

LA TIPIFICACIÓN DE LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN COMO FACILITADORA DE CÁRTELES

Julio COSTAS COMESAÑA *

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Vigo

Joaquim HORTALÀ I VALLVÉ **

Jefe de la Asesoría Jurídica de la CNMC

1. LA NOCIÓN DE ACTIVIDAD ECONÓMICA COMO CRITERIO DELIMITADOR DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

El Derecho de la competencia prohíbe toda conducta realizada en el mercado que resulte objetivamente apta para restringir la competencia efectiva. Quién realiza esa conducta, es decir, el estatuto jurídico y el régimen de financiación del autor o responsable de la misma resultan irrelevantes como criterios delimitadores del ámbito de aplicación del Derecho de defensa de la competencia ¹.

Desde esta perspectiva lo que caracteriza al potencial sujeto infractor de las conductas prohibidas por la LDC es la realización de una actividad económica ². Por tanto, entendemos que es este concepto y no el de empresa (empresario) el que delimita el ámbito de aplicación del Derecho de defensa de la competencia. Es decir, el Derecho de la competencia no admite tanto una delimitación subjetiva como objetiva, o por relación con la naturaleza económica de la actividad «materialmente» desarrollada por el sujeto.

* Consejero de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) desde 09/2007 a 10/2013.

** Secretario del Consejo de la CNC desde 01/2013 a 10/2013.

¹ Recordemos que la disposición adicional 4.^ª1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), establece el siguiente concepto de empresa: «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». Concepto que se corresponde con el utilizado en la jurisprudencia europea: entre otras muchas, SSTJUE de 23 de abril de 1991, C-41/90, *Höfner y Elser*, apartado 21, y de 22 de enero de 2002, C-218/00, *Cisal*, apartado 22.

² Sobre este concepto, entre las más recientes con cita de los precedentes y respecto de la actividad de un organismo público, véase la STJUE de 12 de julio de 2012, C-138/11, *Compass-Datenbank*, apartados 34-49.

Lo relevante a la hora de calificar una actividad como económica es que se ejercite en competencia, en un contexto de mercado. Este análisis se debe hacer en el caso en concreto y atendiendo exclusivamente a la conducta objeto de análisis, haciendo abstracción del hecho de que no se trate de la única actividad o de la actividad principal de la entidad de que se trata que, por tanto, podría desarrollar otra u otras actividades que pudieran no ser de naturaleza económica, como no lo son las que constituyen ejercicio de prerrogativas públicas³.

En este sentido el hecho de que una Administración u organismo público ejercite una actividad económica en competencia con otros operadores hace prueba de que existe un mercado, y que cuando menos indiciariamente quien la ejercite es, en relación con tal actividad, una empresa a los efectos del Derecho de la competencia. Cuando la actividad en cuestión se ejercite en régimen de monopolio por decisión de una autoridad pública, será necesario examinar si la voluntad del legislador es excluir tal actividad del mercado o, por el contrario, es que el monopolio desarrolle esa actividad económica como una actividad de mercado⁴. En definitiva, las prohibiciones de conductas anticompetitivas se aplican con normalidad a las conductas de la Administración que supongan el ejercicio de una actividad económica, incluso cuando esa actividad adopta la forma de actuación sujeta al Derecho administrativo, así como cuando se realiza al margen de la habilitación legal para el cumplimiento de sus fines públicos, pues lo relevante es que se trata de una actividad que se desarrolla en el mercado.

Esta conclusión tiene apoyo en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo dictada en su actividad casacional de las sentencias revisoras de la Audiencia Nacional relativas a las resoluciones del antiguo TDC. El Alto Tribunal ha ratificado la plena sujeción de la actuación de la Administración a la legislación de defensa de la competencia, «aun en los casos en los que las propias Administraciones públicas o los organismos y sociedades de ese carácter lo hagan sometidos en mayor o menor medida al Derecho administrativo»⁵. Es decir, el hecho de que la actividad económica sea de-

³ STJUE de 12 de julio de 2012, C-138/11, *Compass-Datenbank*, cit., «en la medida en que un organismo público ejerce una actividad económica que puede dissociarse del ejercicio de sus prerrogativas de poder público, dicho organismo, por lo que respecta a esa actividad, actúa como una empresa, mientras que si dicha actividad económica es indisoluble del ejercicio de sus prerrogativas de poder público, todas las actividades ejercidas por dicho organismo permanecen actividades vinculadas al ejercicio de esas prerrogativas».

⁴ A este respecto el TJUE ha elaborado una serie de criterios de valoración que dependen de la actividad analizada, tales como la finalidad social o el principio de solidaridad. Véase la STJUE de 11 de julio de 2006, C-205/03 P, *FENIN* y la Resolución de la CNC de 14 de abril de 2009, expediente 639/08, *Colegio Farmacéuticos Castilla-La Mancha*.

Siguiendo al abogado general POIARES MADURO podríamos afirmar que «existe una actividad económica cuando dicha actividad es desarrollada por el Estado del mismo modo que un operador privado la ejercería en el mercado (según el principio de capitalización) o en competencia con operadores privados». M. POIARES MADURO, «The Chameleon State EU Law and the blurring of the private/public distinction in the market», disponible a mayo de 2013 en la web http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1575542&download=yes, p. 5.

⁵ Entre otras, STS de 19 de junio de 2007, Sala de lo Contencioso, FJ 3.º, relativa al expediente del TDC r 445/00, *Arquitectos Vasco Navarros*.

sarrollada por la Administración en el ejercicio de una potestad pública no es obstáculo para la aplicación de la normativa de defensa de la competencia a esa actividad.

En este mismo sentido, y de forma más contundente porque se hace extensivo el razonamiento a la Administración en general y no sólo a la corporativa, en la STS de 4 de noviembre de 2008, el Alto tribunal afirma:

«Ni el ejercicio de funciones públicas exime [...] a la Administración Pública en general de su sometimiento a la legislación de defensa de la competencia, ni la habilitación legal con que necesariamente actúan las Administraciones Públicas o las entidades que ejerzan funciones públicas implica, por su sola existencia, la aplicación del art. 2 de la Ley de Defensa de la Competencia [actual art. 4 de la LDC].

En efecto, en cuanto a lo primero, esta Sala ha declarado ya en varias ocasiones que, en principio, la Administración Pública está sometida a la Ley de Defensa de la Competencia y, en general, a la legislación que garantice en los diversos ámbitos la libre competencia [...].

Por lo que respecta a la cláusula estipulada en el art. 2 de la Ley de Defensa de la Competencia, también se ha pronunciado esta Sala estableciendo que no puede equipararse con una simple previsión o habilitación legal para actuar en beneficio de una Administración Pública o entidad de carácter público. Ello supondría, precisamente, el exceptuarlas de manera genérica del sometimiento al Derecho de la competencia pues, por principio, las Administraciones Públicas o entidades que ejercen poder público sólo actúan en ejercicio de potestades atribuidas por la Ley. La cláusula del art. 2 de la Ley de Defensa de la Competencia debe entenderse, por el contrario, como una previsión legal que autoriza a una conducta que, por sí misma, estaría incurso en las prohibiciones del art. 1 de la Ley [...].»

