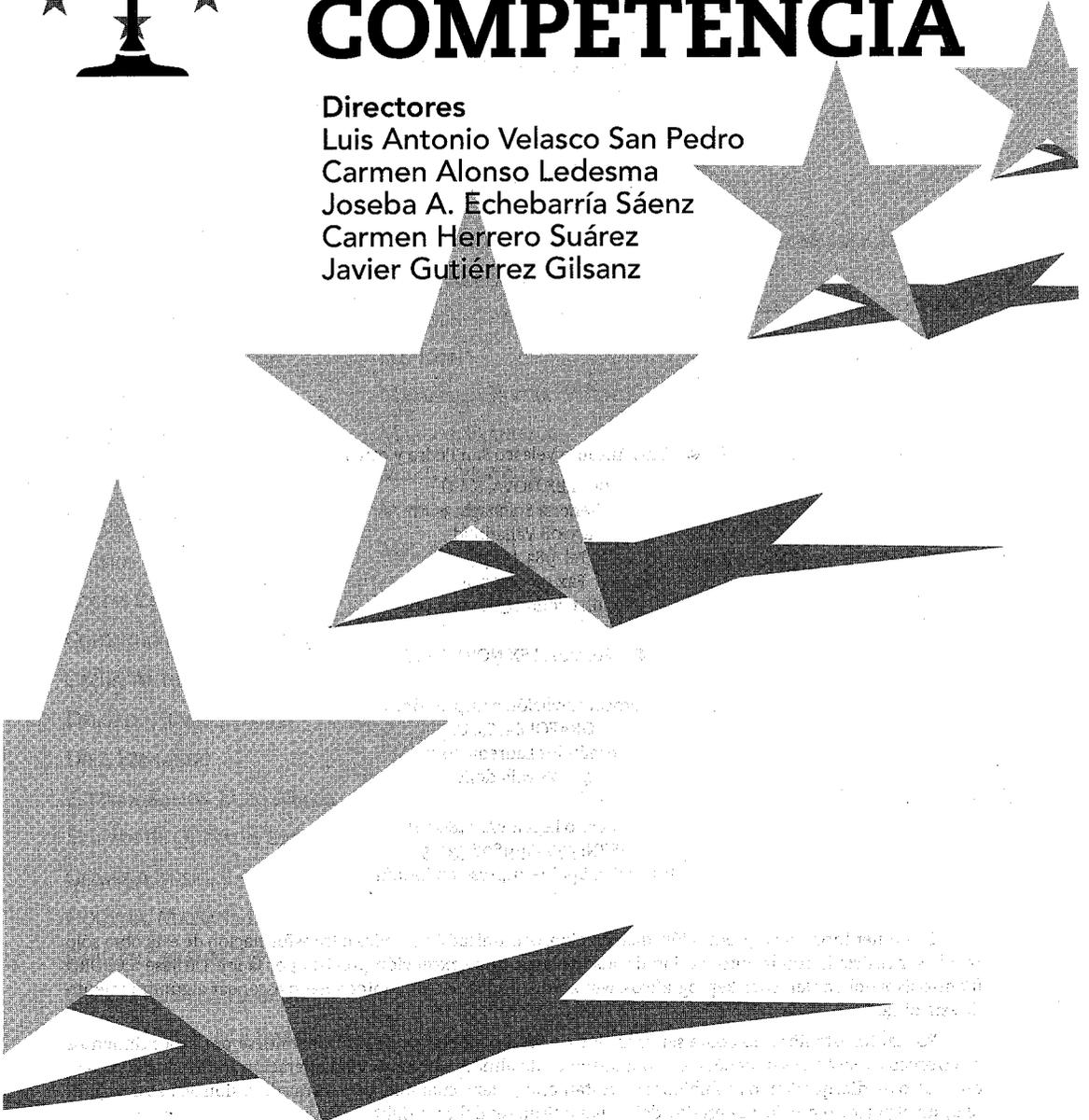


*La aplicación  
privada del*  
**DERECHO de la  
COMPETENCIA**

**Directores**  
Luis Antonio Velasco San Pedro  
Carmen Alonso Ledesma  
Joseba A. Echebarría Sáenz  
Carmen Herrero Suárez  
Javier Gutiérrez Gilsanz



Unión Europea





# 45

## APLICACIÓN ADMINISTRATIVA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

---

José Carlos Laguna de Paz  
Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad de Valladolid

### I. ES MÁS CONFORME CON EL SISTEMA INSTITUCIONAL EUROPEO, SIN PERJUICIO DE LA CONVENIENCIA DE POTENCIAR LA ACCIÓN PRIVADA

1. En todos los países, las normas de defensa de la competencia persiguen el mismo objetivo: la protección del proceso competitivo en el mercado. Sin embargo, su aplicación se articula siguiendo *dos modelos* distintos:

- (i) En el sistema *estadounidense*, la aplicación se encomienda a *órganos judiciales*, a través de acciones penales y civiles:
  - Las prácticas colusorias<sup>(1)</sup> y las conductas monopólicas<sup>(2)</sup> se califican como delitos (*felonies*), cuya represión contempla sanciones económicas y/o privativas de libertad para los responsables. Se entiende que la respuesta penal despliega una cualificada función de prevención general (*punitive and deterrent functions*).
  - Al mismo tiempo, la legislación favorece la reclamación de daños y perjuicios derivados de la infracción (*private enforcement*): se reconocen acciones

---

(1) «Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court» (Sección 1.<sup>a</sup> de la *Sherman Act*, actualizada).

(2) «Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court» (Sección 2.<sup>a</sup> de la *Sherman Act*, actualizada).

colectivas (*class actions*); la indemnización sigue la regla del triple del daño causado (*treble damages*)<sup>(3)</sup>; y la normativa faculta al demandante para obtener información del demandado (*discovery*), lo que facilita la prueba<sup>(4)</sup>.

