

ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA, LIBRE COMPETENCIA Y UNIDAD DE MERCADO*

Luis BERENGUER FUSTER

Abogado. Broseta Abogados

Sergio BACHES OPI

Abogado. Broseta Abogados

1. EL PROBLEMA DE ANALIZAR LOS EFECTOS O EL OBJETO CONTRARIO A LA COMPETENCIA DE LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS

Desde el inicio de la actuación en España de Autoridades de la competencia se planteó el problema de la aplicación de las normas de la competencia a las actuaciones de las Administraciones públicas. La cuestión queda reflejada muy gráficamente en las palabras de un empresario americano. Reflexionaba en el siguiente sentido: si deseo aumentar los beneficios, puedo llegar a un acuerdo para aumentar los precios o repartirme el mercado con mis competidores, pero resulta peligroso, porque si formo un cártel, puede ser detectado y puedo ser fuertemente sancionado por ello. Puedo también adquirir o fusionarme con otra empresa del sector; ahora bien, las fusiones son difíciles ya que existen estructuras paralelas que se duplicarán y culturas empresariales diferentes que dificultan la unión. Hay algo más sencillo: ¿debo conseguir que la Administración restrinja la competencia en mi beneficio, por ejemplo, estableciendo barreras de entrada para posibles competidores! Puedo contratar a un lobista, que no son caros, para que presione y que la Administración apruebe normas que me beneficien. Es lo más sencillo y rentable.

Esta reflexión pone de manifiesto una realidad, que consiste en constatar que las Administraciones públicas con frecuencia aprueban normas que restringen la competencia y, en ocasiones, actúan directamente en el mercado produciendo consecuencias restrictivas.

* Las opiniones expresadas en este artículo son exclusivas de los autores y no vinculan a ninguna otra persona, despacho, empresa o entidad pública o privada. Este artículo no constituye asesoramiento jurídico de ningún tipo y está escrito con una finalidad meramente académica. Este artículo recoge el estado de la cuestión analizada hasta el 30 de diciembre de 2016.

Este artículo analiza las cuestiones que se plantean cuando la Administración pública genera restricciones de competencia vulnerando las normas de defensa de la competencia y los mecanismos que se han ido estableciendo en nuestro ordenamiento jurídico para evitar estas actuaciones. El problema tiene una doble vertiente: por un lado se plantea la cuestión de si las actividades de las Administraciones públicas en el mercado¹ deberían estar sujetas a las normas de la competencia y, como consecuencia de ello, pueden ser objeto de sanciones si se produce una infracción; mientras que, por otro lado, se observa que la actividad, esencialmente normativa, de los poderes públicos ampara con frecuencia restricciones de la competencia. Resulta evidente que se trata de dos cuestiones diferentes, si bien el propio tratamiento normativo realizado en la legislación de la competencia tendía a que se contemplaran en cierta medida conjuntamente².

2. LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS COMO INFRACTORAS DE LAS NORMAS DE LA COMPETENCIA

En la legislación española de defensa de la competencia actualmente vigente (Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, LDC) se plantea la cuestión en términos que pueden dar lugar a confusión: por un lado, se entiende que las normas de la competencia se aplican a las «empresas», entendiéndose como tales a «cualquier persona o entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación»³. Es decir, que, a tenor de esta definición de contenido amplio, si una Administración pública realiza una actividad económica, se le aplica la legislación de la competencia⁴. La

¹ Las Administraciones públicas pueden actuar en el mercado bien como oferentes bien como demandantes de bienes y servicios. En el primero de estos supuestos existe un consenso generalizado de que en tal supuesto se les aplica, sin excepción, las reglas de la competencia; circunstancia que no concurre en todos los supuestos en los que la Administración actúa como demandante, especialmente a partir de la Sentencia *FENIN* del Tribunal de Primera Instancia (TPI — ahora Tribunal General—) de 4 de marzo de 2003, Asunto T-319/99, y del Tribunal de Justicia (TJUE) de 11 de julio de 2006, como más adelante se expone.

² Véase a tales efectos el texto del art. 4 de la Ley de Represión de prácticas Restrictivas de la Competencia de 1963, y el art. 2, en sus sucesivas redacciones, de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la competencia (L. BERENGUER FUSTER, «Comentarios al artículo 2 de la Ley de Defensa de la competencia», *Anuario de la Competencia 1997*, Madrid, Fundación ICO/Marcial Pons, 1998, pp. 139 y ss.).

³ Así reza la DA 4.ª, apartado 1 de la LDC («A efectos de lo previsto en esta Ley, se entiende por empresa cualquier persona o entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación»). Debemos destacar que, a diferencia de lo establecido en los arts. 101 y 102 del TFUE, los arts. 1 y 2 de la LDC (tampoco el art. 3: «Falseamiento de la competencia por actos de competencia desleal») no mencionan expresamente a las empresas como sujetos infractores. Asimismo, el capítulo correspondiente del TFUE en el que se incluyen los arts. 101 y 102 se denomina «De las normas aplicables a las empresas».

⁴ Como ejemplo de una situación en la que una Administración pública actúa dentro de su *ius imperii*, véase la Resolución del extinto Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) de 20 de marzo de 1998, Exp. 419/1998 *Cruz Roja de Fuengirola*, en la que el TDC resolvió que un acuerdo entre la Cruz Roja (que actuaba como operador económico en ese caso) y el Ayuntamiento de Fuengirola, concediendo a la primera ciertos privilegios para la instalación de máquinas expendedoras de refrescos

Audiencia Nacional, en su Sentencia en el asunto *Aplicaciones informáticas a la Docencia/CA Canarias 5*, declaró en el Fundamento de Derecho Tercero, que una Administración pública puede incurrir en infracciones a las normas de competencia «cuando actúe en el mercado ofreciendo bienes y servicios [...]. Si un ente público realiza actividades económicas o comerciales en el mercado, debe considerarse empresa a efectos de las normas de defensa de la competencia».

Por su parte, el art. 4.2 de la LDC dispone que las prohibiciones previstas en la LDC «se aplicarán a las situaciones de restricción a la competencia que deriven del ejercicio de potestades administrativas o sean causadas por los poderes públicos o empresas públicas sin el debido amparo legal». Se puede plantear la duda de si esta disposición se aplica únicamente a los operadores privados que realicen conductas que resulten del cumplimiento de normas reglamentarias o del ejercicio de potestades administrativas carentes de amparo legal y, en su caso, también a las Administraciones públicas, pero exclusivamente cuando intervienen como operador económico⁶, o, por el contrario, abarca también aquellos supuestos en los que la Administración restringe la competencia aunque no actúe como operador económico sino en el ejercicio «de otras potestades administrativas» (se entiende no amparadas por norma de rango legal). Como exponemos más adelante, aunque la redacción de este precepto es poco clara y convendría corregirla en una futura reforma, la extinta Comisión Nacional de la Competencia (CNC, ahora Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, CNMC) ha interpretado esta disposición en un sentido amplio y ha incluido ese segundo grupo de situaciones

y de un bar en una feria no incurría en la prohibición de las conductas colusorias, en la medida en la que el Ayuntamiento actuaba como regulador. Esta fue también la postura de la Autoridad española de la competencia en la Resolución del TDC de 12 de diciembre de 1996, Exp. 376/96, *Cárteles Sidra*, FFDD 2.3.º y 2.4.º (confirmada por la SAN de 6 de mayo de 1999, Recurso núm. 234/97 y por la STS de 7 de octubre de 2002, Recurso núm. 8349/1999), en la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 6 de octubre de 2010, Exp. S/0063/08, *Protocolo de Concesiones de Transporte por Carretera*, FD 1.º, en la Resolución de la CNC de 26 de abril de 2011, Exp. S/0107/08, *Plataforma del Mejillón*, FD 6.º Esta fue también la postura de la Autoridad Catalana de la Competencia (ACCO) en su Resolución de 20 de mayo de 2010, Exp. 22/2010, *Ayuntamiento de Naut Aran*, FD 3.º: «El Tribunal de la ACCO coincide con la DG en la consideración que, en relación con los hechos objeto de análisis, el Ayuntamiento de Naut Aran ha actuado en ejercicio de una potestad administrativa reglamentaria atribuida legalmente, como es la aprobación de la Ordenanza y no como operador económico en el sentido de la disposición adicional 4.ª de la LDC, hecho que excluye la aplicación a la conducta de las prohibiciones establecidas en los arts. 1, 2 y 3 de la Ley. Por tanto, es procedente acordar la no incoación del procedimiento sancionador y el archivo de las actuaciones del expediente 22/2010 en los términos propuestos por la DG».

⁵ SAN de 10 de febrero de 2005, Recurso núm. 4541/2001.

⁶ Como ejemplos de Administraciones públicas que actuaban como operador económico, véanse, entre otras muchas, la Resolución del TDC de 24 de julio de 1997, Exp. 393/96, *Aparejadores Cádiz*; la Resolución del TDC de 29 de diciembre de 1998, Exp. 422/98, *Arquitectos Andalucía*; la Resolución del TDC de 20 de junio de 2001, Exp. 631/00, *Velatorios Madrid*; la Resolución del TDC de 7 de abril de 2003, Exp. 535/02, *Periste*; la Resolución de la CNC de 7 de mayo de 2008, Exp. 632/07, *Feriantes Ayuntamiento de Peralta* (confirmada por la SAN de 15 de enero de 2010, Recurso núm. 262/2008); la Resolución de la CNC de 3 de marzo de 2009, Exp. 495/00, *Funerarias Baleares* (confirmada por al SAN de 31 de marzo de 2010, Recurso núm. 144/2009), o la Resolución de la CNC, de 31 de agosto de 2010, Exp. S/0272/10, *Centro Internacional de Cultura Contemporánea*.

entre las susceptibles de incurrir en la prohibición de la normativa de la competencia⁷.

Asimismo, si se tiene en cuenta el contenido del art. 61.1 de la LDC, se puede argumentar que el ámbito subjetivo de los posibles infractores de la LDC abarca también la actuación de las Administraciones públicas cuando no actúan como operadores económicos, en la medida en que el precepto establece que: «Serán sujetos infractores las personas físicas o jurídicas que realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones de esta ley»; es decir, que no se exige la realización de una actividad económica para apreciar una infracción.

Planteada así la cuestión, es pertinente analizar con cierto detalle cuál ha sido la evolución en la aplicación de la normativa española de la competencia a las actuaciones de las Administraciones públicas, tanto cuando actúan como operador económico, como cuando actúan en el ejercicio de su *ius imperii*.

