

**EL CONTROL DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA  
A TRAVÉS DE LAS CATEGORÍAS GENERALES DEL DERECHO  
ADMINISTRATIVO; LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE  
JUNIO DE 2006 (ASUNTO PLANES CLAROS)**

**Manuel García-Villarrubia Bernabé  
Abogado de Uría Menéndez**

**Mariano Magide Herrero  
Doctor en Derecho  
Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Rey Juan Carlos  
Abogado de Uría Menéndez**

*SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO; LA SUJECCIÓN DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA A LAS EXIGENCIAS PROPIAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. II. ANTECEDENTES DEL ASUNTO “PLANES CLAROS”. 1. La campaña publicitaria de los “Planes claros”. 2. Tramitación administrativa de los “Planes Claros”. 3. La Resolución del TDC de 8 de marzo de 2000. 4. La Resolución de la CMT de 30 de abril de 1998. 5. El recurso contencioso-administrativo contra la Resolución del TDC de 8 de marzo de 2000. La Sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de septiembre de 2001. III. EL RAZONAMIENTO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE JUNIO DE 2006. IV. CONSIDERACIONES DE ALCANCE GENERAL EXTRAÍBLES DE LAS SENTENCIAS DEL ASUNTO “PLANES CLAROS”. 1. Hacia una interpretación del artículo 10 de la LDC adecuada a los principios de tipicidad, proporcionalidad y seguridad jurídica. 2. La confluencia de las competencias de la CMT y de la LDC desde la perspectiva del administrado; principios de coordinación de la actuación administrativa y de confianza legítima. Protección de intereses públicos y de intereses privados. 2.1. Valoración de la Resolución de la CMT de 30 de abril de 1998. 2.2. El principio de coordinación entre los reguladores sectoriales y las autoridades de defensa de la competencia. 2.3. La necesaria coordinación de las diferentes Administraciones públicas desde la perspectiva de la protección de los derechos e intereses de los sujetos supervisados; reproche culpabilístico y principios de protección de la confianza legítima y de buena fe. 2.4. La necesaria coordinación entre la protección de los intereses generales en presencia y los intereses particulares de los operadores económicos. 3. Las exigencias del principio de tipicidad en la interpretación de las infracciones tipificadas en la LDC; su proyección en la STS de 20 de julio de 2006 a la interpretación de los tipos de infracción administrativa de abuso de posición de dominio y competencia desleal. 3.1. El principio de tipicidad como mandato también dirigido a las Administraciones públicas. 3.2. Una interpretación del artículo 6 de la LDC ajustada a las exigencias del principio de tipicidad. 3.3. Una interpretación del artículo 7 de la LDC ajustada a las exigencias del principio de tipicidad*

## **I. PLANTEAMIENTO; LA SUJECCIÓN DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA A LAS EXIGENCIAS PROPIAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO**

La reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2006 (RJ 3542), relativa al conocido como asunto “Planes claros”, ha tenido eco en la prensa económica y generalista, justificado en la medida en que supuso la anulación de la que, en su día, fue la sanción pecuniaria más alta de las impuestas por el Tribunal de Defensa de la Competencia. Al margen de este interés mediático, la citada Sentencia (en adelante, “STS de 20 de junio de 2006”), tiene un relevante interés jurídico.

Ese interés no reside tan sólo, ni principalmente desde la perspectiva de este comentario, en la definición que la Sentencia hace de las conductas anticompetitivas tipificadas en los artículos 6 y 7 de la Ley 16/1989, de 27 de julio, de Defensa de la Competencia (“LDC”). Desde nuestra perspectiva, el interés principal de esta reciente decisión del Tribunal Supremo radica en que constituye una elocuente manifestación de una línea jurisprudencial que cada vez se perfila con mayor claridad, y que insiste en la plena sujeción de nuestra autoridades administrativas de defensa de la competencia a los principios y normas básicos del Derecho administrativo en su labor de aplicación del Derecho de la competencia.

En nuestro ordenamiento, y aún cuando las competencias atribuidas a los Juzgados de lo mercantil por el artículo 86 *ter* de la LOPJ, tras su reforma por obra de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, han supuesto una cierta virada de rumbo, la responsabilidad de la aplicación del Derecho de la competencia recae de modo fundamental sobre ciertas Administraciones públicas: sobre el Ministerio de Economía y Hacienda y el Tribunal de Defensa de la Competencia (“TDC”), en la actualidad, y sobre la proyectada Comisión de Defensa de la Competencia en un futuro próximo. En la aplicación de la normativa de defensa de la competencia, estas Administraciones llevan a cabo una función de supervisión administrativa, autorizando conductas, dictando órdenes, imponiendo sanciones, etc.<sup>1</sup>. Función en la que, con las

---

<sup>1</sup> Sobre la actividad administrativa de supervisión *vid.* MAGIDE HERRERO, M, *Los límites constitucionales de las Administraciones independientes*, INAP, Madrid, 2000, págs. 315 y ss, y bibliografía allí citada.

particularidades (no sustanciales) que pueden incorporar la LDC y sus normas reglamentarias de desarrollo, deben ajustarse a las normas y principios del Derecho administrativo común.

Ciertamente, desde un punto de vista teórico, la idea que se acaba de dejar expuesta no constituye ninguna novedad, y bien podría llegar a ser tachada de obviedad. Sin embargo, en la práctica, los órganos de la Jurisdicción contencioso-administrativa no la habían llevado en ocasiones hasta sus últimas y justas consecuencias. El carácter considerablemente técnico del Derecho de la competencia, las implicaciones que en su aplicación tiene el análisis económico y la alta especialización de las autoridades administrativas de defensa de la competencia, así como el costoso esfuerzo que estas autoridades han acometido para instaurar en nuestro país las exigencias de un Derecho de la competencia prácticamente desconocido veinte años atrás, han podido contribuir, al menos en algunos casos, a una excesiva deferencia de los Tribunales respecto de las decisiones administrativas dictadas en aplicación del Derecho de la competencia.

Pero una serie de decisiones relativamente recientes de los órganos de la Jurisdicción contencioso-administrativa han puesto de manifiesto que, si bien los Tribunales continúan respetando un legítimo margen de apreciación de la Administración en la aplicación de los múltiples conceptos jurídicos indeterminados sobre los que se construye el Derecho de la competencia, parecen estar decididos a exigir con rigor que, en la aplicación de ese Derecho, la Administración respete los principios y normas básico del Derecho administrativo. Así lo han hecho, por ejemplo, algunas recientes Sentencias del Tribunal Supremo al exigir con rigor la acreditación de la concurrencia del elemento de culpa en la conducta del sujeto al que se le imputa una infracción en materia de defensa de la competencia<sup>2</sup>. Y así lo ha hecho la Sentencia objeto de este comentario, e incluso también la previa Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 22 de septiembre de 2003 (JUR 2004/84628) que aquella casa (en adelante, “SAN de 22 de septiembre de 2003”).

---

<sup>2</sup> Cfr. las Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 2004 (RJ 8177) y de 9 de marzo de 2005 (RJ 1696).

## **II. ANTECEDENTES DEL ASUNTO “PLANES CLAROS”**

Antes de entrar en el examen de las cuestiones que suscita la Sentencia sobre los “Planes claros” desde la perspectiva que se acaba de dejar apuntada, parece conveniente hacer una breve relación de los antecedentes del asunto.

### **1. La campaña publicitaria de los “Planes claros”**

El origen del asunto se sitúa en los denominados “Planes claros” de Telefónica, denominación que respondía a un conjunto de medidas de descuento y oferta de servicios adoptadas por Telefónica con la finalidad de hacer frente y adaptarse a las nuevas condiciones del mercado, derivadas de la entrada del primer competidor (Retevisión) en el segmento de la telefonía fija, con una estrategia inicialmente basada en una oferta de precios más reducidos<sup>3</sup>.

Telefónica solicitó la preceptiva autorización de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos para los “Planes claros” el 5 de febrero de 1998. Ese mismo día lanzó la campaña publicitaria destinada a dar a conocer ese plan. Como indica la STS de 20 de junio de 2006, integrando el relato de hechos de la Sentencia de instancia, “*se incluyó en la campaña publicitaria que los descuentos estaban sujetos a aprobación administrativa*”. La campaña concluyó el 5 de marzo de 1998.

### **2. Tramitación administrativa de los “Planes Claros”**

Como se indica en la Resolución del TDC de 8 de marzo de 2000, “*de los cinco planes de descuento, cuatro de ellos, los referidos a las llamadas interprovinciales,*

---

<sup>3</sup> Para situar adecuadamente los denominados “Planes claros” en su contexto, puede ser útil recordar que en el marco del proceso de liberalización del mercado de las telecomunicaciones abierto por el Real Decreto-ley 6/1996, de 7 de junio, de Liberalización de las Telecomunicaciones, el Comité de Dirección de Telefónica aprobó, a partir de junio de 1997, una serie de actuaciones estratégicas destinadas a adaptarse progresivamente al nuevo entorno competitivo. Entre estas actuaciones se incluía el lanzamiento de una campaña de descuentos que se denominó “Planes personales”. Con base en las concretas condiciones de los descuentos ofertados, la CMT ordenó la suspensión de esa campaña mediante Resolución de 4 de diciembre de 1997, en la que establecía con detalle las condiciones que habrían de cumplir los planes de descuento que pudiera aplicar Telefónica previa autorización de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos. En lugar de adaptar los “Planes personales a esas condiciones, Telefónica optó por solicitar el 5 de febrero de 1998 autorización para el lanzamiento de unos nuevos programas de descuento, los “Planes claros”, que se habían preparado sobre la base de los criterios fijados por la CMT.

*estaban sometidos a autorización por parte de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, previo informe de la CMT” (Hecho Probado 16, p. 11).*

Las solicitudes de autorización de los “Planes claros” fueron presentadas, como se ha señalado, el 5 de febrero de 1998. La CMT mostró su parecer favorable a los “Planes claros” en su Informe de 19 de febrero de 1998, diciendo de forma expresa en su Conclusión Primera que *“desde el punto de vista de salvaguarda de la competencia, esta Comisión no aprecia circunstancias que pudieran determinar abusos de posición de dominio por parte de Telefónica con la creación de barreras de entrada de nuevos operadores o reforzamiento de su posición en el mercado”*.

Los “Planes claros” fueron autorizados por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos en reunión de 5 de marzo de 1998 y se plasmaron en la Orden del Ministerio de Fomento de 9 de marzo de 1998, sobre determinados programas de descuentos para el servicio telefónico interprovincial. Tan sólo se hubieron de introducir algunas modificaciones sugeridas por el Ministerio de Fomento que redundaron en directo provecho de los usuarios. En concreto, el Tribunal Supremo destaca que *“en la Orden de 9 de marzo de 1998, por la que se hace pública la aprobación de los planes por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, consta cómo la Administración incluso suprimió algunas de las restricciones que Telefónica había impuesto a dichos descuentos, esto es, amplió su ámbito subjetivo y territorial”* (FJ 7º).

### **3. La Resolución del TDC de 8 de marzo de 2000**

Como consecuencia de una denuncia presentada por Retevisión el 2 de abril de 1998, el Servicio de Defensa de la Competencia (“SDC”) abrió un período de información reservada que dio finalmente lugar a la incoación de un procedimiento sancionador, al que puso fin la Resolución del TDC de 8 de marzo de 2000.

La Resolución de 8 de marzo de 2000 imputó a Telefónica la realización de *“una conducta restrictiva de la competencia, prohibida por el artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, consistente en el lanzamiento de la campaña publicitaria ‘Planes Claros’ con el fin primordial de obstaculizar el acceso al*

*mercado de Retevisión S.A., su primer competidor en telefonía básica*". Es relevante destacar que la conducta calificada como constitutiva de abuso de posición de dominio era la propia campaña publicitaria, aisladamente considerada. De hecho, se estaba ante la primera ocasión en que una conducta consistente en una acción publicitaria merecía la calificación por el TDC de un acto constitutivo de abuso de posición dominante.

Como consecuencia de la imputación de esa infracción, el TDC, además de intimar a Telefónica a que se abstuviese de realizar en el futuro la conducta declarada contraria al artículo 6 de la LDC, le impuso una sanción de multa de 1400 millones de las antiguas pesetas (8.414.169,4 €); como se ha dicho antes, la más elevada impuesta hasta ese momento por las autoridades de defensa de la competencia. También le impuso la preceptiva sanción de publicación de la parte dispositiva de la Resolución sancionadora en el Boletín Oficial del Estado y en las páginas de información económica de dos de los diarios de información general de mayor circulación de ámbito nacional.

