

LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN ESPAÑA: ÚLTIMOS 25 AÑOS

JAIME FOLGUERA CRESPO y TOMÁS ARRANZ FERNÁNDEZ-BRAVO
Abogados*

La aplicación del Derecho de la competencia en España: últimos 25 años

La aplicación del Derecho de la competencia está íntimamente ligada a los desarrollos en el funcionamiento de los mercados y a la evolución de la sociedad en su conjunto. Este trabajo pretende analizar brevemente algunas tendencias ya identificadas por Aurelio Menéndez hace 25 años que han marcado los límites de la intervención por parte de las autoridades de defensa de la competencia. Resulta de especial relevancia el conflicto existente entre el interés social por una competencia efectiva y la necesidad de velar por los derechos de los administrados.

PALABRAS CLAVE

Derecho de la competencia, Derechos de defensa, Audiencia, Inspecciones domiciliarias.

Competition Law Enforcement in Spain: The Last 25 Years

The enforcement of Competition Law is strongly linked to the developments in the functioning of the markets and the evolution of the society as a whole. This paper briefly analyses some trends that were already identified by Aurelio Menéndez 25 years ago, which have set the limits of the intervention of competition authorities. The conflict between the social interest for an effective competition and the necessity to safeguard the rights on investigated companies is especially relevant.

KEY WORDS

Competition law, Right of defence, Right to be heard, Dawn raids.

Fecha de recepción: 15-9-2018

Fecha de aceptación: 18-9-2018

1 · EL PAPEL CLAVE DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN EL DESARROLLO ECONÓMICO Y SOCIAL DE ESPAÑA

La pasión de Aurelio Menéndez por la docencia y la investigación le llevó a escribir sobre la práctica totalidad de las materias del Derecho, con especial atención, como no podría ser de otra forma, en el Derecho mercantil. Mantuvo la vocación de estudio, análisis y divulgación durante toda su vida, fascinado por la capacidad del Derecho para adaptarse a la sociedad y transformarla. Como indicaba el profesor Paz-Ares en el obituario que le dedicó en el periódico *El País*, el impulso anticipador y transformador de Aurelio Menéndez hizo que en su obra se apuntasen los principales desarrollos futuros del Derecho mercantil que están marcando su evolución en el siglo XXI.

Ejemplo de lo anterior es el discurso pronunciado por Aurelio Menéndez con motivo de su investidura como doctor *honoris causa* por la Universidad Carlos III de Madrid en el acto de apertura del curso académico 1993/1994, del que se cumplían 25 años el pasado 1 de octubre. Su discurso se centró, precisamente, en la función que debe cumplir el Derecho en una sociedad en transformación, y apuntaba el

profesor Menéndez la necesidad de reflexionar sobre el desplazamiento del eje del Derecho mercantil desde *la empresa* hacia una idea más totalizadora del mercado «*como centro de la constitución económica*».

En su discurso, el profesor subrayaba la relevancia del concurso de distintos actores en el mercado (empresa, Administración y consumidor) y planteaba la necesidad de superar la tutela del interés del empresario, pasando a conjugarla con la defensa del interés del mercado. Este nuevo objetivo se fundaba en tres pilares: los intereses privados de los competidores, la protección de los consumidores y el interés público del Estado.

Bajo este novedoso paradigma —entendía el maestro—, el Derecho de la competencia se constituía en el centro del Derecho aplicable a la nueva actividad económica. Se trataba de un Derecho todavía en desarrollo en nuestro país, pero más avanzado en el ámbito comunitario y en otras jurisdicciones de nuestro entorno, que tendría que controlar el poder del mercado ante las aspiraciones de dominancia de los operadores económicos. La relevancia de esta práctica se relacionaba también con su capacidad para superar la separación entre el Derecho público y el Derecho privado, haciendo primar la protección del mercado y de su función social.

Las palabras del profesor han resultado ser, una vez más, premonitorias. El desarrollo del Derecho de la

* Del Área Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid).

competencia durante los últimos 25 años ha sido determinante para el avance de la economía y la sociedad en España, pues ha probado ser una herramienta eficaz para proteger el interés general y la integridad del mercado, permitiendo, al mismo tiempo, el desarrollo de la actividad empresarial en una economía de mercado.

