

**Sobre la influencia del Derecho europeo de la competencia en la
reforma del Derecho Administrativo y de sus instituciones**

*The impact of European Competition Law on reforming the
Administrative Law and their owns institutions*

Ignacio ZAMORA SANTA BRÍGIDA

Universidad Complutense de Madrid (España)
ignazamo@ucm.es

Recepción: Octubre 2017

Aceptación: Noviembre 2017

RESUMEN

Las políticas liberalizadoras promovidas por la Unión Europea son la razón por la cual la regulación para la competencia ha cobrado un papel protagonista durante los últimos tiempos. Asimismo, el otro factor esencial del nuevo Estado subsidiario, el Derecho de la competencia, ha implicado profundos cambios en aspectos sustantivos y procesales del Derecho administrativo sancionador. Finalmente, debe añadirse a lo ya indicado que, por efecto del Derecho europeo, se ha implantado en España un esquema institucional de Administraciones independientes que, además de supervisar la actividad de los principales sectores regulados, sirve para articular un complejo modelo en la aplicación del Derecho europeo de la competencia.

Palabras clave: Derecho de la competencia; Derecho administrativo; Administraciones independientes; Comisión Europea; y Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia.

Clasificación JEL: K21 y K23.

ABSTRACT

The liberalization policies promoted by the European Union are the reason why regulation for competition has taken on a leading role in recent times. Likewise, as the other essential factor of the new subsidiary State, antitrust has implied profound changes in several aspects of Administrative Law. Finally, because of European law, an institutional scheme of separate administrations has been implemented in Spain to apply a complex model of European competition law.

Key words: Competition Law; Administrative Law; Independent Regulatory Agencies; European Commission and National Commission on Markets and Competition.

JEL Classification: K21 y K23.



1. INTRODUCCIÓN: BREVE EXCURSO SOBRE LA GÉNESIS DE LA DISCIPLINA JURÍDICO-ADMINISTRATIVA

El origen histórico del Derecho administrativo, en España, ha de ubicarse en un contexto de estrechez económica y largos periodos de inestabilidad política. No se halló cierto equilibrio gubernativo hasta el pacto constitucional de 1876, texto breve y abierto que permitió mantener la alternancia de partidos¹.

Entre 1954 y 1963, durante la dictadura franquista, se pusieron los cimientos sobre los que construir una Administración Pública moderna. Fue, en concreto, Laureano LÓPEZ RODÓ², quien impulsó *la reforma administrativa*³ desde la Secretaría General Técnica de la Presidencia del Gobierno. Pero gran parte de la legislación *iuspublicista* vigente, aunque aprobada en la última década, mantiene las notas esenciales que irradiaba aquel conjunto de leyes.

La Constitución de 1978 consolidó el marco de un Derecho administrativo plenamente desarrollado; cuya base estructural pivota sobre el imperio de la ley y la construcción de los derechos y libertades fundamentales.

99

Finalmente, en cuanto a su origen dogmático, cabe apreciar que se trata de un árbol sin profundas raíces. Los primeros manuales cuyo título se refería a la disciplina jurídico-administrativa aparecieron, en los distintos países europeos⁴, a lo largo del siglo XIX.

Recuérdese, no obstante, que el Derecho administrativo es una ciencia que responde a un hecho histórico particular; el nacimiento del Estado liberal de Derecho. Circunstancia que provoca irremediamente un cambio de paradigma en el método de estudio, pues las transformaciones estatales⁵ se fueron sucediendo (tras pasar del Estado absoluto al Estado liberal, éste terminó dando paso al Estado social de Derecho) y, con ellas, evolucionó la metodología jurídica⁶.

2. REFORMA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. INTRODUCCIÓN DE NUEVAS TÉCNICAS JURÍDICO-ADMINISTRATIVAS POR EFECTO DEL DERECHO EUROPEO DE LA COMPETENCIA.

2.1. Naturaleza y concepto del Derecho administrativo español

El Derecho administrativo es, siguiendo a los profesores Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ⁷, un Derecho de naturaleza estatutaria⁸, por cuanto somete a los distintos entes agrupados bajo la denominación de Administraciones Públicas, quedando éstos, en determinados aspectos, liberados de seguir los postulados propios del Derecho común.

En cuanto a la separación formal⁹ que atañe a las dos grandes ramas del Derecho, la *iusprivatista* y la *iuspublicista*, ha de señalarse que el Derecho administrativo ramifica del Derecho público. Sépase, además, que siendo la Administración Pública la persona jurídica que instrumentaliza la relación permanente entre el Estado y los ciudadanos, resulta justo afirmar que el Derecho administrativo se erige como el Derecho público interno por excelencia. Razón por la cual el presente trabajo, pese a enunciar la reforma del Derecho público, se centrará en la transformación experimentada principalmente por el Derecho administrativo, sin perjuicio de alusiones a otras áreas como puedan ser el Derecho constitucional o el Derecho tributario.

Tales divisiones, sin embargo, no son más que un modo de estructurar el Derecho, radicando la esencia del mismo en sus principios generales. Por ello, puede decirse que existe una íntima relación entre el propio Derecho administrativo y el Derecho constitucional, dado que los preceptos presentes en el texto constitucional no operan en el vacío. Todo ello pone en duda la distinción entre Derecho administrativo y Derecho constitucional o, en cualquier caso, manifiesta la inexistente solución de continuidad entre ambos.

100

En el sentido expuesto, aunque con matices, resulta acertada la expresión de Fritz WERNER en la que se admite que “*el Derecho administrativo es el Derecho constitucional concretizado*”¹⁰. Cita que, por otra parte, ha sido en ocasiones confrontada con una perteneciente a Otto MEYER, mediante la cual el autor exponía que “*mientras el Derecho constitucional pasa, el Derecho administrativo permanece*”¹¹. Esta última, no obstante, ha sido con frecuencia empleada fuera de contexto; pues, en el suyo original (el periodo bismarckiano), pretendió ilustrar, no la intemporalidad del Derecho administrativo, sino la lenta adaptación de las reformas constitucionales en materia administrativa.

Finalmente, en lo relativo al concepto del Derecho administrativo español, el debate doctrinal sigue abierto. Las teorías clásicas sostienen que los principios rectores de la disciplina tienen por objeto regular la actividad del Estado que no sea, en rigor, ni legislativas ni judiciales; es decir, se trata de la rama del Derecho público encargada de regir la organización y el funcionamiento del poder ejecutivo, así como las relaciones jurídicas establecidas entre éste y las personas privadas –ya sean físicas o jurídicas-. Teorías, conviene notar, que fueron sostenidas de manera primaria por la Escuela alemana de Derecho público, cuya inspiración guarda relación directa con las proposiciones del idealismo hegeliano¹². Existe, no obstante, una corriente doctrinal contraria para la cual el Derecho interno no otorga al Estado personalidad jurídica propia, siendo la Administración Pública quien establece y mantiene relaciones jurídicas con base en el Derecho administrativo; el Derecho propio de las Administraciones Públicas.



El conjunto de corrientes doctrinales, de cualquier modo, guardan como nota esencial común el ejercicio de potestades públicas por parte de las distintas autoridades administrativas, lo que conlleva, por ende, una serie de prerrogativas.

2.2. Objeto del Derecho de la competencia

Lo primero que puede decirse sobre la cuestión planteada es que, la conformidad doctrinal existente respecto de su necesidad¹³, contrasta con la disconformidad generada en torno a la definición de su objeto.