#### **4. La Resolución de la CMT de 30 de abril de 1998**

Es asimismo relevante destacar, en este apartado de relato de antecedentes, la Resolución de la CMT de 30 de abril de 1998, por la que se rechazó una petición de medidas cautelares formulada por ciertos operadores de cable contra Telefónica.

Como se describe en la STS de 20 de junio de 2006, *“dicha resolución analizó, en términos singularmente detallados, los problemas que presentaba precisamente la campaña publicitaria de los programas o planes de descuentos asociados al servicio telefónico básico (bajo la denominación ‘Amigos y Familia Interprovincial’) que habían sido sometidos por ‘Telefónica, SA’ a autorización administrativa, planes de descuento sobre los cuales la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones había ya emitido su preceptivo informe el 19 de febrero de 1998. Se trataba, pues, de los mismos programas de descuento que habían sido objeto de la denuncia presentada por ‘Retevisión, SA’ el 2 de abril de 1998 ante el Servicio de Defensa de la Competencia”* (FJ 4º). Y la conclusión adoptada por la CMT fue que *“la campaña publicitaria de referencia no constituiría una vulneración de la libre competencia en términos de*

*abuso de posición dominante, sino, en su caso, y de conformidad con lo que resuelva el órgano competente, un supuesto de competencia desleal”.*

A esta Resolución se da notable importancia en la Sentencia comentada, hasta el punto de que se toma como un elemento de referencia esencial para llegar a la conclusión de que la conducta objeto de examen no constituyó un acto de abuso de posición de dominio proscrito por el artículo 6 de la LDC. De hecho, el Tribunal Supremo transcribe literalmente los pasajes más relevantes de la Resolución de la CMT en su FJ 5º.

#### **5. El recurso contencioso-administrativo contra la Resolución del TDC de 8 de marzo de 2000. La Sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de septiembre de 2001**

Telefónica interpuso el correspondiente recurso contencioso-administrativo contra la Resolución del TDC de 8 de marzo de 2000 ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Sexta). El 22 de septiembre de 2001, la Audiencia Nacional dictó Sentencia por la que, estimando parcialmente el recurso contencioso-administrativo, se declaró *“no ser ajustada a Derecho la Resolución en cuanto a la graduación de la sanción impuesta, y en consecuencia debemos anularla y la anulamos en el citado aspecto, declarando procedente imponer la sanción en la suma 901.518,16 euros, confirmando la Resolución impugnada en sus demás pronunciamientos”.*

En consecuencia, la Audiencia Nacional confirmó la calificación de la campaña publicitaria de los “Planes claros” como constitutiva de un acto de abuso de posición de dominio prohibido por el artículo 6 de la LDC. Los razonamientos de la Sentencia de la Audiencia Nacional se resumen, en cuanto a este punto, en que, como literalmente recoge la STS de 20 de junio de 2006, *“de todo lo expuesto resulta que la actora realizó una conducta, consistente en dar publicidad a unos productos no autorizados, con aptitud suficiente para incidir en el acceso al mercado de nuevos competidores -dada la magnitud de la campaña y las expectativas que creó en la clientela potencial-. Tal conducta se realizó desde una posición de dominio y en un momento en proceso de liberalización del mercado, es evidente que es subsumible en el tipo del artículo 6 de la*

*LDC. Por otra parte, la recurrente tenía obligación jurídica de conocer, tanto la posibilidad de que los planes no fuesen aprobados, así como la posible incidencia de una campaña de este tipo sobre las posibilidades de acceso al mercado de otros competidores en un momento de liberalización de éste” (FJ 5º de la Sentencia de instancia y FJ 2º de la Sentencia comentada).*

En cambio, como se acaba de indicar, la estimación parcial del recurso contencioso-administrativo comportó una sustancial reducción de la sanción de multa de los iniciales 1.400 millones de pesetas (8.414.169,4 €) a 901.518,16 €(150 millones de las antiguas pesetas).

Según la Audiencia Nacional, el TDC “*impuso la sanción atendiendo a la posibilidad de incrementarla hasta el 10% del volumen de ventas, y excediendo por tanto de la suma de 901.518,16 euros prevista en el artículo 10 de la LDC” (FJ 6º de la Sentencia de instancia), teniendo en cuenta “la gravedad del tipo infractor, la gran cantidad de llamadas de clientes y la sanción de otras conductas previas”.* Sin embargo, entendió la Audiencia Nacional “*que el contenido del tipo infractor no puede servir de referente para la graduación de la sanción, pues la gravedad de la conducta ya viene reconocida por el legislador al tipificarla y atribuirle la correspondiente sanción en abstracto, que lo es para la conducta descrita”.* Sobre esta base, en atención a las circunstancias concurrentes, la Sala de instancia consideró que “*corresponde imponer la sanción en el grado máximo de la prevista sin el incremento señalado en el artículo 10 de la LDC”.*

### **III. EL RAZONAMIENTO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE JUNIO DE 2006**

Contra la ya citada Sentencia de la Audiencia Nacional, Telefónica formuló diversos motivos de casación, de los cuales fue estimado el segundo, en el que la sociedad recurrente invocaba la infracción del artículo 6 de la LDC, en relación con la aplicación del artículo 3.1 del Código civil, así como de la jurisprudencia relativa a la interpretación del citado precepto. La Sala estimó este motivo de casación, concluyendo que “*la campaña publicitaria de autos no puede reputarse como un supuesto de*

*explotación abusiva de una previa posición de dominio en el mercado de la telefonía fija” (FJ 7º).*

Para llegar a esta conclusión, la Sala argumenta, en primer lugar, que el contenido de las ofertas publicitadas (es decir, los descuentos anunciado) *“no era contrario, sino favorable, a la libre competencia”*, para lo cual se apoya de manera importante en el informe favorable a esas ofertas que había realizado la CMT, así como en la aprobación de la mayoría de los planes ofertados por el Ministerio de Fomento (FFJJ 7º y 8º). En segundo lugar, la Sala examina si, no pudiendo considerarse los descuentos en sí mismos una conducta anticompetitiva, el modo en que se publicitaron, la campaña de los “Planes claros”, podía reputarse una explotación abusiva de la posición de dominio de Telefónica, algo que la Sala finalmente niega. La Sentencia analiza esta posible contradicción de la campaña con la LDC desde una doble perspectiva.

En primer término, examina si la campaña publicitaria, por sus propias características, *“resultaba innecesaria y conducía, más bien a la configuración de un mercado cautivo imponiendo al nuevo operador, como barrera de entrada, la necesidad de acometer, en réplica, gastos publicitarios desorbitados que hicieran inviable o muy seriamente gravosa su respuesta comercial”*. La Sala rechaza que, desde este enfoque, la campaña de los “Planes Claros” pudiera considerarse anticompetitiva, puesto que: (i) la capacidad financiera del nuevo grupo entrante, contra el que teóricamente se había dirigido la campaña (Retevisión), le permitía replicar la campaña en análogas condiciones, *“sin que a consecuencia de ella se hiciera inviable o muy gravosa su paulatina introducción en el mercado de la telefonía fija”*; y (ii) la campaña de Telefónica, a la vista del contexto en que se desarrolló, no podía considerarse ni innecesaria ni desproporcionada, y *“tenía una justificación comercial aceptable”*.

A continuación, y en el que puede considerarse el núcleo esencial de la Sentencia, la Sala examina la cuestión desde la perspectiva que resultó decisiva para la imposición de la sanción a Telefónica: si la campaña era contraria a la LDC por resultar desleal y, al haberse realizado por una compañía con una clara posición de dominio, constituía un abuso de posición dominante contrario al artículo 6 de la LDC. La Sentencia rechaza también que, desde esta perspectiva, la conducta de Telefónica fuera merecedora de sanción. Y lo hace a partir de una doble argumentación, de la que se desprenden una

parte importante de las conclusiones de alcance general que merece la pena extraer de la Sentencia comentada:

(i) La Sentencia se detiene a examinar los elementos del tipo infractor definido en el artículo 7 de la LDC que pueden hacer una conducta comercial desleal digna de sanción administrativa: que esos actos desleales “*distorsionen gravemente las condiciones de competencia en el mercado*”, y que “*esa grave distorsión afecte al interés público*”. La Sentencia insiste en que no toda conducta mercantil desleal justifica la intervención administrativa en aplicación de la LDC, sino tan sólo aquella en la que se den cita los elementos que se acaban de dejar expuestos, siendo las acciones civiles los remedios jurídicos pertinentes para aquéllas en las que esas circunstancias expresamente consignadas en el tipo no concurren. En este sentido, rechaza la Sentencia que “*toda conducta desleal cometida desde la posición de dominio result[e] automáticamente sancionable*”, puesto que, para determinar cuándo debe derivarse una responsabilidad administrativa de una conducta desleal, no “*cabe prescindir de los requerimientos materiales del artículo 7*” de la LDC.

En el caso enjuiciado, la Sala concluye, asumiendo (como corresponde en una casación) la constatación de los hechos realizada en la instancia, que no concurren las notas del tipo del artículo 7 de la LDC que determinan la responsabilidad administrativa como consecuencia de actos de competencia supuestamente desleal. En este sentido, cita la afirmación de la Sala *a quo* de que no se acreditó que de la actuación de Telefónica resultaran “*intensos daños reales y una real y grave distorsión de la libre competencia*”.

(ii) Por otro lado, la Sentencia no considera que la conducta sancionada pueda subsumirse en el artículo 6 de la LDC, en contra de lo defendido por la Administración y la Sala *a quo*, porque: “*la explotación abusiva por una empresa de su posición de dominio en un mercado [sólo] será sancionable, como incluíble en el artículo 6 de la ley 16/1989, cuando se lleve a cabo mediante alguna de las conductas tipificadas en el apartado dos de aquél o en otras que respondan a los perfiles propios del tipo sancionador, lo cual no necesariamente ocurrirá por el mero hecho de que aquella empresa actúe de modo desleal respecto de otra*”.

#### **IV. CONSIDERACIONES DE ALCANCE GENERAL EXTRAÍBLES DE LAS SENTENCIAS DEL ASUNTO “PLANES CLAROS”**

##### **1. Hacia una interpretación del artículo 10 de la LDC adecuada a los principios de tipicidad, proporcionalidad y seguridad jurídica**

El artículo 10 de la LDC, en su apartado 1º, dispone: *“El Tribunal podrá imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas que, deliberadamente, o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en los artículos 1,6 y 7, o dejen de cumplir una condición u obligación prevista en el artículo 4.2, multas de hasta 150.000 millones de pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 por 100 del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución”*.

Por su parte, el apartado 2º del citado artículo establece que la *“cuantía de las sanciones se fijará atendiendo a la importancia de la infracción”*, para lo cual se tendrán en cuenta los criterios enumerados en las letras a) a f) del referido apartado.

En alguna ocasión se ha planteado ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo la incompatibilidad del amplio margen que el artículo 10 de la LDC prevé para la cuantía de las multas con los principios constitucionales de proporcionalidad y tipicidad de las sanciones administrativas. Conviene tener en cuenta que, si este artículo se interpreta como lo hace en la práctica el TDC, esto es, en el sentido de que, en atención a los criterios del apartado 2º, cabe imponer al sujeto infractor una multa entre 0 euros y el 10% de su volumen de ventas en el ejercicio económico inmediatamente anterior, la horquilla cuantitativa puede ser espectacularmente amplia cuando el sujeto sancionado es una gran empresa, como sucedía en el caso de los “Planes claros”. Concretamente, en atención a la facturación de Telefónica en el año relevante, en este caso el margen que se derivaba de la interpretación mantenida por la Administración oscilaba, nada más y nada menos, que entre 0 y 100.784 millones de las antiguas pesetas (algo más de 605 millones de euros); un margen que no tiene parangón en ninguna norma sancionadora de nuestro ordenamiento.

No obstante, la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo ha rechazado en esos casos la solicitud de los recurrentes de plantear una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 10 de la LDC, negando que la amplitud de los criterios de graduación de las multas allí contenidos fuera contraria a la necesaria predeterminación legal de las sanciones administrativas. Ahora bien, esa Sala también ha afirmado reiteradamente que “[c]omo es lógico, todo ello exige una ulterior labor de motivación y fundamentación, por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia que dé razón suficiente de la cuantía de la multa en cada caso”<sup>4</sup>.

