

LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LA CNC PARA EL EJERCICIO DE ACCIONES JURISDICCIONALES: OBJETO, MOTIVOS DE IMPUGNACIÓN Y PRETENSIONES EJERCITABLES

ALFREDO GONZÁLEZ-PANIZO TAMARGO

Abogado del Estado

Secretario del Consejo¹

Comisión Nacional de la Competencia

1. INTRODUCCIÓN

En fechas recientes, la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante CNC) ha empleado por primera vez el instrumento impugnatorio previsto por el artículo 12.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC). En concreto, ha procedido a interponer, por acuerdo del Consejo, sendos recursos contencioso-administrativos contra dos actuaciones administrativas, una disposición de carácter general y una resolución, dictados por dos Administraciones públicas autonómicas, al entender que de tales actuaciones se derivan claros obstáculos al mantenimiento efectivo de la competencia en determinados mercados.

Con ocasión de estas actuaciones, y, especialmente, atendiendo a la novedad y a las dificultades derivadas de la utilización de un instrumento que, en el ámbito contencioso-administrativo, resulta de todo punto de vista novedoso, tanto en el planteamiento como en su extensión y límites, todavía por perfilar por los Tribunales de Justicia, se ha considerado conveniente realizar una reflexión sobre el encaje que la denominada «legitimación activa» de la CNC tiene en las reglas generales de impugnación de la actividad de las Administraciones públicas y qué matices exige su correcta aplicación.

1. Las opiniones vertidas en el presente artículo se realizan a título personal y no deben de identificarse en ningún caso como opinión del Consejo ni de la Comisión Nacional de la Competencia.

Desde esta perspectiva, se va a propugnar una interpretación amplia del artículo 12.3 de la LDC, que consideramos es la más acorde con el espíritu y finalidad perseguidos por el legislador. Ello es así en la medida en que entendemos que el reconocimiento expreso efectuado por la normativa de defensa de la competencia tiene necesariamente que significar la atribución a la CNC de un ámbito exclusivo de actuación que, excediendo del general reconocido a toda Administración pública por los artículos 19 y 20 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA), le permite impugnar toda actividad administrativa que genere restricciones u obstáculos a la libre competencia.

En concreto, tres son las cuestiones que van a ser objeto de análisis para justificar la afirmación efectuada en el párrafo precedente: (i) qué tipo de actuaciones administrativas son impugnables a través de este cauce, (ii) qué concretos motivos de impugnación pueden ser empleados por las autoridades de defensa de la competencia al impugnarlas y (iii) por último, qué tipo de pretensiones pueden ser ejercitadas por la CNC al recurrir ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa una concreta actuación de la Administración.

2. ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA IMPUGNABLE POR LA CNC

La Ley de Defensa de la Competencia ha puesto a disposición de la CNC diversos instrumentos para supervisar la actividad de las Administraciones públicas. Ello es así en la medida en que el legislador ha considerado que éstas, tanto cuando actúan como operadores económicos como cuando lo hacen como reguladores de la actividad económica, pueden afectar o condicionar con sus decisiones la libre competencia en los mercados y que la CNC, en ejercicio de sus competencias, debe velar por que éstas cumplan los fines públicos que tienen encomendados sin ocasionar distorsiones en el libre funcionamiento del mercado.

Así, cuando una Administración pública actúa como operador económico e incurre en vulneración de los artículos 1 a 3 de la LDC, se encuentra sometida al ejercicio de la potestad sancionadora. Este criterio ha sido mantenido de forma constante por la CNC (y el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia)² y confirmado tanto por Audiencia Nacional como por el Tribunal Supremo.³

Por el contrario, cuando una Administración pública actúa en ejercicio de potestades públicas, es decir, revestida de *ius imperii*, el carácter anticompetitivo

2. Entre otras muchas las Resoluciones del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 7 de mayo de 2008 (expte. 632/07, *Feriantes Ayuntamiento de Peralta*) y de 14 de abril de 2009 (expte. 639/08, *Farmacéuticos de Castilla-La Mancha*).

3. Por todas la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2010, que confirma la resolución del TDC de 21 de junio de 2003 (expte. 562/2003, *Colegio Notarial Bilbao*).

de su actividad no puede ser objeto de sanción,⁴ correspondiendo su análisis y revisión a los órganos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

La diferencia entre una y otra forma de supervisión de la actividad administrativa radica en que, cuando nos encontramos ante una actuación derivada del ejercicio de una potestad pública, la CNC no puede ejercitar directamente su potestad sancionadora, como manifestación del principio de autotutela administrativa, es decir, carece de facultades juzgadoras para modificar o someter a su criterio dicha actividad, siendo necesario acudir ante los Tribunales para que, en ejercicio de las competencias que tienen constitucionalmente atribuidas,⁵ revisen su conformidad o no al ordenamiento jurídico.

Tanto en el caso de ejercicio de la potestad sancionadora como en el de la impugnación en sede jurisdiccional, el control que puede ejercer la CNC tiene como límite aquellas actuaciones que la Administración realice al amparo de una ley que establezca restricciones a la competencia, de suerte que cuando exista amparo legal dicha actuación es, salvo determinadas excepciones a las que posteriormente nos referiremos, inatacable.