En la actualidad, nuestro ordenamiento cuenta con una nueva norma en materia de defensa de la competencia (la *Ley 15/2007, de 3 de julio*) y con una autoridad (la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, o «CNMC») que aseguran unos estándares de calidad e intensidad en la aplicación pública de las normas de defensa de la competencia similares a los de los países de nuestro entorno. No obstante, la aplicación del Derecho de la competencia se encuentra en constante evolución, influida por un contexto internacional globalizado y tendente a una mayor armonización y convergencia con los ordenamientos nacionales y supranacionales. A modo de ejemplo, durante los últimos años se ha experimentado un mayor desarrollo de lo que se conoce como *aplicación privada* de las normas de defensa de la competencia, con especial incidencia en las reclamaciones de daños por ilícitos concurrenciales.

En este breve trabajo analizamos las reflexiones de don Aurelio sobre el papel que, en su opinión, estaba llamado a jugar el Derecho de la competencia en el ordenamiento y la sociedad españoles, que fueron plasmadas hace 25 años en el discurso ya mencionado y en su artículo «Los derechos del administrado en los procedimientos de aplicación del Derecho de la competencia», publicado, también en 1993, como parte de la obra *La protección jurídica del ciudadano*, en homenaje al profesor Jesús González Pérez¹.

2 · EL DERECHO DE LA COMPETENCIA ANTE LOS PROCESOS DE PRIVATIZACIÓN Y LIBERALIZACIÓN

El profesor Menéndez analizó en 1993 el proceso de desplazamiento de varias organizaciones administrativas a modelos de gestión privada. Esta «huida del Derecho administrativo» era criticada por una parte de la doctrina. No obstante, el profesor Menéndez consideraba que la gestión privada

podría generar beneficios derivados de la desburocratización de lo público y recordaba que, en cualquier caso, estas actividades seguirían sometidas a un ordenamiento que, progresivamente, limitaba la autonomía individual para someter la actuación de los agentes económicos al interés social.

Durante los últimos 25 años, la regulación sectorial ha resultado ser determinante para que los modelos de gestión privada de determinadas infraestructuras y servicios públicos se sometan al interés social y no únicamente al interés individual de las empresas. No obstante, no puede obviarse el papel que ha desempeñado el Derecho de la competencia en la salvaguarda de este objetivo a través de sus propias instituciones, ya sea de manera autónoma o en conjunción con la regulación sectorial.

Como ejemplos de esta intervención pueden mencionarse las obligaciones de acceso a infraestructuras esenciales por parte de antiguos operadores monopolistas en los mercados de telecomunicaciones o de distribución de energía (ya sea gas o electricidad), considerados dominantes en determinados mercados relevantes. Las obligaciones de acceso que se derivan de tales situaciones de dominancia han permitido la entrada de otros operadores, con una relevancia especial en los mercados de comercialización minorista de bienes y servicios. Es consecuencia directa de lo anterior el incremento de la oferta disponible para los consumidores, así como de la presión competitiva ejercida sobre los operadores incumbentes.

La aplicación de las normas de defensa de la competencia también ha evitado que compañías privatizadas o empresas públicas se prevalgan de una posición de ventaja para competir en otros mercados liberalizados. En concreto, tales empresas no podrán aplicar precios excesivos o incurrir en prácticas de estrechamiento de márgenes respecto de empresas que compitan con ellas en un mercado liberalizado. La ventaja principal que ofrecen las normas en materia de abuso de posición de dominio radica en la aplicación de tales restricciones a todos los operadores dominantes, con independencia de que el legislador o el organismo supervisor hayan establecido limitaciones específicas similares a su actividad.

Aunque de manera más indirecta, resultan asimismo relevantes, en lo que respecta a la restricción de la autonomía de los operadores económicos, las normas de la Unión Europea sobre ayudas de Estado que limitan la retribución que reciben los prestadores de servicios públicos de interés general a la compensación de los gastos incurridos más un mar-

¹ Aurelio Menéndez Menéndez: «Los derechos del administrado en los procedimientos de aplicación del Derecho de la Competencia», en Lorenzo Martín-Retortillo Baquer (coord.): *La protección jurídica del ciudadano. (Procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional). Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez*. T. I. Madrid: Civitas, 1993, págs. 355-377.

gen moderado. Es objetivo de lo anterior que el prestador de un servicio de interés general no pueda utilizar los recursos públicos recibidos como contraprestación de tal servicio para distorsionar la competencia en otros mercados en los que existe una competencia efectiva.

