

LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y SU IRRADIACIÓN EN EL DERECHO PÚBLICO*

JOSÉ MARÍA BAÑO LEÓN
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN

El derecho de la competencia se ha convertido en uno de los sectores de referencia del derecho público, tanto por la dificultad de hacer compatible la potestad sancionadora con conceptos jurídicos indeterminados de carácter económico como por la afectación que el derecho europeo de la competencia al principio de separación de poderes y la introducción de nuevas técnicas jurídicas de origen norteamericano, como el programa de clemencia y los acuerdos de exención. Más allá del derecho «antitrust» se critica la configuración que la LGUM hace de la idea de libertad de empresa y libre competencia como un derecho preferente frente a otros derechos y fines constitucionales.

Palabras clave: Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia; derecho *antitrust*; discrecionalidad administrativa; libre competencia; política de la competencia; regulación económica; separación de poderes; unidad de mercado.

ABSTRACT

Competition law has turned into one of the fields of reference within Public law, due to the difficulty of reconciling the sanctioning powers with the open economic terminology, the impact of European competition law on the traditional separation of powers and the implementation of new tools from the U.S. such as the leniency program or the block exemptions. Aside from the analysis of Antitrust law, this paper criticizes the Law on Market Unity and its interpretation of the freedom of enterprise and freedom of competition as values preceding other constitutional rights and goals.

Key words: Spanish Markets Authority; antitrust; discretion; free competition; competition policy; economic regulation; separation of powers; market unity.

* Proyecto I+D (DER2012-39692-C03-01) «La discrecionalidad administrativa en los mercados regulados».

SUMARIO

I. PLANTEAMIENTO.—II. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA: ASPECTOS SUSTANTIVOS: 1. *Consideración general*. 2. *Relativismo económico y discrecionalidad administrativa en un derecho sancionador que debería regirse por el principio de tipicidad*.—III. ASPECTOS PROCEDIMENTALES: 1. *Del Reglamento 17 al Reglamento 1/2003*. 2. *La prevalencia del derecho de la Unión y la afectación al principio de división de poderes. El artículo 16 del Reglamento 1/2003 y el artículo 434 de la LEC*.—IV. LA IRRADIACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA SOBRE LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO PÚBLICO: 1. *Sobre los derechos fundamentales: el desarrollo de una doctrina de los derechos al hilo de la aplicación del Reglamento 17*. 2. *La aparición de nuevas técnicas jurídicas: la llamada «clemencia» y los acuerdos de exoneración por infracción de la competencia*.—V. CRÍTICA DE LA POSICIÓN PREFERENTE DE LA IDEA DE COMPETENCIA EXTRAMUROS DEL DERECHO «ANTITRUST».

I. PLANTEAMIENTO

Seguramente es certera la idea de que la directriz fundamental del derecho europeo es la libre competencia. Junto a las libertades económicas para la creación del mercado común, los padres del Tratado de Roma importaron con muchos matices la idea norteamericana de unas reglas que prohibieran los acuerdos restrictivos de la competencia. El Reglamento 81 y el vigente Reglamento 1/2003 más que desarrollar los Tratados ordenaron un sistema de control público de la actividad anti-competitiva de las empresas basado sobre tres ejes:

- a) La lucha contra los cárteles.
- b) La prohibición del abuso de posición dominante.
- c) El control de las concentraciones económicas (a partir del Reglamento de 2004).

Estas reglas se complementan con la prohibición a los Estados de ayudas a las empresas públicas, en los términos del art. 106, y con el control de las ayudas públicas ex arts. 107-109, así como las normas sobre aproximación de las legislaciones de los artículos 114 a 118, todas ellas del actual TFUE.

La evolución de esta rama del ordenamiento europeo puede verse desde muy diferentes puntos de vista. Elegiré los tres que me parecen más representativos.

1. La evolución interna del derecho de la competencia en Europa.
2. La irradiación de ese derecho sobre el entero derecho Público.

3. La tendencia criticable a configurar la libre competencia y el derecho a la actividad económica como un derecho preferente extramuros del derecho «antitrust»¹.

Al hilo de esta triple evolución destacaré los aspectos más significativos desde la perspectiva del derecho de la competencia y, en particular, del derecho público.

II. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA: ASPECTOS SUSTANTIVOS

1. *Consideración general*

Aunque el contenido de las reglas del Tratado que disciplinan la competencia haya permanecido sustancialmente el mismo desde el Tratado de Roma hasta el actual Tratado de Funcionamiento, la distancia entre el sistema originario y el actual es bien notable tanto si se atiende al derecho material como al procedimiento, público y privado, de la libre competencia.

Respecto del derecho material, dos consideraciones principales se imponen:

1^a.— 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.

2^a.— La evolución del derecho europeo de la competencia ha sido bien notable en cuanto se ha aproximado al derecho norteamericano. De una primera etapa en la que el derecho europeo se concretaba casi exclusivamente en las conductas se ha pasado desde el año 2004 a una etapa en la que el derecho de la competencia abarca también a la estructura y tamaño de las empresas a través del control de concentraciones y de la posibilidad reconocida por el Reglamento 1/2003, de que la Comisión imponga remedios estructurales (art.

¹ Me he referido a las diversas manifestaciones de la competencia, que nada tiene que ver con el derecho «antitrust», en J. M^a. BAÑO LEÓN (2013), «Libre Competencia y Administración Pública: Derecho Administrativo y derecho “antitrust”», en M. REBOLLO PUIG (dir.), *Derecho de la Regulación IX*, Madrid: Comercio Interior. En ocasiones la regulación administrativa y el derecho «antitrust» se complementan, como ocurre en materia de contratación pública, en la que la legislación de la competencia persigue la máxima concurrencia y el derecho «antitrust» es decisivo para eliminar pactos colusorios. De hecho esta es una de las líneas más importantes de actuación de la CNMC.

