

LA COORDINACIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA CON LOS REGULADORES SECTORIALES EN LA NUEVA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

MARIANO BACIGALUPO SAGGESE
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad Nacional de Educación a Distancia

1. INTRODUCCIÓN.—2. RÉGIMEN JURÍDICO Y FUNCIONES DE LOS REGULADORES SECTORIALES: 2.1. *Características básicas del régimen jurídico de los reguladores sectoriales.* 2.2. *Funciones de los reguladores sectoriales.*—3. LA COORDINACIÓN ENTRE LA COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA Y LOS REGULADORES SECTORIALES: 3.1. *El punto de partida: la incierta delimitación y articulación de funciones en materia de competencia entre los órganos generales de defensa de la competencia y los reguladores sectoriales. Antecedentes normativos, práctica administrativa e interpretación jurisprudencial.* 3.2. *Coordinación obligatoria en supuestos de conductas prohibidas.* 3.3. *Coordinación obligatoria en materia normativa.* 3.4. *Coordinación obligatoria en materia de concentraciones:* A) Concepto de concentración e informe de los reguladores sectoriales. B) La autorización previa por el regulador sectorial de adquisiciones de participaciones por o en empresas con actividades reguladas. La célebre «función decimocuarta» de la CNE. 3.5. *Coordinación periódica entre Presidentes y mecanismos adicionales de coordinación voluntaria.*—BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

La concurrencia de atribuciones en materia de competencia entre las autoridades horizontales de defensa de la competencia y los organismos reguladores sectoriales ha provocado en los últimos años no pocos problemas de coordinación, que han llegado incluso a poner en cuestión la unidad del sistema de defensa de la competencia. En este sentido, no han sido infrecuentes las ocasiones en que los reguladores sectoriales y el TDC han adoptado decisiones contradictorias entre sí a la hora de enjuiciar (en paralelo) conductas de dudosa compatibilidad con las exigencias de la libre competencia. La Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, incorpora mecanismos de coordinación entre la nueva Comisión Nacional de la Competencia y los reguladores sectoriales para prevenir tales situaciones. El presente artículo tiene por objeto el examen de dichos mecanismos.

Palabras clave: Derecho de la competencia; autoridades de defensa de la competencia; reguladores sectoriales; coordinación.

ABSTRACT

The concurrence of authorities entrusted with the enforcement of Spanish Competition Law (competition authorities and regulatory authorities) has provoked, in the past years, important coordination issues that have even questioned the unity of the Spanish competition system. Indeed, it has not been infrequent that regulatory and competition authorities have adopted contradictory decisions when assessing, in parallel, conducts of uncertain compatibility with the principles of open competition. The recently adopted Spanish Competition Act has introduced coordination mechanisms between the newly-created Spanish Competition Authority (*Comisión Nacional de la Competencia*) and

regulatory authorities aimed at preventing such ambiguous situations. The aim of this paper is to analyse these coordination mechanisms.

Key words: competition law; competition authorities; regulatory authorities; coordination.

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto examinar los mecanismos de coordinación llamados a encauzar las relaciones entre la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), que crea la nueva Ley de Defensa de la Competencia (Ley 15/2007, de 3 de julio; en adelante, LDC), y los llamados «reguladores sectoriales». Por lo tanto, el análisis se centrará fundamentalmente en el contenido del artículo 17 LDC, dedicado específicamente a la coordinación de la CNC con dichos organismos reguladores. Si bien la LDC no precisa de forma expresa cuáles son tales organismos, cabe entender que se refiere a aquellos organismos cuya función es la de velar por la transparencia, el buen funcionamiento y también (de ahí precisamente la necesidad de delimitar y articular sus funciones con las de los órganos generales de defensa de la competencia) el cumplimiento de las exigencias de la libre competencia en la prestación de determinados servicios básicos de interés (económico) general, los denominados «sectores regulados» (sectores energéticos, telecomunicaciones, servicios postales). Como es sabido, pertenecen a esta categoría de organismos públicos, en particular, la Comisión Nacional de Energía (CNE) y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), expresamente mencionadas en la Disposición Adicional Décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE). Salvo que finalizara la actual legislatura (la VIII) antes de la aprobación definitiva por el Congreso de los Diputados del Proyecto de Ley de creación de la Comisión Nacional del Sector Postal¹, se sumará a éstos en breve, previsiblemente, el citado organismo regulador del sector postal.

Así pues, se atiende en este trabajo a tan sólo uno de los diversos aspectos derivados del complejo esquema institucional diseñado por el legislador español para la aplicación del Derecho de la competencia, en el que, como es sabido, se integran, además de la CNC y los recién citados reguladores sectoriales, el Consejo de Ministros (art. 14 LDC), los órganos de defensa de la competencia de las Comunidades Autónomas (arts. 13 y 15 LDC), los propios órganos jurisdiccionales (art. 16 LDC) y, *last but not least*, la Comisión Europea (art. 18 LDC). Un sistema institucional al que también dedicó hace no muchos años algunas reflexiones críticas muy interesantes Ramón PARA-

¹ *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, núm. A-120-1, de 15.01.07, pág. 1. Con posterioridad a la entrega del original de la presente colaboración se ha producido la aprobación, publicación y entrada en vigor de la Ley 23/2007, de 8 de octubre, de creación de la Comisión Nacional del Sector Postal (*BOE* de 9 de octubre).

DA, mi Maestro hoy homenajeado, quien —haciendo gala de su conocido estilo directo, caracterizado por su disposición, lamentablemente cada vez menos frecuente en el debate jurídico, a formular juicios nítidos y contundentes— no dudó en calificarlo, sin ambages, de «aparatoso, hartamente confuso y escasamente operativo»².

2. RÉGIMEN JURÍDICO Y FUNCIONES DE LOS REGULADORES SECTORIALES

Previamente al estudio del artículo 17 LDC (referido, como se ha señalado, a la coordinación entre la CNC y los reguladores sectoriales, y objeto del presente trabajo), parece oportuno, sin embargo, recapitular brevemente al efecto —siquiera de forma esquemática y en términos elementales— las características básicas del régimen jurídico y las funciones principales de dichos reguladores.

2.1. Características básicas del régimen jurídico de los reguladores sectoriales

Los reguladores sectoriales, la CNE y la CMT, son entidades de Derecho público dotadas de personalidad jurídica y patrimonio propios y plena capacidad de obrar. Ambas están vinculadas («adscritas») a la Administración General del Estado (en la actualidad a través del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio³), si bien tienen reconocido en sus respectivas leyes de creación, tal y como señala también la Disposición Adicional Décima de la LOFAGE, un estatuto de «independencia funcional» frente a aquélla. Se trata, por tanto (del mismo modo, por cierto, que la propia CNC⁴), de organismos encuadrables en la categoría de las llamadas «Administraciones independientes».

La CNE, que sustituyó a la antigua Comisión Nacional del Sistema Eléctrico, se regula por la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos (en particular, por la Disposición Adicional Undécima de esta Ley; en adelante, LSH), que es su norma de creación; y por el Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, que aprobó su Reglamento⁵.

La CMT se creó por el Real Decreto-Ley 6/1996, de 7 de junio, transfor-

² «El sistema garantizador del Derecho de defensa de la competencia» (original mecanografiado, pág. 7), conferencia pronunciada en 2004 en el marco de los cursos de formación continua para jueces y magistrados de la Escuela Judicial (Consejo General del Poder Judicial, Madrid).

³ Tras la reestructuración efectuada por Real Decreto 553/2004, de 17 de abril.

⁴ Artículo 19 LDC.

⁵ Tanto la Disposición Adicional Undécima como el Reglamento de la CNE han experimentado diversas modificaciones. En concreto, los apartados 1.4 y 2 de dicha Disposición Adicional se modificaron por la Ley 55/1999, de 29 de diciembre; el 3.3, por el Real Decreto 6/2000, de 23 de junio; la función octava del apartado 3.1, por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre; el apartado 2.1, por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre; y la función decimocuarta del apartado 3.1, por el Real Decreto-Ley 4/2006, de 24 de febrero. Y los Reales Decretos 3487/2000, de 29 de diciembre, y 1204/2006, de 20 de octubre, modificaron el Reglamento de la CNE.

mado posteriormente en Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones. Esta Ley quedó derogada con la entrada en vigor de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), cuyo artículo 48 se refiere específicamente al objeto y funciones de este regulador.