(ii) En el *modelo europeo*, la aplicación de las normas de defensa de la competencia, tradicionalmente, se ha confiado a las autoridades administrativas, sujetas a la posible revisión judicial de sus actos. No obstante, la reclamación de daños y perjuicios —que ha de ensayarse ante la jurisdicción civil— sigue siendo muy limitada.

2. En la práctica, sin embargo, ambos modelos no se construyen como sistemas cerrados, sino que —en uno u otro grado— dan entrada a elementos que los complementan<sup>(5)</sup>:

(i) En el Derecho *estadounidense*, las autoridades administrativas despliegan una función importante en la aplicación de las normas de defensa de la competencia:

- En materia de cárteles, no se reconocen facultades resolutorias a los órganos administrativos, pero sí de investigación y propuesta al juez. En concreto, la *División antitrust del Departamento de Justicia* lleva a cabo actuaciones de descubrimiento de conductas anticompetitivas, al tiempo que impulsa mecanismos para una más eficaz reacción pública (*leniency*).
- En materia de concentraciones empresariales, las empresas deben notificar previamente a la *Federal Trade Commission*, así como al *Assistant Attorney General* del Departamento de Justicia, las operaciones que excedan de ciertos umbrales (Sección 7.<sup>a</sup> de la *Clayton Act*). Su aprobación por parte de las autoridades administrativas puede ser impugnada ante los Tribunales por los Estados y los particulares.

(ii) Por su parte, el *sistema administrativo europeo* ha sufrido una importante corrección:

- La *aplicación centralizada de las normas europeas* mantiene el sistema administrativo. Así, corresponde a la Comisión: (a) el control, investigación y —en su caso— represión de las conductas anticompetitivas [artículo 4 del Reglamento CE 1/2003, del Consejo, de 16-12-2002, relativo a la aplicación de los

(3) La Sección 4.<sup>a</sup> de la *Clayton Act* permite a los demandantes solicitar el triple de los daños sufridos por una violación de las normas *antitrust*.

(4) *Federal Rules of Civil Procedure*. Asimismo, debe tomarse en cuenta el Convenio de La Haya de 18-3-1970, sobre la obtención de pruebas en el extranjero, en asuntos civiles y mercantiles.

(5) En algunos casos, se ha producido una aproximación entre ambos sistemas (control de concentraciones). No obstante, las diferencias entre el régimen europeo y estadounidense siguen siendo apreciables en aspectos clave: DeQ, BRIGGS, J., «EU and U.S. "Competing" via their Competition Regimes», *European Affairs*, The European Institute, otoño/invierno de 2010, vol. 10, núm. 3 [<http://www.europeaninstitute.org/Fall/Winter-2009-Vol-10-no-3/eu-and-us-qcompetingq-via-their-competition-regimes.html>]; ABBOTT, A.F., «A brief comparison of European and American antitrust law», The University of Oxford Centre for Competition Law and Policy, paper (L) 02/05, 2005 [<http://denning.law.ox.ac.uk/lawvle/users/ezrachia/CCLP%20L%2002-05.pdf>].

artículos 101 y 102 TFUE (en adelante, R. 1/2003)]<sup>(6)</sup>; (b) el control preventivo de las concentraciones empresariales de dimensión comunitaria [artículo 4 del Reglamento (CE) núm. 139/2004, del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas]<sup>(7)</sup>; (iii) el control previo de las ayudas estatales (artículos 108-109 TFUE).

- Al mismo tiempo, la reforma europea de 2003 deja libertad a los Estados para decidir si encomiendan la *aplicación descentralizada de las normas europeas* (artículos 101-102 TFUE) a *autoridades administrativas, judiciales o a ambas*. En este marco, el legislador español ha configurado un modelo de competencias concurrentes, en el que el interesado puede optar por: (a) la denuncia ante las autoridades administrativas; (b) o acudir directamente a los Tribunales para intentar la reparación de los daños causados por determinadas conductas anticompetitivas (prácticas restrictivas y abuso de posición dominante).

3. *Los modelos —administrativo y judicial— están bien asentados en sus respectivas tradiciones jurídicas.* La atribución de la defensa de la competencia a unas u otras autoridades, en el fondo, refleja las profundas diferencias entre la Administración europea y la estadounidense. Desde esta perspectiva, no puede extrañar que —en nuestro sistema— la protección del orden público económico<sup>(8)</sup> se encomiende a la Administración, que es la organización mejor dotada para asumir esta tarea. Es significativo a este respecto que en el Reino Unido la defensa de la competencia no se atribuya a los tribunales, sino a organismos administrativos, con atribuciones horizontales (*Office of Fair Trading, Competition Commission*) o sectoriales (comunicaciones, transportes, etc.).

4. La acción privada puede contribuir a una mayor efectividad de las normas de defensa de la competencia, por lo que es favorecida desde instancias europeas. No obstante —en el modelo administrativo—, la *acción privada complementa, pero no sustituye la función propia de las autoridades de defensa de la competencia*. Los Juzgados Mercantiles pueden: (i) ordenar el cese de la conducta anticompetitiva (artículos 101-102 TFUE); (ii) anular los contratos privados que estén en la base de la infracción; (iii) y declarar los daños y perjuicios ocasionados. Ahora bien, la acción privada no da lugar a indemnizaciones punitivas (*treble damages*), por lo que comporta un debilitado efecto de prevención general, que —en cambio— consigue la sanción administrativa.

## II. VENTAJAS ADICIONALES DE LA INTERVENCIÓN DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS

5. La intervención de las autoridades administrativas de defensa de la competencia tiene algunas *ventajas adicionales*:

(6) DO L 1/2003, de 4-1, que deroga al Reglamento núm. 17, del Consejo, de 6-2-1962.

