



# **RESPUESTA EUROPEA AL CONTROL JUDICIAL LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA: ESPECIAL ATENCIÓN AL TEST DE RACIONALIDAD Y AL CONTROL DE PLENA JURISDICCIÓN EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA**

## **EUROPEAN RESPONSE TO JUDICIAL CONTROL OF ADMINISTRATIVE DISCRETION: SPECIAL ATTENTION TO THE TEST OF RATIONALITY AND THE CONTROL OF FULL JURISDICTION IN COMPETITION LAW**

SANTIAGO SOLDEVILA FRAGOSO<sup>1</sup>

---

### **RESUMEN**

El control jurisdiccional de las resoluciones de la Administración constituye uno de los objetos centrales del Derecho Administrativo. Un Estado moderno en el que deben compatibilizarse principios democráticos con la eficacia de la Administración requiere la adopción de reglas claras y precisas en orden a delimitar la extensión del control jurisdiccional de la Administración. Esta necesidad se hace más patente en el ámbito administrativo-económico, donde la Administración goza de un amplio margen de actuación discrecional. En este contexto, el control, de racionalidad de la actuación administrativa se ofrece como una técnica de control eficaz, plenamente respetuosa tanto con las competencias de la Administración, como con los derechos fundamentales de los administrados.

### **PALABRAS CLAVE**

Justicia europea | Actividad administrativa | Control judicial | Pleno y Limitado | Control de racionalidad | Competencia de plena jurisdicción | Sanciones administrativas de carácter penal

### **SOBRE EL ARTÍCULO**

El presente artículo fue recibido por la Comisión de Publicaciones el 17 de agosto de 2021 y aprobado para su publicación el 21 de abril de 2022.<sup>1</sup>

---

### **ABSTRACT**

The jurisdictional control of Administration's resolutions constitutes one of the central objects of Administrative Law. A modern State in which democratic principles must be reconciled with the efficiency of the Administration requires the adoption of clear and precise rules in order to delimit the extent of the jurisdictional control of the Administration. This need is more evident in the administrative-economic sphere, where the Administration enjoys a wide margin of discretionary action. In this context, the control of the rationality of administrative action is offered as an effective control technique, fully respectful for both Administration's competences and fundamental rights of the administered.

### **KEYWORDS**

European Justice | Administrative activity | Judicial control | Full and limited | Rationality control | Jurisdiction of full jurisdiction | Administrative penalties of a criminal nature

---

<sup>1</sup> Magistrado de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional. Madrid. Juez del Tribunal General de la Unión Europea. Luxemburgo. (2007/2013).

## CONTENIDO

**1.** Introducción; **2.** La esencia de la jurisdicción contencioso-administrativa; **3.** Necesaria aclaración de conceptos; **4.** La arquitectura judicial europea, **4.1.** Disposiciones proferidas a raíz de la pandemia, **4.2.** Los distintos Tribunales que conforman las jurisdicciones europeas y el sentido de su jurisprudencia; **5.** El control limitado ante el Tribunal General y su problemática: Hacia un control de racionalidad confirmado por el Tribunal de Justicia; **6.** El carácter penal de las sanciones administrativa y sus consecuencias desde la óptica del control judicial; **7.** La competencia de plena jurisdicción; **8.** Conclusiones.

### 1. INTRODUCCIÓN

La Revolución Francesa de 1789 nos trajo el Derecho Administrativo y con el mismo, un drástico cambio en las relaciones de los ahora ciudadanos, con el Poder constituido.

Bajo la invocación de los principios de legalidad y libertad, solemnemente proclamados en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793, se adopta el concepto de acto arbitrario que se plasma en su artículo 11, según el cual: "Todo acto ejercido contra un hombre fuera del caso y sin las formas que la Ley determine, es arbitrario y tiránico. Aquel contra quien se quisiere ejecutar por la violencia, tiene derecho a repelerlo por la fuerza".

Ese inicial derecho a "repeler por la fuerza" las agresiones ilegítimas del poder, evoluciona rápidamente hacia un sistema más racional, consistente en el ejercicio de acciones judiciales ante una jurisdicción especializada como es la contencioso-administrativa.

De esta manera, podemos afirmar que el control sobre esta nueva Administración, concebida como una organización servicial dotada de personalidad jurídica que viene a sustituir al antiguo poder del Príncipe, se identifica con la misma esencia del Derecho Administrativo.

Paradójicamente, la naturaleza y extensión del control de la actividad administrativa constituye uno de los temas más antiguos y, a la vez, como tendremos ocasión de analizar, más actuales de los que pueden abordarse en el ámbito del Derecho Administrativo.

No obstante, antes de proceder a nuestro examen sobre el alcance y naturaleza del control judicial en general y de sus diferentes manifestaciones y grados de intervención, resulta conveniente recordar las reflexiones de Max Weber sobre la concepción de la posición del Juez en el marco de una sociedad organizada.

Así, en el capítulo Economía y Derecho de su obra "Economía y Sociedad"<sup>2</sup>, Max Weber (2009/1922) dedicó un riguroso y preciso comentario a la diferencia que puede advertirse entre la justicia racional, que sería la propia de nuestro sistema de jurisdicción contencioso-administrativa y la puramente emocional que identifica con el concepto de la "Justicia del Cadí", que era la dictada por los jueces musulmanes (Cadí), instalados en las mezquitas y que gozaban de gran autoridad en el ejercicio de su función.

La primera se basa en la aplicación de un bloque de legalidad preestablecido y sujeto a procedimientos rigurosos, mientras que la segunda es el fruto de pronunciamientos casuísticos basados en tradiciones sagradas con una mezcla de equidad, dando lugar a un puro subjetivismo en el que priman "lágrimas e insultos" de los litigantes, frente a una inexistente racionalidad en la decisión.

---

2 Un comentario más detallado al respecto lo encontramos en López Ayllón, S. (1998). El Juez en la sociología de Max Weber. Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/14798>

Como acertadamente nos dejó apuntado el sociólogo alemán, no basta con la existencia de un órgano judicial de resolución de conflictos, sino que es necesario que el mismo esté también sujeto a reglas de actuación objetivas y comúnmente aceptadas, pues en caso contrario habríamos sustituido un poder absoluto y arbitrario, el del Príncipe, por otro de la misma naturaleza personificado en el subjetivismo irracional del Cadí, en definitiva, del Juez.

## **2. LA ESENCIA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA**

La concepción clásica del sistema continental europeo y de aquellos países que han seguido este planteamiento, es tributaria del privilegio de autotutela de la Administración, es decir, de la "capacidad de innovar ejecutoriamente en las relaciones jurídicas de que es parte y de imponer sus decisiones frente a pretensiones o resistencias contrarias" (García de Enterría, 1997, p. 569).

En consecuencia, la mayor particularidad de la justicia contencioso-administrativa radica en el hecho incuestionable de que el juez opera a posteriori, para controlar la legalidad de la actuación o incluso de la falta de actividad de la Administración.

Su naturaleza es pues, revisora de la actuación administrativa y limita su competencia a verificar que, por parte de la Administración, se ha adoptado una resolución acorde con la legalidad y sin que pueda el Juez, en los supuestos en que la Administración ejercita competencias discrecionales, sustituirla y pronunciarse sobre la oportunidad política o conveniencia de una determinada resolución.