Por tanto, a modo de conclusión, podríamos afirmar que la Administración Pública desarrolla una actividad económica en competencia y sujeta a la prohibición de conductas unilaterales abusivas cuando demanda u oferta bienes o servicios en el mercado⁶, o sujeta a la prohibición de conductas colusorias cuando acuerda con otros operadores económicos conductas anticompetitivas⁷.

⁶ En relación con la actividad de demandante véase la STJUE *FENIN*, y actuando como oferente de servicios la STJUE *Compass-Datenbank*, ambas ya citadas.

⁷ Véanse las resoluciones del TDC de 24 de julio de 1997 (expte. 393/96, *Aparejadores Cádiz*) relativa a un convenio suscrito por el Ayuntamiento de San Fernando y de Conil de la Frontera con sus respectivos colegios territoriales de aparejadores y arquitectos, para la legalización de viviendas de protección oficial, declarado conducta prohibida por fijar los honorarios profesionales en cantidades distintas a las establecidas por Real Decreto, y de 27 de julio de 2006 (expte. 594/05, *Cines Campoo*), en la que se prohíbe el convenio suscrito por el Ayuntamiento de Aguilar de Campoo por el que se otorga a Campoo Salas la exclusividad de las exhibiciones cinematográficas en Aguilar de Campoo, por constituir en sí mismo un cierre del mercado. También las resoluciones de la CNC de 7 de mayo de 2008 (expte. 632/07, *Ayuntamiento Peralta*), prohibiendo el convenio entre el Ayuntamiento de Peralta y la Asociación de Feriantes de Navarra, cuyo objeto era evitar la competencia entre industrias feriales y similares durante las fiestas locales, ya que con el mismo, al margen de la concesión o denegación de una mera licencia, se establecía una barrera de entrada e indirectamente una exclusiva a favor de la Asociación, y la Resolución de 14 de abril de 2009 (expte. 639/09, *Colegio Farmacéuticos Castilla-La Mancha*) declarando prohibido el acuerdo suscrito entre el Servicio Salud de Castilla-La Mancha y el Consejo de Colegios Farmacéuticos de Castilla la Mancha, por el que se establecía un reparto del

2. INCIDENCIA DE LA ACTUACIÓN ANTICOMPETITIVA DE LA ADMINISTRACIÓN SOBRE EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD DE LAS EMPRESAS

Acabamos de apuntar que la actividad de la Administración desarrollada en el marco de acuerdos rubricados con empresas puede tener naturaleza económica, y por ello lo normal será considerar que la Administración actúa, en relación con ese acuerdo o convenio, como operador económico sujeto al Derecho de la competencia.

No obstante, existen otros supuestos en los que la actuación de la Administración se limita a promover, amparar o fortalecer la eficacia de la actuación anticompetitiva de las empresas, de tal forma que no es posible considerar que su conducta tenga naturaleza económica, pues ni demanda ni oferta ningún bien o servicio en el mercado.

Este tipo de actividad restrictiva de la competencia de la Administración o de organismos públicos no elimina la antijuridicidad de la conducta anticompetitiva de las empresas promovida, fomentada o amparada por la Administración (art. 4.2 de la LDC)⁸, pero sí que ha sido considerada (más por los tribunales que por la autoridad de competencia) como una circunstancia que puede influir sobre el principio de culpa que informa el Derecho sancionador de competencia, bien como eximente o como atenuante de la responsabilidad administrativa de las empresas en aplicación de la doctrina de la confianza legítima⁹, o simplemente porque en el marco de un contexto normativo que induce a error, la activa participación de la Administración sectorial puede conducir a la empresa a concluir de buena fe que su actuación anticompetitiva era conforme a Derecho¹⁰.

Pero en la Resolución de la CNC de 6 octubre de 2011 (expte. S/0167/09 *Productores de Uva y Vinos de Jerez*)¹¹, la Autoridad de la Competencia no

mercado relevante mediante un sistema de turnos rotatorios entre farmacias para el suministro directo a los centros socio-sanitarios de la prestación farmacéutica.

⁸ Para un comentario general a este precepto, véase F. MARCOS, «ARTÍCULO 4. Conductas exentas por ley», en J. MASSAGUER *et al.* (dirs.), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, 3.ª ed., Pamplona, 2012, pp. 243-313.

⁹ J. COSTAS, «La confianza legítima en la actuación de las administraciones públicas como límite al Derecho de la competencia», en J. GUILLÉN CARAMES (coord.), *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las Administraciones Públicas*, Madrid, 2011, pp. 105-134.

¹⁰ En efecto, en la SAN de 10 de abril de 2013 (recurso 652/2011), la Sección 6.ª de la Sala de lo Contencioso afirma que «la culpabilidad del sujeto infractor se vincula a la circunstancia de que su conducta no se halle amparada por una interpretación jurídica razonable de las normas aplicables, la suma de las dificultades en la interpretación descritas por la CNC y la actuación administrativa, aunque no sitúan a ASEVI-ASAJA dentro de los límites del principio de confianza legítima, si excluyen el elemento intencional en la comisión de la infracción, con la consecuencia de que no procede imponer sanción alguna». Este mismo razonamiento condujo a reducir la sanción impuesta en la SAN de la Sección 6.ª de la Sala de lo Contencioso de 21 de enero de 2011, relativa a la RCNC de 8 de septiembre de 2010, expediente S/0080/08, *Naviera línea cabotaje Ceuta Algeciras*.

¹¹ Esta Resolución ha sido comentada, críticamente, por F. MARCOS, «El ámbito de aplicación subjetivo de la LDC y la condena de la Junta de Andalucía en el cártel de la uva y del mosto de jerez: comentario a la RCNC de 6 de octubre de 2011, Exp. S/0167/09», *RCD*, núm. 11, 2012, pp. 253-275, donde se apunta que la Resolución de 10 de diciembre de 2003 pudiera constituir un antecedente re-

solo rechazó las alegaciones relativas a la falta de responsabilidad por aplicación del referido principio de la confianza legítima en la actuación de la Administración¹², sino que afirma que la Administración Pública puede ser sujeto infractor de la normativa de competencia incluso cuando, sin desarrollar una actividad económica de competencia, realiza al margen de una habilitación normativa específica y suficiente, actuaciones que amparan o refuerzan los efectos restrictivos de conductas realizadas por los operadores económicos.

3. EL CASO DEL CÁRTEL DE PRODUCTORES DE JEREZ

A. IMPUTACIÓN Y ALEGACIONES DE DEFENSA

En este expediente citado, la Dirección de Investigación de la CNC consideró que la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía (en adelante, CAP) era responsable de una infracción del art. 1 de la LDC y del art. 101 del TFUE, por su participación en los acuerdos de fijación de precios de la uva y el mosto de Jerez, desde septiembre de 2002 hasta, al menos, julio de 2007.

En sus alegaciones, la CAP argumentó que, si bien los organismos públicos pueden ser considerados como empresas en la medida en que llevan a cabo actividades económicas, no sería éste el caso, pues la CAP habría actuado dentro de su ámbito competencial propio y, en cualquier caso, la extralimitación de dichas funciones debería enjuiciarse en la jurisdicción contencioso-administrativa. A su juicio, al no tener carácter de operador económico, la CAP no puede ser sancionada y tampoco cabría atribuírsele responsabilidad en calidad de colaborador necesario, puesto que éste también debe ser una empresa que se lucra en el desarrollo de su actividad empresarial, lo que no sucede en el caso examinado.