Como veremos, las sucesivas Autoridades españolas de la competencia (primero el TDC, posteriormente la CNC y actualmente la CNMC) han ido ampliando los supuestos en los que se aplica la legislación de la competencia a las Administraciones públicas por sus actuaciones en el mercado, hasta el punto de llegar a sancionarlas por tales actuaciones si infringían las normas de defensa de la competencia, incluso en el ejercicio de sus potestades administrativas.

Inicialmente, las resoluciones de las Autoridades de la competencia podían, de acuerdo con una interpretación amplia del ámbito de aplicación *ratione personae* de la normativa de competencia, declarar como infractoras de las normas de la competencia a las Administraciones públicas cuando actuaban como operadores en el mercado (incluso si actuaban como facilitadores de conductas colusorias). Sin embargo, con el texto de la Ley 16/1989 poco podrían hacer cuando eran normas o actos sometidos al derecho administrativo los que amparaban restricciones de la competencia;

⁷ Resolución de la CNC de 14 de abril de 2009, Exp. 639/08, *Colegio Farmacéuticos Castilla-La Mancha* (FD 3.º). A favor de esta postura en nuestra doctrina, véase J. ORTEGA BERNARDO, «La aplicación de las normas de la competencia a los gobiernos y administraciones locales y sus excepciones al amparo de la legislación de régimen local», *50 Aniversario de la Primera Ley de Competencia en España*, ICE, enero-febrero 2014, núm. 876, p. 58. En contra de esta tesis, por entender que las normas de defensa de la competencia solo se aplican a entidades que actúan como operadores económicos y que la actuación de las Administraciones públicas cuando actúan en el ejercicio de sus prerrogativas públicas no puede ser fiscalizada por las Autoridades de competencia aplicándoles el procedimiento sancionador de la LDC, sino que dicho control corresponde exclusivamente a la jurisdicción contencioso-administrativa, véase, LI. CASES PALLARÉS, «Regulación y Competencia. Límites y conexiones», en S. MUÑOZ MACHADO (dir.), *Derecho de la regulación económica. Fundamentos e instituciones de la regulación*, vol. 1, Madrid, Justel, 2010, pp. 440-462. También es partidario de esta postura el profesor F. MARCOS: «La reforma del sistema español de defensa de la competencia. El tratamiento de las restricciones públicas a la competencia. La exención legal en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia», *Documento de Trabajo. Serie Política de la Competencia*, núm. 24/2007, CEU Ediciones, pp. 21 y 23 y, del mismo autor, «Restricciones públicas de la competencia», *Working Paper IE Law School*, AJ8-223, 6 de julio de 2015 Centro de Estudios Europeos/IE, p. 9.

más allá de lo previsto en el art. 2.2 de la expresada ley, es decir, realizar propuestas motivadas al Gobierno para que modificase o suprimiese las restricciones de competencia amparadas por normas legales⁸, lo que no dejaba de ser una actuación de promoción de la competencia dirigida al Gobierno.

Es cierto que el primer acercamiento que en su momento realizó al problema el extinto TDC se refería a los Colegios Profesionales, que son una modalidad peculiar de Administración pública⁹. Los Colegios Profesionales tenían una doble naturaleza jurídica, pues, si bien, por una parte formaban parte de la Administración Corporativa del Estado, por otra parte, eran asociaciones de operadores económicos, lo que conducía al siguiente razonamiento: si los Colegios Profesionales actuaban conforme a su legislación específica, actuaban con amparo legal y se situaban al margen de las normas de la competencia, pero si superaban ese marco legal, se les podían aplicar tales normas¹⁰.

Ahora bien, la jurisprudencia recaída principalmente en recursos interpuestos contra resoluciones del TDC que sancionaban a Colegios Profesionales por infracciones de las normas de la competencia va posiblemente más allá de lo manifestado por la Autoridad de la competencia y extiende la aplicación de las normas de la competencia a las Administraciones públicas en general, y no exclusivamente a los organismos pertenecientes a la Administración Corporativa del Estado. Puede afirmarse, por tanto, que el Tribunal Supremo (TS) fue, en ese sentido, más allá de lo pretendido por el TDC, que, en principio, había limitado la aplicación de las normas de la competencia a los Colegios Profesionales, cuando estos actuaban sin amparo legal, es decir, yendo más allá de lo que le permitía su propia legislación.

Así, la Sentencia del TS (STS) de 19 de junio de 2007 (núm. de Recurso 9449/2004) confirma la Resolución del TDC en el asunto *Arquitectos Vasco-Navarros*, admitiendo la plena sujeción de la actuación de las Administraciones públicas a la legislación de la competencia «aun en los casos en los que las propias AAPP o los organismos y sociedades de ese carácter lo hagan sometidos en mayor o menor medida al derecho administrativo».

⁸ La redacción de este precepto no podía considerarse muy afortunada, en la medida en la que lo que se podía proponer era la modificación de la norma que ampara la restricción de la competencia, no «las situaciones de restricción de competencia».

⁹ Pertenecen, como es bien sabido, a la denominada Administración Corporativa del Estado, concepto decimonónico que sería deseable que fuera desapareciendo en una concepción moderna del Estado.

¹⁰ L. BERENGUER FUSTER, «Comentarios al artículo 2 de la Ley de Defensa de la competencia», *Anuario de la Competencia 1997*, Madrid, Fundación ICO-Marcial Pons, 1998, pp. 139-172. En el artículo se analiza la zigzagueante aplicación del contenido del precepto contenido en el art. 2 de la Ley de 1989, y las resoluciones en las que se enlazaba la aplicación de dicho precepto con la relativa a las actuaciones de las Administraciones públicas contrarias a las normas de la competencia. Véase también, S. BACHES OPI: «Las restricciones a la libre fijación de precios en el mercado de los servicios jurídicos. Estado de la cuestión», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, julio/agosto 2013, núm. 34, Nueva Época, pp. 26-45.

Con mayor rotundidad se pronunció el TS en la sentencia que confirmó la Resolución del TDC en el expediente *Consejo General de la Abogacía*¹¹, cuando resolvió que:

«Ni el ejercicio de funciones públicas exime a un Colegio Profesional —ni a la Administración Pública en general— de su sometimiento a la legislación de la competencia» (la cursiva es nuestra).

La aplicación de las normas de la competencia a las Administraciones públicas ha ido progresivamente ampliándose. En primer lugar, y no resulta cuestionado ni cuestionable, se amplía el concepto de operador económico. En principio, cualquier Administración o empresa pública, cuando actúa como oferente de bienes y servicios, actúa como operador económico y, en consecuencia, puede infringir las normas de la competencia y ser sancionada por ello¹².

Más discutible resultaba tal aplicación cuando una Administración pública actuaba como demandante de tales bienes o servicios, hasta que la Sentencia del entonces Tribunal de Primera Instancia de la Comunidad Europea (hoy Tribunal General) en el asunto *FENIN*¹³ estableció ciertos límites a la aplicación de la normativa de la competencia de la Unión a este tipo de situaciones, al resolver que, aunque la compra de determinados bienes por la Administración pública es una actividad económica, ello no convierte a la Administración adquirente en un «operador económico» a los efectos de la normativa de la competencia cuando esos bienes se utilizan en una actividad que carece de carácter económico:

«Los entes gestores del SNS (Servicio Nacional de Salud) no actúan como empresas cuando compran el material sanitario que venden las empresas de FENIN para prestar servicios sanitarios gratuitos a los afiliados al SNS [...]. El SNS se rige por el principio de solidaridad tanto a la hora de obtener financiación, como a la hora de prestar gratuitamente servicios a sus afiliados sobre la base de una cobertura universal, por lo que los entes gestores del SNS *no actúan como empresas en su actividad de gestión del sistema de salud*» (la cursiva es nuestra).

Por tanto, el TPI acepta, *a contrario sensu*, que cuando un organismo público actúa como comprador de bienes o servicios para actividades que tienen una naturaleza económica, no cabe duda de que se le pueden aplicar las normas de la competencia.

¹¹ STS de 4 de noviembre de 2008, núm. de Recurso 5837/2005.

¹² El hecho de que, como se ha indicado, buena parte de las resoluciones del TDC se refirieran a las actuaciones de Colegios Profesionales llevó a una generalización discutible: cuando una Administración actuaba sin el amparo legal previsto en el art. 2 de la Ley 16/1989, actuaba como operador económico. Sin embargo, en la citada Resolución del TDC de 20 de marzo de 1998 (*Cruz Roja de Fuengirola*) se resolvió que el Ayuntamiento de Fuengirola, al acordar con la Cruz Roja determinados acuerdos que podrían ser restrictivos de la competencia, actuó como regulador y no infringió el art. 1 de la Ley 16/1989. Como se expondrá, la Autoridad de la competencia cambia posteriormente de criterio cuando sostiene que las Administraciones públicas, al acordar restricciones de la competencia con operadores económicos, podían quedar incursas en la prohibición de acuerdos colusorios.

¹³ Sentencia *FENIN* del TPI de 4 de marzo de 2003, asunto T-319/99.

Aunque en un plano estrictamente conceptual la diferencia entre una actuación como operador económico y una actuación en el ejercicio de facultades públicas (como regulador) es fácil de aprehender, en la práctica, tal distinción puede no resultar tan diáfana¹⁴, como revela la postura de la extinta CNC en relación con un convenio suscrito entre el SESCAM (Servicio de Salud de Castilla-La Mancha) y el Consejo de Colegios Oficiales de Castilla-La Mancha por el que los Colegios que se adhiriesen al acuerdo establecían turnos rotatorios entre las farmacias para el suministro directo a los centros socio-sanitarios públicos y privados de Castilla-La Mancha¹⁵ de la prestación farmacéutica incluida en el Sistema Nacional de Salud. Esto significaba que las farmacias se repartían por turnos el derecho a dispensar medicamentos con receta médica a aquellos pacientes residentes en estos centros que por su condición no podían acudir a la farmacia de su elección y a los que el centro gestionaba directamente con las farmacias la obtención de los medicamentos. El convenio establecía también la obligación por parte de las oficinas de farmacia de bonificar al SESCAM con un 6 por 100 del precio de facturación de estos medicamentos cuando dispensasen recetas de pacientes residentes en centros con más de cincuenta internos.