Siguiendo a José María Baño León, no existe una noción de competencia universalmente aceptada, lo cual conduce a la ambigüedad y a la vaguedad de los tipos normativos empleados por el Derecho de la competencia y a un excesivo margen de discrecionalidad por parte de la Administración¹⁴. No obstante, y pese a la elevada carga de realismo que recoge la observación realizada por el profesor, puede servir como punto de partida la concepción que Friedrich Hayek, guiado por los postulados de la Escuela Austriaca¹⁵, tenía acerca de la cuestión: frente al concepto estático de equilibrio perfecto defendido por la Escuela Neoclásica, su concepto de la competencia era dinámico, en cuanto proceso de descubrimiento mediante el cual las situaciones de desequilibrio generadas en y por el mercado, quedan gradualmente corregidas.

101

En consecuencia, la finalidad del Derecho de la competencia es la protección del proceso competitivo descrito y, con ello, la tutela de los intereses de los consumidores. Por esta razón, su ámbito de aplicación objetivo se circunscribe al ejercicio anticompetitivo del poder de mercado. Mientras, en cuanto a su ámbito subjetivo, la normativa propia de defensa de la competencia resulta aplicable tanto a las empresas como a las entidades públicas que llevan a cabo actividades económicas¹⁶.

Para concluir esta breve aproximación al objeto del Derecho de la competencia, se compartirá el análisis formulado por José María Baño León, que dice así:

“El derecho de la competencia es un conjunto de reglas sustancialmente abiertas y predominantemente de carácter sancionador. (...) Todo el derecho «antitrust» está montado sobre amplísimos conceptos jurídicos indeterminados cuya determinación en el caso concreto depende de un sustrato de conceptos y métodos económicos cambiantes, de lo que resulta un derecho esencialmente casuístico, pese a tratarse de una rama muy notable del derecho sancionador. (...) Se comprende inmediatamente la deficiencia desde el punto de vista jurídico a la que se enfrenta esta rama del ordenamiento jurídico: resulta imposible abordar la compleja problemática de las restricciones de la competencia sin cláusulas abiertas y las cláusulas abiertas siempre plantean interrogantes”¹⁷.

2.3. Novedades jurídico-administrativas producidas por el influjo del Derecho de la competencia

2.3.1. Separación orgánica entre instrucción y resolución

En el ámbito judicial, la separación entre instrucción y enjuiciamiento es clara¹⁸. Ahora bien, en el ámbito administrativo, aunque resulta igualmente posible reproducir dicha separación institucional encomendando la resolución del procedimiento a órgano distinto del que instruyó, a lo que en materia de defensa de la competencia se refiere, la práctica habitual en el contexto europeo es que la autoridad administrativa que se encarga de la investigación, también dicte resolución. Este modelo, basado en el criterio de *autoridad integrada*, aunque avalado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁹ y la doctrina del Tribunal Constitucional²⁰, ha sido objeto de diversas críticas por el riesgo de imparcialidad personal y procesal.

En España, por el contrario, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en lo sucesivo, la CNMC) instruye y resuelve mediante órganos diferentes²¹. Técnica jurídico-administrativa que, por ende, resulta incorporada desde el Derecho de la competencia; pues fue en la Ley 16/1989, de 17 de julio de Defensa de la Competencia donde pudo observarse por vez primera la separación institucional entre el ejercicio de las funciones instructora (Servicio de Defensa de la Competencia) y resolutoria (Tribunal de Defensa de la Competencia)²². Técnica que, de ese modo, se plasmó en el artículo 134.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (desde ahora, la Ley 30/1992) al disponer que “*los procedimientos que regulen el ejercicio de la potestad sancionadora deberán establecer la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándolas a órganos distintos*”. Mandato del legislador, adviértase, hoy recogido en el 63.1 de la vigente Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, la Ley 39/2015).

2.3.2. Terminación del procedimiento sancionador por transacción. En torno a los principios de legalidad y tipicidad

En materia de defensa de la competencia, la técnica jurídico-administrativa objeto de comentario en el presente apartado debe ser puesta en relación con el artículo 86 de la Ley 39/2015 y no, como quizá pueda pensarse, con el artículo 85 de la misma. Mientras que el primero de los preceptos citados hace referencia a la terminación en los procedimientos sancionadores, el segundo trata sobre la terminación convencional; y, lo que ahora importa, es la opción que posee la Administración de terminar los procedimientos administrativos sancionadores mediante convenio, como propone el primero, no la reducción sobre el importe de la sanción propuesta, como ofrece el segundo.



En este sentido, el artículo 52 de la LDC 2007, relativo a la terminación convencional de procedimientos sancionadores en materia de acuerdos y prácticas prohibidas²³, guarda mayores pretensiones que los preceptos reguladores del procedimiento administrativo sancionador común. Este convencimiento obedece al hecho de que el convenio, en materia de competencia, tiene como finalidad la sustitución de la posible sanción por la aceptación de compromisos por parte de las empresas implicadas, a cambio de que la responsabilidad sancionadora sea exonerada. De este modo, la operatividad contractual sobre el núcleo mismo de la potestad sancionadora es una realidad. Cuestión distinta, y menos clara, resulta su conformidad o no a Derecho²⁴.

A juicio de José María Baño León, *“desde el punto de vista del principio de legalidad y atendida la inevitable discrecionalidad que el análisis antitrust comporta, resulta clara la compatibilidad de la nueva regulación legal con el artículo 25.1 CE, puesto que es una cuestión de oportunidad legítimamente apreciable por el legislador resolver la posibilidad de que determinadas conductas típicas puedan sustituirse por un acuerdo, sin necesidad de imposición de sanciones. Al fin y al cabo, si el Derecho penal admite también el pacto, en las llamadas sentencias de conformidad, no tiene ningún sentido negar la posibilidad de pactos en el seno del procedimiento administrativo sancionador, pues el Derecho sancionador es un instrumento más de la política de defensa de la competencia”*.

103

Parece una posición de lo más razonable, pues no debe olvidarse que el Derecho de la competencia, aunque encuentre su fundamento en el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, debe entenderse como una disciplina jurídica autónoma.

En nuestra opinión, y pese a que el Tribunal Supremo²⁵ defienda una posición contraria²⁶, debe entenderse que, en materia de defensa de la competencia, la discrecionalidad técnica es indispensable; el objeto sobre el cual debe operar el principio de tipicidad en esta disciplina (conceptos jurídicos indeterminados de naturaleza económica), exige la creación de distintos tipos sancionatorios formulados con carácter abierto.

Es cierto, sin embargo, que la especificidad de la conducta a tipificar viene dada, fundamentalmente, por la exigencia de la seguridad jurídica (art. 9.3 CE). La provisión de un grado de certeza suficiente sobre las consecuencias jurídicas de sus actos constituye, sin duda, una garantía merecedora de la máxima protección para el ciudadano. Ahora bien, aunque el Derecho de la competencia muestre una lógica jurídico-administrativa particular, la solución a la problemática planteada no es desconocida. Si bien es cierto que la previsibilidad de la conducta queda limitada por la naturaleza interdisciplinar propia de la materia, la *razonabilidad* debe ser el criterio que

permita examinar, caso por caso, la conformidad a Derecho de las decisiones tomadas por las autoridades administrativas de la competencia²⁷.

2.3.3. Programas de clemencia. Extensión al procedimiento administrativo común

En primer lugar, debe destacarse que la *clemencia*, como método de exoneración²⁸ o reducción²⁹ de la multa, supuso una de las mayores novedades en el nuevo sistema de protección de defensa de la competencia establecido por la LDC 2007.

