

DELIMITACIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE LOS ÓRGANOS HORIZONTALES DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y LOS ÓRGANOS REGULADORES SECTORIALES

Mercedes PEDRAZ CALVO

Magistrada
Sala de lo Contencioso Administrativo
de la Audiencia Nacional

Jesús RUBÍ NAVARRETE

Agencia de Protección de Datos

1. INTRODUCCIÓN

En el primer número de este *Anuario*, el correspondiente al año 1996, publicado en 1997, dos de los estudios se ocupaban del tema de la desregulación: uno de ellos, con el título de «La desregulación de los monopolios y su relación con las políticas de liberalización y defensa de la competencia», de Miguel Ángel FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, a la sazón Presidente de la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional, sostenía la tesis de que «el orden de aplicación normal de los dos instrumentos necesarios para que haya competencia —primero, la liberalización y, después, la defensa de la competencia— es el correcto para la mayoría de los sectores, pero es absolutamente incorrecto e impide que haya competencia efectiva cuando se aplica a los sectores “monopolizados”». En su estudio sobre «Las Agencias de Defensa de la Competencia y la desregulación: el TDC» Aurelio ALONSO-CORTÉS, entre otras cuestiones, examinando la conexión entre «entes reguladores y Derecho de la competencia» abordaba la existencia de argumentos a favor y en contra de la atribución a estos entes de funciones resolutorias en materia de defensa de la competencia. Como argumentos a favor, en concreto, señalaba «la especialización y mejor conocimiento de los mercados, y su mayor información sobre precios y de la diferencia entre éstos y los costes», y argumentos en contra, básicamente la «captura» del regulador. Concluía que «de ningún modo deben estos entes reguladores ostentar facultades para la aplicación de la legislación de defensa de la competencia, ya que con frecuencia tendrán un modo de entender la competencia específico o usual del sector y no el modo general que representa la Agencia *antitrust*».

Cuando han transcurrido cinco años, y se han multiplicado las reformas legislativas tanto de la normativa reguladora de los órganos de defensa de la competencia como de los llamados «entes reguladores», la cuestión relativa a las competencias de unos y otros en esta materia, lejos de haberse aclarado aparece como una de las que ofrece perfiles más difusos.

La constatación de que en la práctica, y en determinados asuntos concretos, tanto el Tribunal de Defensa de la Competencia como otro (u otros) de dichos entes reguladores han intervenido en el ejercicio de las funciones que la ley les tiene encomendadas, justifica este repaso a la actual situación normativa. Los límites de este estudio aconsejaron centrar el análisis en dos de estos entes reguladores: la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y la Comisión Nacional de la Energía. Se han quedado fuera de este trabajo otras Comisiones que sin duda merecen ser objeto de una reflexión similar: destacadamente la Comisión Nacional del Mercado de Valores, porque el cruce de competencias entre este ente regulador y el Tribunal de Defensa de la Competencia se produce, a nuestro juicio, no tanto por el mero contenido de la propia normativa sectorial, sino por las concretas consecuencias que dentro de su ámbito de actuación específico pueden producirse o se han producido en supuestos de tomas de participación en el capital de empresas que operan en los sectores desregulados.

Igualmente se ha omitido toda referencia a la Agencia de Protección de Datos, porque en otro lugar de este *Anuario* se publica un estudio realizado por el Director de la misma, que aborda, entre otras cuestiones, la definición de las competencias de la Agencia y del Tribunal de Defensa de la Competencia en materia de ficheros de morosos.

Antes de comenzar el análisis concreto de la normativa de aplicación a la actividad de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y de la Comisión Nacional de la Energía en el aspecto que nos interesa, es preciso recordar algunas características comunes a los sectores afectados: en primer lugar, el papel del poder público, inicial protagonista por medio de la regulación, de la aparición, desarrollo y consolidación de los mecanismos del mercado en libre competencia. En segundo lugar, la constatación de que la libre competencia es la única vía para asegurar la desaparición de la antigua estructura monopolística. En tercer lugar, la necesidad de garantizar la defensa de los consumidores y del medio ambiente, que no están automáticamente aseguradas por el juego de la libre competencia.

Otras características de estos sectores son la complejidad de las actividades económicas que engloban, y la atomización de la legislación en constante renovación.

Fuera de regulaciones sectoriales, el Tribunal de Defensa de la Competencia tiene encomendada por la ley la función de garantizar la libre competencia en el marco de la economía de mercado desde la perspectiva

de la defensa de los intereses públicos, y uno de los principios rectores de la política social y económica de España es la defensa de los consumidores y usuarios, como establece el art. 51 de la Constitución.

2. LA COMISIÓN NACIONAL DE LA ENERGÍA

La Ley 40/1994, de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional, ya en su Exposición de Motivos recoge reiteradas referencias a la competencia y la transparencia del mercado. En primer lugar, se constata la necesidad de «adoptar elementos dinamizadores basados en los más eficaces principios de competencia»; a continuación se señala que la creación de la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional (CSEN) tiene el objeto de «velar por la objetividad y transparencia de su funcionamiento» (del sistema eléctrico) y en el art. 6 se regula la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional «como ente regulador del Sistema Eléctrico Nacional y con el objeto de velar por la objetividad y transparencia de su funcionamiento». Entre sus funciones, según el art. 8, como decimoquinta aparece la de «velar para que los sujetos que realicen las actividades previstas en el Sistema Eléctrico Nacional las lleven a cabo sin prácticas restrictivas de la competencia o abusivas de la situación de dominio en el mercado».

Al tiempo, «deberán ser aprobadas por la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico las participaciones realizadas por sociedades con actividades eléctricas en cualquier entidad que realice actividades de naturaleza mercantil, así como las transacciones económicas entre sociedades del mismo grupo cuando afecten a una sociedad que desarrolle estas actividades. Sólo podrán denegarse las autorizaciones como consecuencia de la existencia de riesgos significativos o efectos negativos, directos o indirectos, sobre las actividades reguladas en esta Ley, pudiendo por estas razones dictarse autorizaciones que expresen condiciones en las cuales pueden realizarse las mencionadas operaciones. Se exceptúan las sociedades que desarrollen actividades eléctricas de producción exclusivamente en el régimen especial» (art. 14.5).

La obligación de «velar» prevista en el art. 8 no está acompañada en el listado de infracciones de los arts. 59, 60 y 61 de un tipo concreto relacionado con el incumplimiento por los «sujetos que realicen actividades previstas en el Sistema Eléctrico Nacional» de la obligación de llevarlas a cabo «sin prácticas restrictivas de la competencia o abusivas de la situación de dominio en el mercado». En principio el incumplimiento de esta obligación no sería por tanto constitutivo de infracción sancionable por la CSEN.

La CSEN «estará adscrita al Ministerio de Industria y Energía, el cual ejercerá el control de eficacia sobre su actividad y se regirá por lo dispuesto en la presente Ley y en las normas de desarrollo de la misma» (art. 6). Sus resoluciones serán susceptibles de recurso ordinario ante el Ministro de Industria y Energía (art. 8, pfo. 3).

La doctrina destacó que se establece una Comisión «no reguladora y dependiente», porque pese a calificarla de «ente regulador» no se le encomiendan verdaderas competencias reguladoras, sino únicamente de propuesta y consulta, ni es verdaderamente independiente, dada la indefinición del término «control de eficacia» y la posibilidad de impugnación de sus resoluciones ante el Ministro. Su creación fue saludada de todos modos como un gran logro en el camino de fomentar la competencia en el sector.

El Tribunal de Defensa de la Competencia, en la Ley 17/1989, de 17 de julio, tiene encomendada la garantía del orden económico constitucional en el sector de la economía de mercado desde la perspectiva de la defensa de los intereses públicos. Esta Ley define en su art. 1 las conductas prohibidas, y en el art. 6 prohíbe la explotación abusiva de la posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional. En el Capítulo II, «De las concentraciones económicas», se regula el procedimiento de informe por el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) de los proyectos u operaciones de concentración de empresas o de toma de control de una o varias de ellas por otra u otras; el art. 16 establece las reglas para apreciar si un proyecto u operación de concentración puede obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado, y el art. 17 las posibilidades de resolución del Gobierno, no vinculada por el dictamen del TDC, que incluyen no oponerse a la concentración, declararla improcedente y: a) ordenar que no tenga lugar, o b) ordenar las medidas apropiadas para el establecimiento de una competencia efectiva, o podrá subordinar su aprobación a la observación de condiciones que aporten o compensen los efectos restrictivos sobre la competencia.

