIONES Y MERCADO

La protección de los derechos de propiedad, la garantía del cumplimiento de los contratos y el respeto a las reglas que rigen el modelo de competencia perfecta son elementos indispensables para asegurar el funcionamiento eficiente del mercado. En ocasiones, el propio mercado trata de proveer instrumentos para responder a estas exigencias. Buenos ejemplos pueden ser la constitución de asociaciones profesionales (de auditores, de medios de comunicación, de defensa de la propiedad intelectual), de empresarios (comunidades de ganaderos, agricultores, cofradías pesqueras), colegios profesionales (de médicos, abogados, farmacéuticos) o de agrupaciones de usuarios y consumidores. Sin embargo, estas respuestas se muestran insuficientes, e incluso, en muchas ocasiones, contraproducentes, pues con frecuencia estos colectivos terminan convirtiéndose en grupos de presión que defienden intereses cor-

porativos contrarios a los principios de la competencia. En cierto modo, como señala Hirschman (1970), estas respuestas del mercado constituyen instrumentos favorecedores de la eficiencia en la medida en que refuerzan el poder de decisión de los agentes, al canalizar sus preferencias, y ofrecen alternativas de movilidad para una mejor asignación de recursos.

La imposibilidad de que el mercado solucione de forma satisfactoria esta carencia abre las puertas a la acción colectiva de los gobiernos. Esto ya fue observado por Adam Smith (1776) en su famosa obra *La riqueza de las naciones*, donde se reconocía el necesario papel del Estado en defensa, justicia, educación, obras públicas y también en el diseño de instituciones favorecedoras de la actividad económica privada. Esta última función de los gobiernos es aceptada incluso por defensores extremos de la libertad individual en los mercados, como Nozick (1974), para quien la única función del sector público sería precisamente la de actuar como defensor de los derechos de la persona y la propiedad.

El catálogo de estas instituciones de origen gubernamental, aunque amplio, mantiene en la mayoría de los países desarrollados una cierta coincidencia en cuanto a las principales. Éstas pueden agruparse en tres categorías. En primer lugar, encontramos instituciones encargadas de salvaguardar el funcionamiento competitivo, en sentido genérico, de los mercados. En segundo lugar, existe otro grupo formado por instituciones cuya misión es regular el funcionamiento de mercados específicos con características monopolísticas y que, en la mayoría los casos, han sido creados tras la privatización de monopolios públicos (*utilities* y otros monopolios naturales). Por último,

aparecen instituciones encargadas de asegurar la transparencia y el respeto de las normas deontológicas que deben presidir las transacciones en los mercados financieros, tanto del negocio bancario como de los mercados de acciones y otros activos financieros.

Sin embargo, el hecho de que el mercado por sí solo sea incapaz de garantizar su funcionamiento eficiente no es condición suficiente para asegurar que la intervención del sector público pueda conseguirlo. En este sentido, no debe olvidarse que el sector público, como ha apuntado Stiglitz (1989), es una organización económica formada por agentes individuales con sus propios intereses. Estos intereses no tienen por qué coincidir con las metas colectivas, en el caso que nos ocupa: asegurar el comportamiento eficiente del mercado. Este hecho, junto con otras limitaciones que desarrollamos en el siguiente apartado, condiciona la actuación del Estado en la creación de las instituciones que necesita el mercado. Las soluciones para crear instituciones que desempeñen eficazmente su función pasan por dotar a éstas de arquitecturas organizativas capaces de resolver los problemas de coordinación e incentivos consustanciales a la división de tareas y a la existencia de conflictos de objetivos entre sus miembros. En definitiva, se trata de determinar la forma organizativa que aporte mejores incentivos para que los agentes, actuando voluntariamente, alcancen las metas asignadas a las instituciones a las que pertenecen.

III. LA ECONOMÍA DE LAS ORGANIZACIONES Y EL DISEÑO INSTITUCIONAL

Una vez establecida la necesidad de crear instituciones que garanticen el funcionamiento efi-

ciente de los mercados, el problema se sitúa en el ámbito del diseño institucional. La forma en la que la sociedad define estas instituciones, en el sentido más amplio del término, resulta trascendental para su éxito. En este sentido, hay que recordar la definición que North (1991) da de las instituciones, asimilándolas con las reglas del juego: «las limitaciones de factura humana que estructuran las interacciones políticas, económicas y sociales», y su división entre «restricciones informales (sanciones, tabúes, usos, tradiciones y códigos de comportamiento) y normativa formal (constituciones, leyes, derechos de propiedad)». En relación con el diseño institucional, es muy interesante la diferenciación que el propio North (1986) establece entre el contenido de estas restricciones bajo la forma de normas y regulaciones, los procedimientos para detectar las desviaciones en el comportamiento respecto de aquéllas y las simples pautas de comportamiento morales y éticas, que definen los contornos y restringen la forma en la que las reglas y las regulaciones son establecidas y aplicadas.

De acuerdo con estas acotaciones conceptuales, no resulta difícil comprender la naturaleza institucional que debe tener la defensa de los mercados competitivos. De hecho, en Davies y North (1971), al distinguir entre marco institucional y acuerdos institucionales, incluyen dentro de la primera categoría «el conjunto formado por las grandes políticas y el código de naturaleza social y legal que sirve de base para la producción, el intercambio y la distribución», citando como ejemplos «las reglas que rigen las elecciones, los derechos de propiedad y el derecho contractual». En cambio, los acuerdos institucionales se limitan a recoger los convenios en-

tre unidades económicas para cooperar y/o competir, facilitando en ocasiones las estructuras organizativas necesarias, incluso en situación de conflicto con el marco institucional. Estamos, por tanto, ante dos tipos de instituciones; las primeras situadas en un plano superior a las segundas. En el ámbito del mercado, es evidente que las instituciones encargadas de promover y garantizar su funcionamiento competitivo han de formar parte del «marco institucional» y, por tanto, pertenecen al primer nivel. El interés individual que guía las acciones en el sistema de mercado induce acuerdos institucionales de segundo nivel que, a menudo, reflejan actuaciones en conflicto con las reglas del juego. Esta realidad refuerza la necesidad de contar con un diseño institucional fuerte para asegurar que los comportamientos organizativos de los agentes económicos son compatibles con el funcionamiento competitivo del mercado.

Un elevado grado de competencia efectiva en los mercados de bienes y servicios y en los de capitales distingue, en buena medida, a los países con economías desarrolladas. La confianza en la contratación constituye también una característica propia de estas economías. La relación entre competencia efectiva y confianza en la contratación tiene su origen en la capacidad que tienen sus mercados para reducir la incertidumbre de los agentes que operan en ellos. La explicación de esta asociación positiva tiene, sin duda, una naturaleza institucional, en la medida en que, como ha señalado North (1990), las instituciones reducen la incertidumbre al proveer estructuras permanentes para guiar los comportamientos a lo largo del tiempo.

El argumento anterior podría situarnos, en principio, ante una

contradicción. Por un lado, como señala Williamson (1993), un marco contractual creíble disminuye la motivación que conduce a sustituir los mercados por las jerarquías como forma de organizar las transacciones. Desde el punto de vista de la eficiencia económica, esto es muy deseable, en la medida en que el recurso a la jerarquía supone una pérdida inevitable de intensidad en los incentivos, a la vez que introduce otros costes inherentes al comportamiento burocrático. En definitiva, la confianza y la credibilidad reducen los costes de eficiencia aumentando el valor económico de las transacciones, en línea con la consecución de una asignación eficiente de los recursos tanto desde la perspectiva de la producción como desde la del consumo. Por otro lado, como se ha señalado, el establecimiento de las reglas del juego que deben asegurar el comportamiento competitivo de los agentes requiere la creación de instituciones que restrinjan la capacidad de libre actuación de los agentes económicos. Es decir, sustitución de la libertad de contratación individual por restricciones basadas en la jerarquía. La solución óptima de este dilema planteado en el diseño de instituciones de mercado hay que buscarla en la combinación de jerarquía y libertad de actuación expuesta hace setenta años por Coase (1937).

Como hemos apuntado, el comportamiento de las instituciones encargadas de regular el funcionamiento del mercado es, en buena medida, el comportamiento de los agentes decisores que las integran. En este sentido, el diseño eficiente de organizaciones (y, por extensión, de instituciones) ha contemplado los conflictos de objetivos que tienen lugar en el ámbito de decisión interno y externo que delimita su campo de actuación.

Inicialmente, partiendo de la concepción contractual de las organizaciones (Alchian y Demsetz, 1972; Jensen y Meckling, 1976), la teoría económica acudió al enfoque de la «teoría de la agencia», según el cual estas relaciones contractuales tienen lugar en escenarios de información incompleta (básicamente explicados por la incertidumbre y la racionalidad limitada de los decisores), en los que además existe una distribución asimétrica de la información disponible, generalmente favorable al agente que debe ejecutar el contrato propuesto por el principal. Las posiciones ante el riesgo de ambos, en ocasiones también diferentes, conducen a una distribución de los incentivos entre principal y agente no compatible con el principio de eficiencia que conduce a la maximización del valor organizativo.

Aunque la teoría de la agencia ha sido, y es, de gran utilidad para comprender algunos aspectos de las relaciones que configuran la arquitectura interna de las organizaciones, como señalan Holmström y Milgrom (1991), en bastantes ocasiones se ha tratado de generalizarla para proponer reglas del diseño organizativo sin atender a otros rasgos importantes determinantes de la complejidad organizativa. La principal crítica fue adelantada en Grossman y Hart (1986) y acotada con precisión en Hart y Moore (1990), al identificar las limitaciones de la teoría de la agencia con la premisa bastante inverosímil de la contratación completa e integral. Es decir, bajo el supuesto de contratación completa se asume que es factible anticipar contractualmente todas y cada una de las contingencias a las que se enfrentan las organizaciones. Como señala Sappington (1991), bajo esta aproximación también se asume que los resultados son siempre observables, y además a un coste asumible.

Como aproximación alternativa, emerge con fuerza a comienzos de la década de los noventa la «teoría de los contratos incompletos». Como señala Hart (1993), los esquemas tradicionales de incentivos se comportan adecuadamente cuando el único problema de la relación contractual procede de considerar al agente averso hacia el esfuerzo con el que ha desempeñar su tarea. Sin embargo, estos esquemas de incentivos pierden eficacia cuando los directivos obtienen importantes rentas de control generadas por la capacidad de decidir en la gestión. Estas rentas de control pueden ser de muy diverso tipo (salarios, prestigio, carrera profesional y otras prebendas), y además no tienen por qué ser apropiadas en el corto plazo. Bajo estos condicionantes, establecer mecanismos de incentivos como los proporcionados por la teoría de la agencia exigiría pagos retributivos muy elevados. La alternativa que proporciona la teoría de los contratos incompletos es la de diseñar mecanismos «disuasorios» que eviten las anteriores limitaciones de esos esquemas de incentivos.