(7) DO L 24, de 29-1, pp. 1-22.

(8) Esta comprensión se reflejaba ya en la EM de la Ley 110/1963, de 20-7, sobre Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia, lo que sería después utilizado por la propia jurisprudencia [STS de 30-12-1993 (Ar. 9902): «no ofrece dudas el carácter administrativo de la actividad del Estado dirigida al mantenimiento del orden público económico uno de cuyos instrumentos técnico-jurídicos es la Ley 110/1963, de 20 julio...» (FJ 3.º)].

- (i) Son órganos que cuentan con la *expertise*, así como con los medios necesarios para la aplicación de las normas de defensa de la competencia. En cambio, los órganos judiciales no disponen del mismo grado de especialización, ni —con frecuencia— del apoyo necesario para abordar con garantía los asuntos que han de resolver.
- (ii) La aplicación de las normas de la competencia, en algunos casos, requiere una *ponderación de intereses*, que excede de lo que es propio de la función judicial (concentraciones empresariales, ayudas públicas). Se trata ésta de una función de gobierno, que no es propia de los órganos judiciales.
- (iii) Los procedimientos administrativos por infracción de las normas de defensa de la competencia se tramitan *de oficio*, *sin coste* alguno para el interesado. En cambio, los procesos civiles son costosos y siempre de resultado incierto. Además, con frecuencia, los *perjuicios* que resultan de actuaciones anticompetitivas son *difusos* e —individualmente considerados— no tienen la suficiente entidad que justifique la reclamación judicial de los afectados. En estos casos, sólo es factible la exigencia de responsabilidad patrimonial si existe algún mecanismo de acción colectiva («*If you don't have class action, you don't have private enforcement*»).
- (iv) *La prueba de las actuaciones anticompetitivas se ve facilitada por las potestades de investigación de la Administración*<sup>(9)</sup>. En cambio, en los procesos judiciales, la carga de la prueba recae enteramente sobre el demandante. La vulneración de las normas de defensa de la competencia entraña una infracción de orden público que tiene que ser apreciada de oficio por el juez. No obstante, los jueces de lo mercantil se mueven en el ámbito del proceso privado, cuyo carácter dispositivo puede dificultar la investigación y prueba de las conductas anticompetitivas. Este proceso tampoco permite proteger eficazmente la información confidencial, lo que limita la colaboración con las autoridades de la competencia, especialmente cuando apliquen programas de clemencia.
- (v) Las autoridades administrativas pueden desarrollar un papel relevante en el *fomento de la competencia* (*competition advocacy*). Esta labor se concreta sobre todo en el análisis de la situación competitiva de sectores clave de la economía (*sector inquiries*), que realizan tanto las autoridades europeas como nacionales<sup>(10)</sup>.
- (vi) Finalmente, no hay que olvidar que las resoluciones administrativas —tanto en el ámbito europeo como español— se sujetan al *control pleno* de los órganos judiciales, que representan la garantía última del sistema.

---

(9) ORTIZ BLANCO, L. (edit.), *EC Competition Procedure*, 2.<sup>a</sup> edition, Oxford University Press, 2006, cit., p. 72; BROKELMANN, H., «Conflictos y soluciones en la aplicación paralela administrativa y judicial», en MARTÍNEZ LAGE, S., PETITBÓ JUAN, A., *La modernización del Derecho de la Competencia en España y en la Unión Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 90-91.

(10) Esta función fue ejercida por el TDC español desde principios de los noventa, con la aprobación de informes que tuvieron una extraordinaria influencia política y social: *Informe sobre el libre ejercicio de las profesiones* (1992); *Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios* (1993).

### III. GARANTÍAS INSTITUCIONALES PARA LA INDEPENDENCIA DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DE LA COMPETENCIA

6. Con frecuencia, las resoluciones de las autoridades de defensa de la competencia inciden en sectores de gran trascendencia económica y social. El riesgo es que el Gobierno pretenda hacer valer sus intereses de política sectorial, que —en el corto plazo— pueden no coincidir con la ortodoxa aplicación de las normas de defensa de la competencia. De ahí que la normativa adopte medidas que tratan de proteger a las autoridades administrativas de la competencia frente a cualquier influencia gubernamental, que pueda perjudicar el ejercicio técnico y neutral de sus funciones<sup>(11)</sup>. En una palabra, en general, se configuran como *Administraciones independientes*<sup>(12)</sup>.

A estos efectos, la normativa suele reforzar la legitimidad de origen de sus miembros. Esto se consigue exigiendo perfiles profesionales indiscutibles, que —con frecuencia— deben ser aireados y contrastados por las correspondientes comisiones parlamentarias [como ocurre con la Comisión Nacional de la Competencia (CNC)]. En otros casos, sus miembros no son nombrados por el Gobierno, sino por amplias mayorías parlamentarias, por una acción combinada de los principales Poderes públicos o por las fuerzas sociales más representativas. Al mismo tiempo, se refuerza su capacidad de actuación, dotándoles de un estatus «blindado» (causas tasadas de destitución, mandatos superiores a los períodos legislativos, etc.).

En esta línea, la CNC se configura como una entidad de Derecho público, con personalidad jurídica propia, adscrita al Ministerio de Economía y Hacienda, que actúa con autonomía orgánica y funcional y plena independencia de las Administraciones públicas [artículo 19.1 de la Ley 15/2007, de 3-7, de Defensa de la Competencia (LDComp)].