Las autoridades de defensa de la competencia también han contado con instrumentos para corregir funcionamientos anómalos de mercados liberalizados derivados de incumplimientos de la normativa sectorial. En concreto, el artículo 3 de la *Ley 15/2007* (artículo 7 de la *Ley 16/1989*) prohíbe los actos de competencia desleal que, por falsear la libre competencia, afecten al interés público. En la medida en que prevalerse de un incumplimiento regulatorio para competir de manera desleal podría constituir una infracción de la *Ley de Competencia Desleal*, la CNMC es competente para conocer de estas conductas. Así, se han analizado presuntos incumplimientos de la normativa sectorial que afectaban a actividades liberalizadas (como las obligaciones relativas a la separación de las actividades de distribución y comercialización de energía eléctrica).

3 · LA TUTELA DE LOS DERECHOS DE LOS ADMINISTRADOS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE LIBRE COMPETENCIA

Como hemos indicado en párrafos anteriores, hace 25 años el Derecho de la competencia español se encontraba en una fase de desarrollo más temprana que la que se podía observar en el ordenamiento comunitario o en algunos países de nuestro entorno. Si bien en España se estaba reforzando la aplicación de la política de competencia con la publicación de una nueva ley (la *Ley 16/1989, de 17 de julio*), en otros países se producían desarrollos más avanzados.

En la Unión Europea ya se estaba produciendo un debate sobre la necesidad de conjugar la aplicación del Derecho de la competencia con la tutela de los derechos de los administrados. Tanto la Comisión Europea como el Tribunal de Justicia habían analizado esta cuestión con detenimiento, con el objetivo de salvaguardar los derechos de los administrados en sus procedimientos. En este escenario, el profesor Aurelio Menéndez ya previó que lo anterior «*induc[ía] a pensar que, más tarde o más temprano, se va a generalizar en nuestro país una preocupación similar*».

Señalaba el profesor que la aplicación de las normas de libre competencia por los órganos adminis-

trativos planteaba un conflicto entre el interés general y el particular. El primero trata de salvaguardar una competencia efectiva y no falseada en el mercado que debe redundar en un beneficio para todos los operadores. Por otro lado, el interés particular del administrado dependerá de su posición en el proceso, pudiendo estar alineado con el interés general, si es denunciante o resulta afectado por las prácticas investigadas, u opuesto a él, si es el sujeto investigado. En este último caso, el interés legítimo consiste en que la investigación revista de todas las garantías exigibles.

Las cuestiones relativas a la tutela de los derechos del administrado revisten especial relevancia en los procedimientos de aplicación de las normas de defensa de la competencia. La necesidad de intervenciones rápidas que permitan esclarecer los hechos y eviten la destrucción de pruebas ha llevado a que la CNMC —y la Comisión Europea en el ámbito del Derecho de la Unión— sea una de las autoridades con mayores facultades de inspección y de investigación del conjunto de la Administración. La amplitud de estos poderes abarca las inspecciones no anunciadas en instalaciones de las empresas y domicilios particulares, el acceso a la información almacenada en cualquier dispositivo, la posibilidad de requerir información a las partes o a cualquier tercero, las entrevistas a directivos y empleados de las empresas investigadas o el acceso a información compartida por otras autoridades de competencia.

Si bien algunas de las cuestiones planteadas por el profesor Menéndez en relación con la tutela de los derechos de los administrados no eran controvertidas en el año 1993 y se han mantenido prácticamente inalteradas desde entonces (por ejemplo, la revisión judicial de la resolución administrativa), otras han sido objeto de desarrollo por parte de la autoridad y, principalmente, de la jurisprudencia sentada por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo mediante la revisión judicial de las resoluciones sancionadoras. Es más, un porcentaje relevante de anulaciones de resoluciones de la CNMC acordadas por los tribunales en los últimos años se deben a cuestiones relativas a la tutela de los derechos de los administrados, lo que ha llevado a la comunicación por parte de la autoridad de una estrategia de reforzamiento jurídico de sus actuaciones tendente a reducir el número de resoluciones anuladas por los tribunales.

En los siguientes párrafos analizaremos las cuestiones más relevantes ya apuntadas por Aurelio Menéndez en el año 1993 y que todavía hoy son objeto de debate. Como veremos, el conflicto plan-

teado por el maestro hace 25 años y el difícil equilibrio entre el interés general y la tutela de los derechos del administrado han fijado los límites de actuación de las autoridades de defensa de la competencia.