La comparación ya a primera vista plantea un doble aspecto: la CSEN debe velar por que los sujetos que realizan las actividades de su sector las lleven a cabo sin prácticas restrictivas de la competencia o abusivas de la situación de dominio. La Ley 40/1994 no establece si estos conceptos son indeterminados o si, por el contrario, se han de identificar con los definidos por la Ley 17/1989.

La CSEN *deberá aprobar* las *participaciones* realizadas por sociedades con actividades eléctricas en cualquier entidad que realice actividades de naturaleza mercantil, así como las transacciones económicas entre sociedades del mismo grupo cuando afecten a una sociedad que desarrolle estas actividades. Y la autorización se podrá denegar si existen riesgos significativos o efectos negativos, directos o indirectos, sobre las actividades reguladas en la Ley, pudiendo por estas razones dictarse autorizaciones que impongan condiciones.

Esta Ley 40 de 1994 no recogía aún una referencia expresa a las operaciones de concentración, limitándose a las participaciones en sociedades mercantiles con actividades en el sector. En la Ley 16/1989 los proyectos de concentración de empresas o de toma de control que afecten o puedan afectar al mercado español, especialmente mediante la creación o el refor-

zamiento de una posición de dominio, *podrán* ser remitidos por el Ministro de Economía al TDC para su informe en dos supuestos concretos. Los participantes en la operación podrán notificar voluntariamente al Servicio de Defensa de la Competencia (SDC).

En consecuencia, en el período de vigencia de la Ley 40/1994 una concentración en la que se vean implicadas sociedades con actividades eléctricas debía ser aprobada por la CSNE, en tanto en cuanto supone «participaciones» de una sociedad con actividad en el sector en otra mercantil, y únicamente podían ser denegadas si suponen riesgos sobre «las actividades reguladas en la Ley».

Al tiempo, la intervención de las autoridades de Defensa de la Competencia podría tener lugar si se trata de una concentración que una o varias partes notifican voluntariamente, o si el Ministro de Economía, por adquirirse una cuota igual o superior al 25 por ciento del mercado nacional o una parte sustancial del mismo, o por superar la cifra del volumen global de ventas la cantidad de veinte mil millones de pesetas, remite el proyecto o la operación para informe del TDC. El informe que *puede* ser solicitado no vincula al Gobierno.

La Ley 54/1997, de 27 de noviembre, de Regulación del Sector Eléctrico, reivindica en su Exposición de Motivos su diferencia de regulaciones anteriores en que «se asienta en el convencimiento de que garantizar el suministro eléctrico, su calidad y su coste no requiere de más intervención estatal que la que la propia regulación específica supone. No se considera necesario que el Estado se reserve para sí el ejercicio de ninguna de las actividades que integran el suministro eléctrico». Más adelante se insiste en que «la gestión económica del sistema, por su parte, abandona las posibilidades de una optimización teórica para basarse en las decisiones de los agentes económicos en el marco de un mercado mayorista organizado de energía eléctrica». El preámbulo de la Ley continúa recordando que las características de complejidad técnica del sector eléctrico «hacen necesario garantizar que su funcionamiento en un marco liberalizado se produzca sin abuso de posiciones de dominio y con respeto estricto a las prácticas propias de la libre competencia. Por ello, en la presente Ley se dota a la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico de amplias facultades en materia de solicitud de información y de resolución de conflictos y se arbitra su colaboración con las instancias administrativas de defensa de la competencia».

La definición de la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico en el art. 6 varía respecto de la anterior: ahora es el ente regulador del sistema eléctrico cuyo objeto es «velar por la competencia efectiva en el mismo y por su objetividad y transparencia en beneficio de todos los sujetos que operan en el sistema y de los consumidores», y parece que su misión es acentuadamente tuteladora de la libre competencia en su sector. Al tiempo su adscripción al Ministerio de Industria y Energía se mantiene, como el sistema de elección de su Presidente y Vocales, con matices respecto de la duración del mandato y la renovación parcial de la Comi-

sión. Igualmente se mantiene el «control de eficacia» del Ministro y el recurso ordinario ante el mismo.

Entre las funciones de la CNSE, reguladas en el art. 8, la decimotercera consiste en «velar para que las actividades a que se refiere la presente Ley se lleven a cabo en régimen de libre competencia. A estos efectos, cuando la Comisión detecte la existencia de indicios de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, lo pondrá en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia, aportando todos los elementos de hecho a su alcance, y, en su caso, un dictamen no vinculante de la calificación que le merecen dichos hechos». Así se disipan en parte las dudas surgidas del texto legal anterior, y frente a las declaraciones (de la Exposición de Motivos y del art. 6) que la sitúan como guardian de la competencia en el sector se establece una obligación de traslado a los órganos no sectoriales de defensa de la competencia de cualquier indicio de conducta contraria a la Ley 16/1989.

El art. 11, que regula el «funcionamiento del sistema», establece que: a) «la producción de energía eléctrica se desarrolla en un régimen de libre competencia...», y b) «la comercialización se ejercerá libremente en los términos previstos en la presente Ley y su régimen económico vendrá determinado por las condiciones que se pacten entre las partes». El mismo precepto puntualiza que «la gestión económica y técnica del sistema, el transporte y la distribución tienen carácter de actividades reguladas, cuyo régimen económico y de funcionamiento se ajustará a lo previsto en la presente Ley».

Las dudas reaparecen respecto de la distinción entre actividades que se desarrollan en *libre competencia* y las que no, y la repercusión posible en cuanto a los órganos encargados de velar por el respeto a aquélla.

Al igual que en la Ley anterior, se contempla la función (art. 8, decimoquinta) de «autorizar las participaciones realizadas por sociedades con actividades que tienen la consideración de reguladas, de acuerdo con el ap. 2 del art. 11, en cualquier entidad que realice actividades de naturaleza mercantil». La denegación de la autorización, o el establecimiento de condiciones, se conecta con la existencia de «riesgos significativos o efectos negativos, directos o indirectos, sobre las actividades reguladas en esta Ley». Aparece como decimosexta la función de «informar preceptivamente sobre las operaciones de concentración de empresas o de toma de control de una o varias empresas eléctricas por otra que también realice actividades eléctricas cuando las mismas hayan de ser sometidas al Gobierno para su decisión, de acuerdo con la legislación vigente en materia de competencia». Entre las infracciones tipificadas en los arts. 60, 61 y 62 no aparecen tipos relativos a la competencia.

La Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, en su Exposición de Motivos hace referencia a la Comisión Nacional de Energía que crea, señalando «la vinculación e interdependencia de los

sectores energéticos, la similar problemática de alguno de ellos, especialmente, como se ha señalado, del gas natural y de la electricidad y la progresiva interrelación empresarial en este ámbito económico recomiendan atribuir a un único órgano la regulación y vigilancia del mercado energético, para garantizar su transparencia y coordinar adecuadamente los criterios de resolución de los asuntos que conozca».

La Disposición Adicional undécima suprime la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico como ente regulador del sistema eléctrico y crea la Comisión Nacional de Energía «como ente regulador del funcionamiento de los sistemas energéticos, teniendo por objeto velar por la competencia efectiva en los mismos y por la objetividad y transparencia de su funcionamiento, en beneficio de todos los sujetos que operan en dichos sistemas y de los consumidores». Queda adscrita al Ministerio de Industria y Energía, el cual ejercerá el «control de eficacia sobre su actividad», y entre otras funciones tendrá la de «velar para que los sujetos que actúan en los mercados energéticos lleven a cabo su actividad respetando los principios de libre competencia. A estos efectos, cuando la Comisión detecte la existencia de indicios de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, lo pondrá en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia aportando todos los elementos de hecho a su alcance y, en su caso, un dictamen no vinculante de la calificación que le merecen dichos hechos». Se mantiene la previsión de autorización de las participaciones realizadas por sociedades con actividades que tienen la consideración de reguladas, y el informe en operaciones de concentración.