Esta construcción jurídica respeta plenamente el principio de división de poderes, piedra angular de un sistema democrático y ello en una doble vertiente: por una parte los Jueces se limitarán a controlar que las decisiones políticas o discrecionales de la Administración sean respetuosas con la legalidad vigente y por otra, esa misma Administración no podrá invocar "razones de Estado", para apartarse de los procedimientos legalmente establecidos y del contenido normativo del bloque de legalidad aplicable.

En definitiva, tal y como nos recuerda el profesor García de Enterría<sup>3</sup>, esta es la específica problemática de la jurisdicción administrativa y constituye toda su singularidad, sin que, por lo tanto, nos encontremos ante excepciones a los principios ordinarios de actuación de la justicia, sino de su adaptación a la materia sobre la que se aplica.

## **3. NECESARIA ACLARACIÓN DE CONCEPTOS**

Antes de entrar en nuestro análisis sobre la naturaleza y extensión del control que ejerce la jurisdicción contencioso-administrativa, resulta necesaria la precisión de una serie de conceptos ante el riesgo de que un uso ambivalente de los mismos genere equívocos de compleja reparación.

### **3.1. Sobre el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa**

Cuando nos referimos al carácter revisor de la Administración debemos entender superada una concepción inicial, particularmente rígida, según la cual, el mismo identifica la intervención judicial con una suerte de instancia administrativa más. La consecuencia de ello era que el Juez no podía tomar en consideración cualquier dato o prueba que no figurase en el expediente administrativo.

Frente a esto debe afirmarse que el proceso contencioso-administrativo, por exigencias del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, es un auténtico proceso jurisdiccional en el que, si bien se exige como presupuesto de admisibilidad la existencia de una actuación o inacción administrativa previa que lesione derechos e intereses de un particular, la misión del Juez consiste, en realidad, en

---

3 Eduardo García de Enterría, ob citada pág 571.

pronunciarse sobre todas las pretensiones que formule la parte recurrente en relación con el acto administrativo impugnado.

A dichos efectos puede analizar todo tipo de cuestiones, aunque no hubieran sido formalmente planteadas en sede administrativa o sobre las cuales no se hubiera pronunciado expresamente la Administración, siempre que, ciertamente, estén en plena conexión con el acto impugnado. Para ello, como es obvio, podrá practicar todas las pruebas que estime pertinentes, con independencia de las que se hubieran llevado a cabo en el procedimiento administrativo previo.

La consecuencia más inmediata de lo expuesto, es que el Juez puede declarar el reconocimiento de una situación jurídica individualizada e imponer conductas positivas a la Administración para restablecer el derecho vulnerado, todo ello más allá de la simple anulación del acto o de cualquier otra actuación u omisión imputable a la Administración.

Por esta razón, la doctrina e incluso legislaciones nacionales como la española (artículo 71.1 b) de la Ley 29/1998 de 13 de julio de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJCA), han calificado este tipo de actuación judicial como de plena jurisdicción, justamente porque con ella, además de anularse un acto por causa de su ilegalidad, el Juez tiene competencia para restablecer el derecho vulnerado.

Sin embargo, es preciso señalar que el concepto “competencia de plena jurisdicción” tiene un sentido coincidente en parte, pero diferente, en el ámbito de la jurisprudencia europea. Esta particularidad será desarrollada más adelante.

Finalmente, es importante insistir en que esa función revisora puede ejercerse sobre cualquier actividad u omisión de la Administración.

La Exposición de Motivos de la Ley española 29/1998 de 13 de julio reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa (LJCA), es muy gráfica a este respecto y señala lo siguiente: “Lo que realmente importa y lo que justifica la existencia de la propia Jurisdicción Contencioso-administrativa es asegurar, en beneficio de los interesados y del interés general, el exacto sometimiento de la Administración al derecho en todas las actuaciones que realiza en su condición de poder público y en uso de las prerrogativas que como tal le corresponde. No toda la actuación administrativa, como es notorio, se expresa a través de reglamentos, actos administrativos o contratos públicos, sino que la actividad prestacional, las actividades negociables de diverso tipo, las actuaciones materiales, las inactividades u omisiones de actuaciones debidas expresan también la voluntad de la Administración, que ha de estar sometida en todo caso al imperio de la ley. La imposibilidad legal de controlar mediante los recursos contencioso-administrativos estas otras manifestaciones de la acción administrativa, desde hace tiempo criticada, resulta ya injustificable, tanto a la luz de los principios constitucionales como en virtud de la crecida importancia cuantitativa y cualitativa de tales manifestaciones.

Por eso la nueva Ley somete a control de la Jurisdicción la actividad de la Administración pública de cualquier clase que esté sujeta al Derecho Administrativo, articulando para ello las acciones procesales oportunas”.

### **3.2. Sobre la intensidad del control jurisdiccional y el estándar de prueba exigible para tener por acreditada una determinada conducta**

Nuevamente nos encontramos ante conceptos generalmente empleados por la jurisprudencia y la doctrina, que necesitan ser precisados para evitar disfunciones en la comprensión de esta problemática.

El concepto “intensidad del control” se vincula justamente a los límites hasta donde puede llegar la intervención del Juez administrativo, que ya hemos dicho, se contrae a realizar un control de legalidad sobre la actuación de la Administración, sin invadir las competencias propias de la misma que deben ser respetadas.

Sin embargo, cuando nos referimos al “estándar de prueba exigible”, nos pronunciamos sobre el grado de convicción que la Administración debe producir ante el Juez, para que éste considere acreditados los elementos de hecho que se contienen en la resolución administrativa.

En definitiva, en este último caso nos encontramos ante un supuesto de valoración de la prueba que la Administración está obligada a aportar para justificar su resolución y que debe versar sobre su suficiencia e idoneidad para sostener la legalidad de su actuación.

### **3.3. Las dos manifestaciones de la intensidad del control: Los controles limitado y completo**

Aunque, como veremos a continuación, la intensidad del control judicial puede exteriorizarse básicamente de dos formas diferentes, en ambos casos y esto es particularmente relevante, el Juez debe dispensar una completa tutela judicial efectiva y realizar un control real de la actividad de la Administración.

#### **3.3.1. El mal llamado por la doctrina general y la jurisprudencia “control limitado”**

De entrada, ya advertimos sobre la desafortunada denominación de este tipo de control que ha provocado importantes niveles de confusión, pues la “limitación” del control no se refiere a su intensidad, sino al obligado respeto constitucional a los márgenes de actuación de la Administración y de sus competencias ejecutivas en el marco de la división de poderes, como ya anticipamos en el apartado II de esta exposición.

Así, en los casos en que el objeto de la actividad jurisdiccional recae sobre decisiones administrativas de carácter discrecional, la calificación de “control limitado” es tributaria de la doctrina de la discrecionalidad técnica de la Administración

En este supuesto el Juez ejerce su control sobre todos los elementos de hecho y derecho de la actuación administrativa, con la siguiente particularidad:

En relación con los hechos y el derecho aplicado el control es integral, lo que significa que el Juez es competente para enjuiciar dichos elementos y declarar, si ello fuera necesario, su falta de acreditación o bien la incorrecta aplicación de la normativa invocada, lo que determinaría la nulidad de la resolución impugnada.

Sin embargo, en este tipo de actuaciones, la Administración para fijar el contenido de su decisión, está obligada a efectuar un análisis de los distintos parámetros de pertinente consideración, para finalmente adoptar la decisión que considere más apropiada.

La particularidad reside en que, precisamente por esa facultad de apreciación conferida a la Administración, cualquiera de las opciones que se presentan ante la misma puede ser válida, siempre que la elección de una de ellas hecha por la Administración se produzca dentro del margen que tiene conferido.

