

«Regulación, agencias reguladoras y defensa de la competencia»

El presente trabajo está dividido en dos partes. La primera de ellas analiza el origen de la regulación y la forma de regular, las distintas funciones y modelos de agencias reguladoras y la situación en España, con la existencia y atribuciones de distintas agencias reguladoras. Por otra parte, en el segundo de los capítulos se plantea el problema derivado de decidir quién tiene las competencias para resolver las situaciones restrictivas de la competencia en los supuestos en los que existen, como ocurre en España, Agencias reguladoras y órganos dedicados a la defensa de la competencia. Se analizan los supuestos de la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y se realizan propuestas "de lege ferenda" para integrar, en ese campo, las funciones de las Agencias reguladoras y del Tribunal de Defensa de la Competencia.

Honako idazlan hau bi ataletan dago banatuta. Lehenengoan, erregulazioaren jatorria eta erregulatzeko era, agentzia erregulatzaileen funtzioak eta ereduak eta Espainiako egoera, hainbat agentzia erregulatzaile baitaude, aztertzen dira. Beste aldetik, bigarren atalean Espainian bezala agentzia erregulatzaileak eta lehia defendatzeko organoak daudenean, lehiaren aurkako egoerak konpontzeko eskuduntzak zer erakundek dituen erabakitzeke orduan sortzen den arazoa aurkezten da. Sistema Elektriko Nazionaleko Batzordearen eta Telekomunikazioetako Merkatuaren Batzordearen kasuak aztertzen dira eta proposamenak "de lege ferenda" aurkezten dira agentzia erregulatzaileen eta Lehia Defendatzeko Auzitegiaren funtzioak esparru horretan integratzeko.

This paper is divided in two parts. The first part analyzes the origin of the regulation and the way of regulating the various regulatory agency functions and models. It also studies the situation in Spain and the existence of various regulatory agency attributions. On the other hand, in the second chapter there is an outline of the problem derived from deciding whose is the accountability for solving competition restricting situations in such cases as may exist in Spain, where various regulatory agencies and organs devoted to anti-trust work operate. The examples of the Commission for the National Electrical System and the Commission for the Telecommunications Market are analyzed and "de lege ferenda" proposals are made to integrate the functions of the regulatory agencies and the Anti-Trust Court.

1. La regulación y las agencias reguladoras
2. Las agencias reguladoras y la defensa de la libre competencia
Bibliografía

Palabras clave: Competencia, regulación, Tribunal de Defensa de la Competencia.
Nº de clasificación JEL: D41, F12, L4, L51.

**1. LA REGULACIÓN Y LAS AGENCIAS
REGULADORAS**

**1.1. El origen de la regulación:
distintas interpretaciones**

El protagonismo que el término "regulación" ha cobrado en los últimos años no ha sido independiente de la tendencia internacional sobre la privatización de empresas públicas, y en especial de la introducción de competencia en aquellos sectores en los que la empresa que produce el bien o el servicio ha operado tradicionalmente en régimen de monopolio.

La preocupación de aquellos gobiernos que se han visto en la necesidad de permitir que el suministro de determinados bienes o servicios fuera desarrollado por monopolios ha sido la misma: por un lado controlar el acceso de nuevos operadores al sector, para evitar así una excesiva capitalización que finalmente resultase ineficiente, y por otro lado evitar que los productores del bien o servicio, abusando

de su condición de monopolistas, estableciesen precios demasiado altos en perjuicio de los consumidores. En esta interpretación del origen de la regulación el Estado se constituye en protector del consumidor.

La escuela de Chicago, por otro lado, mantiene que el problema no está en que exista un fallo en el mercado, más aún, el mercado funciona correctamente, el problema está en la presión que ejercen los agentes instalados en el mercado sobre los legisladores, haciéndoles creer en la necesidad de imponer restricciones en el sector, constituyéndose así monopolios de hecho, aspiración última del productor. En esta nueva interpretación el Estado actúa como protector de los productores.

Por último, la teoría denominada de "inversión en activos no reconvertibles", sostiene que la regulación surge por la necesidad que tienen tanto la industria como los consumidores de conocer las reglas que regirán en el largo plazo y que concierne a sus intereses. Esta interpretación se inspira en aquellas

industrias en las que se demandan elevadas inversiones en infraestructura específica para la prestación de un servicio, y además se precisa del consentimiento de la comunidad para hacer uso de la propiedad pública. La empresa ha de estar segura que una vez hecha la inversión, no recuperable nada más que con el desarrollo de la actividad para la que fue diseñada, las autoridades no van a imponer condiciones abusivas sobre el precio del servicio o sobre los impuestos que ha de pagar. De la misma forma, la comunidad, que consiente en ceder una serie de derechos como el uso de la propiedad pública, también necesita tener la certeza de que una vez cedidos esos derechos la empresa prestadora del servicio no abusará de su posición de dominio. En resumen, los consumidores quieren seguridad sobre las cuestiones relativas a precio y calidad, antes de ceder sus derechos. En este tipo de industrias, en las que las inversiones que se precisan son elevadas, y por tanto sólo recuperables en el largo plazo, y además no son reconvertibles a otros usos se precisa un conocimiento *ex-ante* que sólo puede darse o bien a través de relaciones contractuales que recogen todos los compromisos de ambas partes o bien a través de la existencia de una regulación clara y transparente. Antes de que existiesen las agencias de regulación u organismos con funciones similares éste era el mecanismo empleado, mecanismo que recibe el nombre de concesión administrativa.

La diferenciación entre las dos primeras teorías expuestas es más profunda que el simple intento de situar el origen de la regulación, ya que mientras que la primera de ellas —el interés público como base— aboga por la necesidad de una continuidad en la regulación, aunque sea bajo otras forma, la escuela de Chicago plantea que ésta ha de ser sustituida por el mercado y critica cualquier regulación

económica en general. Sin embargo, esta última discusión va más allá del cometido de este artículo, por lo que no entraremos en este debate.

1 2. Las formas de regular: agencias o monopolios públicos

La realidad es que la práctica totalidad de los servicios y bienes públicos han presentado, en general, características de monopolio natural en sus formas de provisión. Ahora bien, la prestación de un servicio o dotación de un bien en régimen de monopolio no está exenta de problemas, y para contrarrestar estos se ha recurrido a diferentes formas de control como son las agencias de regulación, en el caso de EE.UU., o los monopolios de titularidad pública, en el caso de la mayor parte de países europeos.

La regulación a través de agencias independientes es un fenómeno reciente en aquellos sectores sometidos a cambios profundos en su ordenación, como es el caso de las telecomunicaciones, suministro de electricidad, de gas, etc., en países como Reino Unido o Argentina, entre otros.

En los Cuadros n.º 1, 2 y 3 se han recogido los organismos de regulación en los tres sectores mencionados y en aquellos países en los que o bien se han liberalizado estos sectores o se encuentran, al menos, en ese proceso.

Sin embargo la situación en EE.UU. es muy distinta, ya que estas instituciones llevan operando desde principios de siglo. En efecto, allí la regulación estatutaria por organismos independientes o agencias tiene una larga tradición, mientras que en Europa esta nueva forma de regular es sin duda consecuencia de los cambios que se están produciendo, como son la introducción de competencia en sectores e industrias que hasta el momento operaban en régimen de monopolio u

oligopolio, y el cambio de titularidad pública a titularidad privada.

La regulación al estilo americano, cuya estructura productiva tradicionalmente se ha desarrollado bajo la propiedad privada, se basa en la premisa de que en general, y bajo condiciones normales el mercado opera sin problemas, realizando una asignación perfecta de recursos, y por lo tanto la interferencia de las

autoridades sólo está justificada ante lo que tradicionalmente se ha denominado "fallos del mercado". Por el contrario, la reacción que Europa ha tenido ante industrias en las que se producía algún fallo de mercado ha sido, en la mayoría de los casos, la de intervenir o nacionalizar.