Mas, a nuestro juicio, esta indeclinable labor de justificación de la cuantía la sanción, que debe hacerse a partir de los criterios de graduación contenidos en el apartado 2º del artículo 10, no es suficiente para adecuar debidamente este precepto a las exigencias de los principios de predeterminación suficiente (o tipicidad) de la sanción, de proporcionalidad y de seguridad jurídica. Y ello porque, como se ha apuntado, la horquilla a la que da lugar la indiscriminada aplicación del ya citado 10% del volumen de ventas puede llegar a ser, en el caso de grandes empresas, tan amplia, que la labor de determinar razonablemente, con base en los criterios del apartado 2º, el concreto montante de la sanción resulta prácticamente imposible, y se obliga al TDC a una decisión en última instancia arbitraria. Al mismo tiempo, esta casi aleatoria fijación de la sanción obliga a los órganos de la Jurisdicción contencioso-administrativo a un control de esa cuantificación igualmente aleatorio.

Para hacerse una idea gráfica de los sinsentidos a los que, en la práctica, puede llevar un aplicación de este precepto que asuma la posibilidad de, sin justificación especial alguna, superar el límite de los 150 millones de las antiguas pesetas y tomar indiscriminadamente como referencia el límite del 10 % del volumen de ventas, conviene tener en cuenta que la multa de los “Planes claros” (la más alta en aquel momento de las impuestas por el TDC) “tan sólo” ascendió a poco más del 1% del volumen de ventas de la sociedad sancionada en el ejercicio anterior. Es decir, que la

---

<sup>4</sup> Cfr., por todas, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2003 (RJ 3021). En el mismo sentido se ha pronunciado la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, por ejemplo, en su Sentencia de 24 de septiembre de 1997 (RJCA 1873).

sanción impuesta lo habría sido prácticamente en su grado mínimo, lo que, en teoría, habría debido ser compatible con la concurrencia de importantes circunstancias atenuantes. Pero esta conclusión es, obviamente absurda: el TDC no pretendió lógicamente imponer una sanción en su grado mínimo, cuando estaba imponiendo la multa más alta de su historia y la Audiencia Nacional encontró la cuantía tan desproporcionada que la redujo prácticamente al 10%.

Esta reducción al absurdo obliga a replantearse esta interpretación que considera que el 10 % al que se refiere el apartado 1º del artículo 10 de la LDC constituye un límite ordinario, normal, a las sanciones pecuniarias que puede imponer el TDC. Se impone, frente a ello, una interpretación constitucionalmente adecuada, compatible con las exigencias de los principios de tipicidad, proporcionalidad y seguridad jurídica, todos ellos de raíz constitucional<sup>5</sup>.

Pues bien, aunque no de un modo expreso, la Audiencia Nacional, en su Sentencia del asunto “Planes Claros”, apuntó en la dirección de esta interpretación constitucionalmente adecuada. Así, la Audiencia Nacional partió de la consideración de que la cifra de 150 millones de las antiguas pesetas constituye el límite ordinario de las multas en materia de defensa de la competencia, constituyendo la posibilidad de incrementar la multa hasta el 10% del volumen de ventas en el ejercicio anterior al de imposición de la sanción una posibilidad excepcional, cuya aplicación debe ser debidamente justificada por la Administración.

La Sentencia de la Sala *a quo* no llegó a pronunciarse sobre la naturaleza de las causas excepcionales que pueden llegar a justificar la superación de ese límite ordinario de los 150 millones de las antiguas pesetas. En nuestra opinión, a la luz de los principios que rigen el ejercicio por las Administraciones públicas de su potestad sancionadora, de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la referencia sistemática que pueden ofrecer otros textos legales de nuestro Derecho administrativo sancionador, la

---

<sup>5</sup> La exigencia de realizar una aplicación proporcional de las normas sancionadoras puede directamente conectarse con la interdicción constitucional de la arbitrariedad de los Poderes públicos, consignada en el apartado 3 del artículo 9 de la Constitución, que proclama también el principio de seguridad jurídica. Por su parte, el principio de tipicidad de las sanciones administrativas deriva directamente de lo dispuesto en el artículo 25.1 del texto constitucional.

circunstancia que puede justificar la superación del referido límite ordinario (y la consiguiente fijación de una multa de hasta el 10 % del volumen de ventas del sujeto sancionado en el ejercicio anterior) es la de que esa superación sea el único medio para evitar que, mediante la infracción cometida, el sujeto sancionado obtenga un beneficio neto, a pesar de deber abonar la sanción máxima y de hacer frente a las correspondientes sanciones accesorias (como la publicidad de la sanción).

Adicionalmente, la vinculación de la cuantía de la sanción con el beneficio obtenido dota de mayor sentido, desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, a la fijación de una sanción en función del volumen de ventas del sujeto sancionado. Tal y como se desprende el artículo 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (“LRJ-PAC”), la proporcionalidad en la determinación normativa de las sanciones y en su concreta imposición consiste fundamentalmente en *“la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada”*. Desde esta perspectiva, la aplicación de límites máximos mayores para empresas de mayor facturación tiene sentido si puede vincularse, de algún modo, a la gravedad del hecho, y la generación de beneficios para la empresa infractora que pueden derivarse de su actuación competitiva sí puede considerarse parte integrante de esa gravedad. Si se prescinde completamente del beneficio en la fijación de sanciones en función de la facturación del sujeto infractor, se estaría cayendo en el absurdo de pretender poner en marcha una especie de progresividad en el ámbito sancionador, cuando las sanciones administrativas no tienen obviamente una finalidad recaudatoria. O se estaría estableciendo una proporcionalidad pura y arbitrariamente subjetiva, que pretendería vincular la cuantía de la sanción a la capacidad económica de la empresa, con la finalidad de igualar el “sufrimiento” de sujetos sancionados de distintas capacidades económicas; idea esta última que no tiene ninguna justificación objetiva en nuestro sistema jurídico.

A nuestro juicio, esta interpretación constitucionalmente adecuada que puede rastrearse en la Sentencia de la Audiencia Nacional del asunto “Planes claros”, encuentra también su apoyo en alguno de los principios, distintos del de proporcionalidad, que rigen el ejercicio de la potestad sancionadora, en algunas de las

decisiones del Tribunal Supremo en la materia y en la referencia sistemática que ofrecen otras normas del Derecho administrativo sancionador.

En efecto, el artículo 131 de la LRJ-PAC, además de definir la proporcionalidad exclusivamente en relación con la gravedad de la infracción (y nunca en términos subjetivos), dispone precisamente que “[e]l establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas”. Finalidad ésta que, en nuestra opinión, es la que puede justificar la elevación de la sanción por encima de un límite determinado por igual para cualquier infractor, así como la relación de la cuantía de la sanción con la facturación del sujeto infractor.

Por otro lado, la interpretación constitucionalmente adecuada que se ha avanzado esta claramente en línea con algunas de las Sentencias del Tribunal Supremo dictadas en aplicación del artículo 10 de la LDC. Así, el Alto Tribunal, en su Sentencia de 8 de marzo de 2002 (RJ 2615), afirma: “*Ha de tenerse en cuenta, como criterio rector para este tipo de valoraciones sobre la adecuación de las sanciones a la gravedad de los hechos, con la comisión de las infracciones anticoncurrenciales no debe resultar para el infractor más beneficiosa que el cumplimiento de las normas infringidas. Criterio que, aun no expresado literalmente en el artículo 10 de la Ley 16/1989, puede entenderse implícito en las letras a), c) y d) de su apartado 2, así como en la facultad de sobrepasar el límite sancionador de los 150 millones de pesetas hasta el diez por ciento del volumen de ventas de la empresa infractora (artículo 10 apartado uno)*”<sup>6</sup>.

Por último, algunas normas sancionadoras de reciente aprobación ofrecen una referencia sistemática que conferiría un apoyo adicional a esta interpretación constitucionalmente adecuada del artículo 10.1 de la LDC, vinculando expresamente la posibilidad de superar las cuantías máximas establecidas a tanto alzado a la existencia y acreditación de un beneficio por parte del infractor que podría convertir en “rentable” la infracción. Así lo hacen, por ejemplo y entre otras, el artículo 56 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones; el artículo 85 de la Ley 35/2003, de 4

---

<sup>6</sup> En idéntico sentido, cfr. también la Sentencia del Alto Tribunal de 6 de marzo de 2003 (RJ 3021).

de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, el artículo 55 de la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea, o el artículo 32 de la Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero.

Al hilo de cuanto se ha dejado expuesto, no puede dejar de hacerse aquí referencia a la regulación de la cuantificación de las sanciones que se hace en el Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia recientemente presentado a las Cortes Generales por el Gobierno de la Nación (en adelante “el Proyecto de LDC”). A pesar de que, en su Exposición de motivos, declara expresamente que el nuevo texto “*supone un importante avance de seguridad jurídica por cuanto realiza una graduación de las diversas infracciones previstas por la misma y aclara las sanciones máximas de cada tipo*”, lo cierto es que, a nuestro juicio, y a pesar de algunas novedades plausibles, la reforma llega a plantear dudas de constitucionalidad desde la perspectiva de los principios de proporcionalidad, tipicidad y seguridad jurídica.

Es cierto, y loable, que el Proyecto de Ley distingue entre sanciones leves, graves y muy graves, y acota, con un sistema de porcentajes sobre el volumen de ventas del año anterior al de imposición de la multa, las sanciones máximas correspondientes a cada tipo de infracción. Sin embargo, se elimina por completo, en aquellos en que sea posible determinar el referido volumen de ventas o los criterios de graduación del artículo 64 del Proyecto, la referencia a una cuantía a tanto alzado que pueda considerarse como un límite ordinario para la imposición de sanciones pecuniarias<sup>7</sup>. De

---

<sup>7</sup> Aunque más criticable resulta aún, desde la perspectiva del principio de tipicidad de las sanciones administrativas, la previsión incluida en el apartado 3º del artículo 63 del Proyecto de LDC de que, cuando “*no sea posible delimitar el volumen de negocios a que se refiere el apartado 1 del presente artículo o los criterios para la determinación del importe de las sanciones recogidas [sic] en el artículo 64*”, las infracciones muy graves se castigarán “*con multa de más de 10 millones de euros*”, sin señalar cuantía máxima. A nuestro juicio, resulta contrario a las exigencias del artículo 25.1 de la Constitución que en esta norma no se prevea la sanción máxima imponible, como resulta contrario a las exigencias de proporcionalidad que esa ausencia de límite en la cuantía de las multas se produzca, precisamente, cuando las circunstancias concurrentes no permitan delimitar los criterios de graduación de la sanción; caso difícilmente imaginable en la práctica, de todos modos (como lo es la imposibilidad de delimitar el volumen de negocio de la empresa infractora en el ejercicio anterior). No cabe descartar que en la redacción de esta norma (que sin precedentes en nuestro Derecho no prevé un límite máximo para una sanción pecuniaria) haya influido el hecho de que la aplicación que las autoridades de defensa de la competencia han venido haciendo de los límites máximos del artículo 10 de la LDC deja prácticamente sin sentido práctico hablar de un límite máximo para las sanciones pecuniarias. En efecto, el límite del 10

este modo, el sistema de sanciones en su conjunto parecería responder a un criterio de progresividad o de capacidad subjetiva aflictiva de la sanción, ambos extraños a los principios propios del moderno Derecho sancionador.

En este sistema, las sanciones por infracciones muy graves podrían llegar, sin conexión alguna al beneficio obtenido, hasta el 10% del volumen de negocio total de la empresa infractora el año anterior a la imposición de la sanción, en función de los criterios de graduación consignados en el artículo 64 del Proyecto. En estas condiciones, cuando el sujeto sancionado sea una gran empresa, la horquilla de la posible multa puede ir (en teoría) de 0 a centenas de millones de euros. En esas condiciones, los criterios de graduación del artículo 64, incluso aplicados con el mayor rigor y preocupación por la proporcionalidad de la sanción, se muestran incapaces de ofrecer una mínima certidumbre. En estas condiciones, la fijación de la cuantía de la multa (decenas de millones de euros arriba o abajo, nada más y nada menos) aparece como una operación necesariamente aleatoria y, por tanto, difícilmente conciliable con los principios de tipicidad, proporcionalidad y seguridad jurídica.

## **2. La confluencia de las competencias de la CMT y de la LDC desde la perspectiva del administrado; principios de coordinación de la actuación administrativa y de confianza legítima. Protección de intereses públicos y de intereses privados**

Como antes se ha explicado, la STS de 20 de junio de 2006 confiere gran importancia a la valoración que, con carácter previo a la Resolución del TDC de 8 de marzo de 2000, realizó de la misma conducta la CMT en su Resolución de 30 de abril de 1998, dictada, como se ha igualmente expuesto, en relación con una petición de cese cautelar de la campaña publicitaria formulada por diversos operadores de cable.

