

# LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO INFRACTORA DE LAS NORMAS DE COMPETENCIA: ¿APLICACIÓN EXTENSIVA O RACIONAL?\*

*The Public Administration as competition law offender: extensive or rational application?*

Carmen M. CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE

*Doctora en Derecho  
Subdirectora de Vigilancia de la CNMC*

## RESUMEN

La incidencia de los poderes públicos sobre la actividad económica de los mercados y, por consiguiente, sobre su funcionamiento competitivo, resulta indiscutible, tanto cuando los mismos ejercitan las funciones regulatorias y ejecutivas que tienen legalmente encomendadas como cuando directamente desarrollan una actividad económica en el mercado. Sin embargo, desde el punto de vista del derecho de la competencia se plantea el dilema razonable si dichas actuaciones públicas son punibles cuando las mismas son realizadas propiamente en ejercicio de prerrogativas públicas y no en calidad de operador económico. A la vista de precedentes españoles y comunitarios más significativos y de las últimas resoluciones de la CNMC recaídas en expedientes sobre licitaciones públicas, este trabajo constituye una humilde respuesta a esta importante cuestión, atendiendo al fundamento y finalidad del derecho de la competencia y a los principios de legalidad y proporcionalidad que deben inspirar toda actuación sancionadora.

## ABSTRACT

The impact of public powers on the competitive functioning of the markets is undoubted, when they act in the exercise of official authority and when they carry on economic activities of an industrial or commercial nature by offering goods or services on the market as well. Nevertheless, from the competition law perspective, the dilemma arises at to whether those public activities can be sanctioned or not when they form part of the essential functions of the public authority. In light of the European and Spanish case law and the most recent CNMC's decisions on public procurement cases, this paper is a humble answer to this relevant question, considering the legal basis and main objectives of competition rules and the principles of legality and proportionality of any sanctioning power.

**Palabras clave:** Administración pública, poderes públicos, prerrogativas públicas, empresa, operador económico, actividad económica, facilitador, empresa asesora que no opera en los mercados afectados, actuación sancionadora, ámbito subjetivo, responsabilidad subjetiva, imputabilidad, contratación pública, licitaciones públicas.

---

\* Las opiniones, interpretaciones y conclusiones expresadas en este trabajo son las de su autora y no representan las opiniones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

**Keywords:** Public Administration, public powers, public functions, public authority, undertaking, economic operator, economic activity, co perpetrator, consultancy firm not operating on the relevant markets, sanctioning power, subjective scope, subjective liability, imputability, public procurement, public tenders, bid rigging.

## I. INTRODUCCIÓN

En España, la cuestión de la extensión de la aplicación de las prohibiciones *antitrust* al sector público ha generado, a lo largo de una década, un intenso debate tanto a nivel institucional como doctrinal. Esta controversia ha sido especialmente manifiesta en el ámbito judicial, a la vista de las sentencias de la Audiencia Nacional de 2013 y del Tribunal Supremo de 2016 sobre el cártel de la uva y mosto de Jerez, en la que dichos órganos jurisdiccionales llegaron a soluciones diametralmente opuestas, basándose en argumentos, asimismo, divergentes.

En realidad, la resolución de 6 de octubre de la extinta Comisión Nacional de la Competencia (CNC), en el expediente S/0167/09 PRODUCTORES UVA Y MOSTO JEREZ, declarando la responsabilidad de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía en el cártel sancionado, supuso una novedad en dos sentidos: por primera vez se declaró responsable de una infracción de competencia a una autoridad pública, aun cuando claramente su actuación no fue en calidad de operador económico y, por ello, a su vez, dicha autoría fue calificada con base en la figura, desarrollada jurisprudencialmente en el ámbito europeo, del facilitador. Esta primicia, sin embargo, no estuvo exenta tampoco de polémica dentro de la propia autoridad de competencia, como lo demuestra el propio voto particular de la resolución mencionada.

Recientemente, diversas resoluciones de la autoridad española de competencia se han pronunciado también, de forma más o menos expresa, sobre la aplicación de las prohibiciones de competencia a la Administración Pública, y lo han hecho en expedientes referidos a posibles prácticas anticompetitivas en el marco de procesos de licitación pública. Es conocido por todos que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), al igual que la mayoría de autoridades del mundo, ha establecido, como una de sus prioridades, la lucha contra las actuaciones contrarias a la competencia en licitaciones públicas (*bid rigging*)<sup>1</sup>. También resulta una cuestión incontrovertida que, en la medida que estos procedimientos públicos son organizados y llevados a cabo por los correspondientes órganos públicos, el análisis de su actuación por parte de la autoridad de competencia va a resultar ineludible a la hora de la investigación y resolución de estas infracciones de la competencia.

Precisamente por ello, estas últimas resoluciones han vuelto a poner sobre la mesa el mencionado debate, nunca silenciado del todo, de la consideración, más o menos extensa, de la Administración Pública como infractora de las normas de competencia y, por tanto, su análisis puede ayudar a delimitar más claramente esta trascendental cuestión.

¿Puede una Administración Pública infringir los artículos 1 y 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y debe ser sancionada por ello? ¿En qué supuestos y bajo qué condiciones? Este trabajo es una humilde respuesta, pues en no pocas ocasiones las autoridades de competencia se deben enfrentar a estas preguntas. Para intentar exponer nuestro planteamiento al respecto, aludiremos, en primer término, a cuestiones previas ineludibles como el concepto de empresa empleado en derecho de la competencia y la jurisprudencia comunitaria desarrollada en torno al mismo, para posteriormente exponer, de acuerdo con la última casuística española, los diferentes escenarios fácticos que se han delimitado para poder considerar o no a la Administración Pública sujeto activo de las infracciones de competencia. A la luz de todo lo anterior y de

---

<sup>1</sup> V. los Planes de Actuaciones de la CNMC desde el año 2015 hasta la actualidad, publicados en: <https://www.cnmc.es/en/sobre-la-cnmc/plan-de-actuacion>  
Respecto a este tema, C. CERDÁ/S. SINOVAS, "La persecución institucional del *bid rigging* en España: actuaciones recientes de la autoridad de competencia", en *Anuario de la Competencia*, Fundación ICO, 2016, pp. 415-440.

las acciones adoptadas al respecto en el ámbito europeo se realizará, seguidamente, un análisis crítico de las diferentes soluciones defendidas tanto a nivel institucional como doctrinal en España, lo que nos llevará, por último, a exponer nuestras conclusiones finales sobre lo que consideramos una interpretación racional del alcance subjetivo de las prohibiciones *antitrust* sobre el sector público.

## II. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LAS INFRACCIONES DE COMPETENCIA

Como se ha indicado, antes de entrar de lleno en la revisión y análisis de la práctica decisoria de la autoridad española de competencia en relación con la responsabilidad de órganos de la Administración Pública por infracciones de la LDC, resulta conveniente delimitar, desde un punto de vista legal y jurisprudencial, el ámbito subjetivo de la responsabilidad por infracciones de competencia.