Por último, la labor de supervisión de la actuación de las Administraciones públicas se completa con la función de promoción de la competencia, como instrumento de fomento de un entorno competitivo para el desarrollo de las actividades económicas a través de la detección de situaciones de restricción de la competencia y de la propuesta de mecanismos para su remoción o adaptación y que, como tal, debe ser en la mayoría de los casos el antecedente necesario del ejercicio de legitimación activa. Además, constituye el único cauce a través del cual la CNC puede analizar, atendiendo a su impacto sobre la competencia, la actividad legislativa del Estado y, en su caso, comunidades autónomas.

Centrándonos en la fiscalización de la actuación de las Administraciones públicas en el ejercicio de potestades administrativas, el artículo 12.3 de la LDC dispone que «La Comisión Nacional de la Competencia está legitimada 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».

Para una adecuada delimitación del concepto actividad administrativa impugnable por la CNC, resulta imprescindible determinar, por un lado, qué debe entenderse por Administración pública y, por otro, qué actuaciones realizadas por ésta pueden ser objeto de recurso ante los órganos del Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo en materia de competencia.

4. Resolución de 20 de noviembre de 2008 (expte. S/0083/08, *Comunidad Autónoma de Aragón*).

5. Artículo 105 de la Constitución Española.

2.1. CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA PARA LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 12.3 DE LA LDC

En la medida en que el ejercicio por la CNC de la acción para la que le legitima el artículo 12.3 debe realizarse ante un orden jurisdiccional concreto, el Contencioso-Administrativo, las previsiones de la LDC relativas a su extensión y contenido deben interpretarse de conformidad con la normativa reguladora de dicha jurisdicción, si bien en los términos y con los matices que, atendidos los fines perseguidos por la CNC, se apuntarán posteriormente.

a) Administración pública en sentido estricto

Partiendo la apreciación precedente, no albergamos la menor duda de que el concepto de Administración pública a que hace referencia la LDC debe determinarse atendiendo a lo establecido en la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En concreto, el apartado segundo de su artículo 1, coincidiendo con el artículo 2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, define como Administración pública a la Administración General del Estado, a las Administraciones autonómicas, a las entidades integrantes de la Administración local y a las entidades de derecho público integrantes o vinculadas a cualquiera de ellas.

Es decir, debe considerarse como Administración pública tanto las Administraciones territoriales como la Administración institucional de base fundacional. De esta última, integrada por organizaciones de bienes creadas por una o varias personas para la consecución de un fin público determinado, forman parte los organismos autónomos, entidades públicas empresariales y otra serie de organismos previstos en las disposiciones adicionales sexta y octava a undécima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (en adelante LOFAGE).

El hecho de que la CNC pueda impugnar la actividad de cualesquiera órganos u organismos de la Administración General del Estado constituye una clara manifestación de su independencia y revela la más que clara voluntad del legislador de acentuar el papel de la CNC como supervisor imparcial de la adecuación de la actividad de toda Administración, incluida aquélla de la que forma parte, al Derecho de la Competencia ya que, con sus decisiones, puede condicionar la actividad de los operadores económicos.

Respecto al control de la actividad de las Administraciones autonómicas, una de las cuestiones que mayor interés puede suscitar es determinar si la CNC puede impugnar los actos y resoluciones dictados por otras autoridades de competencia. Una interpretación conjunta de los artículos 12.3 de la LDC y 5.3 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, no deja

lugar a dudas al respecto cuando se impone a las autoridades autonómicas la obligación de comunicar a la CNC (y no al contrario) los acuerdos y resoluciones adoptados, tanto en la fase de instrucción como de resolución, con el fin de que ésta pueda ejercer, en su caso, los recursos procedentes. Dentro de estos recursos, se encuentra el contencioso-administrativo siempre que concurren los requisitos que permiten el acceso a la jurisdicción.

Esta previsión cobra pleno sentido desde el momento en que, conforme al artículo 26 de la LDC, corresponde a la CNC velar por la **aplicación coherente** de la normativa de la competencia en todo el territorio nacional. Siendo ello así, todo pronunciamiento efectuado por una autoridad autonómica que entrara en manifiesta contradicción con lo que constituye o la Comisión considera correcta interpretación del Derecho de la Competencia le otorgaría la legitimación necesaria para acudir ante el Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo en defensa de los más que relevantes intereses públicos en juego. No se debe olvidar que este tipo de decisiones pueden afectar la unidad del mercado nacional y, en la medida en que sean contradictorias, ocasionar efectos perjudiciales tanto para dichos intereses como para la correcta aplicación de la normativa de defensa de la competencia por los operadores económicos sometidos al control de las autoridades de competencia.

En cualquier caso, debe hacerse notar que este cauce se considera absolutamente excepcional y, de hecho, a día de hoy todavía no se ha hecho uso del mismo por parte de la CNC dada la sintonía existente con las autoridades autonómicas en la interpretación de derecho de la competencia y el indudable esfuerzo común por conseguir cierta uniformidad en su aplicación.

Es más, incluso en el caso de ejercitarse, la LJCA atribuye a la Administración que va a ser demandada un cauce para evitar la interposición del recurso contencioso-administrativo, como es el requerimiento previo previsto por el artículo 44 de la LJCA. A través del mismo, que, aunque potestativo, debe ser siempre empleado por la CNC como manifestación de cortesía institucional, gesto de buena voluntad si se prefiere, se permite que la Administración que realiza la actuación controvertida pueda proceder a su revisión de oficio, si es nula, o a declararla lesiva, y luego impugnarla, si es anulable, a efectos de subsanar las distorsiones sobre la competencia por aquélla generados.