Contra sus resoluciones podrá interponerse recurso ordinario ante el Ministerio de Industria y Energía (tras la desaparición de éste, ante el Ministerio de Economía).

En la fecha de redacción de estas líneas, la Comisión se presenta en su página web como «el ente regulador de los sistemas energéticos».

Indica literalmente que «sus objetivos son velar por la competencia efectiva en los sistemas energéticos y por la objetividad y transparencia de su funcionamiento, en beneficio de todos los sujetos que operan en dichos sistemas y de los consumidores. A estos efectos se entiende por sistemas energéticos el mercado eléctrico, así como los mercados de hidrocarburos tanto líquidos como gaseosos».

Entre sus funciones, que clasifica como: 1) Normativas; 2) De propuesta e informe; 3) Ejecutivas; 4) De defensa de la competencia; 5) De resolución de conflictos, y 6) Inspectoras, las «De defensa de la competencia» son descritas: «velan para que los sujetos que actúen en los mercados energéticos lleven a cabo su actividad respetando los principios de la libre competencia».

Entre las «De propuesta e informe» aparece la relativa al informe preceptivo sobre las operaciones de concentración de empresas en el sector cuando las mismas hayan de ser sometidas al Gobierno para su deci-

sión, de acuerdo con la legislación vigente en materia de competencia. Como función ejecutiva aparece la autorización de participaciones en sociedades con actividades reguladas.

Finalmente, es necesario hacer referencia a dos importantes Reales Decretos, el primero de ellos de desarrollo del Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, cuyo art. 34 estableció un procedimiento de control de las participaciones de las personas físicas y jurídicas en sociedades que operen, entre otros, en el sector de la energía y la telefonía. En el Real Decreto 1232/2001, de 12 de noviembre, se aprueba el Reglamento del procedimiento de autorización previsto en el art. 34 citado.

El Real Decreto 1443/2001, de 21 de diciembre, desarrolla la Ley de Defensa de la Competencia en materia de control de las concentraciones, con referencias a las modificaciones que habían tenido lugar como consecuencia de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 6/1999, de 28 de diciembre, que introdujo cambios importantes en relación con el deber de notificación de las mismas y el procedimiento de tramitación de los expedientes, sumado a la Ley 52/1999 (que creó la tasa por análisis y estudio de las operaciones de concentración), el Real Decreto-ley 67/2000 (suspensión de las operaciones de concentración hasta su autorización, y nuevos plazos de instrucción del expediente) y a la Ley 97/2001, de 4 de junio, por la que se modifica la Disposición Transitoria sexta de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico.

A los efectos de este estudio basta reseñar que el Real Decreto tiene vocación de definir conceptos, como por ejemplo los de «concentración» y «control», cálculo de volumen de ventas, obligación de notificación, o la declaración de «interesados» en el expediente, si bien se observa una definición por remisión a las de otras regulaciones, especialmente la Ley del Mercado de Valores. La deliberada exclusión de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de este trabajo impide presentar en este momento un estudio, necesario por otra parte, sobre las nuevas conexiones que esta normativa en materia de concentraciones plantea con la actuación del supervisor en materia de mercado de valores. Como muestra mencionar la modificación del Real Decreto 1197/1991 sobre régimen de ofertas públicas de adquisición de valores, a fin de articular la intervención de los órganos de defensa de la competencia si se trata de una operación de concentración.

La superposición e indefinición que, como consecuencia de la descrita regulación, tiene lugar en la práctica respecto de los ámbitos competenciales del Tribunal de Defensa de la Competencia y la Comisión Nacional de la Energía, se puede constatar, como ejemplo, en dos supuestos concretos: la concentración Endesa-Iberdrola y el caso Eléctrica de Llémana, S. A.

A. LA CONCENTRACIÓN ENDESA-IBERDROLA

En la carta de presentación de la Memoria Estadística Eléctrica del año 2000, Informe que recoge los datos estadísticos más relevantes del sector eléctrico, el Presidente de UNESA, Asociación Española de la Industria Eléctrica, recuerda que «el desarrollo de la Directiva Europea 96/92 y, en nuestro país, del Protocolo de diciembre de 1996 y de la Ley 54/1997 están transformando al sector eléctrico desde una situación en la que las decisiones energéticas y de inversión dependían básicamente de la Administración a otra caracterizada por la libre iniciativa empresarial. El objetivo de este cambio es lograr gradualmente un Mercado Único Europeo de la Electricidad en un marco liberalizado, sin posiciones de dominio y con respeto a las prácticas de la libre competencia, que permita un suministro de calidad a precios competitivos». Recuerda que «el Gobierno, de acuerdo con las recomendaciones de las instituciones responsables de la competencia, ha extremado las cautelas para preservar el grado de competencia empresarial, como demuestran las decisiones adoptadas sobre los dos proyectos de integración empresarial intentados y no realizados en el año 2000».

La fusión Endesa-Iberdrola se planteó mediante un Proyecto de Fusión de 17 de octubre de 2000, como integración patrimonial de Iberdrola en Endesa.

La CNE presenta el informe preceptivo previsto en la Disposición Adicional undécima de la Ley de Hidrocarburos con fecha 28 de noviembre de 2000, aprobando el proyecto con condiciones: señala que «considera que la operación objeto de informe puede suponer una mejora en la situación de competencia actualmente existente en el mercado eléctrico».

Las empresas en su solicitud manifiestan su intención de proceder a un «plan de cesión de activos», plan que según resulta de lo expuesto por la propia CNE parece que ni siquiera se ha presentado: «Antes de transcurrido un mes desde que el Gobierno autorice la fase actual de la operación, con el condicionado correspondiente, las dos empresas *presentarán el plan de cesión de activos*, a esta Comisión, sin perjuicio de otras actuaciones, *detallando activos, plazos previstos y otros elementos, para proceder al análisis del mismo*, y emitir el dictamen preceptivo para su remisión al Gobierno en el que, o bien se apruebe el citado plan, o bien se introduzcan las modificaciones que se consideren oportunas para el eficaz cumplimiento de los condicionantes establecidos».

La CNE ha «aprobado» (término que se viene aplicando indebidamente en general tanto para los informes del TDC como de la Comisión, porque se trata de informes preceptivos no vinculantes) la operación con la reserva de la aprobación del Plan de Cesión de Activos.

El TDC presenta su informe el día 10 de enero de 2001, considerando que la operación «crearía una posición de dominio que obstaculizaría

el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado español de la electricidad, por lo que resultaría adecuado declararla improcedente». No obstante, expone un total de doce condiciones en que podría ser aprobada, de las que seis contienen precisiones relacionadas con el Plan de Cesión de Activos: plazo de presentación, supervisión del plan, plazo de ejecución, mecanismo de enajenación y resultados a obtener.

En el marco de este estudio es interesante destacar de este informe del TDC que: 1.º, fueron consultadas más de treinta empresas del sector así como distintas organizaciones e instituciones, y de los informes emitidos, únicamente tres (entre ellos el de Unesa) fueron favorables a la operación; 2.º, contiene constantes referencias al presentado por la CNE, con citas sustanciales en los apartados sobre el estudio del mercado de producto, mercado geográfico, riesgo regulatorio, aislamiento exterior, integración vertical y «mix mejorado»; y 3.º, los datos de mercado, en general, tienen como fuente la CNE. Así por ejemplo, en relación con el riesgo regulatorio, se indica la incertidumbre que supone «la impredecibilidad de los cambios normativos, aspecto este último reiterado por la CNE en su informe sobre la presente operación, junto a otro elemento, la falta de explicación de las metodologías utilizadas por el legislador, por ejemplo, para determinar los precios o cantidades de garantía».

Tanto el TDC como la CNE parecen compartir la inquietud generalizada entre los operadores económicos por los sucesivos cambios normativos y la inseguridad sobre el futuro de la regulación en el sector.

Finalmente, es significativo que el TDC al resumir sus conclusiones declare que, si bien la Ley del Sistema Eléctrico tiene una clara filosofía pro competencia, «la actual estructura del sector, junto con un insuficiente desarrollo normativo de dicha Ley, y la constatación de que existen importantes barreras de entrada tanto en la generación como en la comercialización, hacen que el grado de contestabilidad de estos mercados sea muy reducido».