Tanto los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) como los artículos 1 y 2 de la LDC se refieren, de forma más o menos explícita, a la *empresa* como destinataria de las prohibiciones contenidas en los mismos<sup>2</sup>. De acuerdo con la regla de interpretación económica del derecho de la competencia, en virtud de la cual sus preceptos deben ser aplicados atendiendo a la realidad económica y no a la forma jurídica, el concepto de empresa a estos efectos se define de forma amplia, englobando a "*cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de esa entidad y de su modo de financiación*"<sup>3</sup>.

Además, se entiende que el concepto de empresa "designa una unidad económica, aunque, desde el punto de vista jurídico, esta unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas"<sup>4</sup>.

De ello se deriva la relevancia absoluta que el derecho de la competencia otorga al sujeto económico en un doble sentido. De una parte, el elemento crucial sobre el que descansa la delimitación subjetiva de los destinatarios de la norma es, precisamente, el desarrollo de una actividad económica, con independencia, como veremos seguidamente, de que el mercado en el que actúe sea el afectado por la infracción o no. Lo relevante a todos los efectos es que dicha entidad intervenga en el mercado ofreciendo bienes y servicios<sup>5</sup>.

A su vez, se prima a la unidad económica o *undertaking* frente al principio de separación de personalidad jurídica de las sociedades, lo que, en último término, permite también imputar solidariamente a la matriz, que no ha participado directamente en la

<sup>2</sup> No obstante, la empresa no es sujeto de derecho. Por lo que, en todo caso, es necesaria la identificación de una o varias personas físicas o jurídicas como centro de imputación de la actividad empresarial y concurrencial. En tal sentido también, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de septiembre de 2017, as. T-112/05, Azko Nobel NV c. Comisión, apdo. 59 y jurisprudencia allí citada.

<sup>3</sup> Entre otras, sentencias del TJ de 23 de abril de 1991, as. C-41/90, Höfner y Elser, apdo. 21; de 18 de junio de 1998, as. C-35/96, Comisión c. Italia, apdo. 36; de 19 de febrero de 2002, as. C-309/99, Wouters y otros, apdo. 46; de 16 de marzo de 2004, as. C-264/01, C-306/01, C-354/01 y C-355/01, AOK-Bundesverband y otros, apdo. 46; de 28 de junio de 2005, as. ac. C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, Dansk Rørindustri y otros/Comisión, apdo. 112; de 10 de enero de 2006, as. C 222/04, Cassa di Risparmio di Firenze y otros, apdo. 107; de 11 de julio de 2006, FENIN/Comisión, C 205/03 P, apdo. 25.

<sup>4</sup> Entre otras, sentencias del TJ de 12 de julio de 1984, as. 170/83, Hydrotherm, 170/83, apartado 11; de 20 de enero de 2011, as. C-90/09 P, General Química y otros/Comisión, apdos. 34 y 35; de 29 de marzo de 2011, as. ac. C-201/09 P y C-216/09 P, ArcelorMittal Luxemburgo/Comisión y Comisión/ArcelorMittal Luxembourg y otros, apartado 95; de 29 de septiembre de 2011, as. C-520/09 P, Arkema/Comisión, apdo. 37.

<sup>5</sup> Entre otras, sentencias del TJ de 18 de junio de 1998, as. C-35/96, Comisión c. Italia, apdo. 36; de 11 de julio de 2006, FENIN/Comisión, C 205/03 P, apdo. 25.

práctica prohibida, la responsabilidad por los actos anticompetitivos realizados por la filial, genuina ejecutora del ilícito *antitrust*<sup>6</sup>.

Estos postulados mencionados se han ido, por lo demás, concretando con el tiempo. Así, a los efectos de las cuestiones que serán tratadas a lo largo de estas páginas, hay que señalar, en primer término, la conocida doctrina *Treuhand*. La misma ha establecido, en aras a la plena eficacia de las prohibiciones antitrust, la pertinencia de sancionar, como facilitador, a la empresa que ha contribuido activamente a la puesta en práctica de un cartel, aun si dicha empresa no opera en el mercado pertinente afectado por la restricción de la competencia.

En este sentido, tanto el Tribunal General (TG) en dos ocasiones, como el Tribunal de Justicia (TJ) en un solo caso<sup>7</sup>, han confirmado la acción sancionadora sobre la empresa asesora que jugó un papel esencial y similar en ambas infracciones, organizando reuniones para los participantes en el cartel, recogiendo y comunicando a los participantes datos sobre las ventas en los mercados afectados, proponiendo actuar como moderador en caso de tensión entre las empresas y animando a las partes a llegar a compromisos, a cambio de una remuneración<sup>8</sup>.

Por lo que se refiere, específicamente, al alcance de las prohibiciones de competencia sobre los poderes públicos, el derecho positivo español declara expresamente, artículo 4.2 de la LDC, que las prohibiciones de competencia sí se aplican a las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin amparo legal.

En tal sentido, según jurisprudencia comunitaria consolidada, debe distinguirse, entre el supuesto en que el Estado actúa ejerciendo la autoridad pública y el caso en que actúa ejerciendo actividades económicas de carácter industrial o comercial consistentes en ofrecer bienes y servicios en el mercado<sup>9</sup>. De tal manera que, siendo el objeto del derecho de la competencia las actividades económicas de los operadores en el mercado<sup>10</sup>, cuando la actividad del organismo se vincula al ejercicio de prerrogativas típicas del poder público, la misma queda exonerada de la aplicación de las prohibiciones de competencia, aunque por la misma se perciba una remuneración<sup>11</sup>. Ahora bien, cuando ejerza actividades económicas, ya sea a través de una entidad distinta o empresa pública o,

<sup>6</sup> Sobre este tema, v. J. I. RUIZ PERIS, *La responsabilidad de la dominante en el Derecho de defensa de la competencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; C. CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, "La corresponsabilidad de la matriz por infracción de la filial en el derecho de la competencia: Un análisis de la última jurisprudencia del TJUE", en AAVV., *Últimas tendencias en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2008-2011)*, La Ley, Madrid, 2012; F. DÍEZ ESTELLA/P. PÉREZ FERNÁNDEZ, "Problemas derivados de la atribución europea de responsabilidad a las sociedades matrices por los ilícitos anticompetitivos de sus filiales: de Stora a Portielje, pasando por Akzo Nobel y Elf-Aquitaine", en *Anuario de la Competencia*, Fundación ICO, 2013, pp.321-358.

<sup>7</sup> En cuanto al primer caso, relativo al mercado de peróxidos orgánicos, que no fue recurrido en casación, v. sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de julio de 2008, as. T-99/04 AC-Treuhand AG c. Comisión. El segundo, relativo al mercado de los termoestabilizadores, v. sentencia del TG de 6 de febrero de 2014, as. T-27/14 AC-Treuhand AG c. Comisión y sentencia del TJ de 22 de octubre de 2015, as. C-194/14 P AC-Treuhand AG.

<sup>8</sup> Asimismo, en el marco del procedimiento C-194/14 P AC-Treuhand AG, hay que destacar las conclusiones del Abogado General Sr. NILS WAHL de 21 de mayo de 2015, expresando su opinión en contra: "*si en circunstancias normales AC-Treuhand no ejerce una presión como la que la competencia hace recaer sobre las empresas controvertidas, sus acciones no pueden restringir la competencia.*" (apdo. 69).