La diferente trascendencia que a la previa apreciación de la conducta por la CMT se dio en su momento por el TDC y la Audiencia Nacional, de un lado, y se

---

% del volumen de ventas de la empresa sancionada en el ejercicio anterior a la imposición de la sanción puede llegar a ser tan alto en el caso de las grandes corporaciones (que son las que pueden estar implicadas en los asuntos más graves de infracciones de la LDC), que , en la práctica, no restringe la actuación de la Administración, que podría imponer llegar a imponer sanciones de centenares de millones de euros manteniéndose sensiblemente por debajo de ese “teórico” límite máximo.

atribuye por el Tribunal Supremo, de otro, plantea también cuestiones de indudable interés desde la perspectiva de trascendentales principios que se ponen en juego en la actuación administrativa y, en particular, en el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración. Se está, en concreto, haciendo referencia a principios tales como el de necesaria coordinación entre las autoridades administrativas encargadas de la protección de los diversos intereses generales en presencia en determinados sectores de actividad, el de intervención mínima de la Administración, o los de protección de la confianza legítima y buena fe. Interesa, pues, detenerse a analizar, siquiera brevemente, las consecuencias que pueden extraerse de la STS de 20 de junio de 2006 desde la óptica de la aplicación de tales principios, sobre todo en sectores regulados donde, además, junto con los intereses generales encomendados a la autoridad reguladora, confluyen los intereses generales de defensa de la competencia y los particulares de los distintos operadores.

### **2.1. Valoración de la Resolución de la CMT de 30 de abril de 1998**

El punto de partida para el análisis de estas cuestiones puede situarse precisamente en la distinta (y contradictoria) valoración de la citada Resolución de la CMT por las autoridades y órganos jurisdiccionales que han conocido de este asunto.

La cuestión relativa al valor que había de darse a la Resolución de la CMT de 30 de abril de 1998 ya fue planteada en el expediente previo ante las autoridades de defensa de la competencia. Como se recoge en la Resolución del TDC de 8 de marzo de 2000, Telefónica, después de manifestar que no ponía en tela de juicio la evidente competencia del TDC en la interpretación y aplicación del artículo 6 de la LDC, alegó que *“no puede pasarse por alto el precedente de la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 30 de abril de 1998”* (FJ 4º). La alegación fue, sin embargo, rechazada por el TDC, según la Resolución de 8 de marzo de 2000, porque *“sólo el Tribunal de Defensa de la Competencia tiene capacidad para declarar y sancionar un abuso de posición de dominio”* y, también, porque *“considera que la CMT, al no disponer del material probatorio que obra en el expediente, no pudo realizar una valoración completa de la conducta de Telefónica”*.

Con más contundencia, la Audiencia Nacional rechazó atribuir valor alguno a la Resolución de la CMT de 30 de abril de 1998. En concreto, puede leerse en la SAN de 22 de septiembre de 2003 que *“en relación con el escrito de la CMT de 30 de abril de 1998 -que aporta la recurrente-, correctamente afirma el Sr. Abogado del Estado, que nada tiene que ver con el asunto que nos ocupa”*.

Frente a lo anterior, como se ha dicho, el Tribunal Supremo considera de singular trascendencia la Resolución de la CMT de 30 de abril de 1998, ya que *“analizó, en términos singularmente detallados, los problemas que presentaba precisamente la campaña publicitaria de los programas o planes de descuentos”* desde la perspectiva de su posible calificación como acto constitutivo de un abuso de posición dominante (FJ 4º). Nótese que el Tribunal Supremo destaca el detalle con que la campaña se analiza desde esa óptica por la CMT, lo que bien puede verse como una señal de que no comparte la apreciación de la Resolución de 8 de marzo de 2000 relativa a que la CMT no pudo realizar una valoración completa de la conducta de Telefónica. Y, es más, los razonamientos formulados por la CMT se erigen en factor clave en la STS de 20 de junio de 2006 para llegar a la conclusión de que la conducta analizada no tiene encaje en el artículo 6 de la vigente LDC. Por esta razón, el Alto Tribunal dice que *“no puede sostenerse que la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 30 de abril de 1998 ‘nada tenga que ver con el asunto que nos ocupa’, antes bien ocurre todo lo contrario”*. Y por eso, se indica también que *“el Tribunal de Defensa de la Competencia hizo (...) una transcripción fragmentada e incompleta de la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones que no refleja con exactitud su contenido”* (FJ 5º).

## **2.2. El principio de coordinación entre los reguladores sectoriales y las autoridades de defensa de la competencia**

Los razonamientos del Tribunal Supremo inciden, en primer lugar, en el principio de coordinación entre las distintas autoridades administrativas que aparece enunciado con carácter general en el artículo 3 de la LRJ-PAC, y que, en sectores regulados como el de las telecomunicaciones o el de la energía, por ejemplo, reviste especial trascendencia como mecanismo de protección de la seguridad jurídica y de garantía de los derechos e intereses de los operadores económicos. En la base de esos

razonamientos puede encontrarse la idea de que, en un caso como el presente, debería haberse realizado un mayor esfuerzo por atender ese principio. En términos prácticos, ese esfuerzo podría haberse reflejado en la atribución por el TDC de una mayor importancia a la Resolución de la CMT de 30 de abril de 1998 en la valoración de la conducta de Telefónica, que la puramente destinada a privarle de cualquier valor con invocación del “*monopolio administrativo*” del TDC en la interpretación y aplicación de la LDC. Sobre todo, porque en la Resolución de la CMT se realiza un pormenorizado y exhaustivo análisis del posible carácter anticompetitivo de la conducta, en ejercicio de las competencias entonces legalmente atribuidas a la CMT en esta materia<sup>8</sup>.

Como puede comprobarse, la situación producida a raíz de la Resolución de la CMT de 30 de abril de 1998 y de la Resolución del TDC de 8 de marzo de 2000 dista de ser la deseable, máxime si se contempla desde la perspectiva de la protección de la seguridad jurídica y de los legítimos intereses de los operadores económicos. Por un lado, la CMT, en ejercicio de sus competencias y después de realizar un completo examen del asunto, llegó a la conclusión de que la campaña publicitaria de los “Planes Claros” no era un acto de abuso de posición de dominio. Por otro, el TDC, también en ejercicio de sus competencias y después de la completa tramitación del expediente administrativo, calificó la conducta como constitutiva de abuso de posición dominante, es decir, la conclusión exactamente contraria, imponiendo a Telefónica la sanción más elevada hasta ese momento por las autoridades españolas de defensa de la competencia.

De manera que, sin negar en absoluto la competencia al TDC, late en la STS de 20 de junio de 2006 la idea de que, en aras de lograr la necesaria coordinación entre la autoridad reguladora y las de defensa de la competencia, éstas (por ser las que se

---

<sup>8</sup> Entre esas competencias se encontraban “*velar por la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones*”; “*adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la libre competencia en el mercado, en particular en lo que se refiere a la pluralidad de oferta de servicios, al acceso a las redes de telecomunicaciones por los operadores y a la interconexión de las redes y suministro de red en condiciones de red abierta; a la política de precios y de comercialización de los operadores de los servicios y, en general, a todas aquellas actividades que pudieran constituir prácticas contrarias a la libre competencia*”; y el “*ejercicio de la potestad sancionadora por el incumplimiento de las instrucciones dictadas para salvaguardar la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones y de los acuerdos y resoluciones que adopte en ejecución de las funciones públicas que se le atribuyen; así como por el incumplimiento de los requerimientos de información formulados por la Comisión en el desarrollo de sus funciones*” (art. 1.2 c), f) y l) de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, modificada por la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones).

pronunciaron en último lugar sobre la conducta) deberían haber atribuido un mayor peso a la valoración de la conducta realizada por la CMT. Es más, esa valoración merece más credibilidad al Tribunal Supremo, por haberse llevado a cabo por el órgano legalmente competente para velar por la libre competencia concreta y precisamente en el mercado de las telecomunicaciones.

De hecho, la coordinación entre las autoridades reguladoras y las de defensa de la competencia ha sido siempre una preocupación constante del legislador, singularmente en el sector de las telecomunicaciones, desde la creación de la CMT. Esa preocupación se ha reflejado en un complejo panorama normativo cuya evolución se encuentra descrita con detalle y precisión en la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2006 (RJ 466)<sup>9</sup>. En concreto, en el supuesto resuelto por esta última Sentencia, se impugnaba la Circular 1/1998, de 30 de julio, de la CMT, sobre campañas publicitarias efectuadas en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios

---

<sup>9</sup> “Si en un primer momento sólo el Tribunal de Defensa de la Competencia era competente en la materia, según los términos de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, las posteriores normas por las que se creó y reguló la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (el Real Decreto-Ley 6/1996, de 7 de julio, y la ulterior Ley 12/1997, de 24 de abril) atribuyeron a este organismo determinadas funciones que, ratificadas en términos generales por la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, quedaron matizadas, por primera vez en cuando a la defensa de la libre competencia se refiere, por la cláusula o sistema de ‘coordinación’ entre ambas instituciones que contiene la Disposición adicional séptima de dicha Ley 11/1998. En su virtud, el ejercicio de sus funciones por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se realizará con pleno respeto a las competencias que la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, atribuye a los órganos de defensa de la competencia.

*Sin embargo la citada Disposición adicional séptima de la Ley 11/1998, que modificaba la regulación del año precedente, incorporó a la vez una nueva cláusula de «sin perjuicio» (el mecanismo de coordinación consistente en que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, al detectar la existencia de indicios de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia, lo pondrá en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia, ha de entenderse ‘sin perjuicio de las funciones que a la propia Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones le atribuye el artículo 1.Dos.2.f) de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones’) que no contribuía precisamente a clarificar el reparto de atribuciones.*

*Un año después de aprobarse la reforma indicada de 1998, de nuevo el Legislador, ahora mediante la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley de Defensa de las Competencia, volvió a modificar las funciones que a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones asignaba el artículo 1.Dos.2.f) de la Ley 12/1997, suprimiendo de él la mención a la finalidad (precisamente la defensa de la libre competencia) de las funciones atribuidas en el precepto. Supresión que no impidió, sin embargo, el mantenimiento simultáneo de la función general de salvaguarda de la competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones que a la citada Comisión atribuyó su Ley de creación (Ley 12/1997, artículo 1.Dos.1), función ulteriormente convertida en ‘fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales’ por el artículo 48 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones”.*

audiovisuales, telemáticos e interactivos, por los operadores que disfruten de una posición de dominio. El Tribunal Supremo anula esta Circular por considerar que, a través de ella, la CMT pretendía llevar a cabo una *“definición vinculante, abstracta y a priori –esto es, sin referencias a unos determinados hechos ya producidos (...)- de un subtipo o modalidad de lo que no es sino una conducta sancionable a título del artículo 6”* de la LDC, ya que la normativa sectorial vigente *“le permitía imponer ‘medidas’ concretas y singulares, con la finalidad expresada, mediante instrucciones vinculantes para los operadores, pero no delimitar con carácter abstracto las conductas de éstos que serían sancionables a título de la Ley 16/1989 como modalidades específicas de su artículo 6”* (FJ 7). Como puede comprobarse, en ese caso fue la CMT quien incurrió en exceso en ejercicio de sus competencias, en contra, también, de la necesaria coordinación con las autoridades de defensa de la competencia<sup>10</sup>.

La misma preocupación a que se está haciendo referencia ha sido recogida en el Proyecto de LDC. Según su Exposición de Motivos, uno de los principios clave de la reforma es *“la búsqueda de la coherencia de todo el sistema y, en particular, de una adecuada imbricación de los distintos planos institucionales que interactúan en este terreno”*. A tal fin, *“se prevén mecanismos para la coordinación de todos los órganos administrativos que intervienen en la aplicación de la Ley así como la coordinación con los reguladores sectoriales, con el objeto de velar por la coherencia de la política de competencia, la eficiencia en la asignación de los recursos públicos y la seguridad jurídica de los operadores económicos”*. Los mecanismos de cooperación y coordinación con los órganos de competencia de las Comunidades Autónomas, los órganos jurisdiccionales y los reguladores sectoriales se encuentran, en concreto, establecidos en el Capítulo II del Proyecto (artículos 15, 16 y 17, respectivamente).

---

<sup>10</sup> El examen tanto de la evolución normativa como de la conducta del regulador del sector y de las autoridades de defensa de la competencia reflejan una tensión que se ha ido intensificando por una tendencia expansiva de las Administraciones implicadas en el ejercicio de sus competencias que el Tribunal Supremo viene poniendo de manifiesto en recientes Sentencias. Esta circunstancia refuerza la importancia del necesario respeto al principio de coordinación, con la vista puesta en la protección de los destinatarios últimos de ese principio, que no son otros que los agentes intervinientes en cada sector regulado.

