

Ingrid Soraya Ortiz Baquero Editora

Estudios de

derecho de la **competencia**

Universidad
Externado
de Colombia

ESTUDIOS DE DERECHO DE LA COMPETENCIA

INGRID SORAYA
ORTIZ BAQUERO
Editora

ESTUDIOS DE
DERECHO DE LA
COMPETENCIA

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Estudios de Derecho de la Competencia / Ingrid Soraya Ortiz Baquero, editora ; Ricardo Alonso Soto [y otros] -- Bogotá : Universidad Externado de Colombia. 2022. -- Primera edición.

896 páginas : gráficos ; 24 cm.

Incluye referencias bibliográficas

ISBN: 9789587908824 (impreso)

1. Derecho de la competencia -- Aspectos legales – Colombia 2. Derecho de la competencia -- Aspectos económicos – Colombia 3. Derecho comercial – Colombia 4. Comercio internacional I. Ortiz Baquero, Ingrid Soraya, editora II. Universidad Externado de Colombia III. Título

347 SCDD 15

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. Área e Procesos Técnicos
julio de 2022

ISBN 978-958-790-882-4

© 2022, INGRID SORAYA ORTIZ BAQUERO (ED.)
© 2022, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
Calle 12 n.º 1-17 este, Bogotá
Teléfono (+57) 601 342 0288
publicaciones@uexternado.edu.co
www.uexternado.edu.co

Primera edición: agosto de 2022

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones
Corrección de estilo: Santiago Perea Latorre
Composición: Precolombi EU-David Reyes
Impresión y encuadernación: DGP Editores S.A.S.
Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia
Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

GABRIEL FERNÁNDEZ ROJAS*

*Las administraciones de regulación y defensa
de la competencia en Estados Unidos y el Reino Unido.
Análisis en torno a la Federal Trade Commission (FTC)
y la Competition and Markets Authority (CMA)*

RESUMEN

En el derecho contemporáneo las autoridades administrativas independientes (AAI) se han convertido en una de las instituciones más relevantes para garantizar la defensa del mercado y la competencia. La *Federal Trade Commission* (FTC) y la *Competition and Markets Authority* (CMA) y su análisis a través del presente estudio, nos ofrecerán una visión precisa del origen, marco constitucional y progresiva consolidación de las autoridades administrativas independientes. Culminaremos el estudio de cada una de estas importantes AAI analizando algunas de sus características más destacadas, y las oportunidades y desafíos que las definen como unas de las administraciones de regulación y supervisión más prestigiosas de Estados Unidos y el Reino Unido.

Palabras clave: *Federal Trade Commission* (FTC), *Competition and Markets Authority* (CMA), regulación, administraciones independientes, agencias reguladoras independientes, Estados Unidos de América, Reino Unido.

ABSTRACT

In contemporary law the independent administrative authorities (AAI) have become one of the most relevant institutions to guarantee the defense of the market and competition. The Federal Trade Commission (FTC) and the Competition and Markets Authority (CMA) offer us an accurate view of the origin, constitutional framework and progressive consolidation of the independent administrative authorities. To conclude this research, we will analyze some of its most outstanding characteristics, and the opportunities and challenges

* Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, con estudios de especialización en Derecho Constitucional y Politología en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid; en Economía en London School of Economics and Political Science de Londres, y en Derecho Penal en la Universidad de Salamanca; doctorado en Derecho en la Universidad Complutense de Madrid. Socio de Cremades & Calvo-Sotelo Abogados en España. Profesor de los programas de Máster en Negocio y Derecho de las Telecomunicaciones, Internet y Audiovisual, y en Negocio y Derecho de la Energía impartidos por Cremades & Calvo-Sotelo y la Universidad San Pablo CEU. Miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia y de la Orden de Alfonso X el Sabio en España, donde ha sido Director General de Inmigración, Director General de Cooperación al Desarrollo y Presidente del Consejo Académico y Escolar de la Comunidad de Madrid.

that define them as one of the most important regulatory and supervisory administrations in the United Kingdom and the United States.

Keywords: Federal Trade Commission (FTC), Competition and Markets Authority (CMA), regulation, independent administrations, independent regulatory agencies, United States of America, United Kingdom.

INTRODUCCIÓN

Las autoridades administrativas independientes (AAI, en adelante) se han consolidado como una de las instituciones más relevantes para garantizar la defensa del mercado y la competencia tanto en Estados Unidos como en el Reino Unido.

La *Federal Trade Commission* (FTC), desde su creación en 1914 y a lo largo de más de 105 años de existencia, ha demostrado ser uno de los pilares esenciales de la economía de mercado, defendiendo la competitividad y el emprendimiento, así como los derechos de usuarios y consumidores. Al mismo tiempo, la evolución legal y jurisprudencial de las AAI en Estados Unidos le ha permitido convertirse en una de las agencias más relevantes a los efectos de definir adecuadamente el difícil encuadre constitucional de la institución y, finalmente, afianzar el gran papel que las AAI están llamadas a desempeñar en la garantía del equilibrio de poderes entre las diferentes ramas del poder público en Estados Unidos.

Más de cien años después de la creación de la FTC en Estados Unidos, el Reino Unido da inicio en 2014 al funcionamiento de la *Competition and Markets Authority* (CMA) como autoridad británica de defensa del mercado y la competencia, preocupada cada vez más con la garantía a los derechos de los consumidores más vulnerables, con los efectos negativos que podría generar el abandono de la Unión Europea para la competitividad del país y la defensa del mercado y la competencia.

A lo largo de este estudio podremos comprobar que, en medio de las profundas diferencias de ambos modelos constitucionales, la administración de regulación y supervisión a través de AAI se ha abierto camino con el apoyo irrestricto de las respectivas autoridades llamadas a defender la integridad del sistema constitucional, es decir, la Corte Suprema en Estados Unidos y el Parlamento británico en el Reino Unido.

Pese a las señaladas diferencias en los modelos constitucionales, estas no han impedido que en ambos países hayan surgido patrones comunes, que también procederemos a analizar.

Para ofrecer una mayor claridad expositiva, iniciaremos el estudio comparado con un breve análisis de su origen, marco constitucional y progresiva consolidación, para culminar con los rasgos más relevantes que definen a la *Federal Trade Commission* (FTC) y la *Competition and Markets Authority* (CMA) como administraciones de regulación y supervisión de la defensa del mercado y la competencia en Estados Unidos y el Reino Unido, respectivamente.

I. JUSTIFICACIÓN Y ALGUNOS RASGOS COMUNES AL MODELO ACTUAL DE AAI EN ESTADOS UNIDOS Y EL REINO UNIDO

I.1. JUSTIFICACIÓN DEL MODELO

Como hemos tenido la ocasión de analizar en un previo estudio a este respecto, el actual modelo de AAI, tanto en Estados Unidos como en el Reino Unido, responde a cuatro desafíos que enfrentan las administraciones públicas¹:

- i. Fortalecer el libre mercado, la competencia y el respeto a los derechos y libertades fundamentales;
- ii. Optimizar la eficiencia de las administraciones públicas dentro de un contexto institucional globalizado y competitivo;
- iii. Reconstruir la legitimidad y la confianza de los ciudadanos en las instituciones cuando hayan sido afectadas por la manipulación partidista del Gobierno sobre las administraciones públicas, y
- iv. Proteger el frágil equilibrio de poderes ante una excesiva concentración de facultades en cabeza del Gobierno.

¹ De acuerdo con Fernández Rojas (2017): “En el caso del Reino Unido es necesario destacar, además, la profunda influencia que su incorporación a la Comunidad Económica Europea, primero, y a la Unión Europea, después, ha supuesto para la evolución de su actual modelo de administraciones independientes. Concretamente –y al margen de las consecuencias institucionales que puedan derivarse del abandono del Reino Unido de la Unión Europea– el recíproco reconocimiento de los estados miembros sobre sus propias entidades reguladoras [...] exige que la eficiencia, el profesionalismo y la neutralidad política de las nuevas administraciones independientes, sea considerada una condición indispensable para garantizar la plena protección a los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos y asegurar el desarrollo social, científico y tecnológico de la Unión”.

I.2. RASGOS COMUNES A LAS AAI EN ESTADOS UNIDOS Y EL REINO UNIDO

Todas las instituciones enmarcadas dentro de la categoría de AAI se hallan revestidas de una notoria independencia que les permite ejercer sus competencias con una autonomía superior a la del resto de administraciones públicas dependientes del Gobierno. Por ende, las AAI entrañan una merma en las facultades jerárquicas y de tutela que este ejerce en sus relaciones ordinarias con la Administración.

El alcance exacto de su independencia viene generalmente definido por su correspondiente ley de creación², y se manifiesta en una serie de elementos de carácter orgánico, funcional y financiero.

I.2.1. ELEMENTOS DE AUTONOMÍA ORGÁNICA

Los órganos rectores de la AAI son, generalmente, de naturaleza colegiada³. El proceso de designación y nombramiento de los integrantes de sus órganos

-
- 2 Sin embargo, el estudio de constitucionalidad de dichas leyes y el alcance de su independencia frente al Gobierno es radicalmente distinto en uno y otro país. En Estados Unidos le corresponde a la Corte Suprema valorar en última instancia la constitucionalidad de la ley de creación de estas instituciones. En el Reino Unido, por el contrario, el Parlamento sigue siendo la máxima autoridad responsable de estructurar el modelo constitucional, y representa la última instancia en cualquier proceso de control de constitucionalidad, incluso después de la reforma que permitió, a partir del mes de octubre del año 2009, la puesta en funcionamiento de la Corte Suprema del Reino Unido. Cfr. Fernández Rojas (2017).
 - 3 La ausencia de un cuerpo colegiado de *commissioners* resulta realmente excepcional, particularmente dentro de las administraciones independientes de Estados Unidos. Una de estas excepciones, y posiblemente la más importante, es el *Consumer Financial Protection Bureau* (CFPB) creado en 2011 como agencia independiente especializada en la protección de los consumidores y usuarios de productos financieros, en particular los relacionados con hipotecas, ahorros, cuentas bancarias y tarjetas de crédito. En *PHH Corp. v. CFPB* de 2018, la Corte del Distrito de Columbia sostuvo, mediante sentencia proferida en sala, que su configuración orgánica con un director individual a la cabeza de la institución, en lugar del clásico cuerpo colegiado, violaba la separación de poderes al otorgar demasiada autoridad a una sola persona que no era políticamente responsable. Sin embargo, el pleno de la misma Corte del Distrito de Columbia invirtió la posición de la sala. La tesis de la sentencia emitida en sala, y posteriormente corregida, tuvo como ponente al juez B. Kavanaugh. Esto es relevante, ya que probablemente este desempeñe un papel destacado en los futuros análisis de la constitucionalidad de las AAI puesto que, por designación del presidente Trump, se incorporó como miembro de la Suprema Corte de Estados Unidos el 6 de octubre de 2018.

rectores se surte a través de un proceso público, con elevados niveles de transparencia, y mediante un extenso escrutinio en el cual participan el Gobierno, el Parlamento y, en su caso, la Corona, de conformidad con los severos protocolos establecidos por la *Office of the Commissioner for Public Appointments* (OCPA) en el ámbito británico, y por el sistema común de nombramiento de altos cargos para la Administración Federal, en el caso de Estados Unidos.

Tanto en Estados Unidos como en el Reino Unido suelen ser designadas personalidades de reconocido prestigio y una amplia trayectoria para dirigir las diferentes AAI. En Estados Unidos, sin embargo, la trayectoria de los candidatos está frecuentemente mucho más relacionada con el ejercicio de responsabilidades altamente técnicas en los equipos de gabinete de destacados miembros del Congreso. Como consecuencia de esta mayor cercanía entre la carrera profesional de los comisionados y el Parlamento que confirma su nominación se impone, en relación con su adscripción política, que no más de tres de los comisionados puedan estar afiliados al mismo partido⁴.

En todo caso, la característica más determinante para valorar la autonomía de las AAI consiste, sin embargo, en que sus directivos están exentos de los rigores del modelo tradicional de libre nombramiento y remoción de los altos cargos de la Administración. Sus directivos están amparados por un período fijo de mandato legalmente establecido. Este plazo vinculante para el Gobierno constituye, desde el punto de vista orgánico, una de las más importantes características que condicionan las relaciones entre el Gobierno y las AAI. Como corolario de lo anterior, es decir, de la existencia de un período predeterminado en el mandato de los altos directivos de las agencias independientes, se desprende la característica más relevante y que más profundamente determina o condiciona las relaciones entre el Gobierno y las AAI. Esta característica consiste en que el presidente no puede remover a su arbitrio a los miembros directivos de una AAI, toda vez que debe concurrir al menos una causa legal debidamente justificada, como tendremos la ocasión de analizar detenidamente a lo largo del estudio.

4 Ello no impide la existencia de situaciones que permiten obviar los impedimentos establecidos, como sucedió con Abigail Thernstrom, quien abandonó su antigua afiliación a un determinado partido político con el fin de ser designada vicepresidenta de la *United States Commission on Civil Rights* (USCCR) en 2001, y la recobró en 2007 para obtener una nueva designación que sí requería de dicha afiliación. Cfr. Krause y Dupay (2009, pp. 87 ss.).

Por último, es preciso destacar que los términos de mandato oscilan, generalmente, entre los cinco y catorce años establecidos en Estados Unidos, donde con frecuencia la duración del mandato excede en varios años el período presidencial, y entre los tres y los seis años acostumbrados en el Reino Unido. En ambos casos, es habitual que el relevo de los integrantes de sus consejos rectores esté dispuesto de manera escalonada para permitir la renovación gradual de los miembros directivos de la institución y contribuir de esta manera a garantizar, no solo la estabilidad de la agencia, sino la pluralidad política de los órganos rectores.

1.2.2. ELEMENTOS DE AUTONOMÍA FUNCIONAL

El ejercicio de las amplias competencias reguladoras y supervisoras de las AAI escapa, como hemos adelantado, de las tradicionales facultades jerárquicas y de tutela que el Gobierno ejerce en sus relaciones ordinarias con la Administración. Los respectivos parlamentos emiten normas de rango legal que limitan la eficacia de las instrucciones presidenciales y las facultades derivadas de su condición de suprema autoridad administrativa. Asimismo, las AAI están dotadas de facultades que les permiten aprobar importantes normas regulatorias de alcance general y, en muchas ocasiones, presentar directamente ante el Parlamento iniciativas legislativas en el ámbito de sus atribuciones, así como ejercer ante los tribunales, y de manera autónoma, el derecho de postulación para garantizar el cumplimiento de la ley.

No obstante, a lo largo de los últimos años se han fortalecido diferentes mecanismos, muchos de ellos concertados y voluntarios, dirigidos a facilitar una mayor coordinación entre la formulación de las políticas públicas planteadas por estas administraciones y las propuestas por el Gobierno, como tendremos la ocasión de analizar.

1.2.3. ELEMENTOS DE AUTONOMÍA FINANCIERA

Por último, muchas de estas instituciones se encuentran dotadas de un elevado nivel de autonomía financiera para el ejercicio de sus competencias, autonomía esta derivada de un doble mecanismo: por una parte, la existencia de tasas impuestas a los sectores regulados, que permiten la financiación directa de gran parte de sus actividades; por otra, las facultades políticas para elaborar, presentar y defender, en algunos casos, sus propios presupuestos ante el Parlamento.

I.3. UN MODELO HETEROGÉNEO, PRAGMÁTICO Y EN PERMANENTE EVOLUCIÓN

Tanto en Estados Unidos como en el Reino Unido el modelo de AAI se ha consolidado como un instrumento jurídicamente imprescindible para la preservación del equilibrio constitucional de poderes y la prestación de un necesario servicio público de regulación y supervisión confiable, científico y de elevada calidad técnica y democrática.

Sectores tan distintos como la defensa del mercado y la competencia —objeto de nuestro estudio—, la protección a los derechos del consumidor, las telecomunicaciones, los sistemas financieros, la salud y la seguridad social, la energía, la educación, la administración estadística y electoral, y la garantía a los derechos y libertades fundamentales, entre muchos otros, han experimentado la positiva influencia de este modelo.

Sin embargo, su extensión ha conducido a que, bajo la denominación de *Agency, Authority, Board, Body, Commission, Committee, Corporation, Council, Fund, Group, Office, Panel, Regulator, Service*, etc., en ambas tradiciones jurídicas prolifere un universo inabarcable de AAI de orden nacional, regional e incluso local.

A pesar del empeño de ambos sistemas jurídicos por sistematizar los modelos de administración independiente, la realidad de las AAI no siempre ha sido consecuente con dicho esfuerzo racionalizador, y su trayectoria ha respondido generalmente, en la práctica, a una serie de decisiones *ad hoc*, fundadas principalmente en factores coyunturales de inspiración pragmática y de naturaleza política, en los términos que tendremos la ocasión de analizar a continuación.