<sup>9</sup> Sentencias del TJ de 16 de junio de 1987, as. 118/85, Comisión c. Italia, apdo. 8 y de 18 de marzo de 1997, as. C-343/95, cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Génova (Italia), apdo. 16.

<sup>10</sup> Sentencia del TJ de 1 de julio de 2010, as. C-407/08 P Knauf Gips AG c. Comisión, apdo. 64.

<sup>11</sup> Sentencias del TJ de 18 de marzo de 1997, as. C-343/95, cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Génova (Italia), apdos. 16 y ss; y de 19 de enero de 1991, as. C-364/92, cuestión prejudicial planteada por la Corte de Casación de Bélgica en el litigio SAT Fluggesellschaft y Organización Europea para la Seguridad de la Navegación Aérea (Eurocontrol).

directamente, a través de un órgano que forme parte de la administración del estado, su actuación puede ser tipificada como infracción de competencia a todos los efectos<sup>12</sup>.

Dicha distinción conlleva el examen, en ocasiones complejo<sup>13</sup>, de la naturaleza, el objeto y las normas a las que están sujetas las actividades que ejercen la empresa o entidad pública. Además, puesto que el análisis de la naturaleza de una entidad ha de realizarse actividad por actividad, es perfectamente posible que se considere que una misma entidad pública constituye una empresa cuando efectúa algunas de sus actividades, mientras que, al realizar otras funciones que no tienen carácter económico, quede fuera del derecho de la competencia<sup>14</sup>.

Este planteamiento ha sido confirmado, posteriormente, en diversas ocasiones por la propia práctica decisoria de la Comisión Europea (CE) y validado por los tribunales comunitarios<sup>15</sup>.

Más concretamente, en el ámbito de la contratación pública, los tribunales europeos también han declarado que, para determinar la naturaleza económica o no de la actividad de compra de un producto por parte de un órgano público, la misma no puede disociarse del uso posterior que se dé a éste. Así, en el conocido asunto FENIN<sup>16</sup>, tanto el TPI como el TJ desestimaron el recurso interpuesto por FENIN, entendiendo que los organismos gestores de la Seguridad Social, aun cuando compran en grandes cantidades, no lo hacen para ofrecer bienes o servicios en el mercado, sino para desarrollar una actividad social, presidida por el principio de solidaridad. Así pues, aunque actúen como compradores en un mercado determinado, no son empresas, pues la actividad para cuyo ejercicio adquiere los productos no tiene carácter económico, por lo que no le resultan aplicables las prohibiciones de los artículos 101 y 102 del TFUE.

De todo lo anterior puede concluirse, por tanto, que sujeto activo de las infracciones de competencia es, potencialmente, cualquier persona física o jurídica cuya actividad esté dirigida al ofrecimiento de bienes o servicios en el mercado, independientemente del mercado en el que se desarrolle la misma y de su naturaleza pública o privada.

### **III. APLICACIÓN DE LAS PROHIBICIONES DE COMPETENCIA A LOS PODERES PÚBLICOS EN ESPAÑA**

Aunque, por razones obvias, vamos a centrar nuestro análisis en el enfoque adoptado por la autoridad de competencia a partir de la entrada en vigor de la LDC de 2007 y de la creación de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), pues estos hechos supusieron un importante cambio de tratamiento de la cuestión analizada y, especialmente, tendremos en cuenta la última doctrina establecida por el Consejo de la CNMC a raíz de los expedientes recientemente resueltos de licitaciones públicas, no está de más señalar que la cuestión del alcance de las prohibiciones de competencia a los órganos de la Administración Pública se remonta a los orígenes del derecho de la competencia en España y ya fue planteada en toda su extensión con ocasión de la aplicación de la primera normativa de competencia que fue promulgada en nuestro país,

---

<sup>12</sup> Sentencias del TJ de 16 de junio de 1987, as. 118/85, Comisión c. Italia; de 24 de octubre de 2002, as. C-82/01 P, *Aéroports de Paris/Comisión*, apdo. 74; y de 1 de julio de 2008, as. C-49-07, *MOTOE*, apdo. 25 y ss.

<sup>13</sup> Tal y como pone de manifiesto el Abogado General Sr. M. POIARES MADURO en las Conclusiones de 10 de noviembre de 2005, as. C-205/03 P - FENIN/Comisión, apdo. 26.

<sup>14</sup> Conclusiones del AG de 10 de noviembre de 2005, as. C-205/03 P - FENIN/Comisión, apdo. 43.

<sup>15</sup> Decisión CE de 2 de abril de 2003 (Asunto COMP/C.38.279/F3 — Carnes de vacuno francesas) y Sentencias del TPI de 13 diciembre 2006, as. ac. T-217/03 y T-245/03 y del TJ 18 diciembre 2008, as. C-101/07 P.

Decisión CE de 23 de enero de 2013 (asunto COMP/39.839 — Telefónica/Portugal Telecom) y Sentencias del TG de 28 junio 2016, as. T-216/13 y del TJ de 13 diciembre 2017, as. C-487/16 P.

<sup>16</sup> Sentencias del TPI de 4 de marzo de 2003, as. T-319/99 FENIN c. Comisión y del TJ de 11 de julio de 2006, as. C-205/03 P.

la Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia y, por supuesto, de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

Así, en el expediente 254/89 LIBROS TEXTO<sup>17</sup>, el entonces Tribunal de Defensa de la Competencia declaró la existencia, por una parte, de una práctica restrictiva por parte de ANELE (Asociación Nacional de Editores de Libros y Material de Enseñanza), consistente en una recomendación de precios mediante la difusión del acuerdo adoptado por su Asamblea general, que establecía los criterios aplicables a la subida de los precios de los libros de texto para el curso 1988/1989 y, por otra, de una práctica restrictiva consistente en el seguimiento de la recomendación de ANELE por parte de algunas de sus editoriales asociadas.

Aunque la resolución niega la relevancia de la intervención del Ministerio de Educación y Ciencia, tanto el voto particular de la misma como, en último término, la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de julio de 1997<sup>18</sup>, consideraron, sin la menor duda, que las limitaciones a las subidas de precios fueron aconsejadas por el propio Ministerio, que resultaba ser el verdadero inductor de las recomendaciones de ANELE. Ello, sin embargo, no llevó a la imputación del Ministerio, sino, muy al contrario, basándose en una discutible interpretación del principio de confianza legítima, a la anulación de la sanción impuesta a las entidades recurrentes.

En el expediente 376/96 Cárteles Sidra<sup>19</sup>, la labor de promoción realizada por la Consejería de Agricultura del Principado de Asturias en relación a los acuerdos restrictivos de fijación del precio base para la manzana de sidra establecidos por dos asociaciones del sector, se consideró relevante, no para eximir a las entidades de su responsabilidad administrativa, sino para graduar la responsabilidad administrativa de los intervinientes en el acuerdo, pues aquellas *"no podían ignorar que las autoridades administrativas no estaban habilitadas para autorizar o inspirar acuerdos sobre precios incursos en el Art. 1. Aunque atenuada, subsiste la responsabilidad administrativa de ambas Asociaciones"*<sup>20</sup>.