3.1 · El derecho al procedimiento

El procedimiento de tramitación de expedientes sancionadores en materia de defensa de la competencia ya estaba previsto en la *Ley 16/1989* y fue posteriormente actualizado por la *Ley 15/2007* y el *Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por el Real Decreto Ley 261/2008, de 22 de febrero*. En cambio, el profesor Menéndez planteaba una crítica relativa a la ausencia de un sistema procedimental completo y claramente articulado en lo que se refiere a la aplicación de las normas de defensa de la competencia por parte de la Comisión Europea. Como ejemplo de lo anterior mencionaba los *acuerdos negociados*, que carecían de un procedimiento específico y podrían afectar a los derechos de los administrados, pues tales acuerdos no eran objeto de publicación y no podrían hacerse valer ante otras autoridades de defensa de la competencia.

La Comisión Europea ha sistematizado sus procedimientos a través de varios instrumentos normativos. En lo que se refiere a los acuerdos negociados, adoptó una comunicación en 2008 que regula los procedimientos de acuerdos negociados, o *settlement*, y que aborda varias de las cuestiones planteadas por el profesor Menéndez. En la actualidad, las empresas investigadas por la Comisión Europea pueden optar a un acuerdo negociado, que les permitirá obtener una reducción del 10 % de la multa a imponer. Si bien es cierto que las decisiones de *settlement* son más reducidas y menos detalladas que las decisiones ordinarias, la Comisión debe indicar claramente en qué han consistido las negociaciones con las partes y cuáles son los hechos por ellas reconocidos.

Por tanto, con carácter general, estos procedimientos son garantistas de los derechos de los administrados. No obstante, uno de los retos que se ha planteado la Comisión Europea es la gestión de los llamados procedimientos mixtos, en los que solamente una parte de las empresas investigadas decide acogerse al procedimiento de *settlement*. En tales casos, la problemática radica en adoptar dos resoluciones distintas para el mismo expediente, siendo una menos detallada para incentivar los acuerdos negociados y teniendo la otra un mayor grado de

detalle para fundar la acusación contra la empresa que no accede al acuerdo.

En el ordenamiento español no existe un procedimiento de acuerdo negociado en virtud del cual el reconocimiento de los hechos pueda conllevar una reducción de la sanción. Pese a que existe la posibilidad de iniciar una terminación convencional, que resuelve el expediente con una validación de los compromisos ofrecidos por las partes y sin declaración de infracción, este procedimiento no es aplicable a casos de cárteles. En la actualidad, la CNMC está valorando la posibilidad de introducir un sistema de *settlement* similar al de la Comisión Europea, de manera que incentive a las empresas a colaborar y reconocer los hechos, reduciendo así la carga de la investigación y, al mismo tiempo, velando por los derechos de los administrados.

Con carácter independiente de los acuerdos negociados, en 1996, la Comisión Europea adoptó una comunicación sobre clemencia (actualizada en 2002 y 2006), en virtud de la cual las empresas que revelen la existencia de un cártel o colaboren con la autoridad aportando valor añadido para el descubrimiento de tal infracción podrán optar a una exención o reducción de la sanción que pudiera imponerse. El legislador español introdujo en nuestro ordenamiento un sistema similar a través de la *Ley 15/2007*.

En el diseño y aplicación de estos procedimientos de clemencia también se plantea un claro conflicto de intereses. Por un lado, deberá protegerse la información proporcionada por el solicitante de clemencia; pero, por otro lado, también resulta necesario que el resto de empresas investigadas tengan acceso a los medios de prueba sobre los que la autoridad pretende fundar la acusación.

Tanto en el ordenamiento europeo como en el español se ha optado por un mecanismo en virtud del cual las partes solamente tienen acceso a la solicitud de clemencia una vez adoptado el pliego de concreción de hechos —o el pliego de cargos en el caso de la Comisión Europea— de manera que puedan tener en cuenta estos documentos en sus alegaciones. No obstante, los documentos de clemencia cuentan con una protección adicional y las autoridades no permiten que el resto de partes hagan copias de las declaraciones del solicitante. Con carácter adicional, tanto la CNMC como la Comisión Europea deberán negarse —y están habilitadas para hacerlo— a proporcionar tales declaraciones ante la petición de un juez que esté conociendo de una reclamación de daños derivados de las conductas sancionadas por la autoridad.

3.2 · El derecho de los interesados a conocer la acusación y a la audiencia

Si bien para cualquier jurista pueden resultar evidentes las reflexiones realizadas por Aurelio Menéndez hace 25 años sobre el derecho de los interesados a conocer los hechos que se le atribuyen, su calificación jurídica y la posibilidad de que se imponga una sanción, los procedimientos en materia de competencia revisten algunas particularidades que hacen que estas cuestiones sigan siendo objeto de revisión judicial. En concreto, la separación en el sistema español de las labores de investigación y decisión en dos órganos distintos puede dar lugar a diferencias entre la acusación preliminar del órgano instructor y la declaración de infracción del encargado de la resolución.