Se trata de una técnica jurídico-administrativa cuyo origen se circunscribe al Derecho *antitrust* estadounidense, favoreciendo la delación de los implicados en la conducta anticompetitiva mediante los incentivos ofrecidos por los *leniency programmes*. No fue, sin embargo, hasta 1996 cuando dicha técnica se introdujo en el Derecho de la Unión Europea³⁰, donde también se ha mostrado como un instrumento de verdadera eficacia en la detección e investigación de prácticas anticompetitivas³¹. Recuérdese, no obstante, que los programas de clemencia despliegan sus efectos únicamente en relación con el procedimiento administrativo sancionador de que se trate, motivo por el cual las empresas o personas implicadas no quedan liberadas, pese a la exención o reducción de la multa, de la *responsabilidad civil* que pudiera derivarse de su participación en un cártel³².

104

La técnica comentada, asimismo, ha sido objeto de reciente introducción en la ley reguladora del procedimiento administrativo común (art. 62.4 de la Ley 39/2015), pudiéndose aplicar únicamente en caso de que se genere un daño patrimonial a la Administración y concurren dos o más infractores³³.

Finalmente, es oportuno añadir, respecto de la generalización de los programas de clemencia, que el Consejo de Estado advirtió de los riesgos derivados de su extensión a todos los procedimientos sancionadores, considerando que, en atención a las particularidades que por razón de la materia puedan presentarse en cada caso, resulta preferible mantener la regulación de este procedimiento en la legislación sectorial³⁴.

3. APLICACIÓN DE UN MODELO INSTITUCIONAL DESCENTRALIZADO PARA LA TUTELA ADMINISTRATIVA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

3.1. Origen y caracterización de las autoridades administrativas independientes

El origen de las *autoridades administrativas independientes* debe ubicarse, al igual que sucede con el *antitrust*, en el Derecho estadounidense³⁵. Tras la creación de precedentes aislados³⁶, el papel de las *independent regulatory agencies* sería generalizado en la década de 1930, por impulso del *New Deal* en respuesta a la Gran Depresión, confiando así en la desconcentración de poder al reforzar la potestad reglamentaria y ejecutiva de las agencias³⁷. En Europa, el modelo de autoridades administrativas independientes es



desarrollado a finales del siglo XX; en concreto, a partir de los años ochenta³⁸, fruto de las políticas liberalizadoras ya comentadas.

En España, sin embargo, las entidades institucionales establecidas por el Derecho Administrativo preconstitucional, concretaban un modo de organización administrativa aún sometido a las servidumbres gubernativas. Fue a partir de los años ochenta, al igual que en Europa, cuando el modelo organizativo de autoridades administrativas independientes comenzó a implantarse³⁹. Asimismo, cabe destacar que, fruto de su creciente importancia, la vigente Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, Ley 40/2015) dedique su Capítulo IV a *“Las autoridades administrativas independientes de ámbito estatal”*.

En cuanto a su naturaleza jurídica, el artículo 109.1 de la Ley 40/2015 las define de la siguiente forma:

“Son autoridades administrativas independientes de ámbito estatal las entidades de derecho público que, vinculadas a la Administración General del Estado y con personalidad jurídica propia, tienen atribuidas funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre sectores económicos o actividades determinadas, por requerir su desempeño de independencia funcional o una especial autonomía respecto de la Administración General del Estado, lo que deberá determinarse en una norma con rango de Ley”.

105

En relación con su régimen jurídico, el artículo 110.1 de la Ley 40/2015 dispone que:

“Las autoridades administrativas independientes se regirán por su Ley de creación, sus estatutos y la legislación especial de los sectores económicos sometidos a su supervisión y, supletoriamente y en cuanto sea compatible con su naturaleza y autonomía, por lo dispuesto en esta Ley, en particular lo dispuesto para organismos autónomos, la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, así como el resto de las normas de derecho administrativo general y especial que le sea de aplicación. En defecto de norma administrativa, se aplicará el derecho común”.

Quedando, además, sujetas al principio de sostenibilidad financiera de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril. Ahora bien, a fin de que la citada *independencia funcional y especial autonomía* respecto de la Administración General del Estado se materialice, son de aplicación, entre otras, las siguientes *técnicas*⁴⁰:

a) La *elección* de sus órganos directivos; bien, por amplias mayorías parlamentarias, o bien, por el Gobierno a condición de que escoja una persona con acreditada competencia profesional. Con estos sistemas se trata de reforzar la legitimidad de los nombramientos, dado que, en los sistemas parlamentarios como el español, es

habitual que las personas propuestas tengan que comparecer ante la comisión parlamentaria correspondiente. Incluso, el Congreso podría llegar a vetar el nombramiento del candidato propuesto⁴¹.

b) La *inamovilidad* de sus órganos directivos. En este sentido, la imposibilidad de reelección, las causas tasadas de destitución⁴², o la sujeción al régimen de incompatibilidades de los altos cargos públicos⁴³, se muestran como manifestaciones relevantes de la inamovible ocupación del cargo.

c) El reconocimiento de una completa *autonomía funcional y financiera*. Como ya se avanzó, se trata de entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia, que en el ejercicio de sus funciones no puede recibir instrucciones de organismo, público o privado, alguno⁴⁴. Basta añadir que dicha autonomía funcional evita, en aras de una mayor independencia, el sometimiento de su actividad al control administrativo, pero no al parlamentario y al judicial.

Puede afirmarse, en suma, que la conquista institucional más relevante, en relación con la regulación económica, ha sido la introducción en España de un sistema de autoridades administrativas independientes (también llamadas *comisiones reguladoras*) que asuma la supervisión del cumplimiento normativo en cada uno de los sectores en los que la regulación se proyecta con mayor intensidad⁴⁵. Encontrando, sin que sirva de impedimento, su principal vicio en la excesiva sintonía de los órganos reguladores con el poder político, con el riesgo que ello conlleva⁴⁶.

3.2. Fundamento jurídico de la concurrencia entre el Derecho de la competencia europeo y español

En primer lugar, debe ponerse de manifiesto que la sustantividad propia de la cual está dotado el Derecho de la competencia tiene su reflejo, no sólo en su formulación teórica, también en su ejecución. Es por ello que, en este último bloque, relativo a la reforma institucional del Derecho administrativo en materia de defensa de la competencia, resulta oportuno realizar una aproximación dogmática sobre la construcción de un modelo administrativo descentralizado sin parangón ninguno en el resto de disciplinas jurídicas. Para ello, antes de comentar el esquema institucional de tutela administrativa del Derecho de la competencia, se ha considerado acertado acudir a otra rama del ordenamiento jurídico que comparte parentesco con el Derecho administrativo, como es el Derecho ambiental, a fin de revelar la especial singularidad que guarda la ejecución del Derecho de la competencia.

El Derecho ambiental, al igual que la mayoría de disciplinas jurídicas, distingue un régimen jurídico propio europeo y otro español. Distinción que, en verdad, es relativa, pues no deja de ser el Derecho español en relación con diversas materias el desarrollo normativo del Derecho europeo, fruto de la progresiva pérdida de soberanía nacional en el contexto de la Unión Europea⁴⁷. Pero en lo que ahora interesa, que es la *delimitación competencial* entre la Unión Europea y los Estados miembros en materia de protección



del medioambiente, destacan dos principios que, en síntesis, son los siguientes⁴⁸: a) el ejercicio compartido por parte de la Unión Europea y los Estados miembros de las competencias normativas, de conformidad con el principio de *subsidiariedad* (art. 5 TUE), y b) la ejecución del Derecho ambiental europeo, salvo excepciones, corresponde a los Estados miembros y se rige por el principio de *autonomía institucional* (construido por la jurisprudencia del TJUE).