7.1). El procedimiento de concentración constituye una de los instrumentos fundamentales de la política de la competencia, en cuanto restringe la libertad de empresa y lo hace con un alto grado de discrecionalidad. El Reglamento (CE) 139/2004, de 20 de enero de 2004 sobre control de concentraciones amplía considerablemente el concepto de concentración incompatible con el derecho comunitario, que ya no se limita como en el Reglamento 4064/86 a la concentración que crease o reforzase una posición dominante obstaculizando la competencia efectiva. También se aplica desde el 2004 a toda concentración que obstaculice la competencia. Como dice el párrafo 25 de la Exposición de Motivos del Reglamento de 2004: «El concepto de obstaculización significativo de la competencia efectiva establecido en los artículos 2 y 3 del artículo 2 debe ser interpretado haciéndolo extensivo más allá del concepto de posición de dominio, sólo a los efectos anticompetitivos de una concentración que resulte de un comportamiento no coordinado entre empresas que no tengan una posición dominante en el mercado relevante».

El Reglamento no da excesivas pistas sobre los criterios que determinan cuándo una concentración es incompatible con la competencia. La Comisión ha publicado sendas directrices sobre evaluación de concentraciones donde detalla el método de evaluación, si bien la Comisión se reserva un margen amplio de apreciación. En el punto 12 de las directrices sobre concentraciones horizontales y en el punto 20 de las directrices sobre concentraciones no horizontales la Comisión se reserva el derecho de tener en cuenta para evaluar los efectos de una concentración, además de la comparación entre las condiciones de competencias antes y después de la concentración, los futuros cambios que resulten razonablemente predecibles en el mercado, en particular las posibles entradas y salidas de empresas, en el supuesto de que no se produjera la concentración, lo que es indisociable de una discrecionalidad prospectiva no fácilmente revisable por los tribunales².

Por otro lado, a partir del Reglamento 1/2003, el derecho europeo ha dado protagonismo al derecho privado de la competencia ofreciendo instrumentos a las empresas y consumidores perjudicados por los acuerdos y actos restrictivos de la competencia. La promulgación de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a las acciones por daños en virtud del derecho nacional como consecuencia de infracciones de derecho de la

² Véase C. HERRERO SUAREZ (2006), «Concentración de empresas (Criterios de valoración)», en L. A. VELASCO SAN PEDRO (dir.), *Diccionario de Derecho de la Competencia*, Madrid: Iustel. J. E. SORIANO GARCÍA (2009), «Derecho de la Competencia: Concentraciones económicas», en T. CANO CAMPOS (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo. Tomo VIII: Los Sectores Regulados*, vol. I, Madrid: Iustel.

competencia, pretende dotar a los sujetos perjudicados por infracciones anticompetitivas de un arsenal de medidas procesales que haga factibles las acciones superando las dificultades probatorias. A tal efecto la Directiva obliga a los Estados miembros a establecer normas que permiten acceder a las pruebas en poder del demandado o de un tercero de modo que puedan razonablemente fundar la acción. La Directiva se basa tanto en el art. 103 TFUE (aplicación de los principios de los artículos 101 y 102) como en el art. 114 (aproximación de legislaciones en pro del mercado interior) con el objetivo de hacer patente que la existencia de legislaciones que dificultan el efectivo ejercicio del derecho de daños en estos casos anticompetitivos puede desincentivar el establecimiento de empresas en países más rigurosos y afectar, según la Directiva, a la competencia entre empresas. De ahí que la Directiva se ocupe también de establecer reglas sustantivas de responsabilidad cuando son varias las empresas responsables y trata de evitar que exista enriquecimiento injusto del reclamante como consecuencia de haber repercutido los sobrecostes en terceros. La Directiva, cuya fecha límite de transposición es el 27 de diciembre de 2016, pretende, pues, reforzar los mecanismos de derecho privado que fomenten el cumplimiento de las normas «antitrust».

2. *Relativismo económico y discrecionalidad administrativa en un derecho sancionador que debería regirse por el principio de tipicidad*

El derecho de la competencia es un conjunto de reglas sustancialmente abiertas y predominantemente de carácter 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 desde la perspectiva de la tipicidad necesaria en el ámbito sancionador.

Esta ambigüedad jurídica se sustenta en una compleja polémica económica anclada en tres grandes corrientes de pensamiento:

a) La escuela liberal clásica, basada en el ideal de la competencia perfecta que ve la competencia como un procedimiento de descubrimiento (Hayek), debiendo limitarse el derecho a mantener las reglas que permiten un juego competitivo limpio entre las empresas competidoras.

b) La escuela de Schumpeter y Clark que, partiendo de la realidad de una competencia necesariamente imperfecta, predica el ideal de una

competencia factible (*Workable competition*) que no es ajena a consideraciones de eficiencia del mercado.

c) La escuela neoliberal de Chicago que predica una reducción del derecho de la competencia a los cárteles, los acuerdos horizontales y una visión restrictiva del abuso de posición de dominio, en la medida en que otras medidas represivas pueden conducir a resultados peores para los consumidores. Esta escuela ha incentivado una aproximación más económica al análisis jurídico («new economic approach») que se ha traducido en ciertos reglamentos de exención de acuerdos verticales y en la consideración no sólo de las conductas desde el punto de vista de la restricción de la competencia sino también de su mayor o menor incidencia en el bienestar económico. Puede decirse que el derecho público de la competencia se mueve entre estas dos últimas orientaciones, la de la competencia factible y la de la competencia del bienestar económico, mientras la primera orientación informa claramente el derecho de la competencia desleal.

En todo caso, en el derecho de la competencia la discrecionalidad de la Administración es irrenunciable, lo que comporta un grave riesgo de inseguridad sobre la conducta típica cuando se trata de nuevos mercados o conductas que no cuentan con el sostén de la jurisprudencia.