Por otra parte, la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía, en su informe emitido en aplicación del art. 5.4 de la *Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia* considera que la actividad de la CAP no puede reputarse en ningún caso como económica,

moto de la resolución comentada (nota 80), y el *Informe sobre competencia y sector agroalimentario* de 2010 un antecedente más próximo (nota 84).

¹² Así, en el FD 9.º se afirma que: «En el caso que nos ocupa la actuación de la CAP, que a través del Plan Estratégico supeditó la adopción de una serie de medidas favorecedoras del sector al cumplimiento del acuerdo previo de las asociaciones de productores y transformadores del Marco de Jerez, y puso su firma en el citado acuerdo de 2002 y por tanto en el acuerdo de precios contenido en el mismo, razón por lo que está imputada en este expediente, no puede ser en ningún caso generadora de confianza legítima.

Por otra parte, si bien la CAP estampó su firma sin objeciones al contenido relativo a los precios, no se aprecia que realizase presión alguna en relación con la legalidad de los acuerdos sobre fijación de los mismos. En todo caso el silencio e incluso la aquiescencia de una autoridad no competente para aplicar las normas de competencia no puede generar confianza legítima sobre la legalidad de acuerdos sobre precios».

sin perjuicio de lo reprochable de su conducta en relación con su responsabilidad en el mantenimiento de la competencia en los mercados. Discrepa con la Dirección de Investigación en el sentido de que la falta de cobertura legal de la actuación de la CAP permita concluir que dicha actuación vulnera los arts. 101 del TFUE y 1 de la LDC. Se estaría así contemplando una nueva vía de inclusión de los Estados en el ámbito de aplicación del art. 101 del TFUE (destinado únicamente a empresas).

B. DOCTRINA DEL CONSEJO DE LA CNC

a) *Ejercicio inadecuado de potestades públicas restrictivo de la competencia*

Tras recordar en qué condiciones está sometida la actuación de una Administración Pública al Derecho de la competencia, el Consejo de la CNC procedió a determinar en qué forma participó la CAP en los hechos enjuiciados y las consecuencias jurídicas que ello implica a efectos de imputación y sanción por prácticas restrictivas de la competencia.

A este respecto, el Consejo observó que la CAP ostenta una serie de competencias específicas (regulatorias, de ordenación, planificación y control) que le reconoce su normativa, y que no son sino manifestaciones concretas de la genérica competencia que tiene toda Administración sectorial de adoptar las medidas necesarias para favorecer el correcto funcionamiento del sector o sectores que están bajo su ámbito de actuación. Es decir, se reconoce a la CAP una potestad pública de planificación y ordenación sectorial que, como toda potestad administrativa, tiene su origen en el ordenamiento jurídico y que es de carácter general y abstracto, sin concretar las actuaciones gubernativas que bajo su amparo se pueden adoptar. Esta falta de concreción no puede interpretarse en el sentido de que tenga una habilitación total y absoluta para desarrollar cualquier tipo de actuación destinada a garantizar el adecuado funcionamiento del sector, pues toda Administración debe ajustar el ejercicio de sus competencias no solo a la normativa de la que emanan, sino al resto del ordenamiento jurídico, incluyendo, evidentemente, la normativa de competencia.

En este sentido, hay que recordar que tanto el extinto TDC como la CNC han declarado contrarios a la LDC acuerdos y convenios suscritos por la Administración con operadores privados que restringían la competencia¹³. Es decir, se consideró que la actividad económica de la Administración (en esos casos, como operador económico), no obstante responder al ejercicio (inadecuado) de potestades públicas que el ordenamiento jurídico le atribuía para el cumplimiento de sus fines, cae bajo el ámbito de aplicación de la LDC si es objetivamente anticompetitiva y, por tanto, sancionable, sin que ello suponga hurtar del análisis de su legalidad a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

¹³ Véase *supra* nota 8.

No cabe duda de que la actuación imputada a la CAP, consistente en dar su conformidad a un acuerdo de fijación de los precios de venta de la uva y el mosto de Jerez, puesto que eso es lo que está haciendo al firmar el Plan Estratégico para el Marco de Jerez de 2 de septiembre de 2002, no puede en modo alguno ser considerada una de las medidas que, en su condición de regulador sectorial, puede adoptar para la ordenación del sector. Si no existe norma alguna con rango de ley que en este supuesto concreto permita a la Administración, de forma expresa y concreta, amparar acuerdos de fijación de precios entre competidores, resulta evidente que la CAP no está ejercitando debidamente una de las potestades que, para el adecuado cumplimiento de sus fines, tiene atribuida.

Pero si la decisión de amparar un acuerdo anticompetitivo evidencia un inadecuado ejercicio de una potestad pública, también lo prueba el instrumento empleado para ello, la firma de un denominado Plan Estratégico que incorpora un acuerdo entre operadores privados claramente restrictivo de la competencia, que en modo alguno, ni por su forma ni por su objeto, es uno de los instrumentos previstos en Derecho administrativo para el ejercicio de las competencias de ordenación y planificación sectorial de la CAP.

En definitiva, en estos casos la Administración está desapoderada de sus prerrogativas, precisamente por no ejercitar adecuadamente las potestades que tiene atribuidas y, por lo tanto, los efectos restrictivos de su conducta pueden ser analizados por la autoridad de competencia. El reconocimiento de esta potestad en modo alguno conlleva atribuirle a la CNC la competencia para revisar los actos administrativos, que corresponde en exclusiva a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sino la potestad para investigar los efectos restrictivos de la competencia de una actuación de hecho de la Administración¹⁴.

b) *La conducta de la Administración como facilitadora del cártel*

En la Resolución comentada el Consejo de la CNC concluyó que la CAP era responsable, junto a las empresas autoras del acuerdo de fijación de precios, de una infracción del art. 1 de la LDC. En concreto, la CAP había participado en la adopción del citado Plan Estratégico, basado en el acuerdo sectorial de las organizaciones del marco de Jerez, en el que productores y bodegueros fijaban los precios de uva y mosto para los siguientes cuatro años. Asimismo, asumió la presidencia y participó en las distintas reuniones de la Comisión de Seguimiento del Plan Estratégico que se sucedieron desde su creación hasta, al menos, la reunión celebrada el 25 de mayo de 2006, en la que se ratificó el acuerdo sectorial de 2006 para las

¹⁴ En este sentido la STS de 19 de junio de 2007 de la Sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso señala que, «[...] al versar el procedimiento en exclusiva sobre las cuestiones planteadas ante los órganos de defensa de la competencia y dentro de las atribuciones de éstos, quedan necesariamente fuera las cuestiones que puedan referirse directa y únicamente a la conformidad a Derecho de la actuación denunciada desde la perspectiva del Derecho administrativo, las cuales habrían de plantearse directamente como tales ante los tribunales de esta jurisdicción contencioso administrativa».

campañas 2006 y 2007. Durante este tiempo, la CAP veló por el adecuado cumplimiento del acuerdo llegando a proponer su revisión una vez constatado el incumplimiento por parte de alguno de los firmantes.