Repasando la ordenación europea de aquellos sectores que tradicionalmente se han mostrado como ejemplos de

Cuadro n.º 1. **Sector: Telecomunicaciones**

País	ÓRGANO REGULADOR INDEPENDIENTE	ÓRGANO REGULADOR MINISTERIAL
REINO UNIDO	OFTEL	—
ARGENTINA	CNT(Comisión Nacional de Telecomunicaciones)	—
CANADÁ	CRTC (Canadian Radio-Television and Telecommunications Comission)	Industry Canada
CHILE		Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones
COLOMBIA	CRT (Comisión de regulación de Telecomunicaciones)	Ministerio de Telecomunicaciones
ESPAÑA	CMT (Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones)	Ministerio de Fomento
FRANCIA	ART (Autoridad Reguladora de Telecomunicaciones)	Dirección Gral. de Correos y Telégrafos
JAPÓN	—	Ministerio de Coreros y Telecomunicaciones
MÉXICO	—	Ministerio de Transporte y Comunicaciones
NUEVA ZELANDA	NZCC (Comisión de Comercio de Nueva Zelanda)	TREASURY
AUSTRALIA	AUSTEL (Telecommunications Authority Department of Communications and the Arts)	—
NORUEGA	NTA (Norwegian Telecommunications)	—

Cuadro n.º 2. **Sector Eléctrico**

País	ÓRGANO REGULADOR INDEPENDIENTE	ÓRGANO REGULADOR MINISTERIAL
ARGENTINA	ENRE (Ente Nacional Regulador de la Electricidad) (Semi-Independiente)	Ministerio de Electricidad
AUSTRALIA	ORG (Office of the Regulator-General) (electricidad, gas, agua y puertos)	Independent Pricing and Regulatory Tribunal of New South Wales
CHILE	Comisión Nacional de Energía	Superintendencia de Electricidad y Gas
ISRAEL	PUA (Public Utilities Authority)	Ministerio de Energía
MÉXICO	CRE (Comisión Reguladora de Energía)	—
NUEVA ZELANDA	NZCC (Comisión de Comercio de N.Z.)	Ministerio de Comercio (electricidad, gas y telecomunicaciones)
NORUEGA	Norwegian Hydro Resources and Energy Administration	—
PERÚ	CTE (Comisión de Tarifas Eléctricas)	Ministerio de Energía y Minas
ESPAÑA	CSEN (Comisión del Sistema Eléctrico Nacional)	Ministerio de Industria y Energía
REINO UNIDO	OFFER (Oficina de Regulación Eléctrica)	—
EE.UU.	FERC (Federal Energy Regulatory Commission)	—

monopolio natural, nos encontramos con que la mayoría de los países han prestado el servicio correspondiente a través de una empresa de titularidad pública. Así, por ejemplo, el suministro de energía eléctrica ha sido desarrollado por empresas públicas en el Reino Unido, Italia, Francia o Portugal; en el caso de los servicios de telefonía o servicios postales estos han estado nacionalizados en todos los países de la UE , y lo mismo ha ocurrido con otros servicios

como el suministro de gas, agua o transporte aéreo y ferroviario. Sólo el Reino Unido ha privatizado y liberalizado la mayoría de estos sectores. En algunos otros países, como por ejemplo en España, la respuesta ha sido diferente según los sectores, así, mientras el suministro de productos petrolíferos, correos, transporte aéreo o telecomunicaciones eran suministrados por empresa publicas, en la actividad relativa a la generación y distribución

Cuadro n.º 3. Sector Gas

País	ÓRGANO REGULADOR INDEPENDIENTE	ÓRGANO REGULADOR MINISTERIAL
ARGENTINA	ENARGAS (Ente Nacional Regulador del Gas)	—
AUSTRALIA	ORG (Office of the Regulator-General) (electricidad, gas, agua y puertos) (Nacional)	Independent Pricing and Regulatory Tribunal of New South Wales (Semi-independiente)
CHILE	Comisión Nacional de Energía	Superintendencia de Electricidad y Gas (Semi-independiente)
MÉXICO	CRE (Comisión Reguladora de Energía)	—
NUEVA ZELANDA	NZCC (Comisión de Comercio de N.Z.)	Ministerio de Comercio (electricidad, gas y telecomunicaciones)
NORUEGA	—	Ministerio de Industria y Energía
ESPAÑA	—	Ministerio de Industria y Energía
REINO UNIDO	OFGAS	—
EE.UU.	FERC	—

de la energía eléctrica coexistían las empresas privadas con una pública, aunque operando bajo una fuerte intervención.

En la actualidad nos encontramos con la realidad de que este ordenamiento sectorial está en proceso de cambio, tanto por razones puramente ideológicas como por otras razones de eficiencia económica, suscitada en muchas ocasiones por mejoras tecnológicas e incrementos de demanda que reducen las economías de escala que han venido justificando los monopolios naturales. Llegados a este punto, debemos señalar que si bien las dos tendencias apuntadas anteriormente —introducción de competencia y privatizaciones— están surgiendo de forma conjunta, y en ocasiones la segunda constituye

un buen instrumento para conseguir el objetivo de la competencia, las justificaciones teóricas de una y otra no son las mismas, aunque a menudo se produce una gran confusión, en ocasiones intencionada, entre ambos procesos.

1.2.1. *Las funciones teóricas de una agencia de regulación*

Sobre las funciones de una agencia o comisión de regulación no parece existir consenso, al menos en el ámbito europeo. La situación en EE.UU. es distinta, ya que la amplia tradición desde el siglo pasado en este tipo de instituciones hace que sus competencias estén claramente establecidas. La posible confusión que existe en estos momentos, en España,

responde más a la reticencia que muestran los organismos existentes a la hora de traspasar algunas de sus competencias a estas agencias de nueva creación, que a dudas teóricas sobre este reparto de competencias.

Las funciones básicas que todos los manuales de regulación establecen y que tratan de encontrar el equilibrio entre eficiencia y equidad, se resumen en las tres siguientes:

- 1) la protección del consumidor a los posibles abusos de la industria,
- 2) la protección a los empresarios de posibles decisiones arbitrariamente tomadas por parte del gobierno y
- 3) tratar de que la prestación del servicio o bien objeto de la regulación llegue al mayor número de ciudadanos al menor coste posible

y en este sentido ha de constituirse como árbitro que ha de velar por el cumplimiento de las normas establecidas, no es el encargado de establecer la legislación del sector que regula, pero sí de vigilar que todos los agentes la respetan.

Otros aspectos que deben estar perfectamente definidos son el papel que el regulador ha de jugar y el alcance de su responsabilidad. A este respecto toda agencia o comisión de regulación debe tener claramente diseñadas tres cuestiones. La primera el alcance que tiene como regulador del sector, la segunda cuál es su papel frente a las instituciones gubernamentales y por último cuál es su papel frente a otros organismos regulatorios, cuestiones que se tratarán en la segunda parte de este artículo.

1.2.2. **Las condiciones necesarias que han de cumplir las agencias de regulación**

No puede considerarse la regulación

como algo estático, sino que ésta debe de ir adaptándose a los cambios que acontecen en su entorno, incluso en muchas ocasiones debería ser capaz de prever algunos de estos cambios y adelantarse con la regulación a los mismos. Esto implica que toda agencia de regulación debe estar dotada de una amplia flexibilidad, que no arbitrariedad, para que sus decisiones puedan tener una rápida puesta en marcha, tal y como requieren muchas de las operaciones que se realizan en la economía. Dos son los problemas que se derivan de esa necesaria flexibilidad, uno es el peligro de que la agencia se vuelva vulnerable a la influencia y captura por los grupos sometidos a la regulación. El otro problema es que esta flexibilidad puede ser interpretada como una ausencia de criterio único por parte del regulador, con la inevitable pérdida de credibilidad que ello supone.

