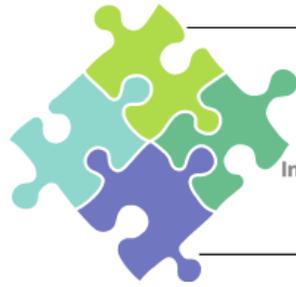




DG Educación y Cultura

Programa de acción en el ámbito
del aprendizaje permanente



ideir

Instituto de Derecho Europeo
e Integración Regional
Universidad Complutense

Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional

Working Papers on European Law and Regional Integration

MATILDE CARLÓN RUÍZ

**Las dos caras de Jano: lo que el Derecho europeo tiene que
decir respecto de la convivencia entre regulación y
competencia**

**Reflexiones al hilo de las Sentencias del Tribunal General de 29 de marzo de 2012
(asuntos T-336/07 y T-398/07)**

WP IDEIR nº 20 (2013)

Cátedra Jean Monnet • Prof. Ricardo Alonso García

Publicado por
Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR)
Universidad Complutense
Facultad de Derecho
Avda. Complutense s/n
Madrid 28040 - España

© Matilde Carlón Ruíz 2013

ISSN 2172-8542

El presente proyecto ha sido financiado con el apoyo de la Comisión Europea. Esta publicación es responsabilidad exclusiva de su autor. La Comisión no es responsable del uso que pueda hacerse de la información aquí difundida.

***Las dos caras de Jano:
lo que el Derecho europeo tiene que decir respecto de la
convivencia entre regulación y competencia***

**Reflexiones al hilo de las Sentencias del Tribunal General
de 29 de marzo de 2012 (asuntos T-336/07 y T-398/07)**

Matilde Carlón Ruíz*

I. El punto de partida. II. La convivencia entre regulación y competencia a la luz de las Sentencias del Tribunal General de 29 de marzo de 2012. III. La jurisprudencia europea en contexto: claves para una difícil convivencia entre regulación y competencia. 1. Principios claves en el deslinde de las esferas de regulación y competencia. 2. La creciente influencia del Derecho de la competencia en las técnicas regulatorias. 3. Una zona gris: las competencias del regulador para la “salvaguarda de la competencia”. IV. Los márgenes para la complementariedad entre regulación y competencia: análisis crítico.

* Profesora Titular del Departamento de Derecho Administrativo (Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid).

I. EL PUNTO DE PARTIDA

El 22 de mayo de 2013, el Pleno del Senado español ha aprobado definitivamente la Ley de Creación de la Comisión de los Mercados y de la Competencia¹, por la que se crea una nueva Comisión de cariz integrador y multisectorial, que aglutinará las funciones de la antigua Comisión Nacional de la Competencia y las de diversas Comisiones regulatorias de ámbito sectorial, excluidas las del sector financiero. Esta nueva Comisión apuesta, en efecto, por el ejercicio integrado de las funciones de defensa de la competencia y de regulación sectorial, con lo que impone una reflexión sobre las pautas bajo las cuales es posible articular una convivencia entre dos esferas de intervención pública en los mercados que no siempre han quedado definidas de manera nítida. Dos sentencias del Tribunal General, dictadas hace poco más de un año, el 29 de marzo de 2012, cobran especial relevancia en este nuevo contexto.

II. LA CONVIVENCIA ENTRE REGULACIÓN Y COMPETENCIA A LA LUZ DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL GENERAL DE 29 DE MARZO DE 2012

Las dos sentencias de referencia, dictadas en la misma fecha, resuelven sendos recursos interpuestos -uno, por Telefónica, S.A. y por Telefónica de España, S.A. (en adelante, Telefónica); otro por el Reino de España- contra la misma Decisión de la Comisión Europea: la dictada el 4 de julio de 2007, relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 82 del Tratado, por la que se le impuso a Telefónica una multa de 151.875.000 euros². Multa de cuantía record, que superó con creces la de 12,6 millones de euros impuesta en su momento a Deutsche Telekom, por un comportamiento similar, mediante Decisión de la Comisión³ que fue, igualmente objeto de impugnación ante el Tribunal de Justicia. Dicha impugnación fue resuelta, en sentido desestimatorio, por la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de abril de 2008, ratificada en casación por la posterior sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de octubre de 2010; sentencias ambas que ya apuntaron varias de las cuestiones que las sentencias de marzo de 2012 consolidan, remitiéndose a aquéllas en más de una ocasión⁴.

La sentencia dictada por el Tribunal General en el asunto T-336/07, que está pendiente de recurso de casación⁵, resuelve, desestimándolo, un recurso de anulación interpuesto por Telefónica contra la Decisión de referencia. En atención a una denuncia planteada por un competidor, Wanadoo España, S.L. (actualmente France Telecom España, S.A.), la Comisión Europea consideró que las entidades demandantes, integradas en una única unidad económica, habían infringido el art. 82 del Tratado CE al aplicar tarifas no equitativas a la prestación de servicios mayoristas y minoristas de acceso de banda

¹ DS del Senado-Pleno, nº 66, de 22 de mayo de 2013, pág. 5665 y ss.

² Decisión C(2007) 3196 final de la Comisión, de 4 de julio de 2007, relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 82 [CE] (Asunto COMP/38.784-Wanadoo España contra Telefónica).

³ Decisión de la Comisión de 21 de mayo de 2003 relativa, relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 82 [CE] (Asunto COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579-Deutsche Telekom AG).

⁴ Sobre la sentencia de octubre de 2010, son ilustrativas, desde una perspectiva crítica, las reflexiones de FERNÁNDEZ TORRES, I., *Regulación sectorial y derecho de la competencia: compresión de márgenes en el mercado de telecomunicaciones (STJUE 14 de octubre 2010, Deutsche Telekom)*, Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho mercantil de la UCM, 2011/41, noviembre de 2011.

⁵ Asunto C-295/12 P.

ancha y, en particular, que habían abusado de su posición dominante por incurrir, durante el período comprendido entre septiembre de 2001 y diciembre de 2006, en un estrechamiento de márgenes entre los precios mayoristas que las filiales de Telefónica cobraban a sus competidores por el suministro mayorista de banda ancha en España, particularmente en los mercados de producto mayorista regional y nacional, y los precios minoristas que cobraban a los usuarios finales, en el entendimiento de que el margen entre aquéllos y éstos no era suficiente para que los competidores de Telefónica pudieran competir con ella.