B. ELÉCTRICA DE LLÉMANA, S. L.

El caso Eléctrica de Llémana, S. L., es paradigmático en cuanto revela con la máxima crudeza no sólo los cruces de competencias entre órganos reguladores sectoriales y el TDC, sino las contradicciones y desacuerdos fruto de la regulación normativa que se ha expuesto.

En su Resolución de fecha 29 de septiembre de 1999, el TDC declara probados los siguientes hechos: el 26 de marzo de 1996 Llémana solicita a H. un suministro adicional de 1.000 Kw. de potencia para suministrar a determinadas empresas de la zona; el 28 de marzo de 1996 H. negocia un convenio para construir una línea con capacidad suficiente para cubrir sus necesidades, con las mismas empresas, que pasan a contratar con H. el suministro; el 31 de mayo de 1996 E. y H. contestan a Llémana que suministrarán 500 Kw. más; Llémana requiere reiteradamente a E.

para que proceda al aumento de potencia, con la advertencia de que si no negocian el problema retendría el abono de las cantidades que debían serle liquidadas.

La CSEN dicta resolución el 1 de julio de 1997: declara que se trata de un problema de acceso de terceros a las redes de distribución, que éste ha de realizarse en condiciones transparentes y objetivas, que las denunciadas están obligadas a facilitar a la denunciante los aumentos de potencia solicitados «permitiendo así a las empresas distribuidoras competir en igualdad de condiciones». Se requiere a H. y E. para que en el plazo de veinte días atiendan la solicitud de Llémana.

El requerimiento de la CSEN fue impugnado ante el Ministerio de Industria y Energía, y éste dictó Resolución el 26 de mayo de 1999 anulándolo a instancias de H. y E. El Ministerio consideró que no se trataba de una cuestión de acceso a terceros a las redes de distribución, sino de un aumento de potencia, para la cual es competente la Dirección General de la Energía previo informe de la CSNE y en su caso la Comunidad Autónoma de Cataluña. Es evidente que los cruces de competencia entre Administración Central y Autonómica, entre Administración y órgano regulador sectorial no son incompatibles con estos otros objeto de esta reflexión entre órganos horizontales de defensa de la competencia y órganos sectoriales.

Llémana interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, finalizado por Sentencia de 7 de junio de 2000 confirmando la Orden del Ministro.

Por su parte, el TDC resolvió declarar la existencia de una práctica restrictiva de la competencia tipificada en el art. 6.2 de la LDC consistente en la negativa injustificada a satisfacer la demanda de suministro de energía eléctrica solicitada por Llémana, e imponer sanción a las empresas H. y E. responsables de la misma.

La Sentencia de 17 de junio de 2000, en este caso de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, en aquella fecha competente para conocer de los recursos contra las Ordenes del Ministerio de Industria y Energía, confirma la Resolución que anuló el requerimiento de la CSEN porque a su juicio este ente regulador no era competente para resolver las cuestiones que se plantean. El quid de la discusión jurídica en ese proceso consistió en determinar si lo que Llémana pretende y no obtener es un acceso de terceros a redes de distribución o una petición de aumentos de potencia a tarifa regulada. Para la CSEN, a la que la denunciante acudió al amparo del art. 8.1.15 de la Ley 40/1994, su competencia estaba amparada en el art. 41.2 de la misma Ley, y la denuncia hacía referencia a la distribución de energía eléctrica. Para el Ministerio y la Sección Octava de la Audiencia, se trata de un aumento de potencia.

La sentencia de la Audiencia Nacional citada razona como sigue:

«La resolución impugnada, frente a lo sostenido por la CSEN entiende que el tema planteado no es una cuestión de acceso de terceros a las

redes de distribución, lo que de conformidad con el art. 41 de la LOSEN (Ley de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional) sería competencia de dicha Comisión, sino una petición de aumentos de potencia a tarifa regulada, cuya resolución en el caso que nos ocupa correspondería a la Comunidad Autónoma de Cataluña, si lo que se pretende es un aumento de potencia a tarifa general o a la Dirección General de la Energía, previo informe de la CSEN y de la Comunidad Autónoma, si lo que se pretende es un aumento de potencia a tarifa D, superior al 10 por ciento del incremento vegetativo.

Es cierto que el Tribunal de Defensa de la Competencia en resolución de 29 de septiembre de 1999 señaló que la petición de un aumento de potencia, que necesariamente ha de ser atendida mediante el tránsito de fluido eléctrico a través de la red de suministros del grupo E.-H., representa un problema típico de acceso a la red, considerando que había una práctica restrictiva de la competencia tipificada en el art. 6.2 de la LDC.

Sin embargo la cuestión planteada no es una mera cuestión de acceso, sino una petición de aumento de potencia.

La Resolución de la CSEN de 1 de julio de 1997 tiene como base la denuncia presentada el 5 de junio de 1996 por Eléctrica de Llémna, S. L., contra E. y H. con base en el art. 8.1.15 de la Ley 40/1994 alegando prácticas restrictivas de la competencia y en concreto manifestando que el 27 de marzo de 1996 se había dirigido a H. para hacerle una solicitud de 1.000 kw. que le eran imprescindibles para suministrar a diferentes empresas abonadas, al tener ella el carácter de distribuidora en virtud de contrato suscrito con E. con fecha 7 de noviembre de 1992. El 31 de mayo de 1996 E.-H. contesta a la ampliación de petición de potencia, accediendo a aumentar 500 kw., manifestando respecto a los restantes que se pondrían en contacto con la recurrente al existir dificultades técnicas. La CSEN manifiesta ser competente al señalar el art. 41.2 de la Ley 40/1994 que “la Comisión resolverá las cuestiones que se planteen en relación con las condiciones de acceso”, fijando el art. 10.2 de dicha Ley, como función esencial de esa Comisión, el velar por la transparencia y objetividad del funcionamiento del sistema y la realización de funciones derivadas de la integración de la energía reguladas en esa Ley, concluyendo con su competencia, por entender que la denuncia hace referencia a la distribución de energía eléctrica. Sin embargo, ello no puede aceptarse, por cuanto el acceso de terceros a las redes de distribución, se refiere a las condiciones del tránsito de energía por las redes, y no a un caso claro, como el que nos ocupa, en el que se solicita un aumento de potencia.

No cabe olvidar, por lo demás, que cuando la actora denuncia los hechos el 5 de junio de 1996 ante la CSEN, esta Comisión no es aceptada por las partes como árbitro y en la denuncia únicamente se especifica que los “hechos narrados se encuentran perfectamente previstos en el art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia 16/1989, de 17 de julio, que habla entre las conductas prohibidas en el ap. b), de la limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones, incumpléndose igualmente el art. 40 de la Ley 40/1994...” En ningún caso podría aceptarse que la CSEN fuera un órgano instructor de expedientes administrativos, a la vista del carácter que le otorga el art. 8 de la LOSEN, por todo lo cual tiene razón el acto administrativo impugnado al negarle

la competencia, consideraciones éstas que llevan a la desestimación del recurso interpuesto en su integridad».

Veamos cuáles fueron las conclusiones alcanzadas por el TDC, pendientes de revisión jurisdiccional: con claridad meridiana, manifiesta expresamente su discrepancia con el Ministerio, reproduciendo parte de la Orden de 13 de noviembre de 1998, al entender «que la cuestión suscitada, consistente en la petición de un aumento de potencia, que necesariamente ha de ser atendida mediante el tránsito de fluido eléctrico a través de la red de suministros del grupo E.-H. (tránsito que a su vez exige modificar las condiciones en que operan ciertos instrumentos de medición, en particular los llamados máxímetros), representa un problema típico de acceso a la Red». Su conclusión se fundamenta en la interpretación conjunta de los arts. 41.1, 10.11.e) y 40.1.c) de la LOSE. La consecuencia es que, una vez establecida previamente la posición de dominio de E.-H., y acreditado lo injustificado de la negativa de éstas a satisfacer la demanda de la denunciante, se declara cometido un abuso de posición de dominio constitutivo de una infracción tipificada en el art. 6.2 de la LDC.