De esta época son también otras resoluciones que, intentando ya hilar más fino, calificaron determinadas actuaciones administrativas como actividades de naturaleza económica o propiamente regulatorias, no tanto por razón del sujeto que la llevaba a cabo, sino de su contenido (Expte. 393/96 Aparejadores Cádiz; Expte. 419/97, Cruz Roja de Fuengirola; Expte. 422/98, Arquitectos Andalucía; Expte. 594/05, Cines Campoo).

Pero como anticipábamos, la introducción de la LDC de 2007 y la propia creación de la CNC supusieron un punto de inflexión respecto al anterior planteamiento sobre la posibilidad de sancionar a los organismos públicos por infracciones de competencia.

Así, algunos de los expedientes resueltos por la entonces recién estrenada CNC constituyeron la consolidación de la regla de la plena aplicabilidad de las prohibiciones de competencia a las entidades públicas cuando actúan como operadores económicos; otros, sin embargo, fueron más allá y supusieron una aproximación novedosa y desconocida, abogando por dicha aplicación, aun cuando aquellos actuaran en el ejercicio de sus funciones públicas y, por último, otros se han planteado la misma cuestión en el ámbito de contratación pública, que tanta relevancia tiene en materia sancionadora de competencia en la actualidad.

A continuación, se analizan con más detalle estas actuaciones sancionadoras, materializadas en numerosas resoluciones de la autoridad española de competencia en

<sup>17</sup> Resolución de la Sección Segunda de 30 de octubre de 1990, expte. 254/89 y 539/88 del Servicio.

<sup>18</sup> Sentencia de TS de 28 de julio de 1997, núm rec. ac. 2434/1991, 6965/1992 y 1392/1993.

<sup>19</sup> Resolución del TDC 12 de diciembre de 1996, expte. 376/96 Cárteles Sidra.

<sup>20</sup> En el mismo sentido, la resolución del TDC de 8 de enero de 1996, expte. 337/93 Zontur.

los últimos años, de acuerdo con los diferentes escenarios contemplados y soluciones alcanzadas.

#### **A. Supuestos en los que la Administración Pública actúa como operador económico**

Tal y como se ha mencionado anteriormente, existe unanimidad, tanto a nivel nacional como europeo, al reconocer que, cuando la Administración Pública actúa en el mercado desarrollando una actividad económica, es decir, ofreciendo bienes y servicios en el mercado, es una empresa a todos los efectos y, por ello, puede ser considerada destinataria de las prohibiciones de competencia y, en su caso, responsable de las infracciones tipificadas en dicha normativa.

Así ha sido corroborado también por la autoridad española de defensa de la competencia y ratificado por los tribunales nacionales. Por ejemplo, en el expediente 650/08 Funerarias Baleares<sup>21</sup>, el Consejo de la extinta CNC se planteó la restricción de la competencia realizada por la Empresa Funeraria Municipal (EFMSA), que gestionaba el único cementerio en la ciudad de Palma, impidiendo que las empresas funerarias con licencias en otros municipios pudieran realizar servicios mortuorios en Palma (acondicionamiento, enferetramiento, etc.) más allá de la recogida y transporte de cadáveres. El gobierno y administración de EFMSA correspondía al Ayuntamiento de Palma de Mallorca, mediante la Concejalía de Sanidad.

El Consejo consideró, de una parte, que las actuaciones suponían una estrategia del Ayuntamiento de Palma de Mallorca, para favorecer a EFMSA, de forma que pudiera mantener el monopolio de empresa de servicios mortuorios encargada de la prestación de sus servicios con origen en Palma de Mallorca frente a otros competidores. Y, de otra, que la Concejalía de Sanidad asumía la Presidencia de EFMSA, por lo que en este caso la Concejalía y el Ayuntamiento actuaban como operador económico en los servicios mortuorios. Por todo ello, el Consejo declaró responsable a EFMSA, y solidariamente al Ayuntamiento de Palma de Mallorca, de una práctica abusiva e impuso una sanción de 500.000 euros.

Posteriormente, tanto la Audiencia Nacional (AN) como el Tribunal Supremo (TS)<sup>22</sup>, revalidaron que la actuación del Ayuntamiento de Palma de Mallorca, no correspondía a sus prerrogativas de poder público neutral, sino a la defensa de los intereses de la empresa municipal con la que él mismo operaba en el mercado de servicios funerarios y confirmaron la multa impuesta<sup>23</sup>.

En otros casos, el Consejo ha sancionado a entidades de naturaleza dual público-privada, al entender que, en relación con los hechos analizados, estaban claramente actuando en su vertiente privada de garante de los intereses de las empresas o del sector correspondiente y que habían incurrido en una infracción a las normas reguladoras del derecho de competencia.

Así sucedió en el expediente S/0091/08 VINOS FINOS DE JEREZ<sup>24</sup>, por lo que se refiere a la multa impuesta al Consejo Regulador de las Denominaciones de Origen JEREZ-XÉRÉS-SHERRY/MANZANILLA SANLÚCAR DE BARRAMEDA. La Resolución reconocía que en el Consejo Regulador confluían una dimensión privada, como representante de los

<sup>21</sup> Resolución del Consejo de la CNC de 3 de marzo de 2009, expte. 650/08 Funerarias Baleares.

<sup>22</sup> Sentencia de la AN de 31 de marzo de 2010, núm rec. 154/2009 y Sentencia del TS de 14 de junio de 2013, núm. 3282/2010.

<sup>23</sup> V. también al respecto la resolución del Consejo de la CNC de 7 de mayo de 2008, expte. 632/07, Feriantes Ayuntamiento de Peralta.

<sup>24</sup> Resolución del Consejo de la CNC de 28 de julio de 2010, expte. S/0091/08 VINOS FINOS DE JEREZ.

intereses privados de todos los viticultores y bodegas inscritas y una dimensión pública, pues actuaba por delegación, como órgano desconcentrado de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía, en las materias directamente relacionadas con la gestión y tutela de un bien de carácter público, como la Denominación de Origen.

En cuanto a su responsabilidad, el Consejo distinguió entre las funciones propias de cualquier Consejo Regulador de controlar la calidad y garantizar el origen de los productos amparados y la actuación del mismo, analizada en el expediente, restringiendo la comercialización de vino de jerez de manera no ligada a parámetros de garantía de calidad y origen, sino a parámetros de mercado como cantidad y precio. Respecto a esta práctica, concluyó que estaba actuando en su vertiente privada de garante de los intereses de las empresas bodegueras y que había incurrido en una infracción a las normas de competencia, por lo que le impuso una multa de 200.000 euros. Este pronunciamiento, por lo demás, ha sido ratificado mediante sentencia firme de la AN de 20 de marzo de 2013<sup>25</sup>.