Para contrarrestar el efecto de estos problemas, Guash y Spiller (1996) exponen las cinco condiciones siguientes para lograr que la regulación desempeñada por estas instituciones sea efectiva:

- 1) Independencia de gestión y dirección, incluyendo los aspectos relacionados con las condiciones laborales, de forma que pueda generar incentivos que promuevan la eficiencia.
- 2) Han de gozar de independencia política, como forma de asegurar que se encuentran fuera del alcance de intereses gubernamentales o de otros grupos de interés.
- 3) Se les ha de exigir un control de su gestión, de su presupuesto y del seguimiento de sus resoluciones. Esto es, han de responder ante el gobierno, y por tanto ante los electores, de los resultados de su gestión.
- 4) Han de tener mecanismos internos

de control que limiten y controlen el poder individual de sus miembros.

- 5) Han de tener un correcto diseño de incentivos, financieros y de otra índole, que impulse su productividad y evite las posibilidades de captura de sus miembros.

En ausencia de alguna de estas condiciones habrá que pensar en otro tipo de agencias con una capacidad de decisión más limitada, de forma que se eviten también comportamientos oportunistas y se minimice la probabilidad de captura.

1.2.3. **Agencias sectoriales o multisectoriales**

Revisando las distintas agencias de regulación que operan en otros países nos encontramos con que los modelos por los que se han optado son básicamente tres.

— *Agencias de regulación específica:* Se ocupan de la regulación de una sola industria, como es el caso de Argentina, Reino Unido, España, o EE.UU. a nivel federal, donde existen agencias separadas para la regulación del suministro de energía eléctrica y para el suministro de gas.

— *Agencias de regulación sectorial:* Agrupa varias industrias del mismo sector, como por ejemplo el transporte, en las que se regulan tanto el transporte por carretera como por ferrocarril o aéreo. También es el caso de las agencias de energía, que se encargan tanto de la energía eléctrica como del gas o del petróleo. Por este tipo de agencias han optado países como Colombia, Hungría o México, así como algunos estados de EE.UU.

— *Agencias de regulación multisectorial:* Reúnen a casi todos los sectores, transportes, Telecomunicaciones, Energía, etc. en una sola agencia como es el caso de Canadá y EE.UU. en algunos estados o Australia.

Existen varias razones para optar por agencias multisectoriales o de, al menos, sectores amplios, especialmente en países donde cuentan con escasos medios de personal cualificado. En el caso de sectores amplios, como energía o transporte existen ciertas economías de escala en la regulación, ya que las industrias que pertenecen a los mismos sectores presentan características muy parecidas en su ordenación.

Otras razones argumentadas es que se reduce el riesgo de los efectos cruzados negativos de unas y otras normas, al ser el mismo organismo el que ha de regular sectores complementarios. Por último hay también quien esgrime como argumento a favor de las agencias multisectoriales el menor riesgo de captura de sus miembros. Por otro lado la especialización de este tipo de agencias es mucho menor que en las agencias específicas lo que implica un conocimiento más superficial de los sectores que regulan.

La opción entre uno u otro tipo depende de diversas variables, tales como la propia historia de cada sector en cada país, el grado de desarrollo de sus economías y de los recursos, humanos y financieros, de los que se dispongan.

1.3. **La nueva regulación en España**

1.3.1. **El punto de partida en España**

Una vez justificada la necesidad de que el sector se constituyese en un monopolio, la siguiente cuestión fue decidir entre monopolio público o monopolio privado sujeto a regulación. Aceptada la existencia de monopolio natural, Europa, y España no fue una excepción, optó por el sistema de empresas nacionalizadas, bajo la creencia de que con esta fórmula protegía de forma más eficaz el interés público y aumentaba la

capacidad del gobierno para, a través de estas industrias, obtener determinados objetivos económicos, tales como desarrollo económico de determinadas regiones, potenciación de la industria nacional, etc., ya que en principio es más fácil implementar estas medidas cuando el gobierno posee el control de la empresa que cuando se han de imponer a una empresa privada a través de ordenes emitidas por los correspondientes órganos reguladores.

El resultado de esta estrategia es que en los sectores en los que operaba una sola empresa, y en la mayoría de los casos pública, la regulación del sector era más bien escasa: el gobierno decidía las dos cuestiones básicas: el volumen de inversiones destinadas al desarrollo de la industria y las tarifas que debían ser aplicadas de forma que estas consiguiesen financiar el conjunto de las inversiones necesarias para la prestación de un bien o servicio que, en general, había sido declarado público y universal.

Ahora bien, aunque los cambios acontecidos en las variables estructurales de los sectores monopolizados han ido eliminado la justificación de que tales sectores pudieran ser definidos como un monopolio natural, en casi ningún caso los cambios han sido tales que el resultado haya sido el de estructuras perfectamente competitivas. Estamos hablando de mercados en los que se pasa de una situación en la que sólo resulta eficiente que el servicio sea prestado por una sola empresa a que lo eficiente es la concurrencia de dos o tres empresas. Es decir, se pierde la justificación del monopolio natural, pero no la necesidad de la regulación, más aún, ésta es creciente con el grado de liberalización de estos sectores que, al menos de momento, no pueden operar en libre competencia.

En realidad, a pesar del amplio debate abierto sobre la liberalización, desregulación, re-regulación, etc. se puede afirmar que lo que más ha cambiado a lo largo de los años no han sido ni los objetivos ni las funciones de la regulación sino las formas de regular. En concreto, la experiencia española en la actualidad, en materia de regulación, se está caracterizando por el intento de pasar de una regulación realizada por los departamentos ministeriales, y por tanto dependiente del poder político, a una regulación en la que intervienen las agencias de regulación independientes. Sin embargo, el hecho de que existan razones para aconsejar la creación de las agencias de regulación no debe inducir al error de creer que éstas han de sustituir a los organismos ministeriales. Nada más lejos de la realidad, las funciones de ambos cuerpos deben estar perfectamente diferenciadas, pero hay que asumir que ambas son instituciones complementarias.

Sin embargo, aunque el requisito de independencia es una cuestión difícil de conseguir, ya que todas estas agencias nacen bajo la tutela del Ministerio correspondiente, estas agencias deberán luchar por conseguir que su independencia sea creíble, ya que esta es la vía más segura para que, demostrada su imparcialidad, puedan ir obteniendo una mayor delegación de las funciones regulatorias de otros organismos. Recordemos que la Federal Communications Commission de EE.UU. fue quien rompió el monopolio de ATT, autorizando a otros agentes a utilizar una parte de las frecuencias de radio para su propio servicio.

1.3.2. **Las agencias de regulación en España**

La realidad de las distintas agencias de regulación que actualmente existen en

España es muy distinta, debido, en parte, a la heterogeneidad en la forma de constitución de cada una de ellas, y a la ausencia de una política común de cambio regulatorio que debería haber regido la nueva ordenación de los mercados afectados. De hecho, las funciones, competencias e independencia de cada una de ellas son distintas en unos casos y otros, hasta el punto de que alguna de ellas es más un órgano de consulta que un organismo de regulación. Este punto está incluso suscitando el debate de si realmente es apropiado denominarlas agencias de regulación o sería más ajustado a sus funciones el denominarlas agencias de control. A este respecto hay que destacar que si bien en EE.UU., Reino Unido, Argentina o Australia estos organismos incluyen el término "regulatorio" o "de regulación" en su denominación, en España ninguna de las agencias sectoriales constituidas en los últimos años ha recogido este adjetivo en su título. A continuación comentamos brevemente los sectores que más cambios han sufrido en su regulación y en cuáles de ellos se han creado instituciones del tipo de las mencionadas a lo largo del presente artículo.

1.3.2.1. Sector Financiero

Los tres organismos con competencias en la regulación del sector financiero son la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), el Banco de España y el Ministerio de Economía y Hacienda.