Por tanto, la CAP, excediéndose en las competencias de ordenación y planificación del sector, consintió y amparó una previa conducta anticompetitiva de fijación de precios, y además veló por su correcta aplicación, desarrollando una actuación que «va más allá de una acción mediadora que facilita la puesta en práctica de una restricción de la competencia, y que podría ser igualmente anticompetitiva, pues además actúa conjuntamente con los operadores del mercado para conseguir un objetivo común, cual es el poner en práctica una restricción de competencia [...]»¹⁵.

Es decir, la CAP desplegó una conducta que reúne los requisitos de la denominada figura del «facilitador» del cártel¹⁶, pues i) contribuyó activamente a la puesta en práctica de la conducta, existiendo un nexo de causalidad suficientemente concreto y determinante entre su actividad y la misma; y ii) consta su incuestionable voluntad de participar en la práctica restrictiva, ya que con su comportamiento pretendía contribuir a la consecución de los objetivos comunes perseguidos por el conjunto de los participantes, y tuvo conocimiento de los comportamientos ilícitos de las empresas¹⁷.

El facilitador puede no ser un operador económico del mercado afectado por el cártel y, sin embargo, participar en la infracción en calidad de «sujeto infractor»¹⁸. Puede compartir el interés anticompetitivo que es común a las empresas cartelizadas, lo que sucederá habitualmente cuando el facilitador es la asociación sectorial, pero nada obsta a que su actuación, auxiliar pero esencial para que el cártel alcance su objetivo anticompetitivo, esté motivada por otro interés u objetivo, como sucede en los casos en los que el facilitador es una empresa o profesional prestador de determinados servicios¹⁹. Y ello es así porque sabemos que para que una conducta caiga

¹⁵ Resolución de la CNC de 28 de julio de 2010, expediente S/0091/08, *Vinos Finos de Jerez*.

¹⁶ STPI de 8 de julio de 2008, T-99/04, *Treuhand/Comisión*, y Resoluciones de la CNC de 2 de marzo de 2011 (expte. S/0086/08, *Peluquería Profesional*), de 13 de mayo de 2011 (expte. S/0159/09, *UNESA y asociados*), y de 28 de julio de 2010 (expte. S/0091/08, *Vinos de Jerez*).

Con anterioridad a la sentencia *Treuhand*, en la sentencia de 12 de septiembre de 2007, T-36/05 *Coats/Comisión*, el TPI consideró que la función de Coats en el cártel era más próxima a la de un «mediador» que a la de un miembro de pleno Derecho de la práctica colusoria, por lo que estimó oportuno reducir el importe de la multa un 20 por 100 para tener en cuenta esta circunstancia atenuante. También con anterioridad, la Comisión Europea había declarado la responsabilidad de «facilitadores» en prácticas anticompetitivas, aunque no les había sancionado: véanse Decisión 80/1334/CEE, de 17 de diciembre de 1980, asunto IV/29.869, *Italian cast glass*, DOCE 1980 L 383, p. 19, Secc. II.A.4, *in fine*; y Decisión 86/398/CEE, de 23 de abril de 1986, en el asunto IV.31.149, *Polipropileno*, DOCE 1986 L 230, p. 1, considerando 106 y art. 2.

¹⁷ De otra opinión es F. MARCOS, cit., pp. 270-275, que considera «inaudito» calificar la actuación de la CAP como de facilitador, porque entiende que éste debe perseguir con su actuación el objetivo anticompetitivo del cártel y no puede atribuirse a la actuación arbitraria y desviada de aquélla tal objetivo.

¹⁸ En el caso *Transitarios*, en la medida en que estaba acreditada su participación en reuniones del cártel, la CNC considero a tal empresa infractora de la prohibición de acuerdos colusorios, pese a que no operaba en el mercado afectado por el cártel sancionado. Resolución de 31 de julio de 2010, expediente S/0120/08.

¹⁹ Véase la Resolución de 25 de marzo de 2013, Expte, S/0316/10, *Sobres de Papel*, FD 5.º C.1.

bajo la prohibición *antitrust* es necesario y suficiente que tenga aptitud objetiva para restringir la competencia.

Dada la naturaleza instrumental de las conductas que despliega quien actúa como facilitador de una conducta colusoria (convocar y organizar las reuniones, recabar, tratar, custodiar y circular la información, vigilar el cumplimiento...), se deduce razonablemente que este sujeto ni tan siquiera tiene que ser un operador económico²⁰. Carecen de tal condición las asociaciones empresariales sancionadas por la CNC por su papel de facilitador del cártel²¹, y no tienen por qué serlo otro tipo de entidades o sujetos que puedan intervenir en tal calidad en un cártel, pues de la propia sentencia *Treuhand* del TJUE se puede colegir que los requisitos para apreciar la presencia de la figura del facilitador se centran en una concreta forma de intervención y en el conocimiento de la conducta infractora, y no tanto en la condición jurídico-económica de quien la realiza.

Como hemos señalado al principio, de la jurisprudencia resulta que lo relevante para que una conducta quede sujeta al Derecho de la competencia no es la condición jurídica del sujeto sino los efectos anticompetitivos de su conducta, de modo que si la conducta incide negativamente sobre el nivel de competencia en el mercado, la misma cae dentro del ámbito de la LDC, sea quien sea el autor, a excepción de que goce de amparo legal ex art. 4 LDC. En este sentido, la Sección 6.ª de la Sala de lo Contencioso de la AN, en sentencias de 27 de febrero de 2009 y de 11 de noviembre de 2003, señala que «la conducta prohibida puede ser realizada por cualquier agente económico —término amplio que incluye no sólo a las empresas, sino también a todos aquellos cualquiera que sea su forma jurídica, que intermedien o incidan en la intermediación en el mercado—; pero también por asociaciones o agrupaciones de aquellos agentes económicos»²².

Tal es el efecto que produce a juicio del Consejo de la CNC la actuación de la CAP, consistente en participar en la elaboración y en la ejecución de un acuerdo privado anticompetitivo, en el que ciertamente no tiene un interés comercial pero en el que, excediéndose de las competencias que le atribuye la normativa, toma parte con el objetivo de facilitar la consecución y eficacia anticompetitiva del mismo²³.

En definitiva, pues, a modo de conclusión cabría afirmar que la participación de la Administración en un acuerdo anticompetitivo como facilitador

²⁰ Recuérdese que según la jurisprudencia los ilícitos anticompetitivos no tienen como presupuesto (como elemento del tipo) la concurrencia de un enriquecimiento injusto en el infractor, de forma que no es preciso que la conducta proporcione un beneficio económico al infractor: STJUE de 2 de octubre de 2003, C-195/99, *Krupp Hoesch/Comisión*.

²¹ Véase, a título de ejemplo, *supra* nota 16.

²² En efecto, el art. 1 de la LDC y el art. 101 del TFUE consideran insertos en la prohibición de las conductas colusorias las decisiones y recomendaciones de las asociaciones de empresas, no porque se les pueda calificar como empresas sino porque su conducta resulta objetivamente apta para generar el efecto de unificar el comportamiento competitivo de sus asociados; para *incidir* en el mercado.