### **2.3. La necesaria coordinación de las diferentes Administraciones públicas desde la perspectiva de la protección de los derechos e intereses de los sujetos supervisados; reproche culpabilístico y principios de protección de la confianza legítima y de buena fe**

Según ha podido constatarse, los esfuerzos del legislador por establecer una adecuada coordinación entre los reguladores sectoriales y las autoridades de defensa de la competencia (tras duplicar en cierta medida, dicho sea de paso, las competencias en materia de defensa de la libre competencia) no siempre dan sus frutos. El asunto de los llamados “Planes claros” de Telefónica puede presentarse como un ejemplo paradigmático de ello.

Se trata, por tanto, de determinar las consecuencias que en tales casos pueden producirse para los operadores económicos, sobre todo de cara al ejercicio de la potestad sancionadora por las autoridades de defensa de la competencia respecto de un determinado comportamiento en el mercado. En concreto, se trata, tomando como referencia el caso resuelto por la STS de 20 de junio de 2006, de establecer en qué medida un determinado pronunciamiento como el de la CMT a favor de la licitud de una concreta conducta de un operador y su incidencia en la competencia en el mercado puede o debe tenerse en consideración por las autoridades de defensa de la competencia en la calificación de esa misma conducta desde el Derecho de la competencia y, más concretamente, a la hora de imponer sanciones en aplicación de la LDC.

En el supuesto de los “Planes claros”, el Tribunal Supremo resuelve la cuestión, como se ha dicho, dando tal relevancia al criterio de la CMT que comparte su apreciación del carácter no anticompetitivo de la conducta por encima del criterio del TDC. Pero la experiencia demuestra que pueden producirse (de hecho se producen) otros supuestos en los que, pese a la opinión de la CMT, el TDC mantiene la calificación como anticompetitivo del comportamiento enjuiciado. La cuestión que entonces se suscita es qué consecuencias puede tener la anterior opinión de la CMT en la valoración de esa conducta. Para dar respuesta a dicha cuestión, basta con acudir a categorías y principios básicos del Derecho administrativo sancionador.

No conviene, en este sentido, olvidar la doble naturaleza de los procedimientos de defensa de la competencia que pueden dar lugar a la imposición de sanciones. Por un lado, se trata de procedimientos destinados a determinar, en aplicación de las normas sobre libre competencia en el mercado, si determinados comportamientos pueden o no ser contrarios a la libre competencia; y a disponer, en caso positivo, las medidas necesarias para restablecer la situación de normalidad en el mercado. Pero, junto a esa faceta, los procedimientos a que se está haciendo referencia tienen también una naturaleza sancionadora, en la medida en que pueden culminar con la imposición de sanciones.. Y en esta segunda vertiente tienen plena vigencia las normas y principios esenciales del Derecho administrativo sancionador. Es relevante reseñar, en este sentido, que la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo viene destacando la importancia de la adecuada aplicación de los principios y garantías del Derecho administrativo sancionador a los expedientes sancionadores tramitados y resueltos por el TDC<sup>11</sup>.

En atención a esa doble naturaleza, no toda declaración de la anticompetitividad de una conducta tiene necesariamente que comportar la imposición de una sanción económica al sujeto responsable de la conducta. Será así si se cumplen los requisitos necesarios desde el punto de vista del Derecho sancionador. Pero si falta alguno de esos requisitos, no podrá imponerse ninguna sanción, por más que se mantenga la calificación del comportamiento enjuiciado como contrario a la libre competencia. Dicho de otra forma: puede darse perfectamente la situación de que un determinado comportamiento sea declarado anticompetitivo (y se ordene, por ejemplo, su cesación), pero que no pueda imponerse ninguna sanción económica al autor de ese comportamiento, por no darse los requisitos esenciales desde el punto de vista del Derecho administrativo sancionador, tal y como ha reconocido la jurisprudencia<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Son muestra de esa jurisprudencia las Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2003 (RJ 4209), 13 de diciembre de 2004 (RJ 8177), 25 de enero de 2005 (EJ. 1270), 9 de marzo de 2005 (recurso nº 3895/2002), ó 23 de marzo de 2005 (recurso nº 4777/2002).

<sup>12</sup> En este sentido se pronuncian las Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de julio de 1997 (RJ 6890), 23 de febrero de 2000 (RJ 2000) y la misma apreciación ha sido compartida por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en sus Sentencias de 6 de mayo de 1999 (RJCA 3604) y 16 de enero de 2002 (RJCA 2002/629). Especialmente clara es la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2000, en la puede leerse que “*las anteriores consideraciones nos*

Para poder sancionar una conducta considerada restrictiva de la libre competencia es, pues, imprescindible que concurren los presupuestos esenciales establecidos en el Derecho administrativo sancionador: que “*sea típica, antijurídica y culpable*” (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2000 -RJ 200-). Particular relevancia reviste en este ámbito el elemento de la culpabilidad<sup>13</sup>.

La exigencia de que exista una conducta dolosa o culposa para que proceda la imposición de una sanción administrativa tiene reconocimiento expreso en el artículo 10.1 de la LDC, según el cual “*el Tribunal podrá imponer [multas pecuniarias] a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en los artículos 1, 6 y 7*”. Así lo ha señalado además, en materia de defensa de la competencia el Tribunal Supremo en su importante Sentencia de 8 de mayo de 2003 (RJ 4209)<sup>14</sup>.

Pues bien, la culpabilidad de la conducta exige una mínima y razonable predictibilidad de que esa conducta puede resultar constitutiva de infracción, en el sector que nos ocupa, anticompetitiva. Requisito éste en el que la jurisprudencia

---

*permiten adoptar una primera conclusión, cual es la de que efectivamente ha existido una práctica prohibida y que es ajustado a Derecho tanto el acto del Tribunal de Defensa de la Competencia en que así se declara (...). // Esta conclusión no implica que automáticamente deba también considerarse ajustada a Derecho la sanción impuesta por el Consejo de Ministros. La práctica prohibida puede existir y la Administración debe adoptar las prevenciones necesarias para impedir las consecuencias perniciosas de ella derivadas, y es esto lo que ha hecho el Tribunal de Defensa de la Competencia. Cuestión distinta, sin embargo, es la relativa a los aspectos sancionadores que la mencionada conducta merece, que se rigen por los principios propios aplicables a este ámbito (...), aun produciéndose un acto atentatorio a la libre competencia, ello no significa sin otro aditamento que se dé el reproche punitivo del mismo”.*

<sup>13</sup> Como enseña desde antiguo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, “*requisito indispensable para que una conducta pueda ser castigada tanto en la esfera penal como en la administrativa, en cuanto ambas son manifestaciones de la potestad sancionadora del Estado, es que tal conducta sea típica, es decir que sea subsumible en algún tipo de contravención sin concurrencia de causa alguna excluyente de la antijuridicidad y que sea culpable, es decir, atribuible al sujeto a título de dolo o culpa, sin intervención de circunstancias que eliminen tal culpabilidad*” (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1989 -RJ 2461-; también, entre otras muchas, por ejemplo, las Sentencias del Alto Tribunal de 6 de noviembre de 1990 -RJ 9158-, o de 9 de julio de 1998 -RJ 6438-).

<sup>14</sup> Según esta Sentencia, “*la conducta a calificar debe valorarse de forma objetiva, de suerte que su carácter abusivo deberá desprenderse de sus rasgos económicos, sin depender, por tanto, de cual sea su valoración moral o la intención de su autor, aunque esto no permita, sin embargo, prescindir del necesario elemento de la culpabilidad si a la conducta pretende anudarse un efecto sancionador en sentido estricto*”.

ordinaria y constitucional viene haciendo hincapié en los últimos años<sup>15</sup>, y que cobra especial importancia cuando estamos ante tipos relativamente abiertos de infracción, como puede ser el previsto en el artículo 6 de la LDC, y al que se hará más adelante referencia al examinar la STS de 20 de junio de 2006 desde las exigencias del principio de tipicidad. En este contexto, las referencias que las Administraciones públicas puedan ofrecer al particular sobre la legalidad de su conducta cobran especial relevancia, sobre todo si toman en debida consideración los principios de buena fe y confianza legítima que deben regir las relaciones de las Administraciones públicas con los particulares (artículo 3.1 de la LRJ-PAC).

En relación, en concreto, con el principio de protección de la confianza legítima y su aplicación al ámbito del Derecho de la competencia, tiene declarado el Tribunal Supremo que *“en el conflicto que se suscita entre la legalidad de la actuación administrativa y la seguridad jurídica derivada de la misma, tiene primacía esta última por aplicación de un principio (...) que consiste en el principio de protección de la confianza legítima que ha de ser aplicado, no tan sólo cuando se produzca cualquier tipo de convicción psicológica en el particular beneficiado, sino más bien cuando se basa en signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que le induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de la actuación administrativa”*.<sup>16</sup>

De este modo, cuando la actuación de una Administración pública induce a un particular a confiar razonablemente en la legalidad de su actuación, excluye la predictibilidad del carácter antijurídico de su actuación y, en consecuencia, la culpabilidad que exige la imputación de una infracción administrativa. Y a la misma conclusión conduce la aplicación del principio de buena fe en este tipo de casos<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> Baste como ejemplo de la jurisprudencia ordinaria la ya citada en el texto Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2003, mientras que entre las decisiones del Tribunal Constitucional puede verse, entre otras, la Sentencia 129/2003, de 30 de junio.

<sup>16</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2000 (RJ 7047); en el mismo sentido, Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de julio de 1997 (RJ 6890).

<sup>17</sup> Como puede leerse en la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1998 (RJ 5722): *“dado que el Derecho Administrativo sancionador está regido por los mismos principios fundamentales que el Derecho Penal, entre los cuales y como destacado e intocable se encuentra el principio de culpabilidad,*

En definitiva, cabe considerar, sobre la base de lo expuesto, que no podrán ser sancionadas por ausencia del elemento de la culpabilidad aquellas conductas que, no obstante ser objetivamente incardinables en el tipo que define una infracción administrativa (en el caso que nos ocupa en materia de defensa de la competencia), se realizaron de buena fe y al amparo de la confianza legítima generada por la actuación de una Administración pública, de manera que el autor de esa conducta no pudo razonablemente predecir que después, en contra de esa buena fe y legítima confianza, la Administración (la misma que creó esa confianza u otra) la calificaría como contraria a la libre competencia. Y, si se llega a la conclusión de que, pese a la aplicación de los anteriores principios, procede en todo caso la imposición de alguna sanción, tampoco parece que haya dificultades en reconocer que tales principios y las exigencias derivadas del principio de culpabilidad han de ser tomadas en consideración para moderar el importe de la sanción, en la medida en que el reproche culpabilístico que pudiera formularse revistiese menor intensidad que el que merecería de no haber mediado un pronunciamiento o actuación previa de una Administración pública que en alguna medida pudiera haber contribuido a crear una razonable confianza en el particular en la legalidad de su conducta<sup>18</sup>.

Como se ha dejado expuesto en el apartado dedicado a los Antecedentes del asunto “Planes claros”, en este caso se habían producido una serie de actuaciones de la CMT, en ejercicio de sus competencias legalmente atribuidas, que dejaban lugar a muy pocas dudas sobre que, a juicio de la CMT, la actuación de Telefónica no resultaba anticompetitiva. La STS de 20 de junio de 2006 asume en buena medida esa valoración de la CMT. Pero lo que interesa destacar es que, aun cuando el Tribunal Supremo no hubiera compartido el criterio de la CMT, la toma en consideración de los principios que se han dejado expuestos (exigencia de predictibilidad, confianza legítima y buena fe) excluían la posibilidad de

---

*es decir, la existencia de dolo o culpa por parte del que realiza el acto» no se puede imputar a la entidad actora la existencia de culpa o negligencia en la colocación de los carteles, pues obraba en la creencia de buena fe de que tales terrenos eran urbanos y podía realizar la instalación, existiendo en el presente caso indicios aparentes suficientes para poder inducir al error a cualquier persona prudente”.*

<sup>18</sup> Cfr. las Sentencias de la Audiencia Nacional de 6 de mayo de 1999 (RJCA 3603) y 16 de enero de 2002 (RJCA 629). En la primera de las Sentencias, relativa precisamente a un supuesto de prácticas restrictivas de la competencia, se expresa que la previa “intervención de la Administración regional (...) debe ser tenida en cuenta a la hora de graduar la sanción” porque “atenúa notablemente” la responsabilidad de los imputados, aunque no en forma suficiente para excluirla.

cualquier reproche culpabilístico por parte de las autoridades de defensa de la competencia. Estos principios exigían, pues, una mínima coordinación de las autoridades de defensa de la competencia con el regulador sectorial, que impedían a aquéllas, al menos a efectos sancionadores, prescindir de la previa actuación de la CMT<sup>19</sup>.