La posibilidad de que la descripción de los hechos o su valoración jurídica adoptada por el órgano instructor sean modificadas tras la elevación del expediente al órgano de resolución ya fue analizada hace 25 años por el profesor Menéndez, entendiendo que solamente podrá resolverse sobre las conductas de las que se haya acusado a las partes, pues el pliego de concreción de hechos delimita el acto acusatorio. Si el órgano de decisión considerase que los hechos deben ser ampliados, tendrá que devolver el expediente al órgano instructor para que amplíe la acusación. También hacía referencia el maestro al derecho de audiencia como principio básico e indispensable para la validez de las actuaciones de los órganos de defensa de la competencia.

Nuestro procedimiento prevé la posibilidad de formular observaciones al pliego de concreción de hechos y a la propuesta de resolución, pero también en cualquier otro momento de la tramitación del expediente. En la obra antes citada, el profesor Menéndez se refería particularmente al carácter indispensable de la audiencia en los supuestos en los que, estando de acuerdo con la descripción de los hechos planteados por la investigación, el órgano instructor decide modificar su calificación jurídica.

Pues bien, la interpretación de la autoridad sobre la necesidad de la audiencia ante cambios en la calificación de los hechos investigados sigue estando sometida a debate en la actualidad y ha sido analizada recientemente por la Audiencia Nacional en su revisión de las resoluciones de la CNMC. En el asunto *S/0404/12 Servicios Comerciales AENA*, el Consejo de la CNMC decidió recalificar como un cártel la conducta considerada por la Dirección de Competencia como un intercambio de informa-

ción, mientras que en el expediente *S/0428/12 Palés*, el Consejo determinó que las dos conductas autónomas identificadas por la Dirección de Competencia (un acuerdo de fijación de precios y un intercambio de información) formaban realmente parte de la misma infracción. En ninguno de los dos casos el Consejo de la CNMC consideró necesario dar trámite de audiencia a las partes para que alegaran sobre el cambio de calificación, lo que sirvió para que la Audiencia Nacional anulara en el año 2017 las resoluciones sancionadoras al considerar imprescindible el trámite de audiencia. Todo ello, a pesar de que el cambio de calificación se refería a una infracción del mismo artículo y no tenía incidencia sobre el nivel de las multas.

Sin perjuicio de lo anterior, en una sentencia reciente el Tribunal Supremo ha confirmado que la autoridad no puede subsanar con el trámite de audiencia la quiebra de los principios y garantías del procedimiento sancionador. En el expediente *S/0425/12 INDUSTRIAS LÁCTEAS*, la Dirección de Competencia decidió —tras haber notificado el pliego de concreción de hechos— ampliar la duración de la participación de una de las empresas en las conductas investigadas. Esta ampliación se articuló mediante una corrección de errores materiales de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 105.2 de la *Ley 30/1992, de 26 de noviembre*. No obstante, considera el Alto Tribunal que la ampliación de la conducta atribuida a la empresa conllevó una actividad valorativa que excedía de la mera rectificación de un error material y, por tanto, constituía una verdadera revisión de oficio del pliego de concreción de hechos en perjuicio del administrado. Aclara la sentencia que esta alteración del procedimiento sancionador vulneró en sí misma el derecho de defensa y rechaza la alegación relativa a la inexistencia de indefensión material, al considerar que la concesión de un trámite de audiencia no era susceptible de subsanar el vicio procedimental.

Con carácter adicional a la posibilidad de que las partes realicen alegaciones por escrito ante la acusación de las autoridades, el profesor Menéndez también identificaba la celebración de vistas orales como una de las garantías fundamentales del derecho a la audiencia. Durante los últimos años esta práctica, antes común, ha caído en desuso. No obstante, entre las medidas comunicadas por el presidente de la CNMC en el año 2018 destinadas a reforzar jurídicamente sus actuaciones, se encuentra, precisamente, la intención de volver a celebrar vistas orales en aquellos casos en los que el Consejo deba resolver sobre materias complejas. De hecho, esta estrategia ya ha sido puesta en práctica por la

CNMC, con la celebración de una primera vista en el expediente *S/DC/0584/16 AGENCIAS DE MEDIOS*, a la que han seguido otras, como la celebrada en el asunto *S/DC/0565/15 LICITACIONES DE APLICACIONES INFORMÁTICAS*.