7. En materia organizativa, las soluciones hay que juzgarlas por sus resultados<sup>(13)</sup>. Con sus limitaciones, las Administraciones independientes pueden contribuir a una más eficaz satisfacción del interés general, en ámbitos que requieren ser protegidos de la influencia gubernamental directa o que aconsejan una particular especialización técnica. A esos efectos, es indudable que estas entidades comportan *ventajas*:

- (i) En uno u otro grado, consiguen una mayor distancia (que no completa desvinculación) de la influencia gubernamental («*arm's length bodies*»).
- (ii) Sus órganos directivos se nutren de expertos en la materia.

(11) LAGUNA DE PAZ, J.C., «El Derecho de la Competencia a la luz de un Derecho Administrativo garantista», en INDECOPI, *Legislación y Políticas de la Competencia en la Comunidad Andina*, Lima, 2005, p. 166; GUAL, J., «Instituciones para la defensa de la competencia en España: organización, medios y eficiencia», en MARTÍNEZ LAGE, S., PETITBÓ JUAN, A., *La modernización del Derecho de la Competencia en España y en la Unión Europea*, Marcial Pons, 2005, p. 373.

(12) MAGIDE HERRERO, M., *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*, INAP, Madrid, 2000, y Comentario al artículo 19 LDComp, en MASSAGUER, J., SALA ARQUER, J.M., FOLGUERA, J., GUTIÉRREZ, A., *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Thomson-Civitas, Madrid, 2008, pp. 497 y ss.

(13) LAGUNA DE PAZ, J.C., *Telecomunicaciones: Regulación y Mercado*, 3.<sup>a</sup> edic., Thomson-Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 66 y ss. y *Servicios de Interés Económico General*, Thomson-Reuters-Civitas, Madrid, 2009, pp. 102 y ss.

- (iii) Su mayor autonomía organizativa les permite reclutar a un personal cualificado, acorde con la capacitación técnica que requiere la mayor parte de sus decisiones.
- (iv) Sus resoluciones puede ser más o menos discutibles, pero no carecen de una fundamentación sólida.

8. No obstante —junto a sus ventajas—, hay que destacar también las siguientes consideraciones, que nos ayudan a hacer una valoración más ajustada:

- (i) En actividades de mercado, las *funciones de regulación y gestión no deben estar en las mismas manos*. Se trata de evitar que las autoridades públicas favorezcan a los propios operadores, en detrimento de sus competidores. Ahora bien, la política de privatización ha significado la desaparición de la mayor parte de empresas públicas (estatales). Esto explica que, en general, no exista conflicto de intereses en la actuación de las autoridades de defensa de la competencia.
- (ii) Las agencias o comisiones independientes encuentran su marco natural en el modelo administrativo abierto propio del mundo anglosajón<sup>(14)</sup>. En cambio, la Administración pública (continental) se caracteriza precisamente por su profesionalidad, imparcialidad e independencia (artículo 103.1 CE)<sup>(15)</sup>.
- (iii) La *legitimidad constitucional* de estas entidades es objeto de discusión. Las tareas de supervisión no están exentas de discrecionalidad. Además, no es infrecuente que estas entidades, una vez constituidas, se sientan llamadas a desarrollar una política propia. Con ello, se camina en el filo de su legitimidad constitucional, ya que —más allá de las excepciones expresamente previstas en la Constitución— es al Gobierno a quien corresponde la dirección de la función ejecutiva (artículo 97 CE) y la responsabilidad de su ejercicio, siempre difuminada cuando intervienen estas entidades.
- (iv) La experiencia demuestra que las garantías técnico-jurídicas que la legislación construye para garantizar la independencia de estas entidades —aunque admiten grados— tienen una virtualidad relativa. «Por desgracia, la independencia teórica de las instituciones no basta para asegurar la imparcialidad de quienes la

(14) No debe olvidarse que en el Reino Unido la conveniencia de este tipo de entidades no ha sido pacífica desde su creación. Para empezar, no existe una definición comúnmente admitida de estas entidades. El acrónimo *quango* («*quasi-autonomous non-governmental organisations*») no ha sido utilizado tradicionalmente por el Gobierno de manera oficial, aunque —con frecuencia— es invocado como alternativa a las «*Non-Departmental Public Bodies*» (NDPBs). Estas últimas, en el día a día, también son independientes del Gobierno («*arm's length*»), pero el ministro responde de su actuación ante el Parlamento. A partir de aquí, se discute la extensión y justificación de estas entidades («*For some, it has become a highly emotive term, used as a by-word for wasteful bureaucracy, patronage and a lack of democratic accountability*»). En la actualidad, la *Public Bodies Bill [HL] 2010-11*, introducida en la Cámara de los Lores el pasado 28 de octubre de 2010, pretende habilitar para una amplia reducción y reestructuración de estas entidades, entre otras razones, para reducir el gasto público [<http://www.parliament.uk/briefingpapers/commons/lib/research/briefings/snpc-05609.pdf>].

(15) Las ventajas del sistema —de hecho— han acabado también siendo ampliamente reconocidas por los países anglosajones, cuyos presupuestos ideológicos liberales les hicieron más reacios a aceptar un funcionamiento permanente. PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo*, vol. II, 20.ª edic., Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 359 y ss.

integran. Necesita estar arropada por unos hábitos culturales que otorguen valor a la ecuanimidad y susciten suficiente confianza en que la nobleza propia al elegir candidatos de valía será correspondida por los demás» [M. CONTHE, (2010)]. Al final, la clave para su eficaz funcionamiento radica en algo tan difícil de construir y quebradizo como su prestigio institucional. A la larga, sólo eso puede mantenerles a resguardo de cualquier intromisión política o de intereses particulares (captura del regulador). Sin embargo —como decimos—, esto no es algo que pueda conseguirse con el mandato imperativo de una norma, sino que requiere de una cultura institucional, que no crece por igual en todas las latitudes.