#### **2.4. La necesaria coordinación entre la protección de los intereses generales en presencia y los intereses particulares de los operadores económicos**

Dentro del plano que se viene analizando, los razonamientos de la Sentencia comentada apuntan también a otra idea. La coordinación a que antes se ha hecho referencia no debe limitarse a las autoridades administrativas encargadas de la protección de los intereses generales en presencia. Resulta esencial que esa coordinación también se establezca adecuadamente respecto de los intereses particulares de los diversos agentes económicos y de los diversos mecanismos dispuestos por el ordenamiento jurídico para su protección. Entran en juego, en este ámbito, los esenciales principios de sometimiento pleno de la actuación administrativa a la legalidad (artículos 9.1 y 103.1 de la Constitución y 3.1 de la Ley 30/1992) y de intervención mínima de la Administración en los sectores de actividad donde rige la libertad de empresa.

Los conflictos intersubjetivos que puedan surgir entre operadores o agentes intervinientes en un determinado sector de actividad han de resolverse, en línea de principio, mediante el ejercicio de las correspondientes acciones ante los órganos de la jurisdicción civil ordinaria. Ésa es la sede natural en la que se han de ventilar las

---

<sup>19</sup> Ciertamente, puede decirse que los principios y consideraciones anteriores no son exactamente de aplicación al asunto de los “Planes claros” de Telefónica, habida cuenta de que la Resolución de la CMT de 30 de abril de 1998 se dictó después de finalizada la campaña publicitaria (la campaña se cerró el 5 de marzo de 1998). No conviene, sin embargo, dejar de tener presente que existieron otras circunstancias actuaciones de la CMT previas a la finalización de la campaña, que habría sido preciso tomar en cuenta en la formulación de cualquier reproche culpabilístico a la luz de los principios enunciados en el caso de que, en lugar de la conclusión alcanzada por la STS de 20 de junio de 2006, se hubiera considerado que la conducta merecía ser calificada como acto de abuso de posición dominante. Se está, en concreto, haciendo referencia al Informe de la CMT de 19 de febrero de 1998, según el cual “*desde el punto de vista de salvaguarda de la competencia, esta Comisión no aprecia circunstancias que pudieran determinar abusos de posición de dominio por parte de Telefónica con la creación de barreras de entrada de nuevos operadores o reforzamiento de su posición en el mercado*”. También, a la anterior Resolución de la CMT de 4 de diciembre de 1997, en la que establecía con detalle las condiciones que habrían de cumplir los planes de descuento que pudiera aplicar Telefónica previa autorización de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, de manera que, dado que los “Planes claros” se elaboraron teniendo en cuenta esas condiciones, Telefónica tenía la legítima expectativa de que serían autorizados, como finalmente ocurrió.

controversias de naturaleza esencialmente privada. De manera que, en aplicación de los principios antes indicados, la intervención de las autoridades de defensa de la competencia en un determinado conflicto entre agentes económicos privados sólo vendrá justificada en la medida en que entren en juego los intereses generales cuya protección viene legalmente encomendada a esas autoridades, esto es, la protección de una competencia efectiva entre empresas como elemento fundamental de la política económica general.

Existe últimamente una cierta tendencia del legislador a atribuir a organismos de supervisión funciones arbitrales, destinadas a dirimir conflictos entre particulares<sup>20</sup>. Pero al margen del difícil encaje que esas funciones tienen con las competencias propias de las Administraciones públicas, y las consiguientes críticas que cabría plantear a esta tendencia legislativa<sup>21</sup>, lo que parece indudable es que esa función de resolución de conflictos privados no debe desarrollarse por estos organismos en los procedimientos en que ejercen potestades propiamente públicas, como es la sancionadora.

Esta idea preside los razonamientos de la Sentencia objeto de comentario en los que se hace referencia al contenido supuestamente desleal de la campaña publicitaria de los “Planes claros” (FJ 10º), y será objeto de ulterior análisis al examinar la STS de 20 de junio de 2006 desde la perspectiva de la necesaria interpretación de las infracciones previstas en los artículos 6 (abuso de posición de dominio) y 7 (actos de competencia desleal que distorsionen gravemente la competencia en el mercado) de la LDC a la luz de las exigencias del principio de tipicidad de las infracciones administrativas.

Con independencia de lo anterior, interesa ahora destacar que, en opinión del Tribunal Supremo, en los “*comportamientos de deslealtad mercantil que, en principio, sólo afectan a las empresas*”, su “*respuesta jurídica se deja a la iniciativa de éstas (mediante el ejercicio de las oportunas acciones civiles)* y se traduce en el

---

<sup>20</sup> En este sentido, por ejemplo, el artículo 24 f) del propio Proyecto de LDC atribuiría a la Comisión de Defensa de la Competencia funciones propiamente arbitrales.

<sup>21</sup> A nuestro juicio, convendría ante este tipo de iniciativas, recordar las justificadas reservas que hace ya décadas planteo el profesor PARADA VÁZQUEZ ante el ejercicio por la Administración de funciones de garantía del Derecho privado, y que, si bien con algunas matizaciones, continúa defendiendo; *vid.* PARADA VÁZQUEZ, R., “Derecho administrativo, Derecho privado, Derecho garantizador”, en *Revista de Administración Pública*, nº 5, 1967, y *Derecho administrativo*, Marcial Pons, vol. I, 14ª ed., Madrid, 2003, pág. 517 y ss.

*resarcimiento de los daños y perjuicios privados ocasionados*”, sin que esté justificada una intervención de las autoridades de defensa de la competencia para interferir en ese conflicto. La intervención sólo estará justificada en los casos en que esos actos “*distorsionen gravemente las condiciones de competencia en el mercado*’ y que *‘esa grave distorsión afecte al interés público*””. Sólo en tales supuestos, esos actos “*adquieren un nuevo carácter, ya público, que permite su represión independiente a cargo de la autoridad administrativa encargada de velar por la defensa de la competencia*”, ya que “*desbordan sus efectos meramente perjudiciales e inciden de lleno, y de modo desfavorable, en los intereses colectivos que la Administración pública ha de tutelar*”. Mas no es ése el caso de la campaña publicitaria de los “Planes claros”, de manera que, en opinión del Alto Tribunal, se estaba ante un conflicto puramente privado entre Telefónica y Retevisión que no justificaba la intervención de las autoridades de defensa de la competencia y que debía sustanciarse ante la jurisdicción ordinaria. Por esta razón se concluye en la Sentencia comentada con la advertencia de que sus razonamientos y apreciación no constituyen “*inmisión alguna en la competencia propia de la jurisdicción civil, que habrá de resolver, dentro del ámbito mercantil de las relaciones entre las dos empresas enfrentadas, la valoración de su actuación a efectos de la Ley de Competencia Desleal. Una y otra empresa (‘Telefónica, SA’ y ‘Retevisión SA’) formularon sendas demanda y reconvención al respecto y, de hecho, en el proceso ante la Sala de la Audiencia Nacional se aportó copia de la sentencia, no firme, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Uno de Majadahonda (Madrid) el 18 de octubre de 2000 en el litigio civil correspondiente. Cualquiera que sea el resultado ulterior de los recursos de apelación o de casación eventualmente deducidos frente a aquélla, en nada incide sobre el resultado de éste*”<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> Un elemento fundamental para determinar el carácter puramente privado o público del conflicto puede estar en el comportamiento que adopten los eventuales perjudicados por la conducta de que se trate. El ejercicio de acciones ante la jurisdicción civil puede valorarse, en función de las circunstancias, como señal de que se está ante un conflicto puramente privado entre empresas. Y, desde luego, si ni siquiera ejercitan acciones ante la jurisdicción civil, parece difícil poder atribuir a la conducta una trascendencia para los intereses generales que justificase la intervención de las autoridades sobre defensa de la competencia.

A nuestro juicio, esta línea argumental resulta de especial relevancia, y puede proyectarse más allá del caso concreto, y más allá del ámbito de actuación de las autoridades de defensa de la competencia. Estas mismas consideraciones han de reputarse aplicables respecto de la intervención de las Administraciones públicas competentes en los sectores regulados (como el de las telecomunicaciones o el de la energía, por ejemplo), donde no resulta extraño que se pretenda implicar al Organismo de regulación o supervisión en conflictos entre operadores en los que no se ven propiamente afectados los intereses generales cuya protección tiene ese Organismo legalmente encomendada. Debe tenerse en cuenta, además, que la evolución de estos sectores regulados hacia unas mejores condiciones de mercado determina que cada vez existan más controversias que afectan únicamente a los intereses particulares de los operadores del sector, y que habrán de resolverse con arreglo a los mecanismos de Derecho privado, ya sea por la vía de reclamaciones de daños y perjuicios, acciones de competencia desleal u otras semejantes<sup>23</sup>. La “*mínima intervención*” de las Administraciones públicas en este tipo de sectores que se van abriendo progresivamente a un verdadero mercado ha de quedar reservada para los supuestos en que realmente existan perjuicios para el interés general como consecuencia refleja, pero clara y acreditable, de esos conflictos entre particulares. .

Las anteriores reflexiones son de particular interés en el momento presente, en el que, a pesar de la preocupación del legislador<sup>24</sup> y de los tribunales<sup>25</sup> por definir el

---

<sup>23</sup> Este es el caso, por ejemplo, del sector de las telecomunicaciones en el que se planteó el conflicto que dio lugar a la intervención de la CMT, de las autoridades de defensa de la competencia y de los órganos de la Jurisdicción contencioso-administrativa en el asunto “Planes claros”. Según la Exposición de Motivos de la Ley General de Telecomunicaciones de 2003, la regulación anterior permitió que “*en nuestro país haya surgido una multiplicidad de operadores para los distintos servicios, redundando en una mayor capacidad de elección por los usuarios, y la aparición de un importante sector de las telecomunicaciones*”. Esta situación es la que ha llevado a la nueva regulación comunitaria, transpuesta por la Ley General de las Telecomunicaciones, a la “*profundización*” en los principios consagrados por ese marco precedente, en especial en lo que se refiere a la “*mínima intervención de la Administración*” (por ejemplo, mediante la desaparición de autorizaciones y licencias como títulos habilitantes de los operadores). Nos hallamos, por tanto, en un momento en que se ha de producir un reacomodo de las potestades de intervención de la CMT, a la vista de la consolidación del sector de las telecomunicaciones. El momento que se vive hoy no es ya el de la apertura del mercado a operadores alternativos a los antiguos monopolios, sino que existe un importante nivel de competencia con operadores de gran tamaño.

<sup>24</sup> En la propia Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia, que comienza haciendo referencia a la libertad de empresa, se advierte de la necesidad de disponer de un sistema que “*permita contar con los instrumentos adecuados para garantizar el buen funcionamiento de los procesos*

ámbito propio del ejercicio de las potestades administrativas, se asiste a un fenómeno de fuerte tendencia expansiva de la intervención de los reguladores sectoriales y de las autoridades de defensa de la competencia en las relaciones entre agentes económicos particulares, con el riesgo de que, bajo la invocación de defensa de los intereses generales, lleguen a actuar en el ejercicio de sus funciones públicas como una suerte de juez o árbitro civil en relaciones y conflictos de carácter puramente privado.

---

*de mercados”, pero “sin intervenir de forma innecesaria en la libre toma de decisiones empresariales”. Además, se contempla en la disposición adicional primera la atribución a los Juzgados de lo mercantil (sede donde se ventilan de forma natural conflictos entre privados de naturaleza como la del asunto “Planes claros”) de “cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil respecto de los procedimientos de aplicación de los artículos 1 y 2 de la presente Ley” (conductas colusorias y abuso de posición dominante).*

<sup>25</sup> Un ejemplo puede advertirse en el caso resuelto por la Sección Octava de la Sala de lo contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en Sentencia de 3 de diciembre de 2004 (RJCA 2005\804), que estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Resolución de la CMT de 21 de noviembre de 2002. Los pasajes relevantes de esa Sentencia son los siguientes: *“el acto administrativo en el que se concreta el ejercicio de la potestad de intervención en los conflictos de interconexión debe estar dirigido a satisfacer el fin público por el que se confirió esta potestad a la Administración y es precisamente esta adherencia al fin la que condiciona la validez del concreto acto administrativo -en este caso la fijación por la CMT de un último plazo para pagar antes de la efectividad de la resolución del Acuerdo y la desconexión de las redes-// [...] Lo relevante es, desde la perspectiva del juicio de legalidad que ha de hacer este Tribunal, si es acertado para los fines públicos que debe salvaguardar la CMT, atendidas las circunstancias concurrentes y muy especialmente la situación de suspensión de pagos, la fijación misma de una condición, en los términos en que se ha hecho, para la eficacia de la autorización de resolver el Acuerdo General de Interconexión y la subsiguiente desconexión de la red, teniendo en cuenta, además, que dicha condición afecta de forma significativa los intereses empresariales de Telefónica, e incluso puede tener trascendencia para el propio mercado de las Telecomunicaciones”* (FJ 7º).