Como parte de esta misma estrategia para reforzar jurídicamente las actuaciones de la CNMC, a partir de este año las propuestas de resolución en expedientes sancionadores incluirán una propuesta de sanción. Esta medida había sido reclamada por una buena parte de los especialistas del sector, pues se entendía indispensable para garantizar el derecho a conocer la acusación y a la audiencia.

En concreto, hasta ahora, ni el pliego de concreción de hechos ni la propuesta de resolución de la Dirección de Competencia contenían indicaciones sobre el nivel de sanciones que se proponía imponer al Consejo. Esta práctica resultaba en una clara indefensión de los administrados que, por un lado, no tenían conocimiento pleno de la acusación, al obviarse la posible sanción como un elemento clave, y, por otro, no tenían la oportunidad de realizar observaciones o alegaciones sobre la multa que se proponía imponer. Es decir, el administrado no recibía ninguna información sobre la sanción —más allá del límite máximo previsto en la Ley— durante los 18 meses de tramitación del expediente. Solamente con la resolución que pone fin a la vía administrativa, y ya sin posibilidad de alegar en contrario, el administrado conocía la sanción impuesta.

Como último apunte en lo que se refiere al derecho a conocer la acusación, el profesor Menéndez señalaba en su trabajo de 1993 los riesgos derivados del derecho de los interesados a acceder al expediente administrativo, también indispensable para asegurar la validez de las actuaciones de las autoridades. En concreto, planteaba que tal acceso podría ser utilizado para conocer secretos comerciales de competidores. Se trata, una vez más, de un conflicto de intereses en el que están en juego la transparencia de las actuaciones administrativas, la defensa de los interesados en el procedimiento y la preservación del sistema de libre competencia. Ya hace 25 años se refería el maestro a diversas fórmulas utilizadas por las autoridades para conjugar la necesaria publicidad del procedimiento y el acceso al expediente con los intereses legítimos de las empresas. Mencionaba, por ejemplo, la posibilidad de solicitar el tratamiento confidencial de determinados datos, el deber de secreto de todos aquellos involucrados en el procedimiento o la incapacidad de la autoridad para utilizar datos declarados con-

fidenciales para fundamentar la acusación contra terceros.

Si bien estos mecanismos siguen teniendo una importancia fundamental en la actualidad, las autoridades de defensa de la competencia se enfrentan a nuevos retos en lo relativo al acceso a la información. Como ejemplo de lo anterior, cabe destacar lo ya mencionado respecto de la información aportada en el marco de las solicitudes de clemencia. También son fuente de conflictos de intereses el acceso al expediente por parte de perjudicados con el objeto de reclamar daños y perjuicios o los derechos reconocidos a los ciudadanos con carácter general bajo las nuevas normas de transparencia.

Todas estas cuestiones han delimitado la actuación del legislador europeo y español. En este sentido, las modificaciones a la *Ley de Enjuiciamiento Civil* introducidas por el *Real Decreto Ley 9/2017*, que transpuso al ordenamiento jurídico español la Directiva europea en materia de reclamaciones de daños por infracciones de competencia, establecen que el juez deberá tener en cuenta si la fuente de prueba que ordena exhibir contiene información confidencial y, en tal caso, adoptar las medidas necesarias para su protección. Cabe señalar que en el apartado 2 del artículo 283 bis b) de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* se aclara que, en el juego de los conflictos de interés antes mencionado, no podrá invocarse el de las empresas sancionadas en evitar acciones de reclamaciones de daños para solicitar la protección. Por su parte, la Comisión Europea modificó su reglamento de procedimiento (*Reglamento (CE) 773/2004*) y cuatro de sus comunicaciones en agosto 2015 a la luz de la mencionada Directiva en materia de reclamaciones de daños, con el objetivo de proteger los documentos de las investigaciones de la Comisión Europea ante la necesidad de hacer coexistir la aplicación pública y la privada del Derecho de la competencia.

3.3 · Inviolabilidad del domicilio e inspecciones domiciliarias

La última de las cuestiones que trataba el profesor Menéndez en su trabajo sobre los derechos del administrado en procedimientos de aplicación del Derecho de la competencia es, quizás, una de las más relevantes en la actualidad en España y en la Unión Europea, y que ha dado como resultado un mayor número de resoluciones anuladas: la inviolabilidad del domicilio y las garantías de las inspecciones domiciliarias.