Además de por su normativa específica (LSH y LGTel, respectivamente), ambos organismos se rigen, en cuanto al ejercicio de funciones públicas, por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), y, supletoriamente, por la LOFAGE, así como por otras normas de Derecho público, como, en particular, la Ley General Presupuestaria (LGP), en lo que les sea de aplicación (Disposición Adicional Décima de la LOFAGE).

2.2. Funciones de los reguladores sectoriales

La actuación de los reguladores sectoriales no coincide con la propia de las autoridades de competencia, debido a la distinta función que unos y otras tienen asignada: mientras los primeros tienen atribuido el ejercicio de funciones regulatorias de alcance sectorial y *complementan* la aplicación del Derecho de la competencia por las autoridades de competencia, estas últimas aplican tal Derecho de forma horizontal, esto es, a todos los sectores⁶.

A grandes rasgos, el Libro Verde sobre los servicios de interés general de la Comisión Europea lo explica así: «La acción de los organismos reguladores complementa la de las autoridades responsables de la competencia: mientras que estas últimas aplican la legislación general sobre la competencia a un sector específico, adoptando medidas a posteriori, es decir, después de que el abuso haya tenido lugar, los primeros intervienen normalmente con un enfoque preventivo, estableciendo normas destinadas a reducir el riesgo de abusos antes de que se produzcan»⁷.

También la OCDE ha señalado que los reguladores sectoriales establecen o velan por el cumplimiento de obligaciones *ex ante* (actúan fundamentalmente, por tanto, con carácter *preventivo*), mientras que las autoridades de competencia emplean en su actuación un enfoque *represivo* (*ex post*), salvo en materia de concentraciones económicas⁸.

Al respecto, la doctrina ha indicado que los mercados regulados se crean por Ley, y es necesario un organismo regulador que vele por su buen

⁶ La doctrina ha señalado, a su vez, las diferencias entre los reguladores aquí comentados y las entidades supervisoras de los sectores bancario o de seguros y del mercado de valores, cuya finalidad es más bien la de asegurar la solvencia y estabilidad en tales sectores (J. ALFARO ÁGUILA-REAL, «Comentario al artículo 19 del Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia* —GJ—, núm. 241, 2006, pág. 109).

⁷ http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2003/com2003_0270es01.pdf.

⁸ OCDE, *Relationship between regulators and competition authorities*, 24 de junio de 1999, pág. 9 (<http://www.oecd.org/dataoecd/35/37/1920556.pdf>).

funcionamiento, no siendo el Derecho de la competencia el instrumento adecuado para fomentar políticas como la energética o la de telecomunicaciones⁹.

Por tanto, el esquema clásico de distribución de funciones entre reguladores y autoridades de competencia atribuye a los primeros, en general, funciones ejecutivas en su sector y consultivas en la defensa de la competencia. Mientras, las autoridades de competencia suelen instruir y resolver los expedientes relativos a conductas prohibidas y concentraciones económicas (sin perjuicio de la participación del Gobierno en la autorización de estas últimas). Este esquema, que estaba ya presente en la Memoria Justificativa del Anteproyecto de LDC, ha pasado a la nueva Ley¹⁰.

La LDC prevé una autoridad administrativa única compuesta por un Presidente, una Dirección de Investigación (que en esencia equivale al anterior Servicio de Defensa de la Competencia) y un Consejo (equivalente al Tribunal de Defensa de la Competencia, TDC)¹¹. Y atribuye a la CNC tres tipos de funciones: i) la instrucción y resolución de procedimientos de control de conductas y de control de concentraciones, así como funciones de arbitraje de derecho y de equidad; ii) competencias consultivas; y iii) funciones promotoras de la competencia mediante informes, trabajos, etc. (Sección 2.ª del Capítulo II del Título III, arts. 24 y ss. de la LDC)¹².

En cuanto a los reguladores sectoriales (CNE y CMT), la Disposición Adicional Undécima de la LSH (apartado Primero.2) establece que el regulador de los sistemas energéticos tiene 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*». En términos similares, la LGTel (art. 48.2) señala que corresponde al regulador de este sector «*el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y el fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales (...)*».

Las funciones de la CNE se prevén en el apartado Tercero.1 de la Dispo-

⁹ Realizan consideraciones en tal sentido J. ALFARO ÁGUILA-REAL, «Comentario al artículo 19...», *op. cit.*, apartado 2.2, y A. SÁNCHEZ GRAELLS, *La intervención del Gobierno en el control de concentraciones económicas*, Serie Política de la Competencia, núm. 21/2006, CEU Ediciones, Madrid, 2006, pág. 17.

¹⁰ La Memoria del Anteproyecto, citada en el «Informe de la CNE sobre el Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia» (9 de marzo de 2006), distinguía entre la función de vigilancia *ex ante* de una competencia efectiva en el mercado sectorial, atribuida al regulador, y, por otro lado, la política de defensa de la competencia, que corresponde en exclusiva a la Comisión de la Competencia mediante la apertura, en su caso, de expedientes sancionadores o de control de concentraciones. El Informe de la CNE puede consultarse en la página www.cne.es, apartado «Publicaciones».

¹¹ A partir de la entrada en vigor de la LDC, las referencias al Servicio y Tribunal de Defensa de la Competencia se entenderán hechas a la CNC (Disposición Adicional Quinta).

¹² Un análisis general de las funciones que el Anteproyecto de LDC atribuía a la CNC (que, en esencia, se mantienen en la Ley aprobada) puede verse en J. PASCUAL Y VICENTE, «Autoridad única: la Comisión Nacional de Competencia. Funciones del Consejo y de la Dirección de Investigación», *GJ*, núm. 241, 2006.

sición Adicional Undécima de la LSH¹³. Además de competencias específicas para los sectores eléctrico y gasista (apartados Tercero.2 y Tercero.3 de dicha Disposición Adicional), y de otras que puedan encomendársele, ejerce, en lo fundamental, las siguientes¹⁴:

- Autorización de adquisición de participaciones en sociedades del sector energético; y emisión de informe preceptivo en concentraciones de empresas o en supuestos de toma de control de una empresa por otra del mismo sector, sometidas a autorización del Gobierno (funciones decimocuarta y decimoquinta, respectivamente).
- Emisión de circulares de desarrollo y ejecución de normas en materia energética, así como funciones consultivas en tal materia (funciones séptima y primera).
- Funciones de propuesta e informe: en la elaboración de disposiciones sobre el mercado energético; en el proceso de planificación energética; en proyectos sobre tarifas, peajes y retribución de las actividades energéticas; en expedientes de autorización de instalaciones energéticas estatales; a solicitud de las Comunidades Autónomas; y sobre medidas a adoptar frente al responsable de deficiencias en el suministro (funciones segunda a sexta y décima).
- Funciones inspectoras; de incoación, instrucción o informe de expedientes sancionadores¹⁵; así como la comunicación de conductas restrictivas de la competencia al Servicio de Defensa de la Competencia (funciones octava, undécima y duodécima).
- Función arbitral y de resolución de conflictos sobre el acceso de terceros a redes de transporte y distribución (funciones novena y decimotercera).
- Organización de su funcionamiento interno y elaboración de una memoria de actividades (funciones decimosexta y decimoséptima).

Las funciones de la CMT, sin perjuicio de que puedan ser ampliadas —art. 48.3.m) LGTel—, comprenden, en particular, las siguientes:

- Informe preceptivo en operaciones de concentración de operadores o de toma de control, sometidas a autorización del Gobierno —art. 48.3.f)—, supuesto análogo a la función decimoquinta de la CNE.
- Funciones de asesoramiento al Gobierno, al Ministro de Ciencia y

¹³ Dada la entidad o trascendencia relativamente menor que, a juicio de algunos, corresponde a las funciones que se le atribuyen, se ha llegado a sostener que, en realidad, no nos hallamos en presencia de un verdadero regulador (E. ORTEGA MARÍN, «Energía Eléctrica y Energía Nuclear», *Cuadernos de Derecho Judicial*, XII, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pág. 102).

¹⁴ Téngase también en cuenta el Capítulo II del citado Reglamento de la CNE, dedicado al «Objeto y Funciones de la Comisión Nacional de Energía» (arts. 3 a 18).

¹⁵ En particular, instrucción de expedientes sancionadores por infracciones tipificadas en la Ley 54/1997, de 27 de diciembre, del Sector Eléctrico.