En este punto importa notar el diferente papel que juegan el Tribunal de Justicia y el Tribunal Supremo español, que es conforme con la peculiaridad de cada ordenamiento jurídico.

El derecho de la competencia europeo se basa en gran medida en la discrecionalidad de la Comisión Europea para concretar la política de la competencia. Esa discrecionalidad es esencialmente respetada por el Tribunal de Justicia³, se trata de la imposición de fuertes sanciones. El grado de previsibilidad del derecho de la competencia respecto de los nuevos mercados es muy bajo y, pese a ello, las empresas arriesgan importantes sanciones, una vez que con el Reglamento 1/2003 desapareció el mecanismo de autorización preventiva.

En los derechos internos, en particular en el derecho español, el Tribunal Supremo es mucho más restrictivo en la admisión de la discrecionalidad en materia de sanciones —de hecho la excluye— exigiendo la previsibilidad de la conducta, para lo cual no es determinante tanto la estructura de los tipos —que sigue siendo abierta— sino los precedentes,

³ Véase J. C. LAGUNA DE PAZ (2014), «Understanding the limits of Judicial review in European competition law», *Journal of Antitrust Enforcement*, 2 (1), págs. 203-224. J. M^a. BAÑO LEÓN (2014), «La discrecionalidad en las sanciones de Competencia», en J. GUILLÉN CARAMÉS (dir.), *Estudios sobre la potestad sancionadora en Derecho de la Competencia*, Madrid: Civitas.

fundamentalmente europeos. La prevalencia del derecho europeo hace que el Tribunal Supremo acepte cualquier interpretación de la CNMC que tenga el soporte de la jurisprudencia europea y de la Comisión Europea, de acuerdo con el Reglamento 1/2003. Sin embargo, el Tribunal reduce prácticamente a cero la discrecionalidad de la CNMC cuando se trata de conductas discutibles que no cuentan con precedentes europeos, pues en esos casos suele reforzar las garantías clásicas del derecho sancionador. El caso de las restricciones eléctricas ilustra bien el debate y la diferente perspectiva con que actúa el Tribunal de Justicia y el Tribunal Supremo⁴. En el derecho europeo prevalecen sobre las garantías sancionadoras las orientaciones de la política de la Comisión, pese a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión: en el derecho interno prevalecen las garantías de tipicidad y culpabilidad, salvo cuando existe un precedente europeo.

Es un claro ejemplo de la compleja relación entre el derecho de la Unión y el derecho interno que no siempre se salda en una mayor garantía de los derechos, como por lo demás prueba el caso «Melloni»⁵.

No es que el derecho penal ignore los tipos abiertos, baste la consideración del delito ambiental para desmentir que todos los tipos penales sean cerrados o exhaustivos en su descripción. Lo peculiar del derecho de la competencia, en particular en el derecho europeo, es que es la Administración (la Comisión Europea) quien decide si una determinada conducta se subsume en el abuso de posición dominante o en otra conducta prohibida y que el Tribunal de Justicia en la práctica no admite una sustitución del juicio de la Comisión por el suyo propio a la vista de las pruebas. Por el contrario, en la línea del control de discrecionalidad, el tribunal fiscaliza la interpretación de los datos económicos de la Comisión⁶. El TJUE desde la Sentencia «Tetra Laval» (C-12/03) sostiene que el «juez comunitario no sólo debe verificar la exactitud material de

⁴ J. M. SALA ARQUER (2009), «La solución de restricciones técnicas en el mercado de producción de energía eléctrica», en J. GUILLÉN CARAMÉS (dir.), *Derecho de la Competencia y energía eléctrica*, Madrid: Civitas-Thomson Reuters.

⁵ Véase STC 26/2014, de 13 de febrero (BOE, núm. 60, 11 de marzo de 2014). Confróntese con la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 15 de diciembre de 2015 en un caso similar, que estima el amparo y devuelve el asunto al Tribunal de Justicia para que resuelva de acuerdo con las garantías fundamentales de la Constitución alemana.

⁶ Véanse MESTMÄCKER y SCHWEITZER (2014), *Europäisches Wettbewerbsrecht*, Munich: C.H. Beck; M. JAEGER (2011), «The Standard of Review in Competition Cases Involving Complex Economic Assessments: towards the marginalisation of the marginal Review?», *Journal of European Competition Law and Practice*, 2 (4), págs. 295-314; N. FORWOOD (2009), «The Commission's More Economics Approach—Implications for the role of the EU Courts, the Treatment of Economics evidence and the Scope of judicial Review», en C-D. EHLERMANN y M. MARQUIS (2010), *European Competition Law Annual 2009: Evaluation of evidence and its judicial Competition Cases*, London: Bloomsbury Publishing.

los elementos probatorios invocados, su fiabilidad y su coherencia, sino también comprobar si tales elementos constituyen el conjunto de datos pertinentes que deben tomarse en consideración para apreciar una situación compleja y si son adecuados para sostener las conclusiones que se deducen de los mismos. Un control de este tipo es aún más necesario cuando se trata de un análisis prospectivo que viene exigido por el examen de un proyecto de concentración que produce un efecto de conglomerado». Lo cierto es, sin embargo, que ese control sigue concediendo *de facto* un amplio margen a la apreciación económica de la Comisión. De donde cabe deducir que, en los casos complejos⁷, la Comisión tiene un poder de apreciación decisivo para considerar si la conducta es típica o no. Lo cual pugna con el principio básico de la previsibilidad de la conducta⁸. Este constituye desde el punto de vista jurídico el principal reto del derecho de la competencia.

III. ASPECTOS PROCEDIMENTALES

1. *Del Reglamento 17 al Reglamento 1/2003*

A partir del Reglamento 1/2003, el derecho de la competencia ha experimentado un importante giro que se basa, de un lado, en el abandono de las autorizaciones o dispensas singulares y, de otro, en la introducción de mecanismos de colaboración entre los jueces nacionales y las autoridades de competencia que refuerzan la primacía efectiva del derecho de la competencia de la Unión.