2. ORIGEN Y MARCO CONSTITUCIONAL DEL MODELO DE AAI EN ESTADOS UNIDOS

La tradición constitucional estadounidense comparada con la del Reino Unido, y especialmente su reflexión jurisprudencial, ofrece una mayor nitidez en cuanto a la estructura y las funciones de las diferentes ramas del poder público. Nitidez que también se ha reflejado en una trayectoria, comparativamente, más rica y prolija en detalles que permiten analizar con una mayor perspectiva la evolución y las características orgánicas, funcionales y financieras más destacadas de este modelo (Mogilnicki y Levisohn, 2019; Lewis y Selin, 2018; Levy, 2018; Breger y Edles, 2015; Baldwin, Cave y Lodge, 2012; Busuioc, Groenleer y Trondal, 2012; Verhoest, Van Thiel, Bouckaert y Laegreid, 2012; Ritteberger y Wonka, 2010).

2.1. PROGRESSIVE MOVEMENT V. UNIONIST
MOVEMENT: COURTS HAVE THE LAST WORD

La Constitución de Estados Unidos de 1787 asignó a cada rama del poder público una función: legislativa, judicial y ejecutiva. A diferencia de las constituciones de Maryland de 1776 y de Massachusetts de 1780, evitó cualquier tipo de declaración categórica que prohibiera la concentración de funciones públicas de diversa naturaleza en torno a una misma autoridad. Igualmente, y esto reviste una gran importancia en la evolución de las AAI, obvió cualquier declaración expresa y rotunda sobre la primacía del Gobierno como suprema autoridad administrativa dentro de la Unión.

Esto permitió que, con el auge de la Revolución Industrial y muy especialmente a partir de 1887, pudieran crearse nuevas instituciones administrativas federales con la capacidad de ejercer, de manera concurrente, atribuciones propias de cada una de las diferentes ramas del poder público, dando origen a las primeras AAI.

Conviene destacar que con anterioridad a su creación a nivel federal, a nivel estatal por lo menos veinticuatro de los treinta y ocho estados existentes habían constituido agencias independientes, tales como la *Massachusetts Board of Railroad*, establecida en 1869, o la *Illinois Railroad and Warehouse Commission*, creada en 1871, las cuales constituyeron antecedentes fundamentales para la implantación posterior de AAI en el orden federal.

En 1887, es decir, cien años después de la entrada en vigor de la Constitución de Estados Unidos de 1787, se creó la *Interstate Commerce Commission* (ICC), como administración competente en el ámbito federal para regular y supervisar el funcionamiento de un sector ferroviario en permanente expansión. Para tal efecto, pronto sería habilitada, no solo con facultades administrativas, sino con competencias que la doctrina calificaría inmediatamente como *cuasi-legislativas* y *cuasi-judiciales*. La ICC, además de ser la primera AAI de alcance federal, constituyó el prototipo de las demás AAI creadas a lo largo del siglo XX.

Estas nuevas administraciones federales organizadas a partir de la ICC se diferenciarían de los departamentos y agencias ejecutivas del Gobierno al ir adquiriendo –progresivamente⁵– una notoria independencia orgánica, fun-

5 Insistimos en el carácter progresivo del incremento de la autonomía de estas instituciones frente al Gobierno, ya que hay que reconocer que la *ICC Act* situó originalmente a la agencia dentro del ámbito de control orgánico, funcional y financiero del Departamento de Interior

cional y financiera: directivos amparados por un período fijo preestablecido, existencia de causas y procedimientos reglados para su destitución, amplias competencias reguladoras y atribuciones para actuar sin la tradicional subordinación a la órdenes presidenciales, y autonomía financiera derivada de los presupuestos aprobados por el Congreso, entre otras características.

La mencionada *Interstate Commerce Commission* (ICC) abrió el camino a nuevas agencias como la *Federal Reserve System* (1913), la *Federal Trade Commission* (1914), objeto de nuestro análisis, la *Federal Radio Commission* (1927) o la *Federal Power Commission* (1930); tras la gran crisis de 1929 y el impulso del *New Deal* promovido por el presidente Franklin D. Roosevelt, se gestarían otras importantes AAI. Entre estas pueden destacarse, por el protagonismo que estaban llamadas a desempeñar en la vida norteamericana, la *Securities and Exchange Commission* (1934), la *Federal Communications Commission* (1934), la *National Labor Relations Board* (1935) y la *Civil Aeronautics Board* (1938).

Como consecuencia del protagonismo creciente de las AAI en sectores sensibles de la sociedad, y de su capacidad para diseñar política pública, esta institución sería prontamente considerada por el Gobierno de Estados Unidos –y por el denominado *Unionist Movement*, en general– como una violación a las competencias constitucionalmente reconocidas al presidente.

En este sentido, la sentencia *Myers v. United States*, de 1926, sostuvo la inconstitucionalidad de una norma legal que impedía al presidente remover libremente de sus cargos a los *executive officers*. Esta sentencia permitió reafirmar la supremacía presidencial sobre el poder ejecutivo y la Administración. Le reconoció al presidente el derecho ilimitado de remoción discrecional respecto de los titulares de los diferentes órganos de la Administración federal. La sentencia significó, para algunos, un primer paso hacia la anhelada reunificación de funciones administrativas en cabeza del presidente.

Sin embargo, la misma Suprema Corte, a través de la célebre sentencia *Humphrey's Executor v. United States* de 1935, matizaría el alcance de la tesis planteada, apoyando el criterio defendido por el denominado *Progressive Movement*. La Corte destacó en esta sentencia que las facultades presidenciales

y le dotó, además, con escasas facultades discrecionales. Fue solo con la aprobación de la *Hepburn Act* de 1906 que la ICC llegó a configurarse como agencia realmente independiente del Gobierno, gracias a la influencia del *Progressive Movement*. Ella constituye un ejemplo que mantiene toda la validez descriptiva del fenómeno de las AAI, a pesar de haber sido suprimida el 31 de diciembre de 1995.

de libre remoción de los cargos directivos de las agencias administrativas federales podrían ser limitadas legalmente, sin que ello significara violentar el orden constitucional, cuando dichas administraciones desempeñasen, además, funciones de naturaleza *cuasi-legislativa* –orientadas a la regulación– o *cuasi-judicial* –destinadas a la resolución de conflictos técnicos y jurídicos–.

Esta tesis favorable a la limitación de las facultades presidenciales de libre remoción de los cargos directivos de la Administración constituye la piedra angular del sistema de AAI⁶.

La misma argumentación se mantendría a lo largo de las sentencias *Wiener v. United States* de 1958, *SEC v. Blinder, Robinson & Co.* de 1988, *SEC v. Bilzerian* de 1990, *FEC v. NRA Political Victory Fund* de 1993 y *Swan v. Clinton* de 1996. Varias sentencias emitidas en los últimos años han reafirmado la misma línea argumental. Entre ellas, la importante sentencia *Free Enterprise Fund v. Public Company Accounting Oversight Board* de 2010 y, más recientemente, las múltiples sentencias emitidas en torno a la *Consumer Financial Protection Bureau* (CFPB), creada en 2011 como agencia independiente especializada en la protección de los consumidores y usuarios de productos financieros. Algunas de estas sentencias son *CFPB v. Morgan Drexen* de 2014, *CFPB v. Future Income Payments* de 2017 y *PHH Corp. v. CFPB* de 2018, que resumen la evolución de las AAI en Estados Unidos y reiteran que los únicos supuestos en los cuales podría el presidente proceder a la destitución de los cargos directivos de las AAI son los jurisprudencialmente establecidos por la Suprema Corte de Estados Unidos a través de la sentencia *Humphrey's Executor*.

2.2. ESTUDIOS DEL CONGRESO Y EL GOBIERNO DE ESTADOS UNIDOS

Los dos movimientos o tendencias en torno a la institución de las AAI están reflejados en los diferentes estudios e informes adelantados a iniciativa oficial tanto de la Presidencia como del Congreso de Estados Unidos.

6 Este rasgo distintivo de las AAI suele estar consagrado en la respectiva ley de creación de la agencia, como sucede con la inmensa mayoría de AAI, o puede hallarse de manera implícita y reconocida por los tribunales, como sucede con la *Federal Reserve Board* (FED), la *Securities and Exchange Commission* (SEC), la *International Trade Commission* (ITC), la *Federal Election Commission* (FEC) o la *National Credit Union Administration* (NCUA).

Entre los estudios parlamentarios sobresalen, por su proyección histórica, los correspondientes al primer y segundo Informe Hoover de 1949 y 1953, así como el Informe Harris de 1959 y el *Estudio del Senado sobre la Regulación Federal* de 1977. Todos ellos aportan reflexiones valiosas acerca de la constitucionalidad y eficacia práctica de las AAI. Cabe destacar que los dos informes Hoover reconocieron la necesidad de superar la exigua –o inexistente– coordinación que para la época existía entre dichas administraciones y los programas políticos del poder ejecutivo. Esta crítica, que en el fondo avala las tesis unionistas, y las pretensiones presidenciales, cobra un especial significado al proceder de estudios promovidos en sede parlamentaria.

A lo largo de varias décadas han surgido, igualmente, abundantes estudios patrocinados por el Gobierno de Estados Unidos, los cuales han sido también decisivos para configurar el nuevo equilibrio constitucional, alcanzado a partir de los años noventa. El temprano Informe Brownlow de 1937, realizado bajo la administración Roosevelt, pronto se haría célebre por su severa crítica al fenómeno de la administración por agencias independientes. El informe, que recoge algunas críticas ya vertidas con anterioridad, concluye describiendo muy crudamente la realidad de las AAI, al definir las como una poderosa, descoordinada y “acéfala” cuarta rama del poder público, que desafía la lógica de la responsabilidad democrática y desborda gravemente el marco constitucional.

La crítica del Gobierno federal se acentuaría con el nacimiento de importantes AAI, durante los años sesenta y setenta. Informes presidenciales como los de Redford y Landis (1960), Ash (1971), Grace (1983) y Gore (1993) seguirían manteniendo la tesis unionista, argumentando el carácter inconstitucional del sistema de administraciones independientes. En su conjunto, tales informes responden a las aspiraciones gubernamentales por vincular, de una manera u otra, la mayoría de agencias independientes a la autoridad presidencial, con el fin de asegurar la supremacía del Gobierno sobre la Administración federal⁷.

7 Para comprender las renovadas iniciativas presidenciales manifestadas a través de estos informes es necesario recordar que algunas de las AAI originadas a lo largo de dichas décadas, como la *Equal Employment Opportunity Commission* (1964), la *Environmental Protection Agency* (1970), la *Consumer Product Safety Commission* (1972), la *Nuclear Regulatory Commission* (1977) y la *Consumer Financial Protection Bureau* (2011), no solo se crearon para regular y supervisar sectores altamente sensibles de la sociedad –lo cual, de por sí, ya reviste una gran importancia–, sino que además, gracias a la escasa densidad normativa de las leyes reguladoras, y al auge de una notable deferencia judicial, fueron revestidas de amplísimas facultades discrecionales que,

2.3. NATURALEZA DE LAS COMPETENCIAS VS. EQUILIBRIO DE PODERES

Llegados a este punto, no podemos proseguir sin recordar que la concurrencia de facultades cuasi-legislativas y cuasi-judiciales en torno a un mismo cuerpo administrativo fue el argumento más relevante para describir esta institución y para avalar la constitucionalidad de las AAI desde su nacimiento hasta su posterior consolidación. Sin embargo, algunos críticos afirman que si la concentración de funciones de naturaleza cuasi-legislativa y cuasi-judicial fuera verdaderamente la piedra de toque característica de todas las AAI, la consecuencia lógica sería que gran número de departamentos y agencias ejecutivas bajo control del presidente deberían igualmente transformarse en AAI⁸.

Por consiguiente, la debilidad del argumento de la acumulación de competencias de diferente naturaleza en un mismo ente, como criterio central para defender la constitucionalidad del sistema AAI, da paso gradualmente a la introducción de un criterio complementario con el cual compartirá protagonismo hasta el día de hoy. El nuevo criterio descansa en el principio constitucional del *checks and balances* o equilibrio real de poderes, también contenido desde antiguo en la Constitución de 1787. Se trata de una perspectiva fundada en teorías funcionalistas, las cuales defienden que el Congreso puede, mediante disposición legal, ajustar o modificar la división tripartita de las diferentes ramas del poder federal para garantizar el necesario equilibrio de poderes, sin que ello suponga necesariamente la ilegítima e inconstitucional privación de las funciones básicas esenciales a cada rama.

La trascendencia del principio de *checks and balances* como renovado criterio para apreciar la constitucionalidad del sistema de administración

finalmente, les conferirían competencias para diseñar aspectos muy delicados de las políticas públicas sectoriales.

8 La insuficiencia del mencionado criterio tradicional se hace más patente si se considera que algunas sentencias tempranas, como las proferidas en los casos *Myers v. United States* (1926), *J.W. Hampton Jr. & Co. v. United States* (1928) y *Yakus v. United States* (1944), ya habían declarado constitucionales varias leyes —principalmente arancelarias y forestales— que otorgaban al presidente de Estados Unidos facultades que, bien examinadas, podrían considerarse también cuasi-legislativas y cuasi-judiciales. A la luz de dichos planteamientos, el juez Antonin Scalia, en la célebre sentencia del caso *Synar v. United States*, proferida en 1986 por el Tribunal Federal de Apelación con sede en Washington D.C., constataba ya el progresivo deterioro de los argumentos dominantes en pro de la constitucionalidad de las AAI, tradicionalmente expuestos desde la sentencia del caso *Humphrey's Executor* de 1935.

por agencias independientes ha quedado contrastada jurídicamente por los tribunales, y también políticamente por el Congreso, como aconteció cuando en 1993 —a pesar de estar ampliamente dominado por el partido de gobierno— aquel se negó a atender la propuesta del Gobierno federal para modificar o suprimir aspectos esenciales de algunas AAI, como la *Federal Reserve System* (BGFRS) y la *Federal Communications Commission* (FCC).

El Congreso, conforme a este criterio retomado de la Constitución de 1787, consideró que reducir la independencia de estas AAI frente al Gobierno podría socavar el delicado equilibrio de poderes y generar una concentración inconstitucional de facultades en torno a la rama ejecutiva del poder público. Una concentración que, como también se ha denunciado en el modelo de AAI del Reino Unido, podría conducir a una *imperial presidency*⁹.

Aunque la fortaleza del principio de *checks and balances* ha significado un respaldo a las tesis del *Progressive Movement*, no conviene olvidar que el impulso del *Unionist Movement* se ha dejado sentir en el panorama constitucional estadounidense. Y se ha manifestado, precisamente, como expresión del principio de equilibrio de poderes o *checks and balances*.

Con el fin de mantener este equilibrio de poderes, el Congreso ha suprimido algunas AAI consideradas hasta entonces prácticamente intocables, como la *Civil Aeronautics Board* (CAB) —cuyas funciones se desplazaron a partir de enero de 1985 al *Department of Transportation*— o la *Interstate Commerce Commission* (ICC) —pionera de la institución a nivel federal, y cuyas facultades se trasladaron a la *Surface Transportation Board* (STB), integrada también en el *Department of Transportation*, en virtud de la *ICC Termination Act* de 1995—.

Asimismo, el Congreso ha incorporado excepcionalmente y de manera velada algunos matices que ampliarían, a través de la ley de creación de algunas

9 Desde muchos sectores se alzan voces críticas que advierten, precisamente, del riesgo que supone para el equilibrio de poderes sobrecargar de atribuciones al poder ejecutivo estadounidense. Estos sectores, cercanos tanto al Partido Republicano como al Partido Demócrata, advierten de los peligros que comportaría una atribución excesiva de competencias al ejecutivo, que llevase a crear una presidencia de carácter ‘imperial’ y de difícil control por parte de las demás ramas del poder público. No debe olvidarse que la reflexión acerca del peligro de esta concentración de poderes ha estado presente incluso desde mucho antes que Alexis de Tocqueville denunciara los riesgos inherentes a la dinámica del poder en el modelo constitucional estadounidense y a la extensión —a veces imperceptible, pero frecuentemente exigida— del modelo de administración omnipresente, activa, poderosa y reguladora de todos los aspectos de la vida social, incluso los menos trascendentes. Cfr. Levy, 2018; Krauthammer, 2012; Posner y Vermuele, 2011; Shane, 2009; Krent, 2008; Kagan, 2005; Schlesinger, 1973.

AAI, el conjunto de causas justificadas para la remoción de sus altos directivos por parte del presidente de Estados Unidos. Tal es el caso de la *National Indian Gaming Commission* (NIGC), que contempla no solo la negligencia en el cumplimiento del deber y la conducta ilegal en el desarrollo de sus funciones, sino también, y esto es muy relevante, “cualquier otra causa justificada debidamente acreditada”¹⁰.

También los tribunales, a cuyo abrigo se consolidó el sistema de administración por agencias independientes, han contribuido al rediseño de la institución gracias a una creciente preocupación por amparar al Gobierno en el ejercicio de sus competencias constitucionales.

Dicho compromiso de los tribunales por rediseñar ligeramente el modelo de AAI se proyecta a través de dos transformaciones radicales: de un lado, se invierte el sentido de la línea argumental, y de otro, se relaja la tradicional rigidez al apreciar judicialmente las causas legales a las que se limitan las facultades presidenciales para remover los altos directivos de las agencias independientes.