Otro supuesto similar fue examinado en el expediente S/0314/10 PUERTO DE VALENCIA<sup>26</sup>, en relación con la participación acreditada de la Autoridad Portuaria de Valencia (APV) en una infracción del artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE. El Consejo de la CNC entendió que, si bien la APV podía en ciertos aspectos considerarse una autoridad administrativa (en la concesión y regulación de las actividades del puerto que le atribuye la Ley y la normativa vigente), era también un operador económico que, como gestor, competía con otros puertos para la atracción de los fletes y en la prestación de los distintos servicios portuarios. Del análisis de sus actuaciones, el Consejo consideró que la APV no estaba actuando en su calidad de administración pública, sino como un agente de los mercados que confluyen en la actividad portuaria. Sin embargo, la sanción impuesta a esta entidad fue posteriormente anulada por la AN, eso sí, no por divergencias de interpretación del alcance de la responsabilidad subjetiva de la APV, sino por considerar la caducidad del expediente sancionador<sup>27</sup>.

## **B. Supuestos en los que la Administración Pública actúa en ejercicio de sus funciones públicas**

En segundo lugar, tendríamos aquellos casos de órganos administrativos que, ejerciendo sus prerrogativas públicas típicas, participan en una práctica restrictiva de la competencia o, al menos, sus actuaciones tienen un efecto restrictivo en las condiciones competitivas del mercado de que se trate.

Precisamente aquí, es donde el tratamiento dado en España a la cuestión objeto de análisis difiere de la solución adoptada por la Comisión y los tribunales europeos y, en general, por el resto de autoridades de los Estados miembros. También es en este marco en el que se ha producido la intensa discusión institucional y judicial que mencionábamos al principio.

A nuestro entender, de la última práctica decisoria de la autoridad española, se pueden diferenciar, a su vez, dos escenarios distintos en los que, actuando la Administración Pública, en principio, en el ejercicio de sus prerrogativas públicas, se ha llegado a soluciones diversas, considerando el distinto alcance de dicha intervención.

<sup>25</sup> Sentencia de la AN de 20 de marzo de 2013, núm. rec. 530/2010.

<sup>26</sup> Resolución del Consejo de la CNC de 27 de septiembre de 2013, expte. S/0314/10 PUERTO DE VALENCIA.

<sup>27</sup> Sentencia de la AN de 25 de enero de 2016, núm. rec. 572/2013 y sentencia del TS de 16 de diciembre de 2016, núm. rec. 1726/2016.

### **B.1 Supuestos en los que la Administración Pública se extralimita de sus atribuciones públicas**

Primeramente, tendríamos aquellos casos en los que la Administración Pública, actuando, en principio, en ejercicio de una potestad legalmente atribuida, en realidad, emplea de forma inadecuada dichas potestades y competencias que el ordenamiento jurídico le atribuye para el cumplimiento de sus fines, con resultados anticompetitivos en el mercado.

En definitiva, la Administración se excede de las potestades que tiene atribuidas y esa extralimitación favorece la realización de una práctica restrictiva de la competencia en forma de cártel. En estos supuestos, según lo declarado por la autoridad española de competencia, debe considerarse, *"que la Administración está desapoderada de sus prerrogativas, precisamente por no ejercitar adecuadamente las potestades que tiene atribuidas y, por lo tanto, su conducta puede ser analizable y sancionable si infringe la LDC<sup>28</sup>"*.

Exponente por antonomasia de esta concepción<sup>29</sup> es el expediente S/0167/09, PRODUCTORES DE UVA Y VINOS DE JEREZ<sup>30</sup>. En el mismo se sancionó la infracción realizada, desde 1991 a 2009, por los miembros de la denominada Mesa de Jerez (asociaciones de productores y asociaciones de bodegueros o transformadores), dentro del marco del Plan de Reconversión del Marco de Jerez, los cuales firmaron sucesivos acuerdos sectoriales, en los que se fijaban los precios mínimos por kilogramo de uva y litro de mosto. A partir de 2002, dichos acuerdos eran firmados por las organizaciones del Marco de Jerez y la Consejería de Agricultura y Pesca (CAP).

Por lo que se refiere a la participación de la CAP, se declaró que, aunque la CAP tuviera competencias de ordenación, planificación, reforma y desarrollo de los sectores agrario, ganadero y agroalimentario, dar su conformidad a un acuerdo de fijación de los precios de venta de la uva y el mosto de Jerez, no podía en modo alguno ser considerada una de ellas, con base en la siguiente argumentación: *"Ello es así porque, en primer lugar, los acuerdos de fijación de precios son conductas restrictivas de la competencia que están prohibidas por la LDC (y la Administración no puede actuar contra legem) y porque, en segundo término, no existe norma alguna con rango de ley que en este supuesto concreto*

<sup>28</sup> Resolución del Consejo de la CNC de 6 de octubre de 2011, expte. S/0167/09 Productores de Uva y Vinos de Jerez, fundamento de derecho duodécimo. No obstante, pocos meses antes de dicha declaración, el 26 de abril de 2011, el Consejo de la CNC resolvió un caso similar, que ya es firme en vía judicial, en el que las labores de promoción, asesoramiento y vigilancia de los acuerdos prohibidos por parte de la Consellería do Mar de la Xunta de Galicia, no fueron incluidas en la delimitación de la infracción (expte. S/0107/08, PLATAFORMA DEL MEJILLÓN) ni tampoco sirvieron para eximir ni atenuar la responsabilidad de los infractores.

<sup>29</sup> Precursor de esta concepción puede considerarse a la resolución del Consejo de la CNC de 14 de abril de 2009, expte. S/0639/08 COLEGIO FARMACEUTICOS CASTILLA-LA MANCHA. En la misma el Consejo ya adelantó el planteamiento que, posteriormente, cristalizaría en el caso PRODUCTORES DE UVA Y VINOS DE JEREZ, aunque con sutiles diferencias. En este expediente, el Consejo reconoció al Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM) como responsable legal de la prestación farmacoterapéutica pública a los residentes en los centros socio sanitarios de Castilla-La Mancha y sus atribuciones públicas en la forma de gestión de este servicio público. Sin embargo, respecto al punto 2 del acuerdo de 29 de junio de 2006, adoptado por aquél con el Consejo de Colegios Oficiales de Castilla-La Mancha, en virtud del cual los Colegios Oficiales de Farmacéuticos establecerían los turnos de atención farmacoterapéutica por las oficinas de farmacia a residentes de los centros socio sanitarios de Castilla-La Mancha, el Consejo consideró que el SESCAM no habría actuado como regulador, sino como operador económico, propiciando un reparto de mercado.

A pesar de que esta resolución fue objeto de voto particular sobre esta concreta argumentación, la misma fue confirmada posteriormente tanto por la AN, en su sentencia de 6 de junio de 2012, como por el TS, mediante sentencia de 9 de marzo de 2015. Ahora bien, estos pronunciamientos no avalaron expresamente el razonamiento del Consejo sobre la naturaleza de operador económico del SESCAM en determinados extremos de su actuación, sino más bien apuntaron al argumento, que sería desarrollado posteriormente por el Consejo de la CNC en el expediente PRODUCTORES DE UVA Y VINOS DE JEREZ, de que las atribuciones públicas del organismo no podían ser entendidas en sentido tan extenso, hasta el punto de realizar una distribución anticompetitiva del suministro de los medicamentos.