La Resolución de la CNC¹⁶ supuso un desarrollo relevante, a la vez que controvertido, en el tratamiento de las restricciones a la competencia causadas por las Administraciones públicas, por cuanto que la postura de la Autoridad de competencia hasta la fecha era precisamente la contraria a la adoptada en la Resolución¹⁷. De hecho, en un primer momento, la entonces Dirección de Investigación de la CNC (DI, ahora la Dirección de Competencia) propuso el sobreseimiento del procedimiento sancionador incoado a la SESCAM y al Consejo de Colegios por entender que el SESCAM había actuado en el ejercicio de sus prerrogativas públicas relativas a las prestación del Servicio Nacional de Salud y no como operador económico, es

¹⁴ Así lo reconocía expresamente el TS en su Sentencia de 18 de julio de 2016, Recurso núm. 2946/2013, Ponente: Eduardo Calvo Rojas, FD 4.º, tercer párrafo, a la que nos referiremos más adelante en este apartado 2.

¹⁵ Se trata de centros donde residen ancianos, personas con discapacidad, enfermos mentales u otras personas que por su condición así lo requieran.

¹⁶ Resolución de la CNC de 14 de abril de 2009, Exp. S/0639/08 *Colegio Farmacéuticos Castilla-La Mancha*.

¹⁷ En el voto particular discrepante a la Resolución, la vocal M.ª Jesús González López, destaca precisamente la ausencia de precedentes en este sentido y que la Resolución se apartaba de la solución aplicada por los precedentes para este tipo de acuerdos, citando en apoyo de este argumento la Resolución del TDC de 18 de junio de 2011, Exp. R 434 *Farmacias Madrid*, en el que el TDC confirmó la decisión del entonces Servicio de Defensa de la Competencia de sobreseer un expediente sancionador contra el Servicio Regional de Bienestar Social de la Comunidad Autónoma de Madrid (SRBS) y el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Madrid (COFM) por la firma de un acuerdo, similar al valorado en la Resolución *Colegio Farmacéuticos Castilla-La Mancha*, en el mercado de suministro de medicamentos y productos sanitarios a las residencias socio-sanitarias públicas del SRBS, argumentando que el SBRS no actuaba como operador económico, sino como regulador de la prestación sanitaria al amparo de la vigente Ley del Medicamento. En la Resolución *Colegio Farmacéuticos Castilla-La Mancha* la mayoría del Consejo de la CNC no rehúye la existencia de este precedente, pero afirma que considera errónea la interpretación que de la derogada Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento (con el mismo alcance normativo que la Ley 29/2006) hizo el TDC para llegar a la conclusión de que la conducta del SRBS tenía cobertura legal (FD 5.º, pp. 18-19 de la Resolución).

decir, que actuaba como regulador de la prestación de este servicio a través de las oficinas de farmacia.

Sin embargo, tras las alegaciones de la denunciante y las informaciones aportadas por el SESCAM la DI corrigió su valoración inicial del convenio e incoó un expediente sancionador, por entender que al «organizar las compras de medicamentos a los vendedores (oficinas de farmacias), afectando a la competencia entre ellos en la medida en que establece un reparto de mercado» y, adicionalmente, al procurarse una bonificación del 6 por 100 sobre el precio de facturación en los términos que hemos descrito *supra*, que representaba el beneficio que obtiene el SESCAM, este organismo había actuado en realidad como un operador económico.

El Consejo de la CNC adoptó la postura de la DI, si bien, al parecer, sin prestar atención a la bonificación del 6 por 100 como indicio de actividad económica¹⁸, aunque partiendo de la premisa de que el SESCAM había actuado como un operador económico¹⁹. En primer lugar, la CNC sostiene que no cuestiona el derecho del SESCAM a escoger la modalidad de gestión del servicio público de prestación farmacéutica (gestión directa o indirecta a través de las oficinas de farmacia), pero que, una vez, el SESCAM escoge la vía de la gestión indirecta del servicio, se convierte en «cliente» de las oficinas de farmacia y plenamente sometido en tanto que operador económico a las normas de la competencia de conformidad con lo dispuesto en el entonces vigente art. 2.1 de la Ley 16/1989 (y 4.2 de la LDC cuando se dicta la Resolución), que dispone que la prohibición de prácticas colusorias se aplica incluso a las restricciones de la competencia que se derivan «del ejercicio de otras potestades administrativas» o que «sean causadas por la actuación de los poderes públicos» sin amparo legal²⁰.

Aunque el SESCAM se convierte en «cliente» de las oficinas de farmacia, la CNC matiza que el convenio analizado no regula la actividad de compra (conducta individual) de productos farmacéuticos que se usan para la prestación de un servicio público que no tiene carácter económico, por estar regido por el principio de solidaridad (el TDC se remite implícitamente por tanto al asunto *FENIN*), sino cómo y qué oficinas de farmacia van a vender a las residencias socio-sanitarias los productos farmacéuticos recetados a los pacientes en ellos ingresados.

Tras este razonamiento, la CNC recuerda de nuevo que el SESCAM se sitúa fuera de sus potestades públicas y, por ello, dentro del ámbito de aplicación de las normas de la competencia «cuando, acuerda, consiente o ampara una conducta claramente anticompetitiva de reparto de mercado»²¹, para finalmente analizar si dicha conducta está ampara por Ley *ex art.* 2.1

¹⁸ Sin perjuicio de que la CNC resolviese en su Resolución que esta bonificación no constituía una restricción a la competencia como sostenía la DI en su Propuesta de Resolución.

¹⁹ Resolución de la CNC de 14 de abril de 2009, Exp. S/0639/08 *Colegio Farmacéuticos Castilla-La Mancha*, FD 1.º, p. 10.

²⁰ *Ibid.*, pp. 8-10.

²¹ *Ibid.*, pp. 9-10.

de la entonces vigente Ley 16/1989, a lo que la CNC responde negativamente tras analizar la normativa sectorial.

Según la CNC, el reparto de mercado que conlleva el sistema de turnos rotatorios no cumplía con la finalidad de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, por cuanto que ninguno de sus preceptos (en especial el art. 84) ampara expresamente el establecimiento de un sistema rotatorio como el acordado. Si bien esta Ley permite en dicho art. 84 a la Administración sanitaria ordenar la planificación de las farmacias y le permite el establecimiento de barreras de entrada al mercado de suministro de medicamentos a la población en general a través de oficinas de farmacias, en modo alguno faculta a ninguna autoridad sanitaria a concluir convenios con la representación corporativa de las farmacias incumbentes que conduzcan a un reparto entre dichas farmacias del mercado en la venta de productos farmacéuticos a centros socio-sanitarios²². Este sistema, insiste la CNC, restringe la competencia porque produce un reparto de mercado, lo que a su vez, implica limitar la capacidad de los centros de negociar bonificaciones con las farmacias en función del volumen de facturación y evita que determinadas oficinas de farmacia se conviertan en suministradores de centros socio-sanitarios que no se encuentran en su localidad²³.

La Resolución contó con un voto particular discrepante de la Consejera M.^a Jesús González López, en el que, contrariamente a la mayoría del Consejo, argumentaba que el SECAM no había actuado como un operador económico, sino en el marco de sus potestades regulatorias y sin que fuera necesario una habilitación legal concreta y explícita para el establecimiento de turnos en las farmacias; es decir, que había actuado como parte del Sistema Nacional de Salud por lo que no resultaba de aplicación la LDC²⁴. Para la vocal discrepante, la vía para cuestionar la compatibilidad con la normativa de la competencia de la actuación del SESCAM se debe circunscribir a la legitimación activa que le confería a la CNC el art. 12.3 de la LDC para acudir a la vía contencioso administrativa (actual art. 5.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, LCCNMC).

²² *Ibid.*, p. 19.

²³ *Ibid.*, p. 14. La Resolución declara responsables de la infracción al Consejo de Colegios Farmacéuticos de Castilla-La Mancha y al SECAM, pero no les impone ninguna sanción, esencialmente por la confianza legítima que en ellos podría haber generado la Resolución del TDC de 18 de junio de 2001, Exp. R 343/00 Farmacias Madrid (*cit. supra*) acerca de la licitud de su conducta.

²⁴ En este mismo sentido se ha pronunciado en nuestra doctrina, J. GUILLÉN CARAMÉS, «Alcance de las actuaciones restrictivas de la competencia realizadas por las Administraciones Públicas. ¿Qué medidas de reacción tiene el derecho de la competencia frente a las mismas? (A propósito de la resolución Colegio Farmacéuticos Castilla-La Mancha», *Regulación y competencia: en busca de efectos no deseados. Regulación y competencia*, Barcelona, Autoritat Catalana de la Competència, 2013, pp. 173-181. Según este autor, el SESCAM actuó en el marco de sus competencias, ya que el «Convenio» es el instrumento jurídico en el que se plasma el ejercicio de una potestad pública como es la de la prestación de un servicio público por el SESCAM, y que, de hecho, a través del Convenio se delegan determinadas funciones públicas de organización y gestión del servicio público sanitario en el Consejo de Farmacéuticos, lo que debería quedar al margen de la LDC (p. 179).

Recurrida la decisión, la Audiencia Nacional (AN) confirmó la Resolución de la CNC²⁵, aplicando un razonamiento que se puede decir basado en un «criterio de necesidad» del sistema de reparto de turnos. Según la AN, para determinar si la conducta del SESCAM fue ejercida al amparo de sus prerrogativas públicas es preciso preguntarse si el sistema de turnos rotatorios previsto en el convenio es «estrictamente necesario» para el fin público de garantizar la debida asistencia farmacéutica en los centros socio-asistenciales de Castilla-La Mancha; concluyendo la AN que no existen elementos fácticos de los que se derive dicha necesidad, y afirmando que a este supuesto se le aplica plenamente el art. 4.2 de la LDC²⁶.

La Sentencia de la AN fue recurrida en casación y confirmada por el TS²⁷. El TS analiza en primer lugar si la conducta del Colegio de Farmacéuticos y del SECAM es restrictiva de la competencia y, en segundo lugar, si goza de amparo legal *ex art.* 4.1 de la LDC. A la primera de estas cuestiones, el TS responde afirmativamente, alineándose plenamente con la CNC, mientras que con respecto a si dicha conducta restrictiva de la competencia se beneficiaba de la excepción *ex lege* del art. 4.1, el TS, recordando su Sentencia de 27 de octubre de 2005 (Recurso núm. 8093/2002), resuelve que el hecho de que tanto el Colegio de Farmacéuticos como el SECAM hayan actuado en el ejercicio de sus respectivas competencias, no significa que automáticamente el convenio suscrito entre ellos sea conforme con el Derecho de la competencia, puesto que el art. 4.1 de la LDC debe ser interpretado en el sentido de que excluye del ámbito de la antijuricidad de la LDC solamente a aquellas conductas contrarias al art. 1 de la LDC que están específicamente contempladas en una Ley²⁸, lo que no era el caso en este asunto.

