

¿Existe una obligación de incoar procedimiento sancionador en el ámbito de defensa de la competencia?

Alba Ribera Martínez

Máster de Acceso a la Abogacía



MÁSTERES
DE LA UAM
2019 – 2020

Facultad de Derecho

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO**

**MÁSTER DE ACCESO PROFESIÓN DE ABOGADO
TRABAJO FIN DE MÁSTER**

**¿EXISTE UNA OBLIGACIÓN DE
INCOAR PROCEDIMIENTO
SANCIONADOR EN EL ÁMBITO DE
DEFENSA DE LA COMPETENCIA?**

Alumno: Alba Ribera Martínez

Tutor: Silvia Díez Sastre

Curso académico 2019/2020

Fecha de entrega: 9 de julio de 2020

ÍNDICE DE CONTENIDOS

1. Introducción	4
2. Apunte preliminar sobre la naturaleza de las sanciones.....	5
3. ¿Existe una obligación de incoar el procedimiento sancionador?.....	8
3.1 Iniciación de oficio	8
3.2 Las actuaciones previas como alternativa a la incoación del procedimiento sancionador.....	11
3.3 ¿Discrecionalidad en la iniciación del procedimiento?	15
3.3.1 Potestad sancionadora reglada	15
3.3.2 Potestad sancionadora discrecional	18
3.3.3 Oportunidad reglada: en concreto, el ámbito de defensa de la competencia	19
3.4 Impugnabilidad del acto de incoación del procedimiento sancionador.....	22
3.4.1 Archivo de actuaciones	23
3.4.2 Decisión de no incoar	24
3.5 Legitimación del denunciante en sede contenciosa-administrativa.....	25
3.5.1 Dimensión individual	27
3.5.2 Dimensión colectiva	32
3.6 Alcance del control jurisdiccional	35
4. Conclusiones	38
BIBLIOGRAFÍA.....	40

1. Introducción

Los expedientes sancionadores relativos al control de conductas anticompetitivas en materia de defensa de la competencia se rigen por un procedimiento sancionador específico, previsto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, “LDC”) y el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (en adelante, “RDC”). Su normativa supletoria es la propia Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (“LPACAP” en adelante), que se aplica en lo que resulta compatible con la naturaleza que inspira a este procedimiento específico. Por tanto, la norma administrativa común puede iluminar aquellos vacíos que encontramos en la legislación nacional de competencia, sobre todo por lo que se refiere a las cuestiones procedimentales.

La primera decisión que toma la autoridad de competencia al conocer la *notitia criminis* es la de determinar si, ante determinados hechos susceptibles de infracción, decide incoar el procedimiento sancionador. Esta decisión plantea una especial problemática cuando es un denunciante el que realiza esa comunicación de hechos a la autoridad, puesto que tanto su intervención en vía administrativa como en vía judicial se ve muy limitada. Por una parte, la defectuosa regulación de su estatuto jurídico que realiza la LDC en conexión con la LPACAP y, por otra, los estrictos condicionantes impuestos por la jurisprudencia para apreciar su legitimación activa en el contencioso implican una clara disminución de sus derechos en el procedimiento sancionador. A mayor abundamiento, la decisión de no incoar ante una denuncia, aunque factible en la realidad práctica, es una posibilidad escasamente definida en la regulación sectorial que, como veremos, dificulta el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva del denunciante.

A estos efectos, en este trabajo determinaremos preliminarmente si la potestad sancionadora que queda en manos de la autoridad de competencia legitima a esta para decidir no iniciar el procedimiento ante determinados supuestos, así como las consecuencias que trae consigo la omisión de dicha incoación.

A partir del análisis realizado, extraeremos aquellos elementos provenientes de la materia de defensa de la competencia que pueden fundamentar y perfeccionar el régimen administrativo común, de cara a reforzar la protección de los intereses de los denunciantes tanto en vía administrativa como contenciosa. Siguiendo un esquema lineal, apuntaremos una cuestión preliminar relacionada con la naturaleza de las sanciones administrativas en materia de

competencia (epígrafe II). Seguidamente, indicaremos qué naturaleza tiene la potestad sancionadora (epígrafe III.I) y de qué forma debe ejercerla la Administración (epígrafe III.III). Asimismo, apuntaremos qué papel puede desempeñar el denunciante de cara a la incoación del procedimiento sancionador. A partir de lo señalado, desarrollaremos qué pasos sigue la Administración de cara a incoar el procedimiento (epígrafe III.II) y mediante qué actuaciones puede no incoar el procedimiento (epígrafe III.IV). Una vez apuntado lo anterior, nos trasladamos a la vía contenciosa para analizar de qué forma está legitimado el denunciante para impugnar la no incoación del procedimiento sancionador (III.V). Superada la excepción procesal, señalaremos con qué límites se encuentra el órgano judicial en su fallo considerando que nos encontramos en el marco de la potestad sancionadora ejercida por la Administración (epígrafe III.VI).

2. Apunte preliminar sobre la naturaleza de las sanciones

La Administración, en ejercicio de su potestad sancionadora, adquiere continuamente conocimiento de determinados hechos constitutivos de infracción -con intervención de denunciante o no- y, acto seguido, debe posicionarse y decidir si incoa el procedimiento sancionador. Esta es una decisión trascendental puesto que a partir de este momento el infractor dispondrá de toda una serie de instrumentos de defensa con los que valerse para cuestionar la actuación administrativa durante todo el procedimiento. Por ello, es posible que ante determinadas infracciones de las que conozca, la Administración decida omitir su incoación. Sin duda, esta decisión es revisable en vía contenciosa.

Antes de entrar en el análisis de ese problema, debemos cerciorarnos de que la Administración está ejerciendo la potestad sancionadora, puesto que existen algunos supuestos límite en los que la simple actuación administrativa puede llegar a confundirse con aquella. Esta cuestión ha planteado una gran discusión en el sector doctrinal de la que debe darse cuenta brevemente.

En primer lugar, en cuanto a su finalidad, una sanción administrativa difiere de una pena y de otro tipo de actuaciones administrativas porque no solo persigue la protección del interés público o el restablecimiento de la legalidad¹. En su lugar, la sanción tiene como fin la causación de un perjuicio deliberado al infractor por el comportamiento antijurídico y reprochable que ha realizado².

¹ Huergo Lora, A. (Ed.) (2007). *Las sanciones administrativas*. Madrid: Iustel, pp. 230-242.

² *Ibidem*, pp. 240-242.

El Tribunal Constitucional en su Sentencia 132/2001, de 8 de junio³, define la resolución administrativa sancionadora como *una decisión administrativa con finalidad represiva, limitativa de derechos, basada en una previa valoración negativa de la conducta (del infractor)*. Es decir, no existe una correspondencia exacta entre acto restrictivo de derecho y sanción⁴. El carácter punitivo que define la resolución administrativa opera como reacción frente a la conducta infractora predeterminada en la normativa administrativa⁵. De hecho, la configuración que queda en manos del legislador resulta completamente heterogénea⁶, ya que este configura qué es infracción y qué es sanción en cada ámbito de la normativa sectorial específico⁷; el legislador dispone de una amplia discrecionalidad para determinar de qué forma se ejerce la potestad sancionadora y cuáles son los mecanismos de los que dispone para hacerlo.

En el ámbito de la defensa de la competencia, la finalidad de la potestad sancionadora se ve influida por la función de regulación que también ostentan las autoridades de competencia. Por una parte, ejerce en el marco de la regulación sectorial un control *ex ante* sobre el funcionamiento de los mercados vinculada estrechamente con su función de mantener la existencia de una competencia efectiva en los mercados y los sectores productivos, *ex art. 5 LCNMC*. Por otra parte, realiza un control *ex post* de actuaciones empresariales que atentan contra la libre competencia del mercado⁸ y las sanciona. El régimen sancionador previsto para las conductas prohibidas de los arts. 1 a 3 de la LDC tiene como fin preservar las actividades económicas que se desarrollan en régimen de libre iniciativa⁹. Paralelamente, encontramos en la LDC otros mecanismos a través de los cuales la CNMC no impone sanciones, pero respecto de los que comprueba su conformidad a la normativa de competencia. Por ejemplo, el sistema de control de ayudas públicas del art. 11 LDC, respecto del que la autoridad no ostenta facultades con eficacia jurídica directa para sancionar las conductas ilícitas que se den en esta materia¹⁰.

³ Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 132/2001, de 8 de junio.

⁴ Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm. 239/1988, de 14 de diciembre.

⁵ Cano Campos, T. (2018). Capítulo I. Aspectos generales. En Cano Campos, T. (Ed.), *Claves prácticas de Derecho Administrativo: Sanciones administrativas*, Madrid: Francis y Taylor.

⁶ Navalpotro Ballesteros, T. (2009). Acerca de la discrecionalidad u obligatoriedad en la incoación del procedimiento administrativo sancionador. Un debate más cercano a su ocaso. *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, 29 (30 diciembre 2009), pp. 1-6.

⁷ Nieto García, A. (ed.) (2012) *Derecho Administrativo sancionador*. Madrid. Tecnos, pp. 1-130.

⁸ Laguna de Paz, J.C. (2010). Regulación sectorial y normas generales de defensa de la competencia: criterios de relación, *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 145/2010, Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3180625>, pp. 87-110.

⁹ *Ibidem*, pp. 87-90.

¹⁰ Fernández Farreres, G. (2017). Artículo 11. En Massaguer Fuentes, J., Sala Arquer, J.M., Folguera Crespo, J. y Gutiérrez, A. (Dirs.). *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia y a los preceptos sobre organización y*

En segundo lugar, en cuanto a su contenido, la resolución sancionadora declara la existencia de la infracción, que trae consigo la imposición de una serie de medidas, que no son exclusivamente medidas de tipo sancionador. En este sentido, el art. 53.2 LDC prevé que, además de la imposición de multas¹¹, la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante “CNMC”) puede contener medidas aflictivas no sancionadoras, como la imposición de determinadas obligaciones o de la remoción de los efectos de las conductas infractoras. Estas medidas limitativas de derechos se encaminan a restablecer las condiciones de competencia afectadas en el mercado por la conducta infractora que, en todo caso, deben conjugarse con el control *ex ante* ejercido por la autoridad de competencia. La Resolución de 19 de diciembre de 2012 del Consejo de la CNC¹² (autoridad de competencia equivalente a la actual CNMC para los años 2007 a 2013) evidencia la diversidad de pronunciamientos que puede emitir la autoridad de competencia, que debe conjugarse con el control *ex ante* buscado como reguladora sectorial. En el supuesto planteado, ante la propuesta de resolución para que se produjera la cesación de las conductas abusivas de la infractora, el Consejo de la CNC deniega tal petición por dos motivos. El primero de ellos es que las conductas ya habían cesado en el momento de ser sancionadas y a día de la resolución el mercado ya había sufrido cambios sustanciales por la existencia del regulador sectorial, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, que realizaba un control *ex ante* equivalente a la prevención de tales conductas con los mismos resultados que las medidas limitativas de derechos solicitadas.

Aunque pueda resultar llamativo, las medidas aflictivas no sancionadoras incluso pueden resultar más gravosas que la propia multa, puesto que se pueden imponer limitaciones a la libertad de empresa de la infractora. Por ejemplo, en caso de que la infractora haya abusado de su posición de dominio, la CNMC puede imponer que suprima ciertas ramas de su actividad con el fin de restablecer la situación anterior a la que se produjo la restricción de competencia. En los supuestos en los que se produzca la denuncia de los hechos constitutivos de infracción, especialmente si se trata de un competidor, precisamente se buscará que se acuerden estas medidas aflictivas no sancionadoras. Al denunciante, le beneficiará en mayor medida que se

procedimientos de la Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, Navarra: Aranzadi, pp. 749-761.

¹¹ Baño León, J.M. y Pascual Morcillo, A. (2017). Artículo 53. En Massaguer Fuentes, J., Sala Arquer, J.M., Folguera Crespo, J. y Gutiérrez, A. (Dir.). *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia y a los preceptos sobre organización y procedimientos de la Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*, Navarra: Aranzadi, pp. 1215-1219.

¹² España. Comisión Nacional de la Competencia (Consejo de la CNC). Expte. S/0248/10 Mensajes cortos, Resolución de 19 de diciembre de 2012.

restablezcan las condiciones de competencia en el mercado¹³ para volver a operar con normalidad en él y le será prácticamente indiferente si se le impone una multa al infractor.

Apuntados los bienes jurídicos protegidos por el régimen sancionador en materia de competencia, cabe señalar que el acuerdo de incoación previsto en el art. 49 LDC determina la presencia de un interés público que a la autoridad competencia le corresponde tutelar¹⁴. Por ello, nos planteamos si ese interés público a partir del que se configura la potestad sancionadora en este ámbito sectorial compele en todo caso al órgano competente a incoar y qué tratamiento merece la omisión del acuerdo de incoación de cara a su impugnación en vía contenciosa.

3. ¿Existe una obligación de incoar el procedimiento sancionador?

3.1 Iniciación de oficio

El procedimiento sancionador se inicia siempre de oficio ya que acarrea efectos negativos al ciudadano¹⁵. La autoridad de competencia puede, con base en su propia iniciativa, porque tiene un conocimiento directo o indirecto de los hechos, incoarlo por sí misma. La CNMC puede obtener dicho conocimiento como consecuencia de la función de supervisión de los mercados y sectores económicos que realiza, *ex art. 5.1.a) LCNMC*, o bien de la función de promoción e informe que también ostenta *ex art. 5.1.h) LCNMC*¹⁶. Sin embargo, la decisión de incoación del procedimiento sancionador puede venir precedida de actuaciones distintas.

En el régimen común conforme al art. 60 LPACAP, el órgano competente puede iniciar el procedimiento como consecuencia de orden del órgano administrativo superior jerárquico, que queda vinculado por su decisión y por ello debe incoar el procedimiento. La orden que lo motiva debe quedar perfectamente delimitada en referencia a qué sujetos son presuntamente responsables y qué hechos pueden constituir infracción administrativa, así como las circunstancias en las que se produjeron.

En segundo lugar, el órgano competente puede iniciar procedimiento administrativo con base en petición razonada de un órgano administrativo distinto de su superior jerárquico que ha

¹³ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 3ª). Sentencia de 19 de octubre de 2015.

¹⁴ Baño León, J.M. y Pascual Morcillo, A. (2017). Artículo 49. En Massaguer Fuentes, J., Sala Arquer, J.M., Folguera Crespo, J. y Gutiérrez, A. (Dirs.). *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia y a los preceptos sobre organización y procedimientos de la Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*, Navarra: Aranzadi, pp. 1191-1196.

¹⁵ Huergo Lora, A. (1995). La desigualdad en la aplicación de potestades administrativas de gravamen: remedios jurídicos. *Revista de Administración Pública*, 137, Recuperado en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=17273>, pp. 189-238.

¹⁶ Guillén Caramés, J. y Pascual Morcillo, A. (2017). El procedimiento sancionador por infracciones de los arts. 1, 2 y 3 de la LDC. En Beneyto, J.M. y Mailló, J. (Dirs.), *Tratado de Derecho de la Competencia: Tomo I*, Barcelona: Wolters Kluwer, pp. 966-972.

tenido conocimiento de los hechos (art. 61 LPACAP). El órgano no queda vinculado por esta comunicación de hechos, pero debe motivar su decisión en caso de que no incoe procedimiento administrativo. En el caso de las autoridades de competencia, pueden incluso recibir dicha *notitia criminis* de un órgano judicial del orden civil que le dé traslado de un auto de trámite o de sentencia dictada en aplicación de los arts. 1 y 2 LDC¹⁷.

En último lugar, cabe señalar el supuesto contemplado en el art. 62 LPACAP, en virtud del cual cualquier persona comunica unos hechos al órgano competente y este decide si incoa el procedimiento administrativo. Los arts. 62 LPACAP y 49.1 LDC prácticamente replican el concepto de denuncia del derogado art. 11.1.d) del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora (REPEPOS, en adelante): *es una puesta en conocimiento de la existencia de determinados hechos por parte de cualquier persona al órgano administrativo de cara a la posible incoación de un procedimiento administrativo*. La naturaleza de la denuncia formulada por el particular se identifica como denuncia-facultad. Es decir, no recae obligación sobre el denunciante de realizarla, en principio estamos ante la conducta de un sujeto que comunica ciertos hechos a la Administración con base en el interés general¹⁸. Su virtualidad en cuanto comunicación de hechos constitutivos de infracción es limitada sobre el procedimiento sancionador en sentido estricto¹⁹; la denuncia solo puede llegar a sustentar, en su caso, el acuerdo de incoación. A diferencia del ámbito comunitario, el denunciante no debe reunir un especial interés legítimo para comunicar formalmente los hechos susceptibles de infracción a la autoridad de competencia²⁰.

A pesar de que se formule denuncia, tal y como señala la Resolución de 19 de mayo de 2014 de la CNMC²¹, los hechos objeto de la denuncia no necesariamente deben ser aquellos sobre los que recaiga la posterior instrucción del procedimiento sancionador. Por el hecho de que las

¹⁷ Guillén Caramés, J. y Pascual Morcillo, A., El procedimiento sancionador..., cit.; pp. 966-967.

¹⁸ Gallardo Castillo, M.J. (2016). El nuevo marco normativo del procedimiento administrativo común: el paradigma de una reforma endebles. Estudios, ponencias, crónicas o notas sobre la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. *Cuadernos de Derecho Local*, 42, Recuperado de http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/1731/03_GALLARDO_P12_P40_QDL_42.pdf?sequence=1, pp. 12-39.

¹⁹ Navajas Rebollar, M. (2018). El estatuto jurídico de la denuncia administrativa: la introducción del programa de clemencia en el procedimiento sancionador. En Huergo Lora, A. (Ed.), *Problemas actuales del Derecho administrativo sancionador*, pp. 179-204.

²⁰ Creus, A. (2019). El procedimiento administrativo ante la Comisión Europea en materia de Derecho de la competencia (I). En Beneyto, J.M. y Maillo, J. (Dirs.), *Tratado de Derecho de la Competencia: Tomo I*, Barcelona: Wolters Kluwer, pp. 798-803.

²¹ España. Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (Sala de Competencia del Consejo). Expte. SACAN/011/10 Página web C.O. Dentistas Tenerife, Resolución de 19 de mayo de 2014.

conductas colusorias -en especial, los cárteles- suelen desarrollarse de forma secreta, se prevé esta amplitud a la hora de denunciar este tipo de conductas.

Por su parte, el mismo art. 49.1 LDC también alude a la posibilidad de que el denunciante reúna la condición de interesado. No obstante, al denunciante no se le reconoce *per se* la titularidad de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos, ex art. 62.5 LPACAP, como sucede con los interesados, ex art. 4.a) LPACAP. Como regla general, el denunciante solamente puede intervenir en el procedimiento sancionador como interesado (o denunciante cualificado) cuando justifique sus intereses legítimos²² de cara a su participación en la tramitación del expediente sancionador, ex art. 25.2.d) RDC. Aunque resulta preferible que se incorpore desde la incoación puede hacerlo con posterioridad, siempre que lo haga antes de que se haya producido resolución del órgano administrativo²³.

El art. 11.2 REPEPOS preveía que el acuerdo de incoación fuera notificado al denunciante en caso de que este hubiera formulado solicitud de incoación de procedimiento sancionador. No obstante, la LPACAP eliminó esta posibilidad por lo que solamente cabe que dicha notificación opere en caso de que lo prevea de tal forma la legislación específica. De esta forma, el art. 49.1 LDC establece que solamente se notificará el acuerdo de incoación a aquellos interesados, por lo que implícitamente se descarta que dicha notificación pueda operar en favor del denunciante. Irónicamente, solo se notifica al denunciante en caso de que no concurra acuerdo de incoación, pero no cuando la autoridad de competencia no atiende la denuncia (y decide ignorarla); el art. 25.2 RDC prevé que el Consejo de la CNMC comunique al denunciante los motivos por los que no procede la iniciación del procedimiento.

En el ámbito autonómico, la Ley 2/1998, de 20 de febrero, de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco difiere del régimen general, dado que su art. 35 prevé la incoación a instancia de parte. El legislador vasco prevé que el interesado solicite la apertura de un procedimiento sancionador por la puesta en conocimiento al órgano administrativo de hechos constitutivos de infracción. Según lo previsto en su Exposición de Motivos, el legislador vasco trató de asimilar la posición del denunciante en vía administrativa a aquella del actor particular en el ámbito penal. No obstante, el art. 30 establece que el órgano competente puede declarar la inadmisibilidad de la solicitud de

²² Gallardo Castillo, M.J., El procedimiento...cit., Cap. IV. Un paso atrás en la regulación de la denuncia.

²³ Izquierdo Carrasco, M. (octubre de 2013). Los intereses supraindividuales en el procedimiento administrativo sancionador. Trabajo presentado en *Jornadas sobre 'Los intereses colectivos: representación y defensa ante la Administración y los Tribunales'*, Baeza.

incoación. Por tanto, la legislación autonómica no se acaba de apartar de la noción del procedimiento configurado como un procedimiento iniciado de oficio. Estamos ante una mera solicitud de incoación por parte del ciudadano que podrá ser estimada, y que no vincula al órgano competente, sin perjuicio de que una vez incoado el procedimiento el denunciante podrá tener la condición de interesado por la afectación de los hechos a su esfera personal.

Como consecuencia de que, generalmente, la incoación del procedimiento sancionador solo se produce de oficio, solo el órgano competente puede determinar si los hechos revisten suficiente gravedad como para ser investigados y posteriormente sancionados. A falta de regulación en la LPACAP, la denuncia también suscita problemas a efectos prácticos dado que queda abierta la cuestión del grado de discrecionalidad del que dispone el órgano competente para incoar una vez conoce los hechos susceptibles de ser sancionados.

3.2 Las actuaciones previas como alternativa a la incoación del procedimiento sancionador

La autoridad de competencia adquiere conocimiento de los hechos y, acto seguido, puede realizar toda una serie de actuaciones previas (o información reservada), *ex art. 49.2 LDC*, que son un medio idóneo para comprobar la verosimilitud de los hechos denunciados de cara a asegurar la eficacia de la instrucción posterior²⁴, así como para determinar qué hechos pueden motivar la incoación y quiénes pueden ser los sujetos responsables de las infracciones detectadas. Teniendo en cuenta esta misma finalidad, el art. 27 RDC prevé que se pueden practicar para acordar no incoar procedimiento y archivar las actuaciones y, por supuesto, también prevé el art. 49.2 LDC que se practiquen para determinar si concurren las circunstancias justificativas para que se produzca la incoación del procedimiento sancionador.

Las actuaciones previas son un instrumento adecuado para la autoridad para salvar el transcurso de los plazos de prescripción y caducidad, dado que el tiempo transcurrido en sede de información reservada no se tiene en cuenta a efectos del cómputo de estos plazos²⁵. Estos plazos comienzan a computarse a partir de la incoación del procedimiento por lo que cuanto más se extiendan las actuaciones previas, más dilatado será el tiempo en el que se puedan prolongar los actos de instrucción. Esta circunstancia plantea el peligro de que la

²⁴ Tribunal General de la Unión Europea. Sentencia de 28 de abril de 2010, Amann & Söhne GmbH & Co. KG c/ Comisión, T-446/05, EU: T:2010:165, apartado 336.

Huergo Lora, A. (2018). Diferencias de régimen jurídico entre las penas y las sanciones administrativas que pueden y deben orientar su utilización por el legislador, con especial referencia a los instrumentos para la obtención de pruebas. En Huergo Lora, A. (Ed.), *Problemas actuales del Derecho administrativo sancionador*, pp. 15-58.

²⁵ Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 272/2006 de 25 de septiembre.

Administración instrumentalice las actuaciones previas para ampliar artificialmente los plazos de caducidad y prescripción. Por ello, solamente cuando se estime que las actuaciones previas se han dilatado innecesariamente en el tiempo, se ha establecido que su duración se incluirá en el cómputo de los plazos de prescripción y caducidad²⁶. Una vez que la autoridad de competencia culmina sus actuaciones previas, queda compelida a decidir si incoa el procedimiento. Sin embargo, como señala la Resolución de 25 de febrero de 2016 de la CNMC²⁷, realizadas las actuaciones previas y detectados indicios de infracción, cabe que se suspendan los plazos de resolución de los que dispone el órgano ante circunstancias excepcionales. En el supuesto que se planteaba, Facua denuncia a Volkswagen y Seat en relación con actos de publicidad engañosa y competencia desleal. La Dirección de Competencia, por haberse derivado procedimiento penal contra las mercantiles infractoras, no atiende su denuncia. No obstante, el Consejo de la CNMC declara que es posible que se practiquen las actuaciones previas respecto de las conductas denunciadas que, en su caso, pueden motivar la incoación del procedimiento. Si se realizan las actuaciones previas y concurre la triple identidad con los hechos, fundamentos y sujetos que sustentan el procedimiento penal, se acordará la suspensión por prejudicialidad, *ex art. 46 LDC*, a espera del pronunciamiento en el proceso penal. En caso contrario, quedará abierta la posibilidad de que se produzca la incoación del procedimiento.

Cuando se vengán desarrollando las actuaciones previas, el interesado no podrá acceder al expediente, sin perjuicio de que todos los documentos obrantes en ella se incorporarán a este una vez incoado el procedimiento. Por esta razón y para evitar los abusos de la autoridad en sede de información reservada, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 6 de mayo de 2015²⁸ ha sentado que a la Administración le está vedado servirse de las actuaciones previas para realizar verdaderos actos de instrucción, que se deben practicar en sede del procedimiento sancionador. Para evitar que se realice la instrucción de forma encubierta, el Tribunal Supremo ha establecido que no hay un límite temporal en el que las actuaciones previas se deban realizar, pero estas deben cesar en el momento en el que la autoridad de competencia disponga de indicios suficientes para determinar la existencia de la infracción.

²⁶ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 3ª). Sentencia núm. 618/2019, de 13 de mayo de 2019

²⁷ España. Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (Sala de Competencia del Consejo). Expte. R/AJ/118/15, Facua Volkswagen, Resolución de 25 de febrero de 2016.

²⁸ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 3ª). Sentencia de 6 de mayo de 2015.

A sensu contrario, la CNC en su Resolución de 23 de mayo de 2013²⁹ admitió una serie de actuaciones previas que se prolongaron en el tiempo, dado que las conductas investigadas presentaban una especial gravedad, por los efectos que habían generado en el mercado. En su virtud, estima que las actuaciones previas practicadas se han ajustado a su objeto y las excluye del cómputo del plazo de prescripción. Es decir, cuando la autoridad de competencia no utiliza fraudulentamente la información reservada para realizar auténticos actos de instrucción, el plazo de prescripción del que dispone para sancionar no engloba el tiempo transcurrido desde que iniciaron las actuaciones previas, sino que viene marcado por el momento en que se acuerda la incoación del procedimiento.

Las actuaciones previas pueden consistir en las facultades de inspección previstas en el art. 40 LDC, que pueden articularse tanto en diligencias inspectoras concretas como en un periodo abierto formalmente en el que se dé trámite al investigado. Es posible que se dirijan requerimientos de información a los presuntos responsables para que el órgano competente extraiga los datos esenciales para valorar si incoa el procedimiento, en los términos planteados en la STS 861/2018 de 25 de mayo³⁰. En esta Sentencia se indica que el requerimiento de información es un acto de trámite. Como tal, no es impugnabile y, en muchas ocasiones, sus resultados pueden resultar estériles. No le es exigible a la Administración que precise de forma clara, detallada o perfectamente identificada los datos que quiere recabar porque, en muchas ocasiones, ni siquiera los conocerá³¹. En este sentido, la mayoría de las actuaciones previas se realizarán de forma prácticamente aleatoria con base en los datos de los que ya disponga. Por tanto, no se puede establecer que la actuación previa sea desproporcionada porque no arroje resultados favorables o esclarecedores de cara a determinar si se incoa el procedimiento. En la Sentencia a la que aludimos, el Tribunal estimó ajustado a Derecho la solicitud de la CNMC de más de 8.000 contratos que contenían datos comerciales sensibles. El Tribunal determinó que el requerimiento era proporcionado ya que perseguía la indagación de los hechos que eran, a su misma vez, de gran alcance. Sin duda, no se equipara el deber de motivación del objeto de las actuaciones previas a aquella exigible en la resolución sancionadora, sino que se ve limitada a la comprobación de que se han realizado las actuaciones para disponer de los indicios suficientes para incoar el procedimiento sancionador.

²⁹ España. Comisión Nacional de la Competencia (Consejo de la CNC). Expte. S/0303/10 Distribuidores saneamiento. Resolución de 23 de mayo de 2013.

³⁰ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 3ª). Sentencia núm. 861/2018, de 25 de mayo de 2018.

³¹ Tribunal General de la Unión Europea. Sentencia de 26 de octubre de 2010, Conseil National de l'Ordre des pharmaciens c/ Comisión, T-23/09, EU: T:2010:452, apartado 40.

Por ejemplo, en la STS de 16 de enero de 2015³² se impugna una orden de investigación dictada por la Dirección de Investigación consistente en una inspección domiciliaria. La recurrente cuestiona en vía contenciosa que la orden no motivaba suficientemente el objeto y finalidad de la inspección (art. 13.3 RDC). La orden de investigación definía su objeto genéricamente, en concreto, que se verificara la concurrencia de posibles prácticas anticompetitivas en relación con el mercado en el que operaba la mercantil infractora. El Tribunal Supremo destaca la importancia de que tales actuaciones se hayan realizado antes de que se haya incoado el procedimiento. Precisamente por esta circunstancia no le es exigible a la Dirección de Investigación que detalle en mayor profundidad el objeto de la inspección domiciliaria, puesto que su finalidad se proyecta genéricamente en determinar si concurren indicios de infracción suficientes como para incoar el procedimiento. En caso de que se exigiera que el objeto de las actuaciones previas obrara perfectamente definido cercenaría el margen de actuación de la autoridad en la búsqueda de esos mismos indicios, que normalmente no están a su alcance.

Asimismo, por cuanto que las actuaciones previas proyectan y dirigen el ejercicio de la potestad sancionadora, le son aplicables los valores esenciales del art. 24.2 CE³³. Tal y como señala la Resolución de 15 de marzo de 2007³⁴, la autoridad de competencia no puede utilizarlas para lograr la obtención de pruebas que atenten contra las garantías constitucionales. La mercantil interesada respecto de la que se habían realizado tales actuaciones alegaba que los requerimientos de información se le habían dirigido sin que se le hubiera dado traslado del contenido de la denuncia formulada en su contra. La CNC resuelve que el deber de colaboración de entregar la información y documentos que se le requieren tiene como presupuesto previo que se le dé traslado de los elementos objetivos contenidos en la denuncia.

La decisión de incoar, que viene influida por los resultados que arrojen las actuaciones previas, queda en manos de la autoridad de competencia, en caso de que los hechos de los que haya tenido conocimiento presenten indicios suficientes de infracción. Una vez recabados los indicios necesarios, cabe aludir a cuál es el margen de discrecionalidad del que dispone para dictar el acuerdo de incoación.

³² Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 3ª). Sentencia de 16 de enero de 2015.

³³ Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 7/1998, de 13 de enero.

³⁴ España. Tribunal de Defensa de la Competencia (Pleno). Expte. r 700/96 v, Banco Santander/Cheques Comida. Resolución de 15 de marzo de 2007 de recurso interpuesto por la sociedad Banco Santander Central Hispano S.A. contra la comunicación del Servicio de Defensa de la Competencia, de 18 de octubre de 2006, dictada en las diligencias de información reservada 2712/06, por la que se deniega el traslado de la denuncia formulada contra la recurrente.

3.3 ¿Discrecionalidad en la iniciación del procedimiento?

La potestad sancionadora no se debe ejercer en todos los supuestos en los que el órgano conoce de hechos que pueden constituir infracción, aun cuando el procedimiento sancionador se incoe de oficio. Existe una gran discusión doctrinal y jurisprudencial en relación con la consideración de la potestad sancionadora como una potestad exclusivamente reglada, discrecional o con una discrecionalidad limitada integrada por una serie de factores reglados. La importancia de esta discusión recae sobre el alcance del control que se pueda producir en sede contencioso-administrativa; en caso de que la potestad sancionadora se entienda reglada, el control jurisdiccional se ve mucho más acotado que si la potestad sancionadora se entiende completamente discrecional.

3.3.1 Potestad sancionadora reglada

La normativa administrativa común no indica expresamente qué naturaleza corresponde a la potestad sancionadora. La doctrina infiere que la estructuras de las normas sancionadoras obedecen a un esquema puramente reglado; a un supuesto de hecho se le apareja una consecuencia jurídica. Es decir, la Administración solamente debe subsumir los hechos para extraer la consecuencia jurídica de la conducta infractora³⁵. La Administración debe dejar de lado cualesquiera otras consideraciones que impidan la incoación del procedimiento sancionador. Por ejemplo, cuando estime que la conducta no debiera ser punible³⁶ porque no se ajusta a la realidad social o porque se considere excesiva la sanción prevista en el ordenamiento. En este sentido, a falta de previsión expresa, parte de la doctrina considera que la potestad sancionadora es reglada y solamente en determinados ámbitos sectoriales concurren criterios discrecionales cuando así se prevea *ex lege*³⁷.

Parte de la doctrina y jurisprudencia sustenta esta posición sobre los principios de legalidad y tipicidad, que requieren que concurra cierta previsibilidad en que el infractor conozca qué conductas son constitutivas de infracción administrativa; el infractor debe poder realizar una predicción con un grado de certeza suficiente sobre las consecuencias que acarreará la conducta infractora que realiza. Como contrapeso, se exige que las infracciones se tipifiquen y queden previstas claramente en la normativa administrativa³⁸. Es decir, se exige predeterminación

³⁵ Rebollo Puig, M. (2015). Control judicial del no ejercicio de la potestad sancionadora. En J. Guillén Caramés y M. Cuerdo Mir (Eds.). *Estudios sobre la potestad sancionadora en Derecho de la Competencia*, pp. 407-466.

³⁶ Lozano Cutanda, B. (2003). El principio de oficialidad de la acción sancionadora administrativa y las condiciones necesarias para garantizar su efectividad. *Revista de Administración Pública*, nº 161, Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=721281>, pp. 83-121.

³⁷ Rebollo Puig, M. Control judicial..., *ibidem*; pp. 407-466.

³⁸ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 4ª). Sentencia de 20 de diciembre de 1999.

normativa en las conductas infractoras y las sanciones para que se produzca su interpretación y aplicación razonada. En caso contrario, la imposición de la sanción deviene imposible. Derivado de lo anterior, cabe señalar que solamente si se cumplen en la normativa administrativa las exigencias de *lex certa* irradiadas de los principios de legalidad sancionadora y seguridad jurídica será posible incoar y posteriormente sancionar al infractor. La potestad sancionadora reglada solo puede operar en relación con aquellas infracciones suficientemente predeterminadas normativamente.

Sin embargo, la predeterminación normativa y su relación intrínseca con la potestad sancionadora de tipo reglado plantea problemas cuando estamos ante mecanismos de reenvío normativo o de infracciones definidas mediante conceptos jurídicos indeterminados. La STS de 23 de octubre de 2015³⁹ apunta hacia la zona de certeza positiva del concepto jurídico indeterminado. Es decir, en ámbitos sectoriales específicos -como es el de la defensa de la competencia o el mercado de valores- las exigencias relativas a la predeterminación normativa de las infracciones se ven diluidas. Las exigencias del principio de *lex certa* son menores. En concreto, los conceptos jurídicos indeterminados en la legislación sectorial no vulneran *per se* las exigencias del principio de legalidad sancionadora. A los sujetos intervinientes en el ámbito sectorial les es exigible un mayor nivel de conocimiento de la norma porque poseen un elevado conocimiento del sector. En estos ámbitos sectoriales, al infractor le es más fácil prever la ilegalidad de su conducta. La zona de incertidumbre de aplicación de la normativa sancionadora respecto a los sujetos concurrentes en ese ámbito sectorial se reduce. Paralelamente, no le es exigible a la Administración una motivación pormenorizada y detallada de las conductas que son sancionables cuando estas parten de conceptos técnicos propios del sector que los infractores ya debían conocer por formar parte de ellos.

En el ámbito de la defensa de la competencia, concurren dos grandes autoridades de competencia: la CNMC -además de las autoridades de competencia autonómicas- y la Comisión Europea. La previsibilidad de la persecución de determinadas conductas se refiere a ambos ámbitos. Es decir, en caso de que se hayan perseguido y sancionado unas conductas en el ámbito comunitario porque tiene trascendencia en este, este criterio opera en favor de la previsibilidad de su persecución a nivel nacional o autonómico.

Por derivación de lo que hemos expuesto, la potestad reglada conlleva necesariamente, previa valoración de la Administración, a la incoación del procedimiento siempre que se pueda

³⁹ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 3ª). Sentencia de 23 de octubre de 2015.

producir la subsunción al supuesto de hecho contemplado en la norma administrativa⁴⁰. La Administración decide con base en cuestiones que han sido previamente fijadas en la normativa administrativa y se ajusta a estos límites⁴¹. En este mismo sentido, la actuación jurisdiccional se ve acotada al análisis de la propia existencia de la infracción. Cuando existen indicios de infracción suficientes, se produce, por aplicación del principio de oficialidad⁴², la incoación⁴³. La SAN de 13 de junio de 2011⁴⁴ confirma este criterio con base en que la incoación del expediente solamente corresponde a la Administración, al tratarse de un procedimiento de oficio. Ante la denuncia formulada por la recurrente, la autoridad de competencia decidió archivar el procedimiento porque no apreciaba que existían indicios de infracción, *ex arts.* 49.3 y 53.2.e) LDC, en consonancia con la consideración de la potestad reglada. Difícilmente encontraremos supuestos en los que la Administración no decida incoar, aunque es posible que se produzca dicha circunstancia. Cabe que considere que los hechos comunicados no son susceptibles de ser subsumidos en el supuesto de hecho, es decir, que no concurra el elemento de tipicidad de la conducta o que considere que no se ha producido lesión de ningún bien jurídico, es decir, que se excluya el elemento de antijuridicidad material de la conducta infractora.

Solamente se excluirá la incoación de las conductas infractoras en aquellos supuestos en los que resulte ostensiblemente claro que no se puede producir la subsunción de los hechos en ninguna infracción. Por ejemplo, en aquellos casos en los que la autoridad de competencia no es competente para enjuiciar las conductas denunciadas, como en el supuesto planteado por la Resolución de 12 de febrero de 2009 de la CNC⁴⁵. La CNC decide no incoar procedimiento porque considera que la denuncia formulada no tiene efectos anticompetitivos y la remite al orden civil para que se dilucide en ese orden jurisdiccional lo que corresponda. Asimismo, por ejemplo, se excluye la incoación cuando el sujeto infractor no actúe como operador económico, como se planteó en la Resolución de 26 de febrero de 2008 de la CNC⁴⁶. La autoridad de competencia ratificó el acuerdo de archivo de actuaciones porque considera que la denunciada no revestía los caracteres de un operador económico en el mercado, que es un requisito

⁴⁰ Rebollo Puig, M. Control judicial...cit., pp. 416-417.

⁴¹ *Ibidem.*, pp. 411-412.

⁴² Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 1ª). Sentencia de 25 de mayo de 1987.

⁴³ Navalpotro Ballesteros, T. Acerca de la discrecionalidad... cit.; pp. 1-6.

⁴⁴ Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso, Sección 6ª). Sentencia de 13 de junio de 2011.

⁴⁵ España. Comisión Nacional de la Competencia (Consejo de la CNC). Expte. S/0073/08 Burger King. Resolución de 12 de febrero de 2009.

⁴⁶ España. Comisión Nacional de la Competencia (Consejo de la CNC). Expte. r 730/07 Graciosoamar. Resolución de 26 de febrero de 2008.

necesario para su imputación en la normativa de competencia. Su actuación no podía ser objeto de un procedimiento sancionador en materia de competencia por cuanto que operaba en ejercicio de su *ius imperii* por virtud de las potestades administrativas otorgadas por la ley.

En el ámbito de defensa de la competencia, en la mayoría de las ocasiones, estamos ante infracciones continuadas y complejas, por lo que la incoación ordenada en todo caso no parece ser la opción deseada de cara a la práctica de la autoridad, puesto que esta teoría puede traer consigo un elevado número de procedimientos sancionadores que resulten frustrados, aun con la inversión en recursos públicos que todo ello supone.

3.3.2 Potestad sancionadora discrecional

En determinados ámbitos de la Administración es impracticable que se incoen procedimientos sancionadores en virtud de todas las infracciones de las que tenga conocimiento la Administración por cuestiones de eficacia administrativa, *ex art.* 103 CE⁴⁷, y ante este problema surge la concepción de la potestad sancionadora como una potestad discrecional. Es decir, la Administración solamente incoa ante aquellos supuestos en los que lo cree necesario. La discrecionalidad supone que la Administración dispone de dos opciones⁴⁸: incoar o no el procedimiento sancionador. Ambas son igualmente correctas siempre que la resolución cumpla con las exigencias mínimas de motivación. Ante el aumento de normativa administrativa sancionadora que amplía el ámbito de intervención del Estado⁴⁹, esta noción racionaliza un régimen sancionador que se considera desproporcionado⁵⁰. Esta posición tiene en cuenta la falta de medios materiales y personales de la Administración, que le impide incoar todos los procedimientos sancionadores de todas las infracciones de las que conozca. Este reconocimiento de la potestad sancionadora como discrecional únicamente puede operar en virtud de norma con rango de ley en caso de que concurren especiales circunstancias justificativas en el ámbito sectorial del que se trate. Por ejemplo, porque la Administración no pueda sancionar todas las infracciones de las que conozca por las características del sector o por la dificultad que le acarrea indagar en los hechos susceptibles de sanción⁵¹, porque considere que las infracciones no se ajustan a la realidad social o porque concorra una mayor eficacia en caso de que no se sancionen⁵².

⁴⁷ Nieto García, A., Derecho Administrativo sancionador, cit., pp. 99-109.

⁴⁸ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 5ª). Sentencia de 5 de junio de 1995.

⁴⁹ Lozano Cutanda, B. El principio... cit., pp. 85-86.

⁵⁰ *Ibidem.*, pp. 88-94.

⁵¹ Rebollo Puig, M., Control judicial...cit., pp. 417-419.

⁵² Cobreros Mendazona, E. (1995). La posición del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador. Nuevas perspectivas. *Revista Vasca de Administración Pública*, 41, pp. 761-794.

La Administración sopesa sus propias limitaciones como organización y decide si es conveniente perseguir determinado tipo de infracciones⁵³ en el marco de su política sancionadora⁵⁴. Algunos autores apoyan esta posición sobre la base de que, con ella se elude la utilización de recursos materiales de la Administración en procedimientos de escasa trascendencia; cede el carácter represivo de la infracción administrativa en favor de la eficacia de la actuación administrativa⁵⁵. Otra parte de la doctrina ha criticado esta concepción puesto que con ella se da pie a la entrada de intereses espurios, distintos al puro interés público⁵⁶.

Aun cuando se produzca su previsión legal, esta posición choca frontalmente con las exigencias del principio de legalidad (en concreto, con el principio de tipicidad). Solamente al legislador corresponde definir qué constituye sanción y qué no; la Administración no puede interferir en la función legislativa para fijar qué conductas van a ser finalmente sancionadas⁵⁷.

A pesar de que la aplicación de estas consideraciones parece, a primera vista, más favorable en el ámbito de la defensa de la competencia por cuanto que este es un sector complejo en el que la Administración debe disponer de grandes márgenes de apreciación, no podemos aceptarla plenamente por las fricciones que acarrea respecto al principio de legalidad sancionadora, que es uno de los principios esenciales que guían el ejercicio de la potestad sancionadora.

3.3.3 Oportunidad reglada: en concreto, el ámbito de defensa de la competencia

Las posiciones que acaban de exponerse resultan insatisfactorias en la práctica. Por una parte, la consideración como potestad reglada puede conducir a una aplicación demasiado estricta de la normativa sancionadora que comporte la incoación de procedimientos sancionadores de escasa trascendencia. Por su parte, la discrecionalidad absoluta en manos de la Administración a la hora de incoar, aunque constituye una visión mucho más sensata, genera fricciones especialmente trascendentes con el principio de legalidad sancionadora.

Por ello, la posición ecléctica que apunta hacia una oportunidad reglada que debe regir en las decisiones de la Administración, tal y como se plantea en el ámbito de la defensa de la competencia, resulta la más adecuada. En este ámbito se parte de la concepción de la potestad

⁵³ Rebollo Puig, M. (2019). El procedimiento sancionador en el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General del Perú. En Zegarra, D. *La proyección del Derecho Administrativo Peruano: Estudios por el Centenario de la Facultad de Derecho de la PCUP*, pp. 541-567.

⁵⁴ Cobreros Mendazona, E. La posición... cit., pp. 4-9.

⁵⁵ Huergo Lora, A. Las sanciones administrativas, cit., pp. 269-275.

⁵⁶ Rebollo Puig, M., Control judicial...cit., pp. 413-414.

⁵⁷ *Ibidem.*, pp. 418-419.

Gosálbez Pequeño, H. (2019). *La denuncia administrativa: El régimen de la Ley 39/2015, de 2 de octubre, de procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas*, Navarra: Aranzadi, pp. 1-33.

reglada contenida en el régimen sancionador común y a partir de ahí se introducen ciertos criterios discrecionales a efectos de promover una actuación eficaz de la autoridad⁵⁸. Se plantea que la autoridad evite incoar el procedimiento a toda costa y, a su misma vez, esta dispone de un cierto margen para prejuzgar la gravedad de la infracción, para evitar que el procedimiento sancionador desemboque en un resultado fallido. De tal forma, puede valorar qué procedimientos incoa en coherencia con los efectos de prevención general de la conducta, en el marco de su política sancionadora. Asimismo, puede tener en cuenta los efectos de la conducta infractora y analizar si ya han cesado, con tal de evitar la incoación de procedimientos sancionadores innecesarios⁵⁹.

En este ámbito, se parte de que la potestad sancionadora en manos de la CNMC es reglada ante la existencia de estos indicios. La LDC en su art. 49.1 primero establece que la Dirección de Investigación incoará expediente cuando concurren indicios racionales de la infracción, y en caso de que no concurren se abre la posibilidad de que se archiven las actuaciones practicadas hasta el momento. Encontramos el elemento discrecional en la calificación jurídica que queda en manos de la CNMC, que dispone de un margen de apreciación para establecer si los hechos denunciados revisten indicios racionales de infracción. En este sentido, encontramos, por ejemplo, la Resolución de 19 de abril de 2018 de la CNMC⁶⁰ en la que no se apreciaron indicios de infracción sobre la conducta denunciada. La denunciante puso en conocimiento del órgano de competencia actuaciones de la mercantil investigada que tenían como fin, según sostenía, mantener su predominancia e impedir el acceso a terceros al mercado en el que operaba. Sin embargo, en virtud de las actuaciones previas que realiza la CNMC no considera que los hechos tengan un objeto anticompetitivo e incluso considera que de tal forma se impulsó el mantenimiento de la concurrencia competitiva en el mercado. En su virtud, decide no incoar procedimiento sancionador y acuerda el archivo de las actuaciones.

A mayor abundamiento, este ámbito sectorial no responde al esquema de supuesto de hecho que lleva aparejado una consecuencia jurídica. La LDC prevé las conductas prohibidas, pero no las tipifica en relación con sus correspondientes infracciones ni sanciones. Además, los arts. 5 LDC y 38.2 RDC contemplan que si las conductas prohibidas presentan escasa importancia podrán no ser sancionadas en caso de que así lo decida el órgano competente. En el mismo sentido, encontramos las figuras de la terminación convencional del art. 52 LDC y de los

⁵⁸ Rebollo Puig, M., Control judicial... cit., pp. 417-421.

⁵⁹ Ibidem, pp. 420-421.

⁶⁰ España. Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (Sala de Competencia del Consejo). Expte. S/DC/0588/16, Reparación Buques Comerciales Canarias. Resolución de 19 de abril de 2018.

programas de clemencia de los arts. 65 y 66 LDC que permiten que finalmente no se acabe sancionando la conducta prohibida por la colaboración de los infractores con la autoridad. En su conjunto, tenemos un sistema en el que, por su estructura normativa y los numerosos instrumentos en manos del órgano competente, la concurrencia de una conducta prohibida no acarrea necesariamente la correspondiente sanción.

A la vista de todo ello, no podemos afirmar que estemos ante una potestad exclusivamente discrecional que queda en manos de la autoridad de competencia, pero es evidente que se presentan ciertos caracteres que abren su margen de apreciación de cara a incoar el procedimiento en los términos planteados en la SAN de 13 de junio de 2011⁶¹. La LDC no prevé un reconocimiento *de iure* de la discrecionalidad que obra en manos de la Administración, pero a través de los instrumentos previstos en la LDC y RDC que hemos señalado, establece una discrecionalidad que *de facto* se proyecta sobre su actuación⁶². Sin embargo, con esta concepción no se abre libremente la posibilidad de que la autoridad valore si incoa el procedimiento, dado que la decisión se debe situar dentro de los límites generales de los principios de arbitrariedad e igualdad. Dichos principios se traducen en que no se seleccionen a los sancionados de forma arbitraria, pero también que no se alegue el principio de igualdad de trato en la ilegalidad⁶³. La STS de 28 de febrero de 2013⁶⁴ traslada estos principios al ámbito de la defensa de la competencia y descarta que sea discriminatorio que, ante una misma práctica colusoria conformada por varios operadores, solamente algunas de ellas sean finalmente sancionadas. A tal fin, es recomendable que la decisión de la Administración de incoar se articule junto con otras medidas administrativas que sitúen a la incoación de procedimiento sancionador como *ultima ratio*, tales como las actuaciones previas que apuntábamos anteriormente. De tal forma, se consigue cierta eficacia en la actuación administrativa, pero también se consigue reprochar la ilegalidad de la conducta infractora⁶⁵ en su justa medida.

En el ámbito de la defensa de la competencia la consideración de una oportunidad reglada en manos de la autoridad de competencia aúna ambas posturas en favor de una actuación administrativa previsible y razonable. De tal forma, se eluden los estrictos condicionamientos a los que se someten ambas posiciones con el fin de facilitar la tarea en vía contenciosa. El órgano judicial ante la aplicación de la oportunidad reglada dispone de más instrumentos con

⁶¹ Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso, Sección 6ª). Sentencia de 13 de junio de 2011.

⁶² Rebollo Puig, M., Control judicial... cit., pp. 423-425.

⁶³ Ibidem, pp. 420-422.

⁶⁴ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 7ª). Sentencia de 28 de enero de 2013.

⁶⁵ Rebollo Puig, M. Control judicial...ibidem, pp. 420-421

los que determinar si la motivación ofrecida por la autoridad de competencia de no incoar el procedimiento es correcta.

3.4 Impugnabilidad del acto de incoación del procedimiento sancionador

Los arts. 1.1 y 25.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (“LRJCA” en adelante) en relación con el art. 112 LPACAP prevén el acceso a la vía judicial de distintas formas; impugnando un acto administrativo, la inactividad administrativa o la vía de hecho emprendida por la Administración. Como es lógico, el denunciante debe disponer de un acto o actuación impugnabile para acceder al contencioso, y en ocasiones podemos encontrarnos con la situación en la que se haya denunciado los hechos susceptibles de constituir infracción y la autoridad de competencia no haya resuelto nada al respecto, por lo que no tendremos ningún acto administrativo susceptible de ser impugnado ni tampoco vía de acceso a sede judicial.

Además de este problema, en la práctica, nos encontramos con que el acuerdo de incoación del procedimiento sancionador es un acto de trámite, dado que la incoación no adelanta el resultado de la sanción, es decir, no se pronuncia sobre la cuestión de fondo y, en principio, no resulta impugnabile autónomamente en sede contenciosa-administrativa⁶⁶ dado que el ejercicio de la potestad de la instrucción sancionadora no puede sustentar por sí sola el acceso a la vía contenciosa⁶⁷. Dicha posición -pacífica tanto en doctrina como en jurisprudencia- se deriva del hecho de que en el íter del procedimiento administrativo se dan los trámites oportunos al infractor y a los interesados para que aleguen lo que consideren oportuno⁶⁸ (art. 31 RDC). En este sentido, la Resolución de 26 de julio de 2018 de la CNMC⁶⁹ señala que el acuerdo de incoación no es recurrible porque no es susceptible de producir indefensión ni de causar perjuicios irreparables, ni siquiera potencialmente, puesto que no adelanta la decisión que se adopte en la resolución sancionadora. Por su parte, tal y como apunta la STS de 20 de mayo de 1992⁷⁰, son recurribles autónomamente aquellos actos de trámite que impidan la continuación del procedimiento, produzcan indefensión o decidan de alguna manera el fondo del asunto. El art. 47 LDC contempla que son recurribles los actos de trámite que produzcan un perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos. Sin embargo, se excluye que la decisión de no incoar procedimiento sancionador sea recurrible en reposición, puesto que solamente se prevé

⁶⁶ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 1ª). Sentencia de 20 de mayo de 1992.

⁶⁷ Baño León, J.M. y Pascual Morcillo, A., Artículo 49. cit.: pp. 1191-1196.

⁶⁸ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 3ª). Sentencia de 17 de marzo de 2015.

⁶⁹ España. Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (Sala de Competencia del Consejo). Expte. R/AJ/052/18 Recypilas, Resolución de 26 de julio de 2018.

⁷⁰ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 1ª). Sentencia de 20 de mayo de 1992.

recurso en vía contencioso-administrativa contra ella⁷¹, *ex arts.* 48.1 LDC y 36.2 LCNMC. La decisión de no incoar el procedimiento es un acto de trámite cualificado ya que impide la continuación del procedimiento, (art. 25.1 LRJCA). De esta forma lo reconoce la STS de 10 de diciembre de 2010⁷² que afirma la impugnabilidad del acuerdo de incoación en vía judicial, siempre que sobre el recurrente concorra un interés legítimo. El Tribunal Supremo resuelve -de forma cuestionable- el litigio a partir de la impugnación del recurrente de la desestimación presunta por silencio administrativo de la apertura de un procedimiento sancionador por vía de su denuncia.

Tenemos, por tanto, que el acuerdo de incoación, que puede alejarse de aquello comunicado por el denunciante, no es recurrible autónomamente, y en caso de que se produzca la omisión del órgano competente de no incoar el procedimiento sancionador se puede materializar principalmente en dos actuaciones distintas: el archivo de actuaciones y la decisión de no incoar el procedimiento sancionador.

3.4.1 Archivo de actuaciones

Esta actuación de la autoridad no solamente se produce antes de incoar el procedimiento, sino que también se puede dar en otras fases y momentos del procedimiento, como al final de la fase de instrucción, bien por el vencimiento del plazo máximo para dictar y notificar resolución expresa o bien por falta de competencia de la autoridad.

A los efectos que aquí interesan, el art. 44 LDC prevé que la CNMC acuerde el archivo de actuaciones cuando no haya indicios de infracción, *ex art.* 27.2 RDC. Los hechos objeto de análisis en sede judicial con base en los que el órgano administrativo puede motivar el archivo pueden haberse obtenido en sus funciones inspectoras o a través de documentación aportada por el denunciante. En este sentido, las SSTS 254/2018 de 19 de febrero de 2018⁷³ y 583/2018 de 10 de abril de 2018⁷⁴ utilizan los mismos parámetros de interpretación que la jurisprudencia comunitaria para determinar si el archivo de actuaciones se ajusta a Derecho⁷⁵-a diferencia de los órganos de competencia nacionales y autonómicos, la Comisión Europea solamente incoa

⁷¹ Guillén Caramés, J. y Pascual Morcillo, A., El procedimiento sancionador, cit., p. 970.

⁷² Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 3ª). Sentencia de 10 de diciembre de 2010.

⁷³ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 3ª). Sentencia núm. 254/2018, de 19 de febrero de 2018.

⁷⁴ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 3ª). Sentencia núm. 583/2018, de 10 de abril de 2018.

⁷⁵ Tribunal de Primera Instancia. Sentencia de 14 de febrero de 2001, *Système européen Promotion (SEP) SARL c/ Comisión*, T-115/199, EU: T:2001:54 apartado 33;

Tribunal de Primera Instancia. Sentencia de 18 de septiembre de 1992, *Automec SRL c/ Comisión*, T-24/90, EU:T:1992:97, apartados 80 a 91;

Tribunal de Primera Instancia. Sentencia de 13 de diciembre de 1999, *Européene automobile SARL c/ Comisión*, T-9/96 y T-211/96, EU:T:1999:319, apartados 29 a 41.

cuando aprecia interés comunitario-. En primer lugar, se debe comprobar que los hechos en los que se basa el archivo son exactos. En segundo lugar, se debe verificar que no concurre error de Derecho ni manifiesto respecto a la apreciación que realiza el órgano administrativo de los hechos que se le presentan. Por último, se debe ponderar, a la vista de los hechos y fines perseguidos por el órgano si concurre desviación de poder en su actuación. El Tribunal Supremo ha entrado a analizar resoluciones de las autoridades de competencia en las que se acuerda el archivo de actuaciones aplicando estos mismos criterios⁷⁶ que, en la práctica, resultan muy útiles para fijar la conformidad a Derecho de los archivos de actuaciones practicados.

3.4.2 Decisión de no incoar

La omisión de la incoación del procedimiento también puede provenir de la simple decisión de no incoar y, sorprendentemente, esta circunstancia no está contemplada de forma adecuada ni en la legislación nacional de competencia ni en el art. 64 LCAPAP -que regula el acuerdo de incoación en los procedimientos de naturaleza sancionadora-. Con carácter general, la Administración no queda obligada a informar al denunciante si se ha producido acuerdo de incoación, *ex art. 64.1.I LPACAP* y solamente se efectúa dicha notificación en caso de que así lo prevea la legislación específica. A raíz de esto, por tanto, nos volvemos a encontrar con el problema señalado anteriormente por el que el denunciante no dispone de acto administrativo que impugnar puesto que la autoridad ni está obligada a notificar el acuerdo de incoación ni la decisión de no incoar.

Ante esta situación, una de las opciones que se le presentan al denunciante es impugnar la actuación por vía de la inactividad administrativa, *ex art. 29.1 LRJCA*. La inactividad administrativa es impugnabile, tal y como señala la STS de 8 de enero de 2013⁷⁷ con carácter general, cuando existe una disposición de carácter general que dispone una obligación prestacional a la Administración⁷⁸. La actuación impugnabile es, por tanto, el incumplimiento de esta obligación. Sin embargo, ante la situación en la que el denunciante comunica ciertos hechos para que se incoe procedimiento sancionador, no se está compeliendo a la realización de una obligación, sino que se pide que se realice un acto administrativo en concreto⁷⁹. Por

⁷⁶ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 3ª). Sentencia de 19 de octubre de 2015.

⁷⁷ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 7ª). Sentencia de 8 de enero de 2013.

⁷⁸ Vicente Domingo, R. (2014). Discrecionalidad e inactividad. El principio de actuación suficiente de la Administración, *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 165/2014, Recuperado en https://insignis.aranzadigital.es/maf/app/document?srguid=i0ad6adc600000172b30f615a0ab9a151&marginal=BIB\2014\2963&docguid=I0d74b480751611e4aa4201000000000&ds=ARZ_LEGIS_CS&infotype=arz_biblos:&spos=53&epos=53&td=0&predefinedRelationshipsType=documentRetrieval&fromTemplate=&suggestScreen=&th=&guid=&selectedNodeName=&selec_mod=false&displayName=, pp. 71-102.

⁷⁹ Rebollo Puig, M., Control judicial... cit., p. 458.

tanto, se rechaza que esta posibilidad pueda ser aplicable al ámbito de defensa de la competencia. Asimismo, también se descarta que dicha decisión -que en muchas ocasiones ni siquiera se materializa en un acto administrativo concreto- sea impugnabile por aplicación de los efectos del silencio administrativo. En tanto procedimiento de oficio no cabe que se produzcan tales efectos en los términos previstos en el art. 24 LPACAP. Algunos autores sostienen con apoyo en el art. 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (“CDFUE” en adelante) que regula el derecho a una buena Administración, que el poder público queda compelido a examinar diligentemente las denuncias que se le presenten. En su virtud, establecen la construcción doctrinal de que opera el silencio administrativo de cara a que se pueda producir la impugnación de esa decisión en vía judicial⁸⁰. Por tanto, tendríamos un acto administrativo que impugnar. Sin embargo, a espera que los Tribunales acojan esta teoría, esta posibilidad se reduce a una simple construcción doctrinal, por lo que nos encontramos ante una situación de total incertidumbre sobre los pasos a tomar por el denunciante en este tipo de supuestos.

Sin embargo, a diferencia del régimen común, en el ámbito de la defensa de la competencia a pesar de que la actuación del denunciante no tiene virtualidad para iniciar el procedimiento a instancia de parte, se prevé que el Consejo de la CNMC debe comunicar al denunciante por qué no incoa el procedimiento indicando sus motivos (art. 25.5 RDC). Como tampoco concurre obligación de incoar en todo caso ante la existencia de una denuncia -si no concurren indicios suficientes de infracción-, al menos opera esta notificación a efectos de facilitar el acceso del denunciante a la vía judicial, cuya virtualidad como acto administrativo impugnabile también resulta cuestionable si no se realiza a través del mecanismo del archivo de actuaciones. En este ámbito se imponen al órgano competente unas obligaciones de notificación, por lo que encontramos, lo que parece, una mayor consideración por la figura de los interesados y los denunciantes en sintonía con lo establecido en el art. 41 CDFUE.

El órgano de competencia asume que debe actuar diligentemente frente a las denuncias que se le presentan y, al menos, debe motivar las razones por las que decide no incoar, a pesar de que si no se articula mediante archivo de actuaciones difícilmente podrá llegar a ser impugnabile.

3.5 Legitimación del denunciante en sede contenciosa-administrativa

En el momento de acceder a la vía contenciosa, el denunciante se suele topar con la problemática derivada de la apreciación de su legitimación activa *ad causam*, que es uno de los

⁸⁰ Rebollo Puig. M., Control judicial... cit., p. 458.

requisitos necesarios de cara a la fundamentación de la pretensión, por la correlación existente entre el derecho o interés legítimo del denunciante y la pretensión procesal que se formula⁸¹. Por tanto, en caso de que se aprecie que el denunciante no está legitimado, el órgano judicial - la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional competente para conocer de la impugnación de las resoluciones del Consejo de la CNMC- debe apreciar la inadmisión del recurso interpuesto, *ex arts.* 51.1.b) y 69.b) LRJCA.

En términos generales, el Alto Tribunal ha establecido que la interpretación de la legitimación activa de la parte actora debe ajustarse al principio *pro actione*, *ex art.* 24.1 CE; se proscribe que el órgano judicial realice una interpretación restrictiva o rigorista sobre esta materia, dado que daría lugar a que se obstaculizara injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca de la pretensión⁸². En la STS de 18 de junio de 2014⁸³ se plantea que considerar que el denunciante no ostenta legitimación alguna simplemente porque es un tercero extraño al procedimiento constituye una interpretación excesivamente rigorista. A estos efectos, el Tribunal Supremo aclara que el órgano judicial debe realizar una apreciación superficial de las pretensiones planteadas por el denunciante para apreciar si realmente ostenta legitimación en el proceso, con independencia de que sea un tercero respecto al procedimiento sancionador. Aunque estamos ante una materia que se basa en cuestiones de legalidad ordinaria, el Tribunal no puede resolver de forma arbitraria o irrazonable causando la desestimación inmediata del recurso. *A sensu contrario*, precisamente se debe entender ajustada a Derecho la desestimación del recurso en caso de no entenderse suficientemente legitimado al denunciante. A estos efectos, debemos diferenciar entre la legitimación del art. 19 LRJCA y la condición de parte interesada en vía administrativa⁸⁴. El denunciante ni siquiera ostenta *per se* la condición de interesado en el sentido del art. 4 LPACAP en vía administrativa y tampoco está legitimado para el acceso a la vía contenciosa en caso de que no le asista otro derecho o interés legítimo añadido a la denuncia formulada. En los litigios en los que se discute precisamente si el denunciante debió

⁸¹ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 3ª). Sentencia de 13 de diciembre de 2005.

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 3ª). Sentencia de 20 de enero de 2007.

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 4ª). Sentencia de 6 de junio de 2011.

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 7ª). Sentencia de 1 de octubre de 2011.

⁸² Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 327/2006 de 20 de noviembre.

Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 3/1987 de 21 de enero.

Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 120/2001 de 4 de junio.

Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm. 7/2001 de 15 de enero.

Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 45/2004 de 23 de marzo.

Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 28/2009 de 26 de enero.

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 3ª). Sentencia de 17 de julio de 2014.

⁸³ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 3ª). Sentencia de 18 de junio de 2014.

⁸⁴ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 5ª). Sentencia de 20 de julio de 2009.

ser interesado en vía administrativa, no se puede oponer su falta de legitimación como presupuesto para la continuación del proceso, sino que esta cuestión constituye precisamente el objeto del litigio. Resulta contrario a la buena fe procesal el hecho de que la Administración alegue la excepción de falta de legitimación cuando le haya reconocido la condición de interesado en vía administrativa⁸⁵.

Asimismo, cabe diferenciar la legitimación en su dimensión individual, que se fija por el impacto de la decisión administrativa en su propia esfera patrimonial, y en su dimensión colectiva, que viene fijada por la existencia de una asociación o colectividad que persigue la defensa de determinados intereses, que son objeto de la denuncia.

3.5.1 Dimensión individual

Como regla general, para estar legitimado activa e individualmente, el denunciante debe acreditar un interés legítimo que sea real y específico que obre en su favor⁸⁶. Es decir, el art. 19.1.a) LRJCA se debe determinar la posición que ostentará el denunciante en caso de que prospere su pretensión; si del recurso en vía judicial puede obtener una posición de ventaja o utilidad jurídica respecto a la situación en la que se encontraba antes de su interposición. Para ello, puede plantear cuantos motivos estime necesarios para acreditar la circunstancia de su legitimación y su análisis, tal y como ha señalado la jurisprudencia, debe realizarse casuísticamente.

En el ámbito de la defensa de la competencia no existe acción pública que permita que por simple habilitación legal se dé lugar al ejercicio jurisdiccional⁸⁷, por lo que el interés legítimo debe venir especialmente referido a la posición que ostenta el denunciante en el litigio que se plantea. En caso de no incoarse procedimiento sancionador, el interés legítimo del denunciante se identifica con la anulación del acto dictado por la autoridad -por ejemplo, el archivo de actuaciones-, siempre que le reporte un beneficio o utilidad al recurrente o bien que se evite un perjuicio o gravamen con ello⁸⁸. A tal fin, los órganos judiciales han venido analizando los efectos que se proyectan en la esfera del denunciante con base en dos elementos: la infracción que se denunció inicialmente y las consecuencias que puede acarrear su sanción -incluyendo las medidas limitativas de derechos que pueden aparejarla⁸⁹-. Por cuanto que no se incoa el procedimiento sancionador, la Administración desatiende la denuncia y su interés legítimo se

⁸⁵ Rebollo Puig, M., Control judicial...cit., pp. 450-451.

⁸⁶ Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso, Sección 6ª). Sentencia de 24 de septiembre de 2015.

⁸⁷ Rebollo Puig, M., Control judicial...ibidem., pp. 432-435.

⁸⁸ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 7ª). Sentencia de 24 de enero de 2000.

⁸⁹ Rebollo Puig, M., Control judicial...ibidem., pp. 434-435.

debe sustentar en motivos distintos a la mera defensa de la legalidad, que inicialmente propugnaba la formulación de la denuncia; la sola imposición de la sanción no constituye causa suficiente para justificar el interés legítimo de la recurrente. Tampoco se puede sostener dicho interés con base en que se produzca la mera agravación de la sanción -ni tampoco puede pretender el recurrente que imponga dicha agravación el órgano judicial-. En esta misma línea, se ha descartado que se pueda reconocer el interés con base en la mera satisfacción moral que comportaría la averiguación o la sanción de los hechos que se han denunciado⁹⁰. Parte de la doctrina ha entrado a cuestionarlo puesto que la sanción también persigue que el infractor no incumpla de nuevo la normativa sancionadora. Por tanto, la mera defensa de la legalidad debería sustentar suficientemente la legitimación de la recurrente de cara a fomentar el futuro cumplimiento de la normativa⁹¹.

En el ámbito de la defensa de la competencia, hay una tendencia a admitir la legitimación de los sujetos que recurren la decisión de no incoar, a partir de la STJ de 27 de octubre de 1977⁹², que ha impregnado también el ordenamiento jurídico español. En este sentido, la legitimación del denunciante suele traer causa de la incidencia directa que la sanción puede producir en su esfera patrimonial, en tanto competidor del presunto infractor⁹³.

En primer lugar, se abre la posibilidad de que el interés legítimo del denunciante se ligue con aquellos efectos que puede tener el fallo más allá del orden contencioso-administrativo, es decir, el denunciante pretende obtener una pretensión de tipo declarativo para recurrir posteriormente en vía civil o mercantil por los daños y perjuicios arrojados por la conducta infractora, *ex art.* 72 LDC, de cara a que se le reponga en la posición anterior a la comisión de la infracción⁹⁴. Para ello, necesita disponer de un pronunciamiento judicial que avale, al menos, la disconformidad a Derecho de la decisión de la Administración y que indique la existencia de indicios de esa misma infracción, a pesar de que no necesariamente se produzca la incoación ante ello. Al fin de acreditar su interés en el litigio, el denunciante puede presentar la negativa de la infractora a indemnizar a esta por los daños causados por la infracción por vía de

⁹⁰ Tribunal Supremo (sala de lo Contencioso, Sección 3ª). Sentencia de 26 de junio de 2007.

⁹¹ Rebollo Puig, M., *Control judicial...*cit., pp. 435-436.

⁹² Tribunal de Justicia. Sentencia de 25 de octubre de 1977, Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG y Verband des SB-Grosshandels e.V. c/ Comisión y SABA, Asunto 26/76, EU:C:1977:167.

⁹³ Pedraz Calvo, M. (2017). *Control jurisdiccional en España*. En Beneyto, J.M. y Maíllo, J. (Dirs.), *Tratado de Derecho de la Competencia: Tomo II*, Barcelona: Wolters Kluwer, pp. 73-74.

⁹⁴ Vidal, P. y Capilla, A. (2017) Artículo 72. En Massaguer Fuentes, J., Sala Arquer, J.M., Folguera Crespo, J. y Gutiérrez, A. (Dirs.). *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia y a los preceptos sobre organización y procedimientos de la Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*, Navarra: Aranzadi, pp. 1471-1477.

reclamación extrajudicial. Probado lo anterior, resulta evidente que el denunciante ostentará interés legítimo por la incidencia directa del pronunciamiento en el contencioso de cara a la posterior reclamación que se efectúe en vía civil o en otros procedimientos contradictorios que versen sobre hechos conexos respecto de aquellos denunciados, puesto que todo ello refuerza sus expectativas de indemnización en vía civil o mercantil, tal y como consta en la SAN de 15 de julio de 2010⁹⁵. No obstante, la reclamación de daños y perjuicios no puede tratarse de una mera posibilidad hipotética. En el supuesto planteado en la STS de 26 de junio de 2007⁹⁶ se descarta que la denunciante ostente legitimación por cuanto que la sentencia del contencioso no añadía nada de cara a la reclamación de daños y perjuicios. Bastaba para su virtualidad que se produjese una declaración de una actuación ilegal, pero las pretensiones formuladas en vía contenciosa eran completamente ajenas al fin que se perseguía en vía civil. Además, cabe señalar que la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014 relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea facilita esas reclamaciones en vía civil una vez producido el pronunciamiento en vía contenciosa, por lo que el interés legítimo del denunciante basado en estas consideraciones puede resultar cuestionable.

En segundo lugar, también cabe que el interés legítimo se sustente sobre la adopción de medidas limitativas de derechos respecto al infractor. Por ejemplo, que se pretenda el cese de la conducta infractora, como medida cautelar una vez incoado el procedimiento sancionador, *ex art.* 54 LDC. Cabe señalar que, a diferencia del art. 56.2 LPACAP, en este ámbito no se prevé que se acuerden medidas limitativas de derechos con anterioridad a la incoación del procedimiento, por lo que resulta especialmente trascendente su impacto a efectos de considerar la concurrencia de interés legítimo en el denunciante⁹⁷. No tendrá virtualidad este motivo en aquellos supuestos en los que ya se haya producido el cese de las conductas infractoras por otra vía, sin perjuicio de que es posible que el denunciante considere que la satisfacción extraprocésal que se ha alcanzado resulta incompleta o insuficiente e impugne en el contencioso para restaurar plenamente la situación anterior a la infracción. De forma similar, tampoco se aprecia la

⁹⁵ Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso, Sección 6ª). Sentencia de 15 de julio de 2010.

⁹⁶ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 3ª). Sentencia de 26 de junio de 2007.

⁹⁷ Baño León, J.M. y Pascual Morcillo, A. (2017) Artículo 54. En Massaguer Fuentes, J., Sala Arquer, J.M., Folguera Crespo, J. y Gutiérrez, A. (Dirs.). *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia y a los preceptos sobre organización y procedimientos de la Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*, Navarra: Aranzadi, pp. 1219-1224.

legitimación de aquellos denunciante que han visto atendidas sus denuncias en vía administrativa⁹⁸.

Además, se exige que la recurrente haya sufrido los efectos de la infracción administrativa para considerar la existencia de esta causa. En estos términos la STS de 19 de octubre de 2015⁹⁹ asocia la ventaja obtenida por el denunciante vía el contencioso a la posible eliminación de la limitación que sufrió en su capacidad de actuación en el mercado. De forma similar, en la SAN de 24 de septiembre de 2015¹⁰⁰, la ventaja que se identifica de cara a apreciar el interés legítimo del denunciante se define en relación con la merma en la posición en el mercado de servidores que le causó la conducta infractora. Además, también alega que como consecuencia de la conducta infractora se vio privada de la adjudicación de diversos contratos públicos de las Administraciones Públicas.

Las medidas correctoras que se soliciten y sustenten el interés legítimo del denunciante tendrán un mayor impacto respecto de aquellas infracciones realizadas de forma permanente o continua¹⁰¹, ya que distorsionan en mayor medida las condiciones normales de mercado que una infracción única y por tiempo limitado.

En otros supuestos el denunciante puede pretender que se impongan medidas correctoras más severas como, por ejemplo, que se inste la prohibición de contratar de su competidora. En el ámbito de la defensa de la competencia, se reconoció la posibilidad de imponer la prohibición de contratar como medida limitativa de derechos a partir de la Resolución de 14 de marzo de 2019 de la CNMC¹⁰². Sin embargo, resulta cuestionable que el interés de la recurrente sea legítimo. Ante este tipo de supuestos, la legitimación se fundamenta en un interés del denunciante, pero que precisamente tiene como fin excluir a la competidora del mercado¹⁰³. Para aquellos operadores cuya actividad se centre mayoritariamente en la contratación pública, esta medida -aunque no es una sanción- puede resultar especialmente gravosa¹⁰⁴.

⁹⁸ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 3ª). Sentencia de 17 de julio de 2014.

⁹⁹ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 3ª). Sentencia de 19 de octubre de 2015.

¹⁰⁰ Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso, Sección 6ª). Sentencia de 24 de septiembre de 2015.

¹⁰¹ Rebollo Puig, M. (2010). Capítulo XII: Ejercicio obligado o facultativo de la potestad sancionadora. Legitimación para exigir su ejercicio. En F. López Menudo (Eds.), *Derecho Administrativo sancionador*, pp. 473-513.

¹⁰² España. Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (Sala de Competencia del Consejo). Expte. S/DC/0598/2016 Electrificación y electromecánicas ferroviarias. Resolución de 14 de marzo de 2019.

¹⁰³ Rebollo Puig, M., Control judicial... cit., pp. 438-439.

¹⁰⁴ Guillén Caramés, J. (2020). Prohibiciones de contratar derivadas de infracciones de competencia y medidas de self-cleaning. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 961/2020, Recuperado en https://insignis.aranzadidigital.es/maf/app/document?srguid=i0ad6adc500000172b2e7b7b7dd7e2e50&marginal=BIB\2020\12291&docguid=I935a5db09fc811eab888fcd9b721b422&ds=ARZ_LEGIS_CS&infotype=arz_biblos

En tercer lugar, el denunciante puede acreditar la existencia de interés legítimo cuando la imposición de la sanción le suponga la obtención de ciertos beneficios competitivos¹⁰⁵. Se descarta que se pueda formular este motivo de forma genérica y debe quedar acreditado que se han visto afectados los intereses competitivos del denunciante frente a aquellos intereses del infractor. La SAN de 13 de junio de 2011¹⁰⁶ estimó la legitimación del denunciante ya que su actividad de exportación se había visto afectada por la política de precios fijada por la infractora. Aunque denunciante e infractor no competían en el mismo mercado, el denunciante sufrió igualmente los efectos de la conducta infractora.

Más allá, el alcance del interés legítimo del denunciante es mucho más amplio en aquellos supuestos en los que el órgano competente no ha entrado en el fondo de las conductas denunciadas mediante procedimiento. Se ha reconocido la concurrencia de interés legítimo en los supuestos en los que la petición de la recurrente versaba en instar la investigación de los hechos que han sido objeto de denuncia, pero que no resultaron ser suficientes para incoar procedimiento a la vista de las actuaciones previas. En la STS de 20 de junio de 2006¹⁰⁷, el Tribunal revoca el archivo de actuaciones y ordena que se practiquen los actos de instrucción necesarios y exigibles para que se pueda realizar un procedimiento sancionador con todas las garantías en favor de los interesados. El órgano judicial puede ordenar dentro de su carácter revisor las actuaciones administrativas que considere necesarias, pero solamente a la Administración le corresponderá determinar si incoa y tramita el expediente sancionador.

Por último, aun cuando la legitimación del denunciante es una cuestión que se resuelve por sentencia, el órgano judicial no necesariamente debe estimar las pretensiones del denunciante en caso de que ostente legitimación en el litigio. En las SAN de 10 de febrero de 2005¹⁰⁸ y de 27 de octubre de 2011¹⁰⁹, el órgano judicial consideró que la recurrente estaba suficientemente legitimada, pero que la actuación del órgano administrativo competente había resultado ajustada a Derecho. Por tanto, acuerda mantener en ambos supuestos el archivo de las actuaciones que trae causa de la decisión de no incoar el procedimiento.

[:&spos=1&epos=1&td=0&predefinedRelationshipsType=documentRetrieval&fromTemplate=&suggestScreen=&&selectedNodeName=&selec_mod=false&displayName=](#), pp. 8-9.

¹⁰⁵ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 3ª). Sentencia de 26 de junio de 2007.

¹⁰⁶ Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso, Sección 6ª). Sentencia de 13 de junio de 2011.

¹⁰⁷ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 3ª). Sentencia de 20 de junio de 2006.

¹⁰⁸ Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso, Sección 6ª). Sentencia de 10 de febrero de 2005.

¹⁰⁹ Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso, Sección 6ª). Sentencia de 27 de octubre de 2011.

3.5.2 Dimensión colectiva

Lógicamente la jurisprudencia también rechaza los recursos presentados por colectivos cuya legitimación se sustenta exclusivamente en su condición de denunciante¹¹⁰. A estos efectos, se debe atender a la interpretación que se le ha dado al art. 19.1.b) LRJCA que, a diferencia del art. 19.1.a) LRJCA, atiende a los supuestos de acceso a la jurisdicción de determinados colectivos por dos motivos distintos; por la afectación del acto impugnado al colectivo o bien porque estén legalmente habilitadas para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos. En coherencia con el principio *pro actione* que se desprende del art. 24 CE, los órganos judiciales han interpretado ambos motivos de forma conjunta con el fin de flexibilizar el acceso a este tipo de recurrentes a la jurisdicción¹¹¹.

Estos colectivos pueden actuar en representación de los intereses de sus miembros. Los miembros de la asociación son aquellos que se ven realmente afectados por la conducta infractora, pero pueden decidir acceder al contencioso a través de ella para una mejor defensa de sus intereses competitivos del mercado. En este sentido, la STS de 19 de octubre de 2015¹¹² aprecia que la recurrente -asociación nacional de concesionarios de una determinada marca- ostenta legitimación en el litigio ya que la conducta abusiva de la infractora produjo efectos perjudiciales respecto a los concesionarios integrados en la asociación. De forma similar, en la STS de 18 de junio de 2014¹¹³ se reconoció la legitimación en favor de una asociación que defendía los intereses de los operadores postales. La denuncia de la asociación recayó sobre la conducta de una de las empresas concurrentes en el mercado por haber abusado de su posición de dominio en el mercado. Ambos motivos sustentaron el interés legítimo reconocido por el Tribunal Supremo de cara a su legitimación.

Volviendo a los dos presupuestos que señalábamos anteriormente, por lo que se refiere a la afectación del acto objeto de impugnación, se deben tener en cuenta los potenciales beneficios que puede reportar la resolución judicial al colectivo. Debemos estar ante un interés legítimo propio del colectivo, que debe entrar en relación con los intereses de sus miembros. A pesar de la indefinición de esta figura, algunos autores sostienen que dicha afectación puede realizarse tanto por vía de la defensa de los intereses legítimos colectivos del art. 11.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC en adelante) o de los intereses difusos del art. 11.3

¹¹⁰ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 3ª). Sentencia de 4 de marzo de 2014.

¹¹¹ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 3ª). Sentencia de 27 de noviembre de 2012.

¹¹² Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 3ª). Sentencia de 19 de octubre de 2015.

¹¹³ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 3ª). Sentencia de 18 de junio de 2014.

LEC¹¹⁴. En este sentido, se ha apreciado de cara a determinar la afectación de la decisión al colectivo la posterior reclamación por daños y perjuicios que se derive del posible pronunciamiento en su favor. En la STS de 4 de marzo de 2014¹¹⁵, que ya presentamos anteriormente, encontramos que la legitimación de la recurrente se fundamenta en la existencia de los perjuicios económicos causados a los competidores del mercado. Sin embargo, también sustenta su legitimación con base en que un pronunciamiento de la jurisdicción contencioso-administrativa era la única vía para interesar el resarcimiento de daños y perjuicios posterior en el orden jurisdiccional civil.

Por lo que se refiere a la habilitación legal del colectivo, esta viene marcada tanto por los fines estatutarios del colectivo como por lo previsto por la legislación sectorial. En los estatutos del colectivo constarán los requisitos legales que conducen a esa habilitación, así como su objetivo de actuar en la defensa procesal de intereses legítimos colectivos o difusos¹¹⁶. Como es lógico, los fines estatutarios que persigue el colectivo deben guardar cierta relación con el objeto del litigio¹¹⁷. Ante el hecho de que la legislación sectorial no haya entrado en su habilitación legal, los Tribunales han interpretado de forma diversa estos requisitos¹¹⁸; en ocasiones, se ha interpretado de forma restrictiva¹¹⁹ y en otras de forma amplia¹²⁰. En concreto, en el ámbito de la defensa de la competencia encontramos distintos colectivos que adquieren la cualidad de legitimados por su habilitación legal.

El primer colectivo está compuesto por las asociaciones de consumidores, *ex arts.* 11.2 y 11.3 LEC. Su habilitación legal deriva tanto de lo dispuesto por la LEC como del Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRDCU en adelante). Esta última prevé que las asociaciones y cooperativas representen los intereses de sus asociados o de la propia asociación en vía contenciosa. En el primer supuesto del art. 11.2 LEC, los perjudicados estén perfectamente definidos entre sus asociados. En el segundo supuesto del art. 11.3 LEC concurre cierta indeterminación en los afectados y solamente se confiere legitimación en favor de aquellas asociaciones que son representativas en los términos previstos legalmente. A estos efectos, las asociaciones representativas vienen definidas por aquellas que pertenecen

¹¹⁴ Rebollo Puig, M., Control judicial...cit., pp. 441-443.

¹¹⁵ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 3ª). Sentencia de 4 de marzo de 2014.

¹¹⁶ Rebollo Puig, M., Control judicial... ibidem., pp. 443-445.

¹¹⁷ Pedraz Calvo, M., Control jurisdiccional... cit.: pp. 76-77.

¹¹⁸ Rebollo Puig, M., Control judicial... idem., pp. 443-445.

¹¹⁹ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 7ª). Sentencia de 20 de mayo de 2011.

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 1ª). Sentencia de 9 de julio de 2013.

¹²⁰ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 3ª). Sentencia de 14 de febrero de 2011.

al Consejo de Consumidores y Usuarios. Definido en el art. 38 TRDCU, la pertenencia al Consejo de Consumidores y Usuarios se fija en atención a su implantación territorial, número de socios y actividad realizada en relación con la protección de los consumidores y usuarios. Además, estas asociaciones deben constar inscritas en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios o en el registro autonómico correspondiente.

Por lo que se refiere a estos requisitos, ha resultado especialmente llamativa lo resuelto en relación con la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc), que se dedicaba a recurrir decisiones de archivo de actuaciones de las autoridades de competencia. El Tribunal Supremo en su Sentencia de 20 de junio de 2006¹²¹ reconoció que la asociación estaba inscrita en el Registro como organización de defensa de los consumidores. En virtud de esta inscripción, por tanto, podía obrar suficientemente legitimada en vía contenciosa. Sin embargo, a partir de que la asociación fue excluida de la inscripción del Registro por sentencia judicial firme, los Tribunales dejaron de admitir su legitimación para el ejercicio de acciones en defensa de los intereses colectivos de los consumidores, aunque en la SAN de 13 de junio de 2012¹²² se planteó la posibilidad que Ausbanc pudiera actuar en representación de sus miembros afectados por las conductas infractoras. No obstante, no alegó nada al efecto.

Aún cuando se reúnan todos estos requisitos, el objeto del litigio debe recaer sobre una infracción de las conductas prohibidas previstas en la LDC lesiva para los consumidores. Por sus especiales características, las conductas recogidas en la LDC tienden a la preservación de la libre competencia en unas condiciones normales de mercado que son, por tanto, favorables a los consumidores¹²³.

El segundo colectivo está compuesto por las Corporaciones de Derecho Público representativas de intereses profesionales y económicos, es decir, los Colegios Profesionales y las Cámaras de Comercio, *ex art. 19.1.g) LRJCA*. Respecto de las primeras, la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales les encomienda la representación y defensa de la profesión en aquellos litigios que afecten a sus intereses profesionales. De la misma forma, la Ley 4/2014, de 1 de abril, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación, reconoce a las Cámaras de Comercio la representación y defensa de los intereses generales de estos sectores.

¹²¹ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 3ª). Sentencia de 20 de junio de 2006.

¹²² Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso, Sección 6ª). Sentencia de 13 de junio de 2012.

¹²³ Rebollo Puig, M., *Control judicial...cit.*, p. 448.

El último de los colectivos está integrado por las asociaciones empresariales, *ex* Ley 19/1977, de 1 de abril, sobre regulación del derecho de asociación sindical. De la misma forma que apuntábamos anteriormente, la finalidad estatutaria de la asociación empresarial debe guardar cierta relación con el objeto del litigio¹²⁴.

3.6 Alcance del control jurisdiccional

Una vez delineados los problemas con los que se encuentra el denunciante en su acceso a la jurisdicción, cabe observar con qué limitaciones se encuentre el propio órgano judicial en relación con la revisión que puede realizar sobre la actuación administrativa impugnada. La jurisdicción contencioso-administrativa no puede decidir ni dictar nuevos actos administrativos de contenido distinto con base en su propio criterio, puesto que solo a la Administración le corresponde esta potestad. Sin duda, tampoco puede sancionar conductas infractoras mediante su fallo¹²⁵. El órgano judicial solo puede entrar a revisar la legalidad de los actos administrativos. En su caso, podrá anularlos o reconocer una situación jurídica individualizada y adoptar las medidas adecuadas para su pleno restablecimiento, *ex* art. 31 LRJCA.

Aun cuando se encuentra con límites, la jurisdicción contencioso-administrativa lo es de carácter pleno¹²⁶ ya que puede realizar un control positivo de legalidad de las decisiones administrativas. Dentro de un mismo acto administrativo -por ejemplo, de archivo de actuaciones- puede revisar todas las infracciones que formen parte de una misma conducta: respecto de unas puede mantener su validez mientras que respecto de otras puede ordenar su anulación para su revisión en vía administrativa. No obstante, la revisión judicial de las decisiones administrativas se encuentra con los límites que apuntábamos anteriormente en función del tipo de acto en el que se plasme la decisión de no incoar el procedimiento.

Este mismo principio resulta aplicable a los litigios cuyo objeto verse sobre la legalidad de los actos emitidos en el ejercicio de la potestad sancionadora en materia de competencia. Los denunciantes en sede contencioso-administrativa tienden a solicitar que se anule la decisión de no incoar el procedimiento -en caso de que dispongan de un acto administrativo que impugnar por resultar contraria a Derecho-. Sin embargo, en su virtud, los recurrentes interesan erróneamente que el órgano judicial imponga la sanción; el órgano judicial se ve limitado por

¹²⁴ Rebollo Puig, M., Control judicial...cit., p. 449.

¹²⁵ Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 35/2006 de 13 de febrero.

Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 175/2007 de 23 de julio.

Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm. 243/2007 de 10 de diciembre.

¹²⁶ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 6ª). Sentencia de 22 de octubre de 2013.

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 3ª). Sentencia núm. 1857/2018, de 20 de diciembre de 2018.

su función revisora y, como mucho, puede fijar aquellos elementos que pueden servir de base para la apreciación de la infracción, dejando su valoración en manos de la Administración¹²⁷. En caso contrario, el órgano judicial estaría incurriendo en exceso de jurisdicción¹²⁸. En el supuesto planteado en la SAN de 10 de octubre de 2008¹²⁹ que fue objeto de casación en la STS de 27 de noviembre de 2012¹³⁰, ambos Tribunales coinciden en esta posición. El objeto del litigio es una decisión de la autoridad de competencia que decidió no sancionar la conducta porque no la consideró incardinable en ninguna de las conductas. Ambos Tribunales disienten de la calificación que realiza la CNMC respecto a las conductas y considera las conductas susceptibles de ser sancionadas. No obstante, descartan que se pueda producir la imposición de la sanción a través del fallo. En la fundamentación jurídica de ambas sentencias se incluyen, además, todos los elementos que se consideran relevantes para que el órgano competente desarrolle los actos de instrucción correspondientes de cara a que se pueda producir la sanción.

El órgano judicial únicamente puede pronunciarse *obiter dicta* cumpliendo una función más bien de orientación respecto al órgano administrativo al que realmente se le encomienda la potestad sancionadora¹³¹. De esta forma, la STS 24/2018 de 19 de febrero de 2018¹³² se pronunció sobre el margen del que dispone el órgano judicial en su pronunciamiento cuando la decisión de no incoar impugnada no es conforme a Derecho. En el supuesto que se nos plantea, el Consejo de la CNMC decidió archivar las actuaciones, pero no lo hizo de forma motivada. El órgano judicial considera que la valoración de los hechos que resulta adecuada es la que había realizado la Dirección de Investigación y respecto de la que el Consejo no se había apartado expresamente en su resolución. El Tribunal Supremo insiste en que el fallo no puede ordenar una retroacción de las actuaciones *ex profeso* que incorpore la calificación jurídica que el órgano judicial considera más acertada. En su lugar, señala los elementos con base en los que deberá recabar más información de cara a practicar pruebas complementarias para resolver, una vez retrotraídas las actuaciones, lo que proceda de forma motivada¹³³. En este mismo sentido, en la STS de 21 de septiembre de 2015¹³⁴, el Tribunal expresa *obiter dicta* que la motivación de la sentencia no sustituye al acto administrativo, sino que sus criterios se señalan a efectos de que se valoren por la CNMC si se ordena la retroacción de actuaciones por el fallo. En la SAN

¹²⁷ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 3ª). Sentencia de 11 de abril de 2006.

¹²⁸ Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso, Sección 6ª). Sentencia de 29 de junio de 2015.

¹²⁹ Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso, Sección 6ª). Sentencia de 10 de octubre de 2008.

¹³⁰ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 3ª). Sentencia de 27 de noviembre de 2012.

¹³¹ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 3ª). Sentencia núm. 583/2018 de 10 de abril de 2018.

¹³² Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 3ª). Sentencia núm. 24/2018 de 19 de febrero de 2018.

¹³³ Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso, Sección 6ª). Sentencia de 6 de abril de 2009.

¹³⁴ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 3ª). Sentencia de 21 de septiembre de 2015.

de 13 de junio de 2011¹³⁵, el órgano judicial se vio limitado por el estado en el que se encontraba el expediente sancionador una vez se ordenó el archivo de las actuaciones. La parte recurrente insta que se anule la resolución del archivo, así como que se adopten medidas limitativas de derechos para remover los efectos de la conducta infractora. A pesar de que el órgano judicial ordena la retroacción de las actuaciones, se ve limitado para ordenar las medidas antedichas porque aún no se había producido la incoación del procedimiento.

Parte de la doctrina ha criticado que sea posible que el órgano judicial ordene dicha retroacción en caso de que únicamente concurren vicios formales sobre la decisión recurrida en vía contenciosa. De esta forma, la Administración es sostenida en su propia ilegalidad y dispone de otra oportunidad en la que realizar el procedimiento adecuadamente. La retroacción de las actuaciones conlleva, según sostienen, al defecto de jurisdicción¹³⁶. En este sentido encontramos la STS 42/2019 de 21 de enero¹³⁷ en la que habiéndose constatado que la resolución sancionadora había causado indefensión a la recurrente, el órgano judicial no estima que proceda la retroacción del procedimiento para que se subsane dicho efecto invalidante. En su lugar, se limita a anular la resolución sancionadora sin que quepa la retroacción puesto que, en caso contrario, recaería una carga gravosa e injustificada en la recurrente -respecto de la que se volvería a instruir otro procedimiento sancionador distinto-.

Alejada de la función estrictamente revisora de la vía judicial encontramos la STS de 4 de marzo de 2014¹³⁸ que dispone otras actuaciones distintas a la nulidad del acto administrativo impugnado y la retroacción de actuaciones. El Tribunal Supremo ha reiterado que esta extralimitación se fijó en atención a las excepcionales circunstancias del supuesto de hecho, que versaba sobre el posible falseamiento de la libre competencia por actos desleales que se debía analizar a la luz de una normativa administrativa derogada. Precisamente la infractora aprovechó este cambio normativo para realizar la conducta ante la incertidumbre jurídica que se produjo. El denunciante solicita la anulación del sobreseimiento del procedimiento sancionador y que se declare la existencia de la infracción por parte de la mercantil infractora. Configura dicha petición como pretensión declarativa a efectos de poder ejercer las correspondientes acciones resarcitorias ante la jurisdicción civil. El Tribunal Supremo declara que el sobreseimiento fue contrario al ordenamiento jurídico por cuanto que concurría la

¹³⁵ Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso, Sección 6ª). Sentencia de 13 de junio de 2011.

¹³⁶ Baño León, J. Mª. (2011). La retroacción de actuaciones: ¿denegación de justicia o garantía del justiciable?, *Revista española de Derecho Administrativo*, 152, Recuperado en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3860361>, pp. 839-858.

¹³⁷ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 3ª). Sentencia núm. 42/2019 de 21 de enero de 2019.

¹³⁸ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 3ª). Sentencia de 4 de marzo de 2014.

conducta denunciada. A renglón seguido, considera que las pretensiones de la recurrente se ven suficientemente colmadas mediante la declaración de que tales hechos fueron constitutivos de sanción mediante sentencia. El órgano judicial descarta que sea necesaria la retroacción de actuaciones y no encuentra necesario que la autoridad de competencia tenga que volver a decidir sobre la incoación, de cara a que la recurrente pueda reclamar lo procedente en el orden civil.

Por tanto, a pesar de que con carácter general el órgano judicial solo puede limitarse a anular y retrotraer las actuaciones, cabe que excepcionalmente se pronuncie más allá de estos márgenes en sentido declarativo, teniendo en cuenta la pretensión del denunciante, que va ligada intrínsecamente a la legitimación que ostenta en el litigio.

4. Conclusiones

El procedimiento sancionador se inicia de oficio, y la denuncia no equivale a una solicitud a instancia de parte, por lo que su virtualidad, formulada ante la autoridad de competencia, queda circunscrita esencialmente a una comunicación de hechos que se ejerce en favor del interés general. Esta visión, impuesta tanto por el legislador como por la propia doctrina, supone que el denunciante no dispone de ningún arma de defensa ni en vía administrativa -donde deberá probar que es interesado- ni en vía judicial -donde no estará legitimado por la simple defensa de la legalidad que pretende-.

El único resultado que el denunciante puede obtener como consecuencia de la transmisión de la *notitia criminis* es que la autoridad de competencia incoe el expediente sancionador. De acuerdo con la definición de la potestad sancionadora de dicha autoridad en la LDC, que introduce un criterio de oportunidad reglada, dicha incoación solamente se produce ante la existencia de indicios de infracción y, además, debe cohonestarse con el resto de los instrumentos a disposición del infractor para evitar la imposición de la multa.

La omisión de la incoación compele únicamente a la autoridad a comunicar al denunciante los motivos por los que decide hacerlo, bien a través del archivo de actuaciones o bien mediante la simple decisión de no incoar. Aunque el archivo es impugnabile autónomamente en sede contenciosa, no necesariamente debe ir aparejado a la decisión de no incoar, por lo que podemos encontrarnos con supuestos en los que el denunciante no dispondrá de acto impugnabile alguno para acceder a la vía contenciosa.

Aun salvándose todos estos obstáculos, el denunciante debe superar el último en sede contenciosa: la legitimación activa. El órgano judicial solamente entrará en el fondo del asunto

en aquellos casos que el denunciante demuestre que el fallo puede alterar su posición, tanto en el mercado como en posteriores reclamaciones de daños y perjuicios. Aun así, el pronunciamiento judicial no puede sustituir la decisión de la autoridad de competencia, puesto que solamente a esta corresponde el ejercicio de la potestad sancionadora, que deberá ejercer una vez practicada la retroacción de actuaciones ordenada en sede judicial.

En la legislación nacional en dicha materia, el estatuto jurídico del denunciante diverge en un grado menor al deseado, pero aun así reseñable, de la normativa administrativa común. Mediante estas especialidades, en este ámbito sectorial se advierte el especial interés de la autoridad por conocer conductas sancionables que en muchas ocasiones son secretas y desconocidas a sus ojos, y cuya materialización se produce únicamente vía denuncia.

Estas consideraciones, desapegadas de la concepción simplista de la sanción como función represiva del Estado, podrían guiar al legislador de la normativa administrativa común hacia una visión integral de la potestad sancionadora. En el marco de este cambio, los denunciantes podrían intervenir con más libertad en el procedimiento sancionador, sin la necesidad de tener que salvar todos los obstáculos impuestos a causa de las exigencias excesivamente rígidas impuestas para su ejercicio.

BIBLIOGRAFÍA

BAÑO LEÓN, J. M^a. (2011). La retroacción de actuaciones: ¿denegación de justicia o garantía del justiciable?, *Revista española de Derecho Administrativo*, 152, Recuperado en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3860361>.

BAÑO LEÓN, J.M. Y PASCUAL MORCILLO, A. (2017). Artículo 49. En Massaguer Fuentes, J., Sala Arquer, J.M., Folguera Crespo, J. y Gutiérrez, A. (Dirs.). *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia y a los preceptos sobre organización y procedimientos de la Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*, Navarra: Aranzadi.

BAÑO LEÓN, J.M. Y PASCUAL MORCILLO, A. (2017). Artículo 53. En Massaguer Fuentes, J., Sala Arquer, J.M., Folguera Crespo, J. y Gutiérrez, A. (Dirs.). *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia y a los preceptos sobre organización y procedimientos de la Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*, Navarra: Aranzadi.

BAÑO LEÓN, J.M. Y PASCUAL MORCILLO, A. (2017) Artículo 54. En Massaguer Fuentes, J., Sala Arquer, J.M., Folguera Crespo, J. y Gutiérrez, A. (Dirs.). *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia y a los preceptos sobre organización y procedimientos de la Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*, Navarra: Aranzadi.

CANO CAMPOS, T. (2018). Capítulo I. Aspectos generales. En Cano Campos, T. (Ed.), *Claves prácticas de Derecho Administrativo: Sanciones administrativas*, Madrid: Francis Lefebvre.

COBREROS MENDAZONA, E. (1995). La posición del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador. Nuevas perspectivas. *Revista Vasca de Administración Pública*, 41.

CREUS, A. (2019). El procedimiento administrativo ante la Comisión Europea en materia de Derecho de la competencia (I). En Beneyto, J.M. y Maillo, J. (Dirs.), *Tratado de Derecho de la Competencia: Tomo I*, Barcelona: Wolters Kluwer.

FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2017). Artículo 11. En Massaguer Fuentes, J., Sala Arquer, J.M., Folguera Crespo, J. y Gutiérrez, A. (Dirs.). *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia y a los preceptos sobre organización y procedimientos de la Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*, Navarra: Aranzadi.

GALLARDO CASTILLO, M.J. (2016). El nuevo marco normativo del procedimiento administrativo común: el paradigma de una reforma endeble. Estudios, ponencias, crónicas o

notas sobre la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. *Cuadernos de Derecho Local*, 42, Recuperado de http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/1731/03_GALLARDO_P12_P40_QDL_42.pdf?sequence=1.

GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. (2019). *La denuncia administrativa: El régimen de la Ley 39/2015, de 2 de octubre, de procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas*, Navarra: Aranzadi.

GUILLÉN CARAMÉS, J. (2020). Prohibiciones de contratar derivadas de infracciones de competencia y medidas de self-cleaning. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 961/2020, Recuperado en https://insignis.aranzadidigital.es/maf/app/document?srguid=i0ad6adc500000172b2e7b7b7dd7e2e50&marginal=BIB\2020\12291&docguid=I935a5db09fc811eab888fcd9b721b422&ds=ARZ_LEGIS_CS&infotype=arz_biblos;&spos=1&epos=1&td=0&predefinedRelationshipsType=documentRetrieval&fromTemplate=&suggestScreen=&selectedNodeName=&select_mod=false&displayName=.

GUILLÉN CARAMÉS, J. Y PASCUAL MORCILLO, A. (2017). El procedimiento sancionador por infracciones de los arts. 1, 2 y 3 de la LDC. En Beneyto, J.M. y Maillo, J. (Dirs.), *Tratado de Derecho de la Competencia: Tomo I*, Barcelona: Wolters Kluwer.

HUERGO LORA, A. (1995). La desigualdad en la aplicación de potestades administrativas de gravamen: remedios jurídicos. *Revista de Administración Pública*, 137, Recuperado en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=17273>.

HUERGO LORA, A. (Ed.) (2007). *Las sanciones administrativas*. Madrid: Iustel.

HUERGO LORA, A. (2018). Diferencias de régimen jurídico entre las penas y las sanciones administrativas que pueden y deben orientar su utilización por el legislador, con especial referencia a los instrumentos para la obtención de pruebas. En Huergo Lora, A. (Ed.), *Problemas actuales del Derecho administrativo sancionador*.

IZQUIERDO CARRASCO, M. (octubre de 2013). Los intereses supraindividuales en el procedimiento administrativo sancionador. Trabajo presentado en *Jornadas sobre 'Los intereses colectivos: representación y defensa ante la Administración y los Tribunales'*, Baeza.

LAGUNA DE PAZ, J.C. (2010). Regulación sectorial y normas generales de defensa de la competencia: criterios de relación, *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 145/2010, Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3180625>.

LOZANO CUTANDA, B. (2003). El principio de oficialidad de la acción sancionadora administrativa y las condiciones necesarias para garantizar su efectividad. *Revista de Administración Pública*, n° 161, Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=721281>.

MARTÍNEZ SÁNCHEZ, A. (2017). Artículo 65. En Massaguer Fuentes, J., Sala Arquer, J.M., Folguera Crespo, J. y Gutiérrez, A. (Dirs.). *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia y a los preceptos sobre organización y procedimientos de la Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*, Navarra: Aranzadi.

MARTÍNEZ SÁNCHEZ, A. (2017). Artículo 66. En Massaguer Fuentes, J., Sala Arquer, J.M., Folguera Crespo, J. y Gutiérrez, A. (Dirs.). *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia y a los preceptos sobre organización y procedimientos de la Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*, Navarra: Aranzadi.

NAVAJAS REBOLLAR, M. (2018). El estatuto jurídico de la denuncia administrativa: la introducción del programa de clemencia en el procedimiento sancionador. En Huergo Lora, A. (Ed.), *Problemas actuales del Derecho administrativo sancionador*.

NAVALPOTRO BALLESTEROS, T. (2009). Acerca de la discrecionalidad u obligatoriedad en la incoación del procedimiento administrativo sancionador. Un debate más cercano a su ocaso. *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, 29 (30 diciembre 2009).

NIETO GARCÍA, A. (Ed.) (2012) *Derecho Administrativo sancionador*. Madrid. Tecnos.

REBOLLO PUIG, M. (2015). Control judicial del no ejercicio de la potestad sancionadora. En J. Guillén Caramés y M. Cuerdo Mir (Eds.). *Estudios sobre la potestad sancionadora en Derecho de la Competencia*.

REBOLLO PUIG, M. (2010). Capítulo XII: Ejercicio obligado o facultativo de la potestad sancionadora. Legitimación para exigir su ejercicio. En F. López Menudo (Eds.), *Derecho Administrativo sancionador*.

REBOLLO PUIG, M. (2019). El procedimiento sancionador en el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General del Perú. En Zegarra, D. *La proyección del*

Derecho Administrativo Peruano: Estudios por el Centenario de la Facultad de Derecho de la PCUP.

VICENTE DOMINGO, R. (2014). Discrecionalidad e inactividad. El principio de actuación suficiente de la Administración, *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 165/2014, Recuperado en https://insignis.aranzadigital.es/maf/app/document?srguid=i0ad6adc600000172b30f615a0ab9a151&marginal=BIB\2014\2963&docguid=I0d74b480751611e4aa42010000000000&ds=ARZ_LEGIS_CS&infotype=arz_biblos;&spos=53&epos=53&td=0&predefinedRelationshipsType=documentRetrieval&fromTemplate=&suggestScreen=&&th=&guid=&selectedNodeName=&selec_mod=false&displayName=.

VIDAL, P. Y CAPILLA, A. (2017) Artículo 72. En Massaguer Fuentes, J., Sala Arquer, J.M., Folguera Crespo, J. y Gutiérrez, A. (Dirs.). *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia y a los preceptos sobre organización y procedimientos de la Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*, Navarra: Aranzadi.