- Tecnología (hoy de Industria, Turismo y Comercio), a las Comunidades Autónomas y a las corporaciones locales —art. 48.3.h)—.
- Funciones que podrían denominarse de garantía de la competencia (salvaguarda de la pluralidad de la oferta; acceso a las redes, interconexión y explotación en condiciones de red abierta¹⁶; y política de precios), y que la CMT ejerce de la siguiente forma —art. 48.3.e)—: 1) dictando instrucciones; 2) comunicando conductas contrarias a la competencia al Servicio de Defensa de la Competencia (función análoga a la duodécima de la CNE); y 3) interpretando la información que recibe de los operadores en virtud del artículo 9 de la Ley (obligaciones de suministro de información a la CMT).
 - Funciones inspectoras —art. 48.3.i)— y en materia sancionadora —art. 48.3.j) y k)—¹⁷.
 - Y estas otras funciones: resolución vinculante de conflictos entre operadores —art. 48.3.d)—; funciones arbitrales —art. 48.3.a)—; asignación de la numeración a los operadores —art. 48.3.b)—; llevanza de un registro de operadores —art. 48.3.l)—; definición de los mercados de referencia, a fin de establecer obligaciones específicas —art. 48.3.g)—; y funciones relativas al servicio universal —art. 48.3.c)—.

Adicionalmente, la CNE y la CMT tienen atribuidas competencias, asimismo, en materia de limitación a la participación de personas físicas o jurídicas en más de un operador principal, a fin de evitar que a través de dicha participación se incurra en restricciones a la competencia (art. 34 del Real Decreto 6/2000, de 23 de junio, de medidas para la intensificación de la competencia).

3. LA COORDINACIÓN ENTRE LA COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA Y LOS REGULADORES SECTORIALES

3.1. *El punto de partida: la incierta delimitación y articulación de funciones en materia de competencia entre los órganos generales de defensa de la competencia y los reguladores sectoriales. Antecedentes normativos, práctica administrativa e interpretación jurisprudencial*

Como es sabido, la concurrencia de atribuciones en materia de competencia entre los órganos generales de defensa de la competencia y los reguladores

¹⁶ Al respecto, véanse el Título II de la Ley 32/2003 y el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, dictado en desarrollo de dicho Título.

¹⁷ Las facultades en materia sancionadora están limitadas al incumplimiento por los operadores de instrucciones, requerimientos de información, acuerdos o resoluciones que resulten del ejercicio por la Comisión de sus propias competencias (M. CARLÓN RUIZ, «La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 102, Civitas, Madrid, 1999).

sectoriales ha provocado no pocos problemas de coordinación, que incluso han llegado a poner en cuestión la unidad del sistema de defensa de la competencia. En los últimos años no han sido infrecuentes las ocasiones en que los reguladores sectoriales y el TDC han adoptado decisiones contradictorias entre sí a la hora de enjuiciar (en paralelo) conductas de dudosa compatibilidad con las exigencias de la libre competencia. El ejemplo más llamativo ha sido probablemente el de la campaña publicitaria de Telefónica sobre los llamados «Planes Claros», que preveían unos descuentos con los que Telefónica perseguía, a juicio de su primer competidor en telefonía básica (Retevisión), obstaculizar el acceso de éste al mercado. En este caso, mientras la CMT estimó que la mencionada campaña publicitaria de descuentos no atentaba contra la competencia ni impedía el acceso al mercado de Retevisión, el TDC concluyó lo contrario e impuso a Telefónica una multa por valor de 1.400 millones de pesetas (8,4 millones de euros). Recurrida la multa ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (AN), ésta la redujo sustancialmente y, recurrida también en casación la sentencia de la AN, la Sala Tercera del Tribunal Supremo (TS), en sentencia de 20 de junio de 2006 (recaída en el recurso de casación núm. 9174/2003), la anuló definitivamente.

Estas discordancias —en particular, entre la CMT y el TDC— venían favorecidas por lo establecido en la Disposición Adicional Séptima de la antigua LGTel (Ley 11/1998, de 24 de abril), que en su párrafo segundo preveía lo siguiente: «*Cuando la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones detecte la existencia de indicios 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 artículo 1.Dos.f) de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones.*»

En efecto, el citado precepto favorecía la concurrencia competencial entre la CMT y los órganos de defensa de la competencia (y, por consiguiente, el riesgo de actuaciones discordantes entre sí), toda vez que, como viniera a señalar la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la AN en su sentencia de 17 de octubre de 2000 (recaída en el recurso contencioso-administrativo núm. 156/1999) y en otras posteriores (*vid.* SSAN de 17 de septiembre de 2002, 25 de noviembre de 2003, 23 de marzo de 2004 y 31 de diciembre de 2005), dicho precepto permitía «*colegir el deslinde competencial entre Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones 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*»¹⁸.

¹⁸ Valoraba favorablemente este sistema de delimitación y articulación de funciones entre la CMT y los órganos de defensa de la competencia L. BERMÚDEZ ODRIOZOLA, «La Comi-

En similares términos explicaba y valoraba la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la AN la concurrencia competencial entre el TDC y el regulador energético. En sus sentencias de 29 de abril de 2002 (recaídas en los recursos contencioso-administrativos núms. 275 y 868/1999), la Sala subraya que *«la circunstancia de que se hayan dictado resoluciones primero por la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico y posteriormente por el Ministerio de Industria y Energía en el marco de sus competencias sobre los mismos hechos, no constituye obstáculo alguno para el enjuiciamiento por el TDC y por esta Sala de la actuación litigiosa a la luz de la Ley de Defensa de la Competencia. En el ámbito de actuación de sus preceptos carece de relevancia que la cuestión técnica se defina como un “acceso a redes” o una “solicitud de aumento de potencia”: existe una posición de dominio de determinadas empresas, a su vez suministradoras del producto que comercializa la codemandada denunciante, y con independencia de cuál sea el órgano de la Administración central o autonómica competente para resolver sobre la negativa a satisfacer la solicitud de aumento de suministro, los órganos de defensa de la competencia tienen encomendada por la Ley 16/1989 la garantía del orden económico constitucional en el sector de la economía de mercado desde la perspectiva de los intereses públicos»*.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS, por el contrario, juzgaba la concurrencia competencial en materia de competencia entre los órganos generales de defensa de la competencia y los reguladores sectoriales (y, en particular, el contenido de la Disposición Adicional Séptima de la antigua LGTel) en términos menos favorables, advirtiendo incluso de las disfunciones derivadas de aquélla¹⁹. En efecto, en el FD 6.º de su sentencia de 1 de febrero de 2006 (recaída en el recurso de casación núm. 33661/2003), en la que se pronuncia sobre la legalidad de la Circular 1/1998 de la CMT sobre campañas publicitarias en el mercado de las telecomunicaciones, la Sala Tercera del TS destaca que, *«por la novedad que supuso la creación de los organismos reguladores sectoriales, existe una cierta superposición de competencias entre los órganos generales de defensa de la competencia y los (citados) organismos públicos con capacidad para actuar tan sólo en determinados mercados (en nuestro caso, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, pero el problema se repite, con diversos matices, respecto de otros como la Comisión Nacional de Energía o la Comisión Nacional del Mercado de Valores). La delimitación de atribuciones entre unos y otros no ha llegado a*

sión del Mercado de las Telecomunicaciones y la salvaguarda de la libre competencia», *GJ*, núm. 206, 2000, págs. 53 y ss., en particular 57 y s. Un punto de vista crítico puede verse, por el contrario, en M. BRAVO-FERRER DELGADO, «Atribuciones de la CMT en materia de competencia: examen de su resolución de 17 de marzo de 2005», *GJ*, núm. 238, 2005, págs. 27 y ss., en particular 37 y s.