Dadas las características que presentan las instituciones que estudiamos, estamos de acuerdo con Laffont (2000) cuando sugiere la idoneidad de abordar el diseño institucional a partir de la aproximación de los contratos incompletos. Para delimitar su alcance, comenzaremos exponiendo los principales problemas de incentivos a los que se debe enfrentar el diseño institucional. En primer lugar, este diseño debe ofrecer respuestas que mitiguen los comportamientos colusivos que sin duda se producirán en el ámbito de actuación de estas instituciones. Los mecanismos utilizados deben introducir costes de disuasión para evitar acuerdos que perjudiquen a terceros afectados por las decisiones de la institución

(Laffont y Martimort, 1997, 1998; Tirole, 1992). En segundo lugar, el apoderamiento del poder de decisión de las instituciones por grupos de interés (*capture problems*) es otro problema a resolver por la arquitectura organizativa que se establezca para estas instituciones (Noll, 1989). La realidad muestra que su actuación en los mercados está sometida al juego de los grupos de presión, que sin duda tratarán de influir en sus decisiones tanto de regulación como de supervisión.

En tercer lugar, un buen funcionamiento de estas instituciones exige una efectiva separación de los poderes del Estado en relación con su actuación (Laffont, 2000, cap. 3). En concreto, el equilibrio entre el poder político y el control parlamentario debe ser trasladado a su marco estatutario. No se trata de dotarle de una independencia nominativa, sino de diseñar los incentivos adecuados para preservar de intereses ajenos su criterio de decisión. No obstante, esta independencia debe encontrar su contrapeso en la definición clara de un marco legal de rendición de cuentas y exigencia de responsabilidades por sus actuaciones. En cuarto lugar, no podemos soslayar que estamos ante instituciones de naturaleza burocrática en las que existe un debilitamiento de los incentivos que afecta a su organización interna, especialmente los asociados al comportamiento de sus empleados (Tirole, 1994). Se hace necesario, por tanto, incluir en la arquitectura organizativa de estas instituciones incentivos al desempeño, así como diseñar carreras profesionales compatibles con una gestión eficiente (Onrubia, 2005).

Por último, hay que destacar que el carácter político de la elección de los representantes de los ciudadanos, extensible a una bue-

na parte de los puestos de dirección de estas instituciones, impide que se den las circunstancias adecuadas para que los puestos de responsabilidad ejecutiva sean cubiertos bajo un estricto criterio de eficiencia. Esto es así por dos motivos: 1) la capacidad gerencial es uno más de los muchos elementos que condicionan el voto del elector, y 2) una buena gestión pública presenta las características de un bien público, lo que hace que los incentivos que tienen los ciudadanos a informarse sobre las cuestiones que atañen a esa gestión pública y sus responsables sean débiles.

El problema de la selección de los gestores en el sector público es realmente un problema de incentivos. En cualquier organización pública o privada la buena gestión es un atributo de costosa observación y de muy difícil verificación, de ahí que normalmente su evaluación se realice a través de los resultados alcanzados por la organización, los cuales, bajo información imperfecta, presentan importantes notas de aleatoriedad. Si tenemos en cuenta que en las organizaciones de una cierta dimensión y complejidad los objetivos de propietarios y gestores no suelen coincidir plenamente, esta asimetría de información condicionará el nivel de eficiencia alcanzado por la institución.

Concluimos este apartado destacando la importante distinción para el diseño institucional entre autoridad formal y real, propuesta por Aghion y Tirole (1997). En un marco de contratación incompleta, la autoridad formal se identifica con el derecho a decidir. Sin embargo, el control efectivo de las decisiones es el que determina el genuino ejercicio de autoridad real. Esta segunda es la verdaderamente relevante para garantizar la plena independencia de cualquier ins-

titución, incluidas, obviamente, las que son objeto de nuestra atención. En consecuencia, aproximar el poder de decisión formal con el real es un requisito indispensable para el correcto funcionamiento de estas instituciones.

IV. INSTITUCIONES ENCARGADAS DE FOMENTAR LA COMPETENCIA DEL MERCADO

La competencia, como principio rector de toda economía de mercado, representa un elemento consustancial al modelo de organización económica de nuestra sociedad, y constituye, en el plano de las libertades individuales, la primera y más importante forma en la que se manifiesta el ejercicio de la libertad de empresa.

En el caso español, la defensa de la competencia entronca directamente con el artículo 38 de la Constitución Española: «se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio, y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación». En consecuencia, el Parlamento español, a finales de la década de los ochenta —más de diez años después de ser aprobada la Constitución de 1978—, aprobó la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. Llama la atención este retraso en la puesta en marcha de la institución básica encargada de velar por el funcionamiento del mercado en régimen de competencia. No obstante, esta tardanza podría venir explicada por la preexistencia de un texto legal preconstitucional, la Ley 110/1963, de 20 de julio, de Represión de Prácticas Restrictivas de

la Competencia, aunque su aplicación a lo largo de más de veinticinco años mostró la insuficiencia de esta regulación.

Sin duda, un *shock* externo que impulsó el desarrollo de la institución encargada de la salvaguarda de la competencia fue nuestro ingreso en 1986 en la Comunidad Económica Europea. El capítulo I del título VI del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, regulador de las normas sobre competencia, establecía un catálogo completo de las prácticas consideradas como abusivas y, por tanto, restrictivas del libre mercado. La obligada aplicación de la normativa comunitaria por parte de los estados miembros actuó como acicate para que España adoptase en su normativa interna la legislación necesaria para asegurar el cumplimiento de las directivas europeas.

Además de regular los posibles supuestos vulneradores de la libre competencia —prácticas abusivas, acotación semántica de los casos lesivos de concentración económica y de ayudas públicas contrarias a la competencia— y sus correspondientes sanciones, la Ley 16/1989, en su título II, regulaba los órganos establecidos para la defensa de la competencia: el Tribunal de Defensa de la Competencia y el Servicio de Defensa de la Competencia.

El Tribunal de Defensa de la Competencia se configuraba como la principal institución encargada de asegurar la existencia de una competencia efectiva en los mercados, preservando las reglas que rigen su funcionamiento competitivo. Para llevar a cabo esta tarea, la Ley 16/1989 apelaba, en su artículo 20, a la plena independencia de este órgano en el desarrollo de sus funciones, aunque sorprendentemente establecía su adscripción orgánica al Mi-

nisterio de Economía y Hacienda por razón de las materias tratadas. Es evidente que la disquisición entre dependencia orgánica y funcional no resolvía el problema de dependencia efectiva de esta institución respecto del poder ejecutivo. Además, hay que tener en cuenta que el nombramiento tanto del presidente como del resto de vocales (ocho) estaba previsto que fuese realizado por el Gobierno a propuesta del ministro de Economía y Hacienda, lo que claramente aumentaba las dudas sobre la independencia funcional de esta institución.

En fecha reciente, esta normativa ha sido sustituida de forma integral por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Esta Ley ha introducido un cambio institucional que afecta a los órganos anteriormente mencionados. Así, la nueva Ley extingue en su Disposición Adicional sexta tanto el Tribunal de Defensa de la Competencia como el Servicio de Defensa de la Competencia, creados como hemos señalado por la Ley de 1989. En su lugar, el artículo 12 de la Ley 15/2007 crea la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, CNC). Su estructura es similar a la que mantenía el antiguo Tribunal de Defensa de la Competencia, con un órgano colegiado denominado ahora Consejo de la CNC, integrado por el presidente de la CNC y seis consejeros, uno de los cuales ostentará el cargo de vicepresidente. Además, en el artículo 20 de la Ley 15/2007 se constituye un órgano adicional denominado Dirección de Investigación, encargado de realizar la instrucción de expedientes de investigación. La reforma ha previsto que los nombramientos en vigor correspondientes al Presidente y los vocales del Tribunal de Defensa de la Competencia automáticamente sean trasladados a

la nueva institución hasta la expiración de su mandato, aunque sin posibilidad de prórroga. La reducción a seis consejeros, desde los ocho anteriores, está previsto que se realice de forma progresiva según vayan concluyendo su mandato los actuales miembros del Consejo. La duración de los nuevos mandatos, para todos los miembros del Consejo de la CNC, será de seis años, sin posibilidad de renovación.

Pese a estos cambios nominativos, esta reforma no parece avanzar un ápice en la consecución de una mayor independencia de esta institución. Más bien, la recientemente estrenada Ley 15/2007 corrobora la dependencia del gobierno de la nueva Comisión Nacional de Competencia. En concreto, se mantiene el principio por el que tanto el presidente como los consejeros (antiguos vocales) son nombrados por el Gobierno a propuesta del ministro de Economía y Hacienda. La inclusión del requisito de que estos nombramientos lo sean mediante Real Decreto, y previa audiencia de la Comisión de Economía del Congreso de los Diputados, no supone ningún cambio sustancial respecto de la situación actual. Es más, como establece el artículo 29.1 de esta Ley, la previa comparecencia ante esta Comisión parlamentaria deberá versar exclusivamente sobre la capacidad y conocimientos técnicos del candidato propuesto, lo que parece evitar el control de otras consideraciones, a nuestro juicio fundamentales para favorecer la independencia de esta institución, como es el caso de los posibles conflictos de intereses que afecten a los candidatos.

Además, como se reconoce en el artículo 60 de la nueva Ley, las decisiones de la CNC en materia de concentración de empresas estarán sometidas a la intervención del

Consejo de Ministros, quien por razones de «interés general» distintas de la defensa de la competencia podrá revocar las decisiones acordadas por el Consejo de la CNC. Es decir, desafortunadamente, esta potencial reforma reafirmaría la dependencia de esta institución respecto del poder ejecutivo.

La independencia de una institución como la encargada de velar por el correcto funcionamiento del libre mercado es deseable por varios motivos. En primer lugar, porque encontramos rasgos en sus funciones propios del diseño constitucional, ya que, como hemos visto en el apartado III, esta institución tiene como misión garantizar el cumplimiento por todos los agentes económicos de las «reglas del juego» que rigen el comportamiento competitivo del sistema de mercado. No olvidemos que nuestra Carta Magna encarga directamente a los poderes públicos que garanticen y protejan el ejercicio de la libre empresa y la defensa de su productividad. Este mandato creemos que sería suficiente para conferir una naturaleza constitucional a la institución que debe hacer esto realidad, incluida obviamente su regulación legal. Con las diferencias propias de su dependencia del poder legislativo, encontramos similitudes notables con el tratamiento constitucional dispensado al Tribunal de Cuentas. No olvidemos que la defensa de la libre empresa y de su productividad se encuentra recogida en el título I de la Constitución dedicado a los *Derechos y libertades*, y en concreto, en la sección segunda del capítulo II, *De los derechos y deberes de los ciudadanos*. A nuestro juicio, esto confiere a la competencia, en su condición de principio rector del sistema de mercado, la consideración de derecho fundamental y, por consiguiente, sería razonable otorgar una naturaleza constitu-

cional a las instituciones que deben asegurar su ejercicio.