²³ No obstante, porque era razonable entender, dada la ausencia de antecedentes, que la CAP podía no ser consciente de que su participación activa en el cartel pudiera ser constitutiva de una infracción del art. 1 de la LDC, el Consejo no le impuso sanción.

(impulsándolo, refrendándolo o promoviendo su ejecución), al margen de las prerrogativas que le otorga el ordenamiento jurídico y sin amparo legal 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 objetiva de esa conducta administrativa para impulsar, generar o reforzar los efectos restrictivos de la conducta colusoria en la que participa. En estos casos, la autoridad de competencia es competente para reprimir y sancionar tales efectos restrictivos de la actuación administrativa articulada mediante una actuación material²⁴, cuya conformidad con el Derecho administrativo y, por tanto, su expulsión del ordenamiento jurídico, sigue correspondiendo a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, incluso a instancias de la CNC mediante el instrumento de la legitimación activa del art. 12.3 de la LDC²⁵.

Personalmente consideramos que esta interpretación es coherente con el art. 61 de la LDC, que se refiere genéricamente a «las personas físicas o jurídicas que realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en esta Ley», e igualmente es consistente con una interpretación sistemática de la propia LDC, en cuyo art. 1 no se menciona expresamente a las empresas como únicos sujetos capaces de desarrollar las conductas colusorias, pues el objetivo es proporcionar una protección jurídica eficaz de la competencia efectiva en los mercados.

C. LA DOCTRINA DE LA AUDIENCIA NACIONAL: LAS NORMAS DE COMPETENCIA SOLO SON APLICABLES A LOS OPERADORES ECONÓMICOS

Este pronunciamiento de la CNC no ha sido confirmado por la Audiencia Nacional. En su sentencia de 16 de julio de 2013²⁶, la Audiencia anula la resolución impugnada en este concreto aspecto al considerar que la CNC «no puede declarar que la Consejería de Agricultura y Pesca es responsable de una infracción de las normas sobre competencia ya que reconoce que dicho órgano administrativo no ha intervenido como operador económico sino en ejercicio de potestades públicas sin que el hecho de que dicho órgano administrativo se haya excedido de las competencias que le atribuye la normativa permita considerarle sujeto infractor al no haber sido realizadas

²⁴ F. DE LEMUS CHÁVARRI, «El acto administrativo ante la legislación de defensa de la competencia», en *Boletín Económico del ICE*, núm. 2720 (febrero-marzo 2002), pp. 19-35, p. 34, afirma que «[...] creemos necesario proclamar como conclusión, que el único criterio jurídicamente válido y de clara aplicación práctica para delimitar el campo de aplicación de la LDC en la realidad teórica y práctica, es el del concepto del “acto administrativo” propiamente tal, delimitado por la doble cualidad de emanar de una Administración Pública y que lo dicte en el ejercicio de una potestad administrativa».

²⁵ Creemos que comparte esta posición J. I. CUBERO, «Regulación, iniciativa pública económica y libre competencia: hacia un modelo sin inmunidades», en *Revista de Administración Pública*, núm. 184, Madrid, enero-abril (2011), pp. 121-156, pp. 147 y 155. También, críticamente, C. PADRÓS, «La presencia de la Administración Pública en cárteles privados: La regulación administrativo-colusoria», *Revista General de Derecho Administrativo*, 32 (2013), disponible en http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?numero=32&id=1.

²⁶ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6.ª, recurso 626/2011.

al amparo de una Ley». Señala posteriormente que «el primer elemento relevante para que una conducta quede sujeta al Derecho de la competencia es determinar en qué condición actúa la Administración Pública y sólo si interviene como un operador económico puede ser examinada dicha conducta por la CNC. [...] sólo si interviene como operador económico puede ser declarada responsable de una infracción». Añade la sentencia que «para que una conducta objetivamente reprochable pueda ser sancionada por la autoridad de defensa de la competencia es necesario que el sujeto infractor esté incluido en el ámbito subjetivo de aplicación de las normas de defensa de la competencia». Por último, «ello no significa que esa conducta de la Consejería de Agricultura y Pesca no sea en su caso reprochable sino sólo supone que la CNC no puede declarar a la Administración responsable de tal infracción en el marco de un procedimiento administrativo sancionador ya que en este caso sólo se le reconoce legitimación para impugnar tal actuación ante la jurisdicción contencioso-administrativa conforme al art. 12.3 de la LDC 15/2007 [...]».

En definitiva, la Audiencia Nacional considera que: 1) La Autoridad de Competencia no puede fiscalizar la actuación derivada del ejercicio de una potestad administrativa aunque en su concreto ejercicio el titular de la misma se haya excedido. 2) Solo si el sujeto actúa como operador económico puede ser analizada su conducta a la luz de la LDC y, en su caso, ser declarado responsable de una infracción. 3) Solo cabe aplicar el régimen sancionador previsto en la LDC cuando el sujeto que incurra en la conducta ilícita esté incluido en el ámbito subjetivo de aplicación de la norma sancionadora. 4) La LDC solo reconoce a la Autoridad de Competencia la posibilidad de actuar frente a actos sujetos a Derecho administrativo por la vía de la legitimación activa que el art. 12.3 de la LDC²⁷ reconoce.

Esta sentencia de la Audiencia Nacional no es firme, pues contra ella ha sido preparado recurso de casación por la propia Autoridad de Competencia. Constando además doctrina del Alto Tribunal aparentemente discordante con lo razonado por la Audiencia²⁸ y a la espera de una doctrina jurisprudencial sobre la conformidad o no a Derecho de dicha sentencia, la CNC resolvió el 27 de septiembre de 2013 (expte. S/0314/10, *Puerto de Valencia*) mantener y precisar el criterio ya expuesto en la anterior resolución de 6 de octubre de 2011.

4. EL CASO DEL CÁRTEL DEL PUERTO DE VALENCIA

A. IMPUTACIÓN Y ALEGACIONES DE DEFENSA

En el expediente S/0314/10, la Dirección de Investigación de la CNC considera que la Consellería de Infraestructuras y Transporte de la Gene-

²⁷ Precepto formalmente derogado por la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que el art. 5.4 de ésta última viene a reproducir de forma casi literal.

²⁸ Cfr. sentencias citadas *ut supra* (apartado 1).

ralitat Valenciana (en adelante CIP) ha vulnerado los arts. 1 de la LDC y 101 del TFUE, por su participación a partir de septiembre de 2010 y hasta abril de 2011 en las reuniones de la «Mesa sobre el sector del transporte de contenedores por carretera en el Puerto de Valencia» para establecer un marco coordinado de precios en función de los costes, facilitando así prácticas colusorias de diversos operadores del Puerto de Valencia contrarias a la normativa de defensa de la competencia.

El Consejo, ratificando el criterio de la Dirección de Investigación, considera que, mediante su actuación, la CIP no sólo consiente y ampara una conducta anticompetitiva de fijación de precios, excediendo con creces las competencias que tiene atribuidas sobre el sector, sino que además ha velado por su correcta aplicación. La CIP ha desempeñado un papel activo en la organización y vigilancia de la adecuada ejecución de un acuerdo de fijación de precios, contribuyendo considerablemente a su mantenimiento en vigor y, por tanto, a restringir grave y prolongadamente la competencia en el mercado.