¹⁹ *Vid.* en esta línea, asimismo, S. MARTÍNEZ LAGE, «La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y el Derecho de la competencia (I)», *GJ*, núm. 136, 1998, págs. 1 y ss., concretamente pág. 2: *«Parecería, pues, que la confusión e inseguridad denunciadas, que han perdurado exactamente durante un año, han desaparecido. Y, sin embargo, desgraciadamente, no parece que haya sido absolutamente así, al menos en la interpretación que hace la propia CMT»*.

adquirir la claridad que sería deseable y, de hecho, se han producido reiteradas modificaciones legislativas en un corto período de tiempo que contribuyen a poner de relieve la inseguridad con la que los propios organismos, y los demás intervinientes en el debate jurídico en general, han de afrontar esta cuestión. Si en un primer momento sólo el Tribunal de Defensa de la Competencia era competente en la materia, según los términos de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, las posteriores normas por las que se creó y reguló la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (...) atribuyeron a este organismo determinadas funciones que, ratificadas en términos generales por la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, quedaron matizadas (...) por la cláusula o sistema de "coordinación" entre ambas instituciones que contiene la Disposición adicional séptima de dicha Ley 11/1998. En su virtud, 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. Sin embargo, la citada Disposición adicional séptima de la Ley 11/1998, que modificaba la regulación del año precedente, incorporó a la vez una nueva cláusula de "sin perjuicio" (el mecanismo de coordinación consistente en que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, al detectar la existencia de indicios 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, ha de entenderse "sin perjuicio de las funciones que a la propia Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones le atribuye el artículo 1.DOS.2.f) de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones") que no contribuía precisamente a clarificar el reparto de atribuciones. Un año después de aprobarse la reforma indicada de 1998, de nuevo el Legislador, ahora mediante la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley de Defensa de la Competencia, volvió a modificar las funciones que a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones asignaba el artículo 1.DOS.2.f) de la Ley 12/1997, suprimiendo de él la mención a la finalidad (precisamente la defensa de la competencia) de las funciones atribuidas en el precepto. Supresión que no impidió, sin embargo, el mantenimiento simultáneo de la función general de salvaguarda de la competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones que a la citada Comisión atribuyó su ley de creación (Ley 12/1997, artículo 1.DOS.1), función ulteriormente convertida en "fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales" por el artículo 48 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones».

Pues bien, para asegurar la unidad del sistema de defensa de la competencia, la nueva LDC ha venido a regular expresamente (aunque reiterando, en parte, mecanismos de coordinación ya previstos —con el resultado advertido— en las propias leyes de regulación sectorial) la coordinación entre los reguladores sectoriales y las autoridades horizontales de defensa de la competencia (CNC y órganos autonómicos de defensa de la competencia) en su artículo 17, cuyo tenor es el siguiente:

«Artículo 17. *Coordinación con los reguladores sectoriales.*

1. *La Comisión Nacional de la Competencia y los reguladores sectoriales cooperarán en el ejercicio de sus funciones en los asuntos de interés común.*

2. *A los efectos de lo previsto en el apartado anterior, se transmitirán mutuamente de oficio o a instancia del órgano respectivo información sobre sus respectivas actuaciones así como dictámenes no vinculantes en el marco de los procedimientos de aplicación de la regulación sectorial y de la presente Ley. En todo caso:*

a) *Los reguladores sectoriales pondrán en conocimiento de la Comisión Nacional de la Competencia los actos, acuerdos, prácticas o conductas de los que pudiera tener conocimiento en el ejercicio de sus atribuciones que presenten indicios de ser contrarios a esta Ley, aportando todos los elementos de hecho a su alcance y uniendo, en su caso, el dictamen correspondiente.*

b) *Asimismo, los reguladores sectoriales solicitarán informe a la Comisión Nacional de la Competencia, antes de su adopción, sobre las circulares, instrucciones o decisiones de carácter general en aplicación de la normativa sectorial correspondiente que puedan incidir significativamente en las condiciones de competencia en los mercados.*

c) *La Comisión Nacional de la Competencia solicitará a los reguladores sectoriales la emisión del correspondiente informe no vinculante en el marco de los expedientes de control de concentraciones de empresas que realicen actividades en el sector de su competencia.*

d) *La Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas solicitarán a los reguladores sectoriales la emisión del correspondiente informe no vinculante en el marco de los expedientes incoados por conductas restrictivas de la competencia en aplicación de los artículos 1 a 3 de la presente Ley.*

3. *Los Presidentes de la Comisión Nacional de la Competencia y de los respectivos órganos reguladores sectoriales se reunirán al menos con periodicidad anual para analizar las orientaciones generales que guiarán la actuación de los organismos que presiden y, en su caso, establecer mecanismos formales e informales para la coordinación de sus actuaciones».*

Como cabe apreciar, y en línea con lo previsto en el artículo 4 LRJ-PAC, el apartado 1 y el inciso inicial del apartado 2 del artículo 17 de la nueva LDC establecen un deber general de cooperación, intercambio de informa-

ción y emisión de dictámenes no vinculantes entre la CNC y los reguladores sectoriales en el marco de los procedimientos de aplicación de la regulación sectorial y de la LDC.

Dicho deber se concreta, en particular, en cuatro supuestos de coordinación obligatoria, que son los previstos en las letras *a)* a *d)* del apartado 2. El primero regula un deber específico de información a la CNC por parte de los reguladores sectoriales, y los tres restantes articulan trámites consultivos preceptivos de carácter bidireccional.

De este modo, el legislador parece pretender confirmar que, en lo esencial, continúa orientándose, en lugar de hacia un modelo genuino (aunque incierto y, por tanto, inseguro, como puso de relieve el TS) de *competencia difusa*, es decir, de plena concurrencia o superposición competencial entre los órganos generales de defensa de la competencia y los reguladores sectoriales (o, para ser más preciso, un modelo de concentración *dispositiva*, en la medida en que la concentración de la competencia en aquéllos dependía de la decisión —discrecional— del regulador sectorial de no ejercer su propia competencia concurrente y, en consecuencia, deferir el conocimiento exclusivo de un determinado asunto al órgano de defensa de la competencia), hacia un modelo (aunque no puro) de *competencia concentrada*, y corregido en todo caso por la garantía de la previa intervención consultiva preceptiva del regulador sectorial (en eso consiste, básicamente, el mecanismo de coordinación que prevé la LDC), el cual ve así compensada la preterición de su propia competencia (concurrente).

Finalmente, el último apartado (el 3) contempla la celebración de reuniones periódicas entre los Presidentes de todos los organismos implicados, en las que se podrán adoptar mecanismos adicionales, formales o informales, de coordinación (coordinación voluntaria).

En primer lugar, examinaremos a continuación los mecanismos obligatorios de coordinación que regulan las letras *a)* a *d)* del apartado 2, que se distinguen en función de la actuación de que se trate: una conducta prohibida o una concentración económica.

3.2. *Coordinación obligatoria en supuestos de conductas prohibidas*

Cuando un regulador sectorial, en el ejercicio de sus funciones, advierta actos, acuerdos, prácticas o conductas que indiciariamente se presenten como contrarios a la LDC, debe comunicarlo a la CNC.

La LDC define las conductas prohibidas en el Capítulo I del Título I. Pueden ser conductas colusorias consistentes en acuerdos, decisiones, prácticas concertadas o conscientemente paralelas que afecten a la competencia (art. 1); abusos de posición dominante (art. 2); o actos desleales que falseen la competencia (art. 3).

En particular, los mercados regulados son especialmente sensibles a los abusos de mercado debido a la existencia de antiguos monopolios y al hecho de que, normalmente, intervengan pocos operadores, dadas las impor-

tantes barreras de entrada. El abuso de mercado consiste en la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en el mercado nacional (art. 2.1 LDC). A través de esta figura no se persigue el tener una posición de dominio en un mercado, sino el uso dañino para consumidores o competidores que se haga de la misma²⁰. El abuso puede producirse de diversas formas. El artículo 2.2 LDC describe algunas (imposición de precios, etc.).

La exigencia de comunicación de conductas prohibidas no es una verdadera novedad de la LDC, pues la misma ya se preveía en la «función duodécima» para la CNE y en el artículo 48.3.e).2 LGTel para la CMT. De hecho, la redacción del artículo 17.2.a) LDC es, casi literalmente, la del citado artículo 48.3.e).2.

Tanto antes como ahora, al comunicar la conducta prohibida a la CNC, los reguladores ponen de manifiesto los hechos, si bien cabe que remitan un dictamen, que no es preceptivo ni vinculante, sobre la calificación jurídica que tales hechos merecen.

Por tanto, la Ley mantiene en lo esencial el reparto competencial preexistente entre reguladores sectoriales y autoridad de defensa de la competencia. En particular, no amplía a los reguladores la instrucción de los expedientes por conductas prohibidas, cuestión ésta que, como es sabido, no es pacífica en la doctrina²¹.

El principal argumento que emplean los detractores de ampliar las funciones de los reguladores en el ámbito de la defensa de la competencia es el riesgo de «captura» del regulador sectorial por los operadores; es decir, el riesgo de que la cercanía de los operadores al regulador permita a los primeros persuadir a este último en orden a obtener un trato más favorable²².