La primera de estas transformaciones, es decir, la inversión del sentido en el cual se desplaza la línea argumental, significa que en el argumento para examinar la constitucionalidad de las AAI ya no subyace el propósito de defenderlas de la injerencia presidencial, por considerarse que ya se han consolidado institucionalmente. El nuevo razonamiento, que se iniciara con las sentencias proferidas dentro de los casos *Morrison v. Olson* de 1988 y *SEC v. Bilzerian* de 1990, se desplaza en sentido inverso, y tiene como propósito salvaguardar, en primer término, las competencias presidenciales para dirigir, diseñar y ejecutar la política pública, frente a la intervención de las administraciones o agencias independientes.

La segunda transformación o evolución jurisprudencial, es decir, la atenuación en la rigidez de los estrictos presupuestos legales que permiten al presidente remover a los altos cargos de las AAI, ha significado que las causas legales tradicionalmente previstas para ello, como son la grave negligencia o la mala fe en el cumplimiento del deber, puedan verse ampliadas por vía de interpretación jurisprudencial, con la adición de causales antes desconocidas, como la frecuente y grave discrepancia entre las políticas presidenciales y las formuladas o ejecutadas por las AAI.

10 25 *United States Code* § 2704 (b)(6) 1994: “neglect of duty, or malfeasance in office, or for other good cause shown”.

Por otra parte, esta sensibilidad por proteger las competencias presidenciales una vez consolidado el modelo de AAI, también se manifiesta en un creciente interés de las propias autoridades administrativas independientes por atender voluntariamente, lo cual es fundamental, a las *executive orders* gubernamentales. El acatamiento manifestado libremente por las AAI que lo deseen, transforma en vinculantes las disposiciones contenidas en las respectivas *executive orders*, reflejando un radical cambio en la actitud de algunas de las otrora beligerantes agencias independientes¹¹, y significa un paso –desde el punto de vista de las tesis unionistas– hacia la consolidación de la supremacía administrativa del Gobierno.

Esta transformación, que se ha ido gestando gradualmente, se manifiesta sobremanera a partir de las importantes *executive orders* proferidas por los gobiernos Regan, Clinton, Bush, Obama y Trump¹², cuyo objeto ha sido exigir a las AAI un mínimo de acatamiento a las políticas públicas promovidas desde el Gobierno, así como una mayor coordinación entre las diversas políticas adelantadas por un nutrido número de administraciones independientes.

Durante el mandato del presidente Regan, tal vez las *executive orders* 12.291 y 12.498, de 1981 y 1985, respectivamente, hayan sido las más relevantes al respecto. La primera de ellas pidió a las agencias no proferir normas generales de regulación sectorial hasta tanto el proyecto de regulación tuviera la

11 Con el fin de racionalizar el procedimiento legislativo en materia presupuestaria y evitar la dispersión de propuestas presentadas por las diferentes agencias ante el Congreso de Estados Unidos, este aprobó la *Budget and Accounting Act* de 1921. Esta ley creó el *Bureau of the Budget* y ordenó a las agencias de la rama ejecutiva comunicar sus estimaciones presupuestarias al presidente para su incorporación al proyecto de presupuestos federales. Las AAI continuaron, sin embargo, presentando directamente al Congreso sus propuestas presupuestarias hasta que una enmienda a dicha ley, aprobada en 1934, hizo patente que también las comprendía. No obstante, algunas AAI siguieron presentando propuestas al Congreso sin la aprobación del *Bureau of the Budget*, siempre que dichas propuestas no tuviesen contenido presupuestario. A partir de la década de 1970 el Congreso de Estados Unidos –presumiblemente con el fin de potenciar la autonomía de las AAI y dirimir este asunto, como señalan M. Breger y G. Edles– realiza reformas legislativas que, expresa o tácitamente, permitirán al menos a cuarenta y cuatro de estas instituciones presentar directamente sus propuestas legislativas y presupuestarias ante el Congreso sin necesidad de hacerlo previamente ante la *Office of Management and Budget* (OMB). Cfr. Levy, 2018, pp. 164 y ss.

12 Como también lo hicieron el presidente Carter, en su esfuerzo por modernizar el proceso de elaboración de normas reguladoras, y el presidente Ford, en su empeño en valorar, bajo la coordinación del director de la OMB, el impacto inflacionario de todas las normas reguladoras y las propuestas legislativas elaboradas por las AAI.

aprobación gubernamental. La operatividad de esta *executive order* en particular, demandaba que las agencias sometieran a consideración y aprobación de la *Office of Management and Budget* (OMB) —que en su calidad de agencia ejecutiva actuaba como instrumento administrativo al servicio del Gobierno— un pormenorizado estudio denominado *regulatory impact analysis*, acerca de la relación costo-beneficio, derivada de la aplicación de las normas proyectadas por las agencias.

La segunda *executive order* emitida a este respecto por el presidente Regan, esto es, la 12.498 de 1985, estableció un *regulatory planning process*, a través del cual solicitó a las agencias poner a disposición del Gobierno una proyección anualizada de su actividad reguladora, para su aprobación por parte de la OMB.

Bajo el mandato del presidente Clinton, la *Executive Order* 12.886 de 1993 pidió de nuevo a las agencias, y con mayor intensidad, presentar ante la *Office of Information and Regulatory Affairs* (OIRA) —integrada en la OMB— un completo proyecto de sus planes reguladores, para contrastar su adecuación a las políticas presidenciales y garantizar, además, la coordinación de la labor reguladora entre las diferentes agencias.

La aplicación de lo dispuesto por esta *executive order* ha dado lugar a una mayor autoridad del presidente en sus relaciones con las AAI. Esto ha significado —al parecer— una mejora en el funcionamiento del conjunto de la Administración federal, a pesar de lo cual su desarrollo no ha permanecido exento de cierta crítica, por la escasa transparencia en el funcionamiento de la *Office of Information and Regulatory Affairs*—OIRA (Breger y Edles, 2015, pp. 19-57, 83 ss.).

A su vez, el presidente George W. Bush, mediante la *Executive Order* 13.422 del 18 de enero de 2007, extendió su potestad supervisora de las normas reguladoras para solicitar a los funcionarios de ciertas agencias no solo el necesario informe previo a sus respectivos directores, sino también un informe previo del presidente de Estados Unidos. Asimismo, bajo su mandato, el director de la OMB trató de atraer a las AAI para cooperar con la ya mencionada *Office of Information and Regulatory Affairs* (OIRA) a través del uso de las denominadas *prompt letters*.

El presidente Obama, posteriormente, profirió múltiples *executive orders*, entre las que se encuentran la 13.563 y la 13.579 del 18 de enero y del 14 de julio de 2011, respectivamente, solicitando a las AAI responder voluntaria y favorablemente a las iniciativas de actualización y mejora de la administración reguladora. Estas *executive orders* fortalecen la estrategia ya marcada por la administración Clinton para tomar en consideración factores de difícil

cuantificación, tales como “equidad, dignidad humana, justicia e impacto distributivo” en la elaboración normativa, y promover una mayor “coordinación, simplificación y armonización” entre las AAI, con el fin de reducir “redundancias, inconsistencia y duplicidades”.

Más recientemente, el presidente Trump dio continuidad a la pretensión unionista de expandir los poderes de control del presidente sobre las AAI. A tal efecto, aprobó la *Executive Order 13.771* del 30 de enero de 2017, titulada “*Reducing Regulation and Controlling Regulatory Cost*”, orientada a racionalizar la excesiva producción de normas generales de carácter regulatorio en los diferentes sectores de la sociedad, conocida como “*Order 2 x 1*”. Esta *executive order* dispone que por cada nueva norma regulatoria emitida, la agencia correspondiente debe identificar y suprimir dos órdenes vigentes hasta ese momento. Asimismo, establece que cada una de las nuevas normas regulatorias tenga un límite de coste regulatorio. En este sentido, la misma *executive order* dispone también que aquellos costes generados por cada agencia a partir de una nueva disposición promulgada, sean compensados por el coste regulatorio eliminado a través de la supresión de las regulaciones derogadas. La constitucionalidad de esta *executive order* ha sido objeto de fuertes cuestionamientos y demandas ante los tribunales federales, tanto por extralimitación de las competencias presidenciales y el desconocimiento de las facultades reconocidas a las administraciones independientes, como por centrarse exclusivamente en los costes, sin mencionar la necesaria ponderación de los mismos frente a los beneficios (Levy, 2018, pp. 46-60).

3. LA FEDERAL TRADE COMMISSION (FTC) COMO AAI DE DEFENSA DEL MERCADO Y LA COMPETENCIA EN ESTADOS UNIDOS

3.1. ORIGEN DE LA INSTITUCIÓN Y ÁMBITO COMPETENCIAL DE LA FTC

La *Federal Trade Commission* (FTC) fue creada el 26 de diciembre de 1914, cuando el presidente Woodrow Wilson sancionó la *Federal Trade Commission Act* (15 U.S. Code). Inició actividades el 16 de marzo de 1915, con la misión de salvaguardar el derecho a la libre empresa mediante la defensa del mercado y la competencia e, igualmente, los derechos de los consumidores. De esta forma, la nueva institución asumió, entre otras, las competencias y los recursos humanos y económicos asignados al antiguo *Bureau of Corporations*, vinculado

directamente al Gobierno federal desde 1903, a través del *Department of Commerce and Labor*.

La puesta en funcionamiento de la FTC hizo parte de un ambicioso proyecto de grandes reformas administrativas impulsadas durante la denominada *Progressive Era*, comprendida entre 1890 y 1920, especialmente bajo los mandatos de los presidentes Theodore Roosevelt (1901-1909), William H. Taft (1909-1913) y Woodrow Wilson (1913-1921). Reformas administrativas que conducirían a la creación de tres grandes AAI: la *Federal Reserve Board* (1913), la *Federal Trade Commission* (1914) y la *US International Trade Commission* (1916). Esta tres importantes AAI constituían el corazón de las reformas institucionales diseñadas para superar satisfactoriamente la depresión de los años 1893 a 1897 y la crisis financiera de 1907 a 1914^[13].

El nacimiento de la FTC estuvo acompañado de la promulgación de la *Clayton Act* el 15 de octubre de 1914, con el fin de dotar a la sociedad estadounidense de nuevas instituciones capaces de superar el carácter genérico, ineficaz y poco práctico, cuando no contraproducente, de la *Interstate Commerce Act* de 1887 y, especialmente, de la *Sherman Antitrust Act* de 1890^[14].

Como resumiría dos décadas después el presidente Franklin D. Roosevelt, una vez superada también la Gran Crisis del 29, la FTC y la *Clayton Act* serían la piedra angular que permitiría al Estado de derecho no solo recuperar la credibilidad, transparencia y eficacia de las instituciones, sino también lograr grandes avances para garantizar que los principios éticos de la *golden rule* encontraran su arraigo en la defensa del mercado, la competencia y el

13 Crisis originadas, en ambos casos, por la aparición de poderosos sectores industrializados en condiciones de monopolio; el empleo generalizado de prácticas fraudulentas y acuerdos contrarios a la competencia; la inestabilidad del sector financiero; la crisis en los mercados y el comercio internacional y, no menos importante, el surgimiento de delicados casos de corrupción política, empresarial y financiera. Las causas de la crisis agravaban una situación social de pobreza y desempleo entre las grandes masas de trabajadores nacionales y extranjeros recién llegados a las principales áreas urbanas, y ponían en serio peligro la labor de pequeños y medianos empresarios y comerciantes que exigían garantías al derecho a libertad de empresa y la igualdad de oportunidades, y reclamaban tomar las medidas necesarias para reactivar el desarrollo y crecimiento económico de la sociedad estadounidense.

14 A pesar de sus carencias, la *Sherman Antitrust Act* de 1890 fue el fundamento legal de sentencias tan significativas para la historia del derecho de la competencia como la que permitió a la Corte Suprema de Estados Unidos suprimir, el 15 de mayo de 1911, el monopolio empresarial de la *Standard Oil Company* y disponer su fragmentación en 34 empresas independientes; así como de la sentencia que ordenó, prácticamente de forma simultánea, disolver la *American Tobacco Company*.

consumidor (Mogilnicki y Levisohn, 2019; Lewis y Selin, 2018; Levy, 2018; Fox y Gerard, 2017; Hovenkamp, 2016; Willis, 2013; Harri, 2017).

3.2. ESTRUCTURA ORGÁNICA, FUNCIONAL Y FINANCIERA DE LA FTC

La FTC está dirigida por (5) cinco *commissioners* que conforman el *Board*. Todos ellos son designados por el presidente de Estados Unidos para un período de siete años y están sometidos a la necesaria confirmación del Senado. Al igual que en la generalidad de las AAI, la terminación del período de los *commissioners* se verifica de manera escalonada. Asimismo, es potestad del presidente de Estados Unidos elegir entre los cinco comisionados al *Chairman* de la FTC, siendo Joseph J. Simons, desde el 1.º de mayo de 2018, el presidente de la Comisión.

Como hemos analizado, la FTC ha desempeñado un papel fundamental, no solo en el avance del derecho de la competencia sino, de manera muy singular, en el desarrollo y consolidación del modelo de AAI en Estados Unidos. Uno de los aspectos en los que más ha incidido es el referido a la definición de un límite legal al poder presidencial de remoción de los comisionados o miembros directivos de la institución, como corolario de la existencia de un período predeterminado en el mandato de los *commissioners* de las AAI.

Dirimir la existencia o no de una causa justificada para la destitución de William E. Humphrey, 14.º presidente de la FTC, permitió a la Corte Suprema de Estados Unidos emitir la sentencia *Humphrey's Executor v. United States* de 1935, que afirmó la constitucionalidad de la limitación a las facultades presidenciales de remoción de importantes cargos directivos de la Administración. Esta sentencia reconoció, como ya lo hemos señalado, la obligación de acreditar debidamente, y con pleno respeto al debido proceso, la existencia de cualquiera de las causales previamente establecidas, antes de proceder, por parte del presidente de Estados Unidos, a la destitución de cualquiera de los *commissioners* de las administraciones o agencias independientes.

Esta tesis, que afianza la constitucionalidad de una de las características más visibles y decisivas para garantizar la independencia de las AAI frente al presidente de Estados Unidos, sería posteriormente confirmada, como también lo hemos mencionado, a través de importantes sentencias que comprenden desde *Wiener v. United States* de 1958, *SEC v. Blinder, Robinson & Co.* de 1988, *SEC v. Bilzerian* de 1990, *FEC v. NRA Political Victory Fund* de 1993 y *Swan v. Clinton* de 1996, hasta las sentencias *Free Enterprise Fund v. Public Company*

Accounting Oversight Board de 2010 y, más recientemente, *CFPB v. Morgan Drexen* de 2014, *CFPB v. Future Income Payments* de 2017 y *PHH Corp. v. CFPB* de 2018, que resumen la evolución de las AAI en Estados Unidos y reiteran que los únicos supuestos en los cuales podría el presidente proceder a la destitución de los cargos directivos de las AAI son los jurisprudencialmente establecidos por la Suprema Corte a través de la sentencia *Humphrey's Executor*.

Por otra parte, y antes de avanzar con el estudio de algunas de las características y funciones específicas de la FTC, es necesario ser enfáticos en que la estructura colegial del *Board* implica que el presidente de la Comisión está sometido en todo momento a las políticas generales aprobadas en el seno del máximo órgano directivo de la institución, como sucede con muchas otras AAI en Estados Unidos. En este mismo sentido, las diferentes áreas de la FTC reportan directamente al *Board* en su conjunto, salvo la *Office of Public Affairs*—que atiende a las relaciones con el público y los medios de comunicación— y la *Office of Congressional Relations*—que sirve de enlace con el Congreso— que reportan directamente al presidente de la Comisión.

El análisis de la estructura y funcionamiento de la FTC está caracterizado por la complejidad orgánica y de los objetivos que legalmente le han sido asignados.

Como veremos a continuación, la FTC es una institución que está estructurada en torno a tres grandes ejes: el *Bureau of Competition*, el *Bureau of Consumer Protection* y el *Bureau of Economics*, y doce unidades especializadas que, de manera transversal, colaboran estrechamente con estos tres grandes ejes.

3.2.1. BUREAU OF COMPETITION (BC)

El BC es el primero de los tres grandes ejes en los que está articulada la FTC. Tiene como misión asegurar la transparencia en la libre formación de los precios a través de la oferta y la demanda de bienes y servicios. El BC debe velar por la integridad y eficiencia de la economía de mercado a nivel federal, y prevenir los efectos contrarios a la competencia derivados de fusiones, acuerdos restrictivos de la competencia o cualquier otra práctica comercial. Por consiguiente, su labor específica es garantizar el estricto cumplimiento de las leyes de defensa del mercado y la competencia, y proteger la libertad de los consumidores y usuarios.

El *Bureau* tiene también la responsabilidad de impulsar y llevar a cabo investigaciones sobre posibles violaciones a la ley y recomendar al *Board* las medidas oportunas. Estas medidas incluyen, particularmente, la puesta en

funcionamiento de las demás unidades que integran la Comisión, con el fin de promover mejoras regulatorias o iniciar los procedimientos sancionadores correspondientes.

