

EL ARTÍCULO 12, PÁRRAFO 3, DE LA LEY 15/2007

MERCEDES PEDRAZ CALVO
Magistrado

1. INTRODUCCIÓN

LA COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA EN LA LEY 15/2007, DE 3 DE JULIO, DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

La nueva Ley de Defensa de la Competencia tiene, sin duda, entre otras finalidades, la de reforzar la independencia de las autoridades de Defensa de la Competencia, y a tal fin se crea una autoridad única que aúna las competencias de los antiguos Servicio y Tribunal de Defensa de la Competencia.

En el Título III, Sección II, artículos 24, 25 y 26, se configuran las funciones de la Comisión Nacional de Competencia.

En el artículo 26, y entre otras novedades reseñables de esta Ley, aparecen reguladas las *competencias reforzadas* de la Comisión Nacional de Competencia para la promoción de la libre competencia, y dentro de estas, a los efectos que nos interesan, merece la pena recordar las incluidas en su párrafo primero, letras c) e) y f).

En este artículo 26.1 y en la letra c) se ha previsto para la Comisión Nacional de Competencia la función de “realizar informes, en su caso, con carácter periódico, sobre la actuación del sector público y, en concreto, sobre las situaciones de obstaculización del mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados que resulten de la aplicación de normas legales”.

En la letra e) la de “dirigir a las Administraciones Públicas propuestas para la modificación o supresión de las restricciones a la competencia efectiva derivadas

de su actuación, así como, en su caso, las demás medidas conducentes al mantenimiento o al restablecimiento de la competencia en los mercados”.

En la letra f) “proponer al Ministro de Economía y Hacienda, para su elevación, en su caso, al Consejo de Ministros, las directrices de política de defensa de la competencia en el marco de la política económica de aquél y, en particular, las propuestas de elaboración y reforma normativa correspondientes”.

El conjunto de las funciones que la Ley 15/2007 señala a la CNC se refuerza con el reconocimiento, por el artículo 12, párrafo 3, de la Ley, de la legitimación “para impugnar ante la jurisdicción competente actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado”.

El artículo 13.2 LDC confiere igual capacidad procesal a las autoridades de la competencia autonómicas dentro de su ámbito geográfico de actuación:

2. Sin perjuicio de las competencias de la Comisión Nacional de la Competencia, los órganos competentes de las Comunidades Autónomas están legitimados para impugnar ante la jurisdicción competente actos de las Administraciones Públicas autonómicas o locales de su territorio sujetos al Derecho Administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados.

1.1. ¿QUÉ CONFIGURACIÓN JURÍDICA LE HA DADO LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA COMO SOPORTE PARA LA REALIZACIÓN DE ESTAS FUNCIONES?

En el artículo 19 se define a la CNC en los siguientes términos:

1. La CNC es una entidad de Derecho Público con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, adscrita al Ministerio de Economía y Hacienda que ejercerá el control de eficacia sobre su actividad. La CNC actuará en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines con autonomía orgánica y funcional, plena independencia de las Administraciones Públicas y sometimiento a esta Ley y al resto del ordenamiento jurídico.

Este artículo 19, en su párrafo 2, declara expresamente que la Ley 30/92 y la Ley 6/97 son supletorias. Conviene por tanto recordar que la Disposición Adicional 10 de esta Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado regula el régimen jurídico de determinados Organismos Públicos: Comisión Nacional del Mercado de Valores, Consejo

Seguridad Nuclear, Ente Público RTVE, Universidades, Agencia de Protección de Datos, Comisión Nacional de la Energía, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, y Comisión Nacional de la Competencia.

Todos estos organismos “se regirán por su legislación específica y supletoriamente por esta Ley. El Gobierno y la Administración General del Estado ejercerán respecto de tales organismos las facultades que la normativa de cada uno de ellos les asigne, en su caso, con estricto respeto a sus correspondientes ámbitos de autonomía”.

Este primer acercamiento a la regulación básica de la CNC y sus competencias ya nos permite ciertas conclusiones:

- Indudablemente, la previsión del artículo 12.3 es un síntoma más del reforzamiento de la independencia de la CNC.
- La previsión del artículo 12.3 no debe entenderse sólo como la posibilidad de hacer frente a la actuación administrativa que, por serlo, es decir, por venir de una Autoridad Administrativa no puede ser sancionada, sino como un reforzamiento de la obligación de *competition advocacy*.

En palabras del anterior presidente de la Federal Trade Commission Americana, la promoción de la libre competencia, la *proactive competition advocacy*, debe consistir “más que en la defensa de la libre competencia, debe llegar a ser una manera de organizar la economía. Como defensores de la libre competencia debemos apoyar en todo momento la filosofía de la política de competencia en cualquier oportunidad y en cualquier foro. En los Consejos del ejecutivo, ante los legisladores nacionales y locales, ante la opinión pública, tenemos que aumentar nuestros esfuerzos para poner de manifiesto la necesidad de defender el libre mercado”.

En este momento histórico ya no cabe, tanto entre las autoridades de defensa de la competencia como entre los especialistas en la materia de la cátedra y la abogacía, ninguna duda de que, superada pero no dejada de lado la actividad de *enforcement* tradicional, debe reforzarse la actividad de aquellas autoridades con la denominada promoción de la competencia o labor de *advocacy*.