Sobre estos presupuestos, se concluye que *“velar por los intereses de las empresas del sector de las Telecomunicaciones en situación de insolvencia, aunque sea provisional, no forma parte de las competencias que tiene asignadas la CMT y sólo en el caso que su salvaguarda tuviera por finalidad amparar alguno de los intereses generales a los que ya nos hemos referido (estimular la competencia en el sector, proteger los derechos de los usuarios, mantener la integridad de la red pública de Telecomunicaciones, etc.) podría estar justificada la medida adoptada de dejar en suspenso la autorización de rescisión del AGI y de la desconexión de la red. Como tal cosa no acontece aquí podemos afirmar que se ha producido una extralimitación en el ejercicio de la potestad, que se ha ido mas allá de lo que la Ley permite. No se olvide que la rescisión y la desconexión son medidas previstas en el Acuerdo de Interconexión y que responden a las previsiones del artículo 1124 del Código Civil como, también aquí, la CMT reconoce en su resolución. En resumen, dejar en suspenso ambas medidas para salvaguardar la viabilidad económica de RSL, atendidas las circunstancias que concurren en el presente caso, carece de cobertura legal”* (FJ 11º).

### **3. Las exigencias del principio de tipicidad en la interpretación de las infracciones tipificadas en la LDC; su proyección en la STS de 20 de julio de 2006 a la interpretación de los tipos de infracción administrativa de abuso de posición de dominio y competencia desleal**

#### **3.1. El principio de tipicidad como mandato también dirigido a las Administraciones públicas**

De acuerdo con la totalmente consolidada doctrina del Tribunal Constitucional, el derecho fundamental del artículo 25.1 de la Constitución implica una garantía de alcance material (“y *absoluto*”, insiste el Tribunal Constitucional), que “*se refiere a la imperiosa exigencia de la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (lex previa) que permitan predecir con el suficiente grado de certeza (lex certa) dichas conductas, de tal modo que se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción*”. El Tribunal Constitucional ha dejado claro que este mandato de certeza no se dirige tan sólo al Poder legislativo y a la Administración en cuanto colabora con aquél en tareas normativas mediante el ejercicio de su potestad reglamentaria, sino también “*a los aplicadores del Derecho*”, esto es, a la Administración en ejercicio de sus funciones ejecutivas y a los Tribunales<sup>26</sup>.

Esta proyección a los aplicadores del Derecho de las exigencias del principio de tipicidad resulta necesariamente del carácter abstracto de las normas y de “*la propia vaguedad y versatilidad del lenguaje*” (por emplear las palabras del propio Tribunal Constitucional), al tiempo que viene impuesta, entre otras razones, por el principio también constitucional de seguridad jurídica. Y resulta especialmente trascendente cuando se aplican tipos sancionadores particularmente abiertos, como puede ser el artículo 6 de la LDC, que contiene una lista de conductas constitutivas de abuso de posición dominante en su apartado 2º de carácter ejemplificativo, que abre la puerta a la inclusión en el tipo de otras conductas no descritas en dicho apartado. Supuestos como

---

<sup>26</sup> Cfr., por todas, la Sentencia del Tribunal Constitucional 297/2005, de 21 de noviembre, con abundante cita de decisiones previas del Tribunal Constitucional. Esta doctrina constitucional está plenamente asumida por la jurisprudencia ordinaria; cfr., por citar una de las últimas decisiones del Alto Tribunal, su Sentencia de 12 de julio de 2006 (nº rec. 905/2004).

éste exigen al aplicador del Derecho un especial esfuerzo de interpretación destinado a “cerrar” el tipo, a interpretarlo de acuerdo con las exigencias del principio de tipicidad. En este sentido, la STS de 20 de junio de 2006 marca una pauta del máximo interés.

### **3.2. Una interpretación del artículo 6 de la LDC ajustada a las exigencias del principio de tipicidad**

Como se ha dejado apuntado, el artículo 6 de la LDC tipifica la infracción de abuso de posición de dominio de un modo notablemente abierto: no contiene una definición expresa de qué debe entenderse por “*explotación abusiva*” de una posición de dominio en el mercado, y su apartado 2º, que contiene una lista de conductas que deben subsumirse en esa explotación abusiva, está redactado de modo que admite que otras conductas distintas de las listadas se puedan considerar también abuso de posición de dominio. Esta redacción del artículo 6 de la LDC obliga al aplicador del Derecho, de acuerdo con cuanto se ha dejado expuesto, a hacer un esfuerzo interpretativo para definir con la máxima precisión del tipo. Tarea ésta que debe, y puede, realizarse a partir de los cánones hermenéuticos establecidos en el artículo 3.1. del Código Civil y que conduce a la conclusión de que el artículo 6 de la LDC prohíbe la explotación ilegítima o injustificada de una posición de dominio en el mercado, en el sentido de que el agente no hubiera realizado el comportamiento de no encontrarse en esa posición<sup>27</sup>. De manera que no toda conducta anticompetitiva del operador dominante constituye *per se* y sin necesidad de mayores requisitos un acto de abuso de posición dominante del artículo 6 de la LDC. Así lo ha confirmado la STS de 20 de junio de 2006.

El punto de partida se debe situar en la interpretación literal del vigente texto del artículo 6 de la LDC, según el cual “*queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional*”. El *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia Española define el verbo abusar como “*usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente de algo o de alguien*”. El sentido propio de las palabras empleadas por el artículo 6.1 de la LDC

---

<sup>27</sup> El tipo se encuentra definido en términos coincidentes con los actuales en el artículo 2 del Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia. El apartado 1 establece la prohibición general de la explotación abusiva de la posición de dominio en el mercado; mientras que el apartado 2 se formula una enunciación

conduce, pues, a concluir que este precepto, al proscribir la “*explotación abusiva*” de la situación de dominio de una o varias empresas, no prohíbe cualquier conducta contraria a la libre competencia, sino tan sólo aquellas que resulten de un uso excesivo, injusto de las ventajas de las que, como consecuencia de esa posición de dominio, goza la empresa en cuestión en el mercado.

A la misma conclusión conduce la interpretación sistemática del contenido del artículo 6 de la LDC, tanto si por interpretación sistemática se entiende la que toma en consideración la sistemática o estructura interna del precepto, como la que atiende también a la relación de este artículo con los demás que tipifican infracciones administrativas en la LDC.

En el primero de los sentidos anunciados, las conductas descritas en su apartado 2 con carácter ejemplificativo constituyen un elemento de interpretación perfectamente válido y eficaz para intentar construir el concepto de abuso de posición de dominio que subyace al artículo 6 en su totalidad. De este modo, la noción de abuso de posición dominante se ha de configurar a partir del elemento común compartido por los supuestos contemplados en el artículo 6.2 de la LDC.<sup>28</sup>

Y es que si se examinan las conductas expresamente prohibidas en el apartado 2 del artículo 6 de la LDC, se concluye que ese ilegítimo prevalimiento de una posición de dominio es el elemento común de esas conductas. Sólo quien goza de esa posición puede, con perjuicio de la libre competencia, imponer precios u otras condiciones comerciales o de servicio no equitativas (apartado 2.a); negarse injustificadamente a

---

ejemplificativa de posibles conductas en las que puede consistir el abuso.

<sup>28</sup> En este sentido se pronuncia RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Sobre el abuso de la posición dominante en la defensa de la libre competencia”, en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, vol. I, Civitas, Madrid, 1996, p. 1005, al afirmar: “(...) la LDC se ha limitado a prohibir, con carácter general, la explotación abusiva de una posición de dominio y ha añadido, en el párrafo 2º del artículo 6 y sin carácter exhaustivo, cinco supuestos concretos de abuso, que están tomados, casi literalmente, del artículo 86 del TCEE. Sobre la base de estos datos se puede proceder, ante todo, a realizar un breve análisis de esos supuestos concretos del artículo 6.2 a fin de poner de manifiesto sus aspectos comunes, que (...) permitan intentar la formulación de una noción general de abuso de posición dominante”. La aplicación de este método conduce al Profesor RODRÍGUEZ ARTIGAS a concluir que lo que prohíbe el artículo 6 de la LDC es “que al amparo de una posición de dominio, una o varias empresas actúen en el mercado de una forma que no hubiera sido posible si existiera competencia efectiva” (op. cit. pp. 1010-1011).

satisfacer la demanda de compra de productos o de prestación de servicio (apartado 2.c); o subordinar la celebración de contratos a la adquisición de prestaciones suplementarias que no guarden relación con los contratos principales (apartado 2.e), por ejemplo.

A la misma conclusión se llega si se acude, también en cumplimiento del mandato interpretación sistemática del artículo 3.1 del Código Civil, al “*contexto*” de la norma. En el presente caso, la aplicación de ese criterio significa buscar el significado de la prohibición genérica del artículo 6.1 de la LDC no sólo a la luz de las prohibiciones concretas contenidas en su apartado 2, sino tomando también en consideración el resto de las conductas anticompetitivas prohibidas y sancionadas por la LDC. La conducta prohibida por el artículo 6 de la LDC no es la única conducta anticompetitiva en la que pueden incurrir las empresas que disfrutan de una posición de dominio en un determinado mercado. Si esas empresas llevan a cabo un “*acuerdo, decisión o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional*”, incurrirán en la conducta prohibida por el artículo 1 de la LDC. Si llevan a cabo actos de competencia desleal que distorsionen gravemente las condiciones de competencia en el mercado y afecten al interés público, el infringido será el artículo 7 de la LDC. Pero en esos dos casos no se infringirá necesariamente el artículo 6 de la LDC: solo cuando hayan explotado la posición de dominio.

En ningún momento la LDC excluye la posibilidad de que sus artículos 1 y 7 sean aplicados a las empresas que disfrutan de una posición dominante en el mercado. La aplicación de uno (art. 6) u otro preceptos (art. 1 y 7) dependerá de si concurre el rasgo característico de las conductas anticompetitivas prohibidas por el artículo 6 de la LDC: la explotación ilegítima de una situación de dominio en beneficio de la empresa que disfruta de ella y en contra de la libre competencia.

De acuerdo con el encaje sistemático del artículo 6 en la LDC, resulta evidente que el “*espíritu y finalidad*” de esta norma (criterio interpretativo fundamental de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3.1 del Código civil) no es prohibir cualquier

comportamiento de las empresas que disfruten de una posición de dominio que pueda suponer una restricción a la capacidad de crecimiento de otras empresas.

La finalidad del artículo 6 de la LDC tampoco es, en realidad, reprimir cualquier tipo de conducta de las empresas con posición de dominio que afecte la libre competencia, puesto que algunas de las conductas ilícitamente anticompetitivas habrán de subsumirse en los artículos 1 y 7 de la LDC, y no darán lugar a una explotación abusiva de esa posición. La finalidad del artículo 6 es prohibir aquellas conductas específica y necesariamente vinculadas a la posición de dominio, que sean una manifestación ilícita de ésta, por tratarse de conductas anticompetitivas que no podrían llevar a cabo otros sujetos que no gozaran de una posición preeminente en el mercado relevante.

En definitiva, una interpretación de lo previsto en el artículo 6 de la LDC, de acuerdo con los criterios hermenéuticos consagrados en el artículo 3.1 del Código civil conduce a la conclusión de que no existe un abuso de posición dominante por el solo hecho de que una empresa que disfruta de una posición de dominio lleve a cabo una conducta apta para afectar la libre competencia. Tan sólo habrá abuso cuando esa conducta se realice precisamente gracias a la posición de dominio de que disfruta la empresa, sin que otra empresa ajena a esa posición pudiera haberla llevado a cabo.