Otra cuestión de interés, respecto al control de la actividad autonómica, es si la CNC puede impugnar actos para los que las autoridades autonómicas gozan de legitimación conforme al artículo 13.2 de la LDC. Dado que el artículo 12.3 alude, sin distinción ni excepción de ningún tipo, a cualquier Administración pública, es indiscutible que la CNC puede impugnar todo tipo de actuaciones administrativas con independencia de la autoridad de la que emanen y del ámbito territorial de competencia de ésta, sin que ello suponga menoscabo alguno del instrumento del que han sido dotados también los órganos autonómicos.

Debe hacerse notar, en este sentido, que la práctica de la CNC en los recursos hasta ahora interpuestos es poner en conocimiento de la autoridad autonómica el

ejercicio de la legitimación activa a efectos de que, si lo considera oportuno, pueda impugnar ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa el acto de que se trate.

Por último, y en lo que a la impugnación de la actividad de la Administración institucional se refiere, se ha discutido la posibilidad de recurrir en vía contencioso-administrativa la actuación de los organismos reguladores sectoriales, en la medida en que entre la regulación *ex ante* de un determinado sector y su supervisión *ex post* puedan existir divergencias. El principio de lealtad institucional en la relación entre Administraciones públicas que, con carácter general, se enuncia en el artículo 4 de la Ley 30/1992 y que concreta el artículo 17 de la LDC como deber de cooperación en asuntos de interés común, así como la existencia de mecanismos específicos para la resolución de los conflictos de atribuciones tanto entre órganos del mismo o distinto departamento ministerial, los previstos por la Disposición Adicional Decimocuarta de la LOFAGE, parecen hacer innecesario, en principio, acudir a un cauce tan extremo como su impugnación en sede jurisdiccional.

b) Actividad administrativa de órganos públicos no administrativos

Además de la actividad de las Administraciones públicas en sentido estricto, la LJCA permite la impugnación de otra serie de actuaciones que tienen materialmente carácter administrativo a pesar de que no proceden de órganos administrativos. Continuando con la interpretación que se propugna del artículo 12.3 de la LDC, consideramos que está totalmente justificado que la CNC pueda impugnar parte de ellas por ser susceptibles de generar efectos anticompetitivos en los mercados.

En principio, no parece que la actividad administrativa a que hace referencia el artículo 1.2 de la LJCA, es decir, la emanada de los denominados órganos constitucionales, del Poder Judicial o de la Administración electoral, pueda generar efectos de algún tipo sobre la competencia, por lo que no parece que vaya a entrar dentro del ámbito impugnatorio del que surge la legitimación de la CNC.

Tampoco parece probable que se recurran actos políticos, es decir, las decisiones adoptadas por el Gobierno no como Administración sino como órgano constitucional, siendo ello así porque los elementos controlables a que hace referencia el artículo 2 a) de la LJCA, basados en la vulneración de derechos fundamentales y elementos reglados, no tienen por qué incidir en la competencia. Y lo mismo cabe decir de la actividad de los denominados vicarios de la Administración, como es el caso de los contratistas o concesionarios de un determinado servicio público, cuyas actuaciones están sometidas, en principio y de existir alguna incidencia sobre la competencia, a los artículos 1 a 3 de la LDC.

Respecto a las corporaciones de derecho público, al margen de la discusión general sobre la naturaleza de este tipo de entes, lo cierto es que el artículo 2 c) de la LJCA, al permitir la impugnación de «Los actos y disposiciones de las Corporaciones de Derecho público, adoptados en el ejercicio de funciones públicas»,

parece atribuir a aquéllas la consideración de Administraciones públicas cuando ejercitan potestades administrativas.

De ser así, el control que la CNC pudiera ejercer respecto a la actuación de estos entes de base asociativa, de las que son manifestación, entre otros, los colegios profesionales o las cámaras de comercio, no se limitaría a los actos realizados como operadores económicos y que, por lo tanto, tengan trascendencia económica, sino que se extendería también a su actuación como Administración pública en tanto que puedan obstaculizar de algún modo la competencia en el mercado de que se trate.

2.2. TIPOS DE ACTUACIONES IMPUGNABLES

Si nos atenemos al tenor literal del artículo 12.3 de la LDC, únicamente pueden ser impugnados por la CNC los actos administrativos y disposiciones de carácter general, quedando excluidas otras actuaciones de las Administraciones públicas que, con arreglo a nuestra ley procesal administrativa, sí pueden ser objeto de recurso contencioso-administrativo.

Esta interpretación, ciertamente restrictiva, no encaja ni con la finalidad que debe perseguir el citado precepto ni con las competencias que, respecto a la actividad de las Administraciones públicas, ostenta la CNC conforme a su normativa reguladora, como se razonará a continuación.

a) Actos administrativos

Conforme al artículo 25 LJCA, pueden ser objeto de impugnación en vía jurisdiccional los actos de la Administración pública que pongan fin a la vía administrativa, es decir, al procedimiento, ya sean definitivos o de trámite, siempre que en este último caso concurren determinados requisitos.

Lo usual será que la CNC impugne actos definitivos, los previstos por la disposición adicional decimoquinta de la LOFAGE y artículo 109 de la LRJAP-PAC, que son los que suelen tener un mayor potencial para generar algún tipo de distorsión en la competencia en un mercado. Así, la resolución por la que se prorrogue una concesión o la celebración de un convenio cuando por disposición legal debiera haberse adoptado la forma de un contrato, son actos que pueden generar directamente efectos anticompetitivos, y no las actuaciones de trámite que les preceden.

Mayor dificultad puede conllevar, con carácter general, la impugnación de actos de trámite. A pesar de que la LJCA permite que sean recurribles si deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable, lo cierto es que, desde la perspectiva de la competencia, pocas actuaciones de esta naturaleza pueden generar *per se* obstáculos que justifiquen su impugnación por la CNC.

Piéñese en este sentido que la omisión de un trámite de audiencia, la falta de práctica de una prueba o de un informe preceptivo o la denegación de la condición de interesado pueden ser defectos de procedimiento que normalmente afectan a cuestiones de legalidad ordinaria o, en ocasiones, a derechos fundamentales, pero que carecen de incidencia desde la perspectiva del Derecho de la Competencia. Es el acto que pone fin al procedimiento el que, como se acaba de apuntar, tiene mayor capacidad de generar efectos no deseados en un determinado mercado.

Como excepción, se encuentran los denominados actos de trámite cualificados, y más en concreto, aquéllos que forman parte de procedimientos complejos, normalmente integrados por varias fases, en los que los actos finalizadores de cada una de ellas gozan de la suficiente entidad como para ser objeto de impugnación autónoma en la medida en que pueden condicionar las decisiones que se adopten en fases posteriores o incluso la resolución definitiva. Uno de estos casos podría ser, por ejemplo, el acto de aprobación del pliego de cláusulas administrativas particulares, que, formando parte del procedimiento de adjudicación de un contrato, se configura como un elemento regulador de la competencia en el acceso a las licitaciones públicas, de suerte que los criterios en él establecidos pueden ser determinantes para excluir a determinados agentes económicos o para determinar la adjudicación del contrato a uno en concreto.

b) Disposiciones de carácter general

Pocas dudas pueden albergarse respecto a la impugnabilidad por la CNC de las denominadas disposiciones de carácter general, es decir, normas de rango reglamentario, al referirse a ellas expresamente el artículo 12.3 de la LDC. De hecho, dado que este tipo de normas jurídicas se caracteriza por su ánimo de permanencia en el ordenamiento jurídico y por desplegar sus efectos respecto a una pluralidad indeterminada de administrados, es decir, por ser las que por vigencia y extensión pueden resultar potencialmente más dañinas para la competencia, es probable que sean las actuaciones que con mayor frecuencia sean objeto de impugnación por la CNC.

Son numerosos los ejemplos de normas reglamentarias, algunos de ellos expuestos en el informe de la CNC sobre «Recomendaciones a las Administraciones públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia», que por establecer cargas innecesarias o impedir injustificadamente el acceso a un determinado mercado por parte de algunos operadores, pueden ocasionar restricciones a la competencia revisables en vía contencioso-administrativa.

Desde un punto de vista procesal, es singularidad propia de las disposiciones de carácter general que, al amparo del artículo 26 de la LJCA, la CNC puede proceder a su impugnación de forma directa, es decir, interponiendo recurso contencioso-administrativo contra las mismas, o de forma indirecta, recurriendo sus concretos actos de aplicación con base en que la disposición de que se trate es disconforme a derecho por generar obstáculos a la competencia.

En este segundo supuesto, que constituye una vía para impugnar reglamentos con posterioridad al transcurso del plazo de dos meses previsto por artículo 46 de la LCJA, si el órgano judicial competente para conocer del recurso contra el acto de aplicación lo fuera también para hacerlo del interpuesto contra la disposición en que se funda, podrá pronunciarse sobre la legalidad de la norma indirectamente impugnada. Por el contrario, en el caso de no serlo deberá plantear la cuestión de ilegalidad a que hace referencia el artículo 27 de la LJCA ante el Tribunal competente para conocer del recurso contra la disposición en cuestión.

Lo que no resulta posible al impugnar este tipo de normas es que la CNC solicite de los órganos jurisdiccionales que estos establezcan, mediante sentencia, la forma en que han de quedar redactados los preceptos que se vayan a dictar en sustitución de los que anulen, por prohibirlo expresamente el artículo 71 de la LJCA.

c) Otra actividad impugnabile

Como se ha expuesto previamente, un examen de las competencias atribuidas por la LDC a la Comisión Nacional de la Competencia en sus artículos 24 a 26 revela la clara voluntad del legislador de permitir a ésta supervisar y promover adecuadamente que el cumplimiento de los fines propios de toda Administración pública se haga, salvo cuando la ley lo permita, sin ocasionar interferencias en la libre competencia en los mercados.

Desde esta perspectiva, una interpretación integradora del artículo 12.3 de la LDC nos conduce a concluir que la legitimación en él regulada pueda ser ejercitada no sólo respecto a los actos y disposiciones de carácter general, sino que también se debe extender al resto de actividad administrativa que, conforme a la LJCA, puede ser objeto de recurso ante los Tribunales, siendo ello así en tanto que tales actuaciones pueden incidir negativamente en el mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados y no existe ningún tipo de justificación que permita sostener lo contrario.

Dicho de otro modo, no parece razonable mantener que el legislador haya otorgado a la CNC una competencia exclusiva en materia de control jurisdiccional de actividad administrativa que genere obstáculos a la libre competencia para luego excluir de su ámbito de impugnación a actuaciones que pueden ser tanto o más dañinas que las descritas por la LDC. Por el contrario, la explicación lógica a la redacción del artículo 12.3 es que, siendo suficientemente extensa y detallada la regulación de la actividad impugnabile contenida en la LJCA, basta con que las referencias que se puedan contener a la materia en las leyes especiales se realice de forma más genérica.

Comenzando por la inactividad a que hace referencia el artículo 25.2 de la LJCA, nos encontramos ante ésta cuando una Administración pública no realice una determinada prestación a favor de uno o varios administrados a la que está obligada en virtud de un determinado título jurídico, ya sea una disposición gene-

ral que no requiera actos de aplicación o un acto, convenio o contrato. Sin perjuicio de las dificultades que existen para que este tipo puedan objetivamente afectar a la competencia, si así sucediese es indiscutible la legitimación de la CNC para, en primer lugar, intimar a la Administración incumplidora a realizar la prestación que, por su parte, le incumbe y, en caso contrario, proceder a recurrirla ante el órgano competente de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Es cierto que la Jurisprudencia⁶ exige que lo lesionado por esta inactividad deba de ser necesariamente un derecho del recurrente a obtener una prestación por parte de la Administración y que, desde esta perspectiva, pudiera parecer que la legitimación para proceder a su impugnación queda limitada al lesionado. No obstante, debe entenderse que el reconocimiento efectuado por el artículo 12.3 de la LDC a favor de la CNC implica que en toda actuación de una Administración que pueda dañar la competencia en un mercado existe, además de un derecho o interés particular de los directamente afectados por dicha actuación, el interés general de la CNC (y demás autoridades de competencia) de mantenimiento de la competencia efectiva en todo tipo de mercados. O lo que es lo mismo, derivándose la legitimación de las Administraciones públicas para impugnar de su ámbito competencial, es evidente que la CNC podrá recurrir cualquier actuación que pueda tener incidencia en él, como sería el caso.

El artículo 25.2 de la LCJA también incluye como actividad administrativa susceptible de recurso la que sea constitutiva de vía de hecho. Por tal se debe entender toda actuación material de la Administración carente de cobertura jurídica, ya sea por ausencia de título jurídico de actuación o por prescindir del procedimiento legalmente exigido para su adopción, siendo la consecuencia jurídica derivada de su realización la pérdida de presunción validez y eficacia.⁷

Pocas dudas se pueden albergar sobre que este tipo de actuaciones, en la medida en que puedan incidir sobre la competencia en los mercados, como sería en el caso de adjudicación de un contrato administrativo de obra pública sin previo procedimiento de licitación, pueden ser objeto de supervisión y control por parte de la CNC, que deberá acudir al ejercicio de la potestad sancionadora o de la legitimación activa dependiendo del carácter con el que la Administración haya realizado dicha actuación.

Llevando hasta sus últimas consecuencias esta línea interpretativa, la legitimación impugnadora de la CNC podría llegar a extenderse también a determinadas normas con rango de ley. En efecto, el artículo 1 de la LJCA considera incluido en el ámbito objetivo de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa el conocimiento de los recursos que pudieran interponerse contra los denominados decretos legislativos *ultra vires*, es decir, aquéllos que excediesen los límites de la delegación efectuada por las Cortes Generales. Esta previsión, que constituye una excepción

6. Por todas la STS, Sala Tercera, de 24 de julio de 2000 (recurso directo 408/1999).

7. Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 27 de noviembre y 9 de octubre de 2007.

al control exclusivo que sobre las leyes y normas con rango de ley realiza el Tribunal Constitucional, se funda, como señala reiteradamente la jurisprudencia y doctrina constitucional,⁸ en la consideración de que la norma delegada, en lo que exceda de la delegación, tiene naturaleza reglamentaria y, por lo tanto, es fiscalizable por Tribunales.

Pues bien, cuando de dicha indebida utilización de un decreto legislativo resultase algún obstáculo para el mantenimiento efectivo de la competencia en determinados mercados, parece difícil que los órganos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa denieguen la legitimación de la CNC para recurrirlos.

3. MOTIVOS DE IMPUGNACIÓN

Una de las cuestiones que, sin duda, puede generar más controversia a la hora de analizar la legitimación para el ejercicio de acciones jurisdiccionales reconocida a la CNC es la relativa a los motivos en que el supervisor de competencia puede fundar el recurso contencioso-administrativo por el que impugna la actuación de otras Administraciones públicas y, en concreto, si el artículo 12.3 de la LDC se limita a regular expresamente dicha legitimación o si, además, está configurando una nueva categoría de infracción del ordenamiento jurídico, la generación de obstáculos a una competencia efectiva en los mercados.

Al igual que ocurre con la determinación de los actos que pueden ser atacables a través de su revisión jurisdiccional, para la determinación de los motivos en que debe basarse el recurso contencioso-administrativo que se interponga contra los mismos ha de estarse, con los matices que posteriormente se expondrán, a las previsiones contenidas en la normativa administrativa y contencioso-administrativa.

Conforme al artículo 70 de la LJCA, para que un órgano judicial pueda estimar un recurso contencioso administrativo contra una disposición, actuación o el acto administrativo, resulta imprescindible que el mismo incurra «en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder».