Dicha resolución fue asimismo impugnada ante la Audiencia Nacional, estando pendiente de sentencia el recurso contencioso-administrativo.

No son éstos los únicos supuestos en que situaciones de colisión o doble control han tenido lugar. De su examen resulta que los conceptos técnico-jurídicos relevantes, tanto en materia de defensa de la competencia como de energía, son utilizados indistintamente por uno u otro órgano, TDC o CNE, y no siempre con el mismo contenido. Por otra parte, la intervención de la Administración como superior «control de eficacia», en el supuesto de la CNE, ausente en relación con el TDC, complica la fijación de unas normas de conflicto para la resolución de los que puedan plantearse en el futuro.

3. LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Las dificultades para una clara delimitación de competencias entre los órganos horizontales de defensa de la competencia y los órganos reguladores sectoriales han alcanzado su máxima expresión en relación con la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT).

Así lo ponen de manifiesto, en particular, las numerosas y reiteradas modificaciones legislativas que, en un período relativamente reducido, se han producido al respecto.

Antes de la creación de la CMT, la competencia de los Órganos horizontales de Defensa de la Competencia (ODC) en la materia que nos ocupa estaba claramente contemplada en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

Esta situación se modifica con la creación de la CMT (por Real Decreto-ley 6/1996, de 7 de julio, cuya posterior tramitación como Proyecto de Ley dio lugar a publicación de la Ley 12/1997, de 24 de abril), a la que se atribuyeron determinadas funciones en defensa de la libre competencia.

Así lo expresa su Exposición de Motivos al recoger como una de las razones que motivó su creación «la exigencia inaplazable de salvaguardar el cumplimiento efectivo por todos los partícipes en el mercado de las telecomunicaciones de los principios de libre competencia (...)», traducándose esta finalidad en la atribución de las funciones contempladas en su art. 1.Dos.2.f) y g) de la Ley.

El primero dispone que «podrá adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la libre competencia en el mercado, en particular, en lo que se refiere a la pluralidad de ofertas de servicios, al acceso a las redes de telecomunicaciones por los operadores y a la interconexión de las redes y suministro de red en condiciones de red abierta; a la política de precios y de comercialización de los operadores de servicios, y en general a todas aquellas actividades que pudieran constituir *prácticas contrarias* a la libre competencia».

Por su parte, el ap. g) del mismo precepto prevé que la CMT podrá «ejercer el control de los procesos de concentración de empresas, de las participaciones en el capital y de los acuerdos entre los agentes participantes en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios a que se refiere el número VII del ap. dos de este artículo».

Ambos preceptos adolecen de imprecisión técnica. En el caso del art. 1.Dos.2.f) porque, poniendo en relación la potestad genéricamente atribuida (salvaguardar la libre competencia) con la cláusula general de cierre (actividades que pudieran constituir *prácticas contrarias* a la libre competencia) no se delimita con rigor la función de la CMT. Ello es así por cuanto que las denominadas *prácticas contrarias* a la libre competencia ni se definen (ni siquiera por remisión a la LDC), ni coinciden con ninguna de las definiciones de acuerdos y *prácticas restrictivas* o *abusivas* contempladas en los arts. 1, 6 y 7 de la LDC.

En el caso del art. 1.Dos.2.g) la imprecisión es doble. De un lado, porque después de señalar el género (operaciones de concentración), a continuación se refiere a situaciones tales como el control de participaciones en el capital y de acuerdos entre los agentes que no parecen más que modalidades de aquél. Y, de otro, porque induce a confusión respecto a si, en tales procesos de concentración, se mantiene o no la competencia del Gobierno conforme al art. 17 de la LDC.

Sólo un año después de aprobarse la Ley 12/1997 se plantea de nuevo en el plano legislativo la cuestión sobre la articulación funcional entre los ODC y la CMT a través de la Disposición Adicional séptima de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (LGT), según la cual «el ejercicio de sus funciones por la Comisión del Mercado de

las Telecomunicaciones se realizará con pleno respeto a las competencias que la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, atribuye a los órganos de defensa de la competencia», añadiendo que «cuando la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones detecte la existencia de prácticas restrictivas de la competencia, prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia, lo pondrá en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia, aportando todos los elementos de hecho a su alcance y, en su caso, un dictamen no vinculante sobre la calificación que le merecen. Ello se entiende sin perjuicio de las funciones que a la propia Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones le atribuye el art. 1.Dos.2.f) de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones».

La Disposición Adicional recupera parcialmente el rigor técnico al hacer referencia a las «prácticas restrictivas de la competencia», pero reitera su ausencia al no resultar claro si el mismo régimen es aplicable a las «prácticas abusivas», o si existen otras «prácticas contrarias» distintas de aquellas cuyo conocimiento corresponde a la CMT.

Por otra parte, la LGT parece pretender una delimitación horizontal en materia de defensa de la competencia vinculada a los ODC.

En tal sentido cabe invocar el resultado de la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley durante la cual los Grupos Parlamentarios Socialista del Congreso, Izquierda Unida y Convergencia i Unió propusieron enmiendas dirigidas a que la CMT fuera el único órgano competente para garantizar la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones, que fueron rechazadas.

Subsistieron, no obstante, dudas interpretativas sobre el alcance de la cláusula de salvaguarda de las competencias de la CMT, a la vista del último inciso de la Disposición Adicional.

En cuanto a los procesos de concentración económica el art. 17.2 de la LGT recondujo la cuestión estableciendo que «la CMT informará preceptivamente en los procedimientos iniciados para la autorización de las operaciones de concentración de empresas o de toma de control de una o varias empresas del sector de las telecomunicaciones, cuando las mismas hayan de ser sometidas al Gobierno para su decisión, de acuerdo con la legislación vigente en materia de defensa de la competencia».

Que la cuestión no estaba definitivamente cerrada en la perspectiva del legislador lo ha venido a poner de manifiesto la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, que, al reformar la LDC, aborda de nuevo el tema, antes de transcurrir dos años de la aprobación de la LGT.

La Ley 52/1999 parte «de la premisa de que la política de defensa de la competencia tiene básica y generalmente un carácter horizontal (...)» y viene a establecer: «(...) consecuentemente con la reforma prevista y lo recogido en otras leyes, las funciones de los órganos de competencia, delimitándolas con mayor precisión respecto de las encomendadas a otros

órganos e instituciones administrativas, de competencia sectorial» (Exposición de Motivos).

Para alcanzar la finalidad pretendida, la norma no se limita a delimitar las competencias de los ODC, sino que, adicionalmente, modifica las funciones atribuidas a la CMT por el art. 1.Dos.2.f) y g) de la Ley 12/1997, de Liberalización de las Telecomunicaciones.

En lo que respecta a la primera cuestión introduce un art. 51 *bis* en la LDC, bajo la rúbrica «Relaciones con otras Administraciones Públicas», disponiendo que «los órganos previstos en la presente Ley son los únicos competentes para la instrucción y resolución de los procedimientos que en ella se regulan en materia de defensa de la competencia». A continuación establece el sistema de interrelación administrativa previendo que «en el supuesto de que otras Administraciones Públicas, por razón de sus funciones, pudieran tener conocimiento de hechos que consideren contrarios a las previsiones de esta Ley, se limitarán a dar traslado de los mismos, y de la documentación obrante en su poder, al Servicio de Defensa de la Competencia a fin de que, si procede, pueda iniciarse la tramitación de los correspondientes expedientes».

De la modificación de la Ley 12/1997 cabe destacar, en lo que aquí afecta, que se suprime la indicación de que la función de adoptar medidas del art. 1.Dos.2.f) son «para salvaguardar la libre competencia»; se introduce una obligación de poner en conocimiento del SDC la existencia indiciaria de prácticas contrarias a la LDC, en términos similares a lo que ya estableció la Disposición Adicional séptima de la LDC, y se reconduce la función de ejercer el control de procesos de concentración «(...) al objeto de garantizar, cuando proceda, el cumplimiento del deber de notificación obligatorio al Servicio de Defensa de la Competencia (...)».

No obstante, al no resultar afectada por la reforma, se mantiene la función del art. 1.Dos.2.c) de la misma norma, de «(...) velar por la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones».