El TS concluye que es el apartado 2 del art. 4 de la LDC el que aplica al convenio analizado, recordando que en el Derecho de la competencia opera «un concepto amplio y funcional de empresa, de manera que lo relevante no es el estatus jurídico o económico del sujeto que realiza la conducta sino que su conducta haya causado o sea apta para causar un resultado económicamente dañoso o restrictivo de la competencia en el mercado», y que, con independencia de si la conducta infractora se ha realizado en el ejercicio de una competencia legalmente atribuida, lo relevante es si esa conducta ha sido específicamente autorizada por una Ley²⁹.

Este razonamiento es interesante porque lo que da a entender el TS es que lo relevante para resolver este asunto no es si el SECAM actúa o no como operador económico, sino si su conducta, que se juzga restrictiva de

²⁵ SAN de 6 de junio de 2012, Recurso núm. 283/2009.

²⁶ *Ibid.*, FD 3.º.

²⁷ STS de 9 de marzo de 2015, Recurso núm. 294/2013, Ponente: Eduardo Calvo Rojas.

²⁸ *Ibid.*, FFDD 2.º y 3.º El razonamiento del TS en esta sentencia se entiende plenamente cuando se lee la STS de 27 de octubre de 2005 a la que se remite cuando interpreta el art. 4.1 de la LDC (2.1 de la Ley 16/1989), ya que en esta última su razonamiento está explicado con una mayor profusión y claridad.

²⁹ STS de 9 de marzo de 2015, Recurso núm. 294/2013, FD 3.º

la competencia, está específicamente amparada por una Ley y este *ratio decidendi* permite vislumbrar la que sería la próxima evolución en el ámbito de las restricciones causadas, amparadas o consentidas por las Administraciones públicas.

Esta evolución se observa precisamente cuando la Autoridad de competencia empieza a aplicar las normas de la competencia a una entidad pública que, aunque actúa como órgano regulador (es decir, no como operador económico), suscribe, o simplemente facilita o ampara, acuerdos con uno o varios operadores económicos que restringen la competencia, y sin que dicha conducta esté contemplada en una Ley.

Esta fue la solución adoptada por la CNC en su Resolución de 6 de octubre de 2011 en el expediente *Productores de uva y vino de Jerez*³⁰, en la que sostuvo que una Administración pública, aunque no actúe en el mercado como operador económico, infringe las normas de la competencia cuando, actuando sin amparo legal, facilita acuerdos anticompetitivos entre operadores económicos. En el caso analizado por la CNC, se declaró la responsabilidad de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía en la formación de un cártel entre productores de uvas y mosto para la elaboración de vino de Jerez y organizaciones de agricultores, consistente en la fijación de los precios mínimos de la uva y del mosto de Jerez entre 2002 y 2007.

Para justificar esta condena, sin precedentes en la aplicación de la LDC hasta esa fecha, el Consejo de la CNMC recurre básicamente a dos argumentos: uno de tipo teleológico y otro de orden sistemático.

Por un lado, la CNC sostiene que la conducta de la Consejería contribuye a reforzar los efectos restrictivos del cártel y que de existir un amparo legal la conducta de la Consejería la Autoridad de competencia no podría ejercer la capacidad de represión que le otorga la LDC, por lo que cabe aplicar la LDC a las conductas de las Administraciones públicas que restrinjan la competencia, aunque estas no actúen como un operador económico en el mercado:

«La participación de la Administración en un acuerdo anticompetitivo como facilitador (impulsándolo, refrendándolo o promoviendo su ejecución), al margen de las prerrogativas que le otorga el ordenamiento jurídico

³⁰ Resolución de la CNC de 6 de octubre de 2011, Exp. S/0167/09. Para un extenso comentario a esta Resolución y de la sentencia de la AN que la anula, véase J. COSTAS COMESAÑA y J. HORTALÀ I VALLVÉ, «La Tipificación de la Actividad de la Administración como facilitadora de Cártels», *Anuario de la Competencia 2013*, Madrid, Fundación ICO-Marcial Pons, 2014, pp. 13-31. El artículo fue escrito antes del pronunciamiento del TS. Véase también, un comentario crítico a la postura adoptada por la CNC en el artículo de F. MARCOS, «La intervención de la Junta de Andalucía en el cártel de las uvas y del mosto de Jerez (RCNC de 6 de octubre de 2011, Exp. S/0167/09)», *Regulación y competencia: en busca de efectos no deseados. Regulación y competencia*, Barcelona, Autoritat Catalana de la Competència, 2013, pp. 65-92. También del mismo autor, «Restricciones públicas de la competencia», *Working Paper IE Law School*, AJ8-223, 6 de julio de 2015, Centro de Estudios Europeos/IE, donde afirma que, a su juicio, el art. 4.2 de la LDC se aplica únicamente a los operadores privados que a raíz de una norma reglamentaria o una actuación administrativa incurran en una práctica anticompetitiva (p. 9).

y sin amparo legal *ex art. 4 LDC*, constituye una conducta que cae bajo el ámbito del art. 1 LDC, incluso si tal forma de actuación no constituye en sí misma una actividad económica, pues lo relevante en sede de la LDC es la aptitud de esa conducta administrativa para impulsar, generar o reforzar los efectos restrictivos de la conducta colusoria en la que participa»³¹.

El argumento sistemático se vincula: (i) a la redacción del art. 1 de la LDC, ya que, resalta la CNC, no se menciona expresamente a las «empresas» como únicos sujetos capaces de desarrollar las conductas colusorias; (ii) al art. 4 de la LDC (conductas exentas por Ley), por cuanto que tampoco la LDC excluye de su aplicación a las realizadas por personas físicas o jurídicas que no tengan la consideración de operador económico³² y (iii) al hecho de que el art. 61.1 de la LDC a la hora de definir los sujetos infractores alude con carácter genérico a las «personas físicas o jurídicas»³³.

En segunda instancia, la AN anuló la Resolución³⁴ al sostener que solo las conductas de los sujetos que actúan como operadores económicos están incluidas en el ámbito subjetivo de aplicación de la LDC y, en esta línea, el hecho de que el órgano administrativo se haya excedido de las competencias que le atribuye la normativa no permite considerarle sujeto infractor por el mero hecho de que dichas conductas no estén amparadas por una Ley en el sentido del art. 4.1 de la LDC³⁵.

En definitiva, la AN resuelve que se ha de calificar la actuación de la Administración pública en función de si interviene como operador económico o no, pues en el segundo caso las normas de la competencia no le son aplicables y carece entonces de sentido analizar si su conducta tiene o no cobertura legal, pues el art. 4.1 únicamente se aplica a las conductas realizadas por operadores económicos. La AN se remite, en el Fundamento de Derecho Tercero y entre otras, a la Sentencia del TJUE en el asunto *Compass-Datenbank*³⁶ en el que el TJUE sostiene, citando sentencias anteriores, que: «(36) No tienen en cambio carácter económico, que justifique la aplicación de las normas sobre competencia del Tratado TFUE (RCL 2009, 2300), las actividades que se vinculan al ejercicio de prerrogativas de poder público».

Y en el presente caso, la AN constata que la CNC no cuestiona que la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía actuara en el ejercicio de sus potestades públicas y por ello resuelve que la CNC incurrió en un error de derecho al declarar la responsabilidad de esta administración como facilitadora de un cártel, en lugar de ejercer, en su caso, su legitima-

³¹ Resolución de la CNC de 6 de octubre de 2011, Exp. S/0167/09, FD 12.º, pp. 85-86.

³² *Ibid.*, FD 12.º, p. 87.

³³ *Ibid.* FD 11.º, p. 74.

³⁴ SAN de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 6.ª) de 16 de julio de 2013, Recurso núm. 626/2011, Ponente: Lucía Acín Aguado. La AN se alinea por tanto con el voto particular discrepante a la Resolución de la CNC formulado por la consejera M.ª Jesús González López.

³⁵ SAN de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 6.ª) de 16 de julio de 2013, Recurso núm. 626/2011, FD 3.º

³⁶ Sentencia del TJUE de 12 de julio de 2012, Asunto C-138/11.

ción activa para impugnar la actuación de esta Administración ante la jurisdicción contencioso-administrativa al amparo del entonces vigente art. 12.3 de la LDC (actualmente el art. 5.4 de la LCCNMC):

«No procede analizar por tanto si existe o no amparo legal de la actividad realizada en el supuesto que el órgano administrativo se haya excedido en el ejercicio de sus competencias ya que no ha actuado en ningún caso como operador en el mercado. La existencia de amparo o no legal de la actividad realizada en ejercicio de esa actividad se examina una vez que se ha declarado la existencia de una conducta prohibida por la Ley para lo que se requiere que objetivamente se haya realizado una conducta contraria a la competencia y exige examinar la calidad con la que ha participado el sujeto en la conducta colusoria»³⁷ (la cursiva es nuestra).

La AN también rechaza el argumento sistemático al que recurrió la CNC para justificar la condena de la Consejería, con una doble argumentación: (i) el art. 63 de la LDC concreta las personas que pueden cometer infracciones de la LDC y las circunscribe a «los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones», es decir, no incluye a las Administraciones públicas que no actúan como operadores económicos y (ii) en el presente caso se infringía también el art. 101 del TFUE y, por tanto, se debe tener en cuenta el concepto de empresa comunitario que, a pesar de la distinta terminología que utiliza la normativa de la Unión Europea y la española para definir el ámbito subjetivo de las normas de la competencia, en ambos cuerpos normativos se coincide en el hecho de que la conducta debe ser realizada por un agente económico, que puede ser la Administración pública siempre que actúe bajo esa condición³⁸.

Finalmente, la AN rechaza la pretensión de la CNC de aplicar la figura del cooperador necesario o de facilitador a la Consejería sobre la base de la sentencia del Tribunal General de 8 de julio de 2008, Asunto T-99/04 *Treuhand*, resolviendo que en dicho asunto el facilitador era una empresa y operador en el mercado y, dado que la Consejería no actuó como un operador económico, no procede aplicarle esa figura³⁹.

Poco después de pronunciarse la sentencia de la AN, y antes de que el TS se pronunciase sobre el recurso de casación presentado por la Abogacía del Estado, la CNC declaró de nuevo en el Exp. S/314/10 *Puerto de Valencia*⁴⁰ la vulneración de la normativa de la competencia por una Administración pública que no intervenía como operador económico en el mercado. En su Resolución, la CNC declaró la infracción del art. 1 de la LDC y del art. 101 del TFUE por la Administración Portuaria de Valencia, que actuó como operador económico⁴¹ y, por la Consejería de Infraestruc-

³⁷ SAN de 16 de julio de 2013, Recurso núm. 626/2011, FD 3.º

³⁸ *Ibid.*, FD 3.º

³⁹ *Ibid.*, FD 3.º *in fine*.