En la exposición de motivos del Real Decreto 331/2008, de 29 de febrero, por el que se aprueba el Estatuto de la CNC se justifica la creación de la Dirección de Promoción de la Competencia como reflejo de la importancia que la Ley 15/2007 ha dado a esta cuestión, poniendo así de relieve la existencia de nuevas competencias en la materia atribuidas por la Ley a la CNC, y el correspondiente refuerzo institucional para llevarlas a cabo.

La citada Dirección, en su página web, en un apartado titulado “La Promoción de la Competencia, ¿Qué hacen las autoridades de defensa de la competencia? ¿son efectivas?”, dentro de lo que denomina “Actividad renovada en *advocacy*” y concretamente dentro de la “Evaluación de políticas y actuaciones públicas” señala que se integran tres aspectos:

1. El control de la actividad no mercantil del sector público, con la elaboración de informes regulatorios, propuestas de regulación y desregulación etc.
2. La legitimación activa para impugnar actos administrativos o normas de rango inferior a la ley que ocasionen obstáculos a la competencia efectiva en los mercados.
3. Un mayor seguimiento de las ayudas públicas.

El hecho de que en el referido Estatuto se atribuya a esta Dirección de Promoción de la Competencia la función de elevar la propuesta a la CNC en relación con la impugnación regulada en el artículo 12.3 LDC sitúa directamente esta facultad en el ámbito de la *competition advocacy*.

En el documento de trabajo elaborado por la CNC para un Seminario interno sobre “La legitimación activa de las autoridades de competencia españolas para impugnar actos y reglamentos restrictivos de la competencia” que tuvo lugar en Madrid el día 31 de marzo de 2009, se afirmaba: “Esta atribución se incardina dentro del conjunto de instrumentos de promoción de la competencia, en sentido amplio, que proporciona la LDC a las AC”.

Por tanto, no cabe duda de que la propia CNC interpreta esta previsión legal del artículo 12.3 de la Ley 15/2007 como un instrumento de *advocacy* o promoción de la competencia.

La *competition advocacy* ha sido definida por el Banco Mundial como “the ability of the competition office to provide advice, influence and participate in government economic and regulatory policies in order to promote more competitive industry structure, firm behavior and market performance” (The World Bank, OECD: A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy).

En general, la lectura de los textos e intervenciones sobre la materia publicados por organismos internacionales y autoridades de competencia de distintos países revela una concepción de la promoción de la competencia que se articula sobre expresiones como “influir” o “aconsejar” aunque en ocasiones igualmente se considera que incluye la obligación de “asegurar” que las normas de competencia se inserten adecuada y sistemáticamente en las restantes normas legales. En general, la mayoría de los expertos dirigen sus intervenciones sobre esta cuestión de la *advocacy* a resaltar la conveniencia de que las autoridades de defensa de la competencia eduquen a los Gobiernos en la necesidad de tener en cuenta estas normas no sólo en la elaboración de las leyes sino en la toma de decisiones de política económica.

Visto así, no resulta tan evidente que la facultad del artículo 12.3 (y 13.2) de la Ley de Defensa de la Competencia sea un medio más para promover la libre competencia.

El Tribunal Galego de Defensa da Competencia por exemplo no parece entenderlo así en el Informe sobre repercusiones legales, funcionales y organizativas de la nueva Ley de Defensa de la Competencia sobre los órganos de Defensa de la Competencia de Galicia, de 18 de diciembre de 2007.

En relación con la función regulada en el artículo 13.2 LDC, considera que se trata

“a efectos prácticos de una auténtica función de control de la actuación de las Administraciones Públicas”.

Resalta, además, que para que esta función sea efectiva debe combinarse

“con las actividades de seguimiento, análisis de los actos y de las normas emanadas de las distintas instancias públicas y las consiguientes propuestas de modificación normativa, contempladas en el artículo 26.1 LDC”.

A juicio del TGDC, es una “importante potestad que cierra y completa este conjunto de medidas de control de la actuación pública”.

1.2. ¿CUÁNDO INTERVENIR?

La Ley de Defensa de la Competencia establece que la CNC puede “impugnar ante la jurisdicción competente actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado”.

La primera cuestión a tener en cuenta es si la impugnación debe abordarse como la respuesta inmediata a la actividad administrativa que conlleva esos obstáculos o como el último recurso. Efectivamente, las previsiones que la LDC contiene en el artículo 26, párrafo 1, letras c) y e) y especialmente en el artículo 25 (dictamen preceptivo en proyectos y proposiciones de normas que afecten a la competencia) conllevan que la CNC deba informar con regularidad sobre proyectos normativos. No siempre será consultada (si se considera que la norma no supondrá afectación de la competencia por ejemplo) ni su informe será siempre favorable y no siempre su informe será tenido en cuenta.

Habrà por tanto que decidir cómo acceder a la información sobre tales actos de las Administraciones Públicas y, una vez resuelta esta cuestión, cómo reaccionar ante el apartamiento de la Administración correspondiente bien de las reglas que aseguran la libre competencia bien de las consideraciones que en su caso pudiera haber presentado la autoridad de defensa de la competencia. No parece que la

actuación de la CNC deba quedar al albur de la denuncia de los particulares, del traslado para informe en el caso de disposiciones generales de rango inferior a la ley o de la consulta voluntaria por la Administración autora del acto.