<sup>30</sup> Resolución del Consejo de la CNC de 6 de octubre de 2011, expte. S/0167/09 Productores de Uva y Vinos de Jerez.

*permita a la Administración realizar este tipo de actuaciones, excluyendo, conforme a lo previamente expuesto, la normativa de defensa de la competencia.”*

Por lo tanto, concluyó el Consejo, la CAP “está actuando al margen, o excediéndose si se quiere, de las potestades que una determinada Administración autonómica tiene atribuidas y que esa extralimitación favorece la realización y desenvolvimiento de una práctica restrictiva de la competencia” y, en consecuencia, su conducta era plenamente enjuiciable por la LDC.

Además, el Consejo entendió que la actuación de la CAP no solo se había limitado a consentir y amparar dicho cártel, sino que tuvo papel activo tanto en la organización como especialmente en la vigilancia de la correcta aplicación de los acuerdos, por lo que reunía los “*elementos de lo que la doctrina comunitaria, sentencia del Tribunal General (en adelante, TG - antes TPI) de 8 de julio de 2008, asunto T- 99/04, Treuhand/Comisión, y posteriormente este Consejo, ha denominado facilitador*”. No obstante, en atención a la ausencia de pronunciamientos previos en los que se reconociese la responsabilidad de una Administración pública careciendo de la condición de operador económico y en concepto de facilitador, no se le impuso sanción económica.

Esta novedosa tesis sostenida por el Consejo, sin embargo, no gozó de completa unanimidad y la resolución fue objeto de un voto particular. Este defendió que, no actuando la CAP como operador económico, sino en el uso de sus prerrogativas administrativas, dicha actuación no podía quedar sometida a los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE y lo procedente hubiera sido el archivo de las actuaciones contra la CAP.

La resolución fue recurrida por la CAP y es, precisamente, en el ámbito judicial en el que mejor se ha evidenciado la controversia existente en cuanto al alcance subjetivo de las infracciones de competencia aplicadas al orden público.

De una parte, según se desprende de su sentencia anulatoria de 16 de julio de 2013<sup>31</sup>, para la AN el debate se debía acotar en los siguientes términos: “*No se trata de analizar si la Administración se ha excedido en el ejercicio de sus potestades públicas en materia de ordenación, del sector de la uva, sino de examinar con carácter previo si su intervención se realizaba o no como un operador del mercado.*”

Se 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.

Ello no significa que esa conducta de la CAP 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.”

Sin embargo, posteriormente, el TS, en su sentencia de 18 de julio de 2016<sup>32</sup>, casó el pronunciamiento previamente citado y confirmó la resolución de la autoridad de competencia en relación a la CAP, considerando, por el contrario, que la “*sujeción al derecho de la competencia viene determinada no tanto por la naturaleza pública o privada de la entidad o institución, ni por las características externas de la actuación o la forma que ésta adopte, sino por la capacidad de dicha conducta para incidir en el mercado y restringir la competencia.*”

<sup>31</sup> Sentencia de la AN de 16 de julio de 2013, núm. rec. 626/2011.

<sup>32</sup> Sentencia del TS de 18 de julio de 2016, núm. rec. 2946/2013.

Además, especificaba el Alto Tribunal que “habrá supuestos en que, por estar dirigida la apreciación de una posible vulneración del derecho de la competencia contra un acto administrativo formalmente adoptado, o contra una disposición de carácter general, la vía a seguir por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia -o, en su caso, por los órganos de las Comunidades Autónomas con atribuciones en materia de defensa de la competencia- será la de la impugnación del acto o disposición ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa conforme a lo previsto en los artículos 12.3 y 13.2 de la Ley 15/2007. Pero la capacidad de reacción de las autoridades de defensa de la competencia no puede quedar reducida a esa vía impugnatoria; sobre todo cuando se trata de actuaciones materiales como las que describe la resolución de la Comisión en el caso que estamos examinando.”

De acuerdo con lo anterior, concluyó que resultaba indudable que “la actuación de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía desempeñó un papel relevante en la distorsión del mercado y la perturbación de la competencia [...]. Por tanto, debe considerarse ajustada a derecho la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia que declara a la citada Consejería de la Junta de Andalucía responsable de una conducta infractora del artículo 1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia.”

El mismo planteamiento fue aplicado por el Consejo de la CNC, nuevamente, en el expediente S/0314/10 PUERTO DE VALENCIA en relación a la entonces Conselleria de Infraestructuras y Transporte de la Comunidad Valenciana y a su participación en el acuerdo de precios, que acordaron las principales asociaciones de transportistas de contenedores a aplicar por prestar sus servicios de transporte en contenedores con origen o destino Puerto de Valencia<sup>33</sup>. En este caso, el Consejo volvió a confirmar que *“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 LDC, constituye una conducta que cae bajo el ámbito del art. 1 LDC, incluso si tal forma de actuación no constituye en sí misma una actividad económica, pues lo relevante en sede de la LDC es la aptitud de esa conducta 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 operadores económicos no puede ser considerada, con carácter general y sin atender a las circunstancias concretas del caso, como una causa de inimputabilidad que excluya la posibilidad de apreciar el elemento subjetivo del tipo. 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 con aptitud para incidir en el mercado.”*

Asimismo, precisó, en cuanto a la concreta vía de control de la legalidad de las actuaciones de los poderes públicos, que “ni en el caso de la actuación de la Junta de Andalucía (Resolución de 6 de octubre de 2011, Expte. S/0167/09), ni en el presente caso, es posible acudir a la vía prevista en el artículo 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 [...]. Pero, aunque así fuera, es decir, aunque la concreta actuación de la Administración fuera susceptible de impugnación ante la

<sup>33</sup> Resolución del Consejo de la CNC de 27 de septiembre de 2013, expte. S/0314/10 PUERTO DE VALENCIA.

jurisdicción contencioso-administrativa, la previsión del artículo 12.3 de la LDC no impide ni restringe la aplicación del artículo 1, pues ambas normas responden a una finalidad distinta.”

De lo anterior, el Consejo concluyó la responsabilidad de la mencionada Conselleria en las prácticas analizadas, aunque, una vez más, no impuso sanción económica, al entender que el efecto disuasorio de la multa es más que discutible cuando se trata de una Administración, puesto que la misma *“afectaría al erario público, de forma que la afectación patrimonial sería en última instancia sobre el conjunto de los ciudadanos”*.

Esta resolución, al contrario que el caso de PRODUCTORES DE UVA Y VINOS DE JEREZ, no fue recurrida por la Conselleria, por lo que la discusión no se reprodujo en sede judicial ni ha habido posibilidad de que los tribunales ratifiquen las argumentaciones defendidas en el caso precedente.

## **B.2 Supuestos en los que la Administración Pública actúa en el ámbito típico de sus atribuciones públicas**

El segundo posible escenario viene constituido por aquellos casos en los que la actuación administrativa, aun con un potencial efecto restrictivo de la competencia, se produce propiamente en el ejercicio de sus funciones o prerrogativas públicas. En este sentido, los supuestos más frecuentes que se pueden ser citados, como expositoras del posicionamiento de la autoridad española sobre el alcance subjetivo de las prohibiciones sobre las actuaciones típicas de los poderes públicos de contratación, corresponden al ámbito de las licitaciones públicas y muchos de estos pronunciamientos provienen, además, del ámbito autonómico.