El reparto competencial representado, es extensible al resto de ramas propias del ordenamiento comunitario. El Derecho europeo de la competencia, sin embargo, es ejecutado de forma concurrente por la Comisión Europea y las autoridades nacionales de la competencia. Por lo tanto, su aplicación responde a una lógica particular.

Es importante advertir, en relación con la concurrencia en la ejecución de la normativa comunitaria, que esta únicamente procederá cuando el acuerdo o práctica restrictiva de la competencia infrinja de manera simultánea tanto el Derecho europeo como el Derecho español. Esto sucederá cuando ambas legislaciones, europea y española, coincidan en su ámbito objetivo al tipificar las mismas conductas, pero en ámbito territorial distinto. Lo que implica, *a contrario sensu*, que si alguna de las conductas descritas sólo tiene trascendencia nacional, el Derecho aplicable, en nuestro caso, será el Derecho español de la Competencia, sin que pueda darse concurrencia alguna entre autoridades europeas y nacionales.

107

El Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 del TFUE (en lo sucesivo, el Reglamento 1/2003), es la norma que articuló el modelo institucional descentralizado al que nos venimos refiriendo.

En cuanto a la problemática que pretende exponerse en el presente punto, la interrelación entre el Derecho europeo y español en materia de defensa de la competencia, el artículo 3.1 del Reglamento 1/2003 atesora una capital importancia al ordenar que:

“Cuando las autoridades de competencia de los Estados miembros o los órganos jurisdiccionales nacionales apliquen el Derecho nacional de la competencia a los acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas o prácticas concertadas en el sentido del apartado 1 del artículo 101 del Tratado que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros a tenor de esa disposición, aplicarán también a dichos acuerdos, decisiones o prácticas el artículo 101 del Tratado. Cuando las autoridades de competencia de los Estados miembros o los órganos jurisdiccionales nacionales apliquen el Derecho nacional de la competencia a una práctica abusiva prohibida por el artículo 102 del Tratado, aplicarán también a la misma el artículo 102 del Tratado”.

Quiere decirse, pues, que la aplicación de las legislaciones europea y nacional de defensa de la competencia será siempre concurrente, salvo que la práctica restrictiva de que se trate no afecte a la libre competencia en el orden comunitario.

Finalmente, debe transcribirse, igualmente, el artículo 3.2 del Reglamento 1/2003, al disponer que:

“La aplicación del Derecho nacional de la competencia no podrá resultar en la prohibición de acuerdos, decisiones o asociaciones de empresas o prácticas concertadas y que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros pero no restrinjan la competencia en el sentido del apartado 1 del artículo 101 del Tratado, o que reúnan las condiciones del apartado 3 del artículo 101 del Tratado o que estén cubiertos por un reglamento de aplicación del apartado 3 del artículo 101 del Tratado. Lo dispuesto en el presente Reglamento no impedirá a los Estados miembros adoptar y aplicar en sus respectivos territorios legislaciones nacionales más estrictas en virtud de las cuales se prohíban o penalicen con sanciones determinados comportamientos que las empresas adopten de forma unilateral”.

108

Con ello, quiere decirse que, con base en el principio de primacía del Derecho europeo⁴⁹, los Estados miembros no pueden prohibir aquellos acuerdos, decisiones o prácticas que, de conformidad con la legislación europea, no impliquen restricción alguna de la libre competencia (o no, al menos, de forma significativa). En cambio, los Estados miembros sí podrán, en virtud de la parte final del citado apartado, establecer medidas legales más estrictas que las europeas en relación con el abuso de posición dominante regulado por el artículo 102 del TFUE⁵⁰.

3.3. Distribución de competencias entre Administraciones independientes

Para que la panorámica sobre la influencia del Derecho europeo de la competencia en la reforma institucional administrativa que, con mayor o menor fortuna, se ha tratado de ofrecer resulte completa, debe señalarse cuáles son los principios que modulan las relaciones existentes entre las autoridades administrativas encargadas de tutelar la citada materia.

Lo primero que debe decirse al respecto es que, en el diálogo entre la Administración europea y las nacionales, la primera tiene preferencia en la aplicación de la normativa europea sobre defensa de la competencia. Con ello, quiere ponerse de manifiesto que la Comisión Europea es la principal autoridad administrativa en el procedimiento de ejecución del Derecho europeo de la competencia⁵¹.

En cuanto a las autoridades nacionales de la competencia, cabe decir respecto del caso español que, en el plano administrativo, la entidad encargada de aplicar la normas de competencia europeas y españolas es la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC)⁵², mientras que, en el jurisdiccional, los Tribunales contencioso-administrativos intervienen a título de control judicial sobre las decisiones de la CNMC



y, por su parte, los Juzgados de lo Mercantil tienen plena competencia para aplicar tanto los artículos 101 y 102 del TFUE como los artículos 1 y 2 de la LDC 2007.

Por último, debe hacerse referencia a la cooperación entre las Administraciones independientes y los órganos jurisdiccionales encargados de aplicar el Derecho de la Competencia. Al tratarse de un modelo institucional descentralizado, resulta fundamental que se dé una verdadera colaboración, por un lado, entre órganos administrativos con órganos judiciales (art. 16 de la LDC 2007) y, por otro, entre las propias autoridades administrativas de competencia (art. 11 del Reglamento 1/2003; la creación de la *European Competition Network*).

4. CONCLUSIONES

En suma, de las consideraciones ofrecidas a lo largo del trabajo, puede concluirse que la regulación para la competencia en el actual espacio europeo constituye un proceso inevitable.

Después de que el Estado social trajera consigo una muy significativa intervención pública en la actividad económica e industrial, la fase de desregulación debe ir seguida, necesariamente, de un período de neo-regulación. El debate entre liberales e intervencionistas llega a ser tan interesante como interminable. Por ello, y dado el conocimiento limitado que se aún tiene de un triángulo tan complejo (regulación; sectores regulados; competencia), la actividad administrativa de regulación deberá ser ejercida con extrema prudencia. En este sentido, podría ilustrarse la problemática regulatoria con el ejemplo del agua; imprescindible para la existencia de vida cuando se proporcione en su justa medida y, a su vez, capaz de causar la muerte cuando se reciba en cantidad excesiva.

La reforma o transformación del Derecho administrativo, entre otros factores de notable importancia, trae causa de la progresiva cesión de soberanía a favor de instancias supranacionales; en concreto, de la Unión Europea y sus instituciones. Fenómeno que se viene dando desde la integración comunitaria producida en 1986. Desde ese momento, son varias las áreas del Derecho administrativo que se han visto profundamente modificadas, destacando los diversos sectores regulados integrados en el mercado único europeo y, en consecuencia, el Derecho administrativo Sancionador; vertiente jurídico-administrativa en la que debe encuadrarse por su naturaleza el Derecho de la competencia. De modo que, por las razones expuestas, la *vis expansiva* de la defensa de la competencia ha cambiado profundamente algunos aspectos sustantivos del Derecho administrativo, siendo un claro ejemplo la incorporación al procedimiento administrativo común de diversas técnicas introducidas en el Derecho español por efecto del Derecho europeo de la competencia.

En referencia al sistema de Administraciones independientes que se ha venido configurando en torno a los distintos sectores regulados, como ya se dijo, probablemente encuentre su mayor virtud en su propia existencia, mientras que, su vicio más relevante sea la excesiva sintonía mostrada en España con el poder político. Ahora bien, es innegable que este esquema ha transformado las bases del sector público institucional, una vez más, fruto de los modelos jurídico-administrativos importados de la Unión Europea y, en origen, de los Estados Unidos de América.