Otro argumento que refuerza este carácter constitucional que acabamos de proponer tiene su origen en el papel que debe desempeñar esta institución para cumplir el mandato del artículo 38 de la Constitución: garantizar y proteger el ejercicio de la libertad de empresa, así como preservar la competencia, bases indispensables para hacer máxima la productividad de los recursos económicos. Precisamente, el papel encomendado consiste en el establecimiento e interpretación de las reglas que deben presidir el funcionamiento del sistema económico de mercado, lo que equivale en buena medida a complementar el papel del poder legislativo en esta materia. Esta circunstancia nos lleva a preguntarnos cuál debería ser la ubicación óptima de esta importantísima institución entre los distintos poderes del Estado democrático.

La dependencia actual del poder ejecutivo no parece ser la respuesta más adecuada, incluso podría llegar a ser totalmente inapropiada. La subordinación a las decisiones del ejecutivo sitúa a esta institución en difícil tesitura, al tener que actuar como juez en casos en los que la Administración pública aparece como parte interesada. Por ejemplo, en la liberalización del sector de hidrocarburos, el Estado, que mantenía el control sobre el antiguo monopolio del petróleo, procedió a repartir entre empresas privadas y privatizadas la fase de distribución al por menor, lo que supuso territorialmente una distribución no competitiva de las cuotas de mercado. El paso del tiempo ha permitido contrastar este hecho, ya que las prácticas de colusión en la fijación de precios parecen evidentes. Otro ejemplo lo encontramos en el funcionamiento de la

política de suelo edificable, cuyos efectos son ampliamente conocidos. El anterior Tribunal de Defensa de la Competencia (1993) reconocía que hacer depender de una decisión administrativa el carácter urbanizable del suelo suponía convertir a los ayuntamientos, y por extensión al resto de administraciones, en monopolistas de un factor productivo de primera importancia como el suelo. El efecto final en este caso ha sido la aparición de un impuesto implícito que opera sobre el mercado de vivienda en forma de un incremento de precios pagado por los adquirentes de inmuebles.

En todos estos casos, es obvio que la actuación del antiguo Tribunal de Defensa de la Competencia ha estado lejos de cumplir satisfactoriamente con las funciones encomendadas. La separación formal de la institución, tal y como se hacía en la Ley 16/89, en un órgano denominado Tribunal de Defensa de la Competencia y en el Servicio de Defensa de la Competencia, este último con adscripción orgánica en la estructura del Ministerio de Economía y Hacienda, no era más que un simple diseño formal en el que el derecho a decidir se mantenía en la esfera del poder ejecutivo, a través del ministro de Economía y Hacienda. A nuestro juicio, el cambio institucional de la nueva Ley recientemente aprobada no ha modificado esta dependencia, incluso si cabe, como hemos apuntado, ha reforzado el control del Ejecutivo.

Su posible ubicación en el ámbito del poder judicial vendría condicionada por el funcionamiento procesal de la Justicia. En el ámbito de los países anglosajones, los procesos judiciales gozan de una mayor flexibilidad —p.e., procesos de arbitraje entre partes o acuerdos tácticos entre fiscal y defensor para agilizar los trámites ju-

diciales (*plea bargaining*)—, lo que permite dar respuestas efectivas en casos de conflicto con reducidos costes de transacción, tanto para la Administración como para los ciudadanos. En cambio, en los países con influencia jurídica latina, el poder judicial suele actuar con procedimientos que dejan poco margen para la negociación, incluso para dar respuestas arbitrales, instrumentos deseables a la hora de llevar a cabo las actuaciones necesarias para el fomento de la competencia. En consecuencia, a nuestro juicio, esta adscripción tampoco parece adecuada para nuestro país, aunque pudiera resolver el problema de dependencia del poder ejecutivo.

La tercera alternativa es ubicar esta institución en la esfera del poder legislativo. Un argumento favorable a esta adscripción puede encontrarse en la naturaleza constitucional a la que antes nos hemos referido. En este sentido, esta dependencia podría mostrarse como más adecuada, al reflejar el Parlamento el espectro global de posiciones ideológicas del país, de acuerdo con las reglas del sistema electoral. Además, el propio funcionamiento del Parlamento promueve la transparencia, valor esencial para la institución encargada de introducir confianza y credibilidad en los mercados.

Debe tenerse en cuenta, no obstante, que la simple adscripción de la institución al Parlamento no garantiza *per se* el éxito respecto de su compromiso con las funciones encomendadas. En este caso, el diseño institucional debe proporcionar los incentivos suficientes para hacer creíbles estos compromisos, sin olvidar que el comportamiento de una organización es el resultado de las decisiones individuales de sus gestores y empleados. Por este motivo, es fundamental prestar especial

atención a las reglas de selección de sus miembros, tanto para los directivos como para aquellos que han de ocupar los puestos técnicos. Criterios como la capacitación profesional, el perfil ético-deontológico y la ausencia de intereses directos o indirectos en relación con el ámbito de decisión de la institución deben guiar todos los nombramientos. Esto supone descartar a aquellos candidatos cuyas trayectorias profesionales, por muy meritorias que sean, puedan condicionar en cualquier momento la credibilidad de la institución. Para resolver satisfactoriamente este problema de selección, la transparencia emerge de nuevo como un valor que debe presidir el proceso. Como hemos dicho, la actuación del Parlamento facilita su consecución proporcionando información relevante, en la medida en que la confrontación entre partidos políticos genera una supervisión horizontal de los gobiernos que puede mejorar la exigencia de responsabilidades de los cargos elegidos (Persson, Roland y Tabellini, 1997).

La exigencia de mayorías cualificadas en los nombramientos, el establecimiento de períodos de duración del mandato de los directivos de los consejos de gobierno, así como las reglas para su renovación, son también elementos del diseño institucional a los que es imprescindible dar soluciones adecuadas, compatibles con las exigencias de independencia y eficacia requeridas.

V. INSTITUCIONES REGULADORAS DE MERCADOS LIBERALIZADOS

Como hemos visto en el apartado anterior, las funciones de defensa de la competencia se relacionan con el comportamiento de

los mercados en genérico. Sin embargo, existen diversos mercados con peculiaridades suficientes como para necesitar una respuesta institucional específica. Posiblemente, el caso más relevante lo constituyen aquellos mercados que hasta fechas recientes han funcionado bajo patrones no competitivos, con presencia mayoritaria de empresas participadas por el sector público.

Estos sectores experimentaron, desde la década de los ochenta, fuertes procesos de privatización (Meggison y Netter, 2001). En la mayoría de los casos, se trataba de sectores vinculados con la producción, comercialización y distribución de bienes y servicios energéticos y de telecomunicaciones. Como es bien sabido, se trata de mercados con importantes costes fijos y, por tanto, con elevadísimos costes de entrada, lo que supone de facto situaciones de monopolio natural. Junto al predominio de empresas públicas, estos sectores también destacaban por el elevado grado de regulación pública al que estaban sometidos. En consecuencia, los procesos de liberalización exigían también, además de la privatización de empresas, la desregulación de los mercados nacidos con un claro espíritu monopolístico.

Como la experiencia ha demostrado, el simple abandono de estos sectores por la participación del capital público no asegura el tránsito hacia la competencia, ya que los rasgos definitorios del monopolio natural permanecen. En consecuencia, se hacía necesario el surgimiento de una nueva regulación, así como de las instituciones necesarias para garantizar su adecuada aplicación. Como señalan Orr y Lefebvre (1993), se trata de transitar desde un monopolio regulado hasta la libre competencia, aunque en el tra-

yecto aparece una etapa inevitable de «competencia regulada», cuya duración depende en gran medida de las cautelas del regulador. En el caso del sector de las telecomunicaciones, como señalan Bergman *et al.* (1998), a finales de los años noventa en Europa aún estaríamos en esta fase intermedia, si bien algunos servicios tecnológicamente más desarrollados ya estarían operando cerca de la plena competencia.

La creación de un escenario de competencia en mercados con una fuerte complejidad, por las características apuntadas, hace necesaria la creación de instituciones que velen por el funcionamiento competitivo de las empresas y resuelvan los potenciales conflictos que surjan en el mercado. Además, no debemos olvidar que también es necesario cubrir la faceta reguladora, esencial, como hemos apuntado, en mercados en los que sus propias características inducen comportamientos no competitivos.

1. Instituciones en los mercados liberalizados de la energía

El mercado de la energía es, en realidad, un conjunto de mercados con peculiaridades importantes en cada caso, lo que les confiere una sustantividad propia. A grandes rasgos, un análisis riguroso obliga al menos a diferenciar el mercado de energía eléctrica, el mercado de hidrocarburos, e incluso podríamos desgajar de éste el mercado del gas. Desde la década de los ochenta, ha tenido lugar una liberalización de todos estos mercados, en línea con lo sucedido en los países desarrollados, abor-dándose tanto la privatización de las empresas participadas por el Estado como el establecimiento

de un nuevo marco regulatorio, en línea con las exigencias de funcionamiento competitivo impulsadas, en buena medida, por la Unión Europea.

La incorporación de España a la Comunidad Económica Europea en 1986 supuso el desmantelamiento del monopolio de petróleos establecido desde 1927, que comprendía la totalidad del ciclo del negocio de hidrocarburos (importación, manipulación industrial, almacenaje, distribución y venta de los combustibles minerales líquidos y sus derivados), con la única excepción de las actividades relacionadas con la investigación y exploración, que podían ser desarrolladas mediante concesión del Gobierno. Aunque, en sus orígenes, la empresa creada para gestionar este monopolio, CAMPSA, fue una empresa con participación pública minoritaria, en 1977 el Estado alcanzó un porcentaje del capital por encima del 50 por 100. No obstante, no fue hasta 1992 cuando la Ley 34/1992, de Ordenación del Sector Petrolero, extinguió efectivamente el antiguo Monopolio del Petróleo, liberalizando todas las actividades relacionadas con los productos petrolíferos, incluidas las de transporte y almacenamiento. De acuerdo con esta Ley, se optó por un sistema de segregación de los activos de CAMPSA a favor de las empresas de refino (REPSOL, PETRONOR, CEPESA y BP), creándose en 1993 la Compañía Logística de Hidrocarburos (CLH) para prestar todos los servicios logísticos de almacenamiento, transporte y distribución. No obstante, no fue hasta 1996, cuando el Real Decreto-Ley 7/1996 estableció, con el objetivo de garantizar la libre competencia en el mercado de hidrocarburos, el libre acceso a sus servicios en condiciones no discriminatorias, transparentes y objetivas. Además, se obligaba a CLH a someter al control del Ministe-

rio de Industria, Comercio y Turismo todos los contratos suscritos con los operadores a los que prestaba servicio logístico, así como a comunicar sus tarifas de precios para su aprobación. Más tarde, en el año 2000, se fijó por Real Decreto una participación máxima del 25 por 100 en su capital para las empresas accionistas, limitando a su vez la participación global de las empresas de refino en un 45 por 100.