No menos importante resulta la debida articulación entre esta potestad y la facultad reconocida igualmente por la LDC de informar en los supuestos del artículo 26: parece evidente que la Ley 15/2007 no ha establecido un cierto automatismo entre la "ignorancia" (por no solicitarlo o por no seguirlo) por la Administración autora del acto del informe de la CNC y la consideración de tal actuación como un obstáculo al mantenimiento de una competencia efectiva. A mayor prestigio y efectividad de la autoridad de competencia debería corresponder un mayor seguimiento de sus indicaciones por la Administración, pero ¿se adquiere este prestigio utilizando la vía de la impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa? Indudablemente el éxito en el recurso sí favorece un futuro seguimiento de los informes de la CNC por parte de la Administración autora del acto impugnado, pero igualmente resulta que el fracaso en el recurso pudiera animar a la Administración demandada en sentido contrario.

Racionalizar el acceso a la información es tan decisivo como reaccionar adecuadamente a la actuación administrativa, valorando la existencia de otros intereses públicos igualmente necesitados de protección; no parece que la LDC esté pensando en una sobreexposición de la autoridad de Defensa de la Competencia en su relación con el resto de la Administración Pública, por lo que en principio el uso de esta facultad de impugnación debería estar gobernado por la prudencia y alejado del exceso de celo impugnatorio.

2. ASPECTOS PROCESALES

La norma objeto de este comentario tiene un indudable contenido procesal, centrado específicamente en la cuestión de la legitimación.

Como principio general puede señalarse que, en nuestro sistema jurídico-procesal con base en este precepto, la CNC en el marco de un proceso es Administración Pública con personalidad jurídica y, en consecuencia, con legitimación.

La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Ley 29/1998, regula la legitimación en su artículo 19, debiendo destacar, a los efectos estudiados, los siguientes apartados:

1. Están legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo:
 - c) La Administración del Estado, cuando ostente un derecho o interés legítimo, para impugnar los actos y disposiciones de la Administración de las Comunidades Autónomas y de los Organismos Públicos vinculados a éstas, así como los de las Entidades locales, de conformidad con lo dispuesto en la legislación de régimen local, y los de cualquier otra entidad pública no sometida a su fiscalización.

- d) La Administración de las Comunidades Autónomas, para impugnar los actos y disposiciones que afecten al ámbito de su autonomía, emanados de la Administración del Estado y de cualquier otra Administración u Organismo público, así como los de las Entidades locales, de conformidad con lo dispuesto en la legislación de régimen local.
- e) Las Entidades locales territoriales, para impugnar los actos y disposiciones que afecten al ámbito de su autonomía, emanados de las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, así como los de Organismos Públicos con personalidad jurídica propia vinculados a una y otras o los de otras Entidades locales.

Éstas son las normas generales sobre la legitimación, junto con el procedimiento de declaración de lesividad regulado en el artículo 19, párrafo 2 (y que a los efectos estudiados no nos interesa).

2.1. LEGITIMACIÓN DE LA CNC

La legitimación en el caso de que la Administración se proponga iniciar un proceso debe estar conectada a los conceptos de competencia o de interés.

La legitimación a estos efectos refleja el círculo de las competencias que la Administración tiene encaminadas a la salvaguarda de:

1. Los intereses generales.
2. Los principios esenciales del ordenamiento jurídico.

Por lo tanto, el punto de partida es que la CNC no puede impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa los actos de otras Administraciones Públicas que no tengan ninguna relación con la esfera de competencias que la LDC le atribuye.

En esta materia, como ocurre en general en nuestro sistema jurídico, debe respetarse también el principio de la accesoria de la legitimación de la CNC (fundada en la legitimación inherente al poder del Estado para hacer efectiva la garantía del principio de legalidad) respecto de la legitimación que, en su caso, tendrían los TDC autonómicos cuando la cuestión se limite a su ámbito de competencias, es decir, cuando la Administración que ha adoptado una actuación contraria a la libre competencia es autonómica (y de su propia Comunidad Autónoma). Así queda reflejado, por otra parte, en la doble previsión, de los artículos 12.3 y 13.2 respectivamente.

En el marco de este comentario, no se analizará una cuestión que vista la redacción de este segundo precepto, plantea serias dificultades: se trata de la

competencia de la CNC respecto de las actuaciones de las autoridades locales, especialmente si existe una autoridad de Defensa de la Competencia autonómica y esta decide no ejercitar la legitimación para impugnar que le reconoce el artículo 13.2 LDC. Queda fuera de este trabajo por tanto el problema que plantean las relaciones Administración Local/Administración Autonómica y los efectos sobre la legitimación de la CNC en relación con la actuación de la Administración Local.

2.2. ¿QUÉ CLASE DE LEGITIMACIÓN SE ESTABLECE EN EL ARTÍCULO 12, PÁRRAFO 3, DE LA LDC?

La Ley parece haber caracterizado a la CNC como parte, con un contenido “material” y no meramente (o más) “formal”, como se ha caracterizado el tipo de intervención de las autoridades de Defensa de la Competencia ante los jueces que juzgan litigios entre particulares como *amicus curiae*. No se trataría por tanto de una mera norma procesal y si de una norma sustantiva que además de atribuir legitimación a la CNC establece causas de nulidad o anulabilidad de la actuación administrativa.