La CNMC cuenta con amplísimas facultades de inspección justificadas por la naturaleza de las conductas prohibidas por las normas de defensa de la competencia y la necesidad de realizar inspecciones sorpresa. Si bien estos poderes de investigación no han experimentado variaciones significativas en los últimos años, la utilización de herramientas informáticas, tanto por las empresas como por las autoridades, sí ha afectado a la manera de llevar a cabo las inspecciones. En particular, en los últimos años se ha reducido la aprehensión de documentación en papel y ha ganado importancia el copiado de archivos electrónicos, conversaciones de mensajería instantánea o documentación en servicios de almacenamiento en la nube.

El desarrollo de las inspecciones por parte de los funcionarios de las autoridades no ha sido, con carácter general, objeto litigioso, con la excepción de la aprehensión de documentación ajena a la orden de investigación. En cambio, la mayor parte de los recursos contra inspecciones de la CNMC están relacionados con la entrada en el domicilio de la empresa y la validez del consentimiento prestado al someterse a la inspección.

De acuerdo con lo indicado en el trabajo del profesor Menéndez, toda inspección de la autoridad española requiere un mandato de la Dirección de Competencia, en el que consten el objeto, fin y alcance de la investigación, los sujetos investigados, la fecha y los funcionarios habilitados. Este requisito es, sin duda, indispensable para asegurar la tutela de los derechos de los administrados durante una inspección domiciliaria y, en último término, la validez de la actuación de la autoridad.

Dicho lo anterior, para que la orden de investigación emitida por la directora o el director de Competencia cumpla con esta función de garantía de los derechos del inspeccionado, resulta imprescindible que la descripción de los elementos de la investigación sea lo suficientemente detallada para permitir al administrado conocer el alcance y los límites de la inspección. Fue precisamente la falta de concreción mínimamente exigible que permitiera a la entidad investigada conocer la finalidad y el alcance de la inspección lo que llevó al Tribunal Supremo a anular, en 2014, la inspección llevada a cabo por la autoridad en la sede de UNESA, la patronal eléctrica, en 2009.

La misma conclusión alcanzó en 2015 en relación con dos inspecciones llevadas a cabo en instalaciones de TRASMEDITERRÁNEA, al entender que las órdenes de inspección eran sumamente genéricas, lo que supuso que las inspecciones fueron llevadas

a cabo con vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. La Audiencia Nacional también estimó recientemente —en julio de 2018— el recurso formulado por FAURECIA contra una inspección de la CNMC por el carácter genérico de la orden de investigación y la ausencia de explicaciones sobre los indicios con los que contaba para ordenar la inspección. Aclaró la Audiencia Nacional que la firma del consentimiento por parte de la empresa no puede subsanar la actuación administrativa que vulneró el derecho a la inviolabilidad del domicilio.

El Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional también han tenido oportunidad de pronunciarse sobre el efecto que tiene la existencia, o ausencia, de una autorización judicial en la validez del consentimiento prestado por la empresa. Como indicaba don Aurelio, la entrada en el domicilio de la empresa podrá realizarse con el consentimiento de sus representantes o mediante mandamiento judicial, sin que sea necesaria para la obtención del mandamiento judicial la previa oposición del empresario. Tal requisito privaría de eficacia las inspecciones en materia de competencia, al eliminar el elemento de sorpresa. Por ello, pese a que no es necesario que la autoridad de competencia solicite autorización judicial si existe consentimiento por parte de la empresa, es habitual que las inspecciones se realicen previa obtención de tal mandato.

No obstante lo anterior, en junio de 2015 el Tribunal Supremo resolvió en el asunto MONTIBELLO el recurso planteado contra una inspección domiciliaria llevada a cabo por la autoridad de competencia tras haber solicitado autorización judicial y haber sido esta denegada por el juzgado. El Tribunal Supremo confirma que la denegación de la autorización no es un requisito insalvable para llevar a cabo la inspección, que podría realizarse con el consentimiento de la empresa inspeccionada. Sin embargo, establece que tal consentimiento de la empresa afectada debería proporcionarse con plenitud de conocimiento sobre aquello que autoriza, lo que requería, en el caso concreto, que la autoridad informase a la empresa sobre la denegación de la autorización por parte del juzgado. Ante la ocultación de este hecho por el equipo inspector, considera el Alto Tribunal que el consentimiento prestado por la empresa estaba viciado y, por tanto, anula la labor inspectora.