⁴⁰ Resolución de la CNC, de 26 de septiembre de 2013, Exp. S/314/10 *Puerto de Valencia*.

⁴¹ *Ibid.*, FD 8.º, punto 10: «En estas actuaciones la APV no estaba actuando en su calidad de administración pública, sino como un agente de los mercados que confluyen en la actividad portuaria, porque no olvidemos que si bien la APV puede en ciertos aspectos considerarse una autoridad admi-

turas y Transporte de la Comunidad Valenciana, que no había intervenido en la práctica anticompetitiva como operador económico, remitiéndose a su razonamiento en la Resolución de 6 de octubre de 2011 en el asunto *Productores de Uva y Vinos de Jerez*. Al igual que en este precedente, la CNC condenó a la Consejería de Infraestructuras por haber facilitado un cártel:

«En definitiva, es responsable de la conducta aquel sujeto que participa en ella de forma activa, consciente y voluntaria, para procurar un resultado común a todos los demás partícipes. Resulta además coherente con la doctrina del facilitador el que el responsable de una conducta prohibida por el artículo 1 de la LDC no sea necesariamente un operador económico, lo que conduce a contrastar, de nuevo, lo señalado en la SAN de 16 de julio de 2013»⁴².

Se observa también en esta nueva Resolución, al igual que en la Resolución sobre los *Productores de Uva y Vinos de Jerez*, que la CNC decide no imponer sanción alguna a la Autoridad pública infractora, si bien la argumentación que encontramos entre una y en otra para motivar esta postura es diferente.

En el primer caso, la CNC alude a un argumento de confianza legítima, es decir, a la novedad, que se reconoce como una modificación de su postura precedente, que supone declarar la responsabilidad de una Administración que no actúa como un operador económico⁴³; mientras que en la Resolución en el asunto *Puerto de Valencia* la CNC adopta un criterio más de oportunidad, y, aun afirmando que la amplitud de los términos en los que está redactado el art. 61 de la LDC podría justificar la aplicación del régimen sancionador previsto en el art. 63 de la LDC, reconoce que duda de que la imposición de una multa a una Administración pública constituya el «cauce más efectivo para disuadir al sujeto de incurrir de nuevo en prácticas prohibidas» cuando la actuación de dicho sujeto viene presidida por la satisfacción del interés general (art. 103 de la CE) y, además, la imposición de una multa a una Administración (financiada por vía impositiva general) afectaría al erario, es decir, que a la postre tendría un impacto sobre el conjunto de los ciudadanos⁴⁴.

Mientras tanto, la SAN de 16 de julio de 2013 en el asunto *Productores de Uvas y Vinos de Jerez* fue recurrida en casación por la Abogacía del Estado y el TS estimó su recurso, anulando íntegramente la SAN⁴⁵, y ratificando así la imputabilidad y responsabilidad de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía en los términos de la Resolución

nistrativa [...], es también un operador económico que como gestor compite con otros puertos para la atracción de los fletes y en la prestación de los distintos servicios portuarios».

⁴² *Ibid.*, FD 9.º, punto (ii).

⁴³ Resolución de la CNC de 6 de octubre de 2011, Exp. S/0167/09, *Productores de Uva y Vinos de Jerez*, FD 12.º *in fine*.

⁴⁴ Resolución de la CNC, de 26 de septiembre de 2013, Exp. S/314/10, *Puerto de Valencia*, FD 9.º, punto (iii).

⁴⁵ STS de 18 de julio de 2016, Recurso núm. 2946/2013, Ponente: Eduardo Calvo Rojas.

de la CNC. EL TS fundamenta su postura y fallo en los argumentos que resumimos a continuación⁴⁶:

- i) Una interpretación conciliadora de los arts. 1 y 63 de la LDC, consistente en destacar que la redacción del art. 1 de la LDC, al no referirse a las empresas como sujetos pasivos de la prohibición, es aplicable a las Administraciones públicas que en el ejercicio de sus prerrogativas, pero sin amparo legal, participan o facilitan prácticas anticompetitivas; mientras que la referencia del art. 63.1, relativo a la imposición de sanciones a los infractores de la LDC, a los «agentes económicos», se debe a que dichas sanciones se cuantifican como un porcentaje del volumen de negocios total de la empresa infractora, criterio que no resulta adecuado cuando la conducta se reprocha a una Administración pública, y sin que la existencia del art. 63 excluya que una Administración pública pueda incurrir en una infracción de la LDC, bien actuando como operador económico, bien en el ejercicio de sus potestades públicas.
- ii) Una interpretación de los pronunciamientos de los tribunales de la Unión Europea en el sentido de que la aplicación de la normativa de competencia de la Unión no depende de la naturaleza privada o jurídico-pública de la entidad o institución imputada, ni de las características externas de su actuación o de la forma que esta adopte, sino que lo relevante es la capacidad de dicha conducta para restringir la competencia.
- iii) Una desconfianza en el criterio de distinción basado en la actividad económica o no de la entidad cuya conducta se analiza para determinar la sujeción de tal entidad a la LDC, pues se trata de un parámetro que en la práctica no siempre resulta sencillo de aplicar.
- iv) Una interpretación del art. 4.2 de la LDC en el sentido de que el ámbito subjetivo de la LDC incluye también a las Administraciones públicas, aunque actúen en el ejercicio de su *ius imperii* y no como operadores económicos, cuando su actuación carece de cobertura legal en el sentido del art. 4.1 de la LDC⁴⁷. Según el TS, el tenor del art. 4.2 pone de manifiesto que en el Derecho de defensa de la competencia opera «un concepto amplio y funcional de empresa», de manera que no relevante no es el estatus jurídico económico del sujeto que realiza la conducta, sino que su conducta haya causado o sea apta para causar un resultado restrictivo de la competencia.
- v) Y, finalmente, el TS recurre a un criterio de «efecto útil» de la labor represora de las conductas restrictivas de la competencia por parte de la CNMC, y reconoce que si bien hay supuestos en los que un acto administrativo formalmente adoptado o una disposición de carácter general (por ejemplo, un Reglamento) que

⁴⁶ *Ibid.*, FFDD 3.º y 4.º.

⁴⁷ Obviamente, ninguna duda alberga el TS acerca de la aplicación de la LDC a la Administración pública cuando actúa como operador económico.

restringan la competencia pueden ser impugnados por la CNMC o las autoridades autonómicas acudiendo a los arts. 5.4 de la LCCNMC (antiguo art. 12.3 de la LDC) o al art. 13.2 de la LDC, respectivamente, lo cierto también es que la capacidad de reacción de las autoridades de la competencia no puede quedar reducida a esa vía impugnatoria, «sobre todo cuando se trata de actuaciones materiales como las que describe la resolución de la Comisión en el caso que estamos examinando». Sin duda, el TS tiene en cuenta en este razonamiento que la legitimación activa de las autoridades de competencia al amparo de la LCCNMC y de la LDC para recurrir a la vía contencioso-administrativa se limita a los actos adoptados formalmente por una Administración pública, y no a las meras actuaciones administrativas, como era el caso de la conducta de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía.

En conclusión, el análisis de todos estos casos revela que existen dos posturas jurisprudenciales y doctrinales enfrentadas y que ambas se fundamentan en argumentos que encuentran soporte en el texto de la LDC: por un lado, la de aquellos que defienden que la LDC únicamente se aplica a las entidades e instituciones que actúan como operadores económicos, es decir, a conductas que tienen lugar en el mercado, y, por otro lado, la de los que defienden que esta es una postura que limita excesivamente el ámbito de aplicación de la LDC e interpretan su articulado en el sentido de que su ámbito subjetivo abarca también las actuaciones de las Administraciones públicas en el ejercicio de sus prerrogativas administrativas que restringen la competencia y carecen de cobertura legal. Por el momento, el TS se ha decantado por esta segunda solución, lo que significa que las Administraciones no pueden ni deben obviar esta contingencia *antitrust* en sus actuaciones, y no ya solo por las posibles repercusiones que por la vía de una posible reclamación patrimonial por los perjudicados pudieran derivarse para el erario, sino también por el coste reputacional que implica una condena en este ámbito.

Dicho esto, es evidente que las dudas sobre el ámbito subjetivo de aplicación de una norma no son buenas desde el punto de vista de la seguridad jurídica que debe presidir su aplicación. Por ello, cabe plantearse si la solución más adecuada no sería introducir una disposición en la LDC que aclare este extremo en un sentido u otro, lo que ciertamente dotaría de una mayor seguridad jurídica a los posibles infractores que la solución pretoriana actualmente vigente.

3. LA ACTIVIDAD REGULADORA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS QUE RESTRINGE LA COMPETENCIA

Tradicionalmente han existido en nuestro ordenamiento limitaciones para impedir conductas anticompetitivas por las Administraciones públicas

en el ejercicio de su potestad regulatoria. El tratamiento de la cuestión se modificó sustancialmente al promulgarse la vigente Ley de Defensa de la Competencia de 2007, que introdujo un novedoso precepto en el art. 12.3 de su texto, según el cual se concedía legitimación activa a la CNC para interponer recursos ante la jurisdicción competente contra los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo así como contra las disposiciones generales con rango inferior a ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado. Esta redacción se mantiene en el art. 5.4 de la LCCNMC⁴⁸.

Pese al importante avance que supuso la introducción de este precepto, sus propios términos podían ser interpretados de forma confusa, y, precisamente por ello su utilización fue realizada con suma cautela por parte de la CNC, aunque, como se señaló con ocasión de los debates que ampliamente tuvieron lugar con ocasión de la publicación por parte del Ministerio de Economía y Hacienda del Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia (enero 2005) y posteriormente del proyecto que se convertiría en la Ley 15/2007, la gran virtualidad de este precepto consistía en resaltar que existía un mecanismo para revisar la actuación y normativa administrativa desde la óptica de la competencia, lo cual serviría de advertencia a los poderes públicos para que evitaran en su actuación amparar limitaciones a la libre competencia. Como observa el Prof. Francisco MARCOS: «La eficacia de este instrumento opera tanto con carácter preventivo como reactivo, pues puede argüirse con su uso tanto frente a la propuesta normativa como frente a la adopción de iniciativas infralegales anticompetitivas por los poderes públicos»⁴⁹.