Finalmente, en cuanto a la aplicación del Derecho europeo de la competencia, cabe criticar la excesiva complejidad de un sistema que, dada la singular relación que plantea entre jueces y actos administrativos, podría afectar directamente al principio de división de poderes.

BIBLIOGRAFÍA

BANACLOCHE PALAO, J. y ZARZALEJOS NIETO, J. (2011). *Aspectos fundamentales de Derecho Procesal Penal*. Ed. LA LEY, Madrid.

BAÑO LEÓN, J.M.^a (2008). Comentario al art. 50 de la LDC en *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*. Ed. Civitas, Madrid.

BAÑO LEÓN, J.M.^a (2016). La evolución del Derecho de la Competencia y su irradiación en el Derecho Público. *Revista de Administración Pública*, núm. 200, 295-314.

BETANCOR RODRÍGUEZ, A. (1995). *Las Administraciones independientes*. Ed. Tecnos, Madrid.

DE LA CRUZ FERRER, J. (2002). *Principios de regulación económica en la Unión Europea*. Ed. Instituto de Estudios Económicos, Madrid.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T-R. (2013). *Curso de Derecho Administrativo, I*. Ed. Civitas, Madrid.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1952). Reflexiones sobre los estudios de Derecho. *Revista de Educación*, núm. 5, 143-148.

GONZÁLEZ PÉREZ, J. (1998). La transacción en el Proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. *Revista de Administración Pública*, núm. 145, 7-28.

GUTIÉRREZ, A. (2008). Comentario al art. 2 de la LDC en *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*. Ed. Civitas, Madrid.



LAGUNA DE PAZ, J.C. (2016). *Derecho Administrativo Económico*. Ed. Civitas, Madrid.

LOZANO CUTANDA, B. (2010). *Derecho Ambiental Administrativo*. Ed. LA LEY, Madrid.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2013). *La ciencia del Derecho administrativo en España: una perspectiva histórica*, en VON BOGDANDY, A. y MIR PUIGPELAT, O. (coords.). *El Derecho administrativo en el espacio jurídico europeo*. Ed. Tirant lo blanch, Madrid.

NOTAS

¹ El 29 de diciembre de 1874 el General Martínez Campos proclamó a Alfonso de Borbón, hijo de la Reina exiliada Isabel II, como Rey de España (Alfonso XII de España). Se abrió, a continuación, el período histórico de la Restauración; etapa política, conocida como *el turno* y protagonizada por Antonio CÁNOVAS DEL CASTILLO y Práxedes Mateo SAGASTA, que dio lugar al periodo más estable durante el liberalismo español del siglo XIX.

111

² Catedrático de Derecho administrativo en la Universidad de Santiago de Compostela y Abogado.

Merecen ser citadas las palabras que pronunció, el 15 de septiembre de 1956, en la clausura del *VIII Curso Internacional de Verano de Santiago de Compostela*, como reflexión acerca de lo que debía ser la reforma administrativa que posteriormente impulsó:

“La Administración está ligada a la vida, y ha de adaptarse con prontitud a las necesidades que ofrece el mundo moderno en un siglo en el que la vida cambia rápidamente [...] Se impone, pues, la reforma administrativa. La reforma ha de extenderse fundamentalmente a tres campos: la organización, el funcionamiento y el personal de la Administración pública [...] Hay que introducir también reformas directamente encaminadas a perfeccionar los métodos de trabajo en las oficinas públicas [...] Otro aspecto de la reforma funcional consiste en la mejora de las normas jurídicas que rigen el procedimiento administrativo. Al revisarlas, debería simplificarse la tramitación de los expedientes, abreviar los plazos y reducir el papeleo. En la reforma administrativa, como en todo, lo fundamental es el hombre. El éxito de la reforma administrativa depende, principalmente, de los funcionarios. De aquí que una reforma de la Administración no pueda considerarse viable, si no abarca y coloca en primer lugar el perfeccionamiento de la formación de los funcionarios. La formación del funcionario no debe terminar en el momento de su entrada al servicio de la Administración; es imprescindible que periódicamente se atienda con seriedad a su reciclaje”.

³ Reforma administrativa cuyos hitos fundamentales fueron: el Decreto Ley, de 25 de febrero de 1957, de Reorganización de la Administración Central del Estado; la Ley, de 20 de julio de 1957, de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (que serían refundidas en virtud del Decreto, de 26 de julio de 1957, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado) y, sobre todo, la Ley, de 17 de julio de 1958, de Procedimiento Administrativo. Texto este último al que Luis Sánchez Agesta, Catedrático de Derecho Político, se refirió como *“una verdadera Carta Magna de los administrados”*.

⁴ Las primeras obras publicadas en la materia fueron: *Principii fondamentali de diritto amministrativo* (1814) de Gian Domenico Romagnosi, en Italia; *Droit administratif* (1822) de Louis Marie de la Hogue, en Francia, y los dos tomos de *Instituciones del Derecho administrativo español* (1843), de Pedro Gómez de la Serna, en España.

⁵ Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: “Reflexiones sobre los estudios de Derecho”, *Revista de Educación*, núm. 5, 1952, págs. 143-148.

Se trata de un maravilloso ensayo mediante el que se explica por el profesor cómo la referida transformación estatal tiene su inmediato reflejo en el sentido del Derecho; el cual, a su vez, implica una profunda transmutación sociológica. La tensión entre las realidades Estado y Sociedad quedaron planteadas en el Estado social de Derecho, como así puede observarse en el escrito, desde una situación esencialmente diversa a la anterior.

⁶ Véase SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: (2009), “La ciencia del Derecho administrativo en España: una perspectiva histórica”, en VON BOGDANDY, A. Y MIR PUIGPELAT, O. (coords.), *“El Derecho administrativo en el espacio jurídico europeo”*, Ed. Tirant lo blanch, Madrid, 2013.

⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T-R.: *“Curso de Derecho Administrativo, I.”*, Ed. Civitas, Madrid, 2013, pág. 64.

112

⁸ Condición que, sin embargo, no impide que la jurisdicción contencioso-administrativa conozca de algunos litigios en los que la Administración Pública no es parte en sentido estricto; sirva de ejemplo el control que ejerce sobre la actividad administrativa de los órganos constitucionales.

⁹ Dado que, en sentido material, el principio de unidad del ordenamiento jurídico impone la necesaria conexión de las distintas disciplinas jurídicas entre sí; máxime en la actualidad, siendo las cuestiones a resolver cada vez más complejas.

¹⁰ La cita, siendo *“Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht”* en alemán, se corresponde con el título que da el autor a una conferencia pronunciada el 15 de mayo de 1959 en la Universidad de Stuttgart. Asimismo, cabe señalar que Fritz WERNER fue presidente del Tribunal Administrativo Federal alemán (*“Bundesverwaltungsgericht”*).

¹¹ Cita recogida en el Prólogo de la tercera edición de su conocida obra titulada *Derecho Administrativo Alemán (“Deutsches Verwaltungsrecht”)*, fechado a 29 de agosto de 1923.

¹² GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T-R., 2013, pág. 52.

¹³ Puede leerse al comienzo del Preámbulo de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la competencia (en adelante, la LDC 2007), que *“existe un acuerdo generalizado con respecto a la creciente importancia de la defensa de la competencia, que se ha consolidado como uno de los elementos principales de la política económica en la actualidad”*.

¹⁴ DE LA CRUZ FERRER, J.: *“Principios de regulación económica en la Unión Europea.”*, Ed. Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2002, págs. 280 a 283.

¹⁵ En concreto, la teoría austriaca del descubrimiento empresarial.