El Tribunal Supremo ha vuelto a pronunciarse recientemente sobre el papel que desempeña en la validez del consentimiento prestado por la empresa la ocultación de la existencia o ausencia de una

autorización judicial. En concreto, en una sentencia de septiembre de 2018, el Alto Tribunal analiza un supuesto de hecho algo distinto, en el que la inspección se llevó a cabo por parte de la CNMC en la sede de REPSOL sin haber solicitado autorización judicial. Aunque en este caso no se había denegado la autorización, cuando la empresa solicitó al equipo inspector que le informara sobre si contaban con mandato judicial, los instructores se negaron a aportar ninguna información. En este escenario, la empresa consintió la entrada en el domicilio y se llevó a cabo la inspección. El Tribunal Supremo considera que la respuesta elusiva del equipo era equiparable a una ocultación, por lo que el consentimiento de la empresa estaba viciado.

La anulación de la labor inspectora de la autoridad conlleva, necesariamente, que la documentación recabada no pueda ser utilizada para probar las presuntas infracciones. En ausencia de tal material probatorio, la mayor parte de las resoluciones afectadas también deben ser anuladas.

4 · ¿QUÉ PODEMOS ESPERAR DE LOS PRÓXIMOS 25 AÑOS DE APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN ESPAÑA?

Las palabras de Aurelio Menéndez en el discurso con motivo de su investidura como doctor *honoris causa* por la Universidad Carlos III de Madrid nos sirven de guía hoy, como lo hacían hace 25 años. Se refería el maestro a una «*idea de protección institucional*» y a la «*necesidad de tutelar la institución misma del mercado y de la competencia desde la perspectiva de su función social*». Nos encontramos hoy con nuevos retos o, mejor dicho, nuevas manifestaciones de los mismos retos.

El desarrollo del Derecho y, en particular, del Derecho de la competencia vendrá marcado por la tecnología e innovación disruptivas. Durante los últimos años han sido objeto de análisis los efectos que podrán tener en el mercado tecnologías como el *blockchain* (especialmente las criptomonedas), los algoritmos o el *big data*. Hemos sido capaces de identificar algunos de los potenciales problemas que pueden plantear estas tecnologías, entre los que destacan los intercambios de información comercialmente sensible, la coordinación automática e indirecta de precios o la consideración de determinados datos como recursos esenciales. No obstante, las aplicaciones futuras de estas tecnologías son imposibles de prever, como lo son sus potenciales riesgos para la competencia.

Las respuestas a estos retos deberán ser, necesariamente, multidisciplinares. Es imposible analizar cuestiones relativas al *big data* sin conjugar el Derecho de la competencia y la protección de datos. Asimismo, la operativa en plataformas y foros globales requerirá que el Derecho nacional se adapte a la evolución de estas tecnologías y a las nuevas formas de operar en los mercados.

Don Aurelio hablaba en su discurso sobre el desplazamiento del eje de su disciplina desde la empresa a una idea totalizadora del mercado, en la que identificaba a la empresa, la Administración y el consumidor como sus tres pilares básicos. Hoy los modelos de economía colaborativa, las *start-ups* o los llamados *two-sided markets* han revolucionado esta concepción de mercado. Consumidores y emprendedores buscan estructuras menos rígidas como alternativa a la empresa tradicional y modelos de colaboración informal que dan lugar a una confusión de los roles tradicionales. La convivencia de las nuevas estructuras con los modelos tradicionales genera conflictos de interés entre corrientes opuestas. El Derecho de la competencia deberá desempeñar un papel relevante en varios de estos conflictos en relación, entre otros, con el acceso por parte de nuevos operadores a recursos de las empresas tradicionales, la liberalización de los mercados y la eliminación de barreras, o las distintas obligaciones que resultan de aplicación a operadores que actúan en un mismo mercado, pero con modelos de negocio muy distintos.

Dicho lo anterior y pese a ser conscientes del reto que supone la revolución tecnológica y cultural de nuestro tiempo, el análisis del trabajo del profesor Menéndez muestra que algunos problemas de la aplicación del Derecho de la competencia son atemporales. Aunque en los últimos 25 años han surgido nuevos retos (como los relacionados con las reclamaciones de daños o los programas de clemencia), todos ellos están vinculados al conflicto de intereses que se produce entre la aplicación de las normas de defensa de la competencia, en protección del bien común, y los intereses particulares. La tutela de los derechos de los administrados debe ser un eje fundamental en la aplicación pública del Derecho de la competencia, pues de ella depende su efectividad. Todo ello, sin perder de vista el difícil equilibrio entre el previsible desarrollo de las acciones de daños y otras manifestaciones de la aplicación privada, como los programas de clemencia, que suponen la principal fuente de expedientes sancionadores.