Por lo que respecta al sector eléctrico, las reformas liberalizadoras en España fueron motivadas por factores económicos, técnicos y políticos, como señala Fernández (2003). Entre los primeros, destaca el aumento del tamaño de los mercados como consecuencia de la globalización de los productos energéticos y el desarrollo de la capacidad de interconexión de los sistemas eléctricos y de gas. En la segunda categoría aparecería la disminución del tamaño mínimo eficiente exigido a las empresas generadoras, además de la reducción del coste de medida y control como consecuencia del desarrollo tecnológico, lo que a su vez permitió el suministro descentralizado. Como factor político destaca la preeminencia de la eficiencia económica como valor de referencia en la actuación de los gobiernos en los mercados energéticos, en gran medida inducida por la posición de la Unión Europea.

Puede decirse que España afrontó la introducción de competencia en el sector eléctrico al iniciarse la década de los años noventa, si bien es cierto que en la década de los años ochenta ya se habían acometido algunos cambios importantes como la separación entre la producción y la red de distribución. La introducción de competencia en el sector eléctrico hizo necesaria la creación de

nuevas figuras que no existían hasta el momento. Por un lado, se definieron los «operadores del mercado», encargados de organizar el mercado, incluida la oferta de productos derivados. Sus funciones son las propias de un gestor de mercados a corto plazo (*spot*) que subasta el derecho de generación o consumo de energía generalmente a un día (1). Por otro, se crea la figura del «operador del sistema», encargado de hacer funcionar el sistema eléctrico de forma compatible con la distribución de actividad asignada en el mercado, garantizando la continuidad y seguridad del suministro eléctrico, y la correcta coordinación entre la producción y el transporte. En España, el operador del sistema es Red Eléctrica de España (REE), empresa creada *ex profeso* por la Ley del Sector Eléctrico de 1984.

La Comisión Nacional de la Energía (en adelante, CNE) es la institución encargada de la regulación de los mercados energéticos en España, lo que incluye el mercado eléctrico, así como los mercados de hidrocarburos, tanto líquidos como gaseosos. Fue creada por la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, aunque llama la atención el que lo fuera en una disposición adicional, la undécima. La creación de esta institución reguladora supuso la eliminación de la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico creada con anterioridad. En la creación de esta institución fue determinante la aprobación de la Directiva 96/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre, sobre normas comunes para el mercado interior de electricidad. Este mandato comunitario introducía las exigencias mínimas necesarias que debían cumplirse para alcanzar un verdadero mercado único europeo de la electricidad.

Como función principal, la CNE debe encargarse de la regulación de los sistemas energéticos, velando también por la competencia efectiva de los mercados correspondientes. Para la consecución de este objetivo, la normativa de creación de esta institución hacía referencia explícita al fomento de valores como la transparencia y la objetividad.

La CNE está adscrita al Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, quien ejercerá el control sobre su gestión. En cuanto a su estructura organizativa, la CNE está regida por un Consejo de Administración, compuesto por su presidente y ocho vocales, además de un secretario con voz pero sin voto. También se reconoce en la norma de creación el derecho del ministro de Industria, Comercio y Turismo a participar directamente o por delegación en las reuniones de este Consejo, aunque sin voto. Tanto el presidente como los vocales son nombrados por el Gobierno, mediante Real Decreto, a propuesta de este ministro, por un mandato de seis años, renovables por un período adicional. Los miembros podrán cesar a petición propia, previa aceptación por el Gobierno, o ser separados de su cargo por instrucción de expediente de incapacidad que debe aprobar el Gobierno. La norma establece que la selección de candidatos deberá hacerse entre profesionales de prestigio especialistas en este sector. Los miembros de este Consejo de Administración estarán sometidos al mismo régimen de incompatibilidades establecido para los altos cargos de la Administración.

En el diseño organizativo de la CNE se incluye la constitución de dos consejos consultivos, como órganos de asesoramiento, uno de Electricidad y otro de Hidrocarburos. El primero está integrado por un número máximo de 36 miem-

bros, elegidos entre altos funcionarios del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, del Consejo de Energía Nuclear, así como representantes de las comunidades autónomas, de las empresas eléctricas y de organizaciones de consumidores y usuarios, y otros agentes sociales. El segundo posee una composición análoga al primero, con un número máximo de 37 representantes, con la diferencia de que, en este caso, los representantes del sector proceden de las empresas de hidrocarburos. Estos consejos consultivos tienen como misión emitir informes preceptivos y asesorar a la CNE en aquellas actuaciones que así lo requiera.

Las funciones concretas que la Ley 34/1998 otorga a la CNE son las siguientes:

- Actuar como órgano consultivo para la Administración del Estado en materia energética.

- Participar en el proceso de elaboración de disposiciones legales y reglamentarias que afecten a los mercados energéticos.

- Participar en la planificación energética del país, elaborando los informes pertinentes.

- Participar en la fijación de tarifas, peajes, y retribución de las actividades energéticas.

- Emitir informes en los expedientes de autorización de nuevas instalaciones energéticas, cuando esta decisión dependa de la Administración del Estado, así como aquellos solicitados por las comunidades autónomas (CC.AA.) en ejercicio de sus competencias.

- Dictar las circulares de desarrollo de las órdenes del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo correspondientes a la aplicación de la normativa del sector energético.

- Realizar las inspecciones pertinentes encargadas por la Administración del Estado o por las CC.AA., de acuerdo con su distribución de competencias en estas materias.

- Actuar como órgano arbitral en los conflictos que se puedan generar entre los agentes tanto del sector eléctrico como del de hidrocarburos.

- Determinar los responsables de las deficiencias en el suministro de energía, fijando, en su caso, las cuantías de las indemnizaciones a que éstas dieran lugar.

- Acordar la iniciación de expedientes sancionadores y su instrucción, en aquellos casos en los que la competencia esté atribuida a la Administración del Estado.

- Velar para que los agentes que actúan en los mercados energéticos desarrollen su actividad con respeto a los principios de libre competencia. A estos efectos, cuando la CNE detecte, por motivo de su actividad, la existencia de prácticas restrictivas de la competencia, la Ley dispone la obligación de comunicar éstas al Servicio de Defensa de la Competencia, aportando toda la información relevante.

- Resolver los conflictos planteados en relación con el acceso a las redes de transporte y distribución.

- Autorizar la participación de sociedades que desarrollan actividades sometidas a regulación, pudiéndose denegar ésta como consecuencia de la existencia de riesgos significativos o efectos negativos directos o indirectos sobre las actividades reguladas.

- Emitir informes preceptivos sobre las operaciones de con-

centración de empresas, así como en el caso de tomas de control de una o varias empresas energéticas por otra que realice actividades en el mismo sector, en aquellos casos en los que la legislación sobre competencia habilite al Gobierno para decidir a este respecto.

En relación con el sector eléctrico, la Ley asigna otras dos funciones específicas a la CNE:

— Realizar la liquidación de los costes de transporte y distribución de la energía eléctrica, así como de los costes permanentes del sistema o cualquier otro coste que pudiera surgir. En este sentido, la CNE deberá informar semestralmente al Ministerio de Industria, Comercio y Turismo sobre la liquidación de la energía que lleve a cabo el operador del mercado en colaboración con el operador del sistema.

— Resolver los conflictos que le sean planteados en relación con la gestión económica y técnica, tanto del sistema como del transporte.

Igualmente, para el sector gaseista, la Ley reconoce a la CNE otras dos funciones específicas:

— Efectuar la liquidación de los ingresos obtenidos por tarifas y peajes derivados del uso de las instalaciones de la red básica, transporte secundario y distribución.

— Resolver los conflictos que le sean planteados en relación con la gestión técnica del sistema de gas natural.

La CNE viene obligada por esta Ley a emitir un informe anual sobre su actividad, que remitirá al Gobierno para su posterior remisión a las Cortes Generales.

2. Instituciones en el mercado liberalizado de telecomunicaciones

Una cuestión crucial en la creación de mercados competitivos en el terreno de las telecomunicaciones radica en la capacidad efectiva de compromiso que posean las entidades reguladoras para hacer cumplir en el tiempo las condiciones y reglas de comportamiento exigidas a los agentes operadores (Levy y Spiller, 1996). El compromiso debe abarcar todos los aspectos que condicionan la competencia real en estos mercados, como las obligaciones de inversión tecnológica, la cesión de información sobre los usuarios, las condiciones de acceso a los servicios y, en aquellos casos en los que exista una transición hacia un sistema de precios libres, el respeto a las tarifas establecidas. Independientemente de si estas condiciones son impuestas unilateralmente o son el resultado de acuerdos alcanzados entre la autoridad reguladora y los operadores, respetarlas a lo largo del tiempo es esencial para disciplinar las prácticas competitivas. Por el contrario, un escenario con continuas modificaciones de las reglas supone una merma considerable de credibilidad para la institución reguladora, lo que a su vez estimula los comportamientos abusivos tanto de las empresas ya consolidadas como de aquellas de nueva incorporación. En relación con las prácticas contrarias a la competencia, no hay que olvidar la importante complejidad informativa generada por los continuos cambios tecnológicos a los que están sometidos estos mercados, lo que hace más necesario aún si cabe contar con una institución reguladora fuerte y a la vez flexible para incorporar con rapidez a sus patrones de actuación todos estos cambios.

La estructura de red y la interconexión son dos rasgos característicos de la competencia en los mercados de telecomunicaciones. De hecho, como señalan Laffont y Tirole (2000), los avances tecnológicos experimentados tanto en la telefonía como en la transmisión de datos cuestionan cada vez más la consideración del mercado de las telecomunicaciones como un monopolio natural, al menos en el sentido tradicional ligado a las barreras de acceso por altos costes de inversión. No obstante, las condiciones de competencia van unidas, en buena medida, a la tecnología empleada, por lo que cabe diferenciar mercados para las comunicaciones de larga distancia y las locales, incluso en aquellas comunicaciones basadas en tecnologías no estrictamente ligadas a la comunicación tradicional como el cable o Internet. Todo ello, condiciona, como hemos dicho, la actuación de la institución reguladora, que debe enfrentarse a continuos cambios en las estrategias empresariales.