¹⁶ LAGUNA DE PAZ, J.C.: *“Derecho Administrativo Económico.”*, Ed. Civitas, Madrid, 2016, págs. 317 a 361.



¹⁷ BAÑO LEÓN, J.M.ª: “La evolución del Derecho de la Competencia y su irradiación en el Derecho Público.”, en la *Revista de Administración Pública*, núm. 200, 2016.

¹⁸ Siguiendo a BANACLOCHE PALAO, J. Y ZARZALEJOS NIETO, J.: “*Aspectos fundamentales de Derecho Procesal Penal*.”, Ed. LA LEY, Madrid, 2011, la estructura básica del proceso penal se divide en dos fases: la fase de instrucción y la fase de juicio oral. Cuentan que esta división en fases ya estaba contemplada por el texto original de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 y respondió al deseo del legislador de garantizar la imparcialidad del Tribunal sentenciador; limitando así sus funciones a sólo al enjuiciamiento del caso, sin realizar previamente actividad instructora alguna. Hasta entonces, el mismo juez que instruía el caso era el que luego dictaba la sentencia, con el consiguiente riesgo de que tuviera ya prejuzgada la culpabilidad del acusado antes de comenzar la vista oral.

¹⁹ Véase la STEDH de 27 de septiembre de 2011 (recurso núm. 43509/08), relativa al caso *Menarini Diagnostiv. Italia*, en su marginal 59.

²⁰ Se recomienda la lectura de la STC 22/1990, de 15 de febrero, en su Fundamento Jurídico 4º:

“En primer lugar, no es ocioso traer a colación la cautela con la que conviene operar cuando de trasladar garantías constitucionales extraídas del orden penal al derecho administrativo sancionador, se trata; esta delicada operación no puede hacerse de forma automática, porque la aplicación de dichas garantías al procedimiento administrativo sólo es posible en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza. De este modo, en distintas ocasiones el Tribunal Constitucional ha sostenido que no puede pretenderse que el Instructor en un procedimiento administrativo sancionador, y menos aún el órgano llamado a resolver el expediente, goce de las mismas garantías que los órganos judiciales; porque en este tipo de procedimientos el Instructor es también acusador en cuanto formula una propuesta de resolución sancionadora y, por otra parte, el órgano llamado a decidir es el mismo que incoa el expediente y, por ello, no deja de ser Juez y parte al mismo tiempo (ATC 320/1986, fundamento jurídico 5.º).”

113

²¹ Separación que constata el artículo 25.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en lo sucesivo, Ley de creación de la CNMC), en virtud del cual “*las Direcciones mencionadas en el apartado anterior (Competencia, Telecomunicaciones, Energía y Transportes y Sector Postal) ejercerán sus funciones de instrucción con independencia del Consejo*”.

²² Resultan de gran interés las consideraciones realizadas al respecto por BAÑO LEÓN, J.M.ª: “Comentario al art. 50 de la LDC.”, en “*Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*.”, Ed. Civitas, Madrid, 2008, págs. 612 y 613, en las que expone lo siguiente:

“(…) En la Ley de 1989 el procedimiento se estructuraba en dos fases imputables a órganos que formaban parte de Administraciones diferentes. La instrucción correspondía al Servicio de Defensa de la Competencia (SDC), dependiente del Gobierno e incardinado en la Administración General del Estado; la resolución correspondía al Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), organismo con personalidad jurídica diferenciada respecto de la Administración del Estado. De ahí que ese procedimiento bifásico no siguiera el esquema del procedimiento administrativo sancionador típico, sino que se asemejara al procedimiento penal: las funciones de Juez Instructor se le encomendaban al SDC y las del Tribunal sentenciador al TDC. En otro lugar hemos destacado que la aproximación del procedimiento a la Ley de enjuiciamiento criminal producía el efecto de que en muchas ocasiones las dudas del procedimiento se resolvieran con la invocación de LECrim y no de la normativa sobre procedimiento administrativo. Esta situación cambia radicalmente en la nueva ley (Ley 15/2007,

de 3 de julio, de Defensa de la Competencia), que se atiende en este punto de manera rigurosa a los principios del procedimiento administrativo sancionador, de suerte que en lo no previsto en la ley y en su reglamento debe aplicarse la Ley 30/1992 y el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora. La separación entre instrucción y resolución que la LDC 1989 atribuía a entidades diferentes no vinculadas entre sí, aparece ahora confiada a órganos diferentes de una misma Administración Pública, la CNC. (...) Ningún reparo jurídico cabe hacer a esta nueva ordenación del procedimiento sancionador, por la sencilla razón de que cumple escrupulosamente los principios del procedimiento utilizado por todas las Administraciones Públicas, pues la diferenciación entre las funciones de instrucción y resolución únicamente requiere que se atribuya cada una de esas funciones a un órgano diferente (artículo 134.2 de la Ley 30/1992). Este hecho no debe obviar, sin embargo, la consecuencia arriba expuesta de una pérdida de las garantías de objetividad del CCNC, al depender en definitiva la DICNC del presidente. Esta crítica resulta, por lo demás, mucho más acentuada en la Comisión Europea, ya que en ese ordenamiento ni el antiguo Reglamento 17 ni el vigente Reglamento (CE) núm. 1/2003 prevén ninguna garantía al servicio de la distinción entre la fase de instrucción y la fase de resolución por la Comisión Europea de los expedientes sancionadores”.

²³ Actualmente, en materia de defensa de la competencia, las condiciones en las que ha de darse la terminación convencional del procedimiento administrativo sancionador, quedan recogidas: en el artículo 9 del Reglamento (ce) núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado; y en el artículo 52 de la LDC 2007.

²⁴ Problemática que ya fue señalada, desde una más amplia perspectiva, por GONZÁLEZ PÉREZ, J.: “La transacción en el Proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.”, en la *Revista de Administración Pública*, núm. 145, 1998:

“Ahora bien, admitido que la transacción es posible en el ámbito de las relaciones jurídico-administrativas, ¿ha de considerarse admisible en cualquier tipo de relación? Cuando la LRJPA prevé la admisibilidad de la terminación convencional del procedimiento administrativo no resuelve la cuestión, ya que, al enumerar los requisitos exigidos para la validez del convenio incluye entre ellos que «no versen sobre materias no susceptibles de transacción». Lo que obliga a determinar las materias en que las Administraciones públicas gozan de un margen de disponibilidad. En conclusión, será admisible la transacción respecto de relaciones jurídico-administrativas en la medida en que la Administración pública titular goce de un margen de disponibilidad con arreglo al Ordenamiento jurídico”.

²⁵ En este punto, mientras que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tiene por costumbre respetar el contenido discrecional de las sanciones impuestas por la Comisión Europea, el Tribunal Supremo español únicamente admite las consideraciones de la CNMC cuando encuentran su fundamento en algún precedente europeo (jurisprudencia del TJUE o decisiones de la Comisión Europea, de conformidad con el Reglamento (ce) núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado).