La Disposición Adicional Segunda de la LDC introduce el artículo 15 bis de la LEC :

Intervención en procesos de defensa de la competencia.

La Comisión Europea, la Comisión Nacional de la Competencia y los órganos competentes de las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias podrán intervenir, sin tener la condición de parte, por propia iniciativa o a instancia del órgano judicial, mediante la aportación de información o presentación de observaciones escritas sobre cuestiones relativas a la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea o los artículos 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia. Con la venia del correspondiente órgano judicial, podrán presentar también observaciones verbales. A estos efectos, podrán solicitar al órgano jurisdiccional competente que les remita o haga remitir todos los documentos necesarios para realizar una valoración del asunto de que se trate.

La diferencia de los términos empleados por uno y otro precepto es evidente: mientras la LEC dice claramente que la CNC, la Comisión Europea y los órganos competentes de las Comunidades Autónomas “podrán intervenir sin tener la condición de parte”, la LDC dice que la CNC “está legitimada”.

La legitimación “formal” es una condición externa de actuación y defensa de una pretensión, o de oposición a la pretensión de otro, sin tener la titularidad material de los derechos e intereses que resultan respaldados por esa posición, titu-

laridad material que corresponde a otras personas. Es el caso del Ministerio Fiscal, que defiende el interés objetivo en el cumplimiento de la legalidad.

¿Cuál es la legitimación de la CNC? A mi juicio la LDC contempla la legitimación “material”, porque utiliza la expresión “impugnar” y por la propia sistemática del precepto.

En apoyo de este punto de vista está el hecho de que el Ministerio Fiscal en su Estatuto tiene reconocido el derecho a “recurrir” en determinados supuestos: en la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio fiscal, el artículo 3 regula las facultades que tiene el Ministerio Fiscal para el cumplimiento de las misiones que le son conferidas en el artículo 1, y en el apartado 14 se habla de “defender, igualmente, la legalidad en los procesos contencioso-administrativos y laborales que prevén su intervención”.

En conjunto, la lectura de este artículo 3 comparado con el artículo 12.3 LDC pone de manifiesto que mientras que el primero dice que el Fiscal tiene la misión de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, la CNC puede “impugnar ante la jurisdicción competente”.

A estos efectos es interesante recordar lo que razonó el Tribunal Supremo en la sentencia dictada el día 20 de enero de 2007 resolviendo el recurso de casación (num. 6991/2003) interpuesto contra una sentencia de la Audiencia Nacional que a su vez estimaba parcialmente el recurso presentado por la Comunidad Autónoma de Canarias contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 29 de noviembre de 1999, recaída en el expediente 432/1998.

La Audiencia Nacional había estimado parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto, anulado parcialmente el acuerdo impugnado, señalando que se había cometido una infracción tipificada en el artículo 1.1 a) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, al haberse acreditado la existencia de prácticas concertadas restrictivas de la competencia consistentes en la adopción simultánea por las compañías aéreas imputadas de un acuerdo tendente a unificar las tarifas.

El Tribunal Supremo examina detalladamente la legitimación activa de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias para recurrir un acuerdo del TDC. A la vista del contenido del acuerdo del TDC concluye que los hechos investigados y denunciados “afecta(n) a las condiciones de competitividad y de funcionamiento en que se presta por las Compañías aéreas el servicio de transporte aéreo regular de viajeros” y son “de indudable transcendencia para los habitantes de las Islas Canarias, al facilitar su movilidad, y para el desarrollo económico y social del archipiélago”.

La consecuencia que extrae el Alto Tribunal es que se ha evidenciado el interés directo y legítimo de la Comunidad Autónoma porque:

— tiene la obligación de satisfacer el interés general, y esta obligación la tiene,

dice el Tribunal Supremo “toda Administración Pública, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 103.1 de la Constitución”.

- y la impugnación atañe directamente al ejercicio de sus competencias de defensa de los intereses canarios y de los consumidores y usuarios, que le atribuyen los artículos 1 y 31 del Estatuto de Autonomía de Canarias, aprobado por la Ley Orgánica 10/1984, de 10 de agosto, reformado por la Ley Orgánica 4/1996, de 30 de diciembre.

Dice la sentencia:

En efecto, la insularidad de las Islas Canarias ha propiciado históricamente la institucionalización de un régimen económico y fiscal especial, como instrumento de solidaridad interterritorial, a que alude el artículo 138 y la Disposición Adicional Tercera de la Constitución, con el objetivo de impulsar el desarrollo económico y social del archipiélago, según se refiere en la sentencia del Tribunal Constitucional 62/2003, de 27 de marzo, y 137/2003, de 3 de julio, que ha sido objeto de reconocimiento en el Tratado Constitutivo de la Unión Europea, que califica a las Islas Canarias de región ultraperiférica que motiva que los poderes públicos canarios asuman como principios rectores de su actuación, entre otros, según establece el artículo 5 del Estatuto de Autonomía de Canarias, la promoción de las condiciones necesarias para el libre ejercicio de los derechos y libertades, entre los que cabe englobar el derecho de libre circulación y la libertad de empresa, que les legitima para entablar ante los Tribunales de Justicia cuantas acciones sean precisas con el objeto de favorecer la defensa de los intereses del pueblo canario, y en particular, la satisfacción efectiva del derecho a la movilidad y la libertad de establecimiento, que concierne, entre otras actividades, al transporte aéreo.