Antes de la publicación de la Ley 52/1999, la CMT ha aprobado Circulares y adoptado Resoluciones relacionadas con la defensa de la libre competencia, algunas de las cuales se reseñan a continuación.

En la Resolución de 26 de noviembre de 1998 (Expediente Canal Satélite Digital/Vía Digital) la CMT afirmó su competencia «(...) para intervenir en relación con la existencia de acuerdos entre empresas que consistan en la fijación directa o indirecta de precios de compra o venta de servicios, de conformidad con lo dispuesto en los aps. c) y f) del art. 1.Dos.2 de la Ley 12/1997», si bien en este caso acordó no iniciar expediente por supuestas prácticas concertadas para la fijación de precios de pago por visión en partidos de fútbol.

La Resolución de 22 de diciembre de 1998 (Expediente Cabitel) contiene también una afirmación expresa de la competencia de la CMT en este ámbito, interpretando la Disposición Adicional séptima de la LGT

en el sentido de que, sin perjuicio de la puesta en conocimiento del SDC de posibles prácticas contrarias a la competencia, ello no puede significar «(...) la dejación de funciones propias, cuando se le presenten denuncias sobre asuntos de la propia competencia o cuando estima, dentro de sus funciones legalmente reconocidas, que debe intervenir».

La Resolución de 2 de diciembre de 1999 (Infovía e Infovía Plus) delimita el criterio de la CMT que, en orden a evitar reiteraciones, se sintetiza más abajo al comentar la resolución de 18 de octubre de 2001.

En la Resolución de 22 de diciembre de 1999 (Expediente Retevisión Móvil/Airtel Móvil) la CMT afirma que «la presencia de accionistas comunes en dos competidores implica una distorsión de la competencia aun cuando la presencia en uno de los dos operadores sea minoritaria y financiera y no impliquen ningún tipo de control sobre la misma», ordenando, al amparo del art. 1.Dos.2.f) y g) de la Ley 12/1997, que dos sociedades debían abandonar el accionariado de Airtel Móvil para poder seguir participando en el capital de Retevisión Móvil.

También en el ejercicio de potestad normativa a través de Circulares [ex arts. 1.Dos.1.f) de la Ley 12/1977 y 20 del Reglamento de la CMT] la CMT ha sostenido su competencia. Así, en la Circular 1/1998 incluye como elemento de valoración «(...) la adecuación a las exigencias de salvaguarda de la libre competencia de determinados comportamientos de las entidades con posición de dominio operantes en el sector que actúen como anunciantes en campañas publicitarias, estableciéndose un procedimiento facultativo, de notificación previa, con el fin de obtener un examen preliminar no vinculante por parte de la CMT». De este modo la CMT ha abordado cuestiones relativas a la defensa de la competencia en el ámbito de la publicidad, más allá de lo que, en sentido estricto, constituye el sector de las telecomunicaciones.

La aprobación de la Ley 52/1999 no ha supuesto un cambio de criterio de la CMT. En este sentido puede destacarse la Resolución de 18 de octubre de 2001, en la que, ante la alegación de incompetencia para aplicar el Derecho de la competencia, la CMT la afirma con base en los argumentos que, sintéticamente, se exponen a continuación.

La CMT comienza reiterando los argumentos expuestos en la Resolución de 2 de diciembre de 1999, en el sentido de que:

La naturaleza de la intervención de los ODC y de la CMT es diferente. El papel de la CMT «en aras de propiciar una rápida intervención» —que constituye una pieza básica del proceso de liberalización— es imponer obligaciones de comportamiento a los operadores que incurren en prácticas anticompetitivas, mediante una resolución puramente declarativa que impone obligaciones de hacer o no hacer.

A tal efecto, «las funciones de la CMT no son compartimentos estancos, sino que todas ellas se encaminan a propiciar la salvaguarda de la libre competencia en el mercado otorgando los correspondientes resortes al órgano regulador».

La Disposición Adicional séptima de la LGT «sanciona (...) la primacía de la intervención de la CMT» que, al contar «con información de primera mano sobre el funcionamiento del mercado y de los operadores, se encuentra en la situación más idónea para detectar las posibles prácticas anticompetitivas (...). Una vez detectada y según la naturaleza de la práctica anticompetitiva, la CMT debe decidir si remite el asunto al Servicio de Defensa de la Competencia o bien procede a la apertura de un expediente propio de adopción de medidas».

Los ODC, como órganos generalistas que pueden verse «imposibilitado(s) para intervenir con prontitud y eficacia», tienen definido su modo de actuación a través de resoluciones de naturaleza sancionadora que normalmente se traducen en la imposición de multas.

«Los nuevos operadores (...) pueden modular sin dificultades las vías de acceso a los órganos de salvaguardia de la competencia. Si lo que desean es determinar claramente las obligaciones de unos y otros, y no la apertura de un expediente sancionador, acuden a la CMT. Si lo que persiguen es la sanción al infractor, el camino adecuado es el Servicio de Defensa de la Competencia».

A continuación la resolución fija el criterio de la CMT sobre las modificaciones introducidas por la Ley 52/1999, concluyendo que no suponen una alteración de las funciones reconocidas a la CMT.

En este sentido argumenta que la supresión de la referencia a que las medidas son «para salvaguardar la libre competencia» es superflua, dado que todas las funciones de la CMT se dirigen a tal objeto y que la introducción de la función de colaboración con el SDC supone un retoque formal de la previsión ya contenida en la Disposición Adicional séptima de la LGT, y añade que la función de colaboración con el SDC y la CMT ya estaba recogida en la Disposición Adicional séptima de la LGT, limitándose a reiterarla el texto que ahora se introduce en la letra f), con un contenido idéntico.

Como conclusiones la resolución señala que ha quedado ratificada la función de colaboración entre la CMT y los ODC, que debe descartarse rotundamente la «solución excluyente consistente en que los órganos horizontales de defensa de la competencia serían los únicos competentes para adoptar medidas de salvaguardia de la competencia en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos “y que, a tal efecto, no resulta pertinente la invocación del art. 51 bis de la LDC ya que” (...) la CMT ni instruye ni resuelve los procedimientos que están previstos en esa Ley (la LDC), por cuanto su función es otra (...)».

Por su parte, el TDC se ha pronunciado en alguna ocasión sobre el tema, aunque sin incorporar una fundamentación exhaustiva de su posición.

Así, en la Resolución de 8 de marzo de 2000 (Expte. 456/99, RETE-VISIÓN/TELEFÓNICA), relativa a la campaña publicitaria «Planes cla-

ros», el TDC responde a la alegación de Telefónica sobre la competencia exclusiva del SDC y el propio Tribunal en materia de defensa de la competencia.

La alegación de Telefónica manifiesta que, pese a haber mantenido ese criterio, en el caso enjuiciado, el Tribunal no puede pasar por alto el precedente de la Resolución de la CMT de 30 de abril de 1998, rechazando la adopción de medidas cautelares respecto de la campaña publicitaria, objeto del expediente.

Por su parte, el TDC rechaza la alegación por un triple orden de motivos.

En primer lugar, por su falta de coherencia. En segundo lugar, porque afirma que «(...) efectivamente, sólo el Tribunal de Defensa de la Competencia tiene la capacidad de declarar y sancionar un abuso de posición de dominio», y, en tercer lugar, «(...) porque considera que la CMT, al no disponer del material probatorio que obra en este expediente, no pudo realizar una valoración completa de la conducta de Telefónica».

Como puede apreciarse la resolución no incluye una fundamentación jurídica de las normas que le atribuyen la competencia ni un análisis de las que regulan la CMT. Se limita a afirmar con rotundidad su competencia para sancionar los abusos de posición dominante.

Además, la resolución suscita la duda de si la referencia a la actuación de la CMT se basa en su falta de competencia o en que, admitida ésta, careció de material suficiente para valorar íntegramente la conducta de Telefónica.

En lo que respecta al criterio seguido por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, cabe hacer referencia a las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Octava) de 17 de octubre de 2000 y 9 de octubre de 2001, así como a la de la misma Sala y Sección del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 13 de febrero de 2001.