La CNC, y luego la CNMC, han hecho uso de su legitimación activa impugnatoria en varias ocasiones⁵⁰. La sentencia del Tribunal Superior

⁴⁸ El art. 12.3 de la LDC fue derogado por la letra *e* de la disposición derogatoria de la LCCNMC, que prevé en su art. 5.4 la facultad de la CNMC para impugnar ante la jurisdicción competente los actos de las Administraciones públicas sujetos al Derecho administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados. Por su parte, el art. 13.2 de la LDC (vigente) concede esa misma facultad, respecto de los actos de las administraciones autonómicas y las locales, a las Autoridades autonómicas de la competencia. El órgano jurisdiccional competente es el que corresponda al órgano que ha realizado el acto o dictado la disposición ya que, a diferencia de lo que más adelante se señalará, no se produce ninguna alteración de la competencia, ni territorial ni objetiva, de la correspondiente jurisdicción contencioso-administrativa.

⁴⁹ F. MARCOS, «Restricciones públicas de la competencia», *Working Paper IE Law School*, AJ8-223, 6 de julio de 2015, Centro de Estudios Europeos/IE, p. 10.

⁵⁰ Aparte de los casos que se mencionan, la CNMC ha invocado el art. 5.4 en los siguientes casos: LA/01/2015, *Taxis Málaga* (requerimiento de modificación de las ordenanzas municipales de Málaga que establecen un *numerus clausus* al otorgamiento de licencias y otras limitaciones al ejercicio de la actividad del taxi); LA/03/2015, Turismo Canarias (requerimiento de modificación del Decreto de Canarias que restringe la competencia efectiva en el sector de los servicios de alojamiento —prohibición de oferta de viviendas de uso turístico en zonas turísticas—. El Gobierno de Canarias suspendió dicho Decreto); LA/02/2015, *Taxis Córdoba* (*id.* *Taxis Málaga*); LA/05/2014, Decreto de Alquiler Turístico de la Comunidad de Madrid (recurso contra la disposición de un Decreto de la Comunidad de Madrid que establece que las viviendas de uso turístico no pueden contratarse por un periodo inferior a cinco días —disposición anulada por Sentencia del TSJ de Madrid de 31 de mayo de 2016, Recurso núm. 65/2015—); LA/04/2014, Instrucciones de contratación (recurso contra una

de Justicia (TSJ) de la Comunidad Valenciana de 22 de octubre de 2012 (Recurso núm. 418/2010) estimó el recurso interpuesto por la CNC contra el Plan de la Generalidad Valenciana de Modernización del Transporte de Viajeros por Carretera por conceder prórrogas que incumplían el correspondiente Reglamento de la Unión Europea y restringían la competencia⁵¹. Sin embargo la sentencia del TSJ de Galicia de 24 de mayo de 2012 (Recurso núm. 4348/2010) desestimó el recurso interpuesto por la CNC contra un Plan similar de la Xunta de Galicia, si bien el TS en su sentencia de 14 de mayo de 2016 (Recurso núm. 3718/2012) casó la sentencia del TSJ de Galicia y anuló el referido plan⁵².

En buena medida la existencia de este precepto está relacionada con los mecanismos y principios de la buena regulación (*better regulation*). En efecto, aun con toda su importancia, el principio de la libre competencia no constituye un principio absoluto y, por tanto, si entra en colisión con otros principios, resulta preciso analizar si las restricciones a la competencia son necesarias para preservar esos otros principios, o si resultan proporcionadas al fin que persiguen.

La CNMC ha considerado positivamente la potencialidad de este precepto para evitar restricciones de la competencia⁵³, al tiempo que su mera existencia supone un reforzamiento de las consideraciones realizadas en los informes preceptivos que la CNMC ha de elaborar sobre cualquier proyecto normativo que pueda afectar a la competencia. Tras la entrada en vigor de la vigente LDC en 2007, la entonces CNC realizó una serie de estudios que contenían recomendaciones y guías para que la regulación resultara más beneficiosa para la competencia⁵⁴. En estos documentos se incorporaban, como se ha indicado, los principios de una buena regulación (*better regulation*), es decir, aquellos tendentes a conseguir que la regulación solo limitara la competencia en aquellos casos que existieran razones imperiosas de interés general que respondieran a los principios de necesidad, proporcionalidad y ausencia de soluciones menos restrictivas de la competencia.

instrucción de la Generalidad de Cataluña que imponía como criterio de adjudicación de las licitaciones autonómicas el de la proximidad de las delegaciones o la estructura de gestión de las empresas participantes; la Generalidad suprimió dicha restricción antes de resolverse el recurso); LA/02/2010, Instaladores de redes eléctricas.

⁵¹ El recurso de casación interpuesto contra esta sentencia fue desestimado por la STS de 14 de marzo de 2016 (Recurso núm. 3718/2012).

⁵² Hay que tener en cuenta que los recursos interpuestos no se basaban en un concepto abstracto de restricción de la competencia, sino que se fundamentaban en un Reglamento de la UE que ampliaba la competencia en el mercado de transportes de viajeros por carretera, en la medida en la que prohibía determinadas prórrogas y limitaba los periodos de concesión en dicho mercado, abriendo el mercado a la competencia.

⁵³ El Plan Estratégico de la CNMC para 2016 establece como la Acción Estratégica 10 la potenciación de la legitimación activa de la Autoridad. Por su parte, el Plan de Actuación 2015 de la CNMC buscaba reforzar la legitimación activa vía un mayor conocimiento de la misma y la colaboración pública (Actuación 10.1 y Actuación 16.3). Disponibles en <https://www.cnmc.es/sobre-la-cnmc/plan-de-actuacion> [consultados por última vez el 30 de diciembre de 2016].

⁵⁴ En junio de 2008, publicó un documento titulado «Recomendaciones a las administraciones públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia»; posteriormente, en enero de 2009, se elaboró una «Guía para la elaboración de memorias de competencia en los proyectos normativos».

En buena medida estos principios fueron incorporados a la legislación en la Ley de Economía Sostenible⁵⁵, en cuyo art. 4 se reflejaban entre los principios que debían regular la buena regulación los principios de necesidad y proporcionalidad⁵⁶. Se va llenando, de esta manera, el contenido de la legitimación activa que corresponde a la Autoridad de la competencia, en el sentido de que la normativa debe responder a determinados principios, esencialmente de necesidad, proporcionalidad y ausencia de alternativa menos perniciosa para la competencia. Y la presencia de estos principios puede ser comprobada, o negada, por la jurisdicción contencioso-administrativa.

Por otra parte, tras una controvertida elaboración, la Unión Europea aprobó en el año 2006 la Directiva de Servicios en el Mercado interior⁵⁷, a la que fue adaptada la legislación española mediante las Leyes 17/2009, de 23 de noviembre (conocida coloquialmente como Ley Paraguas) y 25/2009, de 22 de diciembre (o Ley Ómnibus), estableciendo los principios a los que se debería someter la regulación del sector servicios para no contradecir los principios de la indicada Directiva, al tiempo que modificaba un buen número de normas anteriores para evitar esa contradicción.

La Directiva, si bien tiene como objeto facilitar la constitución del mercado interior, facilitando la prestación de servicios por empresas de los diferentes países de la UE, sin que sean admisibles discriminaciones por razón del origen de las empresas de servicios, al mismo tiempo incorpora principios de la ya mencionada *better regulation*, esto es, que la regulación en materia de servicios debe facilitar el ejercicio de la actividad empresarial, y, en cualquier caso, las restricciones que se puedan establecer a dicha actividad, o, si se quiere, las restricciones a la libre competencia, tienen que basarse en razones imperiosas de interés general, que deben superar el triple test de necesidad, proporcionalidad y mínima distorsión de la competencia. En realidad el objetivo estaba necesariamente unido a aquello que constituía la finalidad de la Directiva, es decir, facilitar el mercado interior en el sector de servicios y, en buena medida, si se incorporaron tales principios a la Directiva debe interpretarse en el sentido de impedir que mediante una regulación ineficiente y restrictiva de la competencia se dificultara el mercado interior en este ámbito. En buena medida debe tenerse en cuenta que la libre competencia va unida indefectiblemente al mercado interior.

A este marco jurídico, que ponía el acento en promover (y revisar en su caso por vía jurisdiccional) las normas y actuaciones administrativas restrictivas de la competencia, se unía un cierto debate político en el sentido de considerar, para algunos sectores, que el ejercicio de las competencias de las Comunidades Autónomas había producido una fragmentación del mercado español. En ese escenario tiene lugar la aprobación, no exenta

⁵⁵ Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

⁵⁶ Este artículo ha sido derogado el 1 de octubre de 2016 por la DD 1.ª de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

⁵⁷ Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

de polémicas, de una norma tendente a garantizar la unidad del mercado: la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM)⁵⁸. Y ello, como se expondrá, no podía llevarse a cabo si no se respetaban los principios de la buena regulación.

4. LA LEY 20/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO (LGUM)

La LGUM, desde el principio de su Exposición de Motivos, pone el acento en varios principios:

- La fragmentación del mercado dificulta la competencia efectiva.
- Se debe garantizar la unidad de mercado «para crear un entorno mucho más favorable a la competencia y a la inversión».
- La Ley se inspira en la Directiva de Servicios, aplicando sus principios a sectores excluidos de la aplicación de esta.
- Igualmente, la Ley está inspirada en los criterios de la jurisprudencia de los Tribunales de la Unión Europea «en particular en relación con los principios de necesidad y proporcionalidad, el principio de eficacia nacional y el principio de no discriminación».

Con independencia de los efectos de la LGUM en cuanto a la aplicación del principio de eficacia nacional, que no es el que ha sido necesario aplicar en el mayor número de ocasiones, y que, por otra parte, queda al margen del contenido del presente artículo, la mayor aportación de la norma consiste en haber incardinado los principios de necesidad y proporcionalidad en el concepto de unidad de mercado, en buena medida, como se indica en la propia Exposición de Motivos, aplicando los criterios de la jurisprudencia de la Unión Europea que consideran que la aplicación de esos principios resultan esenciales para la construcción del mercado interior, como bien se puso de manifiesto en la Directiva de Servicios.

Debe, en consecuencia, quedar bien claro desde el principio que, frente a los infundados temores expresados por algunos, la principal aportación de la LGUM no es recortar las competencias autonómicas, sino hacer efectivos esos principios que facilitan el ejercicio de la actividad empresarial⁵⁹.

⁵⁸ Durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley, especialmente por parte de los grupos nacionalistas, se expusieron manifestaciones en el sentido de que el proyecto de ley se enmarcaba en un pretendido proceso de recentralización de competencias económicas. Se debe tener en cuenta que está pendiente la resolución por parte del Tribunal Constitucional de los recursos interpuestos a instancias del Parlamento y el Gobierno de Cataluña, y el Gobierno de Andalucía. Curiosamente, como se ha puesto de manifiesto la aplicación de la LGUM, no se ha centrado en aquello que se presumía como conflictivo (por ejemplo, el principio de eficacia nacional) sino sobre los principios de necesidad, proporcionalidad y simplificación de cargas, es decir, sobre extremos no necesariamente relacionados con las competencias autonómicas (J. HORTALÀ I VALLVÉ, en el prólogo a *Guía útil sobre la Ley de Unidad de Mercado: mecanismo de protección de los operadores económicos*, de M. ÁLVAREZ SAN JOSÉ, A. ESTOA PÉREZ, G. FERNÁNDEZ ARRANZ y P. SOLER, Madrid, Francis Lefebvre. El Derecho, 2015).

⁵⁹ Según se ha puesto de manifiesto (M. ÁLVAREZ *et al.*, *loc. cit.* Apartado 15) en el informe del Banco Mundial «Doing Business» España ocupaba en el año 2013 el puesto 142 de 189 Estados

Y es en ese escenario en el que se puede adelantar la conclusión de que la LGUM constituye un paso respecto de los mecanismos previstos en la legislación vigente, especialmente respecto del reconocimiento de la legitimación activa de la CNMC o de la legislación de adaptación de la Directiva de Servicios.

A. LOS PRINCIPIOS DE NECESIDAD, PROPORCIONALIDAD Y MÍNIMA DISTORSIÓN DE LA COMPETENCIA

Como se ha señalado, estos principios⁶⁰ estaban incorporados a la legislación española con anterioridad a la promulgación de la LGUM, fundamentalmente a raíz de la adaptación de la Directiva de Servicios⁶¹, mediante una serie de precedentes del precepto contenido en el art. 5.2 de la LGUM, cuando formula el principio de proporcionalidad en el sentido de exigir que cualquier limitación al ejercicio de la actividad económica, basado en cualquier caso en una razón imperiosa de interés general, «deberá ser proporcionada a la razón de interés general invocada, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica».

Ahora bien, si estos principios ya estaban vigentes en la legislación nacional, en cualquier caso, la aportación de mayor trascendencia de la LGUM, además de extenderlos a sectores de actividad más allá del sector

analizados, mientras que un año después ascendió hasta el puesto 74. Según el expresado Informe, la mejora se debió, entre otras causas, a la LGUM, conclusión tal vez exagerada porque la eficacia de una norma es imposible detectarla en tan breve periodo de tiempo, pero no es obstáculo para indicar, una vez más, que la LGUM significa un avance sobre los mecanismos anteriormente vigentes (LDC, legislación de adaptación de la Directiva de Servicios o la Ley de Economía sostenible) profundizando en los principios que ya estaban en esas normas.

⁶⁰ Se ha señalado que en realidad los principios de necesidad y proporcionalidad son el mismo principio. Lo mismo podría decirse del principio de mínima distorsión de la competencia, pues en realidad más que principios diferentes responden a una idea central, esto es, que las restricciones al libre ejercicio de la actividad económica (libertad de empresa) solo pueden ser admisibles cuando son necesarias para la consecución de un interés de imperiosa necesidad, resultan proporcionadas a ese fin y no existe una alternativa menos gravosa. En realidad, como señaló la CNC, se trata de fases de un proceso que debe realizarse para determinar si un acto o disposición administrativa responde a los principios de la buena regulación: el primer paso consiste en analizar si la limitación resulta necesaria, el segundo si es proporcionada al fin que persigue y, finalmente, si no existe una alternativa menos restrictiva. Solo en el supuesto de que la disposición supere esos tres análisis, se considerara una «buena regulación» (J. J. PERNAS GARCÍA, «El principio de necesidad y de proporcionalidad en la Ley de Garantía de Unidad del Mercado», en M.ª J. ALFONSO MAS (dir.), *El nuevo marco de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de garantía de unidad de mercado*, Madrid, La Ley, 2004, p. 425).

⁶¹ El principio de proporcionalidad tenía su formulación, a la hora de admitir, aun como excepcional, el requisito de la autorización para el ejercicio de una actividad económica [art. 5.c) LGUM] al considerar que la autorización únicamente podrá establecerse cuando constituya «el medio más adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se persigue, porque no existan otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado». Por su parte, la Ley Ómnibus había introducido un art. 39 bis en la entonces vigente Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común, que establecía que las Administraciones Públicas que exijan requisitos para el ejercicio de una actividad «deberán elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público, así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen».

de servicios, consiste en haber arbitrado unos mecanismos para garantizar su efectiva aplicación.

Por otra parte, una aportación igualmente reseñable de la LGUM se encuentra, y ello en línea con la jurisprudencia de los Tribunales de la Unión Europea, en incardinar los principios de necesidad y proporcionalidad con el de unidad de mercado. Desde el primero de sus preceptos (art. 1.1) la LGUM determina que su objeto consiste en «establecer las disposiciones necesarias para hacer efectivo el principio de unidad de mercado en el territorio nacional», y en el Capítulo II⁶², incluye entre los principios de garantía de la libertad de establecimiento y la libertad de circulación los de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes (art. 5), en el sentido de que los límites a una actividad económica o su ejercicio deben ser necesarios para salvaguardar una razón imperiosa de interés general, y que cualquier límite basado en una razón imperiosa de interés general «deberá ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para el ejercicio de la actividad económica» (art. 5.2).

La restricción a la competencia está incluida en el concepto de restricciones a la actividad económica, en la medida en que normalmente los límites al ejercicio de esta comportan una restricción a la libre competencia, por ejemplo, introduciendo barreras de entrada o estableciendo reservas de actividad.

B. MECANISMOS JURISDICCIONALES: EL RECURSO ESPECIAL DE LA LGUM

El art. 27 de la LGUM prevé un recurso contencioso-administrativo especial contra los actos y disposiciones que puedan vulnerar los principios establecidos en la propia ley.

La primera cuestión que se plantea con este precepto es si deroga otras vías de recurso que puedan presentar, bien los interesados, bien la propia CNMC en uso de su legitimación activa actualmente prevista en el art. 5.4 de la LCCNMC. La respuesta necesariamente ha de ser negativa: el art. 27 de la LGUM no deroga el art. 5.4 de la LCCNMC, por lo que nos encontramos ante una cierta paradoja: frente a un acto o disposición administrativa que vulnere los principios de necesidad, proporcionalidad y mínima distorsión, en la medida en la que se considere, como evidentemente ha de considerarse, que de esa norma «se derivan obstáculos al mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados» puede ser recurrido, por el mismo organismo, la CNMC, por dos mecanismos diferentes, el previsto, por un lado, en el art. 5.4 de la LCCNMC, y, por otro, el previsto en el art. 27 de la LGUM.

⁶² En el Capítulo II se incluyen los principios que constituyen esa garantía, es decir, los de no discriminación, cooperación y confianza mutua, necesidad y proporcionalidad, eficacia nacional, simplificación de cargas y transparencia.

A pesar de la diferente formulación, los conceptos de una y otra norma son totalmente equiparables. En efecto, de una limitación para el ejercicio de la actividad empresarial se derivan obstáculos para el mantenimiento de la competencia, y naturalmente no todos los actos y disposiciones que limiten la competencia son recurribles, sino exclusivamente los que no respondan al triple test de necesidad, proporcionalidad y máxima distorsión. Igualmente en el concepto del art. 5.4 de la LCCNMC pueden englobarse los actos que vulneren el principio de no discriminación, que supone un obstáculo para el mantenimiento de la competencia efectiva.

Por el contrario, resulta al menos más dudoso que un acto o disposición que vulnere otro de los principios de la LGUM, el principio de eficacia nacional⁶³, pueda incardinarse en el concepto del mencionado art. 5.4. Por un lado, una limitación al principio de eficacia nacional puede suponer una restricción de la competencia en la medida en la que, limitando esa eficacia, se crea una barrera de entrada a determinados operadores, pero, por otra parte, un conflicto derivado de la vulneración del principio de eficacia nacional puede tener relación con la distribución de las competencias territoriales, que quedarían al margen de tal mecanismo. Una reflexión acerca de ese alcance puede llevar a la conclusión de que, dejando al margen las cuestiones directamente relacionadas con las cuestiones derivadas de conflictos de competencia territorial⁶⁴, no existe inconveniente en afirmar que un acto o disposición que vulnere el principio de eficacia nacional contiene una barrera de entrada a determinados operadores y, por tanto, puede quedar englobado en el amplio concepto de acto o disposición del que se deriva un obstáculo para la competencia, y, en consecuencia, puede ser recurrido por la CNMC en ejercicio de la legitimación activa que le concede el art. 5.4 de la LCCNMC.

En consecuencia, los actos que infrinjan los principios de la LGUM, y de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de la competencia en el mercado pueden ser recurridos por una de las dos vías señaladas. Pero el problema radica en el hecho de que se trata de dos recursos contencioso-administrativos con especificidades procesales diferentes, fundamentalmente con competencia objetiva diferente.

En efecto, el recurso que puede interponer la CNMC con arreglo al art. 5.4 mencionado debe ser conocido por el órgano jurisdiccional de lo contencioso-administrativo que corresponda por razón del territorio al órgano del que emane el acto o que haya dictado la disposición. No se alteran, en consecuencia, las reglas de competencia procesal establecidas en la Ley 6/1985, de 6 de julio, del Poder Judicial (LOPJ).

Por el contrario, la LGUM altera las reglas de la competencia de los órganos jurisdiccionales para conocer los recursos interpuestos al amparo

⁶³ Cualquier operador legalmente establecido, o cualquier bien legalmente producido y puesto en circulación, podrá ejercer la actividad económica o circular en todo el territorio nacional.

⁶⁴ En cierta medida el contenido de las sentencias de la AN recaídas hasta el momento vienen a señalar que las cuestiones relativas a la distribución de competencias deben ser analizadas en procedimientos diferentes a los establecidos en el recurso contencioso-administrativo previsto en el art. 27 de la LGUM.

de lo dispuesto en su art. 27. En la LGUM se establece un procedimiento específico, añadiendo un Capítulo IV al Título V de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA) y, al tiempo, se modifica el art. 11.1 de esa Ley, concediendo la competencia a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional para conocer de los recursos interpuestos por la CNMC al amparo de lo dispuesto en el art. 27 de la LGUM.

Esta modificación plantea un buen número de problemas. En primer lugar supone la ruptura del principio de la propia LJCA, según el cual la competencia de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa viene determinado por el órgano que realiza el acto o dicta la disposición impugnada, y no por quien interpone el recurso. Al atribuir la competencia en cualquier caso a la Audiencia Nacional cuando el recurso lo interponga la CNMC⁶⁵ sobre la base de lo previsto en el art. 27 de la LGUM se quiebra ese principio⁶⁶. Es más, paradójicamente, si la CNMC, como se ha señalado, opta por interponer el recurso por la vía del art. 5.4 de la LCCNMC, no se altera ese principio. Tampoco se altera ese principio cuando los interesados puedan recurrir, aun cuando sea por motivos relacionados con el incumplimiento de los principios establecidos en la LGUM.

En segundo lugar, cuando se trata de actos administrativos o disposiciones emanadas de las Comunidades Autónomas o las Corporaciones Locales, la LOPJ establece en su art. 74.1 la competencia de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia en única instancia para conocer de los recursos que se interpongan contra los actos y disposiciones de las Entidades Locales y las Administraciones de las CCAA. El hecho de que ese precepto no haya sido modificado se explica porque la LGUM es una ley ordinaria y no puede modificar una ley orgánica, pero en cualquier caso ese precepto de la LOPJ parece contrario a la competencia que la LGUM concede a la AN.

Ese mismo precepto supone, además, otra paradoja: al residenciar la totalidad de los recursos que se pueden interponer al amparo del art. 27 de la LGUM en la AN, concede competencia para conocer estos recursos a un órgano inferior al que, en otros casos, correspondería. Así, si se interpone un recurso contra un acto o disposición del Gobierno de la Nación (por ejemplo, un Real Decreto) el art. 58.1 de la LOPJ establece que la competencia corresponde al TS; pues bien, si se trata de un recurso interpuesto contra ese mismo acto o disposición del Gobierno por la CNMC al amparo del art. 27 de la LGUM, la competencia corresponde a un órgano inferior, es decir, a la AN. Resulta como mínimo llamativo que, por esa vía, la AN

⁶⁵ Como se ha señalado con anterioridad, cuando la propia CNMC interpone un recurso al amparo del art. 5.4 de la LCCNMC, no se rompe ese principio, en la medida en la que en ese supuesto el órgano jurisdiccional de lo contencioso-administrativo competente es el que corresponde al órgano que haya dictado la disposición.

⁶⁶ Esta objeción se puso de manifiesto por la extinta CNC en su informe (IPN 89/13) sobre el Anteproyecto de la LGUM. En el mismo sentido, al informar sobre dicho Anteproyecto, se pronunció el Consejo General del Poder Judicial (2013).

pueda declarar la nulidad de un Real Decreto, cosa que únicamente podía hacer el TS si se aplicase la LOPJ.

El núm. 2 del mencionado art. 27 establece que la CNMC podrá interponer el recurso, «de oficio o a petición de los operadores económicos, que podrán dirigirse a la misma antes de iniciar en procedimiento contencioso-administrativo». Cabe plantearse la cuestión de si la petición de cualquier operador económico a la CNMC debe ir precedida de una reclamación a la Secretaría del Consejo para la Garantía de la Unidad de Mercado (SECUM) bajo el art. 26 de la LGUM («Procedimiento en defensa de los derechos e intereses de los operadores económicos por las autoridades competentes»), y la respuesta es negativa, ya que no existe precepto en el que fundamentar, al menos suficientemente, tal necesidad. Así lo ha venido interpretando la CNMC, que no ha exigido tal reclamación previa antes de presentar el recurso contencioso-administrativo bajo el art. 27. Ello no obstante, en un buen número de casos en los que un operador económico se ha dirigido a la CNMC, previamente había presentado una reclamación ante la SECUM, evidentemente por considerar que un informe favorable del Consejo de la CNMC dictado en dicho procedimiento administrativo previo podría reforzar la argumentación de un ulterior recurso contencioso-administrativo.

La peculiaridad del recurso contencioso-administrativo previsto en la LGUM se aprecia también en sede de medidas cautelares, en cuyo apartado se recogen especificidades que es necesario resaltar. Frente al régimen general establecido en la LJCA, el art. 127, quáter, apartado 1 de la LJCA⁶⁷ faculta a la CNMC a solicitar en el escrito de interposición del recurso la suspensión cautelar de la ejecutividad del acto impugnado, así como cualquier otra medida que asegure la efectividad de la sentencia. La especificidad de esta medida respecto del criterio general de la LJCA para las medidas cautelares consiste en que, una vez solicitada la suspensión, se considera concedida automáticamente (*inaudita altera parte*) con la admisión a trámite del recurso y sin necesidad de prestación de fianza. Es decir, que la suspensión se produce *ex lege*, sin necesidad de resolución judicial.

Según el art. 127, quáter 2, de la LJCA, la Administración demandada puede solicitar el levantamiento de la medida cautelar en el plazo de tres meses desde su adopción, pero para solicitar el levantamiento deberá justificar los daños que el mantenimiento de la suspensión causa para el interés general o de terceros. De esa petición se dará traslado a la CNMC para que manifieste lo que considere oportuno (en el plazo de dos días) y a la vista de tales alegaciones, la AN resolverá en el plazo de cinco días.

Cabe plantearse si el plazo de tres meses contenido en el art. 127, quáter 2, se refiere a que la Administración deberá dejar transcurrir ese plazo antes de solicitar el levantamiento, o, bien al contrario, significa que la solicitud de levantamiento de la medida cautelar ha de presentarse en el plazo

⁶⁷ Introducido por la DF 1.ª de la LGUM.

de los tres meses siguientes a la fecha de la suspensión. A nuestro juicio, la segunda interpretación parece la más ajustada a Derecho, ya que si lo que el legislador hubiera querido decir es que en cualquier caso la suspensión automática ha de tener una suspensión de tres meses, lo habría expresado así de forma explícita.

Los casos que hasta la fecha han sido tramitados al amparo del art. 27 de la LGUM revelan que la tendencia de la CNMC ha sido la de no solicitar estas medidas cautelares y, según nuestras informaciones, la petición de cautelares se ha reservado para aquellos casos en los que la CNMC considera la existencia de una infracción flagrante. Asimismo, la AN habría rechazado la petición de cautelares de la CNMC en al menos dos ocasiones.

C. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA

Hasta el momento de redactar el presente artículo, y, con independencia de las reclamaciones planteadas ante la SECUM, y de los conflictos en su seno solucionados, la CNMC se ha mostrado especialmente activa a la hora de interponer los recursos previstos en la LGUM contra los actos que la vulneran⁶⁸.

Con independencia de los conflictos basados en el principio de eficacia territorial, principalmente ligado a la distribución de competencias entre el Estado y las CCAA, puede afirmarse que los recursos basados en los principios de necesidad y proporcionalidad, que se encuentran esencialmente ligados a la concepción de la libre competencia, constituyen la esencia de los recursos interpuestos por la CNMC. Sin embargo, los pronunciamientos jurisprudenciales habidos hasta el momento no permiten averiguar con claridad cuáles son los criterios de la AN para la interpretación de los principios de necesidad y proporcionalidad, en la medida en la que el debate se ha centrado en materia de distribución de competencias entre el Estado y las CCAA.

En la Sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la AN de 31 de marzo de 2016 (Recurso núm. 50/2015, Ponente: Santiago Soldevila Fragoso), la CNMC interpuso recurso contra un Decreto del Principado de Asturias que regulaba los requisitos y ámbito de actuación de las unidades móviles para los servicios de prevención de riesgos laborales. Consideraba la CNMC que en la regulación recurrida se vulneraban principios de la LGUM, y, en concreto, los principios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad, en la medida en la que se establecían requisitos para el ejercicio de determinada actividad económica que no respondían a esos principios. La sentencia no entra en el análisis

⁶⁸ La CNMC es una de las primeras autoridades de competencia y regulación en el mundo que dispone de este instrumento. En el sitio web de la CNMC se recogen, bajo el capítulo «Unidad de Mercado», el buen número de actuaciones realizadas en este orden por la Autoridad de la Competencia, <https://www.cnmec.es/ambitos-de-actuacion/unidad-de-mercado> (consultado por última vez el 30 de diciembre de 2016).

de esos motivos del recurso, ya que considera que el conflicto planteado suscita una cuestión relativa al reparto competencial entre el Estado y las CCAA, cuyo cauce de solución no reside en los mecanismos previstos en la LGUM. En consecuencia, no se pronuncia sobre los principios de necesidad y proporcionalidad.

Por otra sentencia de la misma Sala y fecha (31 de marzo de 2016), en el recurso núm. 396/2015 y con el mismo Ponente, se resuelve el recurso igualmente interpuesto por la CNMC contra una resolución de la Consejería de Sanidad de la Junta de Castilla y León por la que se denegaba a una empresa la renovación de la autorización sanitaria para el funcionamiento del servicio de prevención sanitaria; resolución dictada al amparo del Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre de 2003, por el que se establecían los requisitos básicos para el ejercicio de tal actividad de prevención. Fundamentalmente la cuestión debatida venía referida a la procedencia del requisito de que la entidad que ejerciera la actividad económica referida tuviera un establecimiento físico en el territorio de la comunidad autónoma en la que ejerciera sus funciones. El recurso se basaba en la vulneración de los principios de la LGUM de eficacia territorial, no discriminación, necesidad y proporcionalidad. La sentencia no entra en la consideración de la posible vulneración de estos principios en la medida en la que constata que los actos de la Comunidad Autónoma que han sido recurridos resultan de la aplicación de una normativa estatal «por lo que no resulta de aplicación la LGUM, ya que puede razonablemente concluirse que cuando es el Estado quien ejerce su propia competencia al regular una materia y lo hace de forma plena, no puede invocarse frente al mismo la fragmentación del mercado».

De lo anteriormente expuesto puede deducirse que en los primeros pronunciamientos jurisprudenciales hasta el momento existentes, la AN se ha resistido a analizar si las disposiciones y actos recurridos responden a los principios de necesidad y proporcionalidad, que, conforme ha quedado anteriormente expuesto, forman parte del principio de unidad de mercado a tenor de lo dispuesto en la LGUM, para centrarse únicamente en una interpretación de las disposiciones autonómicas que exclusivamente contempla el concepto de unidad de mercado, no como una exigencia para facilitar el ejercicio de la actividad empresarial, sino desde el punto de vista de la distribución de competencias entre el Estado y las CCAA.