#### IV. SU RELACIÓN CON LAS AUTORIDADES SECTORIALES

9. La aplicación de las normas generales de defensa de la concurrencia corresponde a las autoridades de la competencia (artículos 24 y ss. LDComp). No obstante, los ámbitos sujetos a una fuerte intervención administrativa cuentan también con autoridades sectoriales, cuya razón de ser —en gran medida— está en mantener las condiciones competitivas del mercado. La coincidencia parcial de objetivos hace que —en la práctica— haya conductas que también pueden ser abordadas desde la regulación sectorial, lo que no siempre hace fácil la delimitación de las atribuciones de unas y otras, o incluso puede llevar a competencias concurrentes.

10. A este respecto, con carácter general, puede aceptarse que *la declaración de las conductas anticompetitivas corresponde a la CNC*, sin perjuicio de que las autoridades sectoriales puedan hacer una valoración de dichos comportamientos, a efectos de ejercer sus propias atribuciones<sup>(16)</sup>. No obstante, conviene hacer las siguientes consideraciones:

- (i) Se trata de autoridades complementarias, por lo que la normativa podría contemplar su simultánea intervención, de manera que cada una de ellas —desde su círculo de competencias— protegería el interés público en juego<sup>(17)</sup>.
- (ii) La normativa también podría reconocer atribuciones *concurrentes*, de manera que pudiera asumir el asunto la autoridad que se considerase en mejores condiciones para intervenir<sup>(18)</sup>. Esto presupone un adecuado sistema de comunicación entre ambas autoridades, así como un procedimiento rápido de resolución de conflictos:
  - Antes de tomar iniciativa alguna, la autoridad que reciba una denuncia o aprecie un comportamiento anticompetitivo debería comunicárselo a la otra, a fin de que ambas decidieran quién asume el asunto.

(16) STS de 20-6-2006 (Ar. 3542), FJ 3.º; STS de 1-2-2006 (Ar. 466); STS de 6-10-2010, FJ 3.º (2010353566).

(17) Existe el riesgo de que las autoridades sectoriales tiendan a perpetuar la intervención pública, no ya sólo por inercia, sino porque de ello depende su supervivencia institucional. A este respecto, puede resultar conveniente conferir a las autoridades de la competencia atribuciones en relación con determinados aspectos de la regulación sectorial, como la determinación de la existencia o no de poder de mercado. El regulador sectorial sólo podría intervenir en el caso de que las autoridades de la competencia hubieran previamente identificado una situación de poder significativo de mercado. OECD, DAF/COMP/GF(2005)2, p. 7.

(18) OECD, DAF/COMP/GF(2005)2, pp. 7-8.

- En caso de discrepancia, debe garantizarse un eficaz y rápido procedimiento de asignación de la competencia<sup>(19)</sup>. De esta forma, se evita que los afectados puedan tratar de elegir la autoridad que crean que les es más favorable (*forum shopping*) o presentar denuncias paralelas, con el riesgo de obtener resoluciones contradictorias.
- (iii) La intervención de una de las dos autoridades —tanto si sanciona la actuación, como si declara su licitud— *excluye la posibilidad de que la otra autoridad, por los mismos hechos y razones, controle después dicha conducta (non bis in idem)*<sup>(20)</sup>. En cambio, este principio no se infringe cuando las sanciones son respuesta a incumplimientos que específicamente incumben a cada una de las autoridades<sup>(21)</sup>.
- (iv) La *colaboración* entre ambos tipos de órganos —horizontales y sectoriales— debe quedar en todo caso garantizada. En el *Derecho español*, se prevé que la CNC y las autoridades sectoriales cooperen en el ejercicio de sus funciones (artículo 17 LDComp): intercambio de información; emisión de dictámenes no vinculantes; reuniones periódicas para analizar las orientaciones generales de actuación y el establecimiento de mecanismos de coordinación.

## V. LA INEVITABLE SELECTIVIDAD DE LAS CONDUCTAS A INVESTIGAR

11. Se suscita la cuestión de si las autoridades administrativas de defensa de la competencia, al igual que los jueces civiles, tienen que tramitar todas las denuncias fundadas que se les presenten o si —por el contrario— disponen de un margen de discrecionalidad, que les permite impulsar unas u otras investigaciones.

12. A este respecto, es una evidencia que las autoridades de defensa de la competencia no pueden tramitar todas las denuncias. Las investigaciones necesarias para detectar, demostrar y combatir restricciones a la competencia exigen una enorme aplicación de tiempo y recursos. Esto explica un cierto consenso en la admisión de la posibilidad de que sean selectivas<sup>(22)</sup>, lo que les permitirá establecer prioridades y concentrarse

(19) En el Reino Unido, la *Competition Act* de 1998 reconoce poderes concurrentes a las autoridades de la competencia y a los reguladores sectoriales en determinados ámbitos (electricidad, gas, telecomunicaciones, agua y ferrocarriles). Así, *Ofcom* tiene competencias concurrentes fruto de la *Competition Act* de 1998 y de la *Communications Act* de 2003 (sección 371). De acuerdo con la normativa de desarrollo (*Statutory Instrument 2000* núm. 260), no se permite que una autoridad ejercite sus funciones cuando esté interviniendo ya otra autoridad. A estos efectos —con carácter previo a cualquier actuación—, las autoridades con competencias concurrentes deben comunicar a la otra autoridad el asunto de que se trate, con el fin de decidir cuál de ellas asumirá la competencia. En caso de discrepancia, se prevé un procedimiento ante el *Secretary of State*, que será quien finalmente asigne la competencia a una u otra.

(20) Resolución del TDC de 1-4-2004, asunto *Astel/Telefónica* (expte. 557/03).