En consecuencia y únicamente cuando se respeta lo antes dicho, el Juez con ocasión del ejercicio de su control no puede sustituir los criterios elegidos por la Administración, ni tampoco puede imponerle

una opción en particular entre las distintas que se le presentan, todas ellas lícitas y válidas, y eso, aunque el Juez considere que cualquiera de las distintas opciones es más correcto que la elegida por la Administración.

Es en este contexto en el que se invoca, de acuerdo con una jurisprudencia mayoritaria y plenamente consolidada, el denominado "control de racionalidad" de la actividad de la Administración que vamos a desarrollar con detalle más adelante y que en esencia, impone a la Administración que exteriorice un razonamiento coherente en el ejercicio de sus potestades discrecionales y, además, que el mismo esté basado en datos objetivos, comprobables por su incorporación al expediente administrativo.

### **3.3.2. El control completo**

Nuevamente la terminología empleada se presta al equívoco.

La única diferencia entre este tipo de control y el llamado control limitado, consiste en que el denominado control completo no se proyecta sobre la actividad discrecional de la Administración.

En consecuencia, la Administración solo puede adoptar una única resolución válida con el añadido de que la misma deberá coincidir con la legalidad invocada y aplicable al caso, por lo que se elimina cualquier margen de apreciación por su parte, más allá de verificar la concurrencia de los presupuestos fácticos y jurídicos necesarios para dictar su pronunciamiento.

Como puede observarse, también en este caso de control completo, al igual que ocurre en el supuesto de control limitado, el Juez, realiza un control integral sobre todos los elementos de hecho y de derecho de la resolución controvertida.

Sin embargo, y a pesar de esta identidad, cuando abordamos la revisión judicial proyectada sobre la actividad reglada de la Administración no se plantea la problemática doctrinal que incide sobre el mal llamado control limitado.

## **4. LA ARQUITECTURA JUDICIAL EUROPEA**

Los Tribunales europeos han desarrollado un importante cuerpo jurisprudencial sobre la cuestión que nos ocupa y lo han hecho en relación con el Derecho Administrativo Económico, singularmente con la actividad sancionadora de la Administración por infracciones del derecho a la libre competencia.

Por esta razón nuestro análisis se va a concentrar en un examen de dicha jurisprudencia, no sin antes significar los rasgos esenciales, tanto de la Unión Europea como del Consejo de Europa, pues sus presupuestos determinan el sentido y alcance de las decisiones de sus respectivos Tribunales.

En este examen van a destacarse dos cuestiones fundamentales: por una parte se expondrá con detalle la técnica que hemos denominado "control de racionalidad de la actividad de la Administración", que eleva la intensidad del control judicial sobre las competencias discrecionales de la Administración y por otra parte, analizaremos el concepto de "competencia de plena jurisdicción" en la jurisprudencia europea, cuyo significado incorpora algunas diferencias respecto del empleado por las legislaciones y jurisprudencia nacionales, en concreto por la española.

### **4.1. Dos organizaciones europeas relevantes**

Como es sabido, en el ámbito europeo existen dos organizaciones internacionales, independientes la una de la otra, pero que tiene un objetivo parcialmente común, como es la defensa y protección de

los derechos fundamentales. Sin embargo, obedecen a principios de organización, competencias y ámbito territorial singularmente diferenciado.

La organización más veterana es el Consejo de Europa, que fue creado por el Tratado de Londres, el 5 de mayo de 1949. Agrupa en la actualidad a 47 Estados de pleno derecho, además de otros cuatro observadores. Responde al principio de cooperación intergubernamental entre los Estados, es decir, en este caso no se producen cesiones del ejercicio de la soberanía nacional de los Estados integrantes de dicha organización. Tiene por finalidad específica la promoción, como objetivo principal, de la defensa, protección y promoción de los derechos humanos (en particular los civiles y políticos), la democracia y el estado de derecho.

La segunda organización y la más pujante en estos momentos, es la Unión Europea integrada por 27 Estados miembros.

Sus orígenes se encuentran en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), firmado en París el 18 de abril de 1951 y sus normas primarias vigentes son el Tratado de la Unión Europea (TUE) y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), ambos en sus versiones consolidadas firmadas en Lisboa y que entraron en vigor el 1 de diciembre de 2009.

La Unión Europea tiene carácter supranacional, lo que implica que los Estados miembros ceden en favor de la Unión el ejercicio de su soberanía sobre una amplia gama de materias, persiguiendo un objetivo federalizante que, sin embargo, está siendo cuestionado en la actualidad por el auge en los Estados de la Unión de las nuevas políticas que refuerzan los sentimientos de identidad nacional frente al proyecto común europeo.

La protección de los derechos fundamentales y el fomento de la democracia, constituyen también un objetivo prioritario de la Unión, coincidente en este extremo con el Consejo de Europa.

#### **4.2. Los distintos Tribunales que conforman las jurisdicciones europeas y el sentido de su jurisprudencia**

Ambas organizaciones cuentan con Tribunales propios para garantizar el cumplimiento de sus respectivos Tratados, aunque, ciertamente, cada uno de ellos ejerce sus competencias de acuerdo con sus propios principios inspiradores a los que acabamos de aludir.

El Consejo de Europa cuenta con un órgano jurisdiccional con sede en Estrasburgo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que es el máximo intérprete del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales que fue firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 y cuya ratificación resulta obligatoria para todos los Estados miembros de la referida organización.

A dicho Tribunal, que se articula y concibe como un Tribunal internacional propiamente dicho, puede acceder cualquier ciudadano que estime vulnerado el Convenio por la acción de los Estados miembros. Ahora bien, sus resoluciones solo tienen efecto ejecutivo entre las partes litigantes, sin perjuicio del valor informador de su jurisprudencia para los restantes Estados, que podrán ser demandados en caso de no aplicar los criterios jurisprudenciales del Tribunal.

No obstante, a pesar de su carácter unificador, el TEDH admite, bajo ciertas condiciones, que los Estados invoquen márgenes nacionales de apreciación en la aplicación de su jurisprudencia que, lógicamente no pueden desnaturalizar el sentido de la jurisprudencia del Tribunal.

Por su parte, la Unión Europea se organiza sobre la base del régimen institucional y el llamado método comunitario.

Ello supone la creación de Instituciones, que se conciben como organizaciones burocráticas reguladas por el Derecho Primario, es decir, por los Tratados constitutivos de la Unión y que aseguran el funcionamiento de determinadas áreas de actividad esenciales para la propia organización viniendo, en cierto modo y no de manera exclusiva, a configurar los tres poderes clásicos del Estado democrático y liberal: Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

Una de sus Instituciones, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, está destinada a garantizar la organización judicial de la Unión y la aplicación uniforme de su Derecho, tal y como señala el artículo 19 del Tratado de la Unión Europea.

A simple vista puede resultar sorprendente, que se reserve la denominación de "Tribunal de Justicia de la Unión Europea" a una Institución, es decir, a un entramado organizativo y no a un órgano judicial propiamente dicho, por lo que resulta necesario realizar alguna precisión al respecto.

El mismo artículo 19 del Tratado de la Unión Europea especifica que dicha Institución, alberga dos órganos judiciales, estos sí, propiamente dichos: El Tribunal de Justicia (TJ) que existe desde el origen de la Unión, y el Tribunal General (TG, antiguo Tribunal de Primera Instancia) creado en 1989.

Dicho lo anterior y aunque la denominación de Tribunal de Justicia de la Unión Europea se emplea en el lenguaje cotidiano para designar al Tribunal de Justicia, resulta conveniente conocer esta distinción.

Es importante destacar que las resoluciones de ambos Tribunales gozan de efectos "erga omnes" y en virtud del principio de primacía del Derecho la Unión desplazan a la jurisprudencia y legislación de los Estados miembros que se opongan a la misma. En consecuencia, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es la primera fuente del derecho de los Estados miembros desplazando incluso la aplicación de normas de rango constitucional si bien respecto de la incidencia de la normativa europea sobre estas últimas existe una amplia polémica.

El Tribunal de Justicia (TJ) se concibe como la más alta instancia jurisdiccional de la Unión y tiene competencias tanto de orden constitucional, como también casacional, pues revisa por medio del recurso de casación las sentencias del Tribunal General y con ello garantiza la unidad del criterio jurisprudencial.

En este contexto, su examen se concentra en la revisión de las cuestiones de derecho, sin poder corregir los hechos declarados probados por el Tribunal General. Tampoco podrá, como veremos sustituir las apreciaciones que el Tribunal General realice en el ejercicio de su competencia de plena jurisdicción salvo manifiesta desproporcionalidad de las mismas, concepto autónomo del Derecho de la Unión el de la plena jurisdicción al que nos referiremos más adelante.

El Tribunal General se concibe para conocer en primera instancia de los recursos contra las resoluciones de todas las Administraciones de la Unión y singularmente las de la Comisión Europea, siendo, por ello, el único órgano jurisdiccional de la Unión que tiene conferida la misión de revisar todos los puntos de hecho y de derecho de las referidas Decisiones como se desprende de los artículos 256 y 263 del TFUE.

En definitiva, es su concurso el que en realidad valida el sistema de control jurisdiccional respecto de la actividad de la Administración europea, de acuerdo con las exigencias impuestas por la importante Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH) de 27 de septiembre de 2011, asunto



Menarini, apartados 59 a 66, que establecen la necesidad de un control judicial completo sobre los elementos de hecho y derecho de las resoluciones administrativas.

En el ejercicio de su actividad de control, el TG puede ejercitar la competencia de plena jurisdicción exclusivamente respecto de las sanciones de multas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 261 del TFUE, lo que, anticipamos, implica una excepción al carácter puramente revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa.

En efecto, cuando el TG actúa en el ejercicio de competencia de plena jurisdicción y solo puede hacerlo a petición explícita de las partes, impone directamente las multas por lo que puede prescindir de los criterios y elementos probatorios valorados por la Comisión en su resolución previa, con la consecuencia de no solo puede anular la multa, sino imponerla en una cuantía superior a la fijada por la Comisión.

Este es, insistimos, un concepto propio del Derecho de la Unión, con significado en este aspecto distinto del que pueda atribuírsele en el ámbito nacional y que el TG ejerce de forma exclusiva, sin perjuicio de la eventual revisión que de sus resoluciones pueda realizar el Tribunal de Justicia que, a estos efectos, como veremos, tiene una función limitada.

Dicho esto, el desarrollo de esta exposición va a centrarse en examen de la jurisprudencia de los dos Tribunales de la Unión Europea, en los que se proyecta la influencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

## **5. EL CONTROL LIMITADO ANTE EL TRIBUNAL GENERAL Y SU PROBLEMÁTICA: HACIA UN CONTROL DE RACIONALIDAD CONFIRMADO POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA**

Dado que el control completo no plantea problemas de especial consideración, esta exposición va a concentrarse en el tratamiento jurisprudencial del control limitado y lo hacemos en los siguientes términos:

1. La temprana sentencia del Tribunal de Justicia dictada el 13 de julio de 1966 en el asunto 56 y 58/64 Costen-Grunding, contiene una expresión que se ha mantenido a lo largo del tiempo y aún ahora se mantiene, que ha dado lugar a muchos equívocos.

Concretamente se indica en la misma, a propósito de la posibilidad de declarar que una conducta anticompetitiva pudiera merecer una exención y en consecuencia permitirse su desarrollo sin reproche sancionador, que, “el ejercicio de las competencias de la Comisión entraña necesariamente apreciaciones complejas en materia económica”, por lo que “el control jurisdiccional de dichas apreciaciones debe respetar este carácter y limitarse al examen de la realidad de los hechos y de las calificaciones jurídicas que la Comisión deduce de ellos”.

2. Sobre esta base, el Tribunal de Justicia adoptó una posición pasiva ante la Comisión, reconociéndole un amplio margen de discrecionalidad exento de un control jurisdiccional efectivo respecto de la valoración de lo que debía entenderse por “apreciaciones económicas complejas”.

Se consagró con ello “la doctrina del error manifiesto”, que estuvo vigente en el Tribunal de Justicia durante más de 30 años y que reducía el control de la justicia europea sobre la actividad de la Comisión a ese único supuesto.

3. Mediante la sentencia de 31 de marzo de 1998, asunto C-68/94 Kali und Salz, apartados 228 y ss, el Tribunal de Primera Instancia anuló por primera vez una resolución de la Comisión en materia de concentración económica y supuso una llamada de atención por parte de la jurisprudencia.

4. Un importante y ya definitivo cambio en la jurisprudencia se produce a iniciativa del Tribunal de Primera Instancia, con las importantes sentencias de 22 de marzo de 2000, asunto T-125/97 Coca Cola, de 6 de junio de 2002 asunto T-342/99 Airtours, de 22 de octubre de 2002 asunto T-310/01 Schneider Legrand y la de 25 de octubre de 2002 asunto T-5/02 Tetra Laval.

5. Esta última sentencia fue confirmada por la Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de febrero de 2005, asunto C-12/03, apartado 39, y consolida el definitivo giro jurisprudencial en materia de control jurisdiccional de operaciones de carácter económico, que se concreta en su apartado 39 en los términos que se exponen a continuación.

6. A partir de este momento, se abandona la doctrina del control del error manifiesto de apreciación de la Comisión como margen de control de los Tribunales de la Unión y se impone al Juez, de entrada, la obligación de verificar la exactitud material de los elementos probatorios invocados en la resolución, su fiabilidad y su coherencia. Además, el Juez debe comprobar si tales elementos "constituyen el conjunto de datos pertinentes que deben tomarse en consideración para apreciar una situación compleja y si son adecuados para sostener las conclusiones que se deducen de los mismos".

7. En definitiva, el Juez debe adoptar una posición activa y comprobar la racionalidad y coherencia de la decisión, lo que implica que si supera ese test debe ser confirmada y anulada en caso contrario.

Resulta muy importante destacar que, en el supuesto de que la parte recurrente aporte un análisis económico alternativo también razonable y válido que pueda justificar la adopción de una solución distinta a la seguida por la Administración, pero no consiga acreditar la existencia de inconsistencias en la resolución administrativa, la resolución deberá ser confirmada y desestimado el recurso.

Ello es así, tal y como ya habíamos anticipado, como consecuencia del ejercicio de una competencia discrecional legalmente atribuida a la Administración.

8. Si bien todas estas sentencias se refieren a operaciones de concentraciones económicas, su doctrina se aplicó de manera expansiva a todos los supuestos de sanciones por infracción del Derecho de la Competencia e incluso con carácter general para el control de todo tipo de resoluciones de la Administración dictadas en el ejercicio de facultades discrecionales.

9. A todo esto hay que añadir, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de septiembre de 2011, asunto Menarini Diagnostics, que ha tenido una sustancial influencia en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en esta materia, como evidencian las sentencias de 18 de julio de 2013, asunto Schindler Holding, Chalkor y Otis /Comisión C-501/11 o la de 10 de julio de 2014, asunto C-295/12 Telefónica, apartado 53 y siguientes.

10. Esta jurisprudencia destaca la obligación del Juez de garantizar el respeto al derecho a la tutela judicial efectiva, a ser enjuiciado por un tribunal imparcial y mediante un juicio justo.

11. Particularmente se indica que, si bien se reconoce a favor de la Comisión un margen para realizar apreciaciones económicas complejas, no por ello el Juez debe abstenerse de controlar la interpretación de los datos económicos realizada por la Comisión.

12. En definitiva, el concepto "apreciaciones complejas" no puede asimilarse a la idea de que la comprensión de la resolución administrativa es de difícil entendimiento, pues lo único que indica dicha expresión es que la Administración al tomar su decisión debe valorar un número significativo de parámetros de distinta naturaleza. Eso es precisamente lo que determina su complejidad, como sinónimo, en realidad, de la heterogeneidad de elementos considerados.

## **6. EL CARÁCTER PENAL DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVA Y SUS CONSECUENCIAS DESDE LA ÓPTICA DEL CONTROL JUDICIAL**

Planteamiento de la cuestión.

1. La gran cuantía y severidad de las multas que se imponen en el ámbito del Derecho de la Competencia y en general en toda la actuación administrativa, ha suscitado una viva polémica sobre el carácter penal de este tipo de sanciones, lo que tiene claras consecuencias sobre las garantías procesales al efectuar el control judicial.

2. Es importante precisar que, en todo caso, este tipo de sanciones son administrativas pues se imponen por órganos de la Administración, por lo que el hecho de que les añada el calificativo de carácter o naturaleza penal, no desvirtúa su condición de sanción administrativa.

3. La consecuencia de esta calificación adicional como penal, es la de reforzar las garantías procesales y sustantivas en el momento de su imposición y control.

4. Desde un punto de vista ontológico, tanto las sanciones administrativas como las estrictamente penales, constituyen una manifestación del poder sancionador del Estado, pero la realidad nos muestra el nivel de garantías en su adopción y control no es el mismo siendo claramente mayores las que se contemplan en el proceso penal.

5. Ciertamente un examen comparativo de las garantías adoptadas en uno u otro caso, nos permite constatar la existencia de importantes diferencias entre ambas a pesar de que las sanciones administrativas económicas pueden ser superiores a las penales, lo que ha provocado una reacción de la jurisprudencia europea para corregir esta paradoja.

6. En este sentido podemos citar la escasa inmediación y oralidad en la imposición de sanciones administrativas, el carácter dudosamente imparcial del órgano sancionador que es un órgano de la propia Administración, si lo comparamos con la independencia de los órganos judiciales, y el constante empleo por la Administración de normas de rango reglamentario para completar los tipos sancionadores a lo que se añade la falta de concreción de la norma sancionadora integrada en numerosas ocasiones por conceptos jurídicos indeterminados.

7. Podríamos añadir la ausencia de efectos de cosa juzgada de la resolución administrativa sancionadora y la inaplicación en sede administrativa del principio non bis in ídem procesal.

8. Así las cosas, la celeridad en la tramitación del procedimiento administrativo y la eficacia de la resolución sancionadora derivada del principio de autotutela, por comparación con los procedimientos judiciales, ha provocado un fenómeno en el entorno europeo, favorable a la despenalización de conductas delictivas que se han transformado en infracciones administrativas.

9. Esta forma de proceder puede ser aceptable desde la óptica de los principios de buena administración, eficacia, celeridad o economía, pero siempre deben respetar una serie de garantías que la jurisprudencia ha exigido con vehemencia.

10. Resulta obligado pues, encontrar un equilibrio entre los intereses de la Administración y los de los particulares.

Respuesta jurisprudencial.

1. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha elaborado una amplia jurisprudencia sobre esta cuestión que se inició con la sentencia Engel de 8 de junio de 1976 en la que se calificó como sanción administrativa de carácter penal el arresto administrativo de un militar como consecuencia de una infracción disciplinaria.

2. En orden a atribuir la naturaleza “penal” a estas sanciones, la sentencia Engel pondera la concurrencia de tres criterios: la calificación por la ley nacional de la infracción como administrativa o penal, su gravedad intrínseca y la severidad de la sanción.

3. Así, se concluye que el criterio dominante y decisivo es el segundo, esto es, la gravedad intrínseca de la infracción que se determina por su carácter punitivo y disuasorio respecto del público en general, permitiendo su sola concurrencia la calificación de la sanción como penal.

4. De manera constante la jurisprudencia posterior se refiere a la doctrina Engel y al examen de estos tres criterios como referencia para la calificación como penal de determinadas sanciones administrativas, por lo que dicha sentencia Engel debe calificarse como un auténtico “leading case” en la jurisprudencia europea

5. Mediante la sentencia de 21 de febrero de 1984, Gran Sala, asunto Öztürk contra Alemania, en su apartado 49, el TEDH señala que el Convenio no se opone a la calificación que, en su derecho interno, puedan hacer los Estados respecto de las distintas infracciones y tampoco se opone al creciente fenómeno de la descriminalización de conductas delictivas, siempre que ante ese fenómeno se respeten determinadas garantías propias del proceso penal.

6. En este contexto, la opción de pasar a sancionar determinadas conductas inicialmente penales, aunque de menor carga antijurídica, como infracciones administrativas, puede estar justificada por razones de buena administración y eficacia. Sin embargo, ello no puede servir para eludir la aplicación de las garantías establecidas por el Convenio y su finalidad, con especial mención de su artículo 6.1 en la medida en que consagra las garantías procesales del proceso penal.

7. Otras sentencias relevantes del TEDH que han ido añadiendo garantías y conformando el concepto de sanción administrativa de carácter penal, son las de 23 de noviembre de 2006, Gran Sala, asunto Jussila contra Finlandia, de 15 de noviembre de 2016, Gran Sala. Asunto A. y B. contra Noruega, o la de 6 de noviembre de 2018, Gran Sala, asunto Ramos Nunes de Carvalho e Sá contra Portugal.

8. La referida sentencia Jussila, en su apartado 43 introduce una matización relevante en la doctrina del TEDH, pues señala que las sanciones administrativas de carácter penal tienen, a su vez, distinto peso y que no todas conllevan el mismo nivel de estigma.

En consecuencia, concluye que el artículo 6.1 del Convenio no resulta siempre aplicable en su integridad a este tipo de infracciones, lo que le lleva a excluir en el caso enjuiciado, cuyo objeto era la revisión de un recargo por falta de ingreso en plazo de un impuesto, el derecho del sancionado a una vista oral.

9. La reciente STEDH de 30 de junio de 2020, asunto Saquetti, contra España, exigió que, en determinadas circunstancias, debe establecerse un sistema de doble grado de jurisdicción con competencia plena para la revisión de las sanciones administrativas de carácter penal.

10. Las excepciones a este doble grado de jurisdicción se contraen a los supuestos de menor gravedad de la sanción, en clara referencia a la cuantía de las multas puesta en relación con la capacidad económica del sancionado. Este criterio incorpora una fuerte carga de subjetivismo que relativiza el umbral de intervención judicial y hace difícil una aplicación homogénea de la norma que contempla el acceso a los recursos.

11. También constituye una excepción al doble grado de jurisdicción, el supuesto en que la sanción es juzgada en instancia única por el órgano jurisdiccional de mayor rango del país.

12. En el ámbito de la Unión Europea, la STJUE de 18 de julio de 2013, asunto Schlinder, C-501/11), apartados 33 y ss, ha realizado una interpretación integradora de los artículos 6.1 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos (CEDH) y el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, para concluir que no se vulneran dichos preceptos que garantizan la tutela judicial efectiva, por el hecho de que la sanción sea impuesta por un órgano administrativo, la Comisión, siempre que el que posteriormente puedan ser revisadas por los Tribunales de la Unión en todos sus aspectos.

13. Nuevamente se aprecia el impacto de la STEDH de 27 de noviembre de 2011, asunto Menarini, en esta jurisprudencia. Destacan los apartados 59 y ss, de la misma que expresamente admite esta circunstancia siempre que la resolución sancionadora administrativa, pero de carácter penal por su carga antijurídica, pueda ser sometida a un control judicial realizado por un Juez independiente, con competencia plena para anular cualquier punto de hecho como de derecho de dicha resolución.

14. Ese nivel de control judicial se garantiza, tanto por el llamado control judicial pleno, como por el limitado, siempre que éste se realice de acuerdo con los parámetros de racionalidad a que antes hemos hecho referencia y que son coincidentes con la jurisprudencia Menarini.

15. Frente a lo anterior, que ya es jurisprudencia consolidada, puede citarse una corriente crítica liderada por el voto particular que el Juez Pinto de Albuquerque formuló a la referida sentencia Menarini.

16. Dicho voto particular reclama un monopolio judicial para imponer sanciones de naturaleza penal, ya que las mismas constituyen una manifestación del "ius puniendi" del Estado por lo que muestra su oposición frontal a lo resuelto en la sentencia Menarini.

## **7. LA COMPETENCIA DE PLENA JURISDICCIÓN**

### **7.1. SU DELIMITACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH**

El TEDH, mediante la sentencia Menarini, antes citada, apartados 59 a 64 precisa que, con el ejercicio de la competencia de plena jurisdicción, los Tribunales gozan de facultades para reformar tanto los extremos de hecho como de derecho, contenidos en la resolución sobre la que ejercen su control.

No obstante, en el apartado 63, tras recordar que el Juez no puede sustituir las apreciaciones de la Administración en el ejercicio de sus potestades discrecionales, converge en lo que hemos denominado control de racionalidad de la Administración al subrayar que el Juez, en el ejercicio de su competencia de plena jurisdicción, siempre debe verificar el uso apropiado por la Administración de sus competencias cuando ésta realiza sus evaluaciones técnicas y muy especialmente debe controlar la proporcionalidad de la decisión impugnada.

Hasta aquí pues, constatamos una coincidencia entre los conceptos "competencia de plena jurisdicción" y "control de racionalidad", pero ésta no es total, pues el TEDH mediante la sentencia de 4 de marzo de 2004, asunto Silvester´s Horeca Service, apartado 28, subraya que el Juez podrá, en este caso sí, y solo en relación con las multas, sustituir a la Administración para reemplazar la sanción, modificarla por razones de equidad o, incluso, de oportunidad.

En definitiva, solo en relación con la revisión de las sanciones de multa, podrá el Juez prescindir del carácter revisor de su actuación y sustituir a la Administración en sus apreciaciones discrecionales.

## **7.2. Regulación legal y concepto en el ámbito de la Unión Europea**

El artículo 261 TFUE no define el concepto de plena jurisdicción, pues se limita a conferir a los Tribunales de la Unión su ejercicio, solo en relación con las sanciones y siempre que un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo les habilite para ello.

Esta exigencia legal se cumple con el artículo 31 del Reglamento CE 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado<sup>4</sup>, que tampoco nos ofrece su definición, pero se infiere que no puede catalogarse como un tipo de recurso autónomo.

No obstante, tal y como recoge una reiterada jurisprudencia de la que es un ejemplo la STJUE de 16 de noviembre de 2000, asunto KNP BT C-248/98, apartado 40, su característica fundamental se refiere al poder que otorga al Tribunal General para examinar el carácter apropiado de la multa y sustituir las apreciaciones de la Comisión, incluso por razones de equidad u oportunidad, sobre la base de elementos complementarios de información, que no necesariamente, obran en la Decisión misma.

## **7.3. Aspectos esenciales de su régimen jurídico (Legal, 2005)<sup>5</sup>**

### **7.3.1. Órgano competente para su ejercicio**

El artículo 261 del TFUE menciona al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pero no especifica cuál de los dos Tribunales es el competente para su ejercicio.

De acuerdo con una consolidada jurisprudencia de la que es un ejemplo la sentencia del Tribunal de Justicia (STJUE) de 18 de marzo de 2021 asunto Pometon SpA, C-440/19, apartados 135 y 136, es el Tribunal General el único órgano competente para modular la sanción por razones de equidad.

De acuerdo con los apartados 136 a 138 de la misma sentencia, el Tribunal de Justicia solo corregirá al Tribunal General en este cometido, cuando éste no respete el principio de igualdad de trato, no motive suficientemente su decisión o la misma conduzca a un resultado desproporcionado.

### **7.3.2. Condiciones formales para su ejercicio**

1. Las partes solo pueden pedir al Tribunal que ejercite su competencia plena jurisdicción en el seno de un recurso principal, como es el recurso de anulación, pues ésta carece de naturaleza autónoma. (Auto del Tribunal General de 9 de noviembre de 2009, asunto FNICGV, T-252/03, apartados 22 y 25).

2. El Tribunal solo puede ejercer esta competencia a instancia de parte, por lo que no puede hacerlo de oficio. (STJUE de 8 de diciembre de 2012, asuntos Chalkor y KME, C-386/10, C-389/10, y C-272/10, apartados 64, 131 y 104).

3. Ambas partes pueden solicitar al Tribunal que actúe con plena jurisdicción en cualquier momento, incluso al empezar la vista oral, siempre que se respete el derecho de defensa del contrario de acuerdo con el principio dispositivo y el de contradicción (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 29 de abril de 2004, asunto Tokai Carbón, T- 246/01, apartados 98 y 112).

---

4 En la actualidad, artículos 101 y 102 del TFUE

5 El autor describe en este artículo los rasgos esenciales de esta técnica de control y realiza un análisis muy crítico con la, en opinión, defectuosa aplicación de la competencia de plena jurisdicción por los Tribunales de la Unión Europea.

### **7.3.3. Una excepción al principio dispositivo: Posibilidad de incremento de las multas**

El artículo 31 del Reglamento 1/2003 expresamente faculta al Tribunal para aumentar la multa cuando actúa con plena jurisdicción, lo que, en principio, podría parecer contradictorio con la prohibición de la "reformatio in peius" o imposibilidad de ver aumentada una sanción como consecuencia del ejercicio de un recurso.

Esa contradicción es meramente aparente, ya que la plena jurisdicción no es un recurso autónomo y supone, en realidad, que una de las partes o ambas deciden transferir al Tribunal ejercicio de la potestad sancionadora aportando nuevas pruebas y alegaciones, al margen de lo actuado en sede administrativa. (STJUE de 8 de febrero de 2007, asunto Grupo Danone, C-3/06, apartados 70 a 82).

Por ese motivo, el Tribunal actúa con toda libertad y no ejerce una función revisora de la resolución impugnada ya que así se lo ha pedido al menos una de las partes. No cabe duda de que, si el Juez procediera a fijar un incremento de la cuantía de la multa al margen de esta específica competencia, incurriría en la prohibición de la "reformatio in peius", que es un principio jurídico fuertemente arraigado en la jurisprudencia de los Tribunales de la Unión.

### **7.3.4. Presupuestos para el ejercicio de la plena jurisdicción**

En la jurisprudencia se observa un amplio debate acerca de si resulta necesario para el ejercicio de la competencia de plena jurisdicción que se constate algún tipo de irregularidad o ilegalidad previa en la resolución recurrida.

La respuesta ha sido oscilante a lo largo del tiempo, pues una primera jurisprudencia muy rígida y minoritaria, de la que es un ejemplo la STPI de 15 de marzo de 2006, asunto Basf/, T-15/02, apartado 582, no solo exige para la aplicación de la competencia de plena jurisdicción la constatación de una irregularidad en la resolución, sino que, además, condiciona su aplicación a que el ejercicio de dicha competencia sea efectivo para su remedio.

No obstante, otra jurisprudencia más extendida y flexible exige la constatación de algún tipo de vicio en el acto impugnado, aunque los mismos no constituyan propiamente dichas ilegalidades.

A dichos efectos pueden citarse como ejemplos el suministro de información a competidores contrariando pactos previos (STPI de 18 de junio de 2006 asunto Hoescht, T-410/03) apartados 136 a 139, y 581 y 582), la inaplicación injustificada por la Comisión de sus propias Líneas Directrices o criterios internos para la imposición de las multas (STPI de 9 de julio de 2003, asunto Cheil Jedang, T-220/00, apartados 100 a 103).

Más allá de estos supuestos nos encontramos con la sugerente sentencia del TG de 7 de junio de 2011, asunto Arkema, T-217/06, apartados 251 a 255, 279 y 280 y 338, en la que el Tribunal, a pesar de no apreciar ilegalidad o irregularidad alguna en la resolución de la Comisión, redujo la sanción por considerar que la resolución era injusta.

Lo particular del caso es que dicha injusticia en la fijación de la multa fue debida a un error de la recurrente al consignar una cifra de negocios propia que resultó ser más elevada de lo que fue en la realidad.

Finalmente podemos citar alguno de los abundantes casos que se producen en el marco de la valoración de la información recabada por la Comisión como consecuencia de la política de clemencia. En estos casos, el Tribunal valora directamente la utilidad de la información facilitada por el peticionario de clemencia para poder imponer las sanciones a los cartelistas y en consecuencia,

simplemente sustituye en este punto la apreciación de la Comisión sobre esta misma cuestión (STPI de 8 de julio de 2008 asunto BPB, T-53/03, apartados 478 a 482).

### **7.3.5. Problemática específica en materia probatoria del ejercicio de la plena jurisdicción**

El Tribunal en este supuesto actúa con plena libertad, lo que incluye el tratamiento de los elementos probatorios. Analizamos a continuación distintas situaciones abordadas por la jurisprudencia:

1. Valoración de elementos complementarios de información, que no fueron tomados en cuenta por la Decisión pero que figuraban en el expediente: (STPI de 9 de julio de 2003 asunto Cheil Jedang, T-220/00, apartados 100 a 103)

2. Incorporación de un nuevo hecho, omitido por error, y que no figura en la Decisión:

La sentencia del TG de 7 de junio de 2011, asunto Arkema, T-217/06, sin mayor problema admite la evaluación por el Tribunal de los elementos nuevos en los términos antes expuestos.

En contraste con la anterior, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 27 de septiembre de 2006, asunto Roquette –Frères, T- 322/01, apartados, 51 a 56, y 293 a 315, admite la toma en consideración de estos nuevos elementos. Sin embargo, incrementa el importe de la multa por la negligencia de la recurrente, que, al haber presentado datos equivocados sobre su cifra de negocios, provocó una resolución errónea de la Comisión. No obstante, la multa se fijó en la cantidad similar a la máxima de la multa que hubiera podido imponérsele de haber actuado correctamente. En este mismo sentido, la sentencia del TG de 27 de septiembre de 2012, asunto Shell, T-343/06), apartados 116 a 126.

3. Incorporación de nuevos elementos que no figuraban en el expediente y que implican una nueva y distinta valoración de los hechos:

La sorprendente STPI de 28 de febrero de 2002 asunto CGM, T-86/95), apartados 487 y 488, tomó en cuenta decisiones precedentes de la Comisión, en los que, ante la misma conducta que motivó en el caso enjuiciado, no se impusieron sanciones. Esta forma de proceder plantea dudas sobre el respeto al principio de no dar validez a los efectos del respeto al principio de igualdad de actos ilegales.

4. Toma en consideración de pruebas de fecha posterior a la de adopción de la Decisión:

El Tribunal lo ha admitido con matizaciones y en este sentido en la STPI de 5 de octubre de 2011 asunto Romana Tabachi, apartados 282 y 284, el Tribunal tomó en cuenta datos de la situación financiera del recurrente, que sólo se aportaron en la fase de adopción de medidas cautelares, y, tras su valoración, redujo la sanción en un 50%.

### **7.3.6. Fijación por el Tribunal de una nueva sanción**

No cabe duda de que el Tribunal General, en estos excepcionales casos, puede fijar un nuevo montante de la multa que puede ser incluso superior a la inicialmente fijada por la Comisión, disponiendo para ello de un gran margen de apreciación, que no puede ser sustituido ni revisado en su dimensión sustantiva por el propio del Tribunal de Justicia.

No obstante, el Tribunal de Justicia sí puede revisar la decisión del Tribunal General en el caso de que éste incurra en un error de derecho. Por este motivo, el Tribunal General es muy riguroso a la hora de justificar y motivar sus pronunciamientos en esta materia.



Veamos algunos ejemplos significativos con soluciones divergentes en función de un alto grado de casuismo:

1. Constatación por el Tribunal General de una ilegalidad grave en la fijación de la multa, sin que por ello modifique su importe. (STPI de 27 de septiembre de 2006 asunto Archer Daniels T-59/02, apartados 443 a 445).

La infracción procedimental cometida por la Comisión que consistió en una divergencia entre los cargos consignados en el pliego de acusación y en la resolución, no alteró la gravedad de la conducta ya que esa divergencia resultó ser intrascendente desde ese punto de vista, por lo que el Tribunal General en ese caso no modificó la multa.

2. En el supuesto de que efectivamente el Tribunal decida modificar la multa, su libertad de actuación se ve fuertemente imitada por la obligación de justificación objetiva de motivación del procedimiento seguido para ello.

El caso más radical es aquel en el que el Tribunal General establece su propio método de cálculo de la multa, distinto del aplicado por la Comisión. (STG, de 12 de julio de 2012 asunto E. ON, T-360/09, apartados 302 a 305).

El Tribunal General consideró que la multa impuesta no era disuasoria y elevó de manera sustancial su cuantía, sin que este asunto fuera recurrido ante el Tribunal de Justicia.

3. Sin embargo, la más reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia se muestra muy crítica con el Tribunal General cuando ejerce esta competencia, como vemos a continuación.

La STJUE de 18 de marzo de 2021, asunto Pometon SpA, C-440/19, apartados 150 a 152 es particularmente clara al delimitar las funciones de los Tribunales General y de Justicia y se muestra exigente con el Tribunal General por no haber motivado su decisión de modificación de la cuantía de una multa, ante una aparente violación del principio de igualdad de trato.

Por el contrario, la STJUE de 25 de marzo de 2021, asunto Xella Pharmaceuticals, C-611/16, apartados 193 a 199, confirma la sentencia del Tribunal General por no apreciar desproporción en la fijación de la cuantía de la multa.

## **8. CONCLUSIONES**

El poder ejecutivo, es decir el poder de gobernar, se manifiesta como una constante histórica que incide de manera inevitable en la esfera de los derechos de los ciudadanos.

Superados los tiempos del absolutismo, una sociedad democrática debe enfrentarse al control de ese poder y corregir sus extralimitaciones y ese es, justamente, el objeto del presente análisis que se articula sobre la base de los fundamentos mismos de la Unión Europea como organización que tiene como objetivo principal garantizar el ejercicio de las libertades democráticas y el respeto a los derechos fundamentales.

La primera y más relevante conclusión a la que debemos llegar es la de que en este terreno la función del Juez, siendo particularmente relevante, está condicionada por el principio de la separación de poderes.

En una sociedad democrática los textos constitucionales y las leyes de desarrollo acordes con los mismos precisan con detalle las competencias de los distintos poderes y órganos del Estado, sin que

en las mismas pueda contemplarse una atribución a los Tribunales para decidir cuestiones que no le están expresamente atribuidas.

Por ello en modo alguno puede pretenderse que la actuación de la Administración pueda ser sustituida por la intervención del Juez.

La segunda conclusión que se extrae del planteamiento seguido en esta presentación, es la de que, sin perjuicio de lo anterior, le corresponde a los Tribunales ejercer un estricto control de la actividad de la Administración y ejercer su competencia con plena jurisdicción.

La actividad de los Tribunales en este sentido debe estar dirigida a anular las resoluciones de la Administración que no respeten la legalidad vigente y, además, a adoptar las medidas necesarias para reparar el perjuicio causado al ciudadano por tal comportamiento.

La tercera conclusión es la de que, en los supuestos de ejercicio de un control completo de la actividad administrativa, es decir, cuando sea la ley la que imponga una única solución a la cuestión planteada, los Tribunales, además de anular la resolución impugnada deberán exigir a la Administración que reponga al perjudicado en la posición que fue alterada por la actuación administrativa y solo si ello fuera totalmente imposible deberá indemnizarle económicamente.

La cuarta conclusión es la de que, en los supuestos de ejercicio de un control limitado de la actividad administrativa, es decir, cuando la ley permita a la Administración optar por distintas soluciones, todas ellas válidas y legítimas, los Tribunales ejercerán su control bajo la doctrina del test de racionalidad.

En consecuencia, los Tribunales en estos casos están obligados verificar la exactitud material de los elementos probatorios invocados en la resolución, su fiabilidad y su coherencia. Además, el Juez debe comprobar si tales elementos "constituyen el conjunto de datos pertinentes que deben tomarse en consideración para apreciar una situación compleja y si son adecuados para sostener las conclusiones que se deducen de los mismos".

Si el control efectuado bajo estos parámetros revela que la Administración no ha cumplido con los mismos, el Juez deberá anular la resolución impugnada, pero no podrá dictar otra en su lugar que contenga su particular solución al caso planteado. En una nueva resolución, la Administración deberá justificar que cumple con los parámetros establecidos en la resolución judicial.

En consecuencia, en ningún caso podrá esperarse de un Tribunal contencioso-administrativo que adopte medidas legislativas positivas, que imponga a la Administración o al Gobierno el nombramiento de determinados altos cargos, o que sancione conductas que aparezcan como reprobables.

La quinta conclusión es que el concepto de plena jurisdicción es inherente a la actividad jurisdiccional y si bien puede incorporar matices y ámbitos particulares en los distintos ordenamientos jurídicos, en los mismos aparece como un elemento común el desterrar la existencia de zonas inmunes en el control de la actividad de la Administración.

La sexta y última conclusión destaca que los Tribunales están obligados a garantizar que la Administración en su actuación es plenamente respetuosa con los derechos fundamentales de los administrados, por lo que deberán anular todas aquellas que infrinjan este principio básico de toda sociedad democrática.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Alonso García, R. (2007). *Sistema Jurídico de la Unión Europea*. Thomson Civitas.

- García de Enterría, E. (1997). *Curso de derecho Administrativo II*. Editorial Civitas.
- Jabloner, C. (2011). The nature of judicial control - An austrian perspective. En Cour de Justice de l' Union Européenne (Ed.), *Célébration des 20 ans du Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes. De 20 ans à l'Horizon 2020. Bâtir le Tribunal de demain sur de solides fondations* (pp. 215-219).
- Jacqué, J. P. (2012). *Droit Institutionnel de l' Union européenne*. Dalloz.
- Jaeger, M. (2011). The standard of review in Competition cases involving complex economic assessments: towards the marginalization of the marginal review?. *Journal of European Competition Law & Practice*, 2(4).
- Lasok, K. P. E. (2011). The Nature of judicial control. En Cour de Justice de l' Union Européenne (Ed.), *Célébration des 20 ans du Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes. De 20 ans à l'Horizon 2020. Bâtir le Tribunal de demain sur de solides fondations* (pp. 163-214).
- Lecourt, R. (1981). La cour de justice des communautés européennes vue de l'intérieur. En H. Kutscher, W. G. Grewe, H. Rupp & H. Schneider (Eds.), *Europäische Gerichtsbarkeit und Nationale Verfassungsgerichtsbarkeit: Festschrift Zum 70. Geburtstag Von Hans Kutschner* (pp. 261-272). Nomos.
- Legal, H. (2005). Le contentieux communautaire de la concurrence entre contrôle restreint et pleine juridiction. *Concurrences*, 4, 1-2. <https://www.concurrences.com/fr/review/issues/no-2-2005/editorial/le-contentieux-communautaire-de-la-concurrence-entre-contrôle-restreint-et>
- Mangas Martín, A. & Liñán Noguerras, D. J. (2004). *Instituciones y derecho de la Unión Europea* (4ª ed). Tecnos.
- Pais Antunes, L. (2011). Access to justice: nature of judicial control. En Cour de Justice de l' Union Européenne (Ed.), *Célébration des 20 ans du Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes. De 20 ans à l'Horizon 2020. Bâtir le Tribunal de demain sur de solides fondations* (pp. 221-230).
- Soldevila Fragoso, S. (2017). Control jurisdiccional del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En J. M. Beneyto Pérez & J. Maíllo González-Orús (Dir.), *Tratado de derecho de la Competencia. Unión Europea y España* (Vol. 1) (Tomo 1) (2ª ed.) (pp. 897-930). Wolters Kluwer.
- Soldevila Fragoso, S. (2014). El Tribunal General y el derecho de la competencia. En M. Pedraz Calvo & D. Ordóñez Solís (Coords.), *El derecho europeo de la competencia y su aplicación en España. Liber amicorum en homenaje a Santiago Martínez Lage* (pp. 385-404). Wolters Kluwer España.
- Soldevila Fragoso, S. (2014). La competencia de plena jurisdicción del Tribunal de Justicia de la UE frente a la justicia del Cadí. *Revista española de derecho europeo*, (49), 31-53.
- Vallindas, G. (2017). *Essai sur la rationalité du droit communautaire des concentrations*. Editorial Bruylant.
- Weber, M. (2009). *Economía y Sociedad*. Fondo de Cultura Económica (Trabajo original publicado en 1922).