Así planteada la cuestión de fondo, el caso da ocasión al Tribunal para ofrecer argumentos de interés acerca de la convivencia entre Derecho de la Competencia y las regulaciones sectoriales. Y ello por cuanto las demandantes plantearon en su sexto motivo una serie de alegaciones que obligaron al Tribunal a pronunciarse sobre los ámbitos respectivos de la aplicación, por parte de la Comisión Europea, del Derecho de la Competencia, y del ordenamiento de la regulación sectorial que le compete aplicar, en el ámbito interno, a la correspondiente Autoridad Nacional de Reglamentación (ANR), en este caso, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT).

Las demandantes plantearon, en efecto, un sexto motivo basado en la aplicación *ultra vires* del artículo 82 CE, así como en la violación de los principios de subsidiariedad, proporcionalidad, seguridad jurídica, cooperación legal y buena administración. Bajo este motivo, se desgranaron una serie de alegaciones que vienen a discutir, en definitiva, la posibilidad de que la Comisión Europea aplique el Derecho de la Competencia sobre los ámbitos en los que exista una regulación sectorial específica, como es el caso de las telecomunicaciones. Argumentos muy similares son presentados por el Reino de España en el asunto T-398/07, en el que se dictó -como adelantábamos- sentencia en la misma fecha⁶.

Frente a este argumentario el Tribunal establece con claridad una serie de conclusiones de interés:

1.- Afirma el Tribunal literalmente, en el apartado 293 de su sentencia, que “las normas en materia de competencia previstas por el Tratado CE completan, mediante el ejercicio de un control *ex post*, el marco regulador adoptado por el legislador de la Unión con el fin de regular *ex ante* los mercados de las telecomunicaciones”. A tal fin la Sentencia -y la dictada en el asunto T-398/07 (apdos. 56 y 110)- se remiten a la previa sentencia de 14 de octubre de 2010, dictada en el asunto Deutsche Telekom/Comisión, apartado 92.

Este pronunciamiento del Tribunal se ofrece en respuesta al argumento de las demandantes de que la Comisión disponía de un instrumento específico para intervenir, en virtud del artículo 7 de la Directiva 2002/21/CE Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, *relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas* (conocida como Directiva marco)⁷. No debe de olvidarse, sin embargo, que este mecanismo de intervención de la Comisión se explica, precisamente, en clave regulatoria -y no de Derecho de la Competencia-, por cuanto está previsto en una Directiva que, como recuerda el Tribunal, “establece un marco armonizado para la regulación de los servicios de comunicaciones electrónicas,

⁶ En particular, los motivos primero (cooperación leal), tercero (aplicación *ultra vires* del art. 82 CE), cuarto (seguridad jurídica) y quinto (confianza legítima).

⁷ DO L 108, de 24 de abril de 2002, p. 33.

las redes de comunicaciones electrónicas y los recursos y servicios asociados”, a cuyo fin dota a las Autoridades Nacionales de Reglamentación (ANR) de cada Estado miembro de un papel central, sin perjuicio de establecer mecanismos que, para garantizar la aplicación armonizada del marco regulador en toda la Comunidad, otorgan un papel específico a la Comisión Europea. Como es el caso, en particular, del procedimiento establecido en el art. 7 de la propia Directiva Marco, que permite a la Comisión y a las ANR nacionales participar conjuntamente en el procedimiento de consolidación del mercado interior de comunicaciones electrónicas, “garantizando que las decisiones adoptadas a nivel nacional no tengan efectos adversos sobre el mercado único u otros objetivos del Tratado”, en los términos del cdo. 15º de la Directiva, y a los fines de lo cual la Comisión ha aprobado una Recomendación⁸.

La Comisión actúa, pues, cuando actúa bajo la Directiva Marco, en aplicación del marco regulatorio específico en materia de telecomunicaciones, lo que no le impide actuar, cuando resulte pertinente, en aplicación del Derecho de la Competencia. De ahí que afirme el Tribunal que la existencia de un instrumento como el contenido en el art. 7 de la Directiva marco “no afecta en absoluto a la competencia atribuida directamente a la Comisión por el artículo 3, apartado 1, del Reglamento nº 17 y, desde el 1 de mayo de 2004, por el artículo 7, apartado 1, del Reglamento nº 1/2003, para declarar la existencia de infracciones de los artículos 81 y 82 CE”⁹.

2.- Como corolario de lo anterior, el Tribunal afirma literalmente que “Telefónica no podía ignorar que el respeto a la normativa española en materia de telecomunicaciones no la protegía (sic) frente a una intervención de la Comisión con arreglo al artículo 82 CE, dado que diversos instrumentos jurídicos del marco regulador de 2002 contemplan la posibilidad de procedimientos paralelos ante las ANR y las autoridades de competencia” (apartado 299). A tales efectos, el propio Tribunal cita el art. 15.1 de la Directiva marco y los apartados 28, 31 y 70 de las Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas¹⁰.

De ahí que concluya el Tribunal que las resoluciones adoptadas por las ANR sobre la base del marco reglamentario de 2002 no privan a la Comisión de su competencia para intervenir *en una fase ulterior* a fin de aplicar el artículo 82 CE en virtud del

⁸ El artículo 7 de la Directiva marco fija, en efecto, un complejo proceso de control por parte de la Comisión que se ha venido a articular a través de la Recomendación de la Comisión, de 15 de octubre de 2008, *sobre las notificaciones, los plazos y las consultas previstos en el artículo 7 de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicación electrónicos* (Recomendación 2008/850/EC). Esta Recomendación sustituye a una previa de 23 de julio de 2003. En general, sobre la aplicación de los mecanismos establecidos en el art. 7 de la Directiva marco tal y como han sido contemplados en la LGTel03, vid., VIDA FERNÁNDEZ, J., Comentario al art. 48, en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y QUADRA-SALCEDO, T. de la, *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, Thomson-Civitas, 2004, pp. 1000-1010.

⁹ A tal fin, cita la sentencia de 10 de abril de 2008, Deutsche Telekom/Comisión, apartado 263. Así lo hace también la sentencia dictada en el asunto T-398/07 (apdo. 109).