La primera de ellas se pronuncia sobre la cuestión afirmando que «(...) forzoso es deducir que la Comisión ha actuado en el ejercicio de las funciones que legalmente le son atribuidas en concreto la adopción de una medida tendente a salvaguardar la competencia en el mercado, saliendo al paso de una práctica que pudiera integrar un obstáculo a la libre competencia, coherente con la normativa comunitaria tendente a velar por ella en los procesos de liberalización de las comunicaciones, en los que la existencia de operadores dominantes con vocación oligopólica respalda la existencia de organismos de control o vigilancia, y una política encaminada a la preservación del interés general (*ad exemplum*, Directiva 92/44/CEE, de 5 de junio, y Comunicación de la Comisión Europea sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones, 98/c 265/02, de 22 de agosto)» (FD 2.º).

La propia Sentencia aborda la cuestión de la delimitación de competencia entre la CMT y los ODC en su FJ 4.º, en el que, tras reproducir literalmente la Disposición Adicional séptima de la LGT, obtiene la conclusión que se transcribe a continuación:

«El precepto inmediatamente transcrito permite colegir el deslinde competencial entre Comisión del Mercado de las Comunicaciones y Tribunal de Defensa de la Competencia: la Comisión puede, a la vista de una práctica vulneradora de la competencia, incoar expediente o dar traslado al Servicio de Defensa de la Competencia, optando el legislador por un sistema de coordinación en el que pueden coexistir ambos organismos y ello sin demérito para los respectivos ámbitos competenciales».

La Sentencia de 9 de octubre de 2001, aunque desestima el recurso interpuesto por razones que no afecta al tema objeto del presente comentario, contiene una afirmación de interés respecto del mismo.

En efecto, en su FJ 4.º, tras afirmar la improcedencia de analizar las pretensiones de la demanda por exceder «(...) de lo que ha de ser objeto propio del recurso contencioso-administrativo», contiene una alusión a la atribución de funciones en materia de defensa de la competencia. Así, señala que «dicha resolución (la dictada por la CMT objeto del recurso) no se pronuncia respecto a la supuesta vulneración de la Ley de Defensa de la Competencia, por pertenecer a una esfera competencial ajena a sus funciones y atribuciones, lo que implica igualmente la falta de competencia para la imposición de sanciones en esta materia, por corresponder al Tribunal de Defensa de la Competencia (...)».

La última de las Sentencias citadas sí aborda directamente la cuestión ante la alegación de Telefónica de que la CMT carece de competencia en la materia por estar atribuida a los ODC.

Su FJ 3.º argumenta al respecto lo siguiente:

«Lo cierto, no obstante, es que la literalidad del art. 1, ap. Dos.2.c), no ofrece ninguna duda cuando contempla como función de la Comisión “velar por la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones”, equilibrando, en su caso, las situaciones discriminatorias y asignando numeración a los operadores, para lo que dictará las resoluciones oportunas. Y ello es consecuencia necesaria de lo reflejado en la Exposición de Motivos cuando afirma que “la exigencia inaplazable de salvaguardar el cumplimiento efectivo de todos los partícipes en el mercado de las telecomunicaciones de los principios de libre competencia, transparencia, e igualdad de trato, hace imprescindible la creación de una Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, como órgano independiente encargado de velar por la aplicación de tales principios y de arbitrar conflictos entre los operadores del sector”... En este sentido podemos afirmar la existencia de una voluntad clara y manifiesta del legislador de crear un órgano específico encargado de velar por el desarrollo de la libre competencia en un sector que se liberaliza. Y a la vista de lo expresado en dicho precepto no cabe duda de que respetando las competencias de la Comisión Delegada del

Gobierno para asuntos económicos, puede la CMT dictar las resoluciones oportunas, como ha ocurrido en el supuesto de autos, al margen de las demás funciones legalmente previstas».

Y añade en el fundamento cuarto que «en la línea de lo anteriormente expuesto no se discute que puedan solaparse de alguna manera las competencias de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones con la de los órganos de defensa de la competencia previstos en la Ley 16/1989, si bien es cierto que las competencias de estos últimos pudieran aparentemente resultar más amplias, alcanzando al control de los acuerdos colusorios, de los actos de competencia desleal, ayudas públicas y acuerdos de concentración económica. Y en todo caso, y a la vista de las previsiones contenidas en los arts. 5.2 y 28 del Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, el hecho de que pudiera existir una doble barrera o control administrativo por parte de órganos con competencias concurrentes, aunque debidamente coordinados, sobre todo en el ámbito sancionador, como prevé el mentado art. 28.1 del RD 1994/1996, no perjudica ni el interés ni el gasto público (arts. 31.2 y 103.1 de la CE), ni justificaría el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad por infringir el principio de seguridad jurídica. Este principio constitucional no queda vulnerado en la medida en que los justiciables tienen perfecto conocimiento de la normativa que han de respetar y que viene marcada tanto por la legislación sectorial en materia de telecomunicaciones como por la normativa general de defensa de la competencia. En este sentido un precepto que otorga una potestad administrativa a un órgano administrativo en el marco de una ley, respetando, en consecuencia, el principio de legalidad en su actuación, marcado por el art. 9.3 de la CE, nunca puede afectar al derecho de los usuarios y operadores del sector de ajustar sus comportamientos a la normativa de aplicación al caso, hallándose justificada su existencia tanto por la especialidad y complejidad de la materia como por el contexto histórico en el que ha de desarrollar sus competencias, que no es otro que el de liberalización de las telecomunicaciones, y ello en la medida en que no existe dato alguno en autos que permita deducir que por el hecho de existir dos órganos que desarrollen sus funciones de control de la libre competencia en la materia pueda existir una diferencia de trato o dar origen a situaciones jurídicas diferenciadas para los usuarios u operadores del sector cuando el propio Reglamento de la CMT trata de evitar en los preceptos indicados cualquier disfunción que pueda llegar a existir».

Analizando detenidamente las argumentaciones de la CMT, explícitas en las resoluciones que tratan de abordar globalmente la cuestión (Resoluciones de 2 de diciembre de 1999 y de 18 de octubre de 2001), puede apreciarse que su soporte normativo es, al menos, discutible.

En efecto, se argumenta que la naturaleza de la intervención de la CMT y de los OCD es diferente, añadiéndose, a tal efecto, como criterio delimitador de esa distinta naturaleza un doble argumento de oportunidad: que el papel de la CMT se justifica por permitir una rápida inter-

vencción, básica en el proceso liberalizador, y, complementariamente, que tal intervención de carácter inmediato se traduce en una resolución declarativa que impone obligaciones de hacer o de no hacer.

Puede no faltarle razón a la CMT respecto a que su funcionamiento es más ágil o rápido que el de los ODC.

Ello es así porque no puede desconocerse que la LDC atribuye a los ODC instrumentos que permiten, jurídicamente, alcanzar los mismos resultados que aquellos en los que la CMT basa su competencia —poder realizar una rápida intervención consistente en imponer obligaciones de hacer o de no hacer—.

Entre estos instrumentos jurídicos que permiten una intervención equiparable merecen destacarse las previsiones del art. 45 de la LDC para que las ODC puedan adoptar medidas cautelares.

Conforme a la regulación del artículo citado el SDC puede proponer y el TDC adoptar, de oficio o a instancia de parte, las medidas cautelares necesarias tendentes a asegurar la *eficacia* de la resolución que en su momento se dicte, sin más limitación que el requisito de que esté iniciado el expediente administrativo. Los plazos para la adopción de tales medidas son lo suficientemente breves como para poder considerar que permiten una intervención eficaz.

De otro lado, las medidas cautelares pueden consistir tanto en obligaciones de hacer como de no hacer —«órdenes de cesación o de imposición de condiciones determinadas para evitar el daño que pudieran causar las conductas a que el expediente se refiere», en la dicción literal del art. 45.1.a) LDC— y, además, el art. 45 permite la adecuación de las medidas a la evolución de las situaciones que se produzcan en el mercado definido, al posibilitar su suspensión, modificación o revocación «en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser conocidas al tiempo de su adopción» (art. 45.5).

El argumento diferenciador de la naturaleza de la intervención no parece tener suficiente fundamento jurídico.

El segundo elemento argumental es el que funda la primacía de la CMT en el hecho de que cuenta con información «de primera mano sobre el funcionamiento del mercado y de los operadores», de forma que se «encuentra en la situación más idónea para detectar posibles prácticas anticompetitivas».