En cambio, la CNE ha expresado en diversas ocasiones la conveniencia de ampliar sus funciones a la instrucción de expedientes, petición que no se ha visto satisfecha. La CNE considera que le debe corresponder la instrucción de expedientes que afecten a su sector, dado el específico conocimiento que tiene del mismo²³. Pero ese argumento también se ha empleado en sen-

²⁰ M. A. FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, *La competencia*, Alianza Editorial, Madrid, 2000, pág. 107.

²¹ J. ALFARO ÁGUILA-REAL, «Comentario al artículo 19...», *op. cit.*, apartado 2.2, pág. 112, se muestra contrario a la instrucción de expedientes en materia de competencia por los reguladores. En cambio, se manifiestan a favor L. LÓPEZ DE CASTRO y G. ARIÑO ORTIZ, *Derecho de la competencia en sectores regulados. Fusiones y adquisiciones, control de empresas y poder político*, Comares, Granada, 2001, pág. 303.

²² Además del riesgo de captura, la doctrina ha dado otras dos razones para la centralización de la defensa de la competencia en una autoridad antimonopolio: la coherencia en la aplicación de las normas y la mayor especialización de los órganos centralizados en comparación con la de los sectoriales (J. ALFARO ÁGUILA-REAL, «Comentario al artículo 19...», *op. cit.*, apartado 2.2, págs. 111 y 112, con cita de M. A. FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, «La protección de la competencia desde los órganos sectoriales», *GJ*, núm. 204, 1999).

²³ «Informe por el que se realizan comentarios al Libro Blanco para la reforma del sistema español de Defensa de la Competencia» (31 de marzo de 2005), Informe sobre el Anteproyecto de LDC e Informe específico sobre la conveniencia de atribuir funciones adicionales a la CNE en materia de defensa de la competencia (citado en el anterior).

tido contrario, pues es precisamente la cercanía al sector la que puede dar al correspondiente regulador una visión distorsionada²⁴.

Pese a no haberse aceptado el criterio de la CNE en este punto, sí se recoge una de sus demandas en la letra *d*) del apartado 2 del artículo comentado, pues se establece que las autoridades de competencia solicitarán (preceptivamente) a los reguladores un informe no vinculante en expedientes incoados por conductas restrictivas de la competencia (arts. 1 a 3 de la Ley, ya mencionados). En cualquier caso, como ya hemos señalado, la CNE considera que tal función consultiva resulta insuficiente.

3.3. *Coordinación obligatoria en materia normativa*

La letra *b*) del apartado 2 del artículo comentado constituye una novedad que guarda relación con la función de desarrollo normativo de la reglamentación sectorial atribuida a los reguladores por sus leyes de creación.

Como hemos señalado anteriormente, dicha función está prevista en la LSH para la CNE (Disposición Adicional Undécima, apartado Tercero.1, función séptima) y en la LGTel para la CMT —art. 48.3.e).1—.

La novedad consiste en que, al adoptar los reguladores —en ejercicio de tal función normativa— circulares, instrucciones o decisiones de carácter general que puedan incidir significativamente en las condiciones de competencia de los mercados, deberán solicitar un informe previo a la CNC. Obsérvese que se exige que las normas proyectadas por el regulador puedan incidir «significativamente» en las condiciones de competencia de los mercados, lo que atribuye a los reguladores sectoriales un cierto margen de apreciación a la hora de determinar si procede o no solicitar el previo informe de la CNC (algo que no sucede en los demás supuestos de coordinación obligatoria mediante la evacuación de informes preceptivos, en los que la configuración del deber de solicitar el informe no da lugar a ningún margen de apreciación en el órgano obligado a pedirlo).

En fase de tramitación de la LDC en el Senado, se propuso —sin éxito— aclarar que el informe de la CNC no sería vinculante —como sí se prevé expresamente en los apartados *c*) y *d*) del artículo 17 LDC en relación con los informes que la CNC ha de solicitar a los reguladores sectoriales—, a fin de «garantizar el adecuado mecanismo de coordinación... sin que ello altere las competencias establecidas por las leyes sectoriales»²⁵. Sin embargo, la ausencia de tal aclaración resulta inocua, ya que —a falta de toda previsión expresa en sentido contrario— el informe carece, también en este caso, de eficacia vinculante (art. 83.1 LRJ-PAC).

²⁴ J. ALFARO ÁGUILA-REAL, «Comentario al artículo 19...», *op. cit.*, apartado 2.2, pág. 111.

²⁵ Enmienda núm. 58 del Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés (*Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Serie II, núm. 90, de 24 de abril de 2007, pág. 53).

3.4. Coordinación obligatoria en materia de concentraciones

Para analizar el mecanismo de coordinación previsto en el apartado c) del artículo 17.2 LDC nos ocuparemos, en primer lugar, del concepto de concentración económica (o de empresas) y del informe que los reguladores deben emitir en dichos procedimientos. Para ilustrar, en particular, la trascendencia práctica de los informes de los reguladores, nos referiremos a un asunto recientemente polémico, a saber: la suspensión por el Tribunal Supremo del acuerdo del Consejo de Ministros que autorizó con condiciones la Oferta Pública de Adquisición de Valores (OPA) de Gas Natural sobre Endesa.

También aludiremos brevemente a la autorización por la CNE de concentraciones que afectan a su sector, a tenor de la función decimocuarta de la Disposición Adicional Undécima, Tercero.1, de la LSH.

A) Concepto de concentración e informe de los reguladores sectoriales.

La posición de dominio en el mercado puede lograrse mediante la adquisición de competidores o la fusión con ellos. En tal caso lo relevante a efectos del control es no tanto el abuso del mercado como la estructura del mismo, ya que éste puede perder su rivalidad al aumentar o disminuir el número de competidores²⁶.

A tenor del artículo 7 LDC, se produce una concentración económica cuando tiene lugar un cambio estable del control de la totalidad o parte de una o varias empresas como consecuencia de:

- a) la fusión de dos o más empresas independientes;
- b) la adquisición por una empresa del control sobre la totalidad o parte de una o varias empresas;
- c) la creación de una empresa en participación y, en general, la adquisición del control conjunto sobre una o varias empresas, cuando éstas desempeñen de forma permanente las funciones de una entidad económica autónoma.

El procedimiento de control de concentraciones se regula en el Capítulo III del Título IV de la LDC (arts. 55 y ss.)²⁷. Se inicia tras la correspon-

²⁶ M. A. FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, *La competencia*, op. cit., apartado 3.1, pág. 111.

²⁷ El procedimiento de control previsto por la LDC se aplicará cuando concurra, al menos, una de estas dos circunstancias (art. 8): a) Que como consecuencia de la concentración se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al 30% de un mercado de producto o servicio, en el mercado nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo. b) Que el volumen de negocios global en España del conjunto de los partícipes supere en el último ejercicio contable 240 millones de euros, siempre que al menos dos de los partícipes realicen individualmente en España un volumen de negocios superior a 60 millones de euros.

diente notificación y cuenta con dos fases: una primera que instruye la Dirección de Investigación de la CNC y resuelve el Consejo; y una segunda fase, que se iniciará si la concentración puede afectar a la competencia, en la que resuelve el Consejo de la CNC, aunque el carácter definitivo de dicha resolución está subordinado a la decisión del Gobierno, si la misma no autoriza la concentración o la somete a condiciones.

Este procedimiento supone un cambio respecto a la Ley anterior, la cual atribuía al Gobierno la decisión final en todo caso (y no sólo en decisiones de no autorizar la concentración o hacerlo condicionadamente), si bien la jurisprudencia había limitado la facultad del Gobierno de apartarse del informe del TDC²⁸. Además, los criterios por los que el Gobierno podía apartarse de tal informe debían referirse al Derecho de la competencia, siendo ahora de «interés general» (esto es, no necesariamente vinculados al ámbito propio del Derecho de la competencia), cuya apreciación puede responder incluso, en ocasiones, a criterios políticos²⁹.

Esta exigencia de informe de los reguladores sectoriales que establece la letra c) del artículo 17.2 LDC no es enteramente novedosa. Ya bajo la vigencia de la Ley anterior, los reguladores sectoriales emitían informe preceptivamente, a petición de las autoridades de competencia, complementando así la actuación de dichas autoridades y del Gobierno.

La base jurídica de tal función consultiva se hallaba, para la CNE, en la «función decimoquinta» y, para la CMT, en el artículo 48.3.f) LGTel, ya citados, en concentraciones que «*hayan de ser sometidas al Gobierno para su decisión*»; o bien en el artículo 51 de la LDC de 1989.