(21) RTDC de 1-3-2007, *Tarjetas prepago de Telefónica* (expte. 610/06) [firme], FJ 3.º

(22) Como es natural, reconocer este margen discrecional a la Administración no permite abrir el portillo a la arbitrariedad. En este sentido, se ha destacado que «admitir una libertad administrativa plena para iniciar o no los procedimientos sancionadores tiene el grave peligro de derivar en una completa arbitrariedad con vulneración de la igualdad, pues casi inevitablemente conduce a que sujetos que realizan las mismas

en las conductas: (i) con mayor potencial de distorsión del mercado<sup>(23)</sup>; (ii) cuya resolución pueda sentar criterios para el futuro<sup>(24)</sup>; (iii) o incluso, respecto de las que existan razonables expectativas de poder probar la infracción<sup>(25)</sup>.

Ahora bien, la discrecionalidad en el desarrollo de unas u otras investigaciones *no debe traducirse en indefensión* para los perjudicados. A estos efectos, es preciso que la eventual denegación de la autoridad administrativa para tramitar el asunto pueda ser revisada por los Tribunales y —sobre todo— que el interesado disponga de una acción judicial directa, que le permita obtener la reparación de los daños y perjuicios sufridos. Además, el principio de *transparencia* exige que las autoridades de defensa de la competencia, en lo posible, expliciten los criterios que toman en cuenta a la hora de decidir los asuntos que investigan<sup>(26)</sup>.

13. Desde estos presupuestos, la normativa europea reconoce a la *Comisión la posibilidad de desestimar una denuncia sin incoar un procedimiento* (artículo 2.4 R. 773/2004). A este respecto, el TJCE ha declarado que la Comisión es responsable de definir y aplicar las orientaciones de la política comunitaria de competencia, lo que le permite atribuir diferentes grados de prioridad a las denuncias que recibe<sup>(27)</sup>. De ahí que la Comisión no tenga el deber de abrir una investigación completa respecto de todas las denuncias que le sean presentadas. Ahora bien, en caso de que rechace la apertura de un procedimiento debe adoptar una decisión motivada, que podrá ser objeto de recurso judicial<sup>(28)</sup>.

A ello se añade que la aplicación de las normas europeas de la competencia es también responsabilidad de los Estados miembros. De ahí que —ante la negativa de la Comisión— los afectados tengan la posibilidad de acudir a las autoridades nacionales, incluidas las jurisdiccionales, que tienen el deber de resolver todos los asuntos que se les planteen<sup>(29)</sup>.

---

conductas infractoras sean tratados de forma diferente sin más razón que la voluntad de las autoridades». REBOLLO PUIG, M., «Propuesta de regulación general y básica de la inspección y de las infracciones y sanciones administrativas», en SAINZ MORENO, F. (dir.), *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, INAP, Madrid, 2004, p. 474.

(23) «But the OFT will never be in a position to investigate every possible case. What it can do is to maximise the impact of its enforcement activities by investigating fewer, higher impact cases in the most efficient way possible. The OFT's recent competition decisions have all been "high impact", either because of the size and prominence of the parties and the potential detriment, the nature of the infringement or because of scope across the economy». COLLINS, P. [*Chairman, Office of Fair Trading*], *New decade, new Government —Reflections on possible evolution of the UK's competition and consumer regimes*, 2010, p. 12 [[http://www.of.gov.uk/shared\\_of/speeches/689752/0610.pdf](http://www.of.gov.uk/shared_of/speeches/689752/0610.pdf)].

(24) FURSE, *Competition Law of the EC and UK*, 4.ª ed., Oxford University Press, 2004, p. 94.

(25) ORTIZ BLANCO, L. (edit.), *EC...*, cit., p. 187.

(26) Commission Notice on Complaints, marginales 41 y ss.; *Report on Competition Policy 2005*, SEC(2006)761 final, de 15-6-2006, pp. 18-20.

(27) STJCE de 14-12-2000, asunto C-344/98, *Masterfoods/HB Ice Cream*, marginal 46; STJCE de 24-9-1998, asunto C-119/97 P, *Union française de l'express (Ufex)* y otros/Comisión, marginal 88; STPI de 18-9-1992, asunto T-24/90, *Automec/Comisión*, marginales 73-77.

(28) VAN BAEL & BELLIS, *Competition Law of the European Community*, 4.ª ed., Kluwer Law Int., 2005, p. 1171, nota 23.

(29) Comunicación de la Comisión sobre tramitación de denuncias (2004), marginal 8.

14. La *normativa española* no se pronuncia expresamente sobre la posibilidad de que las autoridades de la competencia puedan ser selectivas en los asuntos que tramitan, por lo que esta consecuencia hay que deducirla del sistema. *La represión de las conductas anticompetitivas no es una facultad discrecional para la Administración*<sup>(30)</sup>. El procedimiento ha de iniciarse de oficio por la Dirección de Investigación —a iniciativa propia, del Consejo de la CNC o por denuncia—, «cuando se observen indicios racionales de conductas prohibidas» (artículo 49.1 LDComp), en su caso, previa realización de una información reservada (artículo 49.2 LDComp). La incoación del expediente debe ser notificada a los interesados (artículo 49.1 LDComp). A propuesta de la Dirección de Investigación, el Consejo de la CNC podrá decidir no incoar los procedimientos, cuando considere que no hay indicios de infracción (artículos 49.3 LDComp y 27 RDComp). Esta resolución sería susceptible de recurso contencioso-administrativo (artículo 48.1 LDComp). En consecuencia, como decimos, la normativa no reconoce libertad a la Administración para sancionar o no una conducta anticompetitiva. Cuestión distinta es que —*en una situación de medios insuficientes para atender a todas las denuncias*—, el principio de eficacia pueda llevar a priorizar unas investigaciones sobre otras.