En España, el órgano regulador del mercado de las telecomunicaciones es la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), creada por el Real-Decreto Ley 6/1996, como consecuencia del proceso de liberalización puesto en marcha a mediados de la década de los noventa. Entre sus principales cometidos, la CMT tiene atribuida la potestad de la concesión de licencias a los operadores, el control del funcionamiento competitivo del mercado, así como garantizar el cumplimiento de las reglas de interconexión de red y la aplicación de precios en el sector. El Real Decreto-Ley de creación fue convalidado por la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, que amplió sus funciones y estableció su estructura y órganos de gobierno.

El panorama regulador español del mercado de las telecomunicaciones se ha visto influido en gran medida por el nuevo marco regulador armonizado de libre competencia aprobado por la Unión Europea en marzo de 2002. Consecuentemente, en 2003 se aprobó la Ley General de las Telecomunicaciones, 32/2003, de 3 de noviembre, que sustituía a la anterior del año 1998, así como un Reglamento de Mercados en diciembre de 2004 y un Reglamento para el Servicio Universal en abril de 2005. Como consecuencia de estos cambios, la citada Ley 12/1997 fue derogada, y las competencias y estructura organizativa de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones pasaron a ser reguladas en el artículo 48 de la Ley 32/2003.

Como funciones principales, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tiene atribuidas las correspondientes al establecimiento y la supervisión de las obligaciones específicas que han de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones, el fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales, la resolución de los conflictos que puedan surgir entre operadores y, en su caso, ejercer como órgano arbitral de estas controversias. Además, el precepto incluye un catálogo de funciones concretas de las que debe encargarse esta institución, de acuerdo con las materias reguladas en la Ley 32/2003:

— Actuar como órgano de arbitraje de los conflictos que puedan surgir entre los operadores del sector de las comunicaciones electrónicas, y en aquellos otros casos reglados en los que las partes estén de acuerdo. En relación con esta función arbitral, la normativa aclara que en ningún caso ésta tendrá carácter público, de-

biéndose ajustar a los principios de audiencia, libertad de prueba, contradicción e igualdad, y será indisponible para las partes.

— Asignar la numeración a los operadores, en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias, de acuerdo con lo que reglamentariamente se determine. Además, se establece que la CMT debe velar por la correcta utilización de los recursos públicos de numeración asignados, autorizando, en su caso, su transmisión.

— Ejercer las funciones que, en relación con el servicio universal y su financiación, le encomienda la Ley. En este sentido, el artículo 22 de la Ley General de Telecomunicaciones establece la obligación de garantizar para este «servicio universal» los siguientes requisitos: que todos los usuarios finales puedan obtener una conexión a la red telefónica desde una ubicación fija y con acceso a la prestación del servicio telefónico, de fax y de acceso a internet; la disposición para todos los abonados al servicio telefónico de una guía general con los números actualizada anualmente, así como servicios de consulta; una oferta suficiente de teléfonos públicos de pago; la oferta de tarifas o paquetes que faciliten el acceso al servicio telefónico de las personas con necesidades sociales especiales, así como, en general, opciones tarifarias especiales o limitaciones de precios en condiciones transparentes, públicas y no discriminatorias. En cuanto a la financiación, el artículo 24 de la Ley dispone que la CMT debe determinar cuándo la obligación de prestación del «servicio universal» puede implicar una carga injustificada para los operadores obligados a prestarlo, así como cuantificar el coste neto en el que se estuviera incurriendo por esta prestación. Este coste neto de la obligación de prestación deberá

ser financiado por todas o determinadas categorías de operadores mediante la aplicación de un mecanismo de compensación, en condiciones de transparencia, y de acuerdo con la distribución de cuotas que fije la CMT.

— Resolver los conflictos suscitados entre los operadores en materia de acceso e interconexión de redes, en materias relacionadas con las guías telefónicas, en relación con la financiación del servicio universal y el uso compartido de infraestructuras. Asimismo, ejercerá las restantes competencias que en materia de interconexión se le atribuyen en esta Ley. Según se establece en la Ley, las decisiones que se dicten de acuerdo con esta competencia tendrán siempre carácter vinculante para las partes.

— Adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta del servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por los operadores, la interconexión de las redes y la explotación de red en condiciones de red abierta, y la política de precios y comercialización por los prestadores de los servicios. Para poder ejercer estas tareas, la Ley otorga competencias a la CMT para: dictar instrucciones vinculantes dirigidas a los operadores que actúen en el sector de comunicaciones electrónicas; informar al Servicio de Defensa de la Competencia de los actos, acuerdos, prácticas o conductas contrarias a la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, que pudiera conocer en el ejercicio de sus atribuciones; ejercer la competencia de la Administración General de Estado para interpretar la información que están obligados a suministrar los operadores en el ejercicio de la protección de la libre competencia en el mercado de las comunicaciones electrónicas.

— Emitir, de forma preceptiva, informe en los procedimientos iniciados para la autorización de las operaciones de concentración de operadores o de toma de control de uno o varios operadores cuando dichas operaciones hayan de ser sometidas al Gobierno para su decisión, de acuerdo con la legislación vigente en materia de defensa de la competencia.

— Definir los mercados de referencia —para cada categoría de red o servicios, al por mayor y al por menor, según su ámbito geográfico— con el propósito de evaluar si éstos funcionan en un entorno de competencia efectiva. Además, en aquellos casos en que la CMT detecte que uno o varios operadores en conjunto poseen un poder significativo, o que el mercado no tiene suficiente grado de competencia efectiva, esta institución podrá imponer, mantener o modificar las obligaciones específicas a cumplir por los operadores.

— Asesorar al Gobierno y al Ministro de Ciencia y Tecnología, a solicitud de éstos o por propia iniciativa, en los asuntos concernientes al desarrollo libre y competitivo del mercado y a la regulación de las comunicaciones.

— Ejercer las funciones inspectoras en aquellos asuntos sobre los que tenga atribuida la potestad sancionadora, así como la denuncia ante la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones en aquellos casos en los que no tenga potestad sancionadora.

— Llevar el Registro de Operadores, en el que deben inscribirse todos aquellos operadores cuya actividad quede regulada por la Ley General de Telecomunicaciones.

Hay que destacar que la normativa legal que regula la actua-

ción de la CMT confiere a esta institución un carácter de órgano administrativo, en la medida en que considera que las disposiciones y resoluciones dictadas por ella en el ejercicio de sus funciones públicas pondrán fin a la vía administrativa y serán recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa. En el caso de las intervenciones de carácter arbitral, su aplicación y efectos quedan sometidos a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

En relación con el desarrollo de estas funciones, la Ley obliga a la CMT a elaborar un informe anual sobre el desarrollo del mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, que deberá remitir al Gobierno para su posterior envío a las Cortes Generales. En concreto, en este informe se han de reflejar las actuaciones de la Comisión, sus observaciones y sugerencias sobre la evolución del mercado, el cumplimiento de las condiciones de la libre competencia, así como las medidas adoptadas para corregir las deficiencias advertidas y para facilitar el desarrollo de las telecomunicaciones.

Por lo que respecta a la arquitectura organizativa de esta institución reguladora, la normativa establece que la CMT estará regida por un Consejo, órgano al que corresponde en exclusiva el ejercicio de la totalidad de funciones que acabamos de enunciar. Este Consejo está integrado por su presidente, vicepresidente y siete consejeros, puestos que serán renovados cada seis años, aunque los inicialmente elegidos podrán ser reelegidos por otro período. Por lo que respecta al régimen de incompatibilidades, la normativa establece la sujeción al régimen general de los altos cargos de la Administración, sin establecer ninguna condición añadida.

En cuanto al nombramiento de sus miembros, la Ley 32/2003 establece que será competencia del Gobierno, a propuesta conjunta de los ministros de Ciencia y Tecnología (competencias asumidas actualmente por el de Industria, Turismo y Comercio) y de Economía (actualmente de Economía y Hacienda), debiendo ser seleccionados entre personas de reconocida competencia profesional relacionada con el sector de las telecomunicaciones y la regulación de los mercados. También se establece que, previamente a su nombramiento, los responsables de ambos ministerios habrán de comparecer ante la Comisión competente del Congreso de los Diputados para informar sobre las personas propuestas. El mandato de los miembros de la CMT expirará al final del período para el que fueron nombrados, si bien éste puede ser menor ante el supuesto de renuncia aceptada por el Gobierno, o como consecuencia de la separación del puesto acordada por el Gobierno, previa instrucción de expediente por incapacidad permanente para el ejercicio del cargo, incumplimiento grave de sus obligaciones, condena por delito doloso o incompatibilidad sobrevenida.

3. Evaluación del actual marco institucional de la Comisión Nacional de la Energía y de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

¿Qué evaluación podemos hacer del actual diseño institucional de la CNE y de la CMT? En nuestra opinión, para responder a esta cuestión primeramente habría que atender a la naturaleza de las funciones encomendadas a estas instituciones. Por un lado, encontramos en ambos casos tareas propias de un organismo que debe regular un mercado en proceso de li-

beralización, destacando además, en el caso de la CMT, la alta complejidad tecnológica que caracteriza el mercado actual de las telecomunicaciones: concesión de licencias a los operadores, política tarifaria, establecimiento de condiciones de inversión tecnológica, introducción de nuevas tecnologías y explotación de los servicios ofrecidos. Por otro lado, como hemos visto, la normativa vigente atribuye a estas dos instituciones funciones de salvaguarda de la competencia en sus respectivos sectores, dotándoles de instrumentos de control administrativo, incluidas las potestades sancionadoras y el poder de arbitraje de conflictos entre operadores.

El primer grupo de funciones se encuadra dentro de las capacidades reguladoras conferidas a los gobiernos en relación con aquellos mercados en los que la libre actuación de los agentes económicos no permite per se su funcionamiento competitivo. Por tanto, parece razonable, como sucede en la mayor parte de los países desarrollados, que estas funciones dependan en última instancia del poder ejecutivo. No obstante, la necesaria independencia del regulador en el ejercicio de sus funciones frente a los operadores y a los usuarios exige dotar a estos órganos reguladores de los mecanismos de control adecuados, asegurándose su funcionamiento bajo el principio de transparencia. Por ello, el actual sometimiento de su actuación al control parlamentario nos parece adecuado, si bien sería conveniente la exigencia de requisitos más estrictos respecto de la independencia de sus miembros. La exigencia de una mayoría calificada para los nombramientos podría ser una opción para reforzar esta independencia.