La CNMV se crea en 1988 a través de la Ley 24/1988 de 28 de julio, del Mercado de Valores. Sus funciones, con carácter general, son *"la de supervisión e inspección de los mercados de valores y de la actividad de cuantas personas físicas y jurídicas se relacionan en el tráfico de los mismos..., velará por la transparencia de los mercados de valores, la correcta formación de*

los precios en los mismos y la protección de los inversores..., asesorará al Gobierno y al Ministerio de Hacienda... Podrá elevar a aquellos propuestas sobre las medidas o disposiciones relacionadas con los mercados de valores que estime necesarias".

La CNMV es la primera agencia que se crea en España como organismo de regulación. Sus decisiones se acuerdan mediante un Consejo formado por un Presidente y Vicepresidente, nombrados por el Gobierno, dos Consejeros natos, que lo son por razón del cargo que ocupan —Director General del Tesoro y Política Financiera y Subgobernador del Banco de España— y otros tres consejeros nombrados por el Ministro de Economía y Hacienda. El tiempo del mandato de los miembros del Consejo es de cuatro años renovables por una sola vez, a excepción de los Consejeros natos, que cesarán cuando lo hagan en su cargo principal.

Dentro del sector financiero, si bien es cierto que tanto el Banco de España como el Ministerio de Economía y Hacienda conservan la mayor parte de las competencias reguladoras relativas a las Entidades de Crédito, la CNMV nace con amplias competencias regulatorias en el mercado de valores.

Así, en cuanto a las funciones de autorización, una de las competencias que suelen delegarse en las agencias de regulación, aunque en general las emisiones de valores no requieren autorización administrativa existen ciertas excepciones, y en este caso la autorización será concedida o denegada por la CNMV. Además, incluso aquellas que no requieran autorización deberán ser comunicadas a esta Comisión en la forma en que la Ley lo determina. Otra competencia importante de este organismo es, por ejemplo, la capacidad de suspender la negociación de un valor en el mercado cuando considere que

existen indicios de un comportamiento anómalo que pueda perjudicar el normal desarrollo de las operaciones sobre dicho valor.

Entre otras funciones está la de asesoramiento, como es el caso de la autorización para la creación de Sociedades y Agencias de Valores, que corresponde al Ministerio de Economía y Hacienda, pero a propuesta de la CNMV, y una vez constituidas deberán inscribirse en el Registro de esta Comisión.

Con respecto al régimen sancionador, en el caso de las Entidades de Crédito la instrucción del correspondiente expediente es competencia del Banco de España así como la imposición de sanciones leves y breves, mientras que las graves quedan bajo la decisión del Ministro de Economía y Hacienda y las muy graves se reservan al Consejo de Ministros.

Por el contrario en los expedientes sancionadores por infracciones cometidas por las empresas en relación al mercado de valores, es la CNMV el órgano competente.

Por último señalar la independencia y autonomía de la CNMV en sus decisiones y resoluciones, ya que éstas ponen fin a la vía administrativa, siendo sólo recurribles en la vía contencioso-administrativa.

1.3.2.2. Sector aéreo

La situación de este mercado ha sido quizás la que ha experimentado un mayor y más rápido cambio, pasando de una situación de monopolio, en la que sólo operaba una empresa pública tanto en lo referente al transporte de viajeros como a la prestación de otros servicios de asistencia, a una situación en la que esa misma actividad se desarrolla entre varias empresas. Hasta el momento de la apertura del sector a la competencia la

regulación era desempeñada por la Dirección General de Aviación Civil, departamento del Ministerio de Obras Públicas y Transporte y por el Organismo Autónomo Aeropuertos Nacionales, posteriormente se creó el Ente Público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA). Este organismo tiene encomendado, en el ámbito de sus competencias, contribuir al desarrollo del transporte aéreo en España y garantizar el tránsito aéreo con seguridad, fluidez, eficacia y economía. Para cumplir con el objeto de gestionar los aeropuertos civiles de interés general y las instalaciones y redes de ayuda a la navegación aérea, se le permite realizar cuantas actividades anejas o complementarias de aquéllas que sean precisas para rentabilizar las inversiones efectuadas.

El problema que surge en este caso no es un problema de falta de definición de las funciones regulatorias, o de ausencia de competencias, sino de la doble función que ostenta este organismo: por una lado es un Ente regulador, que resuelve los concursos para la adjudicación de la prestación de determinados servicios en los aeropuertos españoles, y por otro es un Operador económico con participación accionarial en empresas que operan en el sector, lo que pone en duda su independencia a la hora de actuar como regulador.

1.3.2.3. Sector Petrolero

La Compañía Arrendataria del Monopolio de Petróleo, S. A. (CAMPSA), fue privatizada y sus actividades desmonopolizadas definitivamente en 1992. La regulación de este monopolio había sido tradicionalmente desempeñada por el Gobierno a través de la figura del Delegado del Gobierno en CAMPSA. En la actualidad la regulación de este sector es competencia exclusiva del Ministerio de Industria y Energía,

instrumentado a través de la Dirección General de la Energía. La liberalización de este sector no ha requerido la creación de ninguna agencia reguladora, y ello por la ausencia de actividades en este campo con características monopolísticas. Tampoco en otros países existen agencias de regulación en este sector. Hay que destacar que si bien es cierto que se trata de un sector con pocos elementos monopolísticos el tema de la infraestructura de transporte, en concreto la referente al uso de los oleoductos, ha motivado ciertas denuncias por parte de los competidores de los propietarios de esa red, que manifiestan la negativa de los operadores de la red, Compañía Logística de Hidrocarburos, a conceder el acceso a esta red.

Recientemente se aprobó, mediante Real Decreto Ley, la obligación de que los propietarios de dicha infraestructura de transporte permitan el uso de sus instalaciones a los competidores, tema cuyo seguimiento, control e intervención corresponde al Ministerio de Industria y Energía.

1.3.2.4. Sector Eléctrico

A diferencia de otros países europeos, donde la opción para regular estos sectores fue la de nacionalizar esta actividad (Gran Bretaña, Francia, Italia, Portugal...), en España esta actividad ha sido realizada por el sector privado, junto con la empresa pública Endesa, cuyo origen se explica más por un problema de política nacional sobre el carbón que por las propias características de la generación y suministro de la energía eléctrica. En cuanto a la actividad de transporte ésta sí fue nacionalizada en 1984. Las decisiones sobre la generación y el transporte son, hasta el desarrollo próximo del Protocolo, llevadas a cabo por Red Eléctrica de España, empresa propietaria del 51% de la Red de

Alta Tensión, el resto de la propiedad está repartida entre las empresas eléctricas.

El hecho de no haber optado, como los países antes citados, por nacionalizar este sector se tradujo en una considerable intervención, en la que la planificación energética era competencia del Gobierno, que decidía qué capacidad de nueva generación debía ser instalada y de qué tecnología debía ser esta nueva capacidad. Una vez elaborado el Plan Energético, era el Ministerio de Industria y Energía el que concedía las autorizaciones de nuevas instalaciones, otorgaba las concesiones y fijaba las tarifas eléctricas de cada año, así como el resto de las cuestiones técnicas referentes a calidad del servicio, protección medioambiental, etc.

En 1994, con la promulgación de la Ley de Ordenación del Sistema Eléctrico nacional (LOSEN) se crea la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional (CSEN). Este organismo está regido por un Consejo de Administración compuesto por un Presidente y seis Vocales, nombrados por Real Decreto por el Gobierno a propuesta del Ministerio de Industria y Energía. El nombramiento tendrá una duración de cinco años, renovables una vez más. La duración de este mandato garantiza el mantenimiento de los miembros de la comisión ante los cambios de gobierno, lo que le confiere sin duda una relevante independencia política.

Esta agencia, si bien tanto en la exposición de motivos como en el artículo seis, en el que se crea, la Ley la define como un ente regulador, entre sus funciones está más la de actuar como órgano consultivo, elaborando y emitiendo informes en todos aquellos temas relevantes en el sector eléctrico, como son las tarifas, las autorizaciones de nueva instalación, etc, que como órgano regulador con capacidad decisoria.