Aunque obvio, es importante destacar, antes de realizar cualquier otro tipo de consideración, que las infracciones del ordenamiento jurídico denunciadas deben necesariamente afectar o ser susceptibles de afectar a la competencia en uno o varios mercados, que es donde se encuentra el fundamento de la legitimación regulada por la LDC. Por el contrario, la CNC no puede invocar el artículo 12.3 por motivos de legalidad ordinaria que no estén relacionados con la defensa de la competencia, ya que en este caso no nos encontraríamos ante la legitimación para el ejercicio de la acción prevista por el citado precepto, sino ante la legitimación

8. Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1997 y 3 de noviembre de 1993 y Sentencias del Tribunal Constitucional nº 51/1982 y 47/1984.

que a toda Administración pública reconoce la LJCA para recurrir las actuaciones de otras Administraciones que afecten a su esfera de intereses.

Efectuada esta precisión, y centrándonos ya en los concretos motivos de impugnación, el éxito de todo recurso contencioso-administrativo pasa por justificar la existencia de algún vicio de nulidad o anulabilidad de la actuación administrativa recurrida, ya que el control de la actividad de la Administración que realizan los Tribunales de esta jurisdicción se centra en analizar la conformidad a derecho de una actuación preexistente, de ahí su carácter eminentemente revisor.

Respecto a los motivos de nulidad, éstos serán, con carácter general, los previstos por el artículo 62 de la LRJAP-PAC. Así, entre otros muchos supuestos, serán nulas las actuaciones que vulneren algún derecho fundamental, como puede ocurrir cuando sean injustificadamente discriminatorias de unos operadores en beneficio de otros, las que les atribuyan indebidamente facultades que afecten a un determinado mercado sin reunir los requisitos para ello, las adoptadas prescindiendo del procedimiento legalmente establecido o, en el caso de las disposiciones reglamentarias, el hecho de que vulneren una norma de rango superior, ya sea nacional o comunitaria, siempre que, como se ha apuntado, este vicio genere algún tipo de obstáculo o restricción a la competencia.

Con mayor amplitud enuncia la LRJAP-PAC los motivos de anulabilidad. En concreto, será anulable toda actuación que incurra en infracción del ordenamiento jurídico, ya sea por adolecer de defectos formales, por tratarse de actuaciones realizadas en fraude de ley o abuso de derecho o por desviación de poder o cualquier otro vicio análogo y que, de alguna manera, incida negativamente en la competencia en los mercados por limitar el número o variedad de los operadores o la capacidad de éstos para competir, o suponga la reducción de los incentivos para que los operadores compitan.

En este sentido, es importante destacar que la infracción del ordenamiento jurídico puede producirse no sólo por vulneración de normas, ya que, como bien señala la Exposición de Motivos de la LJCA: «lo jurídico no se encierra y circunscribe a las disposiciones escritas, sino que se extiende a los principios y a la normatividad inmanente en la naturaleza de las instituciones».

3.1. ¿DEFINE EL ARTÍCULO 12.3 DE LA LDC UNA NUEVA CATEGORÍA DE INFRACCIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO?

Como se ha anticipado previamente, la principal duda en torno a esta cuestión se centra en dilucidar si todo obstáculo a la competencia efectiva en los mercados constituye una infracción del ordenamiento jurídico y, por lo tanto, fuera de los concretos motivos de nulidad de pleno derecho, la actuación que lo genera es anulable o si, por el contrario, resulta necesario ligar esta restricción a un defecto concreto en el actuar administrativo que genere efectos anticompetitivos.

La libertad de empresa reconocida por el artículo 38 de la Constitución Espa-

ñola (en adelante CE) ha sido configurada como un derecho constitucional consistente no en acometer cualquier empresa, sino en iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial, estando disciplinado su ejercicio por normas de muy distinto orden.⁹

Dentro de las medidas necesarias para la protección de dicha libertad, el Tribunal Constitucional ha reconocido la especial relevancia de la defensa de la competencia, considerada ésta como «una defensa, y no como una restricción, de la libertad de empresa y de la economía de mercado, que se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias naturales de éste».¹⁰

Por ser la economía de mercado el marco obligado en el que debe desarrollarse la libertad de empresa, cuando el artículo 38 impone a los poderes públicos el deber de garantizar y proteger su ejercicio, está implícitamente estableciendo una serie de límites «dentro de los que necesariamente han de moverse los poderes constituidos al adoptar medidas que incidan sobre el sistema económico de nuestra sociedad».¹¹

Pues bien, sin perjuicio de la innegable trascendencia que para el correcto funcionamiento del mercado tiene la libertad de empresa y que su adecuada aplicación supone la imposición de una serie de límites a la actuación de los poderes públicos, lo cierto es que de dicho derecho no es predicable un carácter absoluto que deba prevalecer en todo caso y situación sobre el resto de derechos y libertades previstos en nuestra Carta Magna. Como bien señala el Tribunal Constitucional,¹² la Constitución no impide al Estado proteger bienes jurídicos constitucionalmente reconocidos a costa del sacrificio de otros bienes igualmente reconocidos, ya se trate de derechos fundamentales, ya de otros bienes o valores que gozan de la protección constitucional.

Así, el legislador puede imponer las limitaciones al contenido normal de los derechos y libertades reconocidos en nuestra Constitución, como es la libertad de empresa, siempre que, por un lado, dichas limitaciones vengan justificadas por la protección de otros bienes constitucionales y, por el otro, sean proporcionadas. En este sentido, tratándose de un derecho previsto en el Capítulo II del Título I de la CE, es necesario que la limitación se realice con observancia de las garantías que impone el artículo 53.1, es decir, debe realizarse por una ley y debe respetar el contenido esencial propio de cada derecho o libertad, del que el legislador no puede disponer.¹³

Aplicadas estas previsiones al ámbito de la legitimación activa de la CNC, en la medida en que la Administración actúe en ejercicio de potestades públicas previstas por una ley y destinadas a la protección, consecución o satisfacción de un

9. STC 83/1984, de 24 de julio.

10. STC 112/2006, de 5 de abril.

11. STC 88/1986, de 1 de julio.

12. ATC 254/2001, de 20 de septiembre.

13. STC 196/1987, de 11 de diciembre.

determinado interés público constitucionalmente reconocido, ya sea económico, medioambiental, de ordenación del territorio, comercial o cualesquiera otro, su ejercicio dependerá de que, en primer lugar, exista un obstáculo a la competencia y que, en segundo término, dicho obstáculo no se derive de la protección de otro interés que se considere prevalente y que esté blindado por una ley.

Por ello, y como regla general, toda actuación o disposición que una Administración pública realice en ejercicio de las potestades que tiene atribuidas y que se ajuste estrictamente al mandato en dicha ley contenido no resulta impugnabile por la CNC, aunque suponga una restricción a la competencia. Ello es así desde el momento en que la tutela de otro interés público constitucionalmente protegido permite su limitación, siempre y cuando, claro está, se respeten las garantías a las que acabamos de hacer referencia. Como se matizará posteriormente, esta mención no debe extenderse a aquellos casos en los que el amparo legal sea únicamente aparente ni tampoco a aquellos otros en los que, permitiendo la ley cierto margen de apreciación a la Administración, se opte injustificadamente por soluciones que generen algún tipo de distorsión en la competencia.

Este amparo legal existe en múltiples supuestos contemplados por nuestro ordenamiento jurídico, como puede ser la limitación al número de operadores que pueden formular ofertas en el procedimiento negociado sin publicidad previsto por los artículos 153 y siguientes de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, o el sometimiento a título habilitante para la realización del transporte por carretera prevista por la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, o la reserva de actividad a favor de determinadas titulaciones profesionales prevista por una ley.

Fuera de estos casos, la realización de actuaciones que incidan negativamente en la competencia en los mercados constituye una clara contravención del mandato que, como se ha expuesto previamente, el artículo 38 de la Constitución impone a los poderes públicos, que es calificable como infracción del ordenamiento jurídico a los efectos de su impugnación por la CNC. En estos casos, y en la medida en que la legitimación que reconoce el artículo 12.3 de la LDC lo es, sin excepción de ningún tipo, para impugnar cualquier acto o disposición que genere obstáculos a la competencia, está justificada la interposición de recurso contencioso-administrativo.

Ello ocurrirá cuando la actuación de la Administración sea manifiestamente contraria a una ley o a su normativa de desarrollo y sea susceptible de generar distorsiones en la competencia en un mercado, es claramente impugnabile. Este sería el caso, por ejemplo, de la aprobación de una norma reglamentaria que someta a autorización el ejercicio de una determinada actividad que se encuentre plenamente liberalizada por disposición legal.

También será posible acudir ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa cuando la Administración genere distorsiones de la competencia mediante actuaciones que se amparen en leyes que no establezcan expresamente limitaciones a la libertad de empresa. Así, el establecimiento por una ordenanza municipal de determinadas restricciones al ejercicio de una concreta actividad comercial a las

empresas que actúen en el término municipal cuando no resulta consecuencia de la aplicación de la normativa que regula su actuación en el concreto ámbito de que se trate. Otro ejemplo podría ser la aprobación de una orden ministerial que, sin previsión legal al respecto, ampare injustificadamente prácticas anticompetitivas.

Por último, es posible la impugnación de toda actuación administrativa que, amparada aparentemente por una ley que establezca algún tipo de restricción a la competencia, no proteja adecuadamente el interés público por dicha ley tutelado, ya sea porque no resulte necesaria para satisfacerlo, por ser desproporcionada, no encontrarse suficientemente motivada, generar distorsiones injustificadas o ser arbitraria o abusiva.

Por citar algún ejemplo, puede ser anticompetitiva la regulación, mediante una disposición de carácter general, de las prórrogas de concesiones de un determinado servicio público que, estando amparadas por una ley, no justifique los motivos en que se funda su larga duración o establezca requisitos que determinen su obtención de forma automática.

También puede ser anticompetitiva, en el ámbito de la contratación administrativa, la aprobación de pliegos de cláusulas administrativas particulares que, aprobadas con arreglo a su normativa reguladora, contengan criterios de adjudicación que favorezcan al operador que ha venido siendo el titular del contrato en períodos precedentes o cuya redacción sea demasiado genérica y permita un margen de discrecionalidad demasiado amplio.

Llevada esta previsión hasta el último extremo, incluso si para la satisfacción de un determinado interés público, por ejemplo, la prestación de un servicio público por un ente local, la ley no establece el cauce a través del que debe realizarse o establece varias opciones, más o menos competitivas y la Administración opta por la que puede generar mayores obstáculos a la competencia, dicha decisión podría ser recurrida por la CNC siempre que se justifique debidamente que dicha opción no satisface correctamente el interés de que se trate, o al menos no se motive debidamente.

No debe olvidarse, en este sentido, que incluso el ejercicio de potestades discrecionales por parte de la Administración se encuentra sometido a control jurisdiccional, siempre que no haya habido una apreciación correcta de hechos, se haya incurrido en manifiesto error o arbitrariedad o el ejercicio de la potestad de que se trate no se haya adecuado a la norma habilitante.¹⁴

Lo hasta ahora expuesto nos conduce a afirmar que para que la generación de obstáculos a la competencia en los mercados pueda ser impugnada por la CNC, la Administración debe necesariamente haber incurrido en algún vicio a la hora de su adopción o realización, ya sea porque la misma infrinja o no se encuentre expresamente amparada por la ley o porque no satisfaga de forma adecuada el interés público que tutele. En estos casos, el derecho reconocido en el artículo 38 de la CE debe prevalecer, ya que, como garantía institucional, es límite necesario a la

14. STS de 20 julio de 2007.

actuación de los poderes públicos, que están obligados a garantizar y proteger su ejercicio, evitando condicionar injustificadamente con sus decisiones la libre competencia en los mercados.

Siguiendo con este razonamiento, habrá infracción del ordenamiento jurídico a los efectos del artículo 63 de la LRJAP-PAC cuando, no concurriendo alguno de los motivos del artículo 62, el irregular actuar administrativo haya incumplido el mandato impuesto por el artículo 38 de la CE o haya vulnerado alguno de los preceptos normativos (como puede ser la falta de motivación o de proporcionalidad), o de de los principios informadores del ordenamiento jurídico que determinan su anulabilidad.

En definitiva, si bien se puede decir que no todo obstáculo a la competencia generado por una actuación administrativa es impugnabile por la CNC, en determinados supuestos, la realización de una actuación administrativa que los genere constituye una manifiesta infracción del ordenamiento jurídico que, al amparo del artículo 63 de la LRJAP-PAC, es anulable y, por lo tanto, recurrible en aplicación del artículo 12.3 de la LDC.

4. PRETENSIONES EJERCITABLES POR LA CNC

Partiendo de la base de que, como se ha expuesto previamente, la CNC tiene atribuida la supervisión, desde la perspectiva de la competencia, de la actividad de la Administración y que el motivo por el que impugna una determinada norma o actuación es porque de la misma se pueden derivan distorsiones a la competencia en los mercados, debe mantenerse que, a la hora de impugnar una determinada actuación, puede ejercitar no sólo pretensiones de anulación, o las de cese de la actuación o imposición de la obligación de cumplir previstas por el artículo 32 de la LJCA para vía de hecho e inactividad, sino también, en el caso de que dichas distorsiones hayan producido efectos en el mercado, de plena jurisdicción.

Efectivamente, tiene todo el sentido que la CNC, al recurrir una determinada actuación, pueda solicitar no sólo su nulidad o anulabilidad, sino también el reconocimiento de situaciones jurídicas individualizadas o la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de las mismas, en tanto que con éstas pueda subsanar, al menos en parte, el efecto lesivo que la actuación de que se trate haya ocasionado sobre la competencia efectiva en un determinado mercado.

Por el contrario, lo que no parece razonable que la CNC pueda solicitar la indemnización de los daños y perjuicios, en la medida en que, al no ser destinataria del acto o disposición anulados, no se puede hablar de lesión alguna en sus bienes o derechos que deba ser resarcida por la vía indemnizatoria, es decir, no parece que se encuentre dentro del ámbito competencial que justifica el reconocimiento de su legitimación.

BIBLIOGRAFÍA

- COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. 2009. «La legitimación activa de las autoridades de competencia españolas para impugnar actos y reglamentos restrictivos de la competencia: alcance y articulación».
- COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. 2008. «Informe sobre Recomendaciones a las Administraciones públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia».
- Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia.*
- RIVERO GONZÁLEZ, M. et al. 2007. *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*. Editorial Aranzadi.
- ODRIOZOLA ALEN, M. *Derecho Español de la Competencia*. Editorial Bosch.
- MASSAGUER FUENTES, J.; FOLGUERA CRESPO, J.; SALA ARQUER, J.M.; GUTIÉRREZ, A. *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*. Editorial Civitas - Thomson Company.

En las administraciones públicas encargadas de promover y velar por el libre funcionamiento, tanto a nivel nacional como regional y local, en el de una comunidad autónoma, surge una necesidad de garantizar la aplicación de la legislación sobre competencia en sus respectivos ámbitos. El carácter administrativo, caracterizado por el hecho de que se trata de la gestión pública de las políticas económicas de la economía y el comercio, implica que el poder público debe velar por el libre funcionamiento, lo que implica que se debe garantizar la competencia económica a través de las leyes que regulan el comercio y el comercio.

Una vez que se ha dado un primer paso en el desarrollo de la competencia económica y se ha iniciado un proceso de transformación, los administradores en función de cumplir con sus deberes y obligaciones al respecto de la aplicación de la ley que se ha desarrollado en competencia deben estar seguros y estar de acuerdo de que se debe velar por el libre funcionamiento de la economía y el comercio.

Entre los fundamentos, que para el desarrollo de las funciones de la competencia económica, se hace una referencia a los principios de la economía de la competencia para promover posibles políticas antimonopolísticas y de defensa de la libertad económica de la función legislativa en la gestión de cumplimiento de la ley, y con ella, tanto los intereses generales como los intereses de las personas administrativas.

Para implementar, como cualquier otro, cuando se da sobre la posibilidad de los sujetos competenciales, en el ámbito jurídico de dicho sistema, de acuerdo al