Respecto del segundo grupo de atribuciones, vinculadas al fun-

cionamiento competitivo de estos mercados, nuestra opinión es que, por su propia naturaleza, no deberían depender de los gobiernos. Los argumentos anteriormente expuestos en relación con las instituciones de defensa de la competencia son aplicables también para estos mercados liberalizados, aún más si cabe por tratarse de antiguos monopolios estatales cuya privatización dio lugar al mantenimiento de prerrogativas para algunas de las actuales empresas operadoras. La dependencia del Parlamento, como se argumentó, se convierte en la alternativa idónea para mitigar los esperables problemas de sometimiento del regulador por las empresas operadoras o grupos de interés.

Defendida esta separación y la adscripción parlamentaria de las funciones de defensa de la competencia en estos mercados regulados, cabe ahora preguntarse si sería necesario contar con instituciones diferenciadas de la propia Comisión Nacional de la Competencia. A nuestro juicio, la respuesta debería ser negativa por razones de eficiencia organizativa. Si bien es cierto que existe una indiscutible ventaja informativa a favor del regulador por su especial conocimiento del sector, al separar las funciones reguladoras de las de competencia, con una adscripción diferenciada entre poderes, el ejercicio de estas últimas puede ser desempeñado por la institución encargada genéricamente de su defensa. Una correcta coordinación entre el regulador y estas instituciones, con los incentivos oportunos para favorecer la revelación de información, se erige como la solución más adecuada. La especialización por áreas dentro de la Comisión Nacional de la Competencia complementaría este uso eficiente de la información, con

una considerable reducción en los costes de transacción, especialmente en aquellos de naturaleza informativa.

VI. SECTOR FINANCIERO Y COMPETENCIA DEL MERCADO

Además de la emisión de moneda y la gestión de la política monetaria del área económica de influencia, el resto de funciones que tienen encomendadas los bancos centrales son de vital importancia para conseguir un correcto funcionamiento de la economía en general. El amplio espectro de estas otras funciones abarca la elaboración de información estadística y económica, la prestación de servicios de tesorería y la promoción de la estabilidad, el buen funcionamiento y la solvencia del sistema financiero. En este último ámbito es donde se encuadra la supervisión prudencial del sistema bancario. En este sentido, como reconoce Poveda (2006), en la década de los ochenta cristalizó un paradigma según el cual la actividad bancaria sólo podía ser ejercida por entidades autorizadas por el poder público, las cuales, además, debían someterse a un conjunto de reglas únicas de comportamiento financiero con el objetivo principal de preservar su solvencia, respetando los principios de la economía de mercado. Verificar el cumplimiento de estas reglas exige, necesariamente, la supervisión y vigilancia por parte de algún tipo de autoridad pública. Estas competencias supervisoras han sido tradicionalmente encomendadas a los bancos centrales.

Desde un punto de vista institucional, la independencia de los bancos centrales en relación con el ejercicio de sus funciones ha sido quizás uno de los temas más intensamente estudiados en la dé-

cada pasada (2). Tradicionalmente, esta independencia ha estado centrada en los aspectos vinculados a la planificación y gestión de la política monetaria, pero sin duda es también extensible a las funciones de supervisión comentadas.

Básicamente, por supervisión bancaria entendemos el conjunto de reglas que deben ser cumplidas inexorablemente por el negocio bancario con objeto de salvaguardar su solvencia y evitar así la asunción de riesgos financieros innecesarios que podrían poner en peligro la viabilidad del sistema económico (3). Aquí, como en las otras instituciones estudiadas, el simple reconocimiento formal de su independencia, aunque necesario, no es suficiente para asegurar un poder de decisión realmente independiente. Como hemos visto en el apartado III, garantizar una plena independencia depende esencialmente del diseño institucional adoptado, que debe preservar la capacidad de decidir libremente, sin influencias, de las personas que, en última instancia, son responsables de su actuación.

No obstante, en el seno de la Unión Europea, el principio de independencia del banco central tiene un carácter cuasiconstitucional. El artículo 108 del Tratado de la Unión dispone que «... ni el Banco Central Europeo ni ninguno de los bancos centrales nacionales de los países miembros... buscará ni aceptará instrucciones de otras instituciones u organismos de la Comunidad, de ningún gobierno de un Estado miembro o de cualquier otro organismo». La normativa del Tratado todavía va más allá en la salvaguarda de la independencia de los bancos centrales, al establecer sin ambages obligaciones a las autoridades políticas. En concreto, en este mismo artículo se dice expresamente que «las instituciones, organismos comunita-

rios y los gobiernos de los estados miembros se comprometen a respetar este principio [de independencia] y a no influir en los miembros de los órganos encargados de la toma de decisiones tanto del Banco Central Europeo como de los bancos centrales nacionales en el desarrollo de sus funciones».

En noviembre de 1995, el Instituto Monetario Europeo publicó una lista de requisitos para asegurar la independencia de los bancos centrales. Ese documento inicial y sus modificaciones posteriores distinguían cuatro categorías de independencia: funcional, institucional, personal y financiera. La primera se refiere a la capacidad de los bancos centrales para utilizar los instrumentos que considere necesarios y oportunos para alcanzar su objetivo primario, que no es otro que el de la consecución de la estabilidad de precios. Por su parte, la independencia institucional hace referencia a la posibilidad de constituirse como un organismo con sus propias reglas de funcionamiento, su propio presupuesto y su propia estructura orgánica. La independencia personal quizás sea una de las facetas más sutiles y relevantes, pues se refiere a los procedimientos de nombramiento y destitución del gobernador y del resto de miembros de los órganos con capacidad de decisión. El hecho de que estas personas sean nombradas por la autoridad política no significa que no haya criterios y procedimientos que ayuden a hacer efectiva la independencia de la institución en la que deben prestar sus servicios. En este particular, como reconocía recientemente el Consejero Ejecutivo del Banco Central Europeo, Lorenzo Bini (2007), existen cuatro aspectos en relación con la independencia personal que merecen especial atención:

— la duración del mandato,

— la competencia profesional de los candidatos,

— la afiliación política de los candidatos,

— la toma de decisiones colegiadas.

Respecto a la duración del mandato, se aconseja un período relativamente largo (de cinco a ocho años), durante el cual, además, se proteja a los candidatos elegidos de destituciones arbitrarias. En este sentido, los miembros elegidos cesarían en sus puestos sólo en el caso de que dejasen de cumplir, de modo manifiesto y probado, las condiciones del puesto para el que fueron nombrados o, en su caso, tras ser declarados culpables de malas prácticas profesionales. No obstante, esta sobreprotección debería dejar abierta la puerta para acudir a las altas instancias de la justicia con objeto de prevenir abusos de este precepto. Asimismo, es necesario contar con mecanismos legales que aseguren el cumplimiento íntegro del período de mandato, de manera que se eviten posibles estrategias basadas en cambios legales para forzar destituciones encubiertas. Un ejemplo de este comportamiento bien podría ser la adopción de un cambio estatutario que incluyese una modificación en la duración del mandato o en los requisitos de selección. Otra forma de eludir el período mínimo de mandato consiste en no reconocer la misma inmunidad que al gobernador al resto de miembros de los órganos de gobierno de la institución, especialmente cuando muchas de las decisiones de los bancos centrales son tomadas de modo colegiado. Es decir, otra forma de poner en peligro la independencia personal del banco central es no reconocer el mismo grado de inamovilidad en el puesto que al gobernador al resto de miembros del consejo de la institución.

En relación con la competencia profesional de los individuos seleccionados para desarrollar las tareas directivas del banco central, debe tenerse en cuenta que, además de ser un requisito consustancial al nombramiento, éste debe ser también un requisito formal. El motivo es que no es suficiente con que los individuos nombrados tengan capacidad profesional, sino que, además, esta capacitación técnica debe ser percibida por el público en general como tal. Esta percepción generalizada de la competencia técnica de la institución proyecta credibilidad, y además puede ayudar a preservar a los interesados de presiones espurias por parte de la autoridad política. Por ello, tan importante es ser capaz como parecerlo ante los ojos de los ciudadanos. En este mismo orden de cosas, otro requisito para preservar la independencia personal es la ausencia previsible, presente o futura, de conflicto de intereses entre los profesionales seleccionados y las funciones institucionales de los bancos centrales. Evidentemente, la independencia del banco central se verá seriamente comprometida, con importante daño a su credibilidad, si el gobernador u otros miembros directivos tienen una afiliación política determinada o si han desarrollado un papel activo en política antes de su nombramiento. Finalmente, es importante resaltar que las decisiones colegiadas, es decir tomadas por un órgano decisor multipersonal, estarán mucho más protegidas de presiones externas y partidistas que si esas mismas decisiones son tomadas por una única persona.

Por último, la faceta de independencia financiera exige que el banco central cuente con los recursos financieros propios suficientes para desarrollar plenamente su actividad. Lo contrario podría comprometer su indepen-

dencia, al depender de organismos que podrían usar su posición de financiadores para ejercer una presión sobre sus decisiones.

Las fronteras entre el negocio estrictamente bancario y los negocios vinculados a los mercados de capitales y del seguro son cada vez más difusas. Buena prueba de esta situación es la creciente aparición de productos financieros de naturaleza híbrida que comparten peculiaridades de los tres ámbitos. Si la transparencia es la base de la ordenación de cualquier mercado, lo es especialmente en el caso de los mercados de capitales y, en concreto, en los mercados de valores. En este sentido, hay que tener en cuenta que las clientelas bancaria y bursátil son muy diferentes. Mientras la primera la componen multitud de depositantes de naturaleza casi cautiva, por su aversión al riesgo, la segunda suele estar formada por agentes ávidos de alternativas de inversión, conocedores del riesgo y con deseos de asumirlo siempre que no se les engañe. Como es de esperar, la demanda de información, tanto en cantidad como en calidad, de estos últimos será muy superior. De ahí la importancia de promover una completa transparencia en el mercado de valores que asegure el juego limpio en sus transacciones.