Desde el punto de vista regulatorio, el BC dirige las iniciativas orientadas a emitir normas de alcance general conocidas como *Trade Rules*. En este mismo sentido, también le corresponde impulsar la formulación, como hemos mencionado, de reformas legales y regulatorias que sean necesarias (tanto de sus propias disposiciones, recogidas en el título 16 del *Code of Federal Regulations*, como de las emitidas por otras instituciones reguladoras). El ejercicio de estas competencias normativas de carácter general está coordinado, igualmente, con el Gobierno federal y las demás administraciones independientes a través de la *Office of Information and Regulatory Affairs* (OIRA).

Y desde el punto de vista judicial, le compete dar inicio, como también se ha señalado, a las acciones correspondientes ante la *Office of Administrative Law Judges* de la propia FTC o ante los tribunales federales, como veremos más adelante.

Para el desarrollo de sus responsabilidades, el BC, con su director a la cabeza –Bruce Hoffman–, cuenta con un equipo de más de 300 profesionales distribuidos, principalmente, en más de ocho divisiones especializadas: la *Premerger Notification Office* (PNO), *Mergers I*, *Mergers II*, *Mergers III* y *Mergers IV*, la *Health Care Division* (HCD), la *Anticompetitive Practices* (ACP) y la *Technology Task Force* (ttf), entre otras.

La PNO tiene como tarea analizar cada año las notificaciones previas a los procesos de fusión en los términos establecidos a partir de la *Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act* de 1976.

A su vez, las divisiones *Mergers I*, *II*, *III* y *IV*, así como la HCD, revisan las fusiones empresariales correspondientes a áreas que comprenden desde sectores farmacéuticos, industrias químicas y de servicios de salud, hasta sectores energéticos (petróleo, gas y electricidad), científicos y de defensa, pasando por las fusiones acordadas en sectores de alimentación, economía, tecnologías de la información y la comunicación, juego o entretenimiento.

También conviene recordar que, a efectos de prevenir riesgos de mercado derivados de procesos de fusión empresarial, la FTC intercambia información y coordina sus actuaciones, tanto con las demás autoridades independientes de regulación y supervisión sectorial como con la División Antimonopolio del Departamento de Justicia del Gobierno federal. Este último, a diferencia de la FTC, tiene competencias para emprender acciones de naturaleza penal ante los tribunales federales.

Por su parte, las divisiones de *Anticompetitive Practices* (ACP) y *Technology Task Force* (TTF) del BC están orientadas a la detección de prácticas contrarias a la competencia, especialmente en sectores vinculados con los derechos de propiedad intelectual y los sectores tecnológicos relacionados con plataformas *on line*, publicidad digital, redes sociales, programas informáticos, operación de sistemas y servicios de transmisión de eventos en directo.

3.2.2. BUREAU OF CONSUMER PROTECTION (BCP)

El BCP es el segundo de los tres ejes en torno a los cuales se articula el funcionamiento de la FTC. Su labor radica en la protección a los consumidores y usuarios de bienes y servicios frente a prácticas abusivas, engañosas o fraudulentas, por una parte, y por otra, la adecuada custodia y defensa de datos personales, empresariales o institucionales de carácter reservado¹⁵.

Sus competencias incluyen, asimismo, la realización de investigaciones, tanto a empresas individuales, como a amplios sectores de mercado en los que, por diferentes circunstancias, podría estar en riesgo los derechos de los consumidores.

El BCP desarrolla, igualmente, una importante tarea de litigación, acudiendo a los propios jueces de la *Office of Administrative Law Judges* o a los tribunales federales, para poner término a las infracciones detectadas y ordenar las sanciones establecidas en la ley, cuando sea necesario.

También adelanta una amplia labor de divulgación, consulta y dictamen a lo largo del proceso de elaboración de nuevas leyes o regulaciones en fase de estudio y aprobación, en torno al impacto que las mismas tienen sobre el mercado, la competencia y los derechos de los consumidores.

Conviene señalar que las áreas que han centrado con mayor asiduidad la actividad del BCP en los últimos años, son las relacionadas con la publicidad engañosa, los productos y servicios financieros, los servicios de salud y atención médica, los fraudes generados a través de productos comercializados mediante tecnologías de la información y la comunicación, la publicidad comportamental, y la violación a la privacidad y a las normas de protección de datos.

¹⁵ Conviene distinguir, en todo caso, las tareas orientadas a la defensa de los derechos de los consumidores que adelanta la FTC de aquellas específicamente dirigidas a la seguridad de los bienes de consumo, cuya labor corresponde a la *United States Consumer Product Safety* (CPSC).

Es oportuno, igualmente, destacar que la gran mayoría de actividades de regulación y supervisión de servicios financieros que tradicionalmente desarrollaba la FTC, a partir del año 2011, y como consecuencia de la crisis financiera, corresponden actualmente a la *Consumer Financial Protection Bureau* (CFPB) creada como AAI especializada en la protección de los consumidores y usuarios de productos financieros, particularmente los relacionados con hipotecas, ahorros, cuentas bancarias y tarjetas de crédito.

En este mismo sentido, y a efectos de garantizar una mayor coordinación entre las diferentes administraciones involucradas en la defensa del consumidor, el 11 de julio de 2018 el presidente *Trump* firmó la *Executive Order 13.844* a través de la cual estableció la *Task Force on Market Integrity and Consumer Fraud*. El propósito de esta *Task Force* es combatir el fraude cometido por las empresas contra los consumidores y, especialmente, aquellos que forman parte de los sectores más vulnerables de la sociedad (particularmente menores y adultos mayores), y prevenir el fraude originado en el uso de nuevos servicios tecnológicos, financieros y de salud. Este grupo de trabajo está conformado, entre otras autoridades, por los presidentes de la FTC, la *Securities and Exchange Commission* (SEC), la *Consumer Financial Protection Bureau* (CFPB) y el Fiscal General Adjunto de Estados Unidos, quien lo preside.

3.2.3. BUREAU OF ECONOMICS (BE)

El *Bureau of Economics* (BE) es el tercero y último de los tres grandes ejes que articulan las competencias de la FTC. Su función es, fundamentalmente, evaluar el impacto económico de sus decisiones de alcance general o individual. Para esto, provee análisis y soporte técnico tanto a las investigaciones de mercado realizadas (empresariales o sectoriales) como a los procesos normativos en curso. De manera muy especial, da apoyo al Congreso y al Gobierno a través de estudios de mercado y dictámenes en torno al impacto económico de las normas en trámite para su aprobación, a efectos de determinar su incidencia sobre el mercado y la competencia y sobre los derechos del consumidor. En este mismo sentido, y con el apoyo de la *Financial Management Office* de la propia FTC, el BE debe implicarse directamente en la elaboración y presentación de los informes solicitados por la *Office of Management and Budget* (OMB).

Además de estos tres grandes ejes, la FTC cuenta, como hemos mencionado, con doce unidades especializadas que colaboran de manera transversal con cada uno de ellos.

Entre todas estas unidades especializadas, y a efectos de destacar otras de sus características orgánicas, funcionales y presupuestarias que también definen a la FTC como autoridad independiente, nos centraremos de manera esquemática en siete de ellas, correspondientes a la *Office of Administrative Law Judges*, la *Office of the General Counsel*, la *Office of Policy Planning*, la *Office of Congressional Relations*, la *Financial Management Office*, la *Office of International Affairs* y la *Office of the Executive Director*.

3.2.4. OFFICE OF ADMINISTRATIVE LAW JUDGES (OALJ)

La OALJ es una unidad que, actualmente, está a cargo de Michael Chappell, Juez Jefe de Derecho Administrativo quien, junto a los demás jueces independientes de la FTC, tiene asignada la tarea de atender las denuncias presentadas por terceros o incoadas de oficio por el *Board*. El procedimiento seguido por cada juez administrativo transcurre de acuerdo con los principios del debido proceso, con especial respeto a los derechos de audiencia y contradicción de las partes interesadas. En estos procedimientos participan funcionarios de la FTC, quienes presentan el caso ante los *Administrative Law Judges*. Estos jueces pueden ordenar las medidas cautelares que estimen oportunas y sus decisiones son, generalmente, objeto de revisión por parte del *Board* de la FTC en pleno. Una vez finalizado el procedimiento en sede administrativa de la FTC, queda abierta la posibilidad de acudir a la Corte de Apelaciones o a la Corte Suprema de Estados Unidos.

En los supuestos de mayor trascendencia, por la naturaleza o cuantía del asunto analizado, la decisión corresponde directamente a los tribunales federales. Por lo tanto, en estos casos, los jueces administrativos de la FTC deberán limitarse a ordenar medidas cautelares, cuando estas sean necesarias, y a adelantar la fase de instrucción del proceso para proceder, posteriormente, a ponerlo en conocimiento de los tribunales federales.

Asimismo, conviene destacar que las acciones de naturaleza estrictamente criminal, como ya se mencionó, solo podrán ser ejercidas por la FTC a través del Departamento de Justicia quien, a su vez, emprenderá las medidas oportunas para actuar ante los tribunales federales¹⁶.

16 Durante las primeras décadas del siglo XX, la mayoría de las AAI gozaron de poder autónomo para defenderse y comparecer por sí mismas ante los tribunales. Con el transcurrir de los años ello ha cambiado y como regla general, en la Administración federal contemporánea,

3.2.5. OFFICE OF THE GENERAL COUNSEL (OGC)

La OGC, dirigida por Alden F. Abbott, desempeña la responsabilidad de asesorar jurídicamente a las diferentes áreas que conforman la Comisión y asume su representación independiente ante los tribunales. Por ende, la FTC ejerce plenamente los derechos de postulación que le permiten emprender procesos ante los tribunales a efectos de garantizar, cuando sea necesario, el cumplimiento de la ley en defensa del mercado y la competencia y las garantías a los consumidores. Asimismo, le permite tomar parte en la defensa de sus propios actos jurídicos generales o particulares ante un juez federal. Igualmente, el *General Counsel* colabora activamente con el Departamento de Justicia con ocasión de los litigios emprendidos directamente por el Gobierno federal. El *General Counsel* elabora informes cuando, por solicitud de la propia Comisión, interviene como *amicus curiae* ante los tribunales federales y también orienta a los consumidores en demandas colectivas de reparación. Finalmente, le corresponde ejercer una labor fundamental acerca de la valoración y estudio jurídico de los proyectos de la agenda legislativa o regulatoria en curso, así como de orientación, cuando sea requerido, a los jueces administrativos de la *Office of Administrative Law Judges* de la propia FTC.

la dirección de la política de representación de las agencias ante los tribunales descansa en las facultades que para tal efecto le han sido otorgadas al Gobierno, a través de *Department of Justice* dirigido por el *Attorney General*. Sin embargo, excepcionalmente el legislador ha permitido que ciertas AAI, como la *Federal Trade Commission* (FTC), la *Federal Communications Commission* (FCC), la *Surface Transportation Board* (STB), la *Federal Maritime Commission* (FMC), la *Security and Exchange Commission* (SEC), la *Nuclear Regulatory Commission* (NRC), la *Federal Energy Regulatory Commission* (FERC), la *Equal Employment Opportunity Commission* (EEOC) o la *United States Postal Service* (USPS), asuman directamente su representación judicial ante determinadas instancias, y bajo los supuestos materiales y procesales señalados en la ley. Durante las administraciones Nixon, Carter y Reagan se experimentaron importantes dificultades para delimitar el ámbito de actuación de las AAI y el *Department of Justice*. Incluso los tribunales podrían oír posiciones y estrategias jurídicas no necesariamente coincidentes entre los representantes de las diferentes administraciones federales. Sin embargo, en los gobiernos posteriores se ha logrado, y así es hasta la fecha, un gran acuerdo según el cual las AAI hacen uso de estas atribuciones cuando se debaten ante los tribunales aspectos especializados y directamente relacionados con su ámbito de competencia reguladora o supervisora, y al *Department of Justice* le corresponden los aspectos más generales que, aun siendo de gran trascendencia para las AAI, sean comunes a todas las administraciones públicas del ámbito federal.

3.2.6. OFFICE OF POLICY PLANNING (OPP)

La OPP es la unidad, dirigida actualmente por Bilal Sayyed, que tiene como objetivo fundamental ayudar a la Comisión a desarrollar e implementar iniciativas de políticas de competencia y protección al consumidor a largo plazo. Asimismo, asesora en este tipo de iniciativas a las diferentes administraciones independientes de orden federal o estatal, así como a los tribunales estatales y federales que lo soliciten.

3.2.7. OFFICE OF INTERNATIONAL AFFAIRS (OIA)

La OIA trabaja estrechamente con todas las diferentes dependencias de la Comisión con el fin de estrechar la cooperación internacional con sus homólogos extranjeros y organizaciones multilaterales. En especial, se enfoca en lograr una mayor convergencia en torno a las mejores prácticas internacionales, y en garantizar un eficaz intercambio de información para el desempeño de sus responsabilidades. Para este propósito, su actual director, Randolph W. Tritell, cuenta con un amplio equipo de profesionales que también participan activamente en proyectos internacionales, la negociación de acuerdos bilaterales de cooperación antimonopolio y la implementación de los compromisos en materia de competencia adquiridos por los diferentes tratados de libre comercio. Igualmente, la OIA colabora con agencias extranjeras encargadas de hacer cumplir la ley en investigaciones y casos que afectan la confianza y seguridad de los consumidores estadounidenses, especialmente en aquellos aspectos relacionados, cada vez más, con el comercio electrónico y las tecnologías de la información y la comunicación.

3.2.8. OFFICE OF THE EXECUTIVE DIRECTOR (OED)

La OED, dirigida hoy en día por David B. Robbins, es la unidad responsable de la administración y gestión de la FTC. El *Executive Director* reporta directamente al presidente de la Comisión. La OED colabora estrechamente con los tres *bureaus* de la FTC para asegurar la utilización eficiente y adecuada de los recursos de la entidad. Está conformada por cuatro organizaciones que gestionan el capital humano de la Comisión, la información tecnológica, los servicios administrativos y, finalmente, los procesos de documentación legal y registro de las diferentes actividades de toda la institución.

3.2.9. FINANCIAL MANAGEMENT OFFICE (FMO)

La FMO, dirigida actualmente por David Rebach, en su condición de *Director and Chief Financial Officer*, tiene la responsabilidad de preparar, con la cooperación del *Bureau of Economics*, los presupuestos anuales y ejecutar las partidas presupuestarias con arreglo a las normas financieras y contables vigentes. De manera muy especial, y nuevamente en colaboración con el *Bureau of Economics*, debe proporcionar información precisa y oportuna a la *Office of Management and Budget* (OMB), la cual, como hemos indicado, ejerce en Estados Unidos una labor esencial de coordinación y control del Gobierno federal, e indirectamente de las comisiones presupuestarias del Congreso, sobre las diferentes administraciones independientes del orden federal.

3.2.10. OFFICE OF CONGRESSIONAL RELATIONS (OCR)

La OCR es una unidad de enlace, pero fundamental a efectos de garantizar la colaboración estrecha entre el Congreso y la FTC en materia de evaluación de la calidad regulatoria, control parlamentario sobre el cumplimiento de objetivos, elaboración de estudios y comparecencias, y preparación y defensa de los presupuestos. Esta última tarea, lejos de revestir un carácter solemne, como sí sucede con otras AAI, tiene elementos de carácter menos reglado y más flexible e informal, mas no por ello carentes de una gran relevancia para garantizar su autonomía financiera a través de los presupuestos.

A este respecto es importante hacer una breve referencia al papel que desempeñan estas dos últimas unidades, es decir, la *Financial Management Office* (FMO) y la *Office of Congressional Relations* (OCR), para garantizar la autonomía financiera de la FTC, en el contexto de las relaciones generales de las AAI con el Gobierno federal y el Congreso.

Recordemos que el Gobierno actúa principalmente a través de su *Office of Management and Budget* (OMB) –también coordinadora de la regulación general proferida por las AAI–, quien recibe los proyectos presupuestarios presentados por las agencias, y los aprueba, transforma o suprime, para adecuarlos a las prioridades y políticas presidenciales.

Entre las múltiples AAI, tal vez la *Federal Trade Commission* (FTC) y la *Security and Exchange Commission* (SEC) –dos de las más prestigiosas agencias independientes– sean los ejemplos más diáfanos del implacable control gubernamental que puede llegar a ejercerse sobre ellas, a través del diseño y asignación presupuestaria.

Hasta hace pocos años las AAI experimentaron una importante disminución presupuestaria, lo cual se ha interpretado como una forma de llamar al orden a las menos afines con las políticas presidenciales. Sin embargo, no es un fenómeno novedoso, y casos como el cese de actividades en 1980 de la *Federal Trade Commission* (FTC) por falta de presupuesto, o las plazas vacantes en la *Consumer Product Safety Commission* (CPSC) por falta de recursos al llegar a su fin la década de 1980, ilustran la relevancia del elemento financiero como una variable fundamental en las relaciones entre ellas y el Gobierno federal.