La nueva LDC mantiene la exigencia de tal informe preceptivo. Pero no acoge una pretensión expresada por la CNE en su Informe al Libro Blanco de Defensa de la Competencia consistente en que se aclare que el informe del regulador es necesario desde la primera fase de examen de la concentración, pues: «*En la actualidad, en ocasiones se omite la intervención de la CNE en la primera fase de examen por el Servicio de Defensa de la Competencia y si se otorga una autorización expresa o tácita, la CNE ya no tiene ocasión de pronunciarse*»³⁰.

Pese a no aclararse de forma expresa la necesidad de dicho informe desde el principio, la Comisión interpreta ese silencio de forma positiva, pues permite que la petición del informe se realice en las diversas fases del procedimiento de autorización de la concentración. Refuerza tal interpretación, a juicio de la CNE, lo dispuesto en el artículo 55.6 de la propia LDC, a

²⁸ Entre otras, *vid.* SSTS de 2.4.02 (RJ 2002/9844) y de 29.11.05 (RJ 2006/107).

²⁹ Así lo afirman SÁNCHEZ GRAELLS (*La intervención del Gobierno...*, *op. cit.*, apartado 2.2) o BROKELMANN («La reforma del régimen de control de concentraciones en el Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia», *GJ*, núm. 241, 2006), que critican el excesivo protagonismo que, a su juicio, la Ley concede al Gobierno.

³⁰ «Informe por el que se realizan comentarios al Libro Blanco...», *op. cit.*, apartado 3.1, págs. 13 y 14. La CNE proponía modificar la función decimoquinta para aclarar que el informe es preceptivo en toda concentración sometida a notificación, y no sólo cuando deba pronunciarse el Gobierno, en la segunda fase de examen.

tenor del cual: «En cualquier momento del procedimiento, la Comisión Nacional de Competencia podrá solicitar a terceros operadores la información que considere oportuna para la adecuada valoración de la concentración. Asimismo, podrá solicitar los informes que considere necesarios para resolver a cualquier organismo de la misma o a distinta Administración»³¹.

Tampoco se ha acogido otra pretensión de la CNE consistente en que se ampliase su función consultiva en materia de concentraciones para el caso de que las autoridades de competencia emitan un informe en sentido distinto al suyo («sería conveniente permitir conocer a esta Comisión los argumentos empleados por tales autoridades en su informe, con anterioridad a la adopción de la decisión final... a fin de que la CNE pueda realizar observaciones a tales argumentos, enriqueciendo de esta manera todo el debate previo a la decisión que se adopte»)³².

No obstante lo anterior, la experiencia reciente demuestra que no cabe desconocer la relevancia práctica de los informes de los reguladores sectoriales. En efecto, pese a no ser vinculante, el Informe de la CNE a la OPA de Gas Natural sobre Endesa, en el marco del correspondiente expediente de concentración, fue decisivo para la suspensión de su autorización gubernamental, acordada por mayoría por el Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo³³. La suspensión se tramitó a petición de Endesa y de otros, con carácter incidental en el marco del recurso de estos mismos demandantes contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 3 de febrero de 2006, que autorizó la OPA sujeta a condiciones (menos rigurosas que las propuestas por la CNE y en contra del criterio del TDC)³⁴.

El voto mayoritario en que se fundamenta el Auto del TS de 28 de abril de 2006 que acordó la suspensión del Acuerdo del Consejo de Ministros citado parte de la jurisprudencia más reciente del TS en materia cautelar, a tenor de la cual, en aplicación del artículo 130 de la Ley Jurisdiccional, debe accederse a la suspensión cuando «de ejecutarse el acto se crearían situaciones jurídicas irreversibles haciendo ineficaz la sentencia que se dicte e imposibilitando el cumplimiento de la misma en sus justos términos». En virtud de tal jurisprudencia, los principales criterios para otorgar una medida cautelar son el *periculum in mora* y la ponderación de los intereses en conflicto, configurándose el *fumus boni iuri* (o apariencia de buen derecho) como un criterio complementario.

En la valoración de la irreversibilidad del daño jugó un papel decisivo, como se ha dicho, el informe de la CNE (junto al del TDC). En relación con

³¹ «Informe de la CNE sobre el Anteproyecto de LDC», *op. cit.*, apartado 3.1, págs. 6 y ss.

³² Véanse los citados Informes al Libro Blanco sobre la reforma del sistema de Defensa de la Competencia (pág. 15) y sobre el Anteproyecto de Ley (págs. 6 y 7).

³³ «Informe de la CNE sobre el proyecto de concentración consistente en la adquisición del control de Endesa, S.A. por parte de Gas Natural SDG, S.A. mediante oferta pública de adquisición de acciones», aprobado por el Consejo de Administración de la CNE en su sesión de 20.12.05 (http://213.27.142.19/cne/doc/publicaciones/cne33_05.pdf).

³⁴ Nos referimos al Auto del TS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 28.4.06 (RJ 2006/1956).

los mercados gasista y eléctrico, y con apoyo en las consideraciones de la CNE, el TS señaló: «*son mercados especialmente sensibles a las prácticas colusorias y a los abusos de posición dominante, en los que adquieren especial relevancia las operaciones de concentración o de control de unas empresas por otras, en cuanto de ellas pueden derivar graves perjuicios a la competencia*».

Dadas las circunstancias de los mercados afectados, la consecuencia que cabía extraer de los informes era «*el grave perjuicio que la operación de control supone para el mantenimiento de la competencia en la práctica totalidad de los mercados concernidos, en los diferentes sectores que lo integran, perjuicios que comenzarán a producirse en la mayoría de ellos desde el momento mismo de la liquidación de la OPA*».

En concreto, el TS tuvo en cuenta que el informe de la CNE era autorizatorio con condiciones, si bien tales condiciones de la «*CNE son meramente paliativas y, por tanto, no absolutamente recuperadoras de la competencia*»³⁵.

B) *La autorización previa por el regulador sectorial de adquisiciones de participaciones por o en empresas con actividades reguladas. La célebre «función decimocuarta» de la CNE.*

Además de intervenir consultivamente en el ámbito de la defensa de la competencia, la CNE ostenta una potestad *decisoria* sobre operaciones de concentración desde la perspectiva propia del Derecho sectorial, a fin de preservar las actividades reguladas de transporte y distribución en los sistemas energéticos. Así, en ejercicio de la función decimocuarta de la Disposición Adicional Undécima, Tercero.1, de la LSH (en la redacción dada a la misma por el Real Decreto-Ley 4/2006, de 24 de febrero), la CNE debe autorizar determinadas adquisiciones de participaciones de empresas de su sector en otras sociedades, y viceversa. La Disposición Transitoria Única del Real Decreto-Ley 4/2006 dispuso la aplicación de este procedimiento a todas las operaciones pendientes de ejecución a la fecha de su entrada en vigor³⁶.

³⁵ La medida se alzó, también a petición de Endesa, por Auto de 15.1.07 (JUR 2007/37919). El pasado 1 de junio de 2007, el Tribunal Supremo archivó el procedimiento seguido por Endesa por falta sobrevenida de objeto, al haber retirado su OPA Gas Natural.

³⁶ Entre las operaciones pendientes de ejecución a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley se hallaba la OPA de E.On sobre Endesa. E.On, que competía con Gas Natural por el control de Endesa, alegó que el mencionado Real Decreto-Ley se dictó singularmente para su caso, en beneficio de la gasista española. La CNE aplicó la función decimocuarta, en la redacción dada a la misma por el Real Decreto-Ley 4/2006, porque el sometimiento de las Administraciones Públicas a la ley y al Derecho obligaba a resolver con arreglo al Derecho vigente, no siendo, además, el caso de E.On el primero al que se aplicaba dicha norma (Resolución de la CNE de 27 de julio de 2006 sobre la solicitud de E.On consistente en la toma de participación en el capital social de Endesa, disponible en www.cne.es, apartado «Publicaciones»).

De este modo, la autorización prevista en la función decimocuarta es concurrente con la que, en su caso, la operación de concentración de que se trate precise desde el punto de vista del Derecho de la competencia, en cuyo otorgamiento la CNE sólo interviene —cabe insistir— a título consultivo (función decimoquinta). Repárese, sin embargo, en que la coordinación entre el órgano de defensa de la competencia y el regulador sectorial (que, como ya nos consta, se articula por la vía de la consulta preceptiva a este último) se circunscribe en estos casos al enjuiciamiento de la concentración desde la óptica propia del Derecho de la competencia, pero no se extiende a la decisión regulatoria sobre el otorgamiento de la autorización de adquisición de participaciones (que corresponde exclusivamente al regulador sectorial). En definitiva, en las operaciones de concentración que implican a sociedades que desarrollan actividades reguladas en los sectores energéticos no existe mecanismo alguno de coordinación entre la autorización de competencia y la autorización (concurrente) del regulador sectorial (CNE), prevista en la citada función decimocuarta para la protección del interés general y la seguridad pública en materia de abastecimiento y suministro energéticos.