¹⁰ En términos similares el apdo. 114 de la sentencia dictada en el asunto T-398/07. En aplicación de la Directiva marco, en los términos que veremos en su momento, deberán seguirse, las *Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas* (DO C 165 de 11.7.2002), que fijan los principios sobre los cuales deben fundar las ANR su análisis de los mercados con el fin de garantizar una competencia efectiva.

Reglamento nº 17 y, desde el 1 de mayo de 2004, del Reglamento nº 1/2003 (apartado 300), con lo que llega a descartar formalmente la alegación de las demandantes de que “ni la Comisión ni las autoridades nacionales de la competencia debían analizar, en virtud del Derecho de la competencia, conductas sujetas a medidas reguladoras que tiene objetivos similares”. Y ello en el bien entendido de que la CMT –tal y como precisa el apartado 301 de la sentencia dictada en el asunto T-336/07 y 121 de la dictada en el T-398/07- no es una autoridad de competencia, sino una autoridad reguladora, y nunca intervino para velar por el cumplimiento del art. 82 CE, ni adoptó resoluciones sobre las prácticas sancionadas por la Decisión impugnada, por más que la Comisión no esté en ningún caso vinculada por una resolución dictada por una autoridad nacional en aplicación del artículo 82 CE, tal y como precisó la sentencia de 10 de abril de 2008, dictada en el asunto Deutsche Telekom/Comisión.

Queda así descartado, para el Tribunal, que se hubiera producido la alegada vulneración del principio de subsidiariedad, que derivaría de una supuesta ingerencia de la Comisión Europea en las competencias atribuidas a la CMT. Del mismo modo que se descarta la vulneración del principio de seguridad jurídica, que derivaría de la convicción que pesaría en el ánimo de Telefónica de que, respetando el marco regulador sectorial, obraba de conformidad con el Derecho de la Unión, a los efectos de lo cual la sentencia rechaza expresamente el argumento de los demandantes de que la Comisión, de haber concluido que las resoluciones de la CMT, en cuanto órgano de un Estado miembro, no permitían evitar la existencia de un estrechamiento de márgenes y, por tanto, no respetaban el marco regulador de 2002, habría debido interponer un recurso por incumplimiento contra el Reino de España con arreglo al artículo 226 CE. Frente a ello, el Tribunal (apdos. 307 de la sentencia dictada en el asunto T-336/07 y 115 de la dictada en el T-398/07), amén de rechazar que esta apreciación se desprenda de la Decisión de la Comisión y de recordar que la interposición de un recurso por incumplimiento queda a criterio discrecional de la Comisión, advierte que la Decisión se limitó a declarar que Telefónica había infringido el artículo 82 CE, “disposición que no se refiere a los Estados miembros, sino únicamente a los agentes económicos”, con cita de la Sentencia de 10 de abril de 2008, dictada en el asunto Deutsche Telekom.

3.- En el mismo tipo de consideraciones abunda el Tribunal al descartar los argumentos de Telefónica que, para discutir la pertinencia de la multa impuesta, alegó que no se encontraba en condiciones de prever de manera razonable que su comportamiento pudiera constituir un abuso de posición dominante contrario al artículo 82 CE, habida cuenta de la definición de los mercados de productos adoptada anteriormente por las autoridades españolas de la competencia y por la CMT –que es diferente de la recogida en la Decisión recurrida¹¹-, del control ejercido por la CMT sobre los precios y sobre la conducta de Telefónica a lo largo del período de la infracción y –esto es clave- de la ausencia de un margen de maniobra suficiente para determinar su política de precios durante ese período.

Tal y como tiene confirmado el Tribunal, el artículo 82 CE sólo se refiere a las prácticas

¹¹ A estos efectos es revelador que, tal y como recuerda la sentencia (apartado 141), tanto el art. 15 de la Directiva marco, como el decimotercero considerando de la Recomendación 2003/311 de la Comisión, de 11 de febrero de 2003, relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación *ex ante* de conformidad con aquella Directiva, establecen que los mercados definidos a efectos de la intervención reguladora lo son sin perjuicio de los mercados que puedan definirse en casos concretos con arreglo a la legislación sobre competencia.

contrarias a las normas en materia de competencia que hayan sido adoptadas por las empresas por iniciativa propia, de modo que si una legislación nacional impone a las empresas una práctica contraria a la competencia o si crea un marco jurídico que elimina por sí mismo cualquier posibilidad de conducta competitiva por parte de las empresas, el art. 82 CE deviene inaplicable, ya que la restricción de la competencia no se debe, como requiere esa disposición, a comportamientos autónomos de las empresas¹². Bajo esta perspectiva, y a la vista del régimen de regulación de precios vigente en España durante el período examinado y de las resoluciones adoptadas por la CMT con incidencia en la materia, el Tribunal confirma que Telefónica disponía de un margen de maniobra para evitar el estrechamiento de márgenes, por cuanto habría podido incrementar sus precios minoristas o reducir sus tarifas mayoristas (apartados 331 a 337).

La anterior conclusión se enmarca en la consideración de que, contrariamente a lo alegado por las demandantes, el hecho de que su política de precios hubiera sido previamente aprobada por la CMT no podía conducirles a confiar razonablemente en la exclusión de una posible infracción del art. 82 CE. A tales efectos, recuerda el Tribunal que carece de relevancia el hecho de que la Decisión impugnada se refiera a productos o servicios regulados, toda vez que, tal y como tiene declarado la jurisprudencia, salvo que se contemple expresamente una excepción al respecto, el Derecho de la competencia se aplica a los sectores regulados (apartados 339)¹³. Y ello por cuanto, precisamente, las disposiciones sectoriales contemplan la posibilidad de que conductas autónomas de las empresas puedan obstaculizar, restringir o falsear la competencia¹⁴.

4.- Conviene, finalmente, destacar que el Tribunal llama la atención sobre el hecho de que las resoluciones de la CMT se sustentan en estimaciones *ex ante*, mientras que la Decisión de la Comisión dictada en aplicación del artículo 82 CE se basa en costes reales conocidos *ex post*. Y lo hace para descartar el argumento de las demandantes de que se habría vulnerado el principio de confianza legítima por cuanto las actuaciones de la CMT -en sí mismas y cuanto que no fueron desautorizadas por la Comisión- les habrían conducido a la legítima convicción de estar actuando en conformidad con el ordenamiento (apartados 303 y 341 a 349)¹⁵.