A modo de contraste, ya que no es el caso de la FTC, conviene destacar que la ley suele también reconocer a algunas administraciones independientes la prerrogativa¹⁷ de enviar formalmente y defender de manera directa y abierta ante el Congreso sus proyectos presupuestarios, con todo lo que ello supone para diseñar y desarrollar una política pública de regulación y supervisión independiente del Gobierno. Este es el caso de importantes agencias como la *Federal Communications Commission* (FCC), el *Board of Governors of the Federal Reserve System* (BGFRS), la *Federal Energy Regulatory Commission* (FERC) y la *Commodities Trading Futures Commission* (CFTC), que presentan directamente ante el Congreso sus proyectos presupuestarios, sin que estos puedan ser previamente examinados por el Gobierno federal —si bien este tiene derecho a conocerlos, simultáneamente a su radicación ante el Congreso—. El Gobierno conserva, en todo caso, intactas sus facultades para controvertir y cuestionar en sede parlamentaria la totalidad de los proyectos presupuestarios presentados por las diversas AAI¹⁸.

Igualmente, y también a efecto de contraste con la FTC, algunas AAI disponen de importantes fuentes privadas de financiación, que corresponden, principalmente, a los ingresos que estas perciben por los servicios realizados en régimen de contraprestación. El caso más destacado de financiación

17 Antes de la *Budget and Accounting Act* de 1921, que crea el *Bureau of Budget* —inmediato precedente de la OMB y con similares tareas de coordinación—, todas las AAI sometían directamente sus presupuestos al Congreso para su estudio y eventual aprobación.

18 Todo lo anterior no excluye la posibilidad de que el propio Congreso de Estados Unidos, a través de sus miembros y bancadas, procure una interlocución informal con las diferentes AAI, como es frecuente con la FTC, ni que ejerza un estricto control presupuestario sobre las diferentes AAI. Este último es el caso de los reconocidos esfuerzos de algunos partidos políticos por restringir el presupuesto de la *National Labour Relations Board* (NLRB), la *Environmental Protection Agency* (EPA), la *Occupational Safety and Health Administration* (OSHA) o el *Consumer Financial Protection Bureau* (CFPB).

privada de las AAI es, probablemente, el *Federal Reserve Board* (FRB), cuya más importante fuente de recursos son las tasas que percibe de los bancos miembros del sistema federal, convirtiéndole en una agencia con un régimen extraordinario que, a su vez, le permite incrementar considerablemente su grado de independencia frente al Gobierno.

En esta misma categoría de AAI que disponen de importantes fuentes de financiación adicionales a las de carácter presupuestario se hallan otras entidades como la *Office of the Comptroller of the Currency* (OCC), el *Public Company Accounting Oversight Board* (PCAOB), la *National Credit Union Administration* (NCUA), la *Pension Benefit Guarantee Corporation* (PBGC), la *Farm Credit Administration* (FCA), la *Federal Deposit Insurance Corporation* (FDIC), el *Consumer Financial Protection Bureau* (CFPB) o la *Federal Communications Commission* (FCC).

Además de estas siete unidades especializadas que hemos analizado tras los tres *bureaus*, la FTC cuenta con cinco unidades adicionales que contribuyen de manera relevante al desarrollo de las responsabilidades confiadas a la Comisión para la defensa del mercado y la competencia y los derechos del consumidor. No obstante, y pese a su importancia, tienen una incidencia menos destacada a efectos de reflejar las características orgánicas, funcionales y financieras que definen a la FTC como una AAI. Estas unidades adicionales son la *Office of Public Affairs*, la *Office of the Secretary*, las *Regional Offices*, la *Office of Inspector General* y la *Office of Equal Employment Opportunity*.

4. ORIGEN Y MARCO CONSTITUCIONAL DEL MODELO DE AAI EN EL REINO UNIDO

Plantear un análisis sobre la adecuación del modelo de AAI a la Constitución del Reino Unido desde países de tradición jurídica continental y, en general, desde países con tradición constitucional escrita y codificada –como también es el caso de Estados Unidos– requiere importantes consideraciones de contexto, con el fin de comprender la dimensión de la tarea institucional que desempeñan, su encuadre entre las diferentes ramas del poder público y el alcance de su autonomía orgánica, funcional y financiera, como ya lo hemos estudiado con anterioridad (Fernández Rojas, 2017).

Este análisis de contexto requiere un par de consideraciones sobre el alcance de las atribuciones constitucionales del Parlamento británico y la doctrina de la *Parliamentary Sovereignty*, por una parte y, por otra, sobre la articulación orgánica y funcional de las diferentes ramas del poder público

a partir del principio de equilibrio de poderes o *checks and balances* (Craig, 2016; Leyland, 2016; Parpworth, 2016; Breger y Edles 2015; Craig, 2015; Jowell, Oliver y O’Cinneide, 2015; Baldwin, Cave y Lodge, 2012; Busuioc, Groenleer y Trondal, 2012; Verhoest, Van Thiel, Bouckaert y Laegreid, 2012; Rittberger y Wonka, 2010).

4.1. PARLAMENTARY SOVEREIGNTY

La Constitución del Reino Unido no se encuentra codificada en un documento escrito que refleje de manera nítida su estructura política y jurídica. Las fuentes normativas de la Constitución británica comprenden instituciones tan heterogéneas como el Parlamento o la Corona, pasando por el derecho de la Unión Europea o la –recientemente creada– Corte Suprema del Reino Unido.

La jerarquía de estas fuentes normativas de carácter constitucional está, sin embargo, claramente marcada por la doctrina de la *Parliamentary Sovereignty*, la cual asegura, en última instancia, la supremacía parlamentaria sobre las demás fuentes constitucionales. Durante mucho tiempo pudo afirmarse que el Parlamento legisla “sobre cualquier asunto sin los obstáculos de un texto constitucional ni la revisión judicial existente en Estados Unidos” (Parrado Díez, 2002). Dicho de otra manera, y parafraseando la célebre cita de Blackstone, el Parlamento podía hacer “todo aquello que no es naturalmente imposible” (Rose, 1982, p. 52).

Esta característica del sistema constitucional británico y la consolidación del Parlamento como máximo garante de la Constitución han supuesto que la creación de la *Competition and Markets Authority* (CMA) y, en general de las diferentes AAI en el Reino Unido, esté marcada por la ausencia de una construcción jurisprudencial en torno a dicha institución. Esto marca una diferencia de profundo calado en la configuración del modelo británico de AAI, si se compara con el gran protagonismo que ha tenido la jurisprudencia en la definición del modelo de AAI en Estados Unidos.

Sin embargo, el ordenamiento constitucional británico ha experimentado dos transformaciones muy importantes que han estrechado o, al menos, encauzado la mencionada *Parliamentary Sovereignty*, a partir de la adhesión del Reino Unido a la Comunidad Económica Europea a través de la *European Communities Act* de 1972, la incorporación al ordenamiento interno de la Convención Europea de Derechos Humanos mediante la *Human Rights Act* de 1998 y la aprobación de la *European Union Act* de 2011.

La primera transformación ha consistido en la necesidad de crear o fortalecer la autonomía orgánica, funcional y financiera de sus autoridades administrativas independientes, conocidas como *quasi-autonomous non governmental organisations* o *quangos*. Especialmente, aquellas autoridades orientadas a la protección de los derechos y libertades fundamentales, a una mejor garantía del equilibrio de poderes y a la regulación y supervisión de sectores sensibles de la sociedad.

Como consecuencia de dicha necesidad, el sistema británico asiste a la creación de la *Office of Fair Trading* (OFT) y la *Competition Commission* (CC) como máximas autoridades en materia de regulación y supervisión del mercado y la competencia, creadas mediante la *Fair Trading Act* de 1973 y la *Competition Act* de 1998, respectivamente; así como al nacimiento, entre otras, de la *Office for Standards in Education* (1992), la *Coal Authority* (1994), la *Office of the Commissioner for Public Appointments* (1995), el *Monetary Policy Committee* (1998), la *Gas and Electricity Markets Authority* (2000), la *Financial Services Authority* (2000), la *Electoral Commission* (2001), la *Office of Communication* (2002), el *Pensions Regulator* (2004), la *Judicial Appointments Commission* (2006), la *Equality and Human Rights Commission* (2007), la *UK Statistics Authority* (2008), el *Financial Policy Committee* (2013), la *Prudential Regulation Authority Board* (2013), la *Financial Conduct Authority* (2013) y, más recientemente, la *Competition and Markets Authority* (2014), que será objeto de nuestro análisis.

La segunda de estas dos transformaciones consiste en la creación de la Corte Suprema del Reino Unido mediante la *Constitutional Reform* de 2005. En adelante, y a partir de su entrada en funcionamiento en octubre de 2009, el examen de constitucionalidad de cualquiera de las leyes que regulan los *quangos* –como de cualquier otra ley– no será competencia exclusiva del Parlamento, lo cual significa un gran cambio en el panorama constitucional del Reino Unido, sino que corresponderá también a la Corte Suprema. En adelante, será ella la institución que determine la adecuación de la ley al conjunto de normas consideradas constitucionales. Normas constitucionales entre las que destacan las leyes que garantizan los derechos y libertades fundamentales, los tratados europeos y las leyes de transferencia de competencias legislativas, ejecutivas y judiciales a Escocia, Gales e Irlanda del Norte.

Esto constituye una auténtica revolución jurídica, toda vez que una de las características tradicionales del sistema británico ha sido la ausencia de distinción entre la ley ordinaria y la ley constitucional. Esta transformación, a pesar

de su trascendencia, tampoco significa la adopción de un sistema de control de constitucionalidad característico de países con una constitución escrita.

El nuevo modelo de control de constitucionalidad otorga a la Corte Suprema la facultad de constatar o señalar el conflicto normativo. Y seguirá siendo el Parlamento, como defensor último de la Constitución, quien tome las medidas necesarias para adecuar la legislación a lo dispuesto por la Corte Suprema.

4.2. CHECKS AND BALANCES

Una vez hecha esta necesaria precisión sobre la *Parliamentary Sovereignty*, la segunda consideración imprescindible para comprender la función que los *quangos* están llamados a desempeñar en el ordenamiento jurídico británico gira en torno a la escasa separación que tradicionalmente ha caracterizado las relaciones entre las diferentes ramas del poder público en el Reino Unido.

A diferencia de la Constitución de Estados Unidos, en la cual existe una distinción orgánica y funcional entre el Congreso, por una parte, y el Gobierno y la Administración Pública, por otra, la tradicional estructura constitucional del Reino Unido se caracteriza por una notable confusión orgánica y funcional entre Parlamento, Gobierno y Administración Pública. En el sistema constitucional británico el Gobierno, conformado en su totalidad por miembros del legislativo, es la prolongación natural del Parlamento, al cual debe su conformación y existencia a lo largo de los cinco años de legislatura, o hasta que el Parlamento decida que este ha perdido su confianza.

Esta configuración de las relaciones entre las ramas legislativa y ejecutiva del poder público permite que la supremacía formal del Parlamento se transforme en la supremacía real del Gobierno que administra el país con el apoyo de las mayorías parlamentarias. En consecuencia, es el Gobierno el que generalmente elabora los proyectos legislativos, cuando no es el Parlamento quien opta por otorgar importantes competencias normativas al Gobierno, concediéndole amplias facultades legislativas.

Esta tendencia ha cobrado protagonismo en el Reino Unido con la consolidación del modelo de *Administrative State*. La complejidad de las materias sobre las cuales legislar acrecienta la labor normativa del Gobierno a través de instrumentos de diversa naturaleza, entre los cuales sobresale la denominada *Henry VIII Clause*, figura que permite —como sucede con frecuencia— la entrada en vigor, de manera automática, de las normas emitidas por el Gobierno como legislador delegado, si antes de 40 días el Parlamento no las objeta.

Asimismo, el Gobierno tradicionalmente ha tenido una importante injerencia en la rama judicial a través de dos facultades. Por una parte, la participación del ministro de Justicia como magistrado de la Corte de Apelaciones (*Law Lords*), radicada hasta hace pocos años en la Cámara de los Lores, y por otra, mediante sus atribuciones para presentar a la reina propuestas de nombramiento o promoción de los jueces en el Reino Unido. Esta larga tradición ha sido recientemente modificada a través de la *Constitutional Reform Act* de 2015 –que dio independencia a la rama judicial mediante la creación de la Corte Suprema del Reino Unido– y la mencionada *Constitutional Reform Act* de 2005 –que estableció un nuevo *quango* denominado *Judicial Appointments Commission* (JAC) y suprimió las competencias tradicionales del Gobierno para controlar los nombramientos de los jueces en el sistema judicial británico–.

La tradicional concentración de competencias en un Gobierno conformado por miembros del Parlamento y apoyado por la mayoría parlamentaria, y con clara injerencia en la rama judicial, llevó a algunos sectores a plantear que una de las características del sistema constitucional británico se resumía en la denominada *elective dictatorship* (Leyland, 2016, pp. 81, 139, 188).

Precisamente, una de las maneras de contrarrestar estas críticas y recuperar el principio de *checks and balances* o equilibrio de poderes ha sido la creación de nuevos *quangos* o el fortalecimiento de los ya existentes, como veremos más adelante.

4.3. APROXIMACIÓN HISTÓRICA AL SISTEMA DE AAI EN EL REINO UNIDO

A lo largo del siglo XVIII y mucho antes de que se proclamara la independencia de Estados Unidos el 4 de julio de 1776, el Reino Unido experimentó la creación de un elevado número de instituciones administrativas con un alto grado de autonomía. Algunas de estas instituciones administrativas nacieron bajo el auspicio del Parlamento, con el fin de servir de contrapeso a las facultades de la Corona. Otras lo hicieron a instancias de la Corona, con el fin de neutralizar algunas atribuciones del Parlamento.

Hasta mediados del siglo XIX, la creación de muchos de estos organismos, generalmente denominados *boards*, estuvo determinada por la necesidad de atender los problemas sociales derivados de la Revolución Industrial, en medio de la ausencia de una teoría clara sobre su encaje en el ordenamiento jurídico británico. Entre estos organismos destacan los *Boards of Health* o los *Poor Law Bodies*, dirigidos especialmente a reforzar la asistencia que las entidades

locales, iglesias y asociaciones sin ánimo de lucro ofrecían para paliar las necesidades de los sectores marginados de la población.

La *Reform Act* de 1832 dio inicio a un proceso de creación parlamentaria de departamentos ministeriales llamados a responder, de manera centralizada, del desempeño de los diferentes *boards* que escapaban con facilidad del control parlamentario. Es decir, el Gobierno central se articula como instrumento del Parlamento para supervisar un creciente número de administraciones independientes que escapaban al control parlamentario.

Siguiendo el modelo napoleónico de administración centralizada, algunos *boards* desaparecían para convertirse en departamentos ministeriales y otros eran adscritos a los mismos.

En la primera mitad del siglo XX, como se analiza en el *Haldane Review* de 1918 y el *Anderson Review* de 1945, la creciente intervención del Estado en la economía genera una explosión en el número de *boards* encargados de supervisar y regular sectores sensibles de la sociedad e implantar el modelo de *Welfare State* en el Reino Unido. La reconstrucción del país tras la Segunda Guerra Mundial y la política de nacionalización de empresas prestadoras de servicios considerados esenciales consolidó el modelo de gestión de *boards*.

Sin embargo, la eficiencia del modelo vigente para la época es puesta en duda en 1968, a través de la publicación del *Report of the Fulton Committee*. El informe de este comité parlamentario propone una amplia reestructuración de departamentos ministeriales y la segregación de algunas de sus unidades a través de la creación de nuevos *boards* inspirados en principios de mayor especialización, transparencia y evaluación de resultados.

En 1978 surgen críticas en torno a la existencia de un elevado número de *boards* con altos niveles de independencia orgánica, funcional y financiera que la doctrina, a partir de ese momento, ha agrupado bajo la denominación genérica de *quasi-autonomous non governmental organisations* o *quangos* (Holland y Fallon, 1978, pp. 6 y 13).

Conviene indicar que la denominación de *quangos* comprende un amplio espectro de instituciones con niveles muy variados de independencia orgánica, funcional y financiera frente al Gobierno. Algunos analistas consideran que debería utilizarse esta categoría únicamente para hacer referencia a aquellos organismos con mayor nivel de independencia. Es decir, para designar a aquellos organismos creados legalmente por el Parlamento o mediante la concesión de una *prerogative* especial de la Corona y que, a efectos prácticos, les permite disfrutar de una autonomía superior comparada con la de aquellas instituciones creadas exclusivamente por mandato gubernamental.

En 1980 el *Pliatzky Review* o *Report on Non Departmental Public Bodies* intentó elaborar una relación completa de los *quangos* existentes, así como de sus atribuciones, su régimen jurídico y los problemas constitucionales que plantean en el conjunto de las instituciones públicas del Reino Unido. Este informe acuñó igualmente el término *Non Departmental Public Bodies* (NDPB) para designar los *quangos* con mayor nivel de independencia, es decir, aquellos creados legalmente por el Parlamento o mediante *prerogative* de la Corona.

En 1988 el *Next Step Report* o *Ibbs Report*, cuyo título oficial es *Improving Management in Government: the Next Steps*, responde al auge del *New Public Management* en el Reino Unido. Señala que los resultados de las reformas propuestas por el *Report of the Fulton Committee* han sido insatisfactorios y plantea avanzar hacia una mayor eficiencia y mejor atención al ciudadano, a través de mecanismos de transparencia, evaluación de objetivos, procesos y resultados.

Dicho informe propone, igualmente, que, bajo la denominación de *executive agencies*, se avance hacia un modelo de administración que distinga claramente, por una parte, la propuesta de políticas públicas a cargo del Gobierno, y por otra, el desarrollo con plena autonomía de la tarea gerencial de ejecución por parte de la agencia responsable de su implementación.