La interpretación necesariamente restrictiva podía rastrearse incipientemente en alguna decisión del Tribunal Supremo<sup>29</sup>, y ha resultado a nuestro juicio confirmada por la STS de 20 de junio de 2006, que rechaza considerar abuso de posición dominante una conducta comercial hipotéticamente desleal (lógicamente, la Sentencia no entra en la

---

<sup>29</sup> En efecto, en la ya citada y relevante Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2003 se afirma que “no toda restricción en la estructura competitiva del mercado hecha desde una posición de dominio merecerá ser calificada como explotación abusiva. Lo exige así la lógica de aquellos preceptos y del sistema económico en el que se insertan, que no prohíben la posición de dominio, ni pretenden obstaculizar tampoco a las empresas dominantes, la consecución de una mayor eficacia. Serán abusivas, pues, las restricciones de la competencia hechas desde una posición de dominio que no sean razonables por carecer de una justificación capaz de ser aceptada como tal por el ordenamiento jurídico económico” (FJ 10º). A continuación, se define qué debe entenderse por esa “carencia de justificación” de la conducta de la empresa dominante: “*un elemento de carencia de justificación, que cabrá ver allí donde el ejercicio por la empresa dominante de su especial libertad económica deje de acomodarse, sin razón reconocible como tal, al que llevaría a cabo en una situación de competencia efectiva*” (FJ 10º). En igual sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2003, (RJ 5832).

cuestión de si la conducta era o no desleal) por el mero hecho de que sea realizada por una empresa que goza de una posición de dominio, corrigiendo así el criterio del TDC que había sido respaldado en la instancia por la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional. En palabras de la Sentencia, *“la explotación abusiva por una empresa de su posición de dominio en un mercado será sancionable, como incluida en el artículo 6 de la Ley 16/1989, cuando se lleve a cabo mediante alguna de las conductas tipificadas en el apartado dos de aquél o en otras que respondan a los perfiles propios del tipo sancionador, lo cual no necesariamente ocurrirá por el mero hecho de que aquella empresa actúe de modo desleal respecto de otra”*.

Este intento de moverse en todo momento dentro de los “perfiles propios del tipo sancionador” caracteriza señaladamente la argumentación de la Sentencia. Desde estas coordenadas expuestas, y despejado que la oferta comercial anunciada (los llamados “Planes claros”) no merecían reproche anticompetitivo (FJ 8º), la STS de 20 de junio de 2006 analiza en los FFJJ 9º y 10º *“si la publicidad de dicha oferta pudiera, por sí sola, reputarse explotación abusiva de la posición de dominio”* de Telefónica. Y lo hace, en palabras de la propia Sentencia, desde *“dos enfoques de principio”*: el primero, consistente en el análisis de la conducta partiendo de la posibilidad teórica de que una campaña publicitaria pudiera tener encaje entre las conductas que responden a los perfiles propios del abuso de posición dominante; y la otra, ceñida a determinar, teniendo en cuenta cuál había sido la *ratio decidendi* de la Resolución del TDC, si es posible atribuir esa calificación a una conducta desleal llevada a cabo por el operador dominante. Interesa ahora centrarse en el examen del primer enfoque.

En primer término, el Tribunal Supremo, con referencia a la antes citada STS de 1 de febrero de 2006, da una *“respuesta afirmativa desde el plano meramente teórico”* a la posibilidad de que una determinada conducta publicitaria llevada a cabo por un operador dominante (se habla del *“uso de la publicidad por parte de una empresa dominante”*) pudiera, en función de sus características, merecer la consideración de acto de abuso de posición dominante. Ahora bien, para dilucidar si una concreta campaña publicitaria es acreedora de esa calificación, se hace preciso tener en consideración los parámetros expuestos en la interpretación de este tipo abierto de ilícito concurrencial, de manera que esa específica conducta ha de responder a los perfiles del tipo sancionador

o, dicho de otra forma, a las características comunes a las distintas conductas listadas en el artículo 6.2 de la LDC: que se trate de una campaña que, por sus características, sólo se hubiera podido poner en práctica por el operador dominante (o, dicho de otra forma, que no hubiera realizado un operador que no gozase de esa posición), sin que pudiera ser objeto de réplica por el resto de operadores en el mercado.

Así las cosas, el Tribunal Supremo (que, como se ha dicho, otorga especial relevancia al criterio de la CMT en su Resolución de 30 de abril de 1998) concluye que esas características no pueden apreciarse en la campaña publicitaria de los “Planes claros”. Para ello, considera claves dos factores. El primero, que *“la capacidad financiera del nuevo entrante, controlado por grupos económicos con gran poder financiero, le permitía replicar la inversión publicitaria de su oponente en análogas condiciones, esto es, sin que a consecuencia de ella se hiciera inviable o muy gravosa su paulatina introducción en el mercado de la telefonía fija”*. Y el segundo, que la campaña tenía una justificación comercial aceptable en términos de necesidad, entendida *“dentro de un contexto determinado en el que el nuevo competidor despliega su propia campaña publicitaria, también de amplio impacto, para resaltar los puntos débiles del operador ya asentado”*.

Desde el segundo enfoque de los anunciados, la STS de 20 de junio de 2006 se enfrenta a la conducta considerada no tanto en función de su contenido (una campaña publicitaria, no incluida de forma expresa en el artículo 6.2 de la LDC), como de la calificación que le habían otorgado el TDC y la Audiencia Nacional: su eventual carácter desleal. La cuestión reviste singular trascendencia, sobre todo si se tiene en cuenta que las autoridades de defensa de la competencia han venido considerando, de forma prácticamente automática, que todo comportamiento desleal de un operador dominante constituye, por sí solo y por el hecho de proceder del dominante, un acto de abuso de posición de dominio del artículo 6 de la LDC, con independencia del tipo cualificado del artículo 7 de la LDC<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> El razonamiento parece, así, responder a la siguiente ecuación: acto desleal + empresa dominante = abuso de posición de dominio.

La STS de 20 de junio de 2006 echa por tierra esa tesis. Como explica el Tribunal Supremo, *“la eventual actuación de los organismos administrativos encargados de preservar la libre competencia sólo resultará pertinente si las conductas desleales de los empresarios, además de serlo, falsean de manera sensible la competencia, esto es, distorsionan gravemente las condiciones de competencia en el mercado con perjuicio para el interés público. Previsión que se aplica a todo tipo de operadores económicos, gocen o no de una posición de dominio en el mercado. No cabe, pues, ni reducir en exceso el ámbito de aplicación del artículo 7 de la Ley 16/1989, englobando en él tan sólo conductas que precisarían la previa posición dominante de quien las comete, ni extenderlo con el mismo exceso considerando que, preexistente la posición de dominio, cualquier acto desleal de quien la ostenta constituye por sí mismo una explotación abusiva de aquélla sancionable a título del artículo 6 de la Ley 16/1989”*.

De este modo, la STS de 20 de junio de 2006 llega a la conclusión ya expuesta: que el mero hecho de que el autor de una conducta supuestamente desleal goce de una posición dominante en un mercado no hace de esa conducta un abuso de posición de dominio, puesto que resulta en todo caso necesario para que así sea que concurren en esa conducta los elementos del tipo definido en el artículo 6 de la LDC; o, en palabras de la Sentencia, que esa conducta responda a los perfiles propios del referido tipo.

### **3.3. Una interpretación del artículo 7 de la LDC ajustada a las exigencias del principio de tipicidad**

Al tiempo que excluye que cualquier conducta comercial eventualmente desleal ejecutada por una empresa que goce de una posición de dominio resulte subsumible en el tipo de infracción definido en el artículo 6 de la LDC, la STS de 20 de junio de 2006 examina también si la conducta que la Resolución del TDC consideró desleal encaja dentro de la infracción prevista en el artículo 7 de la LDC (“falseamiento de la libre competencia en el mercado”), que tipifica como ilícito concurrencial los *“actos de competencia desleal que por falsear de manera sensible la libre competencia, en todo o*

*en parte del mercado nacional, afectan al interés público*<sup>31</sup>. Y al hacerlo, la Sentencia vuelve a llevar a cabo un encomiable ejercicio de interpretación de acuerdo con la exigencias que el principio de tipicidad impone al aplicador del Derecho sancionador.

En este sentido, atiende la Sala a si concurren o no en este caso las circunstancias que hacen de una conducta desleal perseguible administrativamente, consignada en el artículo 7 de la LDC: (i) *“que ese acto de competencia desleal distorsione gravemente las condiciones de competencia en el mercado”*; y (ii) *“que esa grave distorsión afecte al interés público”*. Afirma la Sentencia que *“existiendo en la Ley 16/1989 un tipo sancionador específico para los actos desleales en cuanto prácticas anticompetitivas no cabe prescindir de los requerimientos materiales del artículo 7 de dicha Ley para concluir que toda conducta desleal cometida desde la posición de dominio resulta automáticamente sancionable incluso en los casos en que no distorsione gravemente las condiciones de competencia en el mercado con perjuicio para el interés público”* Y puesto que, atendiendo a los hechos declarados probados en la instancia<sup>32</sup>, no se puede entender acreditada esa grave distorsión de las condiciones de competencia en el mercado, la Sala rechaza la existencia de una conducta punible en aplicación del artículo 7 de la LDC.

Estos razonamientos no pueden considerarse más acertados. El legislador español ha reservado a los órganos de defensa de la competencia la posibilidad de reprimir determinados comportamientos desleales cuando, por las circunstancias de los mismos, no solo perjudiquen a determinados competidores sino que, además, alteren en forma sustancial la estructura competitiva del mercado, perjudicando, de esta forma, el interés público que trata de tutelar la LDC. Se produce, en estos comportamientos, la lesión de dos intereses distintos (interés público e intereses particulares de los competidores) cuya protección está articulada a través de dos bloques normativos (LDC y Ley de Competencia Desleal) y cuya tutela está encomendada, en última instancia, a órdenes jurisdiccionales distintos (contencioso-administrativo y civil, respectivamente).

---

<sup>31</sup> La tipificación de este ilícito concurrencial se mantiene, en términos también prácticamente coincidentes a los actuales, en el artículo 3 del Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia.

A fin de respetar los ámbitos de aplicación de ambos bloques normativos y, sobre todo, de preservar la natural competencia de los tribunales ordinarios para tutelar el respeto de la leal competencia, el legislador se ha esforzado, de forma explícita, en establecer los requisitos que los actos de competencia desleal deben reunir para que puedan ser calificados como infracción administrativa y, lo que es más importante, para que puedan ser sancionados por los órganos de defensa de la competencia. Este esfuerzo<sup>33</sup> de delimitación está plenamente justificado por cuanto únicamente es posible la sanción de un comportamiento cuando el mismo afecte o perjudique un interés público.

Como se acaba de señalar, esta exigencia debe ser aplicada no solo a los supuestos en que el acto de competencia desleal pueda ser calificado *per se*, aisladamente considerado, como un ilícito administrativo (art. 7 de la LDC), sino también cuando tal calificativo resulte también de la concurrencia en ese acto de competencia desleal de alguna de las otras conductas prohibidas (acuerdos restrictivos de la competencia y abusos de posición dominante). Solo de esta manera se podrá respetar la delimitación de ambos bloques normativos establecida por el legislador y solo así se respetará la exigencia de que únicamente puedan sancionarse los comportamientos que afecten el interés público.

Si la concurrencia en el comportamiento desleal de alguna de las conductas prohibidas por la LDC permitiera, no solo sancionar estas conductas (cuya ilicitud concurrencial no tiene porqué depender del grave falseamiento de la competencia que pueda producir), sino también el comportamiento desleal, independientemente de su efectos sobre el mercado, se estaría haciendo una interpretación extensiva de la LDC

---

<sup>32</sup> Todo lo contrario: no sólo no se produjo esa distorsión, sino que, además, la conducta “favorecía la competencia en el mercado de la telefonía fija con beneficio para los usuarios”.

<sup>33</sup> Este esfuerzo, que ya era patente en la redacción inicial de la LDC, quedó reforzado en la Exposición de Motivos de la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la LDC, en la que puede leerse que, en relación con esta cuestión: “la actuación de los órganos de competencia [...] debe limitarse a aquellos actos desleales que distorsionen gravemente las condiciones de competencia en el mercado con grave afectación del interés público, dejando a los tribunales ordinarios el conocimiento y enjuiciamiento de conductas desleales de todo tipo”. Resulta indubitada la voluntad del legislador de que los actos de competencia desleal únicamente puedan ser objeto de sanción bajo la LDC, de forma aislada o conjuntamente con otras circunstancias, cuando concurra en los mismos el doble requisito previsto en la Ley: grave falseamiento de la libre competencia y afectación del interés público.

abiertamente contraria a la finalidad perseguida por el legislador. Se estaría, en definitiva, permitiendo la imposición de sanciones (o la agravación de las mismas) a conductas que, siendo desleales y lesivas de intereses particulares, no perjudican, sin embargo, los intereses públicos.