¹² Véase la Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de febrero de 2011, TeliaSonera, C-52/09, p. I-0000, apartados 49 y 50. En esta sentencia se llegó a afirmar, como en la previa de 14 de octubre de 2010, Deutsche Telekom/Comisión, apartado 85, que, aun existiendo legislación nacional, si una empresa en posición dominante verticalmente integrada dispone de margen de maniobra para modificar, aunque sólo sea sus precios minoristas, le resulta imputable, únicamente por esa razón, el estrechamiento de márgenes. Así lo recuerdan las sentencias comentadas en los apartados 330 (asunto T-336/07) y 70 a 72 (asunto T-398/07).

¹³ Cita el Tribunal las sentencias de 16 de diciembre de 1975, Suiker Unie y otros/Comisión, 40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 y 114/73, Rec. 1663, apartados 65 a 72, y de 11 de abril de 1989, Saeed Flugreisen y Silver Line ReiseBüro, 66/86, Rec. P. 803. En el mismo argumento abunda el apartado 50 de la sentencia dictada en el asunto T-398/07.

¹⁴ El Tribunal cita al respecto la sentencia de 11 de noviembre de 1997, Comisión y Francia/Ladbroke Racing, C-359/95 P y C-379/95 P, Rec. P. I-6265, apartados 32 y 34, y la jurisprudencia citada.

¹⁵ A estos efectos, la Sentencia dictada en el asunto T-398/07 pone de manifiesto que, en rigor, la CMT nunca analizó, propiamente, la existencia de un estrechamiento de márgenes entre el producto mayorista nacional y el minorista y, cuando lo hizo entre el mayorista regional y el minorista, lo hizo en función de estimaciones *ex ante* (apdos. 52 y 121).

III. LA JURISPRUDENCIA EUROPEA EN CONTEXTO: CLAVES PARA UNA DIFÍCIL CONVIVENCIA ENTRE REGULACIÓN Y COMPETENCIA

1. Principios claves en el deslinde de las esferas de regulación y competencia

Las sentencias recién glosadas ponen de manifiesto que regulación y defensa de la competencia operan en dos esferas separadas –aunque interrelacionadas-, que deben convivir. Las claves para esta convivencia –que como las mismas sentencias demuestran, no es fácil- requieren de una previa caracterización de una y otra.

La dificultad de deslinde entre los ámbitos de la regulación y la defensa de la competencia deriva de la íntima conexión que existe entre ambas esferas de intervención pública. En particular, la primera se construye *en función* de la segunda –y en ella *se inspira*, de forma crecientemente intensa-, con vocación de transitoriedad. Y ello en el bien entendido de que el concepto –y las técnicas- de la regulación se explican en el contexto de los procesos liberalizadores, como instrumento para facilitar la consolidación de un escenario de competencia efectiva en el que, por otra parte, y de forma simultánea, el Derecho de la competencia resulta plenamente aplicable.

En estos términos, la lógica de los *procesos liberalizadores* es clara¹⁶. Se trata, precisamente, de crear –bajo la veste de la regulación- una normativa sectorial, de aplicación *ex ante* y de tendencia asimétrica que, de forma pretendidamente transitoria, permita reconducir el sector originalmente reservado al Estado a las reglas generales del Derecho de la competencia, que se caracteriza, inversamente, por su carácter general, *ex post* y simétrico¹⁷.

El Derecho de la competencia se aplica, en efecto, en todos aquellos sectores abiertos –total o parcialmente- a la competencia. Se trata, en definitiva, de un Derecho de ámbito horizontal: utilizando una formulación simple, donde hay competencia –o, dicho de otro modo- donde hay mercado, se aplica el Derecho de la competencia. Este Derecho es, pues, de aplicación *general* a todas las actividades económicas abiertas a la competencia: sus reglas son idénticas se apliquen a un sector u otro y, además, se aplican *a posteriori*, es decir, sobre la base de asumir que existe efectiva competencia en el sector concreto, como reacción a los falseamientos de la misma o como cautela frente a los riesgos contrastados –como en el caso de las ayudas públicas o en el del control de concentraciones-. Desde esta perspectiva, el Derecho de la Competencia –y con ello le damos perfil definitivo- es un Derecho de aplicación *simétrica*, ya que parte de la base de que todos los actores en un determinado mercado se encuentran en idéntica posición: de ahí precisamente que deba calibrar en su momento las posibles posiciones de dominio para identificar, en su caso –como en el supuesto que fue sometido a escrutinio del Tribunal General en las sentencias de referencia-, a un concreto operador frente al que, sólo en la medida en que abuse de su posición, se

¹⁶ Se trata mayoritariamente de procesos que, auspiciados desde las instancias comunitarias, utilizan como instrumento principal la Directiva, apoyándose en tres principios claros: la abolición de derechos especiales o exclusivos, la neutralidad entre operadores públicos y privados y la garantía de los intereses generales subyacentes a las actividades de telecomunicaciones.

¹⁷ A este respecto nos permitimos remitirnos a nuestras reflexiones en CARLÓN RUIZ, M., *El servicio universal de telecomunicaciones*, Thomson-Civitas, Pamplona, 2007. Una caracterización similar de una y otra “políticas” en CALVIÑO SANTAMARÍA, N., *Regulación y competencia en telecomunicaciones: los retos derivados del nuevo marco normativo*, en Telecomunicaciones y Audiovisual: Regulación, competencia y tecnología, ICE, n° 832, septiembre-octubre de 2006, pp. 60-64.

actuará *ex post*.

Una vez que una actividad ha quedado plenamente abierta a las reglas del mercado, el Derecho de la competencia habría de bastar –bajo su caracterización general, simétrica y *ex post*- para reaccionar frente a los riesgos para la propia competencia. Pero para que ello sea posible en actividades como las telecomunicaciones, originalmente sometidas a un régimen de reserva pública concretado en una gestión en monopolio, es preciso construir un Derecho sectorial, asimétrico y *ex ante* que, aplicado de forma pretendidamente transitoria, permita lograr el objetivo marcado. En estos términos, el proceso de liberalización implica la aplicación transitoria, cada vez menos intensa, de una regulación específica para cada sector cuyo fin no es otro que permitir -no sin cierto grado de utopía- su plena reconducción al Derecho general de la competencia, con el que, en todo momento, convive.

