

«La liberalización de las industrias de red desde una perspectiva jurídica: agencias reguladoras y órganos de defensa de la competencia»

El proceso de liberalización ha traído consigo la creación de órganos administrativos de carácter sectorial, como la Comisión Nacional de la Energía ("CNE") o la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ("CMT"), a los que el legislador atribuyó ciertas facultades en materia *antitrust*. El legislador parece haber dado marcha atrás en su política de descentralización, devolviendo a los órganos de defensa de la competencia el "monopolio" para aplicar la normativa de defensa de la competencia. Sin embargo, la defectuosa técnica legislativa empleada no ha logrado despejar todas las dudas al respecto. En el presente artículo se analizarán las relaciones entre la CNE y la CMT y los órganos de defensa de la competencia, así como las medidas legislativas adoptadas para tratar de paliar la inseguridad jurídica creada con la dispersión de autoridades con competencias en materia *antitrust*.

Liberalizatzeko prozesuak izaera sektorialeko erakunde administratibo zenbait sortzea ekarri du berekin, hala nola Energiarako Espainiako Batzordea (EEB) edo Telekomunikazioen Merkatuaren Batzordea (TMB). Legegileak hainbat eskuduntza eman dizkie batzorde horiei trusten aurkako gaian. Antza denez, legegileak atzera egin du deszentralizatzeko politikan eta lehia babesteko erakundeei itzuli die lehia babesteko araudia ezartzeko "monopolioa". Hala ere, erabili den lege teknika akastunak ez ditu gai horretako zalantza guztiak argitu. Artikulu honetan, EEBk eta TMBk lehia babesteko erakundeekin dituzten hartu-emanak aztertuko dira. Halaber, trusten aurkako eskuduntza duten agintariak asko izateak legearen ikuspegitik sortu duen segurtasun ezari erantzuteko onartu diren lege neurriak aztertuko dira.

The liberalisation process has given rise to the creation of regulatory agencies having jurisdiction on Competition law, such as the Energy National Commission ("CNE") or the Telecommunications Market Commission ("CMT"). The Spanish regulator seems to have taken a step back in its decentralisation policy and has returned to the antitrust authorities the exclusive competence to apply antitrust law. However, the unsatisfactory drafting of regulations has not clarified the existing doubts as regards the distribution of competences between those authorities and the regulatory agencies. This article will analyse the relationship between the CMT, CNE and the antitrust authorities, as well as the regulations enacted to solve the legal uncertainty derived from the dispersión of authorities charged with the enforcement of Competition law.

1. Introducción
 2. Origen de las agencias reguladoras y atribución de competencias en materia de defensa de la competencia
 3. Evolución normativa en la atribución y distribución de competencias en materia de defensa de la competencia entre la CNE/CMT y los órganos de defensa de la competencia
 4. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

Palabras clave:Industrias red, liberalización, política de competencia, política antitrust.

Clasificación JEL: K2, L4

1. INTRODUCCIÓN

El proceso de liberalización experimentado en España durante la última década ha traído consigo la proliferación de nuevos órganos administrativos de carácter sectorial, similares a las denominadas "agencias reguladoras" de corte anglosajón, a los que el legislador ha atribuido la función de "velar" por la correcta aplicación de la normativa de liberalización y el mantenimiento de la competencia efectiva en sus respectivos mercados.

La atribución de funciones en materia de competencia a dichos órganos sectoriales, como son la Comisión Nacional de la Energía ("CNE") o la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ("CMT"), ha dado lugar a una dispersión de los órganos competentes para aplicar la normativa de defensa de la competencia.

Esta dispersión ha sido una fuente constante de conflictos e inseguridad jurídica, ya que la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia ("LDC") atribuye con carácter privativo a los órganos de defensa de la competencia (i.e. el Servicio de Defensa de la Competencia -"SDC"- y el Tribunal de Defensa de la Competencia -"TDC"-) la competencia para aplicar la normativa en materia de defensa de la competencia.

La opción legislativa adoptada inicialmente abogaba por un sistema de competencias compartidas entre las agencias reguladoras y los órganos de defensa de la competencia. Sin embargo, el legislador no supo en un principio definir con claridad el ámbito objetivo de las funciones de cada una, dando lugar a una situación de incertidumbre jurídica insostenible.

En el presente artículo abordaremos las relaciones entre la CNE y la CMT, por una parte, y los órganos de defensa de la competencia, por otra, así como las medidas legislativas adoptadas para tratar de paliar los conflictos que generó la dispersión de atribución de competencias en esta materia.

En ediciones anteriores de esta publicación, Pilar Sánchez Núñez y Luis Berenguer Fúster analizaron exhaustivamente esta cuestión a raíz de la creación de la CMT y la CNE¹. Sin embargo, las sucesivas modificaciones de la normativa sectorial y de la LDC aconsejan retomar aquel análisis, ya que el panorama actual de las relaciones entre agencias reguladoras y los órganos de defensa de la competencia ha variado sustancialmente.

De hecho, el legislador parece haber dado un paso atrás en su política de descentralización sectorial en materia de defensa de la competencia, y ha devuelto al SDC y al TDC el "monopolio jurisdiccional"² para aplicar la normativa *antitrust*. No obstante, ha establecido un mecanismo de colaboración permanente entre la CMT y la CNE, por una parte, y los órganos de defensa de la competencia, por otra, para detectar conductas que podrían restringir la competencia en estos mercados sectoriales, facilitando a los órganos de

defensa de la competencia la instrucción y resolución de los correspondientes expedientes.

Este giro en la política de sectorialización de la aplicación de la normativa *antitrust* no ha tenido excesiva trascendencia práctica hasta la fecha. La defectuosa técnica legislativa empleada no ha logrado despejar todas las dudas respecto del ámbito funcional de algunas agencias reguladoras, como la CMT y, en menor medida, la CNE, que han continuado interpretando extensivamente sus facultades en materia de derecho de la competencia.

La discrepancia existente entre la normativa actualmente en vigor y la interpretación que realizan estas agencias reguladoras de sus facultades en materia de competencia, nos sitúa en el mismo punto que al comienzo de esta exposición. A pesar de los esfuerzos del legislador, los agentes económicos todavía están sometidos a una inseguridad jurídica difícilmente sostenible para la vida económica de las empresas, el riesgo de que se alcancen conclusiones contradictorias se acentúa, la duplicidad de instancias no se ha solventado, el "*mercadeo de jurisdicción*" o "*forum shopping*" se mantiene y se fomentan las tensiones entre Administraciones públicas. Y todo ello, en perjuicio de una correcta aplicación de la normativa *antitrust*³.

¹ Pilar Sánchez Núñez y Luis Berenguer Fúster (1997): "La regulación y las agencias reguladoras. Las agencias reguladoras y la defensa de la libre competencia". *Ekonomiaz. Revista Vasca de Economía*, nº 37, págs. 135-157.

² En la terminología empleada por Javier García de Enterría (1999): *El derecho de la competencia como simple instrumento de ordenación económica. Regulación normativa y competencia eficaz*. VV.AA. Regulación Sectorial y Competencia. Civitas. Madrid.

³ Comparecencia de Jaime Folguera Crespo ante la Comisión parlamentaria del proyecto de reforma de la LDC. Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones. VI Legislatura, nº 776, págs. 25-29.

2. ORIGEN DE LAS AGENCIAS REGULADORAS Y ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

España, a diferencia de otros países de corte más liberal, como Estados Unidos o Inglaterra, es un país que optó por garantizar la prestación de "servicios públicos de interés general" en sectores estratégicos, a través de empresas publicas que gozaban normalmente⁴ de una situación de monopolio legal. Con esta política, el Estado podía controlar las condiciones de prestación del servicio y asegurar que no se ofrecía en condiciones discriminatorias o abusivas. La intervención regulatoria de ordenación del mercado se hacía pues prácticamente innecesaria.

El fenómeno de la liberalización y la entrada del sector privado en mercados tradicionalmente considerados como "monopolios naturales" ha alterado sustancialmente el panorama regulatorio, requiriendo una intensa intervención normativa que asegure a los nuevos entrantes la posibilidad de competir en igualdad de condiciones, sin riesgo de sufrir prácticas predatorias o de exclusión por parte del antiguo monopolista⁵. Nos encontramos pues ante un proceso

de "neo-regulación"⁶ o "re-regulación" sectorial específica, cuyo principal objetivo es garantizar la competencia efectiva en unos mercados recientemente liberalizados.

Por este motivo, la regulación sectorial tiene un marcado carácter "asimétrico"⁷ en favor del nuevo entrante, a fin de evitar ex-ante cualquier situación que pudiera permitir al antiguo monopolista ejercer su poder de mercado, en detrimento de los restantes operadores. La naturaleza de esta regulación es fundamentalmente de carácter preventivo⁸, para lo cual, impone a los antiguos monopolistas limitaciones mucho más estrictas de las que se derivarían de la aplicación de la normativa de defensa de la competencia⁹, que más bien se encamina a la corrección ex-post de conductas o prácticas restrictivas o abusivas.

⁶ En la terminología empleada por Marina Serrano González (1999): *La Comisión Nacional de la Energía: el ejercicio de sus funciones en el nuevo entorno competitivo*. VV.AA. Regulación Sectorial y Competencia. Civitas. Madrid. Asimismo, ver Pilar Sánchez Núñez y Luís Berenguer Fúster: "La regulación y las agencias reguladoras (...)", op. cit.

⁷ Javier García de Enterría (1999): *El derecho de la competencia como simple instrumento de ordenación económica (...)*, op. cit. Santiago Martínez Lage (1998); "La Comisión del Mercado de las telecomunicaciones y el Derecho de la Competencia (II)". *Gaceta Jurídica de la CE*, nº 137, págs. 1-4.

⁸ Jesús Remón Peñalver y Ana Isabel Buitrago Montoro (1997): *La posición del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre la liberalización de las telecomunicaciones*. VV.AA. Derecho de las Telecomunicaciones. Colección Derecho de las Telecomunicaciones. La Ley-Actualidad, págs. 217-250.

⁹ Javier García de Enterría (1999): *El derecho de la competencia (...)*, op.cit. En este sentido cabría citar, por ejemplo, en el sector energético, las siguientes medidas sectoriales de cuño más restrictivo de la LDC: limitación de la participación accionarial en ENAGAS, S.A. (artículo 10 del Real Decreto Ley 6/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de intensificación de la competencia de mercados de bienes y servicios -RDL 6/2000-), limitación de

⁴ A título de excepción cabría mencionar el sector de generación y distribución eléctrica, en el que coexistían empresas privadas con una pública (ENDESA, S.A.)

⁵ A estos efectos nos remitimos al artículo de Pilar Sánchez Núñez y Luís Berenguer Fúster: "La regulación y las agencias reguladoras (...)", op. cit. Asimismo, ver Aurelio Alonso-Cortés Concejo (1996): "Las agencias de Defensa de la Competencia y la desregulación: el TDC". *Anuario de Competencia* 1996, págs. 183-215. Marco Zambrini (1996): "El Tribunal de Defensa de la Competencia ante el fenómeno regulador". *Revista General de Derecho*, nº 625-626, págs. 11763-11781.

De esta forma, la normativa sectorial se configura como un tipo cualificado o específico de normativa de defensa de la competencia cuya aplicación, por razones obvias de especificidad y complejidad, se encomienda a las agencias reguladoras, que pueden ser sectoriales o multisectoriales¹⁰.

participaciones accionariales que superen el 3% del capital social de dos empresas que pertenezcan al mismo sector eléctrico (artículo 12 del RDL 6/2000), limitación de la capacidad máxima de producción en régimen ordinario de los operadores que tengan una cuota del 40% del mercado, durante un plazo de 5 años (artículo 16 del RDL 6/2000), limitación de instalación de nuevas gasolineras durante un plazo de 5 años para aquellos operadores que tengan una cuota del 30% del mercado o de 3 años, si su cuota de mercado se sitúa entre el 15 y el 30% (artículo 4 del RDL 6/2000), imposición de obligaciones de interconexión y acceso a las redes, obligación de separación contable y jurídica de las actividades de generación, distribución y comercialización, etc. Asimismo, y en lo que respecta al sector de las telecomunicaciones, el artículo 24 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de telecomunicaciones, establece que tendrá la consideración de "operador dominante", a los efectos de imposición de obligaciones de servicio universal, acceso no discriminatorio a infraestructuras a tarifas basadas en costes reales, etc. a los operadores que tengan una cuota de mercado superior al 25%. Con arreglo a la LDC no podría imponerse ninguna de las medidas enunciadas a operadores que no ostenten una "posición de dominio", en el sentido apuntado en los precedentes del TDC y de la Comisión CE, precedentes que no suelen plantear la existencia de una posición de dominio con cuotas de mercado inferiores al 40-50% (a nivel comunitario, *vid.* las Sentencias del Tribunal de Justicia en los Asuntos C-27/76, *United Brands Co. & Anor c Comisión*, Rep. 1978, pág. 207; C-62/86, *Akzo Chemie c Comisión*, Rep. 1991, pág. 3359. En España, *vid.* las Resoluciones del TDC, "*Bacardi*", de 30 de septiembre de 1999 -expediente r 362/99-, y "*Wilkinson/Gillette*", de 29 de enero de 1999 -expediente r 313/98-, en los que no se apreció la existencia de posición de dominio, a pesar de que la empresa denunciada tenía un 70% de la cuota de mercado).

¹⁰ Agencias sectoriales son aquéllas que únicamente se especializan en un sector industrial concreto (por ejemplo, la CMT en lo que respecta al sector de las telecomunicaciones). Agencias multisectoriales son aquéllas que se especializan en varios sectores industriales interrelacionados

Cabría pues afirmar, que toda agencia reguladora, por su propia naturaleza, tiene por objeto "velar" por el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado, ya que cada vez que aplique o supervise el correcto cumplimiento esta normativa sectorial, en cuanto normativa de competencia "cualitativamente reforzada", estará fortaleciendo la competencia existente en el mercado.

Ahora bien, este deber genérico de "velar" por el mantenimiento de la competencia, no es privativo de las agencias reguladoras, ni tampoco de los órganos de defensa de la competencia. Es cierto que juegan un papel preponderante, en tanto que instituciones específicamente creadas con este fin, pero no exclusivo. Todas las Administraciones públicas están obligadas a proteger la libre competencia, en la medida en que ésta constituye un "*objetivo que viene exigido por el régimen constitucional de libertad de empresa y economía de mercado*"¹¹. Por lo tanto, no puede equipararse este deber de "velar" por la competencia, que es común a todas las autoridades públicas, con el deber de "enjuiciar" y "decidir" sobre materias reservadas a la

(por ejemplo, la CNE, que engloba los sectores de la electricidad e hidrocarburos desde la adopción de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos). La doctrina suele distinguir entre agencias y entidades sectoriales, en función de que tengan funciones regulatorias o no. Para mayor información al respecto, *vid.* Pilar Sánchez Núñez y Luís Berenguer Fúster: "La regulación y las agencias reguladoras (...)", *op. cit.*

¹¹ Jesús Remón Peñalver y Ana Isabel Buitrago Montoro (1997): *La posición del Tribunal de Defensa de la Competencia (...)*, *op.cit.* Javier García de Enterría (1999): *El derecho de la competencia (...)*, *op.cit.*

LDC, que es una función privativa de los órganos de defensa de la competencia¹².

El legislador es libre de optar por un modelo de aplicación dispersa de las normas *antitrust*, atribuyendo funciones y facultades específicas en la materia a las agencias reguladoras, que compartirán o, en su caso, asumirán funciones propias de los órganos de defensa de la competencia. Esta opción legislativa presenta ciertas ventajas frente a la unidad de órganos de competencia, como son la mayor especialización y conocimiento del mercado de los entes reguladores¹³, la mayor disponibilidad de recursos y una mejor disposición para acceder a información relevante del mercado. Sin embargo, también presenta grandes inconvenientes, como ya se apuntó en la Introducción.

Llegados a este punto procede analizar cuál fue la opción adoptada por el legislador español al crear la CMT y la CNE. Lo cierto es que esta pregunta no es sencilla de responder, ya que inicialmente se atribuyeron amplias facultades en materia de competencia a estas entidades reguladoras que, posteriormente, se han ido limitando hasta quedar reducidas en una función de "vigilancia" de la competencia sectorial y de informe y propuesta legislativa en materia de competencia.

¹² Javier García de Enterría (1999): *El derecho de la competencia (...)*, op.cit. En esta misma línea, Santiago Martínez Lage: "La Comisión del Mercado de las telecomunicaciones y el Derecho de la Competencia (II)", op.cit.

¹³ Algunos autores cuestionan si no es más razonable que los órganos de competencia se familiaricen con las peculiaridades de la normativa sectorial a que las agencias reguladoras lleguen a asimilar en profundidad el Derecho de la Competencia. Santiago Martínez Lage (1997): "¿Órganos sectoriales de Defensa de la Competencia?", *Gaceta Jurídica de la CE*, nº 128, págs. 1-4.

3. EVOLUCIÓN NORMATIVA EN LA ATRIBUCIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA ENTRE LA CNE/CMT Y LOS ÓRGANOS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

La distribución de funciones en materia de defensa de la competencia entre la CMT y la CNE, por una parte, y los órganos de defensa de la competencia, ha sido bastante difusa desde la creación de estas agencias reguladoras hasta que se produjo la reciente modificación de la LDC, mediante el Real Decreto Ley 52/1999, de 28 de diciembre ("el Real Decreto Ley 52/1999"), cuyo objeto, según su Exposición de motivos, era "*establecer (...) las funciones de los órganos de competencia, delimitándolas con mayor precisión respecto de las encomendadas a otros órganos e instituciones administrativas de competencia sectorial*".

Por este motivo, abordaremos el análisis de esta cuestión diferenciando entre las funciones y competencias encomendadas a cada uno de estos órganos antes y después de la adopción del mencionado Real Decreto Ley.

3.1. Situación hasta la adopción del Real Decreto Ley 52/1999

3.1.1. La CNE

Facultades otorgadas a la CNE por la Ley 40/94

El antecedente inmediato de la CNE es la "Comisión del Sistema Eléctrico Nacional" ("CSEN"), creada por la Ley 40/94, de 30 de diciembre, de

Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional ("LOSEN"), como un órgano de la administración, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, cuyo objeto, según la Exposición de Motivos, era *"velar por la objetividad y transparencia de funcionamiento del Sistema, para lo que garantizaba la independencia de sus miembros"*.

La LOSEN no atribuía facultades específicas a la CSEN en materia de defensa de la competencia, con la salvedad de la referida función genérica de "velar" para que los operadores del mercado no realicen prácticas abusivas o restrictivas de la competencia (artículo 8, Función Decimoquinta). Adicionalmente, tenía funciones de carácter consultivo y de propuesta o informe frente a otras Administraciones públicas (artículo 8, Funciones Primera-Cuarta y Sexta). Además, el artículo 14 de la LOSEN atribuía a la CSEN una función ejecutiva o de gestión consistente en la aprobación de la toma de participaciones de sociedades que realicen actividades reguladas en cualquier entidad que realice actividades de carácter mercantil. Dicha autorización únicamente podría ser denegada si la adquisición de la participación pudiese conllevar riesgos significativos o efectos negativos sobre las actividades reguladas.

Facultades otorgadas a la CNE por la Ley 54/97

La LOSEN fue derogada por la Ley 54/97, de 27 de noviembre, de Regulación del Sector Eléctrico

("LRSE"), que creó, a partir de la CSEN un nuevo ente regulador, denominado la "Comisión Nacional del Sistema Eléctrico" ("CNSE") que también tenía por objeto "velar" por la competencia efectiva en el sistema eléctrico. La LRSE, confirmó las funciones atribuidas anteriormente a la CSNE y, al igual que su norma predecesora, no encomendó a la CNSE funciones decisorias o sancionadoras en materia de defensa de la competencia. Sin embargo, estableció un marco de cooperación de la CNSE con los órganos de defensa de la competencia que, al menos desde el punto de vista teórico, resultaba plenamente satisfactorio, ya que garantizaba una participación adecuada de la agencia reguladora en los procedimientos tramitados por los órganos de defensa de la competencia.

Este marco de cooperación se materializaba en dos aspectos, fundamentalmente. En primer lugar, se atribuyó a la CNSE una función de informe o propuesta no vinculante al Gobierno con carácter previo a la aprobación gubernamental de operaciones de concentración entre empresas del sector eléctrico.

Por otra parte, la CNSE debía informar al SDC sobre cualquier indicio de práctica restrictiva de la competencia que hubiese podido detectar en el sector eléctrico, aportando todos los elementos de hecho que tuviese a su alcance y, en su caso, un dictamen no vinculante sobre la calificación que le merecen dichos hechos (artículo 8, Función Decimotercera).

La lectura de esta disposición no alberga duda en cuanto a la competencia exclusiva del SDC para realizar las actividades de instrucción y tramitación del expediente sancionador, y del TDC para adoptar la resolución definitiva.

A pesar de ello, la CNSE mostró una cierta tendencia a interpretar extensivamente su función de vigilancia de la competencia efectiva en el mercado, y en alguna ocasión adoptó medidas ejecutivas no contempladas en la LRSE. En concreto, nos referimos al requerimiento de información efectuado a IBERDROLA, S.A.¹⁴ en 1998, en relación con los acuerdos concluidos con EDP, por otro lado notificados a la Comisión de las Comunidades Europeas al amparo del Reglamento 17/62¹⁵, solicitando la exención individual prevista en el artículo 81.3 del Tratado CE.

Sorprende la interpretación extensiva que realizó la CNSE en este caso, dado que la remisión de un requerimiento de información constituye uno de los actos de instrucción por excelencia que, según la LRSE, correspondía al SDC¹⁶.

¹⁴ Circular 2/1998, de 9 de junio, de la CNSE, sobre la obtención de información relativa al acuerdo entre la Sociedad Iberdrola, S.A. y Electricidad de Portugal.

¹⁵ Reglamento nº 17/62, del Consejo, de 6 de febrero de 1962. Primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE (actualmente artículos 81 y 82).

¹⁶ En todo caso, incluso si se aceptase hipotéticamente que la CNSE estaba facultada para efectuar requerimientos de información al objeto de informar al SDC, este argumento no parecería sostenible en esteso supuesto, ya que el acuerdo fue notificado a la Comisión y, consecuentemente, el SDC y TDC carecían de competencia para pronunciarse sobre el caso.

Facultades otorgadas a la CNE por la Ley 34/98

Finalmente, la LRSE fue derogada por la Ley 34/98, de 7 de octubre de 1998, del Sector de Hidrocarburos ("LSH") que creó, a partir de la CNSE, la actual CNE, cuyo ámbito de actuación también abarca el sector de los hidrocarburos.

Aunque la LSH no introdujo ninguna modificación sustancial en las funciones atribuidas a la antigua CNSE en materia *antitrust*, la CNE también ha mostrado una cierta tendencia a interpretar extensivamente sus funciones de "vigilancia" en la materia, entrando en conflicto con las competencias atribuidas en exclusiva al SDC por parte de la LDC. Así se desprende del Informe preparado por la CNE en el marco del expediente de concentración C-60/00, ENDESA/IBERDROLA¹⁷, en el que consideró implícitamente que tenía competencias para supervisar y, en su caso, emitir, las autorizaciones que procedieran, en materia de ejecución de las condiciones que pudiera imponer a las partes el Consejo de Ministros para aprobar la concentración¹⁸.

¹⁷ Informe de la CNE sobre el proyecto de concentración consistente en la fusión de ENDESA, S.A. e IBERDROLA, S.A., de 28 de noviembre de 2000.

¹⁸ En concreto, consideró que debía supervisar en la selección del potencial adquirente de los activos que tuvieran que desinvertir -función ésta atribuida en exclusiva al SDC por el artículo 31 b) de la LDC, así como autorizar el plan de desinversión de activos que pudieran presentar las partes al Consejo de Ministros. Es discutible si la CNE disponía de competencias para autorizar dicho programa, ya que la operación sólo afectaba a las empresas cabeceras de los respectivos grupos de las partes de este proyecto de concentración, cuyas actividades no podían calificarse como actividades "reguladas", en el sentido del la Función Decimocuarta de la LHC (que coincide con la Función Decimocuarta de la LRSE).

3.1.2. La CMT

Facultades otorgadas a la CMT por el Real Decreto Ley 6/1997

La CMT se creó inicialmente al amparo del Real Decreto Ley 6/1997, de 7 de junio, de Liberalización de las Telecomunicaciones ("RDL 6/1996"), como una entidad de derecho público del artículo 6.5 de la Ley General Presupuestaria, con plena capacidad jurídica pública y privada, adscrita al Ministerio de Fomento (artículo 1. uno). A pesar de esta adscripción formal a la Administración pública, el Reglamento de la CMT, aprobado mediante Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre (el "Reglamento de la CMT"), señala que la CMT es un órgano administrativo independiente.

Según la Exposición de Motivos del RDL 6/1996, la CMT fue creada como un órgano encargado de *"velar por la aplicación de los principios de libre competencia, transparencia e igualdad de trato, y de arbitrar los conflictos entre los operadores del sector"*. Esta función de vigilancia se recoge nuevamente en el artículo 1 (dos) 1 del RDL, al atribuir a la CMT el objeto de "salvaguardar" las condiciones de competencia efectiva en el mercado.

Para alcanzar este objetivo, el artículo 1 (dos) 2 del RDL 6/1996 otorgó a la CMT una serie de facultades o funciones que, a diferencia de lo que sucedía con la CNE, sí podría considerarse que atribuyeron a la CMT una competencia muy limitada en materia de defensa de la competencia, al menos, de carácter normativo.

En concreto, el apartado (d) de esta disposición facultó a la CMT para *"adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la libre competencia en el mercado, en particular, en lo que se refiere a la pluralidad de la oferta de servicios, al acceso a las redes de telecomunicaciones por los operadores y a la interconexión de redes, dictando al efecto 'instrucciones' para las entidades que operen en el sector, que serán vinculantes una vez publicadas en el BOE"*.

Una interpretación literal del precepto permitiría sostener que esta función únicamente puede ejercitarse mediante la adopción de las mencionadas "instrucciones". Según el Reglamento de la CMT, estas instrucciones adoptarán la forma de "circulares" y tendrán carácter regulatorio, aunque no se someterán al procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general previsto en la Ley de Procedimiento Administrativo¹⁹. Por consiguiente, las funciones encomendadas a la CMT en este ámbito se limitarían a la adopción de actos con carácter cuasi-normativo²⁰ y, en ningún caso, abarcarían funciones de resolución o enjuiciamiento de conductas contrarias a la LDC.

Esta interpretación parece confirmarse en el apartado (e) de este mismo artículo, al establecer que la CMT deberá instar la

¹⁹ Artículo 20 del Reglamento de la CMT. En este mismo sentido, ver el artículo 26 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la CMT. BOE núm. 87, de 11 de abril de 1997.

²⁰ La legalidad de esta facultad cuasi-normativa de la CMT no está exenta de dudas. Ver en este sentido, José Esteban Martínez Villa (1998): "Reflexiones sobre la potestad normativa de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones". La Ley, nº 6, págs 2195-2198.

actuación de los órganos de defensa de la competencia, lo que presupone la falta de competencia de la CMT para asumir funciones de instrucción y decisión en materia de defensa de la competencia.

De esta forma, las potestades originarias de la CMT se asemejaban bastante a las de la CNE, tanto en lo que respecta a su ámbito objetivo, como al cauce de cooperación y apoyo a los órganos de defensa de la competencia.

Facultades otorgadas a la CMT por el Real Decreto 1994/1996

El Reglamento de la CMT, por el que se desarrolla el RDL 6/1996, amplió notablemente las funciones inicialmente atribuidas a la CMT y matizó su objeto que, según la Exposición de Motivos, sería actuar *"como garante del cumplimiento efectivo de los principios de libre competencia, transparencia e igualdad de trato entre los operadores"*.

Este nuevo objeto de la CMT no fue recogido en el articulado del Reglamento. Consecuentemente, es lógico considerar que carece de valor vinculante. No obstante, llamamos la atención sobre este punto porque, como se verá posteriormente, la CMT se ha apoyado reiteradamente en esta declaración de principio para realizar una interpretación extensiva de sus funciones en materia de defensa de la competencia.

En esta misma línea, los artículos 19 y 20 del Reglamento de la CMT introducen un matiz en las facultades conferidas a la CMT en el artículo 1 (dos) 2 (d) del RDL 6/1996, que también ha contribuido a que

la CMT haya realizado una interpretación extensiva de sus facultades en materia de competencia. El artículo 19 se encuadra sistemáticamente en la Sección 4ª del Reglamento, que se titula *"de las otras funciones de la CMT"*. Por su parte, el título del artículo 19 se refiere a una función de *"garantía de la libre competencia y resolución de conflictos en materia de interconexión"*. La redacción del título ya parece denotar que las facultades de la CMT serían más amplias que antaño, puesto que no se limitaría a "vigilar" o "supervisar" la competencia en el mercado y comunicar las incidencias al SDC, sino que asumiría un compromiso de resultado: ("garantizar"), que prodrá requerir la adopción de determinados actos.

Pero las diferencias entre el RDL 6/1996 y el Reglamento de la CMT no se reducen al título del artículo 19. Esta disposición reproduce literalmente la primera frase del artículo 1 (dos) 2 (d) del RDL 6/1996, en la que se faculta a la CMT para *"adoptar todas las medidas necesarias para salvaguardar la libre competencia"*. Sin embargo, y a diferencia del RDL 6/1996, no limita el ejercicio de esta facultad a la adopción de instrucciones, que se configura ahora como una facultad independiente y potestativa. Así, en el artículo 20 del Reglamento se establece que *"para salvaguardar la libre competencia del mercado, en particular la relación con los extremos señalados en el apartado 1 del artículo anterior, la CMT podrá dictar instrucciones para las entidades que operen en el sector"*.

Dicho ésto, conviene resaltar que, si bien las modificaciones anteriores

parecían haber ampliado el ámbito de facultades de la CMT en materia de competencia, el propio Reglamento introduce una limitación insoslayable, al someter el ejercicio de las citadas competencias "[a]l pleno respeto de las competencias que la LDC atribuyen a los órganos de defensa de la competencia" (artículo 5.2).

Es más, incluso prevé un sistema de colaboración y apoyo continuo de la CMT a los órganos de defensa de la competencia, similar al analizado para el caso de la CNE, y que excluye cualquier facultad para instruir expedientes en materia de competencia (ya sean sancionadores o declarativos). Así, en el artículo 28 se establece que la CMT podrá: (i) remitir a los órganos de defensa de la competencia petición razonada de iniciación de expediente sancionador cuando detecte la existencia de prácticas contrarias a la competencia en el sector de las telecomunicaciones; (ii) pondrá en conocimiento del SDC las operaciones de concentración que se produzcan en el sector cuando estime que concurren los requisitos de notificación obligatoria establecidos en la LDC y; (iii) emitirá informes preceptivos para los órganos de defensa de la competencia en todos los expedientes que pudieran tramitar aquéllos en materia de telecomunicaciones.

La matización señalada en este artículo es muy relevante ya que, como veremos más adelante, la CMT ha continuado infiriendo del texto del Reglamento de esta institución ciertas facultades decisorias en materia de defensa de la competencia, sin tomar en consideración las limitaciones establecidas en esta disposición. De hecho, el legislador

se ha visto obligado a reproducir su contenido en una Ley posterior, sin duda al objeto de limitar la interpretación extensiva de sus propias competencias realizada por la CMT.

Facultades otorgadas a la CMT por la Ley 12/1997

La Ley 12/1997, de 24 de abril de 1997, de Liberalización de las Telecomunicaciones ("LLT") derogó el RD 6/1997, del que traía causa el Reglamento de la CMT, y modificó sustancialmente el régimen de atribución de competencias anterior. La LLT otorgó a la CMT facultades y funciones concretas en materia de defensa de la competencia para poder alcanzar su objetivo genérico de "velar" o "salvaguardar" la competencia del mercado.

La LLT reguló la CMT, como entidad de derecho público, sometido al artículo 6.5 de la Ley General de Presupuestos, que tendrá por objeto *"salvaguardar, en beneficio de los ciudadanos, las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos, velar por la correcta formación de los precios y ejercer de órgano arbitral en los conflictos que surjan en el sector"* (artículo 1 (dos) 1).

Hasta aquí parecería que la LLT no habría introducido ningún elemento novedoso respecto del RDL 6/1996, limitando la función de la CMT a "velar" por la competencia efectiva.

Sin embargo, el artículo 1 (dos) 2 otorga facultades o funciones concretas a la CMT para alcanzar dicho objetivo; y

que consisten, en lo que respecta a la normativa antitrust, en:

- a) *"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"* (función c);
- b) *"adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la libre competencia en el mercado, en particular, a lo que se refiere a la pluralidad de la oferta de servicios, al acceso a las redes, (...) y en general a todas las actividades que pudieran constituir prácticas contrarias a la libre competencia. A estos efectos, la CMT podrá dictar instrucciones para las entidades que operen en el sector, que serán vinculantes una vez publicadas en el BOE"* (función f);
- c) *"ejercer el control sobre los procesos de concentración de empresas, de las participaciones de capital y de los acuerdos entre los agentes participantes en el mercado de las telecomunicaciones, y de los servicios a los que se refiere el artículo 1"* (función g).
- d) *"en el ejercicio de la potestad sancionadora por el incumplimiento de las instrucciones dictadas para salvaguardar la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones y los acuerdos y resoluciones que adopte en ejecución de las funciones públicas que se le atribuyen, así como el incumplimiento de los requerimientos*

de infamación formulados por la CMT en el desarrollo de sus funciones" (función I).

La relación anterior denota que el legislador optó positivamente por dotar a la CMT ciertas competencias en materia de derecho de la competencia, y que anteriormente se atribuían en exclusiva a los órganos de defensa de la competencia. Ahora bien, se olvidó de arbitrar un sistema de conflicto de competencias entre la CMT y dichos órganos, que nunca fueron despojados formalmente de competencias, por ejemplo, en materia de control de concentraciones o instrucción de expedientes sancionadores.

Respecto de este último punto, la dicción del artículo 1 (dos) 2, puntos (c) y (f), en relación con la facultad sancionadora de la letra (I) de ese mismo precepto, no deja claro si la CMT tiene facultades para adoptar resoluciones en todo tipo de cuestiones de defensa de la competencia, como ha sido su interpretación hasta la fecha, o si, por el contrario, se limita esta función a la adopción de medidas necesarias para "reequilibrar situaciones discriminatorias".

De aceptarse la primera interpretación, parecería que la LLT habría despojado al SDC de sus facultades de instrucción de expedientes en materia de competencia y al TDC de sus facultades resolutorias.

Para mayor confusión, la LLT suprimió toda referencia del RDL 6/1996 en relación con el sistema de colaboración entre la CMT y los órganos de defensa de la competencia en la instrucción de expedientes.

Es más, la LLT no derogó expresamente el Reglamento de la CMT, aunque instó al Gobierno a que adoptase un nuevo reglamento desarrollando sus funciones en el plazo de tres meses (ex artículo 1 nueve). Dado que dicho reglamento nunca fue aprobado, la CMT ha venido interpretando desde entonces que el Reglamento de la CMT aprobado por el Real Decreto 1994/1996, y las facultades que en él le fueron conferidas (por ejemplo, en materia de solicitud de información para el "ejercicio de las funciones de la CMT") continúan estando en vigor a los efectos de aplicar la normativa *antitrust*²¹.

La defectuosa técnica legislativa empleada dio lugar a una situación de inseguridad jurídica evidente, en la que los operadores económicos podían legítimamente preguntarse, por ejemplo, si debían notificar una operación de concentración al SDC o a la CMT, o quién sería el órgano competente para conocer y resolver sobre una denuncia

²¹ Parece cuestionable la vigencia actual de dicho Reglamento en la medida en que: (i) se prevé expresamente la adopción de un nuevo Reglamento que lo sustituya; (ii) si la LLT hubiese querido prorrogar provisionalmente su vigencia lo hubiese señalado expresamente, como hizo en la Disposición Transitoria Sexta en relación con el Reglamento de Régimen Interno de la CMT, cuya vigencia se entendía prorrogada hasta que no se aprobase un nuevo Reglamento de Régimen Interno de la CMT; (iii) algunas de sus disposiciones son contrarias a la normativa vigente, por ejemplo, las relativas al sistema de arbitraje. Nótese además, que las facultades conferidas a la CMT en dicho Reglamento (por ejemplo, efectuar requerimientos de información o adoptar medidas cautelares) no contemplaban la posibilidad de ejercer dichas funciones en el ámbito de defensa de la competencia, ya que tales funciones habían sido atribuidas en el RDL 6/1996 -del que trae causa-, así como en el propio Reglamento, a los órganos de defensa de la competencia (ex-artículo 28, titulado "funciones en relación con los órganos de defensa de la competencia").

por abuso de posición de dominio. Existía una duplicidad de órganos y procedimientos: los instruidos bajo la LDC que, según su Exposición de Motivos, son los únicos aplicables en materia *antitrust*, y los procedimientos arbitrados por la CMT, bajo la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Esta situación sólo podía alimentar situaciones de "*forum shopping*" en la que los denunciantes podían acudir, al menos, a tres instancias distintas para resolver el mismo conflicto (el SDC, la CMT y, en su caso, la Comisión de las Comunidades Europeas), surgiendo un extraordinario riesgo de contradicción e incompatibilidad de resoluciones. Este riesgo se vio acrecentado, además, por la complejidad de la normativa *antitrust*, cuyos conceptos y términos comenzaron a ser aplicados por la CMT -aunque la LDC reserva esta facultad a los órganos de defensa de la competencia- no siempre en consonancia con los precedentes del TDC.

En definitiva, la inconcreción de la LLT dio lugar a una situación todo menos segura, que produjo tensión entre autoridades y desde luego, situaciones insatisfactorias para el mercado. Muestra de ello es, por ejemplo, la situación creada en noviembre de 1997 con ocasión de la notificación a la Comisión de las Comunidades Europeas de la operación de concentración consistente en la adquisición de control conjunto por parte de Endesa y Stet sobre Cable i Televisió de Catalunya.

Con arreglo al Reglamento (CE) 4064/89, del Consejo, sobre control de operaciones de concentración entre empresas, las "autoridades nacionales de defensa de la competencia" deberán colaborar con la Comisión en el análisis de las operaciones de concentración, mediante la remisión de un informe no vinculante poniendo de manifiesto su parecer al respecto. Dicho informe fue remitido a la Comisión de las Comunidades Europeas por el SDC a través del Ministerio de Asuntos Exteriores²². Sin embargo, la CMT, remitió una carta a la Comisión Europea informándola de que el legislador español había decidido *"crear un órgano especial encargado de velar por la competencia en el mercado de las telecomunicaciones"*. Consecuentemente, entendía que era la CMT el órgano competente para emitir dicho informe, e instó a la Comisión para que, en adelante, se dirigiese a dicha institución a fin de recabar los informes procedentes en relación con el sector de telecomunicaciones²³.

Afortunadamente, el conflicto de competencias creado en aquella ocasión no tuvo mayor trascendencia, ya que tanto el SDC como la CMT emitieron informes favorables a la operación. En otras ocasiones, sin embargo, las empresas afectadas no tuvieron la misma suerte y se enfrentaron a resoluciones contradictorias, que provocaron una

lesión de sus intereses.

Este es el caso, por ejemplo, del asunto "Planes Claros", en el que un operador de telecomunicaciones fue denunciado ante la CMT y el SDC por supuestas prácticas abusivas, consistentes en realizar una campaña publicitaria promocionando un paquete de servicios de telefonía fija a tarifas reducidas, condicionando su oferta a la aprobación de las tarifas por parte de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos.

La CMT adoptó dos Resoluciones al respecto. En la primera de ellas, resolvió una cuestión incidental en la que la empresa denunciada cuestionaba la competencia de la CMT para solicitar información sobre los planes de descuentos y realizar actividades de instrucción. La CMT confirmó su competencia para conocer del caso, en base al artículo 1 (dos) 1 de I LLT, es decir, a la declaración genérica del objeto de esta Institución (de "salvaguardar" la competencia), y a la función sancionadora de la letra (I) del artículo 1 (dos) 2, que le facultaba *"indirectamente"* para recabar información necesaria para ejercer sus "funciones" y *"discernir si es necesaria su intervención en orden de salvaguardar las condiciones de competencia"*²⁴. Es decir, la CMT fundó

²² De conformidad con lo establecido por el Real Decreto 1882/1986, que reservaba las facultades de colaboración y cooperación con la Comisión Europea en materia de defensa de la competencia al SDC.

²³ Acuerdo de la CMT, de 27 de noviembre de 1997.

²⁴ Acuerdo de la CMT, de 23 de abril de 1998, por el que se aprueba la resolución por la que se deniega la solicitud de anulación del requerimiento de información formulado a "Telefónica de España, S.A." en relación con la campaña publicitaria efectuada por la citada entidad con la denominación de "Planes Claros".

su competencia para realizar la instrucción en la declaración del objeto de genérico de dicha Institución, y no en ninguna facultad o función concreta otorgada a la CMT en materia *antitrust*.

En la segunda Resolución, la CMT resolvió sobre el fondo de la pretensión de las denunciantes en su calidad de "garante de la libre competencia" (calificativo que procede del Reglamento de la CMT, pero no de la LLT)²⁵, amparándose en las facultades otorgadas por la LLT en el artículo 1 (dos) 2, puntos (c) y (f) (i.e. facultades de "vigilancia" y de adopción de instrucciones, respectivamente) y declaró que la empresa denunciada no había cometido ningún abuso de posición de dominio²⁶. Para llegar a esa conclusión, la CMT interpretó la jurisprudencia comunitaria y los precedentes del TDC en materia de abuso de posición de dominio.

Poco después se pronunció el TDC sobre la legalidad de los "Planes Claros"²⁷, declarando que la campaña

publicitaria era contraria al artículo 6 de la LDC, en la medida en que había sido lanzada antes de haber obtenido la empresa encausada la autorización de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos. El TDC impuso una multa e intimó a la empresa denunciada para que se abstuviera de realizar dicha conducta en el futuro. La empresa denunciada lógicamente invocó en su defensa la Resolución de la CMT, que se había pronunciado en signo contrario, a lo que el TDC respondió que:

"El Tribunal no puede admitir esta alegación, primero, porque efectivamente, sólo el Tribunal de Defensa de la Competencia tiene la capacidad de declarar y sancionar un abuso de posición de dominio y, en segundo 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" (subrayado añadido, FDº 4).

En definitiva, este caso muestra con claridad el riesgo que conlleva la atribución de competencias a las agencias reguladoras para aplicar la normativa de defensa de la competencia, sin delimitar claramente sus funciones y las de los órganos de defensa de la competencia. La CMT y el TDC, aplicando, en principio, la misma normativa y precedentes, llegaron a conclusiones completamente contradictorias, causando un grave perjuicio a la empresa denunciada que, confiando en la adecuación del pronunciamiento de la CMT,

²⁵ Llama la atención que la CMT se refiriese al calificativo del Reglamento de la CMT, en la medida en que ese mismo Reglamento expresamente establece que la CMT ejercería sus funciones con pleno respeto a las funciones atribuidas por la LDC al SDC y al TDC (entre otras, el monopolio de la Instrucción de expedientes sancionadores y declarativos de infracción de la normativa *antitrust*) y que debería poner en conocimiento del SDC cualquier actuación contraria a la competencia que pudiese detectar en el mercado.

²⁶ Acuerdo de la CMT, de 30 de abril de 1998, por la que se hace pública la Resolución en el expediente sobre la solicitud de actuación presentada por Cádiz de Cable y Televisión, S.A., Región de Murcia de Cable, S.A. y Valencia de Cable, S.A., en relación a la campaña publicitaria de los programas de descuento asociados al servicio telefónico básico denominados "Amigos y Familia Interprovincial".

²⁷ Resolución del TDC, de 8 de marzo de 2000, Expediente 456/99, Retevisión/Telefónica.

vio posteriormente sancionada su conducta por el TDC.

Redefinición de facultades de la CMT en la Ley 11/1998

Como consecuencia de la caótica situación creada por la LLT, la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones ("LGT") trató de introducir alguna luz en las relaciones entre la CMT y los órganos de defensa de la competencia.

A tales efectos, la Disposición Adicional Séptima de la LGT, titulada *"Coordinación de la CMT con el TDC"* parecía dar un paso atrás en lo que respecta a la atribución de competencias a la CMT en materia de defensa de la competencia, y restableció en cierta medida el esquema recogido en el RDL 6/1996 y en el Reglamento de la CMT. En concreto, estableció que la CMT:

- i) ejercerá sus funciones *"con pleno respeto a las competencias que la LDC atribuye a los órganos de defensa de la competencia"*; y
- ii) cuando detecte la existencia de indicios de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por la LDC, *"lo pondrá en conocimiento del SDC"*, aportando todos los elementos de hecho a su alcance y, en su caso, un dictamen no vinculante sobre la calificación que le merecen.

A tenor de la redacción de esta Disposición Adicional Séptima, cabría pensar que el legislador deseó aclarar

que los órganos de defensa de la competencia son las únicas autoridades (como establece el Título II y la Exposición de Motivos de la LDC) con competencia para aplicar la normativa *antitrust*, y que el papel de la CMT se limitaría a colaborar y servir de apoyo a dichos órganos, mediante la detección de disfunciones del mercado y la emisión de los correspondientes dictámenes. No parece pues que esta disposición otorgue facultades a la CMT para instruir expedientes relativos a conductas potencialmente contrarias a la LDC, ni tampoco para resolver o decidir sobre estos expedientes.

Quedaría la duda de si esta disposición desapoderó a la CMT en materia de control de concentraciones (función (g) del artículo 1 (dos) 2 de la LLT), aunque entendemos que la respuesta debe ser afirmativa por dos motivos. Por una parte, la LDC atribuye esta competencia en exclusiva a los órganos de defensa de la Competencia y al Consejo de Ministros²⁸. Si la CMT asumiese competencias en esta materia, estaría faltando a su deber de *"ejercer sus funciones con el pleno respeto a las competencias atribuidas por la LDC a los órganos de defensa de la competencia"*. Por otra parte, el artículo 17.2 de la LGT rescató la obligación de colaboración de la CMT con los órganos de defensa de la competencia, limitando su función a la preparación de un informe preceptivo de aquellas operaciones de concentración que deban ser sometidas al Gobierno para su aprobación.

²⁸ Artículos 14 a 18 de la LDC.

Pues bien, si la intención del legislador fue devolver la competencia exclusiva para aplicar la normativa *antitrust* a los órganos de defensa de la competencia, como se deduce de la tramitación parlamentaria de esta norma²⁹, no se entiende por qué la última frase de la Disposición Adicional Séptima vino a introducir un factor de duda, y que ha permitido a la CMT continuar interpretando que tiene facultades en la materia, al margen de los órganos de defensa de la competencia.

En efecto, la última frase de la Disposición Adicional Séptima matiza la limitación de facultades de la CMT en materia de expedientes sancionadores y declarativos, y establece que *"ello se entenderá sin perjuicio de las funciones que a la propia CMT le atribuye en artículo 1 (dos) 2 (f) de la LLT"*.

²⁹ Al menos tres grupos parlamentarios presentaron enmiendas para devolver facultades, en exclusiva o compartidas, a la CMT en materia *antitrust*, invocando tales efectos las facultades de la CMT establecidas en los apartados (f) y (g) del artículo 1 (dos) 2 de la LLT. El Grupo Federal IU (enmiendas nº 83, 128, 142) propuso atribuir a la CMT, en exclusiva, la competencia *"en cuestiones relativas a la defensa de la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales y telemáticos"* y crear un "servicio de defensa de la competencia" ad-hoc en materia de telecomunicaciones. También se proponía un sistema de colaboración de los órganos de defensa de la competencia con la CMT, que deberían informar a esta última de cualquier infracción de la normativa de defensa de la competencia que pudieran detectar en el sector de las telecomunicaciones. En este mismo sentido se pronunció el Grupo Socialista (ver enmienda nº 237) y el Grupo Parlamentario Catalán (CiU) (ver enmienda nº 342). Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. VI Legislatura. 30 de junio de 1997. Ver igualmente las enmiendas propuestas por estos tres grupos en el Senado (Serie A, nº 74, de 17 de marzo de 1998, enmiendas nº 65, 66, 164, 165).

La interpretación que ha hecho la CMT de la LGT pone de manifiesto que, dicha institución infiere del apartado (f) del artículo 1 (dos) 2 de la LLT el origen de sus competencias para resolver expedientes en materia de defensa de la competencia³⁰, sin cuestionarse si el ejercicio de tales facultades pudiese contradecir la competencia del SDC y del TDC en la materia.

Así, por ejemplo, cabría citar a título de ejemplo, la Resolución de la CMT, de 2 de diciembre de 1999, en relación con una denuncia formulada por BCS contra Telefónica Servicios y Contenidos por la Red, S.A., por considerar que la prestación de servicios de acceso a Internet gratuitos constituye un abuso de posición de dominio³¹. La CMT en vez de remitir el caso al SDC, optó por resolverlo sobre la base de las facultades que le conferían el artículo 1 (dos) 1 de la LLT y el artículo 4 del Reglamento de la CMT (que sólo se refieren al *objeto* de la CMT como entidad encargada de "salvaguardar" la competencia, pero no le atribuyen funciones al efecto), y al apartado (f) del artículo 1 (dos) 2 de la LLT.

Vemos pues que el legislador no fue lo suficientemente claro en la dicción de la

³⁰ Nótese que cabría interpretar dicha disposición en el sentido de que sólo se facultaría a la CMT a adoptar "instrucciones" de carácter general para salvaguardar la competencia, pero no para resolver o instruir expedientes en materia *antitrust*. En todo caso, esta función cuasi-normativa, también resultaría cuestionable bajo el principio de legalidad (ver *supra*).

³¹ Resolución de la CMT, de 2 de diciembre de 1999, en virtud de la cual se desestima la solicitud de intervención de BCS Multimedia con relación a la prestación sin cuota de suscripción del servicio de acceso a Internet por parte de Telefónica Servicios y Contenidos por la red, S.A.

LGT para establecer una línea divisoria entra las competencias de los órganos de defensa de la competencia y la CMT, que continuó interpretando, debido a la defectuosa técnica de la norma, que retenía competencias en materia *antitrust*.

3.2. Adopción del Real Decreto Ley 52/1999

Al objeto de solventar las dudas interpretativas que había generado la LGT y la restante normativa de carácter sectorial, el legislador quiso adoptar una norma que pusiese claramente de manifiesto una opción política de centralización de funciones en materia de defensa de la competencia en los órganos de defensa de la competencia.

Esta opción política fue ampliamente debatida en el Congreso de los Diputados, donde se analizó la insatisfactoria situación a la que había llevado la dispersión de los órganos con competencias en materia de defensa de la competencia³², y se puso de manifiesto la necesidad de articular un sistema de colaboración permanente de los órganos sectoriales con el SDC y el TDC, en calidad de órganos complementarios o de apoyo³³.

A estos efectos, aprovechó la reforma de la LDC, acordada mediante Real

Decreto Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia ("RDL 52/1999") para *"delimitar con mayor precisión"* las funciones de los órganos de defensa de la competencia respecto de las *"encomendadas a otros órganos e instituciones administrativas, de competencia sectorial"* (Exposición de Motivos).

La primera aclaración en este sentido se introdujo en un nuevo artículo 51 (bis) de la LDC (artículo trigésimo del RDL 52/1999) que estableció, bajo el título *"Relaciones con otras Administraciones públicas"*, lo siguiente:

"1. 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. En el supuesto de que otras administraciones públicas, por razón de sus funciones, pudieran tener conocimiento de hechos que considerasen 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" (subrayado añadido).

A tenor de esta disposición, parece lógico pensar que el legislador institucionizó un sistema por el que se ratificaba la competencia exclusiva del SDC para incoar, instruir, tramitar y,

³² Comisión parlamentaria del proyecto de reforma de la LDC. Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones. VI Legislatura, nº 776, págs. 1-37.

³³ Comisión parlamentaria. Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones. VI Legislatura, nº 716, pág. 20515, relativa a la ponencia del Presidente del TDC en 1999, D. Amadeo Petitbó.

consecuentemente, del TDC, para resolver, expedientes en materia de defensa de la competencia. Los restantes órganos administrativos carecerán de facultades en la materia y, en caso de tener conocimiento de conductas que pudieran ser contrarias a la normativa *antitrust*, su actuación se "limitará a dar traslado de los mismos" al SDC.

Esta ha sido, de hecho, la interpretación que se dio a esta disposición durante su tramitación parlamentaria en el Congreso de los Diputados y en el Senado. Al menos tres grupos parlamentarios se opusieron a su redacción actual, por considerar que conllevaba una desposesión de las competencias que podía tener la CMT en materia de defensa de la competencia³⁴.

³⁴ Véase las enmiendas nº 19-22 (Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida) que proponían la supresión del precepto; enmiendas nº 74-76 (Grupo Parlamentario Catalán y Convergència i Unió), que proponía la supresión del precepto por estimar que "con este artículo se vaciarían buena parte de las atribuciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en materia de defensa de la competencia (...). No se alcanza a comprender cómo se explica la necesidad de modificar de forma tan sustancial un régimen acordado y consensuado por todas las fuerzas políticas, como fue la Ley de Liberalización de las Telecomunicaciones. Según este diseño, aprobado mediante Ley 12/1997, de 24 de abril, la CMT recibió atribuciones específicas en materia de defensa de la competencia en un sector determinado, cuya importancia es necesario destacar. Ninguna de las razones que entonces llevaron a la atribución de competencias claras y precisas en este ámbito a la CMT ha desaparecido, y sería inoportuno, intentar ahora un complejo cambio de rumbo a base de viciar alguna de sus principales funciones". Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. VI Legislatura, 16 de octubre de 1999, referencia 121/000175, Reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. Asimismo, ver las enmiendas del Senado nº 68 y ss. del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió (CPCIU).

Si pudiera caber alguna respecto de la *ratio legis* de esta reforma, la Disposición Adicional Segunda del RDL 52/1999, modificó el artículo 1 (dos) 2 de la LLT y suprimió las facultades de la CMT en materia de control de concentraciones, instaurando nuevamente el principio de colaboración existente en el Reglamento de la CMT y en la CNE, al reconocer competencia exclusiva al SDC para la instrucción de estos expedientes.

Es más, la Disposición Adicional Primera del RDL 52/1999, vino a dar una nueva redacción al fundamento de Derecho que, hasta la fecha, venía siendo invocado por la CMT en sus Resoluciones para interpretar que tenía facultades para resolver e instruir expedientes en materia *antitrust*. En concreto, nos referimos a la función (f) de la CMT, establecida en el artículo 1 (dos) 2 de la LLT, cuya nueva redacción suprime cualquier referencia a que la CMT pueda adoptar "cualquier medida necesaria" para "salvaguardar la competencia en el mercado" y reitera una vez más, que si la CMT tuviese conocimiento de alguna práctica restrictiva de la competencia, deberá ponerlo en conocimiento del SDC.

La nueva función (f) únicamente permite a la CMT adoptar las medidas que considere necesarias para:

"Salvaguardar la pluralidad de oferta de servicios, el acceso a las redes de telecomunicaciones por los operadores, la interconexión de las redes y suministro de red en condiciones de red abierta y la política

de precios y comercialización por los operadores de los servicios. A estos efectos, la Comisión ejercerá las siguientes funciones:

1. Podrá dictar, sobre las materias indicadas [se entiende que sólo respecto del acceso a redes, interconexión, etc.] instrucciones dirigidas a las entidades que operen en el sector, que serán vinculantes una vez publicadas en el BOE.
2. **Pondrá en conocimiento del SDC los actos, acuerdos o prácticas o conductas de los que pudiera tener noticia en el ejercicio de sus atribuciones, y que presenten indicios de ser contrarios a la LDC. A tal fin, la CMT comunicará al SDC todos los elementos de hecho a su alcance y, en su caso, remitirá un dictamen no vinculante de la calificación que le merecen dichos hechos** (subrayado añadido).

Al igual que la Disposición Adicional Primera, cabría interpretar que el legislador -según se desprende de la tramitación parlamentaria del precepto³⁵- ha tratado de clarificar que la CMT carece de competencias para aplicar la normativa *antitrust*, y que su función en esta materia es la de un órgano de colaboración y apoyo de los órganos de defensa de la competencia establecidos en la LDC.

³⁵ En este sentido, véanse las enmiendas propuestas por el Grupo Parlamentario de Coalición Canaria (enmienda nº 1), Grupo IU mixto (enmiendas nº 25 y 26) que abogaban por conceder mayores competencias a la CMT en la materia.

3.3. Situación actual: balance de las aportaciones del Real Decreto Ley 52/1999

Lo expuesto hasta ahora parecería indicar que el RDL 52/1999 habría logrado delimitar finalmente el ámbito de competencias de las agencias reguladoras, fundamentalmente la CMT, y los órganos de defensa de la competencia, estableciendo un sistema de colaboración en la remisión de expedientes y elaboración de informes.

Sin embargo, tampoco esta última reforma parece haber sido del todo acertada o suficientemente clarificadora, al menos, en lo que respecta a las competencias de la CMT.

En efecto, la dicción literal del nuevo artículo 1 (dos) 2 (f) de la LLT faculta a la CMT a adoptar medidas para salvaguardar la "pluralidad de oferta de servicios" y "la política de precios y comercialización". Es obvio que cualquier medida que pudiera adoptarse en materia de defensa de la competencia se encamina a salvaguardar la "pluralidad de oferta" y, en cuanto a la "política de precios y comercialización", no se entiende cuál era el objetivo del legislador al mantener esta parte de la redacción original del precepto.

Es cierto que una interpretación teleológica y sistemática de la norma permitiría afirmar que la CMT, a pesar de poder adoptar medidas en los dos ámbitos señalados, carece actualmente de facultades para declarar que un operador de telecomunicaciones ha

incurrido en un abuso de posición de dominio, o ha concluido una práctica concertada restrictiva de la competencia.

No obstante, también es cierto que la interpretación de la actual redacción del precepto puede no ser unívoca y llevar a malinterpretaciones. De hecho, este parece ser el motivo de que la CMT continúe interpretando que retiene facultades en materia *antitrust* y siga tramitando expedientes en la materia³⁶.

En dichos expedientes, la CMT interpreta que retiene facultades para adoptar resoluciones en materia *antitrust* en atención al objeto de dicha Institución (salvaguardar la competencia: artículo 1 (dos) 1 de la LLT y artículo 4 del Reglamento de la CMT) y a las funciones que le atribuyen el apartado (c) del artículo 1 (dos) 2 (velar por la competencia y adoptar resoluciones para restablecer el equilibrio en situaciones discriminatorias) y (f) y los artículos 5 y 19 del Reglamento de la CMT³⁷.

³⁶ Entre otros, véase por ejemplo la Resolución de la CMT, de 22 de junio de 2000, sobre la solicitud de intervención presentada por la Federación de Asociaciones de Consumidores y Usuarios de Andalucía en relación con la campaña publicitaria efectuada por Aló Comunicaciones, S.A. en materia de precios aplicables a llamadas locales. Ver también la Resolución de la CMT, de 27 de julio de 2000, en relación con la denuncia de Lince respecto de la "tarifa plana personal" que comercializa Telefónica Servicios y Contenidos por la Red (TERRA), por la que se adoptan medidas cautelares. Asimismo, ver la Resolución de la CMT, de 5 de abril de en relación con la campaña publicitaria de TELE2 Telecommunications Services, S.L. en materia de precios aplicables a llamadas telefónicas.

³⁷ Es relevante señalar que estas dos últimas disposiciones reproducen el contenido del derogado artículo 1 (dos) 2 (f) de la LLT, por lo que debe estimarse que no se encuentran en vigor

La doctrina de la CMT al respecto podría resumirse en su Resolución de 17 de febrero de 2000³⁸, en la que considera que dicha Institución no está obligada a comunicar al SDC las conductas que considere contrarias a la LDC. Por el contrario, puede decidir entre remitir el expediente al SDC o tramitarlo ella directamente, e incluso puede darse el caso de que se pronuncien ambos órganos sobre una misma conducta (FDº II-A). A estos efectos, considera que los procedimientos incoados por los órganos de defensa de la competencia sólo tienen carácter sancionador y no restitutorio, mientras que los de la CMT tiene carácter declarativo y preventivo³⁹.

Sin perjuicio de las dudas que suscitan los fundamentos jurídicos en los que se apoya la CMT, lo cierto es que sus declaraciones revelan que todavía hoy existe una profunda divergencia en la interpretación de las competencias atribuidas a las agencias reguladoras y a los órganos de defensa de la competencia, y que se mantiene la duplicidad de autoridades competentes. Persiste pues el "*forum shopping*", la inseguridad jurídica y las tensiones

actualmente. En todo caso, cabría cuestionar si el Reglamento permaneció en vigor después de la derogación del RDL 6/1996, del que trae causa. A estos efectos, ver *supra*.

³⁸ Resolución de la CMT, 17 de febrero de 2000, en el expediente ME 2000/94: solicitud de intervención de Lince Telecomunicaciones, S.A. respecto de la "tarifa plana personal" que comercializa TERRA NETWORKS, S.A.

³⁹ Este argumento resulta más que cuestionable a la luz de las facultades atribuidas al TDC por la LDC que, aparte de poder acordar la adopción de medidas cautelares (artículo 45 de la LDC), puede adoptar medidas de remoción de los efectos e imponer conductas a las empresas denunciadas.

entre Administraciones. Esta realidad aconseja que nuestro legislador delimite definitivamente, de forma clara y contundente, cuál es el modelo de aplicación de normativa *antitrust* que desea, sin dar lugar a interpretaciones ambiguas que sustenten la actual incertidumbre jurídica.

4. CONCLUSIONES

La atribución de competencias a la CMT y a la CNE en materia de defensa de la competencia ha sufrido cambios notables en los últimos cuatro años. La evolución normativa denota que el legislador español, tras ciertas dudas iniciales de planteamiento, se ha decantado por un modelo centralizado de aplicación de la normativa *antitrust*, confirmando la competencia privativa de los órganos de defensa de la competencia para aplicar la LDC. De esta forma, el legislador ha tratado de encontrar una solución satisfactoria a los graves conflictos de competencia e inseguridad jurídica generados por la dispersión de órganos con competencias en materia de defensa de la competencia.

Bajo esta nueva perspectiva, la CMT y la CNE, aunque carecen formalmente de facultades resolutorias o sancionadoras en materia *antitrust*, desempeñan un papel clave en el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado, como órganos complementarios y de apoyo del TDC y del SDC.

La CMT, al igual que la CNE, retienen indirectamente facultades para aplicar

normativa de competencia, ya que están llamadas a velar por el correcto funcionamiento y la pluralidad del mercado mediante la aplicación de la normativa sectorial liberalizadora. No obstante, esta concreta forma de salvaguardar la competencia no debería confundirse con las competencias atribuidas a los órganos de defensa de la competencia para aplicar la normativa generalista *antitrust*, recogida en la LDC.

La actual redacción de la normativa aplicable a la CNE nos parece impecable a estos efectos. Sin embargo, la normativa reguladora de la CMT no despeja todas las dudas en la materia, lo que ha llevado a dicha agencia reguladora a realizar una interpretación extensiva de sus facultades para "velar" por la competencia en el mercado, y que invaden la esfera de las funciones atribuidas a los órganos de defensa de la competencia. Como consecuencia de ello, continúa existiendo una duplicidad de órganos que ejercen competencias en materia de defensa de la competencia, sin que exista una clara línea divisoria de funciones entre la CMT y el SDC o el TDC, y sin que se haya arbitrado un sistema de resolución de conflictos de competencias.

El resultado de estas discrepancias es plenamente insatisfactorio: se mantiene la situación de *"forum shopping"* e inseguridad jurídica que motivaron las últimas modificaciones legislativas de concentración de competencias en los órganos de defensa de la competencia. La única solución a este problema

reside en la adopción de una normativa, esta vez, omnicomprensiva, que aclare de una vez por todas el ámbito de competencias de la CMT, y la

interpretación que debe hacerse de sus facultades para "velar" por el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALONSO-CORTÉS, A. (1996): "Las agencias de defensa de la competencia y la desregulación: el TDC". *Anuario de Competencia* 1996, págs. 183-215.
- BORISSOVA, L. (2001): "Promoting Competition, Liberalisation and Regulation of the Telecommunications Sector in Central and Eastern European Countries". *European Competition Law Review*, nº 2, págs. 59-73.
- GARCIA DE ENTERRÍA, J. (1999): *El derecho de la competencia como simple instrumento de ordenación económica. Regulación normativa y competencia eficaz*. VV.AA. Regulación Sectorial y Competencia. Civitas. Madrid.
- HEIMLER, A. (2000): "Relationship between Antitrust Authority and Sectoral Regulators: the Italian Experience". *European Competition Law Review*, nº 10, págs. 444-447.
- MAGIDE, M. (2000): "El reparto competencial en materia de defensa de la competencia. Perspectivas abiertas tras la STC 208/1999". *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 17.
- MAGIDE, M. (2000): *Límites Constitucionales de las Administraciones Públicas Independientes*. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid.
- MARTÍNEZ LAGE, S. (1998): "La Comisión del Mercado de las telecomunicaciones y el Derecho de la Competencia (II)". *Gaceta Jurídica de la CE*, nº 137, págs. 1-4.
- MARTÍNEZ VILLA, J. E. (1998): "Reflexiones sobre la potestad normativa de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones". *La Ley*, nº 6, págs. 2195-2198.
- SÁNCHEZ, P. y BERENGUER, L. (1997): "La regulación y las agencias reguladoras. Las agencias reguladoras y la defensa de la libre competencia". *Ekonomiaz. Revista Vasca de Economía*, nº 37, págs. 135-157.
- SERRANO, M. (1999): *La Comisión Nacional de la Energía: el ejercicio de sus funciones en el nuevo entorno competitivo*. VV.AA. Regulación Sectorial y Competencia. Civitas. Madrid.
- REMÓN, J. y BUITRAGO, A. I. (1997): *La posición del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre la liberalización de las telecomunicaciones*. VV.AA. Derecho de las Telecomunicaciones. Colección Derecho de las Telecomunicaciones. La Ley-Actualidad, págs. 217-250.
- ZAMBRINI, M. (1996): "El Tribunal de Defensa de la Competencia ante el fenómeno regulador: Análisis de algunas de las últimas resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre los sectores regulados". *Revista General de Derecho*, nº 625-626, págs. 11763-11781.