Mientras que la regulación y la supervisión bancarias actúan como mecanismos compensadores de las carencias informativas a las que se enfrenta la clientela bancaria en general (a diferencia de otros agentes más especializados y mejor posicionados en los mercados financieros), para los inversores de renta variable se hace necesaria la existencia de una institución que cubra las exigencias mencionadas de transparencia y juego limpio en el mercado de valores. Estas instituciones son un elemento básico en cualquier sistema de mercado,

gozando de una amplia tradición en los países más desarrollados: la *Security Exchange Commission* (SEC), en Estados Unidos, la *Financial Services Authority* (FSA), en el Reino Unido, la *Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht* (BaFin) en Alemania, o en Francia la *Autorité des Marchés Financiers* (AMF). Por regla general, se trata de instituciones con un elevado grado de independencia económica y política, y, especialmente en los países anglosajones, con un marco de carácter cuasi-judicial. Su razón de ser inicial fue la de regular los mercados financieros con objeto de evitar el abuso de las empresas en relación con la captación de ahorro para financiar sus inversiones.

En España, la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, creó la Comisión Nacional del Mercado de Valores (en adelante, CNMV), institución a la que se le encomendaba la supervisión e inspección del mercado de valores, extendiendo sus competencias a todas las actividades de las personas físicas o jurídicas relacionadas con el tráfico bursátil, incluido el ejercicio de la potestad sancionadora. El mandato legal obliga a la CNMV a velar por la transparencia, la correcta formación de los precios y la protección de los inversores que actúen en los mercados de valores. Como instrumento fundamental para conseguir estos fines, la CNMV venía obligada a difundir toda la información relevante necesaria. Además, la Ley establece la obligación de asesorar al Gobierno, al Ministerio de Economía y Hacienda y, en su caso, a las CC.AA., en aquellos temas relacionados con su ámbito competencial.

La CNMV debe elaborar un informe anual sobre sus actividades y la situación de los mercados financieros que ha de elevar a la

Comisión de Economía del Congreso de los Diputados. Asimismo, el presidente de la CNMV está obligado a comparecer ante esta Comisión del Congreso para dar cuenta de ese informe anual, así como cuantas veces le fuese requerido. Por lo que respecta a las actuaciones ejecutivas de la CNMV, éstas se instrumentarán a través de circulares, que para ser de obligada aplicación deberán ser publicadas previamente en el *Boletín Oficial del Estado*.

Todo el personal que preste sus servicios en la CNMV está sujeto al régimen de incompatibilidades del personal al servicio de las administraciones públicas. El régimen presupuestario de la CNMV es el mismo que el establecido para cualquier órgano de la Administración del Estado, incluido el control por parte de la Intervención General de la Administración del Estado. En el caso de los miembros del Consejo, la incompatibilidad se extiende al ejercicio de actividades relacionadas con el mercado de valores en los dos años posteriores a su cese en el puesto.

En cuanto a su estructura organizativa, la CNMV está regida por un Consejo compuesto por un presidente y un vicepresidente, que serán nombrados por el Gobierno, a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda. La Ley dispone que la selección de candidatos se hará entre profesionales de reconocida competencia en materias relacionadas con los mercados de valores. Forman parte del Consejo, además, otros tres consejeros, cuyo nombramiento será efectuado también por el ministro de Economía y Hacienda. Asimismo, se otorga el carácter de consejeros natos al Director General del Tesoro y Política Financiera y al Subgobernador del Banco de España. El mandato del presidente, el vice-

presidente y los consejeros natos se extenderá por un período de cuatro años, renovable por una sola vez. Como causas de cese, además de la expiración del mandato, se establece la renuncia a petición propia con aceptación del Gobierno, así como los supuestos de separación acordada por el Gobierno por incumplimiento grave de sus obligaciones o incapacidad sobrevenida.

El presidente de la CNMV, además de ostentar su representación legal, está previsto que ejerza las siguientes funciones: acordar la convocatoria de las sesiones ordinarias y extraordinarias del Consejo y del Comité Ejecutivo, dirigir y coordinar las actividades de todos los órganos directivos de la CNMV, disponer los gastos y ordenar los pagos del presupuesto de la Comisión, celebrar los convenios y contratos, desempeñar la jefatura de todo el personal de la Comisión.

Se reconoce la existencia de un Comité Ejecutivo dentro del Consejo de la CNMV que estará integrado por su presidente, su vicepresidente y los tres consejeros natos. Serán atribuciones del Comité Ejecutivo preparar y estudiar los asuntos que vayan a ser sometidos al Consejo, estudiar, informar y deliberar sobre los asuntos que someta a su consideración el presidente, coordinar las actuaciones de los distintos órganos directivos de la Comisión, aprobar las adquisiciones patrimoniales de la Comisión y disponer de sus bienes, así como resolver las actuaciones administrativas que le fueran delegadas por el Consejo.

Las facultades conferidas al Consejo de la CNMV son las siguientes:

— Aprobar las circulares, así como el Reglamento de Régimen Interno de la institución.

— Aprobar el anteproyecto de presupuesto de la CNMV, para su remisión al Ministerio de Economía y Hacienda.

— Nombrar a los directivos de la CNMV a propuesta de su presidente.

— Aprobar los informes anuales referidos anteriormente.

— Aprobar la constitución del Comité Ejecutivo.

La norma de creación de la CNMV también contempla la creación de un órgano de asesoramiento denominado Comité Consultivo, regulado reglamentariamente. Dicho Comité será presidido por el vicepresidente de la CNMV, aunque sin voto en el mismo. Los consejeros de este Comité Consultivo serán designados en representación de todos los mercados secundarios, de los emisores y de los inversores, más otro representante designado por cada una de las CC.AA. en las que exista un mercado secundario oficial. Este Comité Consultivo debe informar sobre las cuestiones que le plantee el Consejo, siendo su informe preceptivo en relación con la elaboración de disposiciones, en la imposición de sanciones por infracciones muy graves y en los casos de autorización, revocación y transformación societaria de las entidades de inversión.

Desde el momento de su creación, la CNMV ha estado envuelta en importantes polémicas, fundamentalmente relacionadas con la independencia de sus actuaciones. Pensamos que el principal origen de esa controversia debe buscarse en el déficit de independencia personal que, inevitablemente, afecta a los miembros del Consejo, al ser nombrados directamente por el ministro de Economía y Hacienda. Este hecho se ha visto afectado,

además, por la vinculación de corte político de algunos de los miembros de su Consejo desde su existencia. Es interesante comparar el marco institucional de la CNMV con los adoptados, por ejemplo, para la SEC en Estados Unidos o en el Reino Unido para la FSA (4). En ambos casos, existe una práctica asumida por todos los gobiernos de restringir la adscripción formal o informal de los consejeros y directivos de estas instituciones a los partidos políticos. Asimismo, los regímenes internos de incompatibilidades son muy estrictos y, en gran medida, sometidos a un control judicial periódico.

Es importante también destacar que, en los casos comparados, estas instituciones gozan de un carácter cuasi-judicial, lo que supone un reforzamiento de su independencia respecto del poder ejecutivo, al establecerse una serie de frenos y contrapesos (*checks and balances*) entre poderes. Otro elemento válido para reforzar su independencia es la exigencia de que sus estatutos sean aprobados específicamente por el poder legislativo y con una mayoría cualificada, otorgándoseles en ellos un régimen propio de autonomía financiera y de rendición de cuentas ante el Parlamento, al margen de la necesaria coordinación con los departamentos económicos del Gobierno. Este papel de control del poder legislativo, tanto en la selección de los miembros de sus consejos como en la rendición de cuentas, introduce un claro reforzamiento de su independencia.

Existe un importante consenso entre los especialistas en que la reforma de la CNMV es un reto que España debe abordar sin dilación. La credibilidad de esta institución resulta crucial no solamente para los mercados de valores, sino para el funcionamiento de la economía en su conjunto. Las implicaciones

contables, jurídico-mercantiles, además de las estrictamente financieras, exigen una actuación diáfana que sitúe a todos los agentes en igualdad de condiciones, requisito imprescindible para un funcionamiento eficiente del mercado. Como hemos visto en las experiencias comparadas, sin una independencia efectiva respecto del poder ejecutivo, la eficacia en la tarea de estas instituciones se ve seriamente comprometida.

La reforma de la CNMV debería incorporar medidas de diseño institucional en línea con los modelos aplicados en los países apuntados. Por ejemplo, parece razonable pensar que el nombramiento de los miembros de su Consejo sea una competencia exclusiva del Parlamento, y no directamente del ministro de Economía y Hacienda, como sucede actualmente. No se trata de formalizar su nombramiento en el ámbito parlamentario, sino de establecer un proceso efectivo de selección de candidatos en el que un sistema de mayoría cualificada, como el requerido para otras instituciones, permita el acceso de profesionales con trayectorias que no condicionen la credibilidad de la institución.

Otro elemento esencial de este nuevo rediseño institucional tiene que ver con la rendición de cuentas. Como se planteó recientemente en el Reino Unido, una plena independencia de la CNMV exige un contrapeso en términos de rendición de cuentas respecto de las actividades desarrolladas. Esto incluye también el establecimiento de un marco legal bien definido de exigencia de responsabilidades, que afectaría no solamente a los miembros del Consejo, sino a la totalidad del personal directivo. Además, esta rendición de cuentas debe extenderse a la realización de controles efectivos (no simplemente nominativos) de la eficien-

cia con la que esta institución desarrolla sus tareas reguladora y de supervisión, de acuerdo con los estándares de evaluación empleados en estos países (5). La importancia que hemos otorgado a estas tareas hace imprescindible un control de su efectividad con objeto de modificar aquellas prácticas o comportamientos que se muestren inadecuados.

VII. CONCLUSIONES

Comenzábamos este artículo argumentando la necesidad de dotar al sistema de mercado de instituciones que garanticen el funcionamiento de éste bajo los principios que definen su comportamiento competitivo. Motivada su titularidad pública, en el apartado III del trabajo, se ofrecieron una serie de criterios que deben orientar el diseño organizativo de estas instituciones. A la luz de los mismos, y tras una evaluación de las instituciones concretas actualmente existentes en España, hemos ido recopilando un inventario de posibles reformas que deberían abordarse en los próximos años. En buena medida, la importancia de estas instituciones nos lleva a considerar su revisión como retos fundamentales a los que se enfrenta nuestra economía.

Un común denominador que hemos identificado para todas las instituciones estudiadas es la necesidad de dotarlas de una independencia realmente efectiva. A diferencia de lo que sucede en los países anglosajones y del Norte de Europa, en España estas instituciones presentan una importante dependencia del poder ejecutivo. Como es frecuente en el ámbito de los países latinos, se produce una disociación entre la independencia formal, reconocida e incluso reivindicada en las normas legales de creación, y la plena in-

dependencia para el ejercicio de sus funciones. Pensamos que no se trata de una cuestión coyuntural atribuible a un gobierno concreto, sino de una cuestión, en cierto modo, idiosincrásica procedente de nuestra tradición cultural y política. Este déficit de independencia se proyecta en los mecanismos de selección de los puestos directivos, donde el peso ideológico, bien a través directamente del Gobierno, bien a través de la distribución de las mayorías parlamentarias, contamina la actuación profesional mermando la credibilidad y eficacia de estas instituciones.