Como resultado del proceso liberalizador, precisamente para posibilitar que la actividad quede abierta a la competencia y que -más allá de las declaraciones formales- esta competencia sea efectiva, esta regulación *sectorial* se aplica de forma específica al sector concreto de que se trate -por ejemplo, el de las telecomunicaciones- introduciendo una serie de reglas que se aplican *ex ante* –presumiendo, sin necesidad de comprobación, que la competencia no es efectiva- a uno o unos operadores concretos, a los que se trata –*asimétricamente*- de forma más gravosa como medio para el fin propuesto, imponiéndoles obligaciones suplementarias a las que integran el “estatuto básico” del operador en el concreto sector. De este modo se logrará afianzar la entrada de nuevos actores en el correspondiente mercado, generando una competencia que, cuando pueda considerarse efectiva, quedará suficientemente garantizada por el Derecho general de la competencia.

En estos términos, pudiera parecer que los ámbitos de delimitación entre regulación y defensa de la competencia son nítidos. La proyección de estos planteamientos a los concretos sectores de regulación –como, por ejemplo, al de telecomunicaciones- demuestra, sin embargo, que se plantean entrecruzamientos entre una y otra esferas que no dejan de dificultar la cuestión.

2. La creciente influencia del Derecho de la competencia en las técnicas regulatorias

De una parte, conviene advertir, que la evolución de la regulación sectorial, a medida que consigue consolidar una competencia efectiva en los mercados liberalizados, tiende a impregnarse de forma cada vez más intensa de los conceptos y técnicas del Derecho de defensa de la competencia a la par que tiende a reducir el carácter sectorial, asimétrico y *ex ante* de sus reglas. Así se ha podido comprobar meridianamente con la ordenación europea de las telecomunicaciones en el paso del paquete regulatorio 1997-1998 al posterior Paquete 2002, modificado puntualmente en 2009.

El paquete regulatorio compuesto por las Directivas 97/13/CE¹⁸, 97/33/CE¹⁹ y

¹⁸ Directiva 97/13/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997, *relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones*, DO L 117/15, de 7 de mayo de 1997.

¹⁹ Directiva 97/33/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997, *relativa a la interconexión en telecomunicaciones y a la garantía del servicio universal y de la interoperabilidad por la aplicación de los principios de suministro de una red abierta (ONP)*, DO L 199/32, de 26 de julio de

98/10/CE²⁰, perfiló de forma acabada un ordenamiento plenamente asimétrico, sectorial y de aplicación *ex ante* para facilitar que las actividades de telecomunicaciones se desarrollaran de forma efectiva bajo los parámetros de la competencia recién alcanzada. Cinco años más tarde, el paquete regulatorio aprobado por las instituciones europeas en 2002 en relación con lo que pasan a denominarse “comunicaciones electrónicas”, encabezado por la Directiva marco a la que se refieren las Sentencias de referencia²¹, parte de una idea pretendidamente clara: a la vista del éxito del proceso liberalizador iniciado en 1987 la regulación sectorial, asimétrica y *ex ante* del sector debe quedar reducida a la mínima expresión. Y ello sobre la base de la presunción de que todas las actividades de comunicaciones electrónicas se desarrollan en condiciones de competencia efectiva, sin perjuicio de lo cual –y respecto de una serie de actividades o, más específicamente, mercados identificados a nivel europeo a través de una Recomendación de la Comisión²²- se deberá llevar a cabo un análisis periódico por parte de la ANR guiado por unas Directrices fijadas igualmente por la Comisión Europea, y a las que las Sentencias objeto de análisis hacen expresa referencia²³, siendo así que la Comisión controlará el modo en que sea llevado a cabo tal análisis en todos Estados miembros a través del mecanismo contemplado en el art. 7 de la Directiva marco, para cuya aplicación ha aprobado -como nos consta- otra Recomendación²⁴. En el caso de que el correspondiente análisis arroje la conclusión de que en un concreto mercado la competencia no es efectiva, deberá entrarse a identificar el operador u operadores con “poder significativo” en el correspondiente mercado (PSM) para imponerle(s) las medidas concretas que resulten más adecuadas para que la competencia se torne definitivamente efectiva.

Se hace evidente que este modelo regulatorio se inspira de forma intensa en el Derecho de la Competencia. El mecanismo mismo del análisis de mercado proviene de este ordenamiento, así como la definición de los parámetros para identificar al operador con Poder Significativo de Mercado (PSM) en el concreto mercado analizado, confesadamente muy similar a la que se utiliza en Derecho de la Competencia para

1997.

²⁰ Directiva 98/10/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 1998, *sobre la aplicación de la oferta de red abierta (ONP) a la telefonía vocal y sobre el servicio universal de telecomunicaciones en un entorno competitivo*, DO L 101 de 1 de abril de 1998.

²¹ Esta Directiva marco ha sido objeto de modificación por la posterior Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, *por la que se modifican la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/19/CE relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, y la Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas* (DO L 337/37, de 18.12.2009).

²² Estos mercados son fijados a nivel europeo, en términos no estrictamente vinculantes (vid. GÓMEZ-FERRER RINCÓN, R., *El Soft law comunitario en materia de telecomunicaciones*, en REDE, nº 8, 2003, pp. 687-713), por la *Recomendación de la Comisión de 17 de diciembre de 2007, relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación ex ante de conformidad con la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas* (Recomendación 2007/879/EC. DOUE 28.12.2007). Esta Recomendación, que sustituye a una previa de 11 de febrero de 2003, está en trámite de revisión.

²³ Vid. *supra* nota 10.