Esta tesis evidencia —como también la tesis unionista en Estados Unidos— la necesidad de facilitar una mayor coordinación entre la formulación de las políticas públicas planteadas por estas AAI y las propuestas por el Gobierno.

En los 10 primeros años de desarrollo del modelo propuesto por el *Next Step Report* se crearon 139 *executive agencies*, en las cuales trabajaban el 77% de los funcionarios de la Administración central. Y una vez comprobada la conveniencia de reestructurar las mismas, fusionarlas o suprimirlas, su número ha fluctuado hasta llegar a 90 en el año 2010 (Verhoest, Van Thiel, Bouckaert y Laegreid, 2012, p. 57).

Estas *executive agencies* realizan funciones de prestación de servicios en mayor medida y, en menor grado, tareas de regulación y supervisión sectorial. Los ámbitos en los cuales desarrollan sus competencias son profundamente heterogéneos y comprenden desde seguridad social, salud, transporte, agricultura, propiedad intelectual o inmigración, hasta construcción, defensa o administración penitenciaria.

Generalmente las *executive agencies* son instituciones de creación gubernamental y con personería jurídica propia. Están adscritas a un departamento ministerial y la relación entre ellas y el Gobierno está definida —a diferencia de los *quangos* en sentido estricto— por un acuerdo detallado suscrito entre ambas

partes. Un acuerdo cuyas cláusulas constituyen un contrato, generalmente por 3 o 5 años, en el que se delimitan los derechos y deberes de las partes, los objetivos a cumplir, las apropiaciones presupuestarias, las estrategias, la política de personal e incluso la libertad de externalizar actividades mediante contratos o alianzas público-privadas necesarias para obtener los resultados acordados. Del cumplimiento de los términos contractuales depende no solo la renovación de sus cargos directivos, sino la existencia misma de la agencia.

Podría decirse que la mayoría de las *executive agencies*, creadas autónomamente por el Gobierno, tendrían la consideración de *quangos* únicamente en un sentido amplio.

De manera simultánea a la evolución de estos organismos, en 1995 el Informe Nolan, publicado por el *Committee on Standards in Public Life*, propuso reformas orientadas a aportar mayor transparencia en la designación de los cuerpos rectores de los diferentes *quangos* y de la Administración británica en general.

Como consecuencia de este amplio proceso han surgido paulatinamente nuevas y muy importantes instituciones con un elevado nivel de autonomía orgánica, funcional y financiera frente al Gobierno. Instituciones que, a raíz de sus elevados niveles de independencia, están sometidas a un férreo control y evaluación de resultados. Esto conduce con frecuencia a la reestructuración, fusión o supresión de algunas de estas entidades, de conformidad con su capacidad, idoneidad y eficacia para obtener los objetivos que les han sido confiados.

En su conjunto, todas y cada una de las instituciones enmarcadas dentro de la categoría de *quangos* se hallan revestidas de una notoria independencia orgánica, funcional y financiera que les permite ejercer sus competencias con una autonomía superior a la del resto de administraciones públicas dependientes del Gobierno. Especialmente, aquellas que pertenecen a dicha categoría en sentido estricto, es decir, aquellas creadas legalmente por el Parlamento, como es el caso de la *Competition and Markets Authority* (CMA) objeto de nuestro estudio, o mediante *prerogative* de la Corona, como es el caso de la *British Broadcasting Corporation* (BBC).

Estas instituciones están presididas por directivos seleccionados a través de procesos que tienden, cada vez más, a ser públicos, transparentes y competitivos. Directivos que están sometidos a un severo régimen de incompatibilidades e inhabilidades y son nombrados generalmente por el Gobierno. En algunos casos, su nombramiento depende de la Corona, a propuesta del Gobierno, y en otros, del Gobierno, previo examen de los candidatos por el Parlamento. Estos nombramientos se realizan por un plazo de mandato predeterminado

—habitualmente entre tres y seis años renovables—, cuyo cumplimiento está protegido por la limitación de su cese a causas justificadas. Causas justificadas que, al igual que sucede en el modelo estadounidense, en algunos casos se encuentran establecidas explícitamente y en otros se hallan consagradas de manera tácita.

Así mismo, muchas de estas AAI están diseñadas con amplias competencias reguladoras y de supervisión, consideradas en el Reino Unido —al igual que en Estados Unidos— como atribuciones de naturaleza cuasi-legislativa y cuasi-judicial, y se encuentran facultadas con un nivel de autonomía financiera para el ejercicio de sus competencias que varía frecuentemente entre ellas.

Todos estos *quangos* desempeñan importantes competencias en ámbitos de muy diversa naturaleza. Sin excepción, asumen funciones relevantes, sensibles y de honda repercusión para la sociedad, como hemos tenido la ocasión de constatar en publicaciones anteriores (Fernández Rojas, 2017). Y lo hacen por disposición del Parlamento que, legal y constitucionalmente, les da la cobertura necesaria para ello.

Antes de avanzar al siguiente epígrafe, conviene destacar que a pesar de las exigencias planteadas por los sectores que defienden la supremacía del Gobierno sobre las AAI, en el Reino Unido también se ha manifestado —al igual que en Estados Unidos— el interés implícito por mantener un moderado sistema de AAI como barrera a la responsabilidad política que, de otra forma, alcanzaría directamente a los miembros del Gobierno.

5. LA COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY (CMA) COMO AAI DE DEFENSA DEL MERCADO Y LA COMPETENCIA EN EL REINO UNIDO

5.1. ORIGEN DE LA INSTITUCIÓN Y ÁMBITO COMPETENCIAL DE LA CMA

A diferencia de la FTC, con una más que centenaria tradición al frente de la regulación y supervisión de la defensa del mercado y la competencia, la *Competition and Markets Authority* (CMA) es una institución que entró en funcionamiento el 1.º de abril de 2014, no obstante lo cual constituye una de las más relevantes administraciones independientes en el Reino Unido. Fue creada con el propósito de defender y promover el mercado y la competencia al interior del país, y de permitir al consumidor disfrutar de los beneficios de la creación de nuevos mercados, así como de una sana y necesaria incertidumbre

competencial por parte de los productores o comercializadores de bienes y servicios.

Para este fin, la nueva CMA unifica la mayor parte de las competencias otorgadas hasta entonces a la *Office of Fair Trading* (OFT) –creada mediante la *Fair Trading Act* de 1973– y a la *Competition Commission* (CC) –creada por la *Competition Act* de 1998–. De esta forma, el Reino Unido se decantó por aproximarse al modelo imperante en los demás Estados miembros de la Unión Europea y acercarse, desde esta perspectiva, a un sistema de autoridad convergente, común en la inmensa mayoría de las economías europeas (Marco Colino, 2019; Bailey y John, 2018; Petrusevic y Duic, 2018; Whish y Bailey, 2018; Chisholm, 2016; Ezrachi y Kovacic, 2016; Jones y Sufrin, 2016; Ottow, 2015; Evans y Brophy, 2014; MacCulloch y Rodger, 2014; European Competition Network, 2013; Graham, 2013; Rawnsley, 2011; Favart, 2011).

El Gobierno británico, a través del *Department for Business, Innovation and Skills* (BIS), hizo público el 14 de octubre de 2010 su empeño en promover la creación de la *Competition and Markets Authority* (CMA).

En consecuencia, el Gobierno británico anunció el 16 de marzo de 2011 una consulta abierta, mediante la publicación del documento titulado *A Competition Regime for Growth. A Consultation on Options for Reform*, en el cual planteó que la nueva autoridad debería tener importantes atribuciones sobre los procesos relacionados con fusiones, cartelización, abusos de posición dominante y acuerdos o conductas contrarias a la competencia.

El Parlamento, en virtud de la *Enterprise and Regulatory Reform Act* de 2013, sancionada por la Corona el 25 de abril del mismo año, procedió a introducir mejoras relevantes en el modelo de defensa del mercado y la competencia. Las reformas más destacadas de esta ley han sido dos: aprobar la futura creación de la *Competition and Markets Authority* (CMA) y mejorar los mecanismos de persecución y sanción de los delitos¹⁹ contra la libre competencia.

Entre los días 15 de julio y 6 de septiembre de 2013, y 17 de septiembre y 7 de noviembre de 2013, se desarrollaron los procesos formales de consulta pública impulsados por el Gobierno. A lo largo de todo este proceso, uno de los aspectos que suscitó mayor debate fue la articulación de los procesos tradicionalmente asignados a la *Office of Fair Trading* (OFT) y a la *Competition*

19 En este último sentido, suprime el componente subjetivo de dolo en la conducta, para dar paso al componente culposo en la ocultación de información relevante a los consumidores o la participación en estrategias de cartelización.

Commission (CC), de manera que la unificación de ambas entidades no sacrificara la imparcialidad garantizada por la existencia de organismos claramente diferenciados, a efectos de evaluar, entre otros, los procesos de fusión empresarial y los procesos de investigación de mercados²⁰.

Anteriormente, los casos de fusiones complejas eran remitidos por la OFT a la CC. En adelante, y a partir del modelo formulado por esta reforma, el *Board* de la *Competition and Markets Authority* (CMA) será responsable de adelantar la Fase 1 de la investigación relacionada con la fusión. Posteriormente, el *Panel* de la propia CMA, por conducto de sus expertos independientes, será el responsable de desarrollar y culminar la Fase 2 de resolución, como lo veremos posteriormente al analizar la estructura orgánica de la CMA. Un cambio

20 Por ello, a lo largo del diseño de la nueva *Competition and Markets Authority* (CMA) se plantearon abiertamente varios escenarios con características muy distintas: a) Por una parte, conservar la estructura existente con unas mejoras en la racionalización de los procedimientos; b) Por otra, crear tribunales administrativos internos que tomaran autónomamente decisiones sobre la existencia de supuestas infracciones y la imposición de sanciones, y, finalmente, c) Adoptar un modelo en el que la futura *Competition and Markets Authority* (CMA) tuviera que llevar los casos ante el *Competition Appeal Tribunal*, a través de un proceso radicado en sede judicial, para que la justicia tomara la decisión final sobre la existencia de tales infracciones y la imposición de las sanciones correspondientes. Además de estos grandes aspectos de articulación inicial de las competencias anteriormente atribuidas a la *Competition Commission* (CC) y la *Office of Fair Trading* (OFT), conviene señalar que también se reformularon otros aspectos muy importantes para convertir al regulador en una autoridad más relevante y proactiva en defensa del mercado y la competencia, como los siguientes: a) Mejorar los procesos de recolección y análisis de información por parte de la Administración; b) Racionalizar las investigaciones de mercados para programar adecuadamente sus prioridades y la rapidez en las mismas, a efectos de reducir el actual promedio de tres años por cada una de ellas. Para esto se propuso incorporar líneas orientativas para indicar con mayor claridad y transparencia la selección de los casos sometidos a investigación y sanción; c) Facilitar que las pequeñas y medianas empresas puedan ser adecuadamente escuchadas; d) Fortalecer la colaboración de los demás reguladores sectoriales británicos con la futura CMA; e) Mantener las actuales competencias regulatorias de carácter sectorial, aunque fomentando la utilización de las herramientas del derecho de la competencia antes que los poderes estrictamente regulatorios; f) Analizar un posible incremento en las tasas que permitan que las empresas interesadas en adelantar procesos de fusión asuman los costes reales del análisis, estudio y aprobación. En este mismo sentido, se propuso que las empresas sancionadas cubrieran también los costos en los cuales hubieren hecho incurrir a la Administración, y g) Pasar de un modelo fundado preponderantemente en la notificación voluntaria a un sistema de notificación obligatoria o casi obligatoria –aunque finalmente no prosperaría–. Esto iría acompañado de medidas de efecto suspensivo, como sucede en el resto de los países europeos, dependiendo de las cuantías económicas comprometidas en la operación.

importante es que algunos –no muchos– de los miembros que resuelven el caso en la Fase 2 probablemente hayan estado vinculados a la investigación desarrollada en la Fase 1 para garantizar mayor agilidad y experiencia ante el caso analizado. Este nuevo mecanismo procesal al interior de una misma AAI aproxima al Reino Unido al modelo orgánico y funcional vigente en el resto de países europeos y en Estados Unidos.

En cuanto a las investigaciones de mercado, la nueva estructura unificada ha tenido también consecuencias relevantes. Anteriormente, si la *Office of Fair Trading* (OFT), mediante estudios preliminares de mercado, detectaba prácticas anticompetitivas, las comunicaba a la *Competition Commission* (CC) para que desarrollara las correspondientes investigaciones de mercado. Bajo el nuevo modelo, la *Competition and Markets Authority* (CMA) concentrará, en dos fases, ambas atribuciones. De esta forma, se pretende garantizar a los actores del mercado un límite de tiempo que reduce la duración de los procesos a un máximo de 12 meses para la Fase 1 y de 18 meses para una eventual Fase 2.

Asimismo, es importante señalar que la CMA tendrá poderes concurrentes con reguladores especializados competentes en sectores tales como los servicios financieros, las telecomunicaciones y los servicios de correo y publicidad, la generación, comercialización y distribución de energía, el tráfico aéreo y servicios de carácter aeroportuario, marítimo, ferroviario y terrestre, los servicios de salud (solamente en Inglaterra), y los servicios de energía, agua y alcantarillado.

En consecuencia, la CMA coordinará las políticas de competencia con los diferentes reguladores sectoriales a través de encuentros bilaterales mantenidos en el nuevo foro creado para tal efecto, bajo la denominación *UK Competition Network*. Este foro de reguladores sectoriales está integrado, igualmente, por la *Financial Conduct Authority* (FCA), el *Payment Systems Regulator* (PSR), la *Office of Communications* (OfCOM), la *Civil Aviation Authority* (CAA), la *Office of Rail and Road* (ORR), la *Gas and Electricity Markets Authority* (OfGEM), la *Water Services Regulation Authority* (OfWAT) y la *Northern Ireland Authority for Utility Regulation* (NIAUR)²¹.

²¹ En relación con este último aspecto, varios de los miembros más relevantes de la CMA han desarrollado una amplísima carrera profesional al frente de algunos de los reguladores y supervisores independientes aquí mencionados, entre ellos David Currie, presidente siete años de la *Office of Communication* (OfCOM); Amelia Fletcher, miembro de la *Financial Conduct Authority* (FCA) y de la *Office of Gas and Electricity Markets* (OfGEM); Sonya Branch y Erik Wilson, ambos directores de la antigua *Office of Fair Trading* (OFT), y Robert Witcomb, anterior presidente de la *Competition Commission* (CC).

Este foro, coordinado por la CMA y conformado por todos los reguladores sectoriales del Reino Unido, desempeña las funciones que en Estados Unidos le son confiadas a la *Office of Information and Regulatory Affairs* (OIRA) de la *Office of Management and Budget* (OMB) y, más recientemente, a la *Task Force on Market Integrity and Consumer Fraud*, creada en 2018.

A su vez, y a efectos también de coordinación, el Gobierno británico publicó, a través del *Department for Business, Innovation and Skills* (BIS), una *Ministerial Statement* con las prioridades estratégicas que propone desarrollar a la nueva CMA, con carácter meramente orientativo y respetando su independencia²².

A partir del funcionamiento de todos estos elementos, la CMA publica anualmente un reporte sobre la efectividad del modelo regulador de la competencia y la aplicación de las normas de la competencia que rigen los diferentes sectores regulados. De forma especial, debe reflejar el cumplimiento de la obligación de todos los reguladores sectoriales británicos de acudir a los instrumentos jurídicos comunes para garantizar la libre competencia y, solo cuando sea estrictamente necesario, incorporar mecanismos regulatorios.

Conviene no perder de vista, sin embargo, que a pesar de los avances experimentados por el nuevo modelo, la Administración Pública británica explora permanentemente nuevas vías para acercar su desempeño y configuración a las necesidades de la sociedad. En este sentido, su presidente Andrew Tyrie planteó el 21 de febrero de 2019 importantes reformas institucionales y legislativas al modelo británico de regulación de la competencia, en respuesta al informe que solicitó en dicho sentido el Gobierno²³. Antes de avanzar en el

22 En este sentido, el Gobierno británico le propuso, para sus primeros tres años de existencia, cuatro objetivos prioritarios: a) Identificar los mercados donde la competencia no esté funcionando correctamente y tomar las medidas que estime oportunas para estimular la innovación y el desarrollo de nuevos modelos de negocio, corregir los problemas de información o de asimetría informativa, superar las restricciones a la competencia, garantizar los derechos de los consumidores y el crecimiento del mercado; b) Ejecutar firmemente las normas antitrust dondequiera que sean objeto de infracción; c) Advertir al Gobierno cuando este pueda estar generando barreras a la competencia y, finalmente, d) Liderar, en colaboración con las administraciones sectoriales de regulación y supervisión, la defensa de la competencia y la expansión de los mercados financieros, las telecomunicaciones, la asistencia médica y sanitaria, el transporte, el suministro de servicios domiciliarios de agua y alcantarillado, o los sectores energéticos, trabajando coordinadamente con los mencionados reguladores sectoriales.