Por otra parte, los interesados siempre tienen abierta la vía judicial para reclamar daños y perjuicios. El artículo 13.2 LDComp 1989 exigía la intervención de las autoridades administrativas, como requisito previo para poder ejercitar la acción de responsabilidad patrimonial ante los Tribunales de Justicia. La negativa a incoar el procedimiento —salvo que la pretensión fuese claramente infundada— hubiera provocado indefensión a los perjudicados. Sin embargo, este modelo ha sido abandonado por la normativa vigente. El artículo 86 *ter.2.f)* LOPJ encomienda a los juzgados de lo mercantil la aplicación de los artículos 101-102 TFUE y de su Derecho derivado. La Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> LDComp parece abrir también esta vía con carácter general a la aplicación de las normas españolas de defensa de la competencia.

## VI. LA ENTRADA DE CONSIDERACIONES EXTRAONCURRENCIALES DEBE ADMITIRSE MUY RESTRICTIVAMENTE

15. En sentido amplio, el *Derecho de la Competencia* es también regulación de la actividad económica<sup>(31)</sup>. No obstante, sus normas —aunque decisivas— tienen un alcan-

(30) A. NIETO entiende que la incoación del procedimiento —y, consiguientemente, el ejercicio de la potestad sancionadora— es discrecional para la Administración (*Derecho Administrativo Sancionador*, 4.<sup>a</sup> edic., Tecnos, Madrid, 2005, pp. 131 y ss.). La cuestión es discutible. Seguramente, hay que plegarse ante la evidencia de que no es materialmente posible perseguir todas las infracciones que se producen, aunque lleguen al conocimiento de la Administración, lo que hace que ésta tenga que ser selectiva y aplicar una u otra política represiva, siempre que pueda justificarse por su razonabilidad, atención a bienes prevalentes y carácter no discriminatorio. Sin embargo, una cosa es tener que aceptar estas limitaciones (*ad impossibilia nemo tenetur*) y otra bien distinta sentar el principio de que —calificada una conducta como infracción administrativa— su persecución sea puramente facultativa para la Administración. Por su propia naturaleza, las infracciones administrativas —que ponen en riesgo bienes socialmente valiosos— deben merecer la respuesta prevista en las leyes, en ejecución de unas potestades que son de ejercicio (en lo posible) obligatorio.

(31) STC 88/1986, FJ 4.<sup>o</sup>; STC 264/1993, FJ 4.<sup>o</sup>. CASES PALLARÉS, L., «Regulación y competencia. Límites y conexiones», en MUÑOZ MACHADO, S., ESTEVE PARDO, J. (dirs.), *Derecho de la regulación económica*, vol. I (*Fundamentos e instituciones de la regulación*), Iustel, Madrid, 2009, pp. 425 y ss.

ce limitado: definen un orden público básico, que trata de proteger el proceso competitivo en el mercado<sup>(32)</sup>. En cambio, la *regulación* ordena por completo el sector (objetivos, alcance, condiciones, límites y precio al que hay que realizar la prestación)<sup>(33)</sup>.

En otros términos, el Derecho de la Competencia no es un instrumento para ordenar el sector, sino para enfrentarse a las conductas más claramente lesivas para el mercado<sup>(34)</sup>. Se parte de la premisa de que el mejor mecanismo para corregir las ineficiencias de la actuación económica es el propio mercado. En este sentido, las autoridades de la competencia no deben actuar de manera intervencionista, tratando de sustituir al mercado, como hacen los reguladores. El Derecho de la Competencia sólo ha de aplicarse para reprimir los atentados más graves a la concurrencia, tal como son definidos en la normativa. En lo demás, debe funcionar la libre iniciativa. En caso contrario, se puede distorsionar la razón de ser del Derecho de la Competencia.

16. Las normas de defensa de la competencia tampoco deben ser aplicadas de forma que frenen el desarrollo de las empresas eficientes, con la excusa de que constituyen una amenaza para la libre competencia<sup>(35)</sup>. A este respecto, ha sido suficientemente destacada la paradoja del Derecho de la Competencia: se constriñe a los empresarios a competir y —una vez que lo hacen con éxito— se castiga a quienes salen victoriosos y alcanzan una posición monopolista.

17. Desde esta perspectiva, la entrada de *consideraciones extraconcurrentiales* en el Derecho de la Competencia —además de tener un fundamento normativo (artículos 2.1, párrafo 1.º, y 10.4 de la Ley 15/2007, de 3-7, de Defensa de la Competencia)— debe admitirse *muy restrictivamente*, por más que se trate de valores u objetivos sociales dignos de protección<sup>(36)</sup>. No hay que olvidar que lo específico del Derecho de la Competencia, justamente, es la tutela de estos bienes a través de la protección del mercado. La política de la competencia no puede convertirse en política industrial, comercial, de defensa de los consumidores o ambiental. La clave está en que la protección del consumidor debe resultar de la preservación del proceso competitivo, no de la imposición a los operadores de objetivos sociales, que no son propios del Derecho de la Competencia.

## VII. LOS JUECES DEBEN CONTROLAR DE MANERA PLENA LAS DECISIONES ADMINISTRATIVAS

18. Las autoridades de defensa de la competencia *desarrollan tareas puramente administrativas*. Con esta afirmación se sale al paso de la idea de que sus funciones son

(32) BAÑO LEÓN, J.M., *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la competencia*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pp. 7 y ss.

(33) LAGUNA DE PAZ, J.C., «Regulación sectorial y normas generales de defensa de la competencia: criterios de relación», *Reda*, núm. 145, 2010, pp. 87 y ss.

(34) REY, P. (coord.), Report by the EAGCP «An economic approach to Article 82», julio de 2005, p. 10.