De hecho, si la comparamos con sus homólogas en Reino Unido, la Office of Electricity Regulation (OFFER), o en EE.UU. a nivel federal, la Federal Energy Regulatory Commission (FERC), y a nivel estatal las Public Utility Commission, nos encontramos que mientras estas tienen plena capacidad para fijar las tarifas entre los distintos agentes del mercado y los consumidores, la CSEN informa al Ministerio sobre las modificaciones pertinentes en las tarifas, pero éstas han de ser aprobadas por el Gobierno. Lo mismo sucede en cuanto a las autorizaciones que se han de emitir para nuevas instalaciones o modificaciones de las ya existentes, en los países citados esto es competencia de las correspondientes agencias de regulación, en España, la CSEN informa sobre estas autorizaciones, pero finalmente es el Ministerio quien las autoriza.

Otras competencias de la CSEN son la de arbitrar las relaciones entre los operadores del sector, y en especial en lo referente al acceso de las redes de transporte y distribución, competencia que cobrará una importancia notable a partir del 1998, cuando los grandes clientes puedan elegir entre distintas formas de suministrarse. Tiene también que aprobar las normas de transporte y explotación unificada, así como realizar la liquidación de la energía.

El aspecto más negativo con el que nace la CSEN es el hecho de que sus decisiones como ente regulador del sistema puedan ser susceptibles de recurso ordinario ante el Ministerio de Industria y Energía, y que el Gobierno, a propuesta de este Ministerio y por razones de interés general, pueda acordar la suspensión de la aplicación de las decisiones de la CSEN. Esto no ocurre con ninguna otra agencia de regulación, ya que con ello se pierde parte del objetivo para el que estas agencias se crean: mantener la independencia política de las decisiones de organismos

que son exclusivamente regulatorios. En efecto, tanto las decisiones de la CNMV como las de la recién creada Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), sólo pueden ser recurridas por vía contencioso-administrativo, lo que garantiza la defensa de los sujetos regulados ante los tribunales ordinarios y a la vez su defensa frente a posibles arbitrariedades políticas. Es de esperar que en este sentido la CSEN se equipare en un futuro próximo a sus homologas, la CNMV y la CMT. Por último, señalar que en estos momentos se está discutiendo un anteproyecto de Ley del sector eléctrico, por lo que algunas características aquí señaladas podrían ser modificadas.

1.3.2.5. Sector de Telecomunicaciones

Todo lo concerniente a la regulación de este sector, escasa como lo había sido el desarrollo del mismo, ha estado en manos del Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Telecomunicaciones, actual Ministerio de Fomento, hasta que se crea en junio, mediante el Real Decreto-Ley 6/1996 la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones (CMT), dotándola de amplias funciones regulatorias.

Esta Comisión está regida por un Consejo, formado por un Presidente y un Vicepresidente, nombrados por el Gobierno a propuesta del Ministro de Fomento, y por cinco Consejeros nombrados por el Ministro de Fomento. El tiempo de duración del mandato será por seis años, pudiendo ser renovados una sola vez más. Excepcionalmente, el primer mandato del Vicepresidente y de dos Consejeros durará tres años. El fin de esta excepción es evitar que, como en el caso de la CSEN, todo el Consejo sea renovado a la vez, con los aspectos negativos que ello supone, ya que entorpece la continuidad de las líneas marcadas por estos consejos.

La CMT nace con el objeto de salvaguardar las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones, velar por la correcta formación de los precios en este mercado y ejercer de órgano arbitral en los conflictos que surjan en el sector.

Este organismo está habilitado para dictar instrucciones para las entidades que operen en el sector, que serán vinculantes una vez publicadas en el Boletín Oficial del Estado. Estas recibirán la denominación de Circulares.

Una de las competencias más destacadas de la Comisión es la de arbitraje, función que ejercerá sometida al reglamento aprobado por Real Decreto 1994/1996.

En relación con las tarifas la CMT informará las propuestas de tarifas de los servicios de telecomunicaciones prestados en exclusiva. Informará preceptivamente toda propuesta de determinación de tarifas o de regulación de precios de servicios de telecomunicaciones. Cuando se trate de tarifas y precios de interconexión la CMT las fijará con carácter vinculante en caso de desacuerdo entre las partes, así como las que correspondan al acceso a las redes de telecomunicaciones de otros operadores.

Por último señalar la autonomía de la que goza esta agencia, tal y como se recoge en el reglamento de su funcionamiento, en el que explícitamente se sostiene que la CMT actuará con plena autonomía y que las disposiciones y resoluciones que dicte la Comisión en el ejercicio de sus funciones públicas pondrán fin a la vía administrativa.

Las competencias de la CMT no están del todo definidas, ya que muchas de ellas se recogen en la normativa que sobre Telecomunicaciones está siendo debatida en estos momentos y que será aprobada

próximamente, pero de todos estos anteproyectos y borradores se desprenden amplias competencias para esta nueva agencia de regulación.

2. LAS AGENCIAS REGULADORAS Y LA DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2.1. Planteamiento del problema

El proceso de desintervención de la economía, unido normalmente al de la privatización, conlleva la aparición de un nuevo marco de relaciones al que es preciso atender mediante la derogación de normas que quedan obsoletas y la aprobación de otras nuevas que responden a la necesidad de regular el nuevo marco. Si como consecuencia de la confluencia de estos dos procesos se produce que quienes actuaban en régimen de monopolio, a partir de determinado momento tienen que actuar en régimen de libre competencia, o bien que se produzca el cambio de la titularidad de determinadas empresas que van a estar en manos privadas, se pueden plantear situaciones que es preciso observar para evitar que se produzcan disfunciones en el sistema.

Por un lado, no parece ilógico pensar que quien ha actuado en situación de monopolio ha desarrollado unos hábitos de los que es difícil desprenderse y que, por lo tanto, intentará prolongar su posición de dominio más allá de lo que le permite el nuevo marco regulatorio. Por otra parte, pueden producirse fácilmente concentraciones que den lugar a situaciones de posición dominante que bien creen, o bien refuercen, el poder de mercado de algunas de las empresas. Por ello, se hace especialmente necesario una especial vigilancia para evitar que los operadores

incurran en conductas contrarias a la libre competencia. Por decirlo de otra manera, cuando se introduce competencia es preciso vigilar para que ésta no quede falseada.

Ahora bien, esa nueva vigilancia puede ser realizada bien por las específicas agencias o comisiones reguladoras, bien por los organismos encargados con carácter general de la defensa de la competencia. Como es lógico los modelos no se plantean en ningún lugar en toda su pureza y, por supuesto, en todo modelo caben propuestas intermedias tales como aquéllas que encargan la vigilancia de las situaciones restrictivas de la competencia a las agencias reguladoras mientras que los órganos de defensa de la competencia resuelven los posibles conflictos.

Con carácter previo al análisis de las cuestiones que se derivan de la atribución de funciones a las comisiones reguladoras en materia de defensa de la competencia hay que tener en cuenta que el modelo del que se parte para la configuración de tales comisiones es fundamentalmente anglosajón. Es preciso realizar tal aclaración porque la configuración, por ejemplo, en el Reino Unido del órgano encargado de la defensa de la competencia (Monopoly and Merger Commission) y sus limitaciones obliga a que necesariamente tales funciones las asuman las correspondientes comisiones sectoriales, marcando una tendencia que no ha de ser necesariamente seguida en otros países en los que la existencia de órganos consolidados encargados de la defensa de la competencia hacen aconsejable otros modelos.

En consecuencia, cuando se trata de optar por el modelo en países, como España, en los que existen tanto organismos encargados de la defensa de la competencia como agencias o

comisiones reguladoras sectoriales¹, el problema consiste en determinar cuál de los dos sistemas es el más adecuado, si el atribuir tales funciones a los organismos reguladores, o bien a los órganos específicamente encargados de la defensa de la competencia.