²⁴ Vid. *supra* nota 8.

identificar al operador con “posición dominante”²⁵. Lo que no quiere decir, sin embargo, que la aplicación de estas técnicas operen de forma idéntica -y, en definitiva, superpuesta- en el ámbito de la regulación y de la defensa de la competencia: téngase en cuenta, en todo caso, sin entrar en más profundizaciones, que el Derecho de defensa de la competencia reacciona frente a los abusos de posición dominante, no ante su mera existencia. Así lo puso de manifiesto, de hecho, la Sentencia del Tribunal General, en su apartado 141, citando el art. 15 de la Directiva marco²⁶.

A estos efectos son ilustrativas las Observaciones volcadas por la Comisión Nacional de la Competencia en su Informe sobre el Proyecto de medida relativo a la definición y análisis de mercados de terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales, la designación de operadores con Poder Significativo de Mercado y la imposición de obligaciones específicas, aprobado por su Consejo el 1 de diciembre de 2011²⁷, y en las que pone de manifiesto lo siguiente:

“Con arreglo al marco regulador de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la definición de los mercados y la evaluación del poder significativo de mercado (PSM) se llevarán a cabo utilizando las mismas metodologías que se usan al aplicar la normativa sobre competencia. El uso de las mismas metodologías garantiza que el mercado pertinente o de referencia definido a efectos de la regulación sectorial corresponderá en la mayor parte de los casos con las definiciones del mercado que serían de aplicación con arreglo a la legislación sobre competencia.

Sin embargo, en algunos casos, los mercados definidos por la Comisión Europea y las autoridades de competencia en casos relacionados con la competencia pueden diferir de los definidos en la Recomendación de la Comisión Europea y/o de los mercados definidos por la CMT con arreglo al apartado 3 del artículo 15 de la Directiva marco. El apartado 1 del artículo 15 de la Directiva marco deja claro que las Autoridades Nacionales de Regulación (ANR) definirán los mercados a efectos de la regulación *ex ante* sin perjuicio de los definidos por las Autoridades Nacionales de Competencia (ANC) y por la Comisión Europea en ejercicio de sus competencias respectivas, al amparo de la legislación sobre competencia en casos concretos.

De igual forma, la designación de una empresa como poseedora de PSM en uno

²⁵ A estos efectos es ilustrativa la Exposición de Motivos de la vigente Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones (LGTel03). Si en la precedente Ley General de Telecomunicaciones de 1998, aprobada como Ley 11/1998, de 24 de abril (LGTel98), el entonces llamado “operador dominante” era identificado, en principio, por un criterio puramente formal –el contar con un mínimo del 25% de la cuota de mercado correspondiente (art. 23)-, la actual LGTel03 –en el apartado 8 de su Anexo II- identifica al “operador con poder significativo en el mercado” como aquel “operador que, individual o conjuntamente con otros, disfruta de una posición equivalente a una posición dominante, esto es, una posición de fuerza económica que permite que su comportamiento sea, en medida apreciable, independiente de los competidores, los clientes y, en última instancia, los consumidores que sean personas físicas”. No hay que olvidar, sin embargo, en el nuevo marco, el criterio de la cuota de mercado, ya que jurisprudencia europea consolidada reconoce en cuotas superiores al 50% un indicio claro de posición de dominio. Así se estableció tempranamente: vid. STJCE de 13 de febrero de 1979 en el asunto 85/76, *Hoffman-La Roche contra Comisión de las Comunidades*. La propia Sentencia dictada en el asunto T-336-07 cita, en su apartado 50, varias sentencias en este sentido.

²⁶ Vid. *supra* nota 11.

²⁷ Apartado V del Informe. Apreciaciones similares se encuentran en informes equivalentes.

de los mercados delimitados a efectos de la regulación *ex ante* no implica automáticamente que dicha empresa sea también dominante a efectos del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea o del artículo 2 de la Ley 15/2007. Así, se reconoce de manera expresa en las Directrices de la Comisión Europea sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (2002/C 165/03).

Por ello, en la práctica, no puede excluirse que surjan procedimientos paralelos con arreglo a la regulación *ex ante* y a la legislación sobre competencia con respecto a distintos tipos de problemas en los mercados pertinentes. Por consiguiente, la CNC y otras autoridades de competencia podrán efectuar sus propios análisis del mercado e imponer las soluciones adecuadas con arreglo a la legislación sobre competencia en paralelo con las medidas sectoriales que pueda aplicar la CMT”.

Sobre esta última observación, muy reveladora al hilo de nuestras reflexiones, volveremos sucesivamente.

3. Una zona gris: las competencias del regulador para la “salvaguarda de la competencia”

La vocación de la regulación de *consolidar* la competencia en los mercados liberalizados ha favorecido la atribución a los organismos encargados de la aplicación de esta normativa sectorial, *ex ante* y asimétrica de ciertas competencias genéricas para el fomento de la competencia que han generado cierto grado de confusión en la delimitación de las esferas respectivas de regulación y competencia y, por ende, de los ámbitos competenciales de los organismos responsables de la aplicación de una y otra.

Esto se ha manifestado de forma especialmente clara, de nuevo, en el ámbito de las telecomunicaciones, si bien puramente como consecuencia de los términos en que la legislación interna ha venido a reconocer a la CMT competencias relativamente *difusas* de salvaguarda de la competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones. Bien es verdad que la vigente LGTel03 ha venido a mitigar un problema de potencial solapamiento de funciones entre la CMT y las autoridades de defensa de la competencia²⁸, pero no es menos cierto que el problema sigue latiendo en el seno de la Ley vigente, tal y como pone de manifiesto la STS de 17 de diciembre de 2008, que ofrece, sin embargo, pautas pretendidamente claras para resolver el aparente conflicto.

²⁸ Problema que derivaba, en último término, de la redacción original del art. 1.dos.2.f) de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, al que se remitía la Disposición adicional séptima de la LGTel98. Y ello en el bien entendido de que ya las Disposiciones adicionales primera y segunda de la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, habían venido a reformar las previsiones de la Ley 12/1997, si bien en términos no suficientemente clarificadores, tal y como puso de manifiesto la elocuente STS de 1 de febrero de 2006, dictada en el recurso de casación 3661/2003, y citada por BACIGALUPO SAGGESE, M., Comentario al art. 17, en MASSAGUER, J.; SALA ARQUER, J.,M.; FOLGUERA, J.; GUTIÉRREZ, A. (Dirs.), Comentario de la Ley de Defensa de la Competencia, 3ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2012, pp. 609-610, quien da cuenta de los conflictos entre CMT y Tribunal de Defensa de la Competencia a que dio lugar esa redacción original de la Ley 12/1997; como lo hace VIDA FERNÁNDEZ, J., Comentario al art. 48, en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y QUADRA-SALCEDO, T. de la, Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones, *ob. cit.*, pp. 808-810.