Se trata de un argumento que, al igual que el anterior, carece de soporte normativo específico —quizás, incluso, el rechazo de las enmiendas planteadas por distintos grupos parlamentarios en tal sentido, en los términos antes citados, permitiría interpretar que no ha sido ésta la intención del legislador—. Pero, independientemente del análisis basado en la finalidad perseguida por la norma, tampoco resulta definitivo.

En efecto, la proximidad de la CMT respecto de las conductas anticompetitivas en los diversos mercados existentes en lo que comúnmente

puede denominarse «sector de las telecomunicaciones» y la idoneidad para detectar posibles prácticas anticompetitivas no es argumento suficiente para afirmar la competencia de la CMT frente a los ODC.

Para resolver esta cuestión alcanzando la máxima eficacia de unos y otros basta con que funcionen adecuadamente los instrumentos de coordinación contemplados normativamente. La previsión del art. 51 *bis* de la LDC de que otras Administraciones —como la CMT— sí tienen conocimiento de prácticas contrarias a la libre competencia lo pongan en conocimiento del TDC, acompañando la documentación específica de que dispongan y emitan un dictamen especializado sobre la calificación que le merecen, permite multiplicar la eficacia de la actuación de ambos órganos: el conocimiento especializado de los mercados del sector de telecomunicaciones que, sin duda, ostenta la CMT y la especialización horizontal de los ODC respecto de las conductas tipificadas como prohibidas por la LDC. El argumento tampoco resulta, por tanto, concluyente.

Un tercer argumento diferenciador de la distinta naturaleza de la intervención de la CMT y de los ODC es el que apunta a que la actuación del TDC se circunscribe a actuar a través de resoluciones de naturaleza sancionadora, «que normalmente se traducen en la imposición de multas». Esta última apreciación resulta particularmente interesante para apreciar la consistencia del argumento diferenciador basado en la distinta naturaleza de la intervención, en un doble sentido. Por una parte, porque atiende a un criterio de hecho y no de derecho para sostener la diferenciación como es la circunstancia de que normalmente se imponen sanciones económicas y, por otra, porque admite *a sensu contrario* que la imposición de multas no es una consecuencia necesaria de la actuación de los ODC.

Esta posibilidad, implícita en el argumento, adquiere una rotunda virtualidad jurídica si se analiza en el art. 46 LDC, que regula el contenido de las resoluciones del TDC.

En este precepto se contemplan dos tipos de pronunciamientos por parte del Tribunal. Uno de carácter previo, que consiste en una declaración sobre la existencia o no de prácticas contrarias a la libre competencia. Y otro que hace referencia a las consecuencias que se derivan de una declaración de conductas anticompetitivas. De las cinco previsiones que el art. 46.2 contempla, cuatro no se refieren a la imposición de sanciones sino a la imposición de obligaciones de hacer o no hacer, o a la calificación de la conducta como una práctica autorizada. El criterio diferenciador de las actuaciones de unos y otros órganos administrativos vuelve a ser insuficiente.

Un cuarto criterio diferenciador es el que hace referencia a que la CMT «ni instruye ni resuelve los procedimientos que están previstos» en la LDC. Es un criterio que debe considerarse como puramente formal. Es evidente que la CMT sólo podrá instruir los procedimientos que le atribuye su propia regulación sectorial y que, entre ellos, no se compren-

den los específicamente atribuidos al SDC y al TDC en la Ley 16/1989. Pero no puede olvidarse que, materialmente, si la CMT tiene atribuida la función de velar por la libre competencia en las actividades respecto de las que puede intervenir, deberá ineludiblemente tener como referencia la tipificación de conductas prohibidas recogidas en la LDC. Ello es así por la sencilla razón de que dicha norma es la única que, con carácter horizontal, describe las conductas prohibidas o contrarias al mantenimiento de la libre competencia en cualquier mercado. No existen, en la normativa sectorial de telecomunicaciones, categorías específicas que permitan sustituir a las previstas en la LDC.

En cuanto a los razonamientos expresos en los pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales pueden reiterarse los argumentos que se acaban de exponer.

No obstante, debe hacerse un comentario puntual sobre una afirmación distinta —aunque apuntada, también, en las resoluciones de la CMT—, como es la que se refiere a la posibilidad de que exista una doble barrera o control administrativo —de la CMT y de los ODC—, y a la no afectación de la seguridad jurídica.

Tales afirmaciones serían plenamente asumibles si los criterios delimitadores de la intervención de unos u otros órganos tuvieran un grado suficiente de nitidez. Pero, como ha tratado de justificarse anteriormente, los argumentos en que trata de fundarse están más próximos a situaciones de hecho que a nítidos criterios jurídicos contenidos en las normas que, respectivamente, les resultan de aplicación.

4. CONCLUSIONES

De lo expuesto en las páginas anteriores cabe formular las siguientes valoraciones:

La primera es la falta de un modelo definido en relación al sistema de defensa de la competencia en los sectores que se liberalizan.

La segunda es la diversidad de soluciones que pueden aprobarse según se trate de órganos reguladores en uno u otro sector.

La tercera es la extraordinaria movilidad de una regulación que, en un breve período de tiempo, contempla soluciones diferentes.

De todas ellas se desprende una última, más importante, que hace referencia a la falta de seguridad jurídica para los operadores y a las deficiencias que la ausencia de modelo puede generar para una adecuada defensa del interés público.

La ausencia de seguridad jurídica puede intensificarse si, como no es descartable, los distintos órganos reguladores y los órganos de defensa de la competencia inician un proceso de presentación de requerimientos de inhibición, por entender que existen intromisiones en sus respectivas

competencias. Una regulación imprecisa de esta materia puede producir, adicionalmente, distorsiones en las relaciones con la Comisión europea.

La aplicación en España del Derecho comunitario de la competencia exige desarrollar una correcta coordinación entre los órganos nacionales de la competencia y los comunitarios. La disgregación de las competencias en varios órganos nacionales, derivada de una regulación parcial de esta materia, puede multiplicar los problemas de coordinación con la Comisión europea, incrementando la inseguridad en el funcionamiento del sistema de defensa de la competencia.

Finalmente y, quizás, como elemento más relevante de reflexión, es que resulta preciso definir normativamente con la suficiente nitidez los puntos de conexión que posibilitan la intervención de unas u otras autoridades administrativas.

La situación actual, pese a las reiteradas reformas legales que han tratado de alcanzar tal objetivo, se han revelado insuficientes, dando lugar a que los criterios de conexión se apoyen más en argumentos referidos a circunstancias de hecho que a una precisa delimitación normativa.

BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, L.; DE QUINTO, J., y WATT, R., «Análisis de los efectos económicos y sobre la competencia de la concentración Endesa-Iberdrola», *Documentos de Trabajo del Centro de Política de la Competencia*, núm. 2, Instituto de Estudios Europeos, Universidad San Pablo CEU, 2001.
- CREMADES, J., y MAYOR, P., *La liberalización de las telecomunicaciones en un mundo global*, Madrid, La Ley Actualidad, Ministerio de Fomento, 1999.
- ARIÑO, G., y LÓPEZ DE CASTRO, L., *El sistema eléctrico español. Regulación y competencia*, Madrid, Montecorvo, 1998.
- ARIÑO, G., «Principios constitucionales de la libertad de empresa. Libertad de comercio e intervencionismo administrativo», Madrid, Marcial Pons, 1995.
- CREMADES, J. (coord.), *Derecho de las Telecomunicaciones*, Madrid, La Ley Actualidad, Ministerio de Fomento, 1997.
- VVAA, «Ordenación de las Telecomunicaciones», *Cuadernos de Derecho Judicial*, Centro de Documentación Judicial, CGPJ, 1997.
- «Régimen jurídico de los servicios públicos», *Cuadernos de Derecho Judicial*, Centro de Documentación Judicial, CGPJ, 1996.
- «El derecho de la energía en España», *Documentación Administrativa*, núm. 256, INAP, enero-abril 2000.
- FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, M. A., «La protección de la competencia desde los órganos sectoriales», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, num. 204, diciembre 1999.