Aunque, como no puede ser de otra forma, nos centraremos, fundamentalmente, en la tesis defendida por la propia resolución, las mismas constituyen también buena muestra del debate existente sobre la cuestión, como se deduce del voto particular del que han sido objeto la mayoría de ellas.

El primer pronunciamiento de este grupo de casos vendría constituido por la resolución del Consejo de la CNMC de 16 de julio de 2018 en el expediente S/0565/15 LICITACIONES APLICACIONES INFORMÁTICAS<sup>34</sup>. En el mismo, el Consejo de la CNMC consideró acreditada la existencia de una infracción única y continuada del artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE, consistente en el diseño y participación en la misma de una estrategia común de reparto de licitaciones de varias administraciones españolas en el sector de los servicios tecnológicos, siendo responsables, como instigadoras, dos empresas –INDRA y SAG-, y, con una responsabilidad más limitada, otro grupo de empresas –ACCENTURE, ATOS, BABEL, CIBERNOS, CONNECTIS, EVERIS, GESEIN y NEXT-.

Con respecto a la participación de las Administraciones Públicas, el Consejo expresamente declaró: *“Esta Sala no niega que las administraciones públicas han podido tener, en algunos contratos, una cierta incidencia generando un contexto que ha propiciado el mantenimiento interesado de las alianzas, pero no es posible descargar en los organismos públicos, que han mostrado un funcionamiento muy diferente con diferente personal y diferentes equipos, toda la responsabilidad de las conductas, bajo el argumento de la concurrencia del principio de confianza legítima. En todo caso, las diferentes unidades de las administraciones públicas, en las licitaciones que han convocado, han actuado como órganos de contratación y están sujetos en este ámbito a*

---

<sup>34</sup> Resolución del Consejo de la CNMC de 26 de julio de 2018, expte. S/0565/15 LICITACIONES APLICACIONES INFORMÁTICAS.

*las normas públicas de contratación del Estado, sobre las que esta Comisión no tiene facultad de aplicación”.*

Respecto a la mayor o menor relevancia de la incidencia de las administraciones en la conducta, posteriormente, añadió: *“La incidencia de la administración en las conductas no ha sido negado por la Dirección de Competencia a lo largo de la instrucción del procedimiento, pero en su propuesta de resolución ofrece argumentos convincentes que permiten considerar que la participación de la administración no es determinante para la calificación de la infracción. Por ejemplo, los hechos evidencian cambios de modelo de contratación, con la intención por parte de la administración de fomentar la competencia en las ofertas y, sin embargo, las empresas buscan alternativas ilícitas para continuar manteniendo las alianzas.*

*Se ha destacado, igualmente, la existencia de alternativas por parte de las empresas para salvar el determinismo de los pliegos. [...]*

*Es relevante destacar, además, el papel desempeñado por las empresas en relación con su participación activa en la redacción y conformación de dichos pliegos deterministas a los cuales las empresas achacan el mantenimiento del statu quo. Esta participación lleva incluso a que dichas empresas sean quienes redacten o sugieran cambios en los pliegos a las administraciones contratantes. El poder negociador de la administración alegado por las empresas se ve, de este modo, cuestionado. Las empresas participan activamente en la conformación de los pliegos y mantienen frecuentes contactos con las administraciones licitantes antes de la adjudicación de los concursos, disponiendo de información relevante antes de que se convoquen los concursos y negociando entre ellas tanto su influencia en los mismos como el reparto de concursos aún no convocados<sup>35</sup>.”*

La siguiente decisión a mencionar constituye, en puridad, un pronunciamiento de la CNMC derivado del ámbito autonómico<sup>36</sup>, en particular de la Comunidad de Madrid: Expediente SAMAD/01/18, CONTRATACIÓN PÚBLICA DE COMUNICACIONES MÓVILES<sup>37</sup>. En el mismo se dilucidaba la posible práctica concertada, con efectos restrictivos de la competencia, entre las empresas Motorola Solutions España, S.A. (MOTOROLA) y Amper Sistemas, S.A. (AMPER) y el Organismo Autónomo Informática del Ayuntamiento de Madrid (IAM), en relación con las negociaciones habidas entre las mismas referentes al contrato de mantenimiento de la red de comunicaciones móviles TETRA de que dispone el Ayuntamiento de Madrid para la prestación de sus servicios de seguridad y emergencia.

En el marco de dicho contrato de mantenimiento, MOTOROLA comunicó un problema detectado en la red que podía hacer fallar toda la red en agosto de 2017 y ofreció, como solución, la actualización del software y del conmutador de la red a la última

---

<sup>35</sup> Esta resolución fue objeto, no obstante, de un voto particular, al considerar que, en la descripción de los hechos analizados, se recogían indicios suficientes de la intervención de algunos organismos públicos (y/o responsables de los mismos) en la conducta infractora, por lo que debería haberse incluido a esos sujetos en el expediente, incoándolo respecto a ellos en su calidad de facilitadores de la conducta anticompetitiva. Además, según este voto particular, la condición jurídica del infractor y el hecho de que actúe o no como operador económico no son factores determinantes para apreciar la existencia de una infracción, puesto que, según la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2016, lo relevante es la incidencia real de la conducta en el mercado o la aptitud de la acción administrativa para impulsar, generar o reforzar los efectos restrictivos de la colusión en la que participa.

<sup>36</sup> Como es sabido, desde la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1999 y, específicamente, desde 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, en España existe un sistema descentralizado de competencias ejecutivas de la legislación estatal de defensa de la competencia. Ello se traduce, en último término, en que determinadas Comunidades Autónomas han asumido dichas competencias, pero lo han hecho con distinta configuración orgánica. Así, hay algunas CCAA están dotadas de órganos de instrucción y resolución (Cataluña, Galicia, Comunidad Valenciana, Aragón, Castilla y León, País Vasco, Extremadura y Andalucía) y otras solamente disponen de órgano de instrucción (Canarias, Madrid, Murcia, Navarra), en cuyo caso es el Consejo de la CNMC el que resuelve las propuestas de resolución elevadas por aquéllas.

<sup>37</sup> Resolución del Consejo de la CNMC de 4 de diciembre de 2018, expte. SAMAD/01/18, CONTRATACIÓN PÚBLICA DE COMUNICACIONES MÓVILES.

versión DIMETRA de manera gratuita, en el marco del contrato de mantenimiento que el Ayuntamiento tenía suscrito con MOTOROLA a través de su partner AMPER. En este sentido, se tuvieron distintas reuniones y contactos a lo largo del año 2016 y, finalmente, se llegó a la conclusión que dichas actuaciones estaban incluidas en el contrato de mantenimiento y, por tanto, fueron implementadas.