En los términos literales de su FJ 5^o²⁹,

“aun cuando se advierte el desapoderamiento en las funciones de salvaguarda de la la competencia de la CMT, lo cierto es que la ley habilita expresamente a este organismo para imponer obligaciones de comportamiento a determinados operadores a fin de evitar prácticas anticompetitivas, si bien la aplicación directa y general de las normas de defensa de la competencia no se encuentran dentro de las competencias propias de la CMT. Por consiguiente, en el supuesto de apreciar una práctica que puede ser contraria a la “pluralidad de ofertas”, el organismo regulador puede imponer obligaciones de diferente naturaleza, de hacer o de no hacer, sobre los operadores y, en caso de inobservancia del mandato, podrá la CMT ejercer sus potestades sancionadoras. Actuación diferente de la que le corresponde a los órganos de defensa de la competencia, a los que compete determinar si una concreta conducta es constitutiva de abuso de posición de dominio y eventualmente sancionable en el ámbito de la legislación general sobre defensa de la competencia”.

En sentido similar se pronuncian las sucesivas sentencias de 8 de junio y 6 de octubre de 2010.

A la concatenación de las competencias entre la CMT y las autoridades de defensa de la competencia pretende atender, de hecho, el art. 48 LGTel03³⁰ -cumpliendo, por otra parte, un mandato establecido por los apartados 4 y 5 del art. 3 de la Directiva Marco-, y, con carácter general respecto de todos los reguladores sectoriales, el art. 17 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia³¹, en unos términos que son ilustrativos de la dificultad de la cuestión.

IV. LOS MÁRGENES PARA LA COMPLEMENTARIEDAD ENTRE REGULACIÓN Y COMPETENCIA: ANÁLISIS CRÍTICO

A la vista de lo anterior, se hace evidente que regulación y defensa de la competencia son dos esferas de la intervención pública sobre los mercados que deben convivir. Bajo qué parámetros se deba producir esa convivencia resulta asunto más delicado, ya que en

²⁹ La sentencia resuelve el recurso de casación 2530/2006.

³⁰ Concretamente en su artículo 48.e).2ª, se precisa que, para materializar la competencia que le faculta a “adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta del servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por los operadores, la interconexión de las redes y la explotación de la red en condiciones de red abierta, y la política de precios y comercialización por los prestadores de los servicios”, la CMT debe poner “en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia los actos, acuerdos, prácticas o conductas de los que pudiera tener noticia en el ejercicio de sus atribuciones y que presenten indicios de ser contrarios a la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. A tal fin, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones comunicará al Servicio de Defensa de la Competencia todos los elementos de hecho a su alcance y, en su caso, remitirá dictamen no vinculante de la calificación que le merecen dichos hechos”. Queda así garantizado el control último de las autoridades en materia de Defensa de la Competencia sobre los procedimientos de aplicación estricta de este Derecho. Por otra parte, corresponde también a la CMT, por requerimiento del apartado f) del mismo artículo 48, “informar preceptivamente en los procedimientos iniciados para la autorización de las operaciones de concentración de operadores o de toma de control de uno o varios operadores del sector de las comunicaciones electrónicas, cuando dichas operaciones hayan de ser sometidas al Gobierno para su decisión, de acuerdo con la legislación vigente en materia de defensa de la competencia”.

³¹ Sobre estos mecanismos de coordinación, vid. BACIGALUPO SAGGESE, M., Comentario al art. 17, ob. cit..

su más precisa concatenación entran en juego el cumplimiento de los objetivos - perfectamente complementarios- de una y otra técnicas y la garantía del principio de seguridad jurídica para los operadores económicos.

No en vano, se afirma con cierta generalidad que la defensa de la competencia y la regulación son complementarias³² o, dicho en términos que pueden resultar más discutibles, que las autoridades sectoriales complementan la aplicación del Derecho de la Competencia³³. Así lo afirmó, de hecho, la propia Comisión Europea en su Libro Verde sobre los Servicios de Interés General de 21 de marzo de 2003³⁴, si bien apuntó a una cierta “regla de subsidiariedad” en la concatenación de la intervención del regulador y de las autoridades de la competencia cuando afirmó, precisamente en relación con la cuestión de la fijación de precios:

“Cabe destacar que las responsabilidades de las autoridades de la competencia y de los organismos reguladores suelen solaparse en cierta medida. Una tarificación inadecuada puede ser incompatible con las normas establecidas por el regulador y constituir al mismo tiempo un abuso de posición dominante con arreglo a las normas en materia de competencia. Es importante, por lo tanto, delimitar claramente las funciones respectivas de los organismos reguladores y de las autoridades responsables de la competencia. En líneas generales, puede decirse que los primeros aplican normas sectoriales que, a menudo, harán superflua cualquier intervención de las autoridades de la competencia. Por otra parte, corresponde a estas intervenir cuando el regulador no esté en condiciones de garantizar el respeto de las reglas horizontales en materia de competencia o se abstenga de intervenir”.

Estas conclusiones de la Comisión evocan la complejidad de los criterios en función de los cuales pueden imbricarse las *políticas* de regulación y de defensa de la competencia en pos del objetivo común de la mejor consecución de la consolidación de la competencia en los mercados, algo que encuentra peculiar manifestación -precisamente- en relación con el control de precios³⁵. En esos términos, se puede discutir la mayor o

³² Así lo afirma expresamente CALVIÑO SANTAMARÍA, N., *Regulación y competencia en telecomunicaciones...*, *ob. cit.*, p. 59.

³³ BACIGALUPO SAGGESE, M., Comentario al art. 17, *ob. cit.*, p. 603.