En contra de dicha imputación, al margen de consideraciones ajenas al objeto de este artículo, se alzan motivos centrados en la inimputabilidad de la Generalitat, en tanto que Administración territorial, en el marco del régimen sancionador diseñado por la LDC, máxime teniendo en cuenta que en el contexto fáctico que el expediente investiga y sanciona, la CIP no actuaba como operador económico de acuerdo con la delimitación que de este concepto hace la doctrina jurisprudencial.

B. LA DOCTRINA DEL CONSEJO DE LA CNC. CONTESTACIÓN A LA AUDIENCIA NACIONAL

A pesar del pronunciamiento de la Audiencia Nacional, y en la medida en que este podría apartarse de anterior doctrina jurisprudencial, en su resolución de 27 de septiembre de 2013 la CNC reproduce y matiza la argumentación de la anterior resolución de 6 de octubre de 2011.

En aquella resolución se señaló que, para determinar si resulta apreciable la responsabilidad de una Administración Pública por la comisión de una infracción de la normativa de defensa de la competencia, resulta necesario el análisis sucesivo de tres cuestiones. En primer lugar, concretar en qué condiciones está sometida la actuación de una Administración Pública al Derecho de la competencia. En segundo término, determinar su forma de participación en los hechos y las consecuencias jurídicas que ello implica a efectos de imputación y sanción. Por último, dilucidar si resulta necesaria su intervención como operador económico para poder tener la consideración de sujeto infractor en concepto de facilitador. El análisis de dichas cuestiones en la referida resolución condujo a concluir que la Administración Pública, estando su actuación sometida a la Ley y al Derecho, lo estaba también necesariamente a las disposiciones de la LDC. Asimismo, la concreta actuación desarrollada por la Administración en dicho expediente

permitiría deducir una participación activa en la conducta a la que anudar la consiguiente responsabilidad. No concurriría tampoco amparo legal que según art. 4 de la LDC hubiera permitido eximir la antijuridicidad de la conducta. Por último, se niega que la condición de operador económico constituya un requisito indispensable para la aplicación de la normativa de defensa de la competencia y para el ejercicio de la potestad sancionadora prevista en la misma. Declarada la responsabilidad de la Administración, se resuelve, no obstante, no imponer sanción a la Administración dada la inexistencia de pronunciamientos previos.

En los apartados que siguen se analizan críticamente las conclusiones extraídas de la SAN de 16 de julio de 2013 *supra* relacionadas²⁹ que justifican el pronunciamiento de la CNC en su resolución de 27 de septiembre de 2013.

a) *Sobre si la Autoridad de Competencia puede o no fiscalizar la actuación derivada del ejercicio de una potestad administrativa*

De conformidad con el art. 9.1 y 103 de la Constitución, las Administraciones Públicas actúan con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. Según lo ya referido, el Tribunal Supremo ha destacado en varias ocasiones la plena sujeción de las Administraciones Públicas a la normativa de defensa de la competencia³⁰. Señala claramente el Tribunal Supremo que la actuación de una Administración derivada de una potestad pública no obsta a que, en su ejercicio, esta se someta a lo previsto en el art. 1 de la LDC. En el concreto ejercicio de sus potestades, la Administración debe adecuarse, no solo a los elementos determinantes de la habilitación que el ordenamiento jurídico le atribuye (en particular, a la finalidad de dicha potestad, incurriendo en caso contrario en desviación de poder), sino al resto del ordenamiento jurídico. El ejercicio de una potestad en un determinado ámbito no ampara la vulneración de cualquier otra rama del ordenamiento jurídico.

En las resoluciones de la CNC analizadas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo citada, la Administración actuó en ejercicio de potestades públicas, lo que no impidió el ejercicio de la potestad sancionadora por parte de la Autoridad de Competencia. El Alto Tribunal, pues, ha venido a señalar que el indebido ejercicio de potestades públicas puede ser analizado desde la perspectiva del Derecho de la competencia, sin que ello suponga hurtar del análisis de su legalidad a la jurisdicción contencioso-administrativa, consideración ésta de la que se aleja la SAN de 16 de julio de 2013, antes citada.

²⁹ Cfr. apartado 3.3.

³⁰ Entre otras, SSTS de 19 de junio de 2007, de 4 de noviembre de 2008 y de 6 de octubre de 2011.

b) *Sobre si la aplicación de la LDC debe o no limitarse a los sujetos que tengan la condición de operador económico*

De acuerdo con el contexto fáctico sobre el que se cimienta el expediente S/0314/10, la CIP incurre en una práctica objetivamente contraria al art. 1 de la LDC, al participar activamente en las reuniones de la «Mesa de transporte» para establecer un marco de coordinación de precios en función de los costes.

La legislación administrativa, a diferencia de la penal, no suele distinguir categorías abstractas de participación. De la participación en un ilícito administrativo, cualquiera que sea el grado o intensidad, deriva la responsabilidad, sin perjuicio que el grado en dicha participación puede modular la sanción en atención al principio de proporcionalidad. No existe pues, ni en la Ley 30/1992, ni en la LDC, categorías referidas a la participación del infractor (*i. e.* autor, inductor, cooperador necesario, cómplice), bastando que ésta tenga lugar a título de dolo o negligencia, incluida la simple inobservancia³¹. No obstante, la jurisprudencia no es ajena al análisis de la forma o grado de participación (o título de imputación) en un ilícito administrativo.

En particular, la jurisprudencia comunitaria ha precisado que la imputación a un sujeto de un ilícito de competencia y la consiguiente responsabilidad puede derivar de una acción de cooperación activa o de *facilitador* de la conducta³². Sobre esta premisa, ya se señaló que la Autoridad de Competencia ha sancionado, no sólo a las empresas, sino también a asociaciones en cuyo seno se desarrollaron las conductas restrictivas de la competencia³³ y a corporaciones de Derecho público³⁴. Como se afirmaba en la RCNC de 13 de mayo de 2011 (expte. S/0159/09 *UNESA y asociados*) respecto a la conducta de una asociación empresarial, la actuación de la CIP en el expediente *Puerto de Valencia* «constituye el medio sobre el que se soporta e instituye la colaboración y su intervención resulta decisiva y tiene entidad propia en el desarrollo de la conducta». Siguiendo otros precedentes de la CNC, la CIP «además de colaborar activamente» en la infracción, «mostró su voluntad de colaboración en la práctica»³⁵.

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 art. 1 de la LDC no sea necesariamente un operador económico, lo

³¹ Art. 130 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

³² Cfr. *supra* apartado 3.2.b).

³³ Así, las resoluciones de la CNC ya citadas de 2 de marzo de 2011 (expte. S/0086/08, *Peluquería Profesional*) y 13 de mayo de 2011 (expte. S/0159/09, *UNESA y asociados*).

³⁴ A título de ejemplo, RCNC de 28 de julio de 2010 (expte. S/0091/08, *Vinos de Jerez*).

³⁵ Cfr. RCNC de 28 de julio de 2010 (expte. S/0091/08, *Vinos de Jerez*).

que conduce a contrastar, de nuevo, lo señalado en la SAN de 16 de julio de 2013.

Así, la mencionada sentencia de la Audiencia Nacional, no obstante reconocer el carácter reprochable de la conducta de la CAP, considera que no es posible declararla responsable de la infracción por carecer de la condición de operador económico. De la normativa aplicable no se deduce que el ámbito de aplicación del Derecho sancionador en materia de defensa de la competencia se reduzca exclusivamente a las actuaciones de los operadores económicos. Según la jurisprudencia, lo determinante para que exista un incumplimiento de la normativa de defensa de la competencia no es la condición jurídica del sujeto, sino la aptitud de su conducta para restringir o falsear la competencia en el mercado. Es precisamente este análisis el que permite sancionar a asociaciones o agrupaciones de empresas, que sin duda no tiene la condición de operador económico cuando realizan una recomendación apta para restringir la competencia en el mercado en el que operan sus asociados, o cuando actúa como secretario del cártel integrado por empresas asociadas a ella. Es también esta perspectiva la que apuntala la concepción amplia del concepto de «empresa» en el Derecho de la competencia, donde el factor determinante viene constituido por la capacidad del sujeto para *incidir* en el mercado y poder así alterar, falsear o restringir la competencia.

A efectos de delimitar la noción o alcance de «incidencia en el mercado» resulta útil recurrir a la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD), cuyo art. 2 incorpora la presunción siguiente: «se presume la finalidad concurrencial del acto cuando, por las circunstancias en que se realice, se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero»³⁶. En consecuencia, la incidencia en el mercado no debe responder necesariamente al ánimo comercial propio, sino que puede también reflejar una distorsión sobre el mismo, ajena al objeto o actividad propios del sujeto actuante (es decir, *de un tercero*). Es de este modo como la Ley permite sancionar las conductas ilícitas de asociaciones o agrupaciones de empresas, a operadores respecto de conductas que tienen lugar en un mercado en el que estos no intervienen como tales, así como a corporaciones de Derecho público ajenas a la condición de operador económico.

Por otro lado, la doctrina comunitaria citada por la SAN de 16 de julio de 2013 es difícilmente extrapolable al caso por ella enjuiciado (y al que aquí nos ocupa). Así, en la ya citada STJUE de 12 de julio de 2012³⁷, el

³⁶ Véanse J. COSTAS, «El concepto de acto de competencia desleal», en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, t. XIX, pp. 349-364, pp. 354-355, y J. MASSAGUER, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, 1999, pp. 122-126. Este último autor señala específicamente que la finalidad concurrencial de la conducta (que es un presupuesto de naturaleza esencialmente objetiva) no se requiere con carácter exclusivo, y que depende de las consecuencias que produzca o pueda producir la conducta en el mercado, por lo que tal finalidad deberá afirmarse de toda conducta que se encuentre dirigida a alterar la posición de mercado del autor o de un tercero o a influir en la formación o desenvolvimiento de las relaciones económicas en el mercado.

³⁷ Asunto C-138/11, *Compass-Datenbank*, citados párrafos 40 y 51.

Tribunal analiza el concepto de empresa en el marco de la aplicación del art. 102 del TFUE. A este respecto considera que la actividad desarrollada por un organismo público austriaco consistente en «recopilación de datos relativos a empresas, basada la obligación legal de declaración que se impone a éstas, y en las correspondientes facultades coercitivas, implica el ejercicio de prerrogativas de poder público. Por consiguiente, tal actividad no constituye una actividad económica»; «[...] la actividad de una autoridad pública consistente en almacenar, en una base de datos, datos que las empresas han de comunicar en virtud de una obligación legal, en permitir a las personas interesadas consultar dichos datos, o en facilitarles impresiones de éstos en papel a cambio de una remuneración, no constituye una actividad económica, y, por consiguiente, esa autoridad pública, en el ejercicio de dicha actividad, no debe considerarse empresa en el sentido del art. 102 TFUE». Así, el Tribunal de Justicia viene a excluir que la actividad descrita constituya una actividad económica en el mercado y, por ende, la aplicación del art. 102 TFUE, supuesto este que poca relación guarda con la actuación de la CAP enjuiciada por la Audiencia en dicha sentencia.

Cita también la Audiencia Nacional la STJUE de 28 de febrero de 2013³⁸ cuyo párrafo 40 señala efectivamente que «no está sujeta a la aplicación de las normas sobre la competencia del Tratado FUE una actividad que, por su naturaleza, las normas que la regulan y su objeto, es ajena a la esfera de los intercambios económicos o se vincula al ejercicio de prerrogativas del poder público». No obstante, la referencia es meramente introductoria y no sustantiva en la cuestión que resuelve el Tribunal. De hecho, el Tribunal analiza aquí si un reglamento adoptado por un colegio profesional portugués puede o no considerarse como una decisión adoptada por una asociación de empresas a efectos del art. 101, alcanzando una conclusión afirmativa. Concluye además lo siguiente: «la circunstancia de que un colegio profesional [...] esté legalmente obligado a adoptar un sistema de formación obligatoria para sus miembros no permite excluir del ámbito de aplicación del art. 101 TFUE las normas emanadas de dicho colegio profesional, siempre que le sean exclusivamente atribuibles» y «la circunstancia de que estas normas no tengan influencia directa en la actividad económica de los miembros de dicho colegio profesional no afecta a la aplicación del art. 101 TFUE, cuando la infracción imputada al mismo colegio profesional se refiere a un mercado en el que el propio colegio profesional desarrolle una actividad económica»³⁹. Tales conclusiones, al margen de desvelar el carácter meramente contextual de la referencia contenida en el párrafo 40 de la sentencia, revelan un alcance del art. 101 TFUE consonante con el defendido por la CNC en sus resoluciones de 6 de octubre de 2011 y de 27 de septiembre de 2013.

En todo caso, el supuesto de hecho objeto del expediente S/0314/10 *Puerto de Valencia* (así como el del expte. S/0167/09, *Productores de uva y mosto de Jerez*) es bien distinto al que tienen por objeto las señaladas

³⁸ Asunto C-1/12, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*, en particular párrafos 41 a 59.

³⁹ En sentido equivalente, STJUE de 19 de febrero de 2002, asunto C-309/99, *Wouters*.

sentencias del Tribunal de Justicia reseñadas. Tales resoluciones analizan un acuerdo colusorio cuya inserción en el ámbito de aplicación de los arts. 1 de la LDC y 101 del TFUE no admite dudas, tanto por la indudable condición de operadores económicos de sus autores como por la evidente naturaleza económica y restrictiva de la competencia de la conducta desplegada.

Por ello, de acuerdo con todo lo señalado, 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 y sin amparo legal ex art. 4 de la LDC, constituye una conducta que cae bajo el ámbito del art. 1 de la 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 para impulsar, generar o reforzar los efectos restrictivos de la conducta colusoria en la que participa. A su vez, el hecho de que alguno de los participantes en una práctica restrictiva de la competencia no tenga la consideración de operador económico no puede ser considerada, con carácter general y sin atender a las circunstancias concretas del caso, como una causa de inimputabilidad.

En definitiva, la condición de operador económico podrá justificar la aplicación del régimen sancionador de la LDC, pero la aplicación de dicha Ley no queda limitada de modo exclusivo a los sujetos que tengan la consideración de operadores económicos, sino que se extiende necesariamente a todos aquellos sujetos que, de hecho y en el caso en concreto han desplegado una conducta objetivamente *apta para incidir* en el mercado.

c) *Sobre el ámbito subjetivo en la aplicación del régimen sancionador previsto en la LDC*

Señala la SAN de 16 de julio de 2013 que «para que una conducta objetivamente reprochable pueda ser sancionada por la autoridad de defensa de la competencia es necesario que el sujeto infractor esté incluido en el ámbito subjetivo de aplicación de las normas de defensa de la competencia». Acto seguido habría que preguntarse si el ámbito subjetivo de aplicación del régimen sancionador previsto en la LDC alcanza (o excluye) a los entes de Derecho público.

En consecuencia, lo que debe analizarse es el encaje de la CIP en el ámbito del art. 61 de la LDC, según el cual «serán sujetos infractores las personas físicas o jurídicas que realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en esta Ley». Bajo este concreto planteamiento, no se cuestiona que la actuación de una Administración Pública con aptitud para incidir en el mercado pueda ser contraria a la prohibición del art. 1 de la LDC. Tampoco que de dicha conducta pueda derivar la inherente responsabilidad. La cuestión que abre la afirmación de la Audiencia en este caso es si, como consecuencia de ella, cabe aplicar el art. 63 de la LDC.

A este respecto es preciso señalar que en la anterior resolución de 6 de octubre de 2011, según lo ya señalado, se resolvió no imponer sanción a la Administración dada la inexistencia de pronunciamientos previos y la novedad del criterio respecto de expedientes precedentes.

Al margen de que la ausencia de expresa exclusión en el art. 61 de la LDC y la amplitud de los términos en los que está redactado podría justificar la aplicación del régimen sancionador previsto en el art. 63 de la LDC, lo cierto es que cabe poner en duda que la imposición de una multa constituya el cauce más efectivo para disuadir al sujeto de incurrir de nuevo en prácticas prohibidas. La multa cobra especial significación disuasoria cuando se impone a un sujeto que ejercita una actividad económica. Pero dicho efecto disuasorio es más que discutible cuando la actuación del sujeto viene presidida por la satisfacción del interés general (art. 103 CE). En última instancia, la imposición de una multa a una Administración (financiada por vía impositiva general o con un patrimonio en esencia fiduciario) afectaría al erario público, de forma que la afectación patrimonial sería en última instancia sobre el conjunto de los contribuyentes.

En este contexto, cabría justificar la no imposición de una sanción pecuniaria en sentido estricto a la Administración territorial responsable de la conducta ilícita. No obstante, esta inaplicación del art. 63 de la LDC fundada en motivos teleológicos no priva de la constatación de una conducta prohibida (art. 1 LDC) imputable a la CIP de Infraestructuras y Transporte de la Generalitat Valenciana y de la necesaria responsabilidad que por dicha conducta asume el sujeto autor de la conducta ilícita. En este sentido, la responsabilidad por estar incurso en una conducta prohibida no puede en ningún caso impedir la aplicación del art. 53.2 de la LDC, que contempla, entre otras, la orden de cesación de la conducta prohibida o la de remoción de sus efectos.

d) *Sobre la legitimación activa que la Ley atribuye a la Autoridad de Competencia como mecanismo exclusivo para reaccionar frente a conductas anticompetitivas de las Administraciones*

En último lugar, señala la Audiencia Nacional que la LDC solo reconoce a la CNC la posibilidad de actuar frente a actos sujetos a Derecho administrativo por la vía de la legitimación activa que el art. 12.3 LDC reconoce (hoy art. 5.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC).

A este respecto es preciso señalar que, ni en el caso de la actuación de la CAP (Resolución de 6 de octubre de 2011, expte. S/0167/09), ni en el supuesto de la CIP (Resolución de 27 de septiembre de 2013, expte. S/0314/10), es posible acudir a la vía prevista en el art. 12.3 de la LDC como apunta la Audiencia Nacional, pues no nos encontramos ante un acto administrativo ni ante una disposición general emanados de una Administración Pública y sujetos a Derecho administrativo, sino ante una actuación material derivada de la misma (*i. e.* convocatoria de reunión, impulso,

seguimiento) que no es susceptible de control a través de la legitimación activa reconocida a la CNC «para impugnar ante la jurisdicción competente 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».

Pero aunque así fuera, es decir, aunque la concreta actuación de la Administración fuera susceptible de impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, la previsión del art. 12.3 de la LDC no impide ni restringe la aplicación del art. 1 de la LDC, pues ambas normas responden a una finalidad distinta. Mientras que la primera busca depurar del ordenamiento jurídico actos o disposiciones administrativas contrarias a la Ley, la segunda se limita a perseguir actuaciones contrarias al art. 1, imponiendo en su caso la correspondiente sanción. El Tribunal Supremo ha venido a reconocer este doble análisis de la actuación administrativa, desde la óptica de la defensa de la competencia, y desde la general revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa, al señalar ante la revisión en casación de una resolución de la Autoridad de Competencia que «[...] al versar el procedimiento en exclusiva sobre las cuestiones planteadas ante los órganos de defensa de la competencia y dentro de las atribuciones de éstos, quedan necesariamente fuera las cuestiones que puedan referirse directa y únicamente a la conformidad a Derecho de la actuación denunciada desde la perspectiva del Derecho administrativo, las cuales habrían de plantearse directamente como tales ante los tribunales de esta jurisdicción contencioso administrativa»⁴⁰.

Así, la CNC no pretende una revisión general de legalidad de la actuación administrativa (función reservada a la jurisdicción contencioso-administrativa) sino una aplicación de las disposiciones de la LDC (art. 1) de acuerdo con lo señalado en los arts. 12.1 y 24 de la misma Ley.

Del mismo modo que la Autoridad de Competencia no es competente para declarar la nulidad de los actos o contratos contrarios a los arts. 1 o 2 de la Ley (función que queda reservada a la jurisdicción ordinaria), ello no impide que dicha Autoridad se pronuncie sobre su carácter anticompetitivo y contrario a tales preceptos, así como el ejercicio de la correspondiente potestad sancionadora.

En definitiva, el principio de legalidad de la actuación administrativa, la necesaria sujeción de esta a lo dispuesto en la LDC, la expresa habilitación de la LDC para resolver sobre la responsabilidad de todos aquellos sujetos autores de la conducta prohibida por el art. 1 de la LDC, aun cuando no tengan la consideración de operadores económicos en sentido estricto, junto con la inviabilidad de acudir a la vía del art. 12.3 de la LDC para la defensa del orden que la normativa de defensa de la competencia impone, conduce a admitir de forma inequívoca la posibilidad de declarar responsable de la conducta ilícita acreditada a la Consellería de Infraestructuras y Transporte de la Generalitat Valenciana.

⁴⁰ STS de 19 de junio de 2007, citada en la Resolución de la CNC de 6 de octubre de 2011.