La correcta delimitación de las funciones atribuidas a estas instituciones, separando aquellas que deben ser responsabilidad última del Gobierno —por ejemplo, como hemos visto, las reguladoras en los mercados liberalizados— de aquellas otras que supongan realmente el establecimiento y salvaguarda de las «reglas del juego», creemos que es fundamental para conseguir una mayor eficacia institucional. En el primer caso, la dependencia gubernamental no debe significar una supresión de los mecanismos de control de sus actividades. No olvidemos que la transparencia ha aparecido reiteradamente como el valor capital que debe presidir la actuación de estas instituciones. La rendición de cuentas ante los correspondientes departamentos del Gobierno no es incompatible con el sometimiento al control parlamentario.

En el segundo caso, nos situamos, como se ha dicho, ante un diseño con marcado carácter constitucional. A nuestro juicio, la defensa de la competencia y el establecimiento de las reglas que deben regir los comportamientos de los agentes en los mercados financieros son cometidos que sobrepasan el carácter temporal de

los gobiernos, debiendo formar parte de la estructura permanente del Estado, sin que esto suponga obviamente su perpetuación. Por tanto, hemos defendido en este artículo que tanto la recientemente creada Comisión Nacional de la Competencia como la Comisión Nacional del Mercado de Valores deberían situarse en el ámbito de control efectivo del poder parlamentario, sin perjuicio de su oportuna coordinación respecto de las competencias propias del ejecutivo. Como hemos visto, en algunos países, ambos tipos de instituciones se sitúan en un estatus cuasi-judicial, llegando incluso en algunos casos, como en Estados Unidos, a formar parte de la organización judicial.

Es evidente que la trascendencia de contar con instituciones de mercado fuertes es un objetivo prioritario para la economía de cualquier país. En este sentido, pensamos que estas reformas institucionales deberían llevarse a cabo con el consenso de las principales fuerzas políticas, tratando de alejar el proceso de rediseño de la lucha partidista. No obstante, la experiencia histórica de nuestro país en estos treinta años de democracia ha proporcionado ejemplos nada halagüeños de reparto político de los órganos de gobierno de muchas instituciones, incluidas las aquí tratadas. Como se ha argumentado, no se trata de esto, sino de conseguir instituciones que decidan al abrigo de los intereses particulares de grupos políticos y económicos, contrarios a la neutralidad propia de instituciones que, en definitiva, se encargan de arbitrar el correcto funcionamiento de los mercados.

NOTAS

(1) En España se optó por esta alternativa, aunque existen otros sistemas para ajustar oferta y demanda.

(2) En ROGOFF (1985) se exponen, con un carácter seminal, los argumentos que justificarían la recomendación de contar con un banco central independiente. En ALESINA y SUMMERS (1993) se ofrece una revisión empírica de este grado de independencia.

(3) Recientemente, la independencia de las tareas de supervisión prudencial asociadas a la actividad bancaria se encuadra dentro del catálogo de «buenas prácticas» calificadas como irrenunciables por el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, generalmente conocido como Basilea II (POVEDA, 2006).

(4) En 2001, el Gobierno británico reforzó la independencia de la FSA concediéndole plenos poderes de actuación. En paralelo, fue establecido un estricto régimen de rendición de cuentas ante el Gobierno y el Parlamento, con el propósito de conseguir la máxima transparencia en sus actuaciones tanto de regulación como de supervisión.

(5) Sobre estas prácticas de evaluación del impacto de la regulación financiera, puede verse GARCÍA-SANTOS (2007).

BIBLIOGRAFÍA

- AGHION, P., y TIROLE, J. (1997), «Formal and real authority in organizations», *Journal of Political Economy*, 105: 1-29.
- ALCHIAN, A., y DEMSETZ, H. (1972), «Production, information costs and economic organization», *American Economic Review*, 62: 777-795.
- ALESINA, A., y SUMMERS, L. H. (1993), «Central bank independence and macroeconomic performance: Some comparative evidence», *Journal of Money, Credit and Banking*, 25 (2): 151-162.
- BERGMAN, L.; DOYLE, C.; GUAL, J.; HULTKRANTZ, L.; NEVEN, D.; ROLLER, L. H., y WAVERMAN, L. (1998), *Europe's Network Industries: Conflicting Priorities*. CEPR, Londres.
- BINI, L. (2007), «Central bank independence: from theory to practice», Conference *Good Governance and Effective Partnership*, Hungarian National Assembly, Budapest, 19 de abril. (<http://www.ecb.int/press/key/date/2007/html/sp070419.en.html>).
- COASE, R. H. (1937), «The nature of the firm», *Economica*, 4: 386-405.
- DAVIES, L., y NORTH, D. C. (1971), *Institutional Change and American Economic Growth*, Cambridge, Cambridge University Press.
- FERNÁNDEZ, J. C. (2003), «Experiencias internacionales en mercados eléctricos liberalizados», *Anales de Mecánica y Electricidad*, marzo-abril: 70-76.
- GARCÍA-SANTOS, M. N. (2007), «Análisis del impacto de la regulación financiera», *ICE Revista de Economía*, 836 (mayo-junio): 51-74.

<p>GROSSMAN, S., y HART, O. (1986), «The costs and benefits of ownership: A theory of vertical and lateral integration», <i>Journal of Political Economy</i>, 24 (4): 691-719</p> <p>HART, O. (1993), «Theories of Optimal Capital Structure: A managerial discretion perspective», en M. BLAIR (ed.), <i>The deal decade: what takeovers and leveraged buyouts mean for corporate governance</i>, The Brookings Institution, Washington DC.</p> <p>HART, O., y HOLMSTRÖM, B. (1987), «The Theory of Contracts», en T. BEWLEY (ed.), <i>Advances in Economic Theory</i>, Cambridge, Cambridge University Press.</p> <p>HART, O., y MOORE, J. (1990), «Property rights and the nature of the firm», <i>Journal of Political Economy</i>, 98 (4): 1119-1158.</p> <p>HIRSCHMAN, A. O. (1970), <i>Exit, voice and loyalty: Responses to decline in firms, organizations, and status</i>, Cambridge, MA, Cambridge University Press.</p> <p>HOLMSTRÖM, B., y MILGROM, P. (1991), «Multi-task principal agent analysis: Incentive contracts, asset ownership, and job design», <i>Journal of Law, Economics, and Organization</i>, 7: 24-52.</p> <p>JENSEN, M., y MECKLING, W. (1976), «Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure», <i>Journal of Financial Economics</i>, 3: 305-360.</p> <p>LAFFONT, J. J. (2000), <i>Incentives and Political Economy</i>, Oxford, Oxford University Press.</p> <p>LAFFONT, J. J., y MARTIMORT, D. (1997), «Collusion under asymmetric information», <i>Econometrica</i>, 65: 875-911.</p> <p>— (1998), «Collusion and delegation», <i>Rand Journal of Economics</i>, 29: 280-305.</p>	<p>LAFFONT, J. J., y TIROLE, J. (2000), <i>Competition in Telecommunications</i>, Cambridge, MA, The MIT Press.</p> <p>LEVY, B., y SPILLER, P. T. (1996), «A framework for resolving the regulatory problem», en LEVY, B., y SPILLER, P. T., eds., <i>Regulations, Institutions, and Commitment. Comparative Studies of Telecommunications</i>, Nueva York, Cambridge University Press: 1-35.</p> <p>MEGGINSON, W. L., y NETTER, J. M. (2001), «From State to market: A survey of empirical studies on privatization», <i>Journal of Economic Literature</i>, 39 (2): 321-389.</p> <p>NOLL, R. (1989), «Economic perspectives on the politics of regulation», en SCHMALENSEE, R., y WILLIG, R., eds., <i>Handbook of Industrial Organization</i>, Amsterdam, North-Holland: 1253-1287.</p> <p>NORTH, D. C. (1986), «The new institutional economics», <i>Journal of Theoretical and Institutional Economics</i>, 142: 230-237.</p> <p>— (1990), <i>Institutions, Institutional Change and Economic Performance</i>, Cambridge, Cambridge University Press.</p> <p>— (1991), «Institutions», <i>Journal of Economics Perspectives</i>, 5: 97-112.</p> <p>NOZICK, R. (1974), <i>Anarchy, State and Utopia</i>, Nueva York, Basic Books.</p> <p>ONRUBIA, J. (2005), «Motivación, incentivos al desempeño y carreras profesionales en el sector público», <i>Presupuesto y Gasto Público</i>, 41: 145-171.</p> <p>ORR, F. D., y LEFEBVRE, B. J. (1993), «The impact of regulations on telecommunications productivity and price performance», <i>Utilities Policy</i>, octubre: 311-320.</p> <p>PERSSON, T.; ROLAND, G., y TABELLINI, G. (1997), «Separation of Powers and Political Ac-</p>	<p>countability», <i>Quarterly Journal of Economics</i>, 112: 1163-1202.</p> <p>POVEDA, R. (2006), <i>Basilea II</i>, Colección Ensayos de la Fundación de las Cajas de Ahorros, Madrid, FUNCAS.</p> <p>ROGOFF, K. (1985), «The optimal degree of commitment to a monetary target», <i>Quarterly Journal of Economics</i>, 10: 1160-90.</p> <p>SAPPINGTON, D. (1991), «Incentives in principal-agent relationships», <i>Journal of Economic Perspectives</i>, 5: 45-66.</p> <p>SMITH, A. (1776), <i>An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations</i>, CAMPBELL, R. H., y SKINNER, A. S., eds., Oxford, Oxford University Press.</p> <p>STIGLITZ, J. E. (1989), «On the economic role of the State», en HEERTJE, A., ed., <i>The Economic Role of the State</i>, Amsterdam, Basil Blackwell-Insinger Bank de Beaufort: 11-85.</p> <p>TIROLE, J. (1992), «Collusion and the theory of organizations», en LAFFONT, J. J., ed., <i>Advances in Economic Theory</i>, 6th World Congress, vol. 2. Cambridge, Cambridge University Press.</p> <p>— (1994), «The internal organization of the government», <i>Oxford Economic Papers</i>, 46: 1-29.</p> <p>TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (1993), «Informe sobre el mercado de suelo urbano», en <i>Remedios políticos que pueden atajar el daño causado por los monopolios</i>, Tribunal de Defensa de la Competencia, Madrid</p> <p>WILLIAMSON, O. E. (1993), «The economic analysis of institutions and organisations. In general and with respect to country studies», <i>Economics Department Working Papers</i>, 133, OCDE, París.</p>
---	--	--