²⁶ El Tribunal Supremo se ha manifestado rotundamente contrario a que el principio de discrecionalidad técnica pueda ser aceptado como elemento rector de la potestad sancionadora. Véase la STS, de 8 de octubre de 2001, dictada por su Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, en la que guardan especial interés las consideraciones siguientes:



“A) La potestad sancionadora que ejerce la Administración, decidiendo cuáles son los hechos y conductas acaecidos en la realidad; si los mismos se subsumen o no en un tipo infractor previamente establecido en norma hábil para ello; y cuál la sanción que a tales hechos y conductas corresponde según las previsiones, también previas, contenidas a tal fin en el ordenamiento jurídico, no se desenvuelve a través de una actuación administrativa que esté gobernada por el llamado principio de la discrecionalidad técnica; es, por el contrario, una actuación que ha de decidir sobre cuestiones jurídicas aplicando, de manera reglada, no discrecional, conceptos, elementos, pautas y criterios prefijados en normas jurídicas. Es, en frase usualmente empleada cuando se reflexiona sobre aquel principio, una actuación que resuelve un problema jurídico en términos jurídicos, en la que los conocimientos científicos, artísticos o técnicos no son los que han de gobernar la decisión, sino tan sólo uno de los instrumentos que en algunos casos puede ser necesario para la correcta interpretación y aplicación de la norma jurídica tipificadora de las infracciones y sanciones.

B) También es una cuestión jurídica a resolver en términos jurídicos la de decidir cuál deba ser en el caso concreto la sanción, dentro del abanico previsto en la norma, adecuada a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción. La obligada aplicación del principio de proporcionalidad se traduce en una actuación reglada, consistente en tomar en cuenta o en consideración, razonadamente y con la motivación precisa, los elementos, criterios y pautas que a tal fin se deduzcan del ordenamiento en su conjunto, o del sector de éste afectado, y en particular los que haya podido establecer la norma jurídica aplicable, cual es, en el caso enjuiciado, el artículo 10.2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.”

²⁷ Criterio cuya utilización ya propuso el Tribunal Constitucional en el Fundamento Jurídico 7º de la STC 137/1997, de 21 de julio:

“En efecto, el derecho a la legalidad sancionadora debe partir del respeto judicial y, en su caso, administrativo a las palabras de la norma, al significado literal o textual del enunciado que transmite la proposición normativa, pues el legislador expresa el mensaje normativo con palabras y con palabras es conocido por sus destinatarios. Este respeto no garantiza siempre una decisión sancionadora acorde con las garantías esenciales de seguridad jurídica o de interdicción de la arbitrariedad, pues, entre otros factores, el lenguaje es relativamente vago y versátil, las normas son necesariamente abstractas y se remiten implícitamente a una realidad normativa subyacente, y dentro de ciertos límites (por todas, STC 111/1993), el propio legislador puede potenciar esa labilidad para facilitar la adaptación de la norma a la realidad (ya en la STC 62/1982; recientemente, STC 53/1994). Debe perseguirse, en consecuencia, algún criterio añadido que, a la vista de los valores de seguridad y de legitimidad en juego, pero también de la libertad y la competencia del Juez en la aplicación de la legalidad (SSTC 89/1983, 75/1984, 111/1993), distinga entre las decisiones que forman parte del campo de decisión legítima de éste y las que suponen una ruptura de su sujeción a la ley. (...)

La seguridad jurídica y el respeto a las opciones legislativas de sanción de conductas sitúan la validez constitucional de la aplicación de las normas sancionadoras desde el prisma del principio de legalidad tanto en su respeto al tenor literal del enunciado normativo, que marca en todo caso una zona indudable de exclusión de comportamientos, como en su razonabilidad. Dicha razonabilidad habrá de ser analizada desde las pautas axiológicas que informan nuestro texto constitucional (SSTC 159/1986, 59/1990, 111/1993) y desde modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica. Sólo así podrá verse la decisión sancionadora como un fruto previsible de una razonable administración judicial o administrativa de la soberanía popular. A ese contexto de criterios y valores es al que nos hemos referido en otras

ocasiones como habilitador de la utilización de conceptos jurídicos indeterminados en las normas sancionadoras -determinables "en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia" (SSTC 69/1989, 214/1989, 116/1993, 26/1994, 306/1994, 184/1995)-. (...)

A fin de aplicar el canon descrito en este fundamento jurídico debe partirse, en principio, de la motivación explícita contenida en las resoluciones recurridas”.

²⁸ Véanse los requisitos en el artículo 65 de la LDC 2007.

²⁹ Véanse los requisitos en el artículo 66 de la LDC 2007.

³⁰ La Comisión Europea aprobó, el 18 de julio de 1996, la Comunicación relativa a la no imposición a la no imposición de multas o a la reducción de su importe en los asuntos relacionados con acuerdos entre empresas (96/C 207/04), reemplazada por la Comunicación, de 19 de febrero de 2002, relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel (2002/C 45/03), sustituida finalmente por la vigente Comunicación, de 8 de diciembre de 2006 (2006/C 298/11), con igual denominación que la anterior, en la que se expone lo siguiente (marg. 1):

“La presente Comunicación establece el sistema por el cual se recompensa la cooperación con la investigación de la Comisión por parte de empresas que han formado o forman parte de cárteles secretos que afectan a la Comunidad. Los cárteles son acuerdos o prácticas concertadas entre dos o más competidores cuyo objetivo consiste en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas tales como la fijación de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales, la asignación de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las colusiones en licitaciones, las restricciones de las importaciones o exportaciones o las medidas anticompetitivas contra otros competidores. Tales prácticas figuran entre los casos más graves de violación del artículo 81 del Tratado CE”.

³¹ LAGUNA DE PAZ, J.C.: *“Derecho Administrativo Económico.”*, Ed. Civitas, Madrid, 2016, págs. 393 a 395.

³² Véase el marginal (6) de la Comunicación, de 8 de diciembre de 2006, relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel, dictada por la Comisión Europea (2006/C 298/11).

³³ En virtud del citado precepto, se establece que:

“Cuando el denunciante haya participado en la comisión de una infracción de esta naturaleza y existan otros infractores, el órgano competente para resolver el procedimiento deberá eximir al denunciante del pago de la multa que le correspondería u otro tipo de sanción de carácter no pecuniario, cuando sea el primero en aportar elementos de prueba que permitan iniciar el procedimiento o comprobar la infracción, siempre y cuando en el momento de aportarse aquellos no se disponga de elementos suficientes para ordenar la misma y se repare el perjuicio causado.

Asimismo, el órgano competente para resolver deberá reducir el importe del pago de la multa que le correspondería o, en su caso, la sanción de carácter no pecuniario, cuando no cumpliéndose alguna de las condiciones anteriores, el denunciante facilite elementos de prueba que aporten un valor añadido significativo respecto de aquellos de los que se disponga.



En ambos casos será necesario que el denunciante cese en la participación de la infracción y no haya destruido elementos de prueba relacionados con el objeto de la denuncia”.

³⁴ Véase la observación (18) recogida en el Dictamen núm. 275/2015, de 29 de abril, del Consejo de Estado, según la cual:

“Sin desconocer la utilidad del procedimiento de clemencia en muchos de los ámbitos de actuación de las Administraciones Públicas, es lo cierto que su regulación como mecanismo de aplicación genérica dentro del procedimiento administrativo común puede colisionar con lo dispuesto en las leyes sectoriales en las que se regula tal procedimiento (así, en la legislación sobre protección de datos, en la de defensa de la competencia o en el ámbito tributario). Se trata de un mecanismo eficaz para incentivar la denuncia de infracciones y, con ello, facilitar su detección y sanción. Sin embargo, su extensión, de forma global y generalizada, a todos los procedimientos sancionadores, impide atender a las peculiaridades que por razón de la materia puedan existir en cada caso, lo que hace preferible mantener la regulación de este procedimiento en la legislación sectorial. Se recomienda por ello valorar la conveniencia de introducir una regla de este tipo en la ley reguladora del procedimiento administrativo común”.

³⁵ BETANCOR RODRÍGUEZ, A.: *“Las Administraciones independientes.”*, Ed. Tecnos, Madrid, 1995.

³⁶ La primera agencia data de 1844, en Rhode Island, creada para el control del transporte ferroviario, creándose más tarde, en 1887, la *Interstate Commerce Commission*.

³⁷ De esa forma, el modelo quedó consolidado con referentes como la Federal Power Commission, de 1930, o la Federal Communications Commission, de 1934.

³⁸ Sin embargo, el primer precedente en Europa podría considerarse el Bundesbank alemán, en 1957.

³⁹ Sirvan a modo de ejemplo: el Consejo de Seguridad Nuclear (CSN), creado por la Ley 15/1980, de 22 de abril; la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CMNV), creada por la Ley 24/1988, de 28 de septiembre; o la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), creada por la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre.

⁴⁰ LAGUNA DE PAZ, J.C.: *“Derecho Administrativo Económico.”*, Ed. Civitas, Madrid, 2016, págs. 139 a 175.

⁴¹ Resulta muy ilustrativo el caso de la CNMC, estableciendo el artículo 15.1 de su Ley de creación que:

“Los miembros del Consejo, y entre ellos el Presidente y el Vicepresidente, serán nombrados por el Gobierno, mediante Real Decreto, a propuesta del Ministro de Economía y Competitividad, entre personas de reconocido prestigio y competencia profesional en el ámbito de actuación de la Comisión, previa comparecencia de la persona propuesta para el cargo ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados. El Congreso, a través de la Comisión competente y por acuerdo adoptado por mayoría absoluta, podrá vetar el nombramiento del candidato propuesto en el plazo de un mes natural a contar desde la recepción de la correspondiente comunicación. Transcurrido dicho plazo sin manifestación expresa del Congreso, se entenderán aceptados los correspondientes nombramientos”.

Guarda interés, además, como mecanismo tendente a la independencia funcional de la entidad, que el apartado segundo del precepto citado anteriormente fije en seis años, sin posibilidad de reelección, el

mandato de los miembros del Consejo. De ese modo, se asegura una asimetría importante respecto del compás político.

⁴² Véase el artículo 23.1 de la Ley de creación de la CNMC.

⁴³ Véase, por lo general, la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado y, por lo particular, el artículo 22 de la Ley de creación de la CNMC.

⁴⁴ Muestra de la autonomía funcional mencionada es, en el plano formal, la legitimación que le reconoce a la CNMC el artículo 5.4 de su Ley de creación para impugnar, ante la jurisdicción competente, los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados.

⁴⁵ Destacando, entre ellos: el energético, el audiovisual, el de las telecomunicaciones, el del transporte y servicio postal, o el financiero.

⁴⁶ El principal riesgo que comporta la conducta descrita se viene denominando como *la captura del regulador*. En relación con este fenómeno, DE LA CRUZ FERRER, J.: “*Principios de regulación económica en la Unión Europea*.”, Ed. Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2002, comenta que “*el riesgo no es sólo de captura por los intereses regulados, sino de manipulación por los intereses políticos respecto de los cuales se espera que los reguladores sean independientes y establezcan medidas que persigan objetivos técnicos y no sucumban a consideraciones o intereses políticos partidistas y coyunturales*”.

⁴⁷ En este sentido, debe tenerse presente que la acción de la Unión Europea es más intensa en determinados ámbitos (como el comercio exterior, la defensa de la competencia, la energía, el medio ambiente, la agricultura, o los mercados financieros) que en otros (como la educación, la sanidad, o la seguridad social), donde la formulación de políticas nacionales rige la materia de que se trate.

⁴⁸ LOZANO CUTANDA, B.: “*Derecho Ambiental Administrativo*.”, Ed. LA LEY, Madrid, 2010.

⁴⁹ Véanse, en relación con el principio de primacía de la Unión Europea, la STC 215/2014, de 18 de diciembre, y la conocida STJUE, de 15 de julio de 1964, (asunto Costa v. ENEL) que contiene los siguientes fundamentos al respecto: a) las normas internas de los Estados miembros no pueden hacer que la fuerza del derecho de la Unión sea desigual entre los Estados; b) el Derecho derivado de la Unión Europea tiene carácter obligatorio, de reconocimiento obligatorio por todos los Estados; c) los Estados miembros están obligados por la adhesión a la Unión Europea y deben abstenerse de adoptar medidas que pongan en peligro objetivos fundamentales de la misma y d) los Estados miembros han aceptado que el ordenamiento de la Unión Europea se aplique sin discriminación.

⁵⁰ Véase el completo estudio sobre la regulación española del abuso de posición dominante realizado por GUTIÉRREZ, A.: “Comentario al art. 2 de la LDC.”, en “*Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*.”, Ed. Civitas, Madrid, 2008, págs. 111 a 197.

⁵¹ El título competencial de la Comisión Europea para practicar inspecciones, emitir juicio y, en su caso, imponer sanciones a las empresas que violen el contenido de los artículos 101 y 102 del TFUE, se encuentra en el artículo 105 del TFUE.



Asimismo, el artículo 16 del Reglamento 1/2003 establece, claramente, una vinculación positiva de las autoridades nacionales de la competencia, ya sean administrativas o judiciales, respecto de las decisiones tomadas por la Comisión Europea, en virtud del cual:

“1. Cuando los órganos jurisdiccionales nacionales se pronuncien sobre acuerdos, decisiones o prácticas en virtud de los artículos 81 u 82 del Tratado ya haya sido objeto de una decisión de la Comisión, no podrán adoptar resoluciones incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión. Deberán evitar asimismo adoptar decisiones susceptibles de entrar en conflicto con una decisión prevista por la Comisión en procedimientos que ya haya incoado. A tal fin, corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales apreciar si procede suspender su procedimiento. Esta obligación se entenderá sin perjuicio de los derechos y obligaciones que establece el artículo 234 del Tratado.

2. Cuando las autoridades de competencia de los Estados miembros decidan acerca de acuerdos, decisiones o prácticas en virtud de los artículos 81 u 82 del Tratado que ya hayan sido objeto de una decisión de la Comisión, no podrán adoptar decisiones incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión”.

A propósito del artículo 16, es valiosa la reflexión realizada por el profesor BAÑO LEÓN, J.M.⁵²: “La evolución del Derecho de la Competencia y su irradiación en el Derecho Público.”, en la *Revista de Administración Pública*, núm. 200, 2016:

“Resulta clara la afectación que, en principio, supone para la división de poderes y el principio de vinculación exclusiva del juez a la ley el hecho de que el Reglamento de la Unión prevea la vinculación del juez a un acto administrativo, que ni siquiera tiene que ser firme. El tenor del art. 16 es terminante: el juez no puede adoptar resoluciones incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión. (...) En la perspectiva del derecho interno la tensión entre la garantía de la independencia judicial y la vinculación del juez a la decisión de la Comisión puede salvarse por la prevalencia del derecho de la Unión y el mecanismo de la cuestión prejudicial. Desde este punto de vista el juez sólo estaría vinculando el acto administrativo de la Comisión en la medida en que lo considere ajustado a derecho. Si el juez considera que el acto es ilegal deberá plantear cuestión prejudicial de validez al Tribunal de Justicia para así garantizar la primacía efectiva del derecho de la Unión”.

⁵² Sin perjuicio de las autoridades autonómicas de competencia, sobre las cuales no nos hemos centrado dada su menor importancia. De hecho, hay Comunidades Autónomas que no disponen de autoridad en materia de competencia (Asturias, Castilla la Mancha, Islas Baleares, La Rioja y Cantabria), siendo en esos casos la CNMC quien instruye y resuelve.