En este sentido, la CNE ha señalado que las citadas funciones (la decimoquinta, anteriormente tratada, y la decimocuarta, que ahora nos ocupa) deben diferenciarse, *«tanto por su naturaleza como por el objetivo perseguido por las mismas. Así, la función prevista en la función decimocuarta consiste en el ejercicio por este Organismo de una potestad autorizatoria cuya finalidad es preservar a las actividades reguladas de transporte y distribución de la existencia de riesgos significativos o efectos negativos, directos o indirectos en su desempeño. Por otro lado, la segunda atribución competencial indicada consiste en el ejercicio de una función de carácter consultivo que se materializa en la emisión de un informe sobre las implicaciones que puede tener la operación considerada en la competencia en los sistemas energéticos»*³⁷.

Así lo ha sostenido igualmente la CNE en su Resolución de 27 de julio de 2006, relativa a la solicitud de autorización de la toma de control exclusivo de Endesa por E.On. En efecto, en dicha Resolución la CNE declaró:

«En otro orden de cuestiones, debe señalarse asimismo que el ejercicio de la Función 14.ª no se inserta en el ámbito del Derecho de la competencia, de suerte que ni aquella puede interferir en éste ni viceversa (el Derecho de la competencia en el ejercicio de la Función 14.ª). Lo anterior resulta de una mera lectura del texto legal que regula esta función. Por consiguiente (...), el hecho de que la operación haya sido aprobada por los órganos comunitarios competentes para autorizarla desde el punto de vista del Derecho de la competencia (esto es, desde la perspectiva del control de concentraciones), no excluye el ejercicio por esta Comisión de sus competencias.

³⁷ «Intervención de la Comisión Nacional de Energía en las operaciones de concentración económica empresarial», CNE, 6.10.05.

Así, baste señalar que en operaciones de concentración de ámbito no comunitario pueden existir dos procedimientos diferenciados, de un lado el que se tramite ante los órganos españoles de defensa de la competencia (en el que la CNE interviene también, pero en el ejercicio de la Función 15.ª mediante la emisión de informe en los supuestos previstos en la normativa de aplicación) y, de otro, la autorización de la toma de participación que se tramita ante la CNE al amparo de la Función 14.ª. Funciones éstas —cabe insistir— de naturaleza y ámbito plenamente diferenciados, como ya se ha señalado por esta Comisión en multitud de ocasiones.

En consecuencia, la aprobación por las autoridades comunitarias de la operación de concentración (...) no sólo no obsta al ejercicio de las competencias que legalmente tiene atribuidas este Organismo, sino que la CNE está obligada a ejercerlas».

Y respecto de la tramitación de ambos procedimientos, la CNE ha señalado que *«dependerá del momento efectivo de presentación de la solicitud de autorización por el sujeto peticionario en la Función 14.ª y del momento de la solicitud de informe por el Gobierno en la Función 15.ª, pudiendo ejercitarse, por tanto, ambas funciones de forma sucesiva o simultánea en el tiempo»*³⁸.

Una práctica administrativa que tiene su origen en la interpretación del artículo 16.1.b) del Real Decreto 1197/1991, de 26 de julio, sobre régimen de OPAs, somete la aprobación del folleto de la OPA a la previa autorización de la CNE, pues dicho artículo exige que el folleto vaya acompañado de *«autorización o verificación administrativa, si la operación lo requiere»*, considerándose incluida entre tales autorizaciones o verificaciones la de la CNE³⁹.

En conclusión, la función decimocuarta exige autorización previa de la CNE, para adquirir participaciones en otra sociedad, a las empresas que realicen actividades reguladas o sujetas a intervención administrativa que suponga una relación de sujeción especial⁴⁰. Y también se exige tal autori-

³⁸ «Resolución de la CNE de 8 de noviembre de 2005 sobre la solicitud de autorización de Gas Natural SDG, S.A., de fecha 11 de octubre de 2005, de segregación en filiales y aportación de las ramas de actividad de transporte secundario y distribución, y la solicitud de Gas Natural SDG, S.A., de 7 de septiembre de 2005, de toma de participación en el capital social que resulte de la liquidación de la OPA presentada ante la CNMV». Con ocasión de la explicación de su abstención en la votación de la citada Resolución, el Consejero Sr. Sierra López señaló que, en su opinión, el impacto sobre el sector (función decimocuarta) debía analizarse con posterioridad al análisis desde el punto de vista de la competencia (función decimoquinta). Documentos disponibles en www.cne.es, apartado «Publicaciones».

³⁹ M. SERRANO GONZÁLEZ, «Naturaleza y funciones de la Comisión Nacional de Energía: un ampliado marco de actuación», en AA.VV., *Energía: del monopolio al mercado. CNE, diez años en perspectiva*, Aranzadi, Madrid, 2006, pág. 396.

⁴⁰ A tenor de la función decimocuarta, se hallan especialmente sujetas actividades *«tales como centrales térmicas nucleares, centrales térmicas de carbón de especial relevancia en el consumo de carbón de producción nacional, o que se desarrollen en los sistemas eléctricos insulares y extrapeninsulares, así como las actividades de almacenamiento de gas natural o de transporte de gas natural por medio de gasoductos internacionales que tengan como destino o tránsito el territorio español»*.

zación cuando vaya a tener lugar una toma de participación en una empresa regulada o sujeta a intervención, como las descritas, que supere el 10% de su capital social o conceda en ella influencia significativa; o cuando se adquieran directamente los activos precisos para desarrollar las citadas actividades. Esta autorización es —cabe insistir— independiente de la que la operación de que se trate pueda requerir (como concentración) desde el punto de vista del Derecho de la competencia.

La autorización de la CNE podrá denegarse o someterse a condiciones debido a la existencia de riesgos o efectos negativos sobre las actividades descritas y para proteger el interés general y la seguridad pública en el sector energético. En este sentido, la norma presta especial atención a los activos estratégicos, que son aquellos que puedan afectar a la garantía y seguridad de los suministros de gas y electricidad, mencionando la función decimocuarta los que así se definen (apartado 2).

El plazo para resolver el procedimiento es de un mes, y el silencio es positivo (art. 18.2 del Reglamento de la CNE). Curiosamente, pese a tratarse de un organismo independiente, la Ley reconoce a los interesados la posibilidad de interponer contra la resolución de la CNE un recurso de naturaleza esencialmente jerárquica (recurso de alzada) ante el Ministro de Industria, Turismo y Comercio (Disposición Adicional Undécima, Tercero.5, de la LSH).

3.5. *Coordinación periódica entre Presidentes y mecanismos adicionales de coordinación voluntaria*

El último apartado (el 3) del artículo 17 LDC prevé un régimen de cooperación periódica entre los Presidentes de la CNC y de los organismos reguladores sectoriales.

La finalidad de tales reuniones será analizar las orientaciones generales de la actuación de los organismos que presiden y, en su caso, establecer mecanismos adicionales, formales e informales, para la coordinación de sus actuaciones.

Según manifiesta la CNE en su Informe sobre el Anteproyecto de LDC, tal mecanismo de cooperación merece una valoración positiva.

En este sentido, cabe señalar que, con anterioridad incluso a la entrada en vigor de la nueva LDC, el Servicio de Defensa de la Competencia (SDC), de un lado, y la CNE y la CMT, de otro, han suscrito sendos protocolos de colaboración⁴¹. En ellos se anticipan en buena medida los mecanismos de coordinación que ahora ha venido a consagrar legalmente la nueva LDC, al tiempo que se añaden otros, que son los que cabe calificar de mecanismos adicionales de coordinación voluntaria.

⁴¹ El Consejo de la CNE aprobó el suyo («Protocolo General de Actuación entre el Servicio de Defensa de la Competencia y la Comisión Nacional de Energía») en su sesión de 7 de junio de 2007. El protocolo de colaboración entre el SDC y la CMT contiene previsiones análogas o parecidas a las del protocolo de la CNE.