Simultáneamente, en julio de 2016, fue convocada la licitación para la renovación de la red TETRA del Ayuntamiento de Madrid, en la cual se exigía que todas las empresas que se presentaran tuvieran la homologación del fabricante para los sistemas DIMETRA en la última versión instalada. El 6 de octubre de 2016, Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (TACP) anuló la licitación mencionada, por considerar que la misma había incumplido el principio de neutralidad tecnológica, al haber sido adquirido el conmutador central fuera de la licitación, como parte del contrato de mantenimiento de la red, ocasionando que el fabricante del conmutador (MOTOROLA) adquiriera la exclusividad sobre el resto de componentes de la red, puesto que nadie más podía cumplir el requisito de interoperabilidad.

Asimismo, el TACP resolvió dar traslado a la autoridad de defensa de la competencia de su resolución, para que valorase la eventual infracción de la LDC. La Comunidad de Madrid, en su propuesta de resolución, consideraba que los contactos y actuaciones llevadas a cabo por MOTOROLA, AMPER y el IAM tuvieron como consecuencia la modificación del objeto del contrato licitado por el Ayuntamiento de Madrid para la renovación de su red TETRA, al haberse adquirido el conmutador o nodo central sin licitación, lo que vinculaba tecnológicamente el resto de elementos de la red a los de un único fabricante (MOTOROLA) y calificaba dichas prácticas como una infracción grave del artículo 1.b) LDC, de la que habrían sido responsables MOTOROLA, AMPER y el IAM.

Por el contrario, el Consejo concluyó que no existía, en las conductas investigadas, acuerdo alguno entre empresas competidoras para la fijación del precio de la licitación o el reparto del mercado. Se trataba más bien de actuaciones que se enmarcan en la negociación y discusión en torno a los límites y obligaciones derivados del contrato de mantenimiento existente: *"La decisión final de IAM en torno al contrato finalmente licitado puede ser considerada por una autoridad de competencia como la introducción de un obstáculo a la existencia de una competencia efectiva en la futura licitación y revisada y anulada por un tribunal administrativo de contratación, pero, se trata de una actuación que resulta del ejercicio de una potestad pública. Por ello fue revisada y declarada contraria a derecho a través de un mecanismo de impugnación ante el TACP, y con ello depurada del ordenamiento jurídico por su disconformidad con la legislación de contratos del sector público."*

A mayor abundamiento, respecto a la aplicación específica de la LDC, declaró que resultaba evidente que dicha actuación *"pudo ser también impugnada por la propia Comisión en ejercicio de su facultad impugnatoria (artículo 5.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio).*

*Por tanto, se trata de una actuación que puede ser merecedora de un análisis de la autoridad de competencia desde la perspectiva de la promoción de la competencia pero que no resulta sancionable por infracción del artículo 1 de la LDC, dado que no todos los incumplimientos de la normativa de contratos de las Administraciones Públicas que*

*supongan la introducción de un obstáculo significativo a la competencia en la licitación deben ser considerados una infracción de la LDC*<sup>38 39</sup>.

Otro caso posterior, también procedente de la Comunidad de Madrid y resuelto por la CNMC es el expediente SAMAD/03/16, ESTACIONAMIENTO REGULADO AYUNTAMIENTO DE MADRID<sup>40</sup>. El órgano encargado de la defensa de la competencia en la Comunidad de Madrid proponía sancionar al Ayuntamiento de Madrid por un abuso de posición de dominio, con base en el artículo 2 de la LDC, centrándose los hechos en el mercado del estacionamiento regulado de vehículos de la capital, en el cual el Ayuntamiento ostenta las competencias para su ordenación y regulación. El abuso, en particular, consistía en que el Ayuntamiento licitaba este servicio de estacionamiento regulado junto con el de pago del estacionamiento mediante aplicación de tecnología móvil y la denunciante, EasyPark España S.L.U., alegaba que dicha decisión de licitar conjuntamente ambos servicios, producía un efecto restrictivo de la competencia y le impedía participar en el mercado de servicio de pago por aplicaciones móviles del servicio de estacionamiento regulado.

El órgano madrileño concluyó, por una parte, la posición de dominio del Ayuntamiento en el mercado, al tener la competencia legal para la prestación y ordenación de ese servicio y, de otra parte, el abuso, consistente en incluir el servicio de pago mediante aplicaciones móviles en la licitación del propio servicio de estacionamiento, con exclusión de otros competidores.

Sin embargo, el Consejo de la CNMC, en su resolución de 28 febrero de 2019, resolvió el asunto, apartándose de la propuesta del órgano instructor. En términos generales, señalaba que, aunque todas las Administraciones públicas pueden ser sujetos de las prohibiciones previstas en la LDC, para determinar la naturaleza de las actividades realizadas por la Administración y si las mismas constituían una infracción de los artículos 1, 2 y 3 de la LDC, es necesario realizar un análisis específico del caso, atendiendo a la conducta particular de la Administración y a la manera en que ésta incide en la estructura y funcionamiento de los mercados.

Pues bien, en este supuesto específico, el Consejo consideró que *"el Ayuntamiento de Madrid, en la medida en que ha descartado la prestación directa del servicio de estacionamiento regulado a través de una entidad pública, no actúa como proveedor de servicios en los mercados señalados sino como licitante de un servicio de gestión y recaudación para el cumplimiento de un servicio público cuya prestación tiene encomendada"*, por lo que el Ayuntamiento estaba actuando como "órgano de contratación" o "poder adjudicador" de una concesión de ámbito local para la gestión del estacionamiento regulado en el municipio de Madrid, por lo que no era posible apreciar la existencia de una conducta anticompetitiva del artículo 2 de la LDC en la adjudicación del contrato, quedando subordinada, en último término, dicha actuación *"al conjunto de la misión pública de gestión de servicios de interés económico que le impone la ley, de manera que las concesiones objeto del expediente no pueden constituir una conducta de*

---

<sup>38</sup> Como se ha apuntado, esta resolución fue objeto de un voto particular. El mismo, basándose en la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2016, considera, de una parte, que el IAM opera en el caso analizado como operador económico a efectos de la aplicación de la normativa de competencia y, de otra, que se cumplen los requisitos que se exigen para la aplicación del artículo 1 de la LDC. Además, defiende que el hecho de que las decisiones de contratación del IAM sean susceptibles de ser recurridas por la vía administrativa no impide que su actuación pueda también ser valorada desde la perspectiva de defensa de la competencia.

<sup>39</sup> Otros supuestos análogos, aunque sin desarrollo argumental al respecto, parece deducirse de las resoluciones de archivo del Consejo de la CNMC de 12 de noviembre de 2019, en el expte. SAMAD/04/19 PROYECCIONES CINEMATOGRAFICAS CINE DE VERANO; de 21 de noviembre de 2019, en el expte. SAMAD/05/19, TELECOMUNICACIONES; de 12 de marzo de 2020, en el expte. SAMAD/07/19, TELECOMUNICACIONES MÓSTOLES.

<sup>40</sup> Resolución del Consejo de la CNMC de 28 de febrero de 2019, expte. SAMAD/03/16, ESTACIONAMIENTO REGULADO AYUNTAMIENTO DE MADRID.

*abuso de posición de dominio, