

EL DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN EN LA SENTENCIA DEL TJUE DE 16 DE ENERO DE 2019

TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ
Universidad Complutense de Madrid

Cómo citar/Citation

Fernández, T.-R. (2019).
El derecho a una buena administración en la
Sentencia del TJUE de 16 de enero de 2019.
Revista de Administración Pública, 209, 247-257.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.209.07>

Resumen

La Sentencia del TJUE *United Parcel Service c/Comisión* de 16 de enero de 2019, apoyándose en el derecho a una buena administración, sostiene que para declarar la nulidad de un acto por vicios en el procedimiento es suficiente acreditar que la irregularidad cometida ha disminuido las posibilidades de defensa del interesado, aunque el contenido de la decisión siga siendo el mismo.

Palabras clave

Vicios de procedimiento; derecho a una buena administración; derechos de defensa.

Abstract

The decision *Parcel Service c/Commission* of 1.16.2019, based on the right of a good administration, has declared that it's enough to annul an administrative act because procedure's vices to demonstrate the reduction of the possibilities of defense even the final resolution continues beeing the same.

Keywords

Right of a good administration; defense's rights; procedure's irregularities.

SUMARIO

I. EL DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN Y EL ARTÍCULO 41 DE LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA. II. LA SENTENCIA DEL TJUE DE 16 DE ENERO DE 2019, *UNITED PARCEL SERVICE C/COMISIÓN*: 1. El supuesto de hecho. 2. Los términos del debate. 3. La integridad del derecho de defensa como criterio decisorio sobre la eficacia invalidante de los vicios de procedimiento. III. UNA REFLEXIÓN FINAL SOBRE EL ARTÍCULO 48 DE NUESTRA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN DE 1 DE OCTUBRE DE 2015.

I. EL DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN Y EL ART. 41 DE LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

Como explicó en su día el *Praesidium* de la Convención que elaboró la Carta de los Derechos Fundamentales, «el artículo 41, que se basa en la existencia de una Comunidad de Derecho, fue desarrollado por la jurisprudencia que consagró el principio de buena administración». También derivan de la jurisprudencia, como indicó igualmente el *Praesidium*, «las manifestaciones de este derecho enunciadas en los dos primeros apartados» y muy especialmente en el segundo, que «incluye en particular», por decirlo con las mismas palabras que la Carta emplea, el derecho a ser oído, el de acceder al expediente que afecta a una persona y el de obtener una decisión motivada, cuestiones estas bien arraigadas en la cultura jurídica occidental¹.

¹ Véase R. Alonso García y D. Sarmiento (2006), *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Explicaciones, concordancias, jurisprudencia*, Thomson-Civitas, pág. 333.

El apdo. 3 del precepto reproduce el derecho garantizado en el art. 288 del Tratado CE, y el apdo. 4 el consagrado en el tercer párr. del art. 21 del propio Tratado².

Visto así, el art. 41 de la Carta resulta poco novedoso y, quizá por eso, no se ha profundizado demasiado en su análisis, aunque se cite con frecuencia como argumento de refuerzo o *a fortiori*.

Sin embargo, el apdo. 1 del art. 41 merece, sin duda, un esfuerzo de reflexión que permita poner de manifiesto lo que tiene de contenido sustantivo propio, muy especialmente en lo que respecta a la cláusula «imparcial y equitativamente» que expresa la forma en que deben ser tratados los asuntos por las instituciones y órganos de la Unión.

Esta cláusula tiene, como es lógico, particular importancia cuando se refiere al procedimiento administrativo, que está, sin duda, más necesitado de ella en la medida en que el órgano o autoridad competente para conducir ese procedimiento y dictar la decisión que ponga fin al mismo es, se quiera o no, juez y parte al mismo tiempo.

Esto no excluye el deber de actuar de modo imparcial, aunque lógicamente contribuye a modularlo en proporción, desde luego variable, ya que la obligación de ser imparcial adquiere una intensidad mayor en unos procedimientos que en otros, en razón, entre otras cosas, de su objeto³.

El acento hay que ponerlo por lo tanto, en mi opinión, en el adverbio «equitativamente», que da al adjetivo «imparcial» una dimensión más precisa. Tratar un asunto equitativamente significa, como mínimo, tener en cuenta tanto lo que sea favorable como lo que sea desfavorable para el afectado. Si se pone énfasis en esto último y se ignora o se deja en segundo plano lo primero, es obvio que la obligada imparcialidad quedará desmentida *a radice*.

Si se contempla el procedimiento bajo este prisma, todas las garantías y cautelas que las leyes establecen para proteger los derechos de los interesados en el mismo adquieren una nueva luz, un brillo más intenso, que el que ofrecen *prima facie* la obligación de dar audiencia, la de facilitar el acceso al expediente y la de motivar las decisiones que estamos acostumbrados a invocar tópicamente a cada momento.

En esta línea ha acertado a situarse la Sentencia del TJUE de 16 de enero de 2019 en el asunto *United Parcel Service c/Comisión*, que voy a analizar brevemente a continuación.

² Hoy arts. 340 y 24, último párrafo, del Tratado de Funcionamiento.

³ Me remito a las observaciones formuladas en E. García de Enterría y Tomás R. Fernández (2015), *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, 15ª ed., págs. 503 y sigs.

II. LA SENTENCIA DEL TJUE DE 16 DE ENERO DE 2019, *UNITED PARCEL SERVICE C/COMISIÓN*

1. EL SUPUESTO DE HECHO

United Parcel Service notificó a la Comisión el 15 de junio de 2012 su propósito de adquirir la sociedad TNT Express NV, empresa dedicada también al mercado de servicios internacionales de entrega urgente de paquetes pequeños. Unos meses después, el 30 de enero de 2013, la Comisión declaró que la concentración notificada era incompatible con el mercado interior y el funcionamiento del Acuerdo EEE por haber constatado que constituiría un obstáculo significativo a la competencia efectiva en los mercados de servicios en cuestión en quince Estados miembros, a saber, en Bulgaria, República Checa, Dinamarca, Estonia, Letonia, Lituania, Hungría, Malta, Países Bajos, Polonia, Rumanía, Eslovenia, Eslovaquia, Finlandia y Suecia.

La Decisión de la Comisión fue recurrida por United Parcel Service, que solicitó del Tribunal General la anulación de la misma por entender que la Comisión había vulnerado su derecho de defensa al haber adoptado la Decisión controvertida basándose en un modelo econométrico diferente del que había sido objeto de debate contradictorio durante el procedimiento administrativo.

El conflicto quedó, pues, planteado *ab initio* en unos términos muy simples. En efecto, todo proyecto de concentración exige un tratamiento prospectivo, porque lo que se trata de averiguar (quizá sería más apropiado decir adivinar) es si la concentración proyectada podría convertirse en un obstáculo significativo a la competencia efectiva en el mercado de que se trate, pronóstico cuya elaboración exige utilizar un modelo econométrico de análisis.

A mí me parece excesiva e inconveniente, por difusa e imprecisa, la regulación que contiene el Reglamento 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de concentraciones entre empresas, que repite en lo esencial el planteamiento del Reglamento precedente 4064/1989, como ya he tenido ocasión de precisar en otro momento⁴, pero, guste o no, ahí está, gravitando sobre un juicio prospectivo que depende de un análisis económico complejo, incierto y siempre discutible.

⁴ Véase mi trabajo (2004), *La concentration des entreprises et le juge communautaire. Un exemple de contrôle, dénué de tout préjugé, de l'exercice correct du pouvoir discrétionnaire en Mouvement du Droit Public Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Dalloz, págs. 1201 y sigs.

Lo importante aquí y ahora es retener que a lo largo del procedimiento la Comisión utilizó un método de análisis y que a la hora de decidir hizo uso de otro diferente, «descolocando», por así decirlo, a United Parcel Service, que consideró lesionado en consecuencia su derecho de defensa.

El Tribunal General estimó el recurso interpuesto mediante Sentencia de 7 de marzo de 2017, que la Comisión impugnó en casación ante el Tribunal de Justicia, que desestimó el recurso por Sentencia de 16 de enero de 2019.

2. LOS TÉRMINOS DEL DEBATE

La Comisión sostuvo en su recurso que no tenía obligación de comunicar a la demandante el modelo final del análisis econométrico antes de adoptar la Decisión y que, tras la fase de notificación del pliego de cargos, no estaba obligada a divulgar posteriores apreciaciones intermedias de los puntos en que hubiera basado sus cargos, apreciaciones que, en su opinión, pueden variar a lo largo del procedimiento. Y añadió que si hubiera de comunicar a las partes todas sus reflexiones internas antes de tomar una decisión, se podría poner en riesgo el procedimiento de control de las concentraciones, que se enmarca en unos plazos muy breves.

Como segunda línea argumental, la Comisión alegó que, aun cuando hubiera vulnerado el derecho de defensa de United Parcel Service al no comunicar a esta el cambio *in extremis* del modelo econométrico de análisis, esta vulneración no podría implicar en ningún caso la anulación de la Decisión adoptada, ya que basta con constatar la existencia de un obstáculo significativo a la competencia efectiva en un solo mercado para declarar la incompatibilidad de una concentración con el mercado interior, y en este caso, con independencia de que se tomase o no en consideración el modelo econométrico, la operación proyectada hubiera tenido un efecto negativo sobre los precios en Dinamarca y en los Países Bajos.

La primera de dichas alegaciones planteaba un problema fácil de resolver, una vez aclarado el papel que en el procedimiento corresponde a los modelos econométricos. En este punto, el Tribunal no tuvo la más mínima duda. «El análisis prospectivo necesario en esta materia, dice la Sentencia en su apdo. 32, consiste en examinar de qué modo una operación de este tipo podría modificar los factores que determinan la situación de la competencia en los mercados afectados», lo que «implica imaginar las diversas relaciones de causa a efecto para dar prioridad a aquéllas cuya probabilidad sea mayor». «Con este fin, añade en su apdo. 33, el recurso a modelos econométricos permite mejorar la comprensión de la operación proyectada identificando y, en su caso, cuantificando algunos de sus efectos... Por tanto, es necesario que cuando la Comisión vaya a basar su

decisión en estos modelos, las partes tengan la oportunidad de exponer su punto de vista al respecto».

La Sentencia remata el argumento en su apdo. 34 diciendo que «la divulgación de estos modelos y de los criterios metodológicos en los que se asienta su elaboración resulta tanto más necesaria cuanto que, como ha señalado la Abogado General en el punto 43 de sus conclusiones⁵, *contribuye a conferir carácter equitativo al procedimiento, de conformidad con el principio de buena administración* previsto en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea».

Dicho esto, solo faltaba dar respuesta al alegato de la Comisión de que no viene obligada a divulgar todas las modificaciones introducidas en un modelo en el que se basa el pliego de cargos, lo que la Sentencia hace también sin la más mínima vacilación en su apdo. 37. «Considerar que la Comisión pueda modificar sustancialmente, con posterioridad a la notificación del pliego de cargos, el modelo econométrico en el que pretenda basar sus objeciones sin poner en conocimiento de las empresas interesadas su modificación y sin permitirles presentar observaciones al respecto» sería una interpretación «contraria al principio de respeto del derecho de defensa y a las disposiciones del artículo 18, apartado 3, del Reglamento n° 139/2004, las cuales, por un lado, exigen que los interesados hayan podido presentar observaciones y, por otro lado, prevén un derecho de acceso al expediente para, por lo menos, las partes directamente interesadas».

Quedó claro así que la Comisión no se había comportado de forma equitativa, como el art. 41 de la Carta exige, pero faltaba dar respuesta al segundo alegato de la Comisión, es decir, faltaba pronunciarse sobre la eficacia invalidante del vicio de procedimiento detectado, cuestión esta más peliaguda cuya solución por la Sentencia da a ésta una importancia que es necesario destacar.

3. LA INTEGRIDAD DEL DERECHO DE DEFENSA COMO CRITERIO DECISORIO SOBRE LA EFICACIA INVALIDANTE DE LOS VICIOS DE PROCEDIMIENTO

El segundo alegato de la Comisión apelaba a un principio clásico en la teoría de la invalidez de los actos administrativos, según el cual la eficacia invalidante de los vicios de forma o de procedimiento se limita a los casos en los

⁵ «Por otro lado —dice la abogada general—, el derecho a una buena administración, consagrado en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales, obliga a la Comisión a instruir un procedimiento *justo*. Sería totalmente incompatible con este principio esencial de justicia que las empresas afectadas, en definitiva, tuviesen que adivinar contra qué deben defenderse».

que se acredite que, de no haberse producido tales irregularidades, la Decisión final del procedimiento hubiese sido distinta⁶. En este caso, según la Comisión, el proyecto de concentración hubiera tenido que ser vetado de todos modos, ya que, con independencia del modelo econométrico utilizado, dicha operación hubiera supuesto un obstáculo a la competencia efectiva y un efecto neto negativo de los precios en los mercados danés y neerlandés y es suficiente constatar la existencia de esa clase de obstáculo en un solo mercado para declarar la incompatibilidad de una concentración con el mercado interior.

La Sentencia no desmiente el principio general expuesto al que el abogado general rinde tributo en el apdo. 67 de sus conclusiones: «Es reiterada jurisprudencia que una irregularidad de procedimiento solo justifica la anulación de una decisión de la Comisión si, de no haberse producido dicha irregularidad, el procedimiento administrativo hubiera podido resolverse de modo distinto. En otras palabras, debe existir la posibilidad de que la irregularidad de procedimiento haya tenido una incidencia en el contenido de la Decisión de la Comisión, es decir, de que la Decisión hubiera podido tener un contenido diferente».

Sin embargo, el abogado general precisa a continuación que el desarrollo de los acontecimientos revela en este caso que el número de Estados miembros en los que la Comisión puede prever un obstáculo significativo a la competencia efectiva depende decisivamente de la configuración concreta de un modelo de concentración de los precios, que en este caso los Estados miembros que inicialmente se consideraron afectados fueron veintinueve y que luego se redujeron a quince, que es más fácil, obviamente, para una empresa defenderse de un reproche relativo a solo dos Estados (Dinamarca y Países Bajos en lo que respecta al efecto negativo sobre los precios), que de la existencia de un obstáculo significativo a la competencia en 15 o en 29 Estados y que las perspectivas de poder desvirtuar las objeciones de la Comisión con los compromisos adecuados mejoran normalmente cuando la empresa afectada solo tiene que asumir compromisos específicos para dos mercados nacionales y que, por lo tanto, «el Tribunal General declaró con total acierto que UPS hubiera podido defenderse más eficazmente si antes de la adopción de la Decisión controvertida hubiese dispuesto de la versión definitiva del análisis econométrico elegido por la Comisión», por lo que «es perfectamente lógico que en tales circunstancias el Tribunal anulase la Decisión» (apdo. 74).

⁶ Véase sobre ello mi libro (1969), *La doctrina de los vicios de orden público*, Madrid: IEAL y las observaciones del *Curso de Derecho Administrativo* ya citado, vol. I, 18ª ed., págs. 690 y sigs.

Así lo estimó también el TJUE, que en el ap.do 56 de su Sentencia concluyó que «el Tribunal General no incurrió en error de Derecho al declarar, en el apartado 210 de la sentencia recurrida, que “se ha vulnerado el derecho de defensa de la demandante de forma que procede anular la Decisión (controvertida), siempre que la demandante haya acreditado suficientemente no que, de no haberse producido esta irregularidad procesal, la Decisión (controvertida) hubiera tenido un contenido diferente, *sino que hubiera podido tener una oportunidad, incluso reducida, de preparar mejor su defensa*”»⁷.

He subrayado el inciso final del párr. de la Sentencia del Tribunal General, que el TJUE hace suyo, para destacar el paso adelante que la jurisprudencia europea ha dado en lo que respecta a la valoración de la eficacia invalidante de los vicios de procedimiento, que ya no se reduce a los casos en que la resolución final de dicho procedimiento hubiese podido ser diferente a lo que fue de no haberse cometido dicho vicio, sino que se reconoce también en los supuestos en los que, aunque la decisión final hubiese permanecido invariable, la irregularidad procedimental hubiese reducido las posibilidades del interesado de defenderse mejor.

En el conflicto resuelto por la Sentencia que estamos analizando era claro que United Parcel Service hubiera podido defenderse mejor si hubiera podido centrarse en el estudio del efecto negativo de su proyecto de concentración sobre los precios en los mercados danés y neerlandés y en la posibilidad de corregir ese efecto mediante la asunción de ciertos compromisos, en lugar de tener que dispersar su atención sobre el impacto del proyecto en los veintinueve mercados señalados al comienzo del procedimiento o, incluso, en los quince que se tuvieron en cuenta al final del mismo por la Decisión de la Comisión objeto del recurso.

El cambio del modelo econométrico de análisis utilizado en el curso del procedimiento, que es de lo que United Parcel Service pudo defenderse, y su sustitución en el momento de adoptar la Decisión final por otro distinto del que nada pudo decir dicha empresa *antes de* que dicha Decisión se produjera, justificaba, sin duda, la anulación de dicha Decisión por mucho que el resul-

⁷ La Sentencia cita aquí la de 25 de octubre de 2011, *Solvay c/Comisión*, C-109-10 P; EO-C-2011, apartado 57, que dice así: «Cuando el acceso al expediente, y más concretamente a las pruebas de descargo, se obtiene en la fase de procedimiento judicial, la empresa de que se trate no debe demostrar que, si hubiera tenido acceso a los documentos no comunicados, la decisión de la Comisión habría tenido un contenido diferente, sino únicamente que dichos documentos hubieran resultado útiles para su defensa». La Sentencia United Parcel Service aplica esta misma doctrina al procedimiento administrativo, cuya regulación ha sido siempre más laxa que la del proceso. De ahí su valor.

tado final hubiese podido ser el mismo: vetar la concentración proyectada. Los derechos de defensa de los ciudadanos hay que tomárselos en serio⁸ y el procedimiento administrativo —y no solo el judicial— debe ser imparcial y equitativo y debe dar oportunidades idénticas a la Administración y a los interesados de definir y sostener sus propias posiciones.

III. UNA REFLEXIÓN FINAL SOBRE EL ART. 48 DE NUESTRA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN DE 1 DE OCTUBRE DE 2015

El art. 48 de nuestra novísima Ley del Procedimiento Administrativo Común de 2015 reproduce sin variación los dos primeros apartados del artículo de igual número de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, de la que tan justamente orgullosos estamos los administrativistas españoles.

El párrafo segundo del precepto refiere, como es sabido, la eficacia invalidante de los vicios de forma y de procedimiento a los casos en que el acto al que afectan «carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados».

Esa referencia a la indefensión se ha venido entendiendo en unos términos absolutos. Se ha considerado indefenso, en general, al que, a consecuencia de la irregularidad cometida, se queda inerme.

Esta forma tradicional de considerar el problema debe ser corregida ahora a la luz del art. 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y de la Sentencia del TJUE de 16 de enero de 2019 en el asunto *United Parcel Service c/Comisión* para dar la importancia que merece no solo a la indefensión absoluta, sino también a la pérdida apreciable de posibilidades reales de defensa.

Por supuesto, que no basta con alegar que hubiéramos podido defendernos mejor si el vicio no se hubiese cometido. Hay que acreditar que esa disminución de las posibilidades de defensa ha sido real y no meramente retórica y, si efectivamente lo ha sido, aunque fuese reducida, la anulación del acto viciado será obligada. La Sentencia del TJUE de 16 de enero de 2019 marca así un límite claro frente a los posibles abusos que podrían arruinar un hallazgo que enriquece el obligado contrapeso de los mayores poderes que la Administración sin duda necesita para hacer frente a los también crecientes

⁸ Por decirlo en los términos de la conocida obra de R. Dworkin (1977), *Taking rights seriously*, Cambridge: Harvard Univ. Press, 1977.

retos que el gobierno de la economía plantea. Como dice muy bien la abogada general en el apdo. 57 de su escrito de conclusiones, «el deseo de que los conocimientos económicos tengan mayor influencia en la resolución de los asuntos en materia de competencia no puede cumplirse a costa de las garantías procedimentales básicas».