A favor de atribuir estas funciones a las comisiones reguladoras correspondientes existen argumentos tales como los que se derivan de la aplicación del principio de especialización. De acuerdo con este principio, las comisiones reguladoras tienen un más exacto conocimiento de los mercados de los que se trata y de su funcionamiento, lo cual puede conducir a una más adecuada delimitación de los mercados relevantes cuando se trata de fijar una posición de dominio y, en definitiva, a conocer mejor todos los aspectos que pueden plantearse en una situación en la que la actuación de los operadores correspondientes tienda a restringir la competencia. Los órganos encargados de la defensa de la competencia carecen de esta especialización y por lo tanto tendrán mayores dificultades para alcanzar un adecuado conocimiento del funcionamiento de un determinado mercado. Este principio de especialización queda reforzado por el hecho de que las comisiones reguladoras disponen de mayor información concreta por el seguimiento generalizado del sector del que se trata (los defensores de estas atribuciones suelen citar el mejor conocimiento de los precios en el mercado al por mayor y de la diferencia entre los precios y los costes). Por su parte, a los órganos de defensa de la

¹ Se utiliza indistintamente el término Comisiones o Agencias reguladoras aun cuando las características de éstos permitan hacer dudar de lo adecuado del término, pues se trata más bien de Comisiones de control que no realizan la regulación, pero, aun así, se ha preferido la utilización de ese término aun a sabiendas de que, en España, como ocurre en el resto de la Europa continental, la regulación no la realizan las Agencias.

competencia no les llega esta información y, cuando la obtienen, con frecuencia ya está elaborada, con la carga de subjetivismo ajeno que ello puede acarrear. Como ejemplo específico de las ventajas de este sistema se cita el fracaso de la atribución de determinadas competencias a la Federal Trade Commission de los Estados Unidos, y cómo en algunos supuestos (por ejemplo en la siderurgia) ha sido preciso atribuir tales funciones al propio Departamento de Justicia.

Por el contrario, en contra de la atribución de estas funciones al organismo regulador y, por lo tanto, a favor de concederlas a los organismos de defensa de la competencia se suele argumentar la mayor independencia de los organismos encargados con carácter general de la defensa de la competencia, que tienen más dificultades para ser capturados por el sector de lo que ocurre con las comisiones reguladoras, cuyas continuas relaciones con el sector entrañan un mayor conocimiento del funcionamiento del mercado, pero al mismo tiempo generan un entramado de relaciones que facilitan que el intercambio constante de puntos de vista que permita que las posiciones del sector tengan una considerable posibilidad de influir en las decisiones que la comisión reguladora adopte.

Entre los argumentos en favor de atribuir las funciones de la defensa de la competencia a los órganos encargados de su defensa con carácter general, se encuentra también la posibilidad de elaborar una doctrina intersectorial más uniforme. Si quien tiene que decidir cuándo existe posición de dominio, o bien cuándo existe abuso, es una comisión sectorial puede ser que mantenga criterios diferentes de los que ha podido sostener otra comisión sectorial diferente, en cuyo supuesto se dificultaría la

elaboración de un concepto uniforme de abuso de posición de dominio que tuviera vigencia para los diferentes sectores de la actividad económica.

En España, la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo ha declarado que el único organismo con capacidad para señalar cuándo existe una conducta contraria a la competencia es el Tribunal de Defensa de la Competencia, y ello redundaría en favor de la unificación de criterios.

En definitiva podría concluirse este apartado señalando que, en realidad, la función de las agencias reguladoras consiste fundamentalmente en corregir los fallos del mercado, mientras que los órganos de defensa de la competencia son los encargados de evitar los comportamientos anticompetitivos, y si bien ello puede generar situaciones en las que las funciones de unos y otros quedan solapadas, esa diferente finalidad constituye una primera aproximación a la delimitación de funciones.

2.2. Las competencias de las agencias reguladoras en España

En España la Ley de Defensa de la Competencia, de 17 de julio de 1989, encomienda a los órganos de defensa de la competencia la adopción de las medidas encaminadas a cumplir con este objetivo, pero al mismo tiempo la legislación sectorial crea diferentes agencias o comisiones reguladoras, aun cuando se discuta que las funciones de alguna de ellas sea verdaderamente reguladora, y no simplemente una comisión de control. Vamos a analizar algunos supuestos.

2.2.1. Comisión del Sistema Eléctrico Nacional

Como se ha indicado en la primera

parte de este trabajo la CSEN fue creada por la Ley de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional, y entre sus funciones se encuentran las que señala el artículo 8.1.17º de la expresada Ley:

"velar para que los sujetos que realicen las actividades previstas en el Sistema Eléctrico Nacional las lleven a cabo sin prácticas restrictivas de la competencia o abusivas de la situación de dominio en el mercado".

El precepto está redactado en términos que es necesario interpretar por cuanto que "velar" equivale a vigilar o bien prevenir. En todo caso, está entrando en colisión con las funciones que la Ley de Defensa de la Competencia atribuye a los órganos específicos y, en concreto, al Servicio de Defensa de la Competencia, a tenor de lo dispuesto en el artículo 31 de la mencionada Ley de Defensa de la Competencia.

La cuestión puede ser resuelta, pero no por ello debe dejar de indicarse que obedece en buena medida a una técnica legislativa demasiado frecuente en España de atribuir competencias coincidentes a diferentes organismos sin delimitar convenientemente el campo de actuación de cada uno de ellos.

Los problemas de la vigencia simultánea de ambas Leyes se pueden adivinar fácilmente. En el supuesto de que, en el ejercicio de sus funciones, la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional detecte que existen prácticas restrictivas de la competencia o bien situaciones derivadas de abusos de la posición de dominio, a pesar de lo establecido en el precepto contenido en el artículo 8.1.17 anteriormente citado, no puede sino ponerlo en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia, que es el organismo que tiene atribuidas las funciones de instruir expedientes

por infracción de los artículos 1, 6 y 7 de la Ley de Defensa de la Competencia, es decir, por la existencia de conductas prohibidas, por el abuso de posición de dominio o bien por conductas desleales que afecten al interés público. Esta es la única solución admisible por cuanto que la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional carece de potestad sancionadora y de capacidad para instruir los expedientes por ese tipo de prácticas.

Posiblemente se pueda obtener alguna luz adicional si se analiza lo ocurrido con ocasión de la toma de participación de Endesa en Sevillana y Fecsa. Recordemos los hechos.

Por parte de Endesa se presentaron el día 18 de octubre de 1996 ante la Comisión Nacional del Mercado de Valores dos Ofertas Públicas de Adquisición de Valores (OPAs), cada una de ellas sobre el setenta y cinco por ciento del capital, respectivamente, de Compañía Sevillana de Electricidad y de FECSA. Incluso con anterioridad a este anuncio, la CSEN se opuso a ella por considerar que aumentaría considerablemente el grado de concentración del sector y dificultaría considerablemente la introducción de mayores dosis de competencia en un sector en el que históricamente la competencia había estado ausente.

Con independencia del resultado del expediente que ha abierto la Comisión Nacional del Mercado de Valores —pendiente aún en el momento de redactar estas líneas pero que en todo caso es ajeno a las conductas restrictivas de la competencia—, es lo cierto que la simple toma de posición por parte de la CSEN motivó que la Empresa absorbente adquiriera ciertos compromisos respecto al funcionamiento posterior de las empresas absorbidas según los cuales en todo caso se respetaría la

autonomía de gestión de éstas.

Del análisis de estos hechos se deduce que la comisión reguladora asumió un decidido papel en defensa de mayores dosis de competencia en el sector eléctrico, mientras que los órganos de defensa de la competencia (Servicio y Tribunal de Defensa de la Competencia) guardaban un llamativo silencio, sin duda motivado por una legislación que en materia de concentraciones les impide intervenir salvo el supuesto en el que haya notificación o bien se inicie de oficio² un expediente porque el Ministerio de Economía y Hacienda considere que la concentración cree o refuerce una posición de dominio.

Algunas consecuencias pueden deducirse de este hecho y la principal es que el seguimiento sectorial ha sido determinante —con independencia de lo limitado de su éxito— para poner sobre aviso de una operación de la que podían deducirse situaciones que restringieran la libre competencia de forma considerable, mientras que la posición de los órganos de defensa de la competencia, y en particular del TDC fue considerablemente más apagada, sin duda por una legislación sobre concentraciones que constriñe extraordinariamente su intervención, pero también por el hecho de que carecía de datos que le permitiera el conocimiento de todos los movimientos estratégicos que se producen, con la misma intensidad que lo tienen las comisiones reguladoras sectoriales.

Por todo ello una conclusión que llevara a recomendar la modificación de la Ley de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional para quitarle cualquier competencia a la Comisión en materia de

² En este supuesto la intervención de oficio no era previsible por cuanto que no se concibe que se dificulte la concentración desde el propio Gobierno que la ha promovido.

defensa de la competencia, sería totalmente desaconsejable, aun cuando la redacción del precepto que le atribuye tales funciones aparentemente entre en contradicción con lo establecido en la Ley de Defensa de la Competencia.

2.2.2. **Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones**

Creada por el Real Decreto-Ley 6/1996, de 7 de junio, de liberalización de las telecomunicaciones, tiene unas funciones en materia de defensa de la competencia mucho más delimitadas que las de la Comisión del Sector Eléctrico Nacional, hasta el punto que el primero de sus objetivos, tal y como dispone el artículo 1.Dos.1 del citado Decreto-Ley consiste en "*salvaguardar las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones*". A tal fin, el artículo 1.Dos.2.a) le concede las siguientes funciones:

"Adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la libre competencia en el mercado, en particular en lo que se refiere a la pluralidad de oferta de servicios, al acceso a las redes de telecomunicaciones por los operadores y a la interconexión de las redes, dictando al efecto instrucciones para las entidades que operen en el sector, que serán vinculantes una vez publicadas en el Boletín Oficial del Estado. El incumplimiento de estas instrucciones se considerará infracción muy grave a los efectos previstos en el artículo 33 de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones.

Además, la Comisión ejercerá las competencias propias de la Administración General del Estado para interpretar las cláusulas de los contratos concesionales que

protejan la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones. El incumplimiento por los concesionarios de los acuerdos adoptados en el ejercicio de esta facultad será considerado como infracción muy grave o grave, a tenor de lo dispuesto en el artículo 33.2. e) y 33.3. b) de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones”.

El mismo Decreto-Ley establecía (art. 1.Dos.2.e) que la Comisión tendrá igualmente las funciones que reglamentariamente se le atribuyan. Pues bien, el Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, aprobó el Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en cuyo artículo 5.2 establece que el ejercicio de las funciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se realizará con pleno respeto a las competencias que la Ley 16/1989 atribuye a los órganos de defensa de la competencia. Por su parte, el artículo 28 del mismo delimita las funciones de la Comisión en relación con los órganos de defensa de la competencia. A tal fin establece que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá dirigir a los órganos de defensa de la competencia petición razonada de iniciación de procedimiento sancionador cuando detecte la existencia de conductas o prácticas restrictivas de la competencia. En el supuesto de que existiera una operación de concentración que creara o reforzara una posición de dominio en el mercado de las telecomunicaciones, lo pondrá en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia.

Esta regulación parece poco innovadora, porque la denuncia al Servicio de Defensa de la Competencia de una conducta restrictiva puede presentarla cualquier ciudadano y ni tan siquiera se impone a la Comisión la

obligación de remitirla cuando tuviera conocimiento de la existencia de tal conducta; por lo que respecta a la iniciativa en el supuesto de concentración tampoco se alteran las competencias, porque aun cuando el Servicio reciba la comunicación de la Comisión de que existe una concentración que pueda tener efectos negativos para la libre competencia, no por ello se modifica la potestad del Ministerio de Economía y Hacienda establecida en el artículo 14 de la Ley de Defensa de la Competencia, a tenor de la cual el Ministerio podrá discrecionalmente instar un expediente de concentración o bien no hacerlo. Si bien ello es cierto, no es menos cierto que el precepto del artículo 28.1 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones supone un avance de clarificación de las relaciones entre una Comisión sectorial y los órganos de defensa de la competencia que sólo puede merecer opiniones positivas. A mayor abundamiento, una iniciativa de la Comisión, bien instando un expediente sancionador, bien poniendo en conocimiento la existencia de una operación de concentración, tiene un peso indudable que no puede ser ignorado.

Mayores innovaciones se contienen en el artículo 28.2 del mismo Reglamento, en el que se establece el informe preceptivo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en todos los expedientes que se tramiten en materia de telecomunicaciones por los órganos de defensa de la competencia, informe que se realizará ante el Servicio durante la fase de instrucción en los expedientes sancionador y de autorización y ante el Tribunal en los procedimientos de concentraciones y de ayudas públicas.

Por Decreto 2066/1996, de 13 de septiembre, se aprueba el Reglamento Técnico y de Prestación del Servicio de Telecomunicaciones por Cable en el que

igualmente se contienen algunas referencias a las funciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en materia de defensa de la competencia. Así, en el párrafo tercero del artículo 12.3 se hace mención a las propuestas de la Comisión en las "que definan la posición de dominio o de abuso en el mercado", propuesta que se había establecido por el artículo 3.Dos del Real Decreto-Ley 6/1996, y que puede suponer en cualquier caso un elemento de distorsión por cuanto que, en cualquier caso, los criterios sobre cuándo existe —en cualquier mercado— posición de dominio o abuso corresponde fijarlos al Tribunal de Defensa de la Competencia. El artículo 35 de este Reglamento recuerda que la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia en el mercado de telecomunicaciones por cable, legislación que también resulta aplicable en las programaciones distribuidas a través de las redes de televisión por cable, como se encarga de recordar el artículo 40 del mismo Reglamento.

Con posterioridad a la promulgación de este Reglamento, nuevas normas han incidido en la regulación de esta materia. Así, en el artículo 170 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, se modifica el artículo 10.1 de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones, para introducir, entre otros, un párrafo en el que establece que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones deberá adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la libre competencia, como consecuencia de la puesta en el mercado de las redes de telecomunicación de las empresas o entidades explotadoras de servicios públicos basados en infraestructuras físicas de carácter continuo.

Finalmente en el artículo 2 del recientemente aprobado Real Decreto-Ley

1/1997, de 31 de enero, se introduce aparentemente una nueva fórmula para resolver los posibles conflictos entre las atribuciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y las de los órganos encargados de la defensa de la competencia. Según este precepto, cuando se considere que se produce una situación de abuso de dominio en el mercado o de posición hegemónica en el servicio de acceso condicional, la Dirección General de Telecomunicaciones estará obligada a denunciar ésta ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones o, en su caso, ante el Servicio de Defensa de la Competencia. Como puede fácilmente deducirse del resumen de este precepto no sólo introduce un concepto tal como el de posición hegemónica cuyas diferencias con el de posición de dominio no parecen fácilmente determinables, sino que deja sin resolver las atribuciones que tiene cada uno de los órganos, pues viene a decir que en determinados supuestos la Dirección General presentará denuncia ante uno u otro, según corresponda. Si este precepto se añade a las anteriores fórmulas de los artículos 5.2 y 28 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la conclusión a la que se puede llegar es la de una cierta perplejidad, que puede llegar a enturbiar la claridad que había querido introducir el Reglamento.

Del análisis conjunto de toda la normativa relativa a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones puede deducirse que no sólo las competencias de ésta tienen las características que se asemejan a las propias de una comisión reguladora, a excepción posiblemente de las competencias sancionadoras de las que todavía carece, sino que se han planteado los problemas de las funciones de la Comisión en materia de defensa de la competencia y se han intentado resolver

los posibles conflictos con la legislación de defensa de la competencia.

2.3. Los órganos españoles de defensa de la competencia

El sistema español de defensa de la competencia se configura con la participación de dos órganos: el Servicio y el Tribunal de Defensa de la Competencia. En el expediente sancionador —como expediente tipo— el Servicio instruye el expediente mientras que el Tribunal recibe las alegaciones y dicta las correspondientes Resoluciones. El Servicio depende tanto orgánica como funcionalmente del Ministerio de Economía y Hacienda, mientras que el Tribunal se configura como un órgano independiente.

Este sistema, en cuanto que supone la dependencia del Servicio de Defensa de la Competencia del Ministerio, tiene sus defensores y sus detractores, y existe una continua reflexión sobre la posibilidad de introducir modificaciones. Es cierto que a favor del mantenimiento del sistema actual existen razones, tales como la existencia de mayores garantías cuando intervienen dos órganos no jerarquizados —como ocurre en la actualidad entre el Servicio y el Tribunal—, pero al lado de estas razones se puede destacar el mayor inconveniente del sistema que es el de su limitada independencia. En efecto, el Tribunal no tiene atribuciones para orientar la política española de defensa de la competencia porque, en definitiva, solamente puede decidir sobre los expedientes que previamente ha tramitado el Servicio, que no es un organismo independiente. En definitiva, quien realiza la política de defensa de la competencia es el Gobierno, a través del Servicio, que es quien marca qué expedientes se instruyen y cuáles se remiten al Tribunal para su resolución.

Si esto cabe hablar en los expedientes sancionadores, otro tanto cabe hacer respecto de las concentraciones. Nuevamente cabe acudir a lo sucedido en el expediente de la OPA de Endesa sobre Sevillana y Fecsa, en la que la posición del Tribunal estuvo enmarcada por una legislación en la que el Tribunal no puede mostrar su parecer sobre una concentración —que aparentemente introducía restricciones para la competencia— por la simple razón de que el Gobierno no adoptó la iniciativa de solicitar su informe.

Estas y otras razones permiten aconsejar la modificación del sistema, modificación que podría consistir en variar la integración del Servicio de Defensa de la Competencia para que pase a depender del Tribunal, medida con la que se incrementaría la independencia de los órganos encargados de la defensa de la competencia respecto del Gobierno.

2.4. Relaciones entre Comisiones reguladoras y órganos de defensa de la competencia

Ahora bien, con esta medida queda sin resolver la cuestión relativa a la distribución de competencias entre las Comisiones reguladoras y los órganos encargados de la defensa de la competencia. El hecho de que existan ventajas e inconvenientes para cualquiera de los sistemas señalados obliga a la búsqueda de soluciones que vayan más allá de la atribución de competencias con exclusividad a uno u otro organismo, máxime cuando se ha podido comprobar en la realidad cómo uno y otro organismo cumplen sus funciones.

Una primera propuesta consiste en fomentar la colaboración entre administraciones, colaboración que no está prevista de forma específica en todos los casos, pero que puede

realizarse en cumplimiento del precepto general que impone dicha colaboración.

Esta colaboración puede realizarse, por ejemplo, entre el Tribunal de Defensa de la Competencia y las Comisiones sectoriales tanto en la realización de informes dirigidos al Gobierno sugiriendo la modificación de las normas (informes cuya emisión prevé el artículo 26 de la Ley de Defensa de la Competencia), o bien mediante el sistema de facilitar datos e informes que sean requeridos en expedientes concretos por el Tribunal a las Comisiones sectoriales, para mejorar el conocimiento del funcionamiento del sector o del funcionamiento del mercado relevante correspondiente, por ejemplo en la línea establecida en la normativa reguladora de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

No obstante, a nivel de propuesta y "*de lege ferenda*" debería iniciarse un debate más profundo relativo a la participación de las comisiones sectoriales en los expedientes de defensa de la competencia, debate que podría centrarse en propuestas tales como la sustitución del Servicio de Defensa de la Competencia por la Comisión sectorial cuando se trate de un expediente que afecte al sector correspondiente, al menos en los dos que se han analizado, es decir, el sector eléctrico y el de las telecomunicaciones.

Esta propuesta implicaría las siguientes modificaciones:

- 1.^a) En los expedientes sancionadores por conductas restrictivas de la competencia, abuso de posición dominante o competencia desleal que afecte al interés público, en el campo del sector eléctrico o de telecomunicaciones, los expedientes serían instruidos, respectivamente, por la Comisión

del Sistema Eléctrico Nacional o bien por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, que en tales supuestos sustituirían al Servicio de Defensa de la Competencia.

- 2.^a) En el supuesto de concentraciones económicas, la iniciativa de remitir el expediente al Tribunal para su informe en los términos del artículo 14 de la Ley de Defensa de la Competencia correspondería a la comisión sectorial correspondiente, ante quien se notificaría también la operación o el proyecto en el supuesto de notificación voluntaria.

Es cierto que en materia de concentraciones pueden realizarse propuestas de mayor contenido, tales como la notificación obligatoria o bien que la autorización corresponda al Tribunal de Defensa de la Competencia, pero esas propuestas desbordarían ampliamente el contenido de este trabajo cuyo objetivo se limita a señalar la posibilidad de intervención de las Comisiones reguladoras en los procedimientos de defensa de la competencia.

- 3.^a) En los expedientes de autorización singular, que afecten a sectores tales como el eléctrico o de las telecomunicaciones, la intervención de la Comisión sectorial correspondiente sustituiría a la del Servicio.
- 4.^a) Finalmente, en los expedientes de ayudas públicas la Comisión sectorial correspondiente podría solicitar, junto al Ministerio de Economía y Hacienda, que el Tribunal informara de las ayudas y sus efectos sobre la competencia, en los términos del artículo 19. primer párrafo de la Ley de Defensa de la Competencia.

Como puede fácilmente explicarse éstas

no son unas propuestas cerradas y podrían enmarcarse dentro de una reforma más amplia de nuestra legislación de defensa de la competencia,

reforma que resolviera igualmente las cuestiones relativas a la dependencia del Servicio y la notificación de las concentraciones, entre otras.

BIBLIOGRAFÍA

- BEL I QUERALT, G. (1996): *Privatización, Desregulación y ¿Competencia?* Biblioteca Cívitas Economía y Empresa. Ed. Cívitas.
- CUÉTARA MARTÍNEZ, J. M. (1996): "Diseño de la agencia reguladora. Principales cuestiones Jurídica". Congreso Mundial sobre Regulación Económica, Sevilla, Noviembre.
- GUASH, J. L. y SPILLER, P.T.(1996): *Managing the Regulation Process: Design, concepts, Issues and the Latin America and Caribbean Story*. Ed. Banco Mundial, serie New Direction for Development. (en prensa)
- MAJUNE, G. et al (1996): *Regulating Europe*. Routledge.
- SMITH, W. (1996): "Utility Regulators. Creating agencies in reforming and developing countries". International Forum for utility regulation, June.
- SORIANO, J. E. (1993): *Desregulación, Privatización y Derecho Administrativo*. Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia 1993.
- TENENBAUN, B. (1996): "The Real World of Power Sector Regulation. Public Policy for the Private Sector", special editor. June. *The World Bank Group*.
- TROESKEN, W. (1996): *Why Regulate Utilities? The New Institutional Economics and the Chicago Gas Industry, 1849-1924*. Michigan Press.
- VELARDE, J. et al (1996): *Reforma y Liberalización Económica. Los Decretos Leyes de junio de 1996EÚ*. Cívitas
- INTERNATIONAL DIRECTORY OF UTILITY REGULATORY INSTITUTIONS. Edición de 1996. The international forum for utility regulation. The World Bank Group.