(35) CABRILLO, F., «Objetivos de una política de defensa de la competencia», en MARTÍNEZ LAGE, S., PETITBÓ JUAN, A., *La modernización del Derecho de la Competencia en España y en la Unión Europea*, Marcial Pons, 2005, p. 27.

(36) VELASCO SAN PEDRO, L., «El Derecho europeo de la Competencia», en la obra por él mismo coordinada *Derecho europeo de la competencia. Antitrust e intervenciones públicas*, Lex Nova, Valladolid, 2005, pp. 42 y 43.

*cuasi jurisdiccionales*, como en algún momento ha mantenido la jurisprudencia<sup>(37)</sup>. Esta confusa calificación quizá tenga sentido en el mundo anglosajón, cuya Administración tradicionalmente ha carecido de potestades reglamentarias, así como de la ejecutividad y ejecutoriedad del acto administrativo, que es común en el sistema continental<sup>(38)</sup>. Esto explica que, cuando algunas entidades administrativas reciben estas potestades, se las considere investidas de los poderes propios del juez. Frente a ello —como decimos—, hay que insistir en que las autoridades administrativas de defensa de la competencia, como cualquier otra Administración pública, ejercen competencias enteramente subordinadas a la Ley y a un control judicial pleno.

19. No obstante, *el control judicial de la actuación de las autoridades administrativas no resulta sencillo*. De entrada, esto se debe a que la aplicación de las normas de defensa de la competencia descansa sobre determinados *presupuestos fácticos* difíciles de verificar (delimitación del mercado relevante, identificación de la posición dominante, calificación de las prácticas concertadas, etc.). A ello se añade que sus prohibiciones se construyen en base a *conceptos jurídicos indeterminados*, cuya concreción no resulta inequívoca (explotación abusiva de la posición de dominio en el mercado, acuerdos cuyo objeto o efecto sea falsear la competencia, etc.).

En el *Derecho español* no ofrece dudas que los Tribunales deben controlar los hechos determinantes. Lo mismo sucede con los conceptos jurídicos indeterminados<sup>(39)</sup>, por más que sean de todas conocidas las dificultades para penetrar en su «zona de incertidumbre». No obstante, en estos casos, no existe verdadera discrecionalidad, ya que la Administración no puede elegir entre diversas consecuencias jurídicas. De ahí que los jueces no puedan renunciar a su control.

En el *Derecho europeo*, el Tribunal lleva a cabo un control pleno sobre los hechos y el Derecho, verificando si la Comisión sigue un razonamiento adecuado, soportado por pruebas suficientes<sup>(40)</sup>. Con todo, una reiterada jurisprudencia<sup>(41)</sup> también reconoce el margen de discrecionalidad que corresponde a la Comisión en relación con las valoraciones económicas complejas: «(...) si bien el órgano jurisdiccional comunitario ejerce de modo general un control completo sobre si concurren o no las condiciones de aplicación de las disposiciones sobre la competencia del Tratado CE, el control que ejerce sobre valoraciones económicas complejas hechas por la Comisión se limita necesariamente a comprobar si se respetaron las normas de procedimiento y de motivación, así

(37) «... aunque el Tribunal de Defensa de la Competencia deba encuadrarse entre los órganos del Poder ejecutivo o Administración Pública no deja de ofrecer peculiaridades en razón de estar investido de funciones quasi jurisdiccionales o judiciales». STS de 20-1-1984 (Ar. 135).

(38) GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 14.<sup>a</sup> edic., Civitas, Madrid, 2008, pp. 507-511.

(39) ARIÑO ORTIZ, G., «El control judicial de las entidades reguladoras. La necesaria expansión del Estado de Derecho», *RAP*, núm. 182, 2010, pp. 9 y ss.

(40) Como muestra, STPI de 6-6-2002, asunto T-342/99, *Airtours v. Comisión*; STPI de 22-10-2002, asunto T-310/01, *Schneider Electric v. Comisión*; STPI de 25-10-2002, asunto T-5/02, *Tetra Laval v. Comisión* (confirmado en apelación en asuntos acumulados C-12/03 y C-13/03 P, *Comisión v. Tetra Laval*, 2005, ECR I-987).

(41) STJCE de 7-1-2004, asuntos acumulados C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, *Aalborg Portland y otros v. Comisión*, marginal 279.

como la exactitud material de los hechos, la falta de error manifiesto de apreciación y de desviación de poder»<sup>(42)</sup>. Se trata de una discutible contención del control judicial del fondo de la decisión administrativa.

20. Finalmente, las normas de defensa de la competencia también reconocen a la Administración facultades *discrecionales* (por ejemplo, la protección de objetivos extracompetenciales en las operaciones de concentración o la autorización de ayudas inicialmente prohibidas). En estos casos, el ordenamiento ha querido que sea la Administración la que valore lo que es más conveniente para el interés general. El juez no está, pues, legitimado para sustituir la apreciación administrativa por la suya propia. Ahora bien, la discrecionalidad no es inmunidad. El control judicial no sólo ha de extenderse a los elementos reglados, sino que —si tiene suficientes elementos para ello— debe poder penetrar en el núcleo de la decisión, determinando si es necesaria, proporcionada o razonable. De manera que —si el juez llega a la conclusión de que la actuación administrativa no está fundada— podrá anularla.

---

(42) STPI de 10-4-2008, asunto T-271/03, *Deutsche Telekom*, marginal 185; STJCE de 11-7-1985, asunto 42/84, *Remia y otros v. Comisión*, Rec. p. 2545, marginal 34; STJCE de 17-11-1987, asuntos 142/84 y 156/84, *BAT y Reynolds v. Comisión*, Rec. p. 4487, marginal 62; STJCE de 2-10-2003, asuntos C-194/99 P, *Thyssen Stahl v. Comisión*, Rec. p. I-10821, marginal 78.