El Reglamento núm. 17 del Consejo de 6 de febrero de 1962 introdujo un sistema de autorización de la Comisión para aquellos acuerdos que fueran compatibles con el mercado común al amparo del artículo 85.3 del Tratado.

Además la Comisión podía certificar, conforme al artículo 2 del Reglamento, y a petición de las empresas que por su parte en razón de los datos disponibles no había lugar a intervenir. Es decir, en los casos complejos y siempre que el acuerdo o la actuación proyectada no se hubieran puesto en marcha las empresas disponían de esa facultad de consulta a la Comisión y no arriesgar así una sanción. Aunque en la práctica

⁷ A. THIELE (2014), «Verhaltens- und Strukturkontrolle», en G. KIRCHHOF, S. MAGEN, S. KORTE, (eds.), *Öffentliches Wettbewerbsrecht. Neuvermessung eines Rechtsgebiets*, Heidelberg: Müller.

⁸ J. M^a. BAÑO LEÓN (2013), «Los acuerdos sobre infracción de las normas de la Competencia», en J. GUILLÉN CARAMÉS (dir.), *Cuestiones actuales del Procedimiento Sancionador en Derecho de la Competencia*, Madrid: Civitas.

la Comisión no solía hacer declaraciones negativas, sino que se limitaba a emitir «comfort letters», lo cierto es que existía un procedimiento jurídico preventivo a disposición de las empresas.

El Reglamento 1/2003 considera que el acervo jurídico de la competencia es suficiente para garantizar la seguridad jurídica y que el control centralizado distrae a la Comisión de concentrar sus esfuerzos en la investigación de los casos más graves. Por tanto depende de las empresas el cálculo sobre la posible subsunción de sus conductas en las infracciones de la competencia.

Corresponde a las autoridades de competencia y al juez pronunciarse en definitiva tanto sobre si la conducta tiene efectos anticompetenciales o es por su objeto anticompetitivo como, en su caso, aplicar la exención legal del artículo 101.3 TFUE (antiguo artículo 81.3) cuando el acuerdo o la práctica «contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante», en las condiciones señaladas en dicho precepto.

Esta desconcentración del derecho de la competencia, de suerte que tanto las autoridades de competencia nacionales como los jueces pueden aplicar directamente los arts. 101 y 102 TFUE, va acompañada de un conjunto de medidas de cooperación interadministrativa de las autoridades de competencia y de un reforzamiento del papel prevalente del derecho de la Unión.

Al primer aspecto se refiere la institucionalización de una Administración en red, de modo que haya un intercambio constante de información entre las autoridades nacionales de competencia y la Comisión (art. 11 del Reglamento) que funciona tanto con mecanismos formales como informales. La autoridad de competencia nacional tiene que informar a la Comisión cuando pretenda actuar en virtud de los antiguos arts. 81 y 82 (los arts. 101 y 102 TFUE), antes o inmediatamente después de las primeras diligencias. Del mismo modo la autoridad nacional tiene que comunicar los actos que adopta dentro de los 30 días siguientes a ser adoptados y puede consultar a la Comisión o facilitar información a cualquiera de las autoridades de competencia. Con estos mecanismos obligatorios de información y con la cooperación abierta entre las autoridades de los Estados miembros se persigue una unidad de acción en la lucha contra las infracciones de la competencia, al tiempo que se asegura la primacía de la Comisión.

Los mecanismos de cooperación se extienden también al campo judicial mediante la remisión a la Comisión del texto de las sentencias y la

posibilidad de que la Comisión actúe en un procedimiento civil o contencioso-administrativo como «amicus curiae» (artículo 15 del Reglamento).

2. *La prevalencia del derecho de la Unión y la afectación al principio de división de poderes. El artículo 16 del Reglamento 1/2003 y el artículo 434 de la LEC*

De gran interés a nuestro propósito es el artículo 16 del Reglamento que consagra la regla de vinculación del juez nacional a los actos administrativos de la Comisión dictados en virtud de los actuales artículos 101 y 102 TFUE. El precepto dice literalmente que «cuando los órganos jurisdiccionales nacionales se pronuncien sobre acuerdos, decisiones o prácticas en virtud de los arts. 81 y 82 del Tratado que ya hayan sido objeto de una decisión de la Comisión, no podrán adoptar resoluciones incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión». Por otra parte, el precepto prevé que, cuando exista pendiente una decisión de la Comisión, el juez deberá abstenerse de adoptar decisiones susceptibles de entrar en conflicto con las que puede tomar la Comisión, previendo el mecanismo de la suspensión, que el art. 434 LEC ha traducido en la potestad del juez de suspensión del plazo para dictar sentencia cuando el juez tenga conocimiento de la existencia de un expediente administrativo ante la Comisión Europea, la Comisión Nacional de la Competencia u otra autoridad autonómica de la competencia.

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. No se trata de que el juez esté sujeto al reglamento de la Unión que es la ley para él en virtud del art. 97 de la Constitución y del principio de prevalencia; se trata de que el juez queda vinculado a una decisión administrativa rompiendo el esquema tradicional de sujeción exclusiva del juez a la Ley que luce actualmente el art. 6 LOPJ: si los jueces y tribunales no pueden aplicar los reglamentos o cualquiera otra disposición contraria a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía, menos deberían quedar vinculados por un acto administrativo de la Comisión.

El artículo 16 tiene su precedente en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 2003, «Masterfoods Ltd», C-344/98. El tribunal falló que cuando un juez nacional tiene conocimiento de un acto de

la Comisión que declara una infracción del art. 85 del Tratado, no puede ignorar su contenido aun cuando exista una sentencia del tribunal nacional de primera instancia en sentido contrario. Si la decisión de la Comisión ha sido recurrida procede suspender el procedimiento hasta que recaiga sentencia o plantear cuestión prejudicial. De esta manera la prevalencia del derecho de la Unión se hace a costa de un debilitamiento del poder judicial y de un reforzamiento de los poderes de la Comisión. Hasta qué punto la regulación del artículo 16 del Reglamento 1/2003 es compatible con el artículo 47.2 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales que establece la garantía del justiciable a la independencia judicial es una cuestión discutible, aunque es difícil pensar que en el supuesto de que tal problema se le planteara, el Tribunal de Justicia contestará negativamente, habida cuenta de que al juez siempre le asiste la posibilidad de plantear una cuestión prejudicial de validez sobre la decisión de 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.

IV. LA IRRADIACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA SOBRE LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO PÚBLICO

1. *Sobre los derechos fundamentales: el desarrollo de una doctrina de los derechos al hilo de la aplicación del Reglamento 17*

No por ser un hecho conocido debe ser despreciado: gran parte del esfuerzo de construcción de los derechos fundamentales en el derecho comunitario se produjo en la aplicación de las normas de competencia. Los importantes poderes de investigación e inspección concedidos a la Comisión sobre las empresas no tuvieron un contrapeso adecuado en el procedimiento administrativo: el Tribunal de Justicia se vio obligado a construir una doctrina general de los derechos de procedimiento induciéndola del acervo común del derecho de los Estados miembros, cuyas garantías no siempre son coincidentes, y sobre la base del principio «audi alteram partem».

Así el Tribunal con muchos matices ha reconocido el derecho a no declarar contra sí mismo (Sentencia Hoechst), ha establecido los límites de los poderes de la Comisión en relación a la inviolabilidad del domicilio, aplicados a las sedes de las empresas en algunos países (arts. 20 y 21 del actual Reglamento 1/2003): desde la sentencia AM & S de 1972, ha reconocido el secreto profesional de la relación entre abogado y cliente y ha excluido la correspondencia entre los mismos como objeto de inspección (Auto JPI, de 4 de abril de 1990, Hilti): el secreto no abarca, sin embargo, a las relaciones entre la empresa y sus abogados internos (Sentencia AKZO, de 14 de septiembre de 2010, que ratifica el criterio ya expuesto en AM & S). El tribunal, en fin, ha desarrollado el derecho de acceso al expediente contrapesándolo con la garantía de confidencialidad de ciertas informaciones empresariales (Sentencia ADAMS, de 7 de noviembre de 1985).

Algunas de estas garantías se han incorporado al Reglamento 1/2003, aunque se echa de menos en el ordenamiento europeo una norma de procedimiento que con carácter general sistematice las garantías básicas de los ciudadanos ante la Unión.

La Carta Europea de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea constituye hoy en día el marco de referencia en materia de garantías a través del llamado «derecho a una buena administración», en el que se incluyen algunas de estas garantías básicas de procedimiento (imparcialidad objetiva de la Administración; derecho a ser oído antes de que se adopte una medida desfavorable; motivación de los actos; responsabilidad). Sin embargo, estas reglas básicas no colman la laguna que representa la inexistencia de unos principios procedimentales claros. Parece que los órganos de la Unión prefieren mantener la tradicional flexibilidad con que las instituciones comunitarias se manejan en el procedimiento administrativo.

Sí que es indudable que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha influido en el reconocimiento de garantías que eran ajenas al procedimiento español. Así lo prueba el artículo 42 LDC sobre el tratamiento de la información confidencial.

El derecho de la competencia podría ser en el futuro un banco de pruebas para la coordinación entre el Tribunal de Justicia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (CEDH) en punto al juego del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en la medida en que pudiera considerarse que el articulado establecido por la carta europea y la interpretación del Tribunal de Justicia no satisfacen el estándar del Convenio Europeo y del TEDH. No puede descartarse un eventual conflicto en esta materia a raíz del Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia que considera

incompatible con el derecho de la Unión el Proyecto de acuerdo de adhesión de la Unión Europea al CEDH.

2. *La aparición de nuevas técnicas jurídicas: la llamada «clemencia» y los acuerdos de exoneración por infracción de la competencia*

La tecnología jurídica al servicio de la lucha «antitrust» de impronta norteamericana se ha dejado sentir en el derecho de la Unión y en el derecho español a través de dos figuras de indudable relieve práctico que tocan la entraña misma del principio de legalidad.

En primer lugar, conviene destacar la llamada «clemencia» o perdón total o parcial de la multa cuando una empresa integrante en un cártel lo denuncia a la Comisión facilitando toda la documentación pertinente y colaborando activamente con aquélla, siempre que la Comisión no dispusiera ya de esas pruebas. Actualmente las condiciones de la dispensa están contenidas en la Comunicación de la Comisión de 8 de diciembre de 2006 (2006/C298/11). En el derecho español figuran en los arts. 65 y 66 de la LDC desarrollados por los arts. 46 a 53 del Reglamento, completados por la Comunicación de la CNC sobre el programa de clemencia.

De las estadísticas disponibles se deduce que los programas de clemencia han contribuido notablemente al descubrimiento de cárteles y a un incremento de las multas. Desde luego ese incentivo a la denuncia refuerza la prevención contra los cárteles. Cuestión distinta, en la práctica, es si en algunos casos no es un incentivo perverso que favorece a determinadas empresas de mayor tamaño y mejor asesoradas frente a otros con menos recursos. Si esta circunstancia se corroborara resultaría que el ordenamiento jurídico estaría favoreciendo a quien ha podido contribuir con mayor peso al cártel.

La extensión de este mecanismo excepcional, que sólo tiene sentido respecto de infracciones muy difíciles de desvelar, al procedimiento administrativo sancionador, cuando se genera un daño patrimonial a la Administración como hace la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones, parece criticable, puesto que los riesgos de incurrir en situaciones moralmente deplorables no han sido ponderados en la norma, al margen de que el concepto de daño patrimonial no quede suficientemente perfilado. Conviene recordar a estos efectos que la Ley 7/2012 de 29 de octubre ya prevé la exención en el ámbito fiscal cuando se trata de operaciones en metálico no autorizadas.

En segundo término, tanto el derecho europeo como el derecho español conocen la posibilidad de que las autoridades de Competencia

pacten con el presunto infractor un acuerdo que pone término al procedimiento eximiéndole de la sanción a cambio de los compromisos que acepte el interesado. Con razón se ha subrayado en nuestra doctrina⁹ el importante revés que estos acuerdos suponen desde el punto de vista del principio de legalidad. En otro lugar he notado¹⁰ que la indeterminación de los conceptos que maneja la LDC hace imprescindible conceder un margen de apreciación a la CNMC para decidir si impone sanciones, simples medidas de policía o llega a acuerdos con las empresas afectadas que garanticen el restablecimiento de la competencia. Pero no puede ignorarse que este tipo de convenios conmueven los cimientos, aparentemente más sólidos de lo que en realidad son, del principio de legalidad sancionadora, en la medida en que la ley reconoce discrecionalidad a la CNMC para decidir en el caso concreto si impone sanciones o llega a acuerdos (Véase la comunicación de la CNMC, de octubre de 2015, sobre terminación convencional de expedientes sancionadores).

A la vista de lo expuesto resulta claro que el derecho de la competencia constituye uno de los sectores de referencia¹¹ para el progreso dogmático del derecho administrativo y muy en particular del derecho sancionador.

V. CRÍTICA DE LA POSICIÓN PREFERENTE DE LA IDEA DE COMPETENCIA EXTRAMUROS DEL DERECHO «ANTITRUST»

Con todo, el aspecto que reviste más interés desde el punto de vista del derecho público es la introducción en nuestro ordenamiento de una perspectiva de política de la competencia, que no tiene precedentes conocidos y que produce una alteración del equilibrio entre los poderes normativos y sobre la propia distribución de competencias entre los entes territoriales.

La política de promoción de la competencia va mucho más allá del derecho «antitrust». En la Unión Europea ha sido un elemento decisivo del desarrollo del mercado interior a partir de las libertades de establecimiento y circulación.

⁹ T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2012), «La terminación convencional en el procedimiento sancionador por conductas anticompetitivas», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, 11, págs. 35-48.

¹⁰ J. M^a. BAÑO LEÓN (2013), «Los acuerdos sobre infracción de las normas de la Competencia», en J. GUILLÉN CARAMÉS (dir.), *Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en Derecho de la Competencia*, Madrid: Civitas.

¹¹ E. SCHMIDT-ASSMANN (2003), *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, Madrid: Marcial Pons.

En el ámbito de la Unión, la Directiva de Servicios es la mejor expresión de esa política que impone fuertes restricciones a la regulación administrativa de los Estados miembros, que sin perjuicio de la crítica que puede haber merecido, ha cambiado profundamente las técnicas de intervención administrativas (preferencia de los controles administrativos «ex post» sobre los controles «ex ante»; proscripción de autorizaciones que no sean necesarias; sujeción de los controles al principio de proporcionalidad para garantizar la libertad en la prestación de los servicios en el mercado interior). Nada hay que objetar a esta preeminencia de la libertad de establecimiento y libre prestación de servicios de la Unión Europea sobre las competencias administrativas regulatorias de los Estados miembros si se parte como es obligado del principio de prevalencia.

Sí que cabe formular objeciones a la traslación acrítica de estos principios por la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado que viene a completar a las denominadas Ley Ómnibus y Ley Paraguas, al margen de las numerosas normas de procedimiento que han transpuesto los principios de la Directiva de Servicios.

Hasta la LGUM, la relación entre regulación y competencia giraba en torno a tres ejes: la libertad de empresa como derecho fundamental esgrimible en su doble vertiente, formal (reserva de ley) y material (respecto al contenido esencial); el art. 4 LDC que prohíbe las regulaciones restrictivas de la competencia que no cuenten con el respaldo de una ley y su correlato procesal, la legitimación de la CNMC para impugnar actos y disposiciones que concurran en restricciones de la competencia¹²; la potestad de la CNMC para informar los proyectos de ley y disposiciones estatales. La LGUM va todavía más allá: las leyes y disposiciones reglamentarias sólo pueden establecer limitaciones a la competencia más cuando son necesarias y proporcionadas.

La idea, que comparto, de que la LGUM ha venido a alterar el orden constitucional de competencias utilizando la unidad de mercado como excusa para una recentralización ha sido expuesta, con distintos matices, ya entre nosotros de manera rotunda¹³. Lo que ahora me inte-

¹² M. REBOLLO PUIG (2003) auspició doctrinalmente esa legitimación como compensación de su interpretación restrictiva del art. 4 LDC: «Reglamento y acto administrativo ante el Tribunal de defensa de la competencia», en L. COSCULLUELA MONTANER (COORD.), *Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje al profesor D. Sebastián Martín-Retortillo*, Madrid: Civitas. En otro lugar, me he ocupado críticamente de esa cuestión: J. M^a. BAÑO LEÓN (2013), «Libre competencia y Administración Pública: Derecho Administrativo y Derecho “antitrust”», en M. REBOLLO PUIG (DIR.), *Derecho de la Regulación IX. Comercio interior*, Madrid: Iustel.

¹³ Véase S. MUÑOZ MACHADO (2014), «Sobre el restablecimiento legal de la unidad de mercado», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 163, págs. 11-22; M. REBOLLO PUIG (2014), «La libertad de empresa tras la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado», *Revista Española*

resa destacar es cómo se ha utilizado la idea de competencia económica tanto en el orden sustantivo y procesal de forma tal que altera profundamente la relación entre regulación administrativa y libre competencia elevando la libertad de empresa al rango de un derecho constitucional preferente, podría decirse derecho «suprafundamental», sin cobertura alguna. El artículo 16 LGUM dice que «el acceso a la actividad económica y su ejercicio será libre en todo el territorio nacional y sólo podrá limitarse conforme a lo establecido en esta ley y lo dispuesto en la normativa de la Unión Europea o en tratados y convenios internacionales». Al margen del derecho de la Unión Europea o de lo que resulta de tratados incorporados al derecho español, cabe preguntarse si es posible que una ley ordinaria que no tiene rango constitucional puede vincular al legislador futuro tanto del Estado como de las comunidades autónomas respecto de las limitaciones a la actividad económica. Por lo que respecta a la legislación del Estado la respuesta es claramente negativa. Cualquier ley estatal posterior podrá establecer limitaciones diferentes a la prevista en la LGUM conforme a la máxima de que la ley posterior deroga a la anterior de modo que los principios en que se basa esa ley podrían ser aplicados de forma diferente por la ley posterior. Y no puede objetarse que los principios de la LGUM son puro traslado de las exigencias constitucionales, puesto que para ello ni haría falta la ley o serían, tan solo, una de las concreciones posibles que el legislador puede hacer de la Constitución, que no constituye una foto fija sino un marco que el legislador no deber traspasar, pero que admite muy diversas interpretaciones en el juego propio de la política.

Algo muy semejante puede decirse de la legislación de las comunidades autónomas. En la medida en que sea competente sobre una materia, el legislador autonómico tiene que ponderar en el marco de la libre competencia y la unidad de mercado los distintos valores constitucionales (seguridad, protección ambiental y urbanística, defensa de los consumidores, etc.) sin que quepa establecer una gradación entre la libre competencia (ejercicio de un derecho de libertad) y otros fines constitucionales (seguridad, protección de los consumidores, etc.) en la medida en que también esos fines protegen derechos fundamentales.

de Derecho Administrativo, 163, págs. 23-33; id. (2015), «El Estado Autonómico tras la Ley Garantía de la Unidad de Mercado y sus principios de necesidad y eficacia nacional», *Revista Andaluza de Administración Pública*, 91, págs. 91-146; G. FERNÁNDEZ FARRERES (2014), «Unidad de mercado y libertades de empresa y de circulación de bienes en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 163, págs. 109-144; J. NARBÓN FERNÁNDEZ (2016), «Los discutibles presupuestos económicos de la Ley de Garantía de Unidad de Mercado», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 175, págs. 161-194; M^a J. ALONSO MÁS (2014), *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado*, Madrid: La Ley.

Así, por ejemplo, una normativa administrativa sobre el uso turístico de una vivienda residencial no concierne sólo a la libertad de iniciativa económica del propietario y a los fines de carácter protector ambiental o urbanístico. Una regla de este tipo afecta también al derecho a la intimidad domiciliaria, en el sentido de la jurisprudencia del TEDH (por ejemplo, sentencias López Ostra de 9 de diciembre de 1994 y Moreno Gómez de 19 de noviembre de 2004) de aquellos propietarios que pueden resultar afectados por la actividad económica. En esa medida, la LGUM no sólo es inconstitucional por invadir las competencias de las comunidades autónomas sino también por pretender fijar por vía legislativa una interpretación de la Constitución que sólo incumbe al Tribunal Constitucional¹⁴.

Lo que podría denominarse la falacia de la libre competencia consiste en un análisis unidireccional de la política que percibe las restricciones o limitaciones de la libre empresa como una relación dialéctica entre poder y libertad.

La LGUM hace sospechosa cualquier restricción de la competencia, además de contener una presunción de respeto a los principios de necesidad y proporcionalidad que no puede sino calificarse de simplista. Los principios de necesidad y proporcionalidad sólo sirven como guía metodológica cuando se parte de que hay un valor preponderante (aquí, la libertad económica) que está amenazado por una restricción¹⁵. Pero el principio es inútil o se convierte en una compleja ponderación de valores cuando el fin constitucional protegido (seguridad, salud pública) encierra también la afectación de otros derechos fundamentales. Entre el derecho de Ticio a la libertad económica y el derecho de Cayo al descanso domiciliario no puede haber ni necesidad ni proporcionalidad alguna; lo que hay y debe haber es una ponderación entre los derechos afectados. La prueba de ello es que en la colisión de derechos el test de necesidad y proporcionalidad no puede hacerse al mismo tiempo desde perspectivas de uno y otro derecho enfrentados: ¿es necesaria la restricción del derecho al descanso para mejorar la actividad económica o es necesaria la restricción de la libertad de empresa para garantizar el derecho al descanso? El test de proporcionalidad sólo sirve cuando se trata de comparar un derecho con una limitación, no cuando la ley tiene que contrapesar dos derechos. El empleo por el Tribunal Constitucional del

¹⁴ SSTC 76/1983, FJ4.c); 214/1989, FJ5; J. M^a. BAÑO LEÓN (2014), «El impacto de la Unión monetaria en la gobernación del Estado», *Documentación Administrativa, Nueva Época*, 1, págs. 3-15.

¹⁵ I. REVUELTA PÉREZ (2014), «Análisis de impacto normativo y control judicial de la discrecionalidad reglamentaria», *Revista de Administración Pública*, 193, pág. 108.

principio de proporcionalidad encierra las más de las veces una auténtica ponderación de valores¹⁶. La seguridad, el orden público, el medio ambiente, no son sólo fines que el Estado por mandato constitucional debe preservar, encierran también verdaderos derechos subjetivos de los ciudadanos, que no son reductibles a una relación de tensión entre libertad del privado y regulación económica por el poder público; por el contrario, como se acaba de demostrar, encierran las más de las veces relaciones de tensión entre derechos subjetivos en disputa¹⁷.

Que la Unión Europea, en aras de un fin que el ordenamiento jurídico comunitario considera prioritario, la unidad de mercado, haya querido establecer en la Directiva de Servicios con fundamento en la prevalencia de su derecho frente al de los Estados miembros una preponderancia de la libertad económica frente a la regulación de los Estados (no por cierto frente a las propias regulaciones de la Unión que con habitualidad limitan o restringen derechos económicos ponderando otros valores), no significa en absoluto que fuera del marco del derecho europeo, el legislador ordinario español pueda erigirse en intérprete supremo de la Constitución ofreciendo una determinada interpretación que en absoluto se compadece con el texto de la misma.

Evidente resulta que cualquier ley autonómica o estatal puede ser declarada inconstitucional por ir en contra de la libertad de empresa o de la unidad de mercado. Pero si la jurisprudencia constitucional ha sido muy deferente con el legislador en este aspecto, no ha sido por casualidad, sino justamente porque las regulaciones públicas que embriдан, restringen u ordenan esa libertad, al mismo tiempo hacen posibles el ejercicio de otros derechos constitucionales y la protección de otros valores constitucionales.

En ese contexto, o la LGUM dice lo mismo que la Constitución en cuyo caso es inútil, o si dice algo diferente, es incompatible con el texto fundamental. Elevar una determinada concepción de la libre competencia a rango de norma fundamental rompe el equilibrio entre los principios y libertades fundamentales.

De ahí la extrañeza —realmente anomalía— que representa la legitimación de la CNMC para impugnar cualesquiera tipos de actos y disposiciones de carácter general —incluidos los del gobierno— ante la

¹⁶ Véanse L. ORTEGA ÁLVAREZ (2009), «Introducción: la ponderación en el marco del pluralismo», L. ARROYO JIMÉNEZ (2009), «Proporcionalidad y Derecho Administrativo», en L. ORTEGA y S. DE LA SIERRA MORÓN (coords.), *Ponderación y Derecho Administrativo*, Madrid: Marcial Pons.

¹⁷ Sobre esta cuestión clave del moderno Derecho constitucional es imprescindible la consulta de la obra de G. DOMÉNECH PASCUAL (2006), *Derechos Fundamentales y Riesgos Tecnológicos. El derecho del ciudadano a ser protegido por los poderes públicos*, Madrid: CEPC.

jurisdicción contencioso-administrativa y que —entiendo— es fruto de una decisión muy poco meditada del legislador.

La CNMC ya estaba legitimada ex art. 5.4 de la Ley 3/2013 para impugnar los actos y acuerdos contrarios a la libre competencia, por lo que resulta sorprendente que se duplique esta legitimación en aras a la garantía de la unidad de mercado. Pero más sorprendente es todavía que no se haya parado mientes en lo que esta legitimación significa políticamente, es decir, en la entronización de la CNMC como defensora de la libertad de empresa, correlato procesal de la inconstitucional prevalencia que se pretende de esta libertad frente a otros fines constitucionales.

En efecto, como la legitimación de la CNMC no alcanza a la impugnación de las leyes, resulta que este organismo nombrado por el gobierno, aunque disponga de autonomía funcional, sólo podrá impugnar los actos por dos razones:

- a) Porque la disposición o acto carece de la cobertura de una ley.
- b) Porque, aun teniendo cobertura en la ley, entiende la Comisión que la ley es inconstitucional.

En efecto, si la «regulación» de la competencia es fruto de una disposición autonómica o local que tiene su base en una ley, la CNMC tendrá que poner en entredicho la ley para que el Tribunal ordinario plantee cuestión de inconstitucionalidad. Que un órgano administrativo nombrado por el gobierno discuta leyes aprobadas parlamentariamente es un sinsentido. Y en el caso de las leyes autonómicas, carente de toda justificación, ya que es el gobierno del Estado quien puede plantear recurso de inconstitucionalidad si considera que existe una extralimitación constitucional.

A mi juicio, la CNMC no puede poner en cuestión una disposición reglamentaria si tiene su cobertura en una ley; no cabe decir que la habilitación es válida, pero que es inválido el reglamento si no se ha excedido de la habilitación.

Por tanto, más allá de la inconstitucionalidad de la ley, lo único que puede objetar la CNMC es la incompatibilidad de la disposición con la ley habilitante, pues no cabría que la CNMC tomara como parámetro de referencia los abstractos principios de la LGUM, puesto que habrían sido derogadas por la ley posterior, si se trata de una ley estatal o habría que plantear cuestión de inconstitucionalidad si se trata de una ley autonómica.

Por lo tanto, el efecto de la legitimación de la CNMC será mínimo en el orden práctico y aleja a la CNMC de su función como defensora de

la competencia para pasar a ejercer una labor que pueden desarrollar con ventaja los empresarios afectados, dado que el debate procesal necesariamente se tiene que construir sobre la medida en que la norma o el acto vulnera la ley y no sobre la medida en que una ley ha ponderado adecuadamente la libre competencia y los restantes valores constitucionales. Esta legitimación de la CNMC la debilita institucionalmente en la medida en que la defensa, más allá del derecho «antitrust», de mayor competencia en un mercado inevitablemente supone que la CNMC tome partido por determinados grupos de intereses económicos en detrimento de otros.

La libre competencia es un fin constitucional respetable, pero ni es el único fin constitucional ni puede ser —en el marco de la Constitución española— preponderante. Parece claro que en un régimen democrático la ponderación de esos fines no deben corresponder ni a la Administración burocrática ni a la Administración independiente (salvo cuando lo exija el derecho europeo), sino al legislador, dado que justamente la ponderación de los intereses en presencia es la esencia misma de la política expresada en la regulación normativa, que en nuestro orden constitucional corresponde en primer término al poder legislativo y, con matices, al poder municipal democráticamente elegido.