En la parte expositiva de dichos protocolos, los órganos u organismos que los suscriben declaran lo siguiente (a modo de ejemplo, se transcribe a continuación lo indicado en el protocolo convenido entre el SDC y la CNE):

«PRIMERO. Que el SDC es uno de los órganos de defensa de la competencia previsto en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante "LDC"), y que la CNE es el ente regulador del funcionamiento de los sistemas energéticos que, de acuerdo con lo previsto en la Disposición Adicional Undécima de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos (en adelante "LSH"), tiene la función de velar por la competencia efectiva en los mismos y por la objetividad y transparencia de su funcionamiento.

SEGUNDO. Que teniendo en cuenta la posible complementariedad e interrelación competencial de ambos órganos y, de acuerdo con los principios de eficacia, eficiencia y servicio efectivo a los ciudadanos previstos en el artículo 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como los principios de economía, suficiencia, adecuación estricta de los medios a los fines institucionales y coordinación establecidos en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, tanto el SDC como la CNE consideran necesario desarrollar y consolidar una colaboración continua y duradera.

TERCERO. Que ambos órganos entienden que esta colaboración supondrá una mayor eficacia, coherencia y consistencia en el desarrollo de las funciones por parte de los mismos, lo que redundará en una mayor seguridad jurídica de los operadores económicos en el sector.

CUARTO. Que la necesidad de colaboración entre el SDC y la CNE también se encuentra prevista en el Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia, cuya exposición de motivos señala que se prevén mecanismos para la coordinación de todos los órganos administrativos que intervienen en la aplicación de la Ley así como la coordinación con los reguladores sectoriales, con objeto de velar por la coherencia de la política de competencia, la eficiencia en la asignación de los recursos públicos y la seguridad jurídica de los operadores económicos.

QUINTO. Que el presente Protocolo busca establecer mecanismos de colaboración entre las partes sin perjuicio de lo previsto en la LDC o normas que la sustituyan y en la normativa de los sectores energéticos.

SEXTO. El presente Protocolo, del que se dará conocimiento al Tribunal de Defensa de la Competencia, nace con la finali-

dad de seguir siendo de aplicación una vez haya entrado en vigor la nueva Ley de Defensa de la Competencia».

Estos protocolos tienen por objeto velar por la coherencia de la política de competencia, la eficiencia en la asignación de los recursos públicos y la seguridad jurídica de los operadores económicos.

En particular, su finalidad consiste en:

- a) facilitar la cooperación entre las Partes en la ejecución de sus respectivas funciones en la medida en que estén relacionadas con asuntos de competencia entre operadores;
- b) evitar la duplicidad de actuaciones en relación a la determinación de los efectos sobre la competencia de un acto o comportamiento;
- c) garantizar, en la medida de lo posible, la consistencia entre las decisiones tomadas o acciones emprendidas por las Partes en relación a cualquier asunto de competencia entre operadores.

A tal efecto, el SDC y los reguladores sectoriales (CNE y CMT) se comprometen a colaborar en una fase previa a la realización de cualquier función o competencia legalmente establecida.

En este sentido, cuando una de las Partes tenga conocimiento de una posible práctica susceptible de afectar a la competencia, iniciará de inmediato contactos con la otra Parte antes de proceder a realizar cualquier actuación relativa a dicho asunto.

Así, tras los contactos previos, las Partes determinarán:

a) Si se trata de una práctica potencialmente anticompetitiva que entre en el ámbito de aplicación de la LDC, y que no pueda corregirse mediante lo previsto en el supuesto b):

En este caso, el regulador sectorial lo pondrá en conocimiento del SDC, 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.

En caso de que hubiese sido el SDC el primero en tener conocimiento de la práctica, no iniciará ningún trámite hasta haber consensuado con el regulador sectorial que se trata de una práctica incluida en el ámbito de aplicación de la LDC.

b) Si se trata de una práctica potencialmente restrictiva susceptible de corregirse proporcionalmente mediante el desarrollo o la aplicación de la normativa sectorial:

En este supuesto será el regulador sectorial el que analizará el caso en virtud de sus competencias propias.

En caso de que hubiese sido el SDC el primero en tener conocimiento de la práctica, y tras haber consensuado con el regulador que se trata de un aspecto englobado dentro del ámbito del desarrollo y aplicación de la normativa sectorial, el SDC trasladará el asunto al regulador y, en su caso, podrá proceder al archivo de las actuaciones.

c) Si se trata de una práctica que pudiera requerir una doble actuación, en cuyo caso serían de aplicación tanto la LDC por parte del SDC como la normativa sectorial por el regulador:

En tal supuesto, las Partes se comprometen a velar por la adecuada coordinación de sus funciones con el fin de garantizar la consistencia y coherencia de sus decisiones, en aras de la seguridad jurídica de los operadores económicos afectados.

Igualmente, las Partes se comprometen a emplear los siguientes mecanismos de colaboración y cooperación en el ejercicio de sus respectivas funciones en relación con un determinado asunto:

a) Intercambios de información:

Las Partes podrán intercambiar información sobre los asuntos antes descritos.

Las Partes se comprometen a emplear la información únicamente para los fines para los cuales haya sido solicitada.

b) Colaboración en la instrucción:

Dada la experiencia y especialización de cada una de las Partes, éstas podrán colaborar en la instrucción de expedientes, en relación con los asuntos señalados.

Para ello, las Partes podrán concertar reuniones, crear equipos de trabajo conjuntos o cooperar a través de cualquier otro medio posible.

Asimismo, con anterioridad a la realización de una solicitud de información a un operador, las partes podrán coordinarse con el objeto de evitar duplicidades.

Con independencia de los mecanismos de colaboración y cooperación que se acaban de señalar para el ejercicio de sus funciones en relación con asuntos concretos, las Partes se comprometen a emplear igualmente con carácter general los siguientes mecanismos de coordinación:

a) Reuniones periódicas:

Las Partes se comprometen a mantener reuniones periódicas (al menos una cada seis meses) con el fin de intercambiar sus impresiones sobre el funcionamiento competitivo de los mercados en España.

En dichas reuniones se realizará un seguimiento de la información sobre los casos que estén instruyendo las Partes para garantizar la consistencia en sus actuaciones.

b) Comisiones Mixtas de vigilancia y seguimiento para la supervisión y revisión de los Protocolos:

Las Partes se comprometen a crear una Comisión Mixta para el seguimiento de la aplicación de cada Protocolo y, en su caso, proponer las oportunas modificaciones del mismo.

Las reuniones de la Comisión Mixta podrán coincidir con las reuniones periódicas descritas en la letra *a)* o convocarse de forma separada con una periodicidad al menos anual.

c) Estudios de mercado conjuntos:

Las Partes podrán formar grupos de trabajo con miembros de ambas instituciones con el fin de poner en común los conocimientos y la experiencia de cada Parte en relación al estudio de la competencia en los mercados de energía.

Como resultado del trabajo de dichos grupos, podrán elaborarse conjuntamente estudios de mercado que sirvan de orientación en áreas como la promoción de la competencia, el funcionamiento competitivo de los mercados, las novedades regulatorias o la armonización de la normativa a escala comunitaria.

d) Comunicaciones con la Comisión Europea:

Finalmente, las Partes se informarán mutuamente sobre las comunicaciones mantenidas con la Comisión Europea en relación con los mercados que puedan ser de relevancia para el ejercicio de sus respectivas funciones.

BIBLIOGRAFÍA

- BERMÚDEZ ODRIOZOLA, L.: «La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y la salvaguarda de la libre competencia», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 206, 2000, págs. 53-67.
- BRAVO-FERRER DELGADO, M.: «Atribuciones de la CMT en materia de competencia: examen de su resolución de 17 de marzo de 2005», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 238, 2005, págs. 27-39.
- FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, M. A.: «La protección de la competencia desde los órganos sectoriales», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 204, 1999, págs. 93-100.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.: *Los mercados de interés general: telecomunicaciones y postales, energéticos y de transportes (privatización, liberalización, regulación pública y Derecho de la competencia)*, Granada, 2001, págs. 151-158.
- LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L., y ARIÑO ORTIZ, G.: *Derecho de la competencia en sectores regulados*, Granada, 2001, págs. 65-81, 157-161, 170-178 y 294-314.
- MARTÍNEZ LAGE, S.: «¿Órganos sectoriales de defensa de la competencia?», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 128, 1997, págs. 1-4.
- «La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y el Derecho de la competencia (I)», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 136, 1998, págs. 1-4.
- «La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y el Derecho de la competencia (II)», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 137, 1998, págs. 1-4.