El Tribunal Supremo cita el artículo 19.1 d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que reconoce la legitimación activa ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de la Administración de las Comunidades Autónomas “para impugnar los actos y disposiciones que afecten al ámbito de su autonomía”.

A tales efectos se remite a dos sentencias del Tribunal Constitucional (28/1991, de 14 de febrero y 199/1987, de 16 de diciembre). Esta referencia debe interpretarse respecto de aquellas actuaciones administrativas que inciden directamente en su posición institucional de portadores de intereses públicos vinculados a garantizar la efectividad de los derechos de la colectividad, marco en que se inserta el ejercicio de sus potestades, sin limitarse objetivamente a la defensa estricta de las competencias.

Cita igualmente una sentencia de la misma Sala del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2002 (RC 5194/2000), según la cual el que la Administración Autónoma se rija por el principio de legalidad “no permite rechazar el interés legítimo

como interés general de legitimación”, que está en la base de lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley Jurisdiccional, de 27 de diciembre de 1956, y en el artículo 19.1. a) y d) de la Ley Jurisdiccional 29/1998, de 13 de julio, porque, según se afirma, “no puede excluir en absoluto, su capacidad para recurrir jurisdiccionalmente actos de otra Administración que resulten lesivos para sus legítimos intereses, en relación con la defensa de sus competencias”.

Finalmente es importante resaltar que esta doctrina jurisprudencial, que aprecia la legitimación activa de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias para recurrir en este supuesto una resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, con base en la aplicación del artículo 19.1 a) y d) de la Ley Jurisdiccional, se revela acorde con el derecho a la tutela judicial efectiva de la Administración Pública en su vertiente de derecho de acceso al proceso, que garantiza el artículo 24.1 de la Constitución.

Retomando el tema de la legitimación, el Alto Tribunal recuerda una vez más que el concepto de interés legítimo, base de la legitimación procesal a que alude el artículo 19 de la Ley Jurisdiccional Contencioso-Administrativa, debe interpretarse a la luz del principio *pro actione* que tutela el artículo 24 de la Constitución (STC 45/2004, de 23 de marzo), equivale a la titularidad potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría de prosperar ésta.

Si bien esta sentencia no reconoce una legitimación como la que es objeto de este estudio, sí proporciona unas pautas para centrar la interpretación del artículo 19, párrafo 1, letras a) y d) de la Ley Jurisdiccional, y permite enlazar con el tratamiento procesal de la legitimación de la CNC y el artículo 12.3 LDC.

Continuando con este aspecto de la cuestión, debe recordarse que el concepto de legitimación encierra un doble significado: la llamada legitimación *ad processum* y la legitimación *ad causam*. La primera ha sido definida como la facultad de promover la actividad del órgano decisorio, es decir, la aptitud genérica de ser parte en cualquier proceso. La segunda es la legitimación propiamente dicha e “implica una relación especial entre una persona y una situación jurídica en litigio, por virtud de la cual es esa persona la que según la ley debe actuar como actor o demandado en ese pleito”. Añadiendo la doctrina científica que “esta idoneidad específica se deriva del problema de fondo a discutir en el proceso; es, por tanto, aquel problema procesal más ligado con el Derecho material, habiéndose llegado a considerar una cuestión de fondo y no meramente procesal”.

Cuando se interpone un recurso contencioso-administrativo debe justificarse la legitimación: la Ley de la Jurisdicción incluso ha previsto que en determinados supuestos además de razonar en el escrito de interposición del recurso la legitimación, se justifique documentalmente.

A tales efectos, el artículo 12.3 LDC ha sido desarrollado por el artículo 10 del Real Decreto 331/2008, de 29 de febrero, por el que se aprueba el Estatuto de la Comisión Nacional de la Competencia. En su artículo 10 señala entre las funciones del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia: “d) Acordar

la impugnación de los actos y disposiciones a los que se refiere el artículo 12.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio”.

2.3. ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA IMPUGNABLE

Los artículos 25 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa regulan la actividad administrativa impugnabile.

Son impugnables las disposiciones de carácter general y los actos que se produzcan en aplicación de las mismas, los actos expresos y presuntos de la Administración Pública que pongan fin a la vía administrativa, la inactividad de la Administración y sus actuaciones materiales constitutivas de vía de hecho.

Según dispone el artículo 12, párrafo 3, de la LDC, en este caso son impugnables “actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado”. La primera parte no plantea obstáculos, pero si la segunda, la que hace referencia a los obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado. La dicción del precepto vincula la base jurídica de la impugnación a que de la actividad administrativa se deriven esos obstáculos.

La primera duda que se plantea es si la Ley vincula la impugnabilidad a la infracción de los artículos 1 a 3 de la LDC, enlazando con la previsión del artículo 4 de la misma Ley. En ese caso para impugnar las resoluciones correspondientes habría que tener presente:

- 1º. Si se ha infringido la LDC de manera que el “obstáculo” no sería sino uno de los tipos infractores. Cualquier razonamiento y prueba que sustente la impugnación debería quedar referida a la infracción de tales preceptos.
- 2º. Si no existe una norma legal que expresamente ampare la infracción por parte de la Administración autora del acto.

Esta concepción es coherente con la consideración de que el artículo 12.3 LDC está dirigida a perseguir las infracciones de esta Ley llevadas a cabo por la Administración, pero no con la idea de que es un aspecto de la *competition advocacy*.

Otra opción sería entender que el “obstáculo” queda desvinculado de los tipos infractores regulados en la LDC, y referido a las causas de nulidad de los actos administrativos establecidas en la Ley 30/92. La duda persiste porque tales causas deberán igualmente vincularse a otros preceptos del ordenamiento jurídico: posiblemente la Ley 15/2007 aunque no los artículos 1 a 3, el derecho comunitario de competencia (con el inconveniente de que no habría “obstáculos” cuando el efecto sobre la competencia efectiva en el mercado no sea significativo para el mercado

común) y en general cualquier norma que contenga previsiones sobre el mantenimiento de la libre competencia.

La propia CNC en el documento elaborado para el citado Seminario interno concluía que “sería la propia impugnabilidad de estos actos y reglamentos la que conduce a establecer su carácter contrario al ordenamiento jurídico, sin necesidad de remisión a otro precepto legal”. Es difícil sostener esta tesis en el marco del sistema de impugnación de los actos administrativos que establece la Ley Jurisdiccional: la causa de la solicitud de declaración de nulidad o anulabilidad no puede limitarse a la cita del artículo 12, párrafo 3, de la LDC, porque no todos los obstáculos a la competencia efectiva son ilegales.

En este sentido, es importante tener en cuenta que la Defensa de la Competencia no es el único interés público constitucional.

Según el Tribunal Constitucional, la defensa de la competencia, en su aspecto normativo comprende toda la legislación ordenada a la defensa de la libertad de competencia, mediante la prevención y en su caso la represión de las situaciones que impongan obstáculos a la competencia en el mercado (STC 71/1982).

La Ley 15/2007 prevé expresamente la posibilidad de una colisión entre el interés general de defensa de la competencia, y otros, siendo el ejemplo más claro la previsión del artículo 10 respecto a la intervención del Consejo de Ministros (artículo 60) “por razones de interés general distintas de la defensa de la competencia”.

En el artículo 10, párrafo 4, se recoge la lista:

- defensa y seguridad nacional,
- protección de la seguridad o salud públicas,
- libre circulación de bienes y servicios dentro del territorio nacional,
- protección del medio ambiente,
- promoción de la investigación y el desarrollo tecnológicos, y
- garantía de un adecuado mantenimiento de los objetivos de la regulación sectorial.

La Exposición de Motivos aclara que se trata de una lista no exhaustiva, y concreta que la toma de decisiones de la Comisión Nacional de Competencia se fundamentará en el “criterio sustantivo” del mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados, frente a la protección del interés general de la sociedad que es el fundamento de la intervención del Gobierno.

Las dudas se acentúan si se piensa en los supuestos en los que la actividad administrativa de la *que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado* es fruto del uso de sus competencias por alguno de los otros órganos de la Administración Pública que tienen igualmente encomendada la defensa de la competencia.

Por ejemplo, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es un Organismo Público dotado de personalidad jurídica y plena capacidad pública y privada (artículo 48.1 de la Ley 32/2003), así como de patrimonio propio, independiente del patrimonio del Estado (artículo 48.13 de la Ley 32/2003). Tiene por objeto el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y *el fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales*, conforme a lo previsto por su normativa reguladora, la resolución de los conflictos entre los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos (artículo 48.2 de la Ley 32/2003). Asesora al Gobierno y al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio a solicitud de éstos o por propia iniciativa, en los asuntos concernientes al mercado y a la regulación de las comunicaciones, particularmente en aquellas materias que puedan afectar al desarrollo libre y competitivo del mercado.

O la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), el organismo encargado de la supervisión e inspección de los mercados de valores españoles y de la actividad de cuantos intervienen en los mismos. Su objetivo es velar por la transparencia de los mercados de valores españoles y la correcta formación de precios, así como por la protección de los inversores.

La eventual actuación de la CNC contra resoluciones de estos u otros organismos, que tienen definidas sus competencias siempre en el marco de la libre competencia o la libertad del mercado que regulan, ofrece especiales dificultades dada la sensibilidad que ha demostrado alguno de estos órganos reguladores respecto de sus propias competencias, hasta el punto de enfrentarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa al Ministerio del ramo.

Recientemente (10 de marzo de 2009), el Tribunal Supremo dictó sentencia en el recurso contencioso-administrativo 61/2005 resolviendo el interpuesto por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones contra un Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración.

La primera cuestión que aborda la sentencia es la causa de inadmisibilidad alegada por el Abogado del Estado al amparo del artículo 69.b) de la Ley Jurisdiccional, por entender que se encuentra en el supuesto contemplado en el artículo 20.c) de la misma, y que no le comprende el último inciso de dicho artículo, puesto que la CMT carece de un específico estatuto de autonomía respecto de la Administración del Estado.

El Alto Tribunal rechaza tal alegación con el siguiente fundamento:

La Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, creó la CMT como órgano independiente encargado de velar por la aplicación de los principios de libre competencia, transparencia e igualdad de trato, como se precupa de resaltar su Exposición de Motivos. Consecuente con ello, su artículo 1º le

atribuye personalidad jurídica y plena capacidad pública y privada, lo que significa, en principio, su legitimación para interponer recurso contencioso-administrativo contra los actos y disposiciones que se dicten por otras Administraciones Públicas y que afecten a sus competencias. Sin embargo, se plantea la duda de si la referencia que en ese precepto se hace a su adscripción al Ministerio de Fomento le impide impugnar las decisiones adoptadas por el Gobierno, en cuya estructura se incardina dicho Ministerio, lo que determinaría la aplicación del artículo 20.c) de la Ley Jurisdiccional, que impide interponer el recurso a “Las Entidades de Derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades locales, respecto de la actividad de la Administración de que dependen”.

Ésta es la tesis del Abogado del Estado, que, sin embargo, no puede ser aceptada, pues del examen del artículo 48 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de las Telecomunicaciones, se desprende que las relaciones entre la CMT y la Administración a la que se adscribe son de coordinación y no de jerarquía, siendo la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, la encargada de ejercer dichas funciones coordinadoras, que por su propia naturaleza son relaciones que se ejercen en un plano de igualdad y no de subordinación o superioridad respectivamente.

A esta conclusión lleva igualmente la Disposición Adicional Décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, sobre Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, en la que se expresa que el Gobierno y la Administración General del Estado, respecto de los Organismos que en ella se mencionan, entre los que se encuentra la CMT, ejercerán “las facultades que la normativa que cada uno de ellos les asigne, en su caso, *con estricto respeto a sus correspondientes ámbitos de autonomía*”, lo que significa que cualquier extralimitación de ese respeto supondrá una vulneración que permitirá la reacción frente a ella ante la jurisdicción competente.

Además, la propia Disposición Adicional, en su apartado 2, establece que estos Organismos se registrarán por su normativa específica “en los aspectos precisos para hacer plenamente efectiva dicha independencia o autonomía”, lo que supone la reiterada preocupación del legislador por otorgarles libertad de actuación.

El ejemplo es útil en cuanto que se trata de un litigio que enfrenta a un regulador y el Ministerio correspondiente, y expresamente se reconoce la legitimación del demandante, si bien las causas por las que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones interpuso el litigio están relacionadas con las competencias de la recurrente y del Ministerio. Competencias que, según indicó el Tribunal Supremo en la sentencia, han de converger para un adecuado logro de los objetivos y principios establecidos en la Ley General de Telecomunicaciones.

2.4. OTRAS CUESTIONES PROCESALES

El artículo 10, párrafo 2, letra d) del Real Decreto 3317/2008, de 29 de febrero, por el que se aprueba el Estatuto de la Comisión Nacional de la Competencia, determina que es el Consejo de la CNC el órgano competente para “acordar la impugnación de los actos y disposiciones a que se refiere el artículo 12.3 LDC”.

El artículo 15 del mismo Decreto también establece, entre las funciones de la Dirección General de Promoción de la Competencia, como se indicó más arriba: “j) Elevar propuesta al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en relación con la impugnación de actos y disposiciones a los que se refiere el artículo 12.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, sin perjuicio de las funciones que correspondan a otros órganos de la Comisión Nacional de la Competencia”.

Según dispone el artículo 45 de la Ley Jurisdiccional, la CNC deberá acompañar al escrito de interposición del recurso certificación del acuerdo adoptado por el Consejo en tal sentido.

La Administración demandada será, según lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 29/1998 aquella contra cuya actividad se dirija el recurso. Igualmente podrían, como establece dicho precepto en el párrafo 1, letra b), comparecer como codeemandados “las personas o entidades cuyos derechos o intereses legítimos pudieran quedar afectados por la estimación de las pretensiones del demandante”.

La lectura conjunta de los artículos 12.3 y 19.1 LDC y 20 de la Ley Jurisdiccional permite concluir que con la referencia a las “Administraciones Públicas” se está admitiendo la posibilidad de que sean parte demandada, como autoras del acto sujeto al derecho administrativo del que se deriven obstáculos para la competencia efectiva, tanto la Administración General del Estado, la Autonómica, la Local, y las entidades de derecho público dependientes o vinculadas a éstas, así como a las Corporaciones de Derecho Público.

Dado el interés que preside la actuación de la CNC en general y el ejercicio de esta facultad en particular, resulta difícil concretar cómo se habrá de dar cumplimiento a la obligación establecida en los artículos 48 y 49 de la Ley Jurisdiccional de emplazar a los interesados. Este precepto se refiere únicamente a “cuantos aparezcan como interesados en él”, quienes hayan de ser en cada caso será más o menos evidente según la naturaleza del acto administrativo impugnado. Si bien ante la CNC no se ha tramitado un expediente que revele la condición de interesado en el mismo conforme a las reglas de la Ley 30/92, puede haber particulares interesados en el expediente que en su caso hubiera tramitado la Administración demandada en el que se dictó el acto administrativo objeto del recurso contencioso-administrativo.