23 Competition and Markets Authority (CMA). *Report from Rt. Hon. Lord Tyrie, Chairman of the CMA, to Rt. Hon. Greg Clark MP Secretary of State for Business, Energy and Industrial*.

análisis de la nueva estructura de la CMA, podemos resumir que estas reformas van dirigidas a mejorar la protección al consumidor y fortalecer la confianza de los ciudadanos en los mecanismos de mercado, en un contexto marcado por tres factores: el crecimiento de la economía digital, la implementación de la salida del Reino Unido de la Unión Europea (*Brexit*) y la percepción creciente sobre un incremento de los márgenes de rendimiento de algunos sectores productivos a costa de consumidores y trabajadores²⁴.

Disponible en: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/781151/Letter_from_Andrew_Tyrie_to_the_Secretary_of_State_BEIS.pdf (Recuperado el 23 de junio de 2019).

- 24 Las líneas de reforma marcadas por este informe se sintetizan en nueve aspectos centrales que, dicho sea de paso, se aproximan en términos generales al modelo vigente en la FTC de Estados Unidos: 1. Modificar el enfoque de la actuación de la CMA. A este respecto, el objetivo propuesto para la CMA es cambiar su actual enfoque, desde la simple promoción de la competencia en beneficio del consumidor a la protección directa de los intereses del consumidor, y particularmente del consumidor vulnerable en sectores tecnológicos, financieros o de salud, entre otros. Especialmente cuando el consumidor se halla a merced tanto de la utilización de procedimientos automáticos derivados de algoritmos como del uso del *blockchain* y otras herramientas tecnológicas que podrían incidir en la determinación de precios en detrimento del consumidor, a pesar de que el productor o distribuidor de bienes o servicios no se halle en condiciones de ejercer una posición dominante, ni existan acuerdos colusorios tradicionales por parte de los oferentes. Valga la oportunidad para recordar que esta es, igualmente, una de las preocupaciones subyacentes y de mayor actualidad que han motivado las más recientes reformas emprendidas en Estados Unidos, como hemos podido constatar, a través de la creación de la *Task Force on Market Integrity and Consumer Fraud* el 11 de julio de 2018; 2. Dotar a la CMA de competencias para imponer medidas cautelares específicamente dirigidas a la defensa de los consumidores, en especial para corregir con rapidez situaciones de abuso en detrimento de la competencia en mercados que operan por vía electrónica. Estas medidas cautelares dirigidas de manera específica a la protección de los consumidores no tendrían que esperar a la tradicional autorización por parte de los tribunales británicos. De esta manera se aproximaría al modelo de reacción inmediata de la FTC, ejercido a través de la *Office of Administrative Law Judges* (OALJ), dotada, entre muchas otras atribuciones, de amplias competencias para ordenar medidas cautelares; 3. En el mismo sentido, el presidente de la CMA, Andrew Tyrie, propone dotar a la CMA de competencias para que, en desarrollo de las investigaciones de mercado, pueda ordenar también medidas cautelares en favor de los consumidores, a pesar de que, a diferencia de lo referido en el numeral inmediatamente anterior, no se halle ante conductas que afecten negativamente la competencia. Esta solicitud de reforma responde a las deficiencias detectadas –y la frustración generada– por la tardanza de varios años entre el inicio de la investigación y la correspondiente resolución, especialmente en detrimento del consumidor de servicios financieros y de servicios domiciliarios; 4. Se plantea también la posibilidad de que la CMA tenga facultades para ordenar el cese de prácticas contrarias a los derechos de los consumidores e imponer sanciones de contenido económico a los infractores, en lugar de esperar a que lo hagan las instancias judiciales; 5. Igualmente, se propone que la

5.2. ESTRUCTURA ORGÁNICA, FUNCIONAL Y FINANCIERA DE LA CMA

Aun cuando en el ámbito europeo existe un consenso generalizado en torno a la necesidad de dotar de elevados niveles de independencia a los reguladores y supervisores del mercado y la competencia, la manera concreta en que se materializan las garantías de independencia, especialmente las de carácter orgánico, admite niveles muy heterogéneos y un gran número de particularismos.

La CMA cuenta con una estructura compleja, derivada de la diversidad y amplitud de sus competencias. Está dirigida por un *Board* conformado por un presidente, un director general, tres directores ejecutivos y seis directores no ejecutivos. Todos ellos cuentan con el apoyo de importantes comités y subcomités operativos. Asimismo, la CMA dispone de un *Panel* independiente integrado, como analizaremos brevemente, por personalidades de mucho prestigio.

CMA disponga de competencias para hacer obligatorias las solicitudes de información presentadas a los actores del mercado en desarrollo de investigaciones no formales. Las empresas, actualmente, no están obligadas a dar respuesta a tales requerimientos y tampoco se hacen acreedoras, por ende, de sanciones por su desconocimiento; 6. Modificar el modelo actual de notificación voluntaria de los procesos de fusión empresarial para transitar hacia un modelo de notificación obligatoria de procesos de fusión empresarial por encima del umbral acordado. De acuerdo con la propuesta presentada, esto supondría adicionalmente otorgar efectos suspensivos a dicha notificación y la obligación de sufragar, por parte de los interesados, no solo las tasas actualmente vigentes, sino un importe que se aproxime más al importe de los gastos derivados del estudio de los casos de fusión que entrañan una particular complejidad para la CMA; 7. Mejorar aspectos relevantes del buen gobierno corporativo de las sociedades de capital con el fin de extender la responsabilidad individual de los cargos directivos de las empresas que infrinjan de manera grave las normas que protegen la competencia y los derechos de los consumidores. Esto también se extendería a los auditores que, en adelante, tendría la obligación de reportar cualquier riesgo de incumplimiento de las empresas que puedan detectar a lo largo del ejercicio de su desempeño profesional. En un sentido semejante, también se solicita mayor firmeza en el modelo de incentivos económicos para los *whistleblowers* y la garantía de anonimato; 8. Hacer más rápida la gestión de los tribunales ante los cuales se ejerce el control de legalidad de las decisiones tomadas por la CMA, y de manera muy especial, del *Competition Appeal Tribunal*, sin que ello vaya en desmedro de los derechos de todas las partes implicadas; 9. Sin embargo, no todas las sugerencias planteadas por el actual presidente de la CMA se encaminan a fortalecer las competencias de la institución. *Lord Tyrlle* sugiere transferir, por una parte, algunas de las competencias de la CMA a otros reguladores sectoriales para resolver apelaciones relacionadas con el control de precios y metodologías tarifarias y, por otra, transferir a las *Serious Fraud Office* (SFO) las tareas relacionadas con la persecución de prácticas de cartelización.

5.2.1. BOARD DE LA CMA

El *Board*, máxima autoridad de la CMA, está integrado por once miembros. Entre ellos su actual *Chairman*, Lord Andrew Tyrie; su *Chief executive*, Andrea Coscelli; tres *executive directors* que encabezan tres de las direcciones generales de la CMA: *Markets and Mergers Directorate* (MMD), a cargo de Andrea Gomes da Silva; *Enforcement Directorate* (ED), regido por Michael Grenfell, y *Corporate Services Directorate* (CSD), a cargo de Erik Wilson. Asimismo, hacen parte del *Board* seis directores no ejecutivos (*non-executive directors*): William Kovacic, Amelia Fletcher, Jonathan Scott, Martin Coleman, Cynthia Dubin y Kirstin Baker, quien es, asimismo, miembro del *Panel*. También asisten, con voz pero sin voto, el consejero económico jefe Mike Walker y la responsable de asuntos jurídicos Sarah Cardell.

La totalidad de los once miembros del *Board* son elegidos por un período de cinco años. Son nombrados por el Gobierno a través del *Secretary of State for Business, Energy and Industrial Strategy* y deben comparecer públicamente ante el *Business, Energy and Industrial Strategy Committee* (*BEIS Committee*) de la Cámara de los Comunes, previamente a su nombramiento. Como corolario de lo anterior, los miembros del *Board* no pueden ser cesados discrecionalmente por el Gobierno antes del cumplimiento del período para el cual han sido elegidos. Los únicos supuestos admitidos para su cese son causas plenamente justificadas, especialmente, el acreditado y grave incumplimiento de sus obligaciones.

La selección de sus miembros debe hacerse a través de criterios de competencia, publicidad y transparencia, de acuerdo con los rigurosos estándares impuestos por la *Office of the Commissioner for Public Appointments* (OCPA) y los del Informe Nolan. Este proceso de selección y el carácter internacional de sus integrantes han permitido que los miembros elegidos para conformar el *Board* hayan gozado de gran reconocimiento. Desde su creación han hecho parte del *Board* personalidades como el estadounidense Bill Kovacic, anterior presidente de la *Federal Trade Commission* (FTC); Philip Lowe, Director General para la Competencia de la Comisión Europea durante más de diez años; la profesora belga Annetje Ottow, catedrática de Derecho de la Competencia de la Universidad holandesa de Utrecht y anteriormente miembro de la Autoridad Independiente de las Telecomunicaciones de los Países Bajos, entre otros²⁵.

25 En cuanto al régimen de incompatibilidades, es necesario destacar que, además de ceñirse al

Hemos señalado que entre los once miembros del *Board*, además de su *Chairman*, su *Chief executive* y sus seis *non-executive directors*, hay tres *executive directors* responsables de las tres grandes direcciones generales:

i. El *Markets and Mergers Directorate*, a cargo de Andrea Gomes da Silva, que dispone de cinco direcciones técnicas, entre ellas *Markets and Delivery*; *Mergers and Remedies*, y *Business and Financial Analysis*;

ii. El *Enforcement Directorate*, dirigido por Michael Grenfell, que cuenta con siete direcciones técnicas, entre las que destacan *Cartels*; *Antitrust*; *Consumer Protection*; *State Aid*; *Investigations and Intelligence*, y *Digital Forensics and Intelligence*, y

iii. El *Corporate Services Directorate*, con Erik Wilson al frente, que cuenta con ocho direcciones técnicas correspondientes a *Governance and Performance*; *Human Resources*; *Commercial and Contract Management*; *Finance and Security*; *Strategy, Communications and Devolved Nations*; *UK Nations*; *Technology and Business Services*, y *Property Transformation*.

Asimismo, el *Board* de la CMA cuenta con dos comités operativos, reproduciendo una estructura ampliamente extendida en la gran mayoría de administraciones independientes en el Reino Unido. Concretamente, el *Board* de la CMA cuenta con dos comités operativos que facilitan la labor colegial de la institución: i. el *Executive Committee*, y ii. el *Case and Policy Committee*.

El primero de estos dos comités operativos tiene como misión supervisar, por delegación del *Board*, el desempeño general de la CMA, su dirección y liderazgo estratégico, la organización y asignación de los recursos humanos, técnicos y financieros, y la política de transparencia y comunicación. Este comité se reúne al menos una vez al mes y está integrado por siete miembros:

severo régimen de incompatibilidades e inhabilidades de los altos cargos de la Administración británica, los altos cargos de las administraciones independientes también se rigen por estrictos usos y costumbres jurídicamente no vinculantes. Estos usos y costumbres llevaron, por ejemplo, al actual presidente de la CMA, *Lord Andrew Tyrie*, a abandonar su cargo como miembro del Parlamento británico para asumir su responsabilidad al frente del organismo regulador y supervisor de la defensa del mercado y la competencia. Este rigor, aun no siendo preceptivo, es habitual dentro de la Administración británica, y procura garantizar una mayor independencia técnica y, para tal efecto, distanciarse de la dependencia de su pertenencia al grupo parlamentario que, en un modelo como el del Reino Unido, soporta al partido en el Gobierno. La verdadera excepción es la no renuncia a las responsabilidades en la cámara legislativa, como ocurrió en octubre de 2017, cuando Dido Harding fue nombrada presidente de la *NHS Improvement* y, a pesar de haber sido insistentemente solicitada su renuncia al Parlamento por parte del *Health Select Committee*, mantuvo ambas dignidades.

el *Chairman* de la CMA, junto al *Chief executive* y los tres *executive directors*, así como el responsable de asuntos jurídicos y el consejero económico jefe de la institución.

El *Case and Policy Committee* es el segundo de los comités operativos. Su misión está encaminada a facilitar la conformación de equipos colegiados creados *ad hoc* para el estudio de cada uno de los casos analizados. Orienta, igualmente, a cada uno de los equipos que analizan casos concretos para unificar prioridades e interpretación normativa. Este comité se reúne al menos seis veces al año y está conformado por diez integrantes, entre ellos, el *Chief executive* de la CMA y los *executive directors* responsables del *Enforcement Directorate* y del *Markets and Merges Directorate*. Este último está acompañado de varios de sus *senior directors*, concretamente, los responsables de *Policy, Precedent and Procedure; Remedies, Business and Financial Analysis, y Markets and Delivery*. Finalmente, también integran este comité el director de asuntos jurídicos, el consejero económico jefe y dos miembros del *Panel* de la CMA, organismo que analizaremos posteriormente.

Igualmente, y también a semejanza de muchas otras administraciones independientes británicas, el *Board* dispone de cuatro subcomités: a) el *European Union Exit Committee*²⁶, b) el *Operations Committee*²⁷, c) el *Audit and Risk Assurance Committee*²⁸ y d) el *Remuneration Committee*²⁹.

26 El *European Union Exit Committee* es el primero de los cuatro subcomités operativos del *Board* y tiene como propósito analizar los objetivos de la entidad a la luz de los riesgos derivados de la salida del Reino Unido de la Unión Europea y ofrecer una estrategia al Gobierno para impulsar las reformas jurídicas necesarias para defender y fortalecer el mercado, la competencia y los derechos de los consumidores y usuarios. El *European Union Exit Committee* está integrado por el *Chief executive* de la CMA, los tres *executive directors*, el responsable de asuntos jurídicos, y el *Director of Strategy, Communications & Devolved Nations*.

27 El *Operations Committee* tiene como misión supervisar el funcionamiento de la entidad y velar, igualmente, por la protección de la información pública o privada que, por su misión institucional, le es confiada a la entidad. Este organismo está presidido por el *Director for Corporate Services* de la CMA e integrado por catorce altos cargos con rango de director en representación de las siguientes unidades: *Human Resources; Finance and Security; Commercial and Contract Management; Governance and Performance; Business Services; Property transformation; Project Management; Strategy, Communications and Devolved Nations; Office of the General Counsel; Office of the Chief Economic Advisor; Enforcement Directorate; Markets and Merger Directorate, e Internal Audit*.

28 El *Audit and Risk Assurance Committee* tiene como propósito aconsejar al *Board* acerca de la idoneidad de los mecanismos de auditoría interna y externa, el buen gobierno corporativo, y

5.2.2. PANEL DE LA CMA

El *Panel* de la CMA se encuentra integrado por un mínimo de veinticinco personalidades independientes y de reconocido prestigio en calidad de miembros principales. Todos los miembros del *Panel* son nombrados por la *Secretary of State for Business Innovation and Skills* (SSBIS) para un período de ocho años y son escogidos a través de un mecanismo de selección pública en el que se valora la experiencia, los conocimientos y las competencias en áreas jurídicas, económicas, financieras y de protección al consumidor. El *Panel* está dirigido por un presidente y un vicepresidente, nombrados también por la SSBIS, a propuesta del presidente del CMA, con el fin de afianzar su carácter independiente.

A partir de las veinticinco personalidades principales que integran el *Panel* se constituyen grupos de trabajo independientes para la toma de las decisiones que le son sometidas a su consideración. El *Panel*, a través de sus miembros, decide las apelaciones interpuestas respecto de las resoluciones emitidas por cualquiera de las tres *executive directions* de la CMA en torno a licencias y control de precios. Asimismo, corresponde al *Panel* desarrollar las funciones anteriormente asignadas a la *Competition Commission* (CC) en materia de fusiones, es decir, adelanta la Fase 2 del análisis de los procesos de fusión empresarial una vez finalizada la Fase 1 por parte del *Board*, siempre que este último lo estime necesario en atención a la trascendencia de la operación y las posibilidades de que incida negativamente en la eficiencia y competitividad del

la eficacia de las medidas de gestión de riesgos sobre los propios sistemas y procedimientos, especialmente los de contenido económico y de información tecnológica. Para el desarrollo de su tarea puede incluso acudir al apoyo de asesores externos que hagan más idónea su labor de facilitar consejo al *Board* de la CMA. Este subcomité debe reunirse al menos cuatro veces a lo largo del año, y está integrado por tres personas: dos de sus seis *non-executive directors* y un miembro externo independiente. Siempre que ellos lo consideren oportuno, podrá asistir el *Chairman* de la CMA, su *Chief executive* o el *Executive Director for Corporate Services*, entre otros altos funcionarios de la institución.