³⁴ COM (2003) 0270 final. En los términos de su cdo. 49, “las competencias y responsabilidades de los organismos reguladores en los Estados miembros varían en función del sector de que se trate y de la legislación nacional, en particular por lo que respecta al reparto de tareas entre el regulador del sector y el ministerio competente. Este reparto de tareas viene determinado en gran medida por las tradiciones jurídicas y administrativas de los Estados miembros. Ciertas responsabilidades fundamentales, sin embargo, son comunes a la práctica totalidad de los reguladores de los sectores en cuestión. La regulación de las condiciones y modalidades de acceso a las redes existentes y de los precios al por menor, destinada a evitar prácticas abusivas de las empresas que ocupan una posición dominante en el mercado, son probablemente los ejemplos más destacados. A este respecto, 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”.

³⁵ A estos efectos, son muy ilustrativas las reflexiones de GERADIN, D. y O'DONOGHUE, R., *The Current Application of Competition Law and Regulation: the Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector*, Global Competition Law Center (GCLC) Working Paper 04/05, precisamente en relación con la compresión de márgenes, y las que, desde un planteamiento más general, ofrece MONTI, G., *Managing the Intersection of Utilities Regulation and EC Competition Law*, LSE,

menor *eficacia* de una y otra políticas para lograr objetivos comunes y, en definitiva, la conveniencia o no de amplificar el ámbito de la acción *proactiva* de regulación frente al juego *reactivo* de la defensa de la competencia, toda vez que -como advierten las Sentencias estudiadas- el Derecho de la competencia *completa* la legislación sectorial (apdo. 293 de la Sentencia dictada en el asunto T-336/07), siendo así que puede actuar de forma paralela o en una fase ulterior (apdo. 303 de la misma sentencia).

Sea cual sea la opción defendida, la conclusión más importante de las Sentencias estudiadas, y que ya había sido adelantada por las Sentencias dictadas en el asunto Deutsche Telekom, es la que supone reafirmar el papel del Derecho de la competencia, aun en concatenación con el espacio que ocupe la regulación sectorial: en definitiva, la sumisión a esta regulación no blindará al operador frente al Derecho de la competencia si incurre en los comportamientos respecto de los que aquél reacciona, y ello siempre y cuando la aplicación de la regulación le deje un *margen de maniobra* para adoptar decisiones de las que hacerle responsable³⁶. En este sentido, la jurisprudencia comunitaria se vendría a separar del criterio establecido por el Tribunal Supremo americano en la sentencia de 13 de enero de 2004, dictada en el asunto Verizon Communications vs. Law Offices of Curtis Trinko, en la que se afirmó que, de existir una regulación sectorial destinada a eliminar los daños sobre la competencia, no debería haber margen para la actuación *antitrust* porque ello no comporta un sustancial beneficio adicional³⁷, si bien no faltarían razones para ofrecer una explicación coherente de ambos razonamientos, entre las que no es menor la toma en consideración del grado de precisión y pertinencia de la regulación sectorial para resolver los problemas que impiden que se garantice el desarrollo de una competencia efectiva³⁸.

No es ahora el momento ni el lugar para profundizar sobre las coordenadas bajo las que deba darse respuesta a esta compleja cuestión de la convivencia entre regulación y

Law, Society and Economy Working Papers, 8/2008, London School of Economics and Political Science, en particular pp. 8 y ss., quien vincula el criterio sentado por la jurisprudencia de referencia, y el consiguiente reforzamiento de la posición de la Comisión en aplicación del Derecho de la competencia, con la debilidad y falta de independencia de los reguladores en muchos Estados miembros. También son interesantes las apreciaciones de la OCDE en su Documento “Relationships between Regulators and Competition Authorities“, aprobado en febrero de 2005 [DAF/COMP/GF(200599)2], y que se puede consultar en <http://www.oecd.org/competition/globalforum/GlobalForum-February2005.pdf>

³⁶ Es oportuno tener presente que, de producirse la hipótesis contraria, es decir, en el caso de que la intervención regulatoria no deje margen de maniobra al operador para evitar abusar de su posición de dominio, según ha dejado sentado la STJCE de 9 de septiembre de 2003, asunto C-198/01 Consorcio Industrie Fiammiferi (CIF) contra Autorità garante della Concorrenza e del Mercato, la Comisión podría actuar contra el Estado miembro en aplicación del art. 258 TFUE, antiguo 226 TCE, y las autoridades nacionales de la competencia deben inaplicar la norma que *impone* la restricción de la competencia. Criterio este que parece ser rechazado por la Sentencia dictada en el caso T-336/07 (apdo. 307, glosado *supra* en el texto), si bien no debe olvidarse que en el caso analizado se puso de manifiesto que las resoluciones dictadas por la CMT en aplicación del marco regulador dejaban un efectivo margen de maniobra al operador para fijar sus precios.

³⁷ MONTI, G., *Managing the Intersection of Utilities Regulation...*, *ob. cit.*, pp. 6-8.

³⁸ Esta Sentencia fue invocada por el Reino de España en el asunto T-398/07, tal y como se pone de manifiesto en el apdo. 55, en el que se llama la atención sobre el hecho de que, en todo caso, y en aplicación del principio de jerarquía normativa, las normas del Tratado -como es el art. 82 CE- no pueden ser excepcionadas por la regulación sectorial, contenida en Derecho derivado. Argumento que cobra sentido, en correlación con la sentencia Trinko, cuando se constata que en Derecho norteamericano normativa sectorial y *antitrust* gozan del mismo grado de jerarquía, tal y como pone de manifiesto CALVIÑO SANTAMARÍA, N., *Regulación y competencia en telecomunicaciones...*, *ob. cit.*, p. 65.

defensa de la competencia. Pero sí para confirmar, a la vista de lo dicho, las dificultades que encierra, lo que impone una reflexión sobre la oportunidad de integrar en un solo organismo el ejercicio de una y otra técnicas de intervención *para* la competencia³⁹. El reto planteado por la creación de la nueva Comisión de los Mercados y de la Competencia resulta, en estos términos, evidente.

³⁹ En palabras de GERADIN, D. y O'DONOGHUE, R., *The Current Application of Competition Law and Regulation, ob. cit.*, p. 65, “el riesgo de regular a través del Derecho de la competencia es particularmente agudo cuando los reguladores sectoriales tienen competencias concurrentes para aplicar las reglas de la competencia en el sector que regulan” (la traducción es nuestra).