El Juez o Tribunal ante el que deberá presentarse el recurso será el competente según quien sea la Administración autora del acto, en aplicación de las normas que a tales efectos establece la Ley 29/1998.

2.4.1. *El requerimiento previo*

El artículo 44 de la Ley 29/1998 establece que “cuando una Administración interponga recurso contencioso-administrativo contra otra, podrá requerirla previamente para que derogue la disposición, anule o revoque el acto, haga cesar o modifique la actuación material o inicie la actividad a que está obligada”.

Del propio tenor literal del precepto resulta el carácter potestativo de este requerimiento, si bien su tramitación no está expresamente regulada, excepto en los siguientes extremos:

- Se formulará por escrito al órgano competente.
- En el escrito se concretará la disposición acto, actuación o inactividad objeto del mismo.
- El plazo para efectuarlo es el de dos meses desde que se publique la norma, se tenga conocimiento o se hubiera podido conocer el acto, actuación o inactividad.
- Se entenderá rechazado si dentro del mes siguiente a su recepción el requerido no ha contestado.

Estos elementos aproximan al requerimiento previo a un recurso administrativo, cuya finalidad sería lograr de la Administración autora del acto que proceda a anular o declarar nulo de pleno derecho aquella disposición, acto, actuación o a poner fin a la inactividad que reúne los requisitos previstos en el artículo 12, párrafo 3.

El plazo de dos meses para interponer el recurso contencioso-administrativo se reabre (artículo 46, párrafo 6, Ley 29/1998) desde el día siguiente a aquél en que se reciba la comunicación del acuerdo expreso o se entienda presuntamente rechazado.

El requerimiento previo parece la solución para evitar un litigio que, dada la configuración de la legitimación de la CNC que se está analizando, y la posible colisión del interés público de la defensa de la competencia con otros intereses públicos, objetivamente plantea dificultades extraprocesales en las relaciones interadministrativas.

La solución no es sencilla incluso si el requerimiento fuera aceptado, especialmente si la afectación a la libre competencia deriva de una disposición de carácter general de rango inferior a la ley. La vía evidente para que la Administración requerida dé cumplimiento a lo que se le solicita, que no es otra cosa que hacer desaparecer el acto o disposición en cuestión, es la de la revisión de oficio de disposiciones y actos nulos regulada en el artículo 102 de la Ley 30/92. Según este precepto las Administraciones Públicas pueden en cualquier momento, y tanto por iniciativa propia como a solicitud de interesado, declarar de oficio la nulidad de actos o disposiciones administrativas en los supuestos del artículo 62, párrafos 1 y 2.

La causa de nulidad sería la vulneración de la LDC, las normas de competencia del Tratado de la Unión Europea o cualquier norma de rango superior que contenga previsiones sobre el mantenimiento de la libre competencia.

La CNC, como demandante en el proceso, tiene la obligación, según las normas generales de la carga de la prueba, de acreditar el hecho que fundamenta su pretensión: que el acto o disposición supone obstaculizar la libre competencia. Igualmente deberá acreditar que este interés debe prevalecer sobre el interés público que el acto o disposición impugnado atiende, y que indudablemente será hecho valer por la Administración autora del mismo.

2.4.2. *La sentencia*

Del tenor del artículo 31 de la Ley Jurisdiccional resulta que la pretensión de la CNC debería quedar limitada a solicitar la declaración de nulidad o anulación del acto o disposición impugnado:

1. El demandante podrá pretender la declaración de no ser conformes a Derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones susceptibles de impugnación según el Capítulo precedente.

Por otra parte, el artículo 33 determina: “1. Los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo juzgarán dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos que fundamenten el recurso y la oposición.” Por lo tanto, la recurrente debe claramente fijar su pretensión, dadas las limitaciones a que se enfrenta el Juzgador: según el artículo 68 de la Ley 29/1998, la sentencia inadmitirá el recurso, lo estimará o lo desestimará. Y si lo estima (artículo 71): “Declarará no ser conforme a Derecho y, en su caso, anulará total o parcialmente la disposición o acto recurrido o dispondrá que cese o se modifique la actuación impugnada.”

Resulta en consecuencia que, para lograr el éxito, la CNC deberá acreditar que el acto o disposición impugnada supone obstáculos a la libre competencia, que este interés público de la libre competencia es prevalente sobre cualquier otro que pueda justificar tal actuación o disposición administrativa, y que en consecuencia el acto o disposición debe ser expulsado del ordenamiento jurídico.

3. CONCLUSIONES

La regulación establecida en el artículo 12, párrafo 3, es una novedad esencial de la Ley 15/2007 y un síntoma de la reforzada independencia de las autoridades de Defensa de la Competencia.

Contar con este instrumento jurídico debería permitir a la CNC afrontar los problemas que planteó en el pasado la prevención y la persecución de actuaciones anticompetitivas de la Administración Pública. Su configuración legal y sistemática permite considerar que se trata de un medio para avanzar en la actividad de *competition advocacy*.

No existen obstáculos procesales para el reconocimiento de esta legitimación en el marco del proceso contencioso-administrativo que regula la Ley 29/1998.

La cuestión a delimitar es precisamente la más importante: ¿qué quiere decir la Ley con “que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado”?

Madrid, Julio 2009.