- 29 El *Remuneration Committee* tiene como misión realizar las recomendaciones necesarias al *Board* con el fin de atender a la *Pay Strategy* correspondiente a las diferentes administraciones públicas británicas, con especial atención al respeto a la igualdad de oportunidades y la no discriminación. Este subcomité debe reunirse al menos una vez al año y para sesionar válidamente deberá estar conformado por tres de los seis *non-executive directors*. Si lo estiman conveniente, podría asistir el *Chief executive* y el *Executive Director for Corporate Services*. Todas sus deliberaciones y decisiones deben enviarse a la dirección de recursos humanos de la CMA.

mercado. Una vez que el *Board* notifique al *Panel* la solicitud de inicio de la Fase 2, el *Panel* estudia el alcance de las fusiones objeto de análisis. A lo largo del procedimiento, y siempre que el *Panel* detecte que la fusión supone una reducción sustancial de la competencia (*substantial lessening of competition*), la CMA puede acordar con los interesados las medidas necesarias para que la operación no perjudique la libre competencia. Si las partes interesadas no accedieran a tomar las medidas oportunas, el *Panel* podría ordenar las medidas cautelares compensatorias que estime necesarias, antes de emitir la resolución definitiva. Esta decisión, como las demás decisiones firmes tomadas por la CMA, es susceptible de ser recurrida ante los tribunales.

Al igual que sucede con los miembros del *Board*, la credibilidad y prestigio nacional e internacional de los integrantes del *Panel*, además de su mandato de ocho años, constituye un elemento esencial que refuerza su independencia frente a indebidas injerencias tanto del Gobierno como de los diferentes actores de cada sector regulado.

En este sentido, el 10 de octubre de 2017 el *Secretary of State for Business, Energy and Industrial Strategy*, Greg Clark, nombró dieciséis nuevos integrantes del *Panel* de la CMA de gran prestigio dentro y fuera del Reino Unido. Entre ellos, Humphrey Battcock, anterior presidente del *European Investment Advisory Committee*; Mark Thatcher, catedrático de políticas comparadas e internacionales en el Departamento de Gobierno de la *London School of Economics*; Ulrike Hotopp, profesora de la *University of Kent* y miembro del *Advisory Board* de la *University of London*; Claire Whyley, con una amplia trayectoria en el *Civil Aviation Authority Consumer Panel*, el *Advertising Advisory Committee*, el *Finance and Leasing Association Lending Code Board* y el *National Consumer Council*; Stuart McIntosh, miembro de la *Financial Conduct Authority* (FCA), el *Payment Systems Regulator* (PSR) y la *Office of Gas and Electricity Markets* (OfGEM); Gareth Davies, director de políticas de competencia de la *Office of Communications* (OfCOM) por más de seis años; Anne Fletcher, *Compliance Director* del *Royal Mail* y miembro del *Office of the Public Guardian*; David Thomas, *Director of Competition and Regulatory Finance* de la *Office of Communications* (OfCOM), y Richard Feasey, director de política pública de *Vodafone Group plc* entre 2001 y 2013.

Y, más recientemente, el 8 de febrero de 2019, el mismo *Secretary of State for Business, Energy and Industrial Strategy*, Greg Clark, nombró como miembros del *Panel* de la CMA a Colleen Keck, vicepresidente del *Copyright Tribunal*; Robin Foster, integrante del *Content Board* de la *Office of Communications* (OfCOM); Karthik Subramanya, miembro del *Board* de la *Scottish*

Enterprise y de *Creative Scotland*; Shrinivas Honap, miembro directivo de la *British Transport Police Authority*, y María da Cunha, anterior *General Counsel* y *Director of Human Resources* de *British Airways*.

Conviene, finalmente, destacar que la importancia de la CMA y su elevado nivel de independencia están acompañados de las respectivas partidas presupuestarias aprobadas por el Parlamento británico, para garantizarle un alto grado de autonomía financiera. El límite presupuestario que le fue asignado para su primer año fue de 52 millones de libras esterlinas, correspondiente al ejercicio fiscal para el año 2014/2015, el más nutrido de los presupuestos entre las autoridades europeas de la competencia. Igualmente, este límite presupuestario se ha ampliado hasta superar los 68 millones de libras esterlinas para el ejercicio fiscal 2019/2020. Asimismo, la CMA cuenta con los recursos de las tasas correspondientes a diferentes procedimientos requeridos con ocasión de la gestión de licencias o procesos de fusiones empresariales. Igualmente, y con el fin de incrementar la independencia financiera de la institución, también se halla en estudio la ya mencionada propuesta del presidente de la CMA, Andrew Tyrie, quien el 21 de febrero de 2019 presentó formalmente a la *Secretary of State for Business, Energy and Industrial Strategy* la propuesta de impulsar las reformas necesarias para incrementar las tasas derivadas del estudio de los casos de fusiones empresariales de especial complejidad, para aproximarlas a su coste real.

CONCLUSIONES

Las AAI se han consolidado como una de las instituciones más relevantes para garantizar la defensa del mercado y la competencia tanto en Estados Unidos como en el Reino Unido.

La *Federal Trade Commission* (FTC), desde su creación en 1914 y a lo largo de más de 105 años de existencia, ha demostrado ser uno de los pilares esenciales de la economía de mercado, defendiendo la competitividad y el emprendimiento, así como los derechos de usuarios y consumidores. Al mismo tiempo, la evolución legal y jurisprudencial de las AAI en Estados Unidos le ha permitido a la FTC convertirse en una de las agencias más relevantes a los efectos de definir adecuadamente el difícil encuadre constitucional de la institución y afianzar, finalmente, el gran papel que las AAI están llamadas a desempeñar en la garantía del equilibrio de poderes entre las diferentes ramas del poder público en Estados Unidos.

Cien años después de la creación de la FTC en Estados Unidos, el Reino Unido da inicio en 2014 al funcionamiento la *Competition and Markets Authority* (CMA) como autoridad de defensa del mercado y la competencia, preocupada cada vez más con la garantía a los derechos de los consumidores más vulnerables y, especialmente, con los efectos que podría suponer el abandono de la Unión Europea por parte del Reino Unido para la competitividad del país y la defensa del mercado y la competencia.

A lo largo de este estudio hemos podido comprobar que, en medio de las profundas diferencias de ambos modelos constitucionales, la administración a través de AAI se ha abierto camino con el apoyo irrestricto del llamado a defender la integridad del sistema constitucional, es decir, la Corte Suprema en Estados Unidos y el Parlamento en el Reino Unido.

Sin embargo, dichas diferencias en los modelos constitucionales no han impedido que en ambos países hayan surgido patrones comunes, como hemos podido analizar, y que merecen destacarse.

El primer patrón común consiste en que en ambos países persiste la tensión entre la tesis unionista, que reclama indubitablemente la efectiva supremacía administrativa del presidente y el Gobierno, y la tesis progresista, que defiende la cautela ante la excesiva concentración de poderes de naturaleza cuasi-judicial y cuasi-legislativa en torno a la rama ejecutiva. Esta tensión, que podríamos denominar *creadora*, ha conducido a la consolidación de las AAI como mecanismo esencial para garantizar el necesario sistema de *checks and balances* entre las diferentes ramas del poder público tanto en Estados Unidos como en el Reino Unido. Asimismo, la manera concreta en que se ha ido plasmando la evolución de este equilibrio coincide en que no siempre ha reflejado los esfuerzos sistematizadores de la academia, y su trayectoria obedece, en ambos casos, a una serie de decisiones *ad hoc*, fundadas frecuentemente en factores coyunturales de naturaleza política.

El segundo patrón común en la evolución y consolidación de las AAI consiste en la urgencia de asegurar un mínimo de coordinación entre todas las administraciones –independientes o no– llamadas a regular y defender la competencia en los diferentes sectores de la economía, sin que ello altere la necesaria independencia orgánica, funcional y financiera que les permite luchar por el respeto y la credibilidad de los ciudadanos.

También hemos comprobado, y este sería el tercer denominador común, que la veteranía de la *Federal Trade Commission* (FTC), con sus más de 105 años de experiencia, o la frescura de los primeros cinco años de andadura de la joven *Competition and Markets Authority* (CMA), no son un obstáculo para

que cada una de las AAI deba ganar día a día el respeto y la credibilidad de los ciudadanos. Cada AAI, y las responsables de defender el mercado y la competencia no son la excepción, debe permanecer atenta a las nuevas realidades que le exigen responder con eficiencia dentro de un contexto institucional inexorablemente globalizado y competitivo, y reconstruir la legitimidad y la confianza de los ciudadanos en las instituciones cuando haya sido resquebrajada por la manipulación partidista del Gobierno sobre las administraciones públicas.

Asimismo, hemos constatado que la creación de la *Competition and Markets Authority* (CMA) en el Reino Unido, a partir de la unificación de la *Office of Fair Trading* (OFT) –creada mediante la *Fair Trading Act* de 1973– y la *Competition Commission* (CC) –creada por la *Competition Act* de 1998–, reproduce en gran medida la estructura orgánica y funcional que hace un siglo puso en funcionamiento, en Estados Unidos, la *Federal Trade Commission* (FTC). Esto corresponde a una tendencia ya registrada en el sistema británico cuando se crearon otras importantes AAI, tales como la *Office of Communications* (OfCOM), nacida a partir de la *Communications Act* de 2003 como máximo órgano regulador y supervisor de las comunicaciones en el Reino Unido, o la *Office of Gas and Electricity* (OfGEM), creada en 1999 como máximo órgano regulador y supervisor del sector del gas y la electricidad.

Confiamos en que estas reflexiones contribuyan a alentar el creciente interés por el conocimiento de las AAI como una de las instituciones más relevantes del derecho público contemporáneo. No en vano estamos, al decir de destacados académicos, en un proceso de resurgimiento en el estudio del diseño de las AAI, y el interés que han venido despertando estas –tanto en la configuración del *Global Administrative Law* como en la gestación de las reformas administrativas que cursan actualmente en los más prestigiosos sistemas jurídicos– ofrece razones suficientes para afirmar que, directa o indirectamente, su influencia continuará expandiéndose.

REFERENCIAS

- Almasan, A. y Whelan, P. (ed.) (2017). *The Consistent Application of EU Competition Law*. SIP. Berlin.
- Bailey, D. y John, L. E. (ed.) (2018). *European Union Law of Competition*. 8.^a ed. Oxford University Press.

- Baño Fos, J. M. (2018). *The dogmatic of Article 101 TFEU and information exchanges*. Iustel. Madrid.
- Barnett, H. (2015). *Constitutional & Administrative Law*. 11.^a ed. Taylor & Francis.
- Bognador, V. (2009). *The New British Constitution*. Hart Publishing.
- Bradley, A. (2014). *Constitutional and Administrative Law*. Pearson.
- Breger, M. y Edles, G. (2015). *Independent Agencies in the United States. Law, structure and politics*. Oxford University Press.
- Busuioc, M., Groenleer, M. y Trondal, J. (coords.) (2012). *The agency phenomenon in the European Union. Emergence, institutionalization and everyday decision-making*. Manchester University Press.
- Chisholm, A. (2016). Reflections on the UK competition and markets authority and wider global trends. *Journal of Antitrust Enforcement*, vol. 4, n.º 2.
- Craig, P. P. (2016). *Administrative Law*. 8.^a ed. Sweet & Maxwell.
- Craig, P. P. (2015). *UK, EU and Global Administrative Law: Foundations and Challenges*. Cambridge University Press.
- Craig, P. P. (2010). *Legal control of regulatory bodies. Principle, policy and teleology*. Birkinshaw & Varney.
- Edles, G. J. (2011). The revival of the Administrative Conference of the United States. *12 Tex. Tech Admin. L.J.*
- Evans, M. y Brophy, V. (2014). The UK Competition and Markets Authority replaces the Office of Fair Trading and the Competition Commission as the UK's Competition Authority. *E-Competitions. Antitrust Case Laws e-Bulletin*.
- Kavanaugh, B. (2009). Separation of Powers During the Forty-Fourth Presidency and Beyond. *Minn. L. R.*
- Evans, M. y Brophy, V. (2014). The UK Competition and Markets Authority replaces the Office of Fair Trading and the Competition Commission as the UK's Competition Authority. *E-Competitions. Antitrust Case Laws e-Bulletin*.

- Ezrachi, A. y Kovacic, W. (2016). Agency Effectiveness Study. *Journal of Antitrust Enforcement*, vol. 4, n.º 2, 2016.
- Favart, M. (2011). The UK Government consults on plans to merge OFT and Competition Commission. *E-Competitions. Antitrust Case Laws e-Bulletin*.
- Fernández Rojas, G. (2017). Las administraciones independientes en Reino Unido y Estados Unidos y la regulación y supervisión de las telecomunicaciones. En González López, E. (dir.), *El ecosistema digital y las autoridades de regulación de los sectores audiovisual y TIC* (pp. 521-558). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Fox, E. M. y Gerard, D. (2017). *Competition Law: Cases, text and context*. E. Elgar.
- Graham, C. (2013). The UK Government opens a consultation with a view to creating a new competition and markets authority and replacing the existing competition authorities. *E-Competitions. Antitrust Case Laws e-Bulletin*.
- Hovenkamp, H. (2016). *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its practice*. WAP. St. Paul, MN.
- Jones, A. y Sufrin, B. (2016). *EU Competition Law: text, cases and materials*. 46.^a ed. Oxford University Press.
- Krent, H. J. (2008). From a Unitary to a Unilateral Presidency. 88 *BUL Rev.* 523.
- Levine, R. (2010). *The governance of financial regulation: reform lessons from the recent crisis*. Bank for International Settlements. BIS W.P. n.º 329.
- Levy, R. E. (2018). Presidential Power in the Obama and Trump Administration. *The Journal of the Kansas Bar Association*, vol. 87, n.º 8. pp. 46-60.
- Lewis, D. E. y Selin, J. L. (2018). *Sourcebook of the United States Executive Agencies*. Administrative Conference of the United States. Vanderbilt University.
- Loveland, I. (2015). *Constitutional Law, Administrative Law & Human Rights*. 7.^a ed. Oxford University Press.
- Krause, G. A. y Dupay, B. M. (2009). Coordinated Action and the Limits of Presidential... En *President George W. Bush's Influence*. CP&PT.
- MacCulloch, A. y Rodger, B. (2014). *Competition Law and Policy in the EU and the UK*. 5.^a ed.

- Marco Colino, S. (2019). *Competition Law of the EU and UK*. 8.^a ed. Oxford University Press.
- Mogilnicki, E. J. y Levisohn, E. (2019). PHH v. CFPB: The impact on the Bureau's Future. *The National Law Review*. June 26, Wester Springs, IL.
- Odudu, O. (2006). *The boundaries of EC Competition Law. Studies in European Law*. Oxford University Press.
- Ottow, A. (2015). *Market & Competition Authorities. Good agency principles*. Oxford University Press.
- Parpworth, N. (2016). *Constitutional & Administrative Law*. 9.^a ed. Oxford University Press.
- Posner, E. y Vermuele, A. (2011). *The Executive Unbound: After the Madison Republic*. Oxford University Press.
- Petrasevic, T. y Duic, D. (eds.) (2018). *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series. EU Law in context – Adjustment to membership and Challenges of the enlargement*. University in Osijek.
- Rawnsley, C. (2011). The UK Government consults on wide-ranging reforms to the competition regime, including a proposal to merge the Office of Fair Trading and the Competition Commission into a single competition and markets authority. *E-Competitions. Antitrust Case Laws e-Bulletin*. March.
- Rittberger, B. y Wonka, A. (2010). *Agency Governance in the EU. J. of European Public Policy*.
- Thatcher, M. (2011). The creation of European regulatory agencies and its limits: a comparative analysis of European delegation. *Journal of European Public Policy* 18:6.
- Trondal, J. (2010). *An Emergent European Executive Order*. Oxford University Press.
- Verhoest, K., Van Thiel, S., Bouckaert, G. y Laegreid, P. (eds.) (2012). *Government Agencies. Practices an lessons from 30 countries*. European Cooperation in Science and Technology.
- Vermeule, A. F. (2013). Conventions of Agency Independence. 113 *Colum. L. Rev.*
- Whish, R. y Bailey, D. (2018). *Competition Law*. 96.^a ed. Oxford University Press.



Editado por el Departamento de Publicaciones
de la Universidad Externado de Colombia
en agosto de 2022

Se compuso en caracteres Ehrhardt Regular de 11.5 puntos
y se imprimió sobre papel Holmen Book Cream de 60 gramos
Bogotá (Colombia)

Post tenebras spero lucem

Las transformaciones tecnológicas, sociales, económicas y políticas han hecho que el derecho de la competencia sea hoy una de las herramientas más importantes para garantizar la economía social, la libertad y permanencia de los operadores económicos en el mercado, la eficiencia económica y el bienestar del consumidor. Más reciente, controversial e interesantes resulta la posición según la cual el derecho de la competencia debe propender igualmente por la equidad y la justicia en las relaciones de poder y, en esa medida, debe ser claramente un instrumento no solo de intervención en la economía sino de política social.

El derecho de la competencia enfrenta a día de hoy retos a todo nivel, desde la generación de un sistema de prohibiciones y excepciones coherente, pasando por la revisión de ciertas conductas prohibidas, el rol que juegan estas normas como mecanismos de lucha contra la corrupción y su injerencia en el manejo y protección de datos personales, al igual que su utilidad frente a los nuevos desarrollos tecnológicos, hasta llegar a temas como la abogacía de la competencia –en cuanto mecanismo para evitar la indebida intervención del Estado en los mercados– y los fines que deben cumplir las autoridades de regulación y competencia. Todos estos tópicos se abarcan en este libro fruto del esfuerzo de numerosos expertos e investigadores cuyo examen se pone al servicio de una mayor difusión y desarrollo de la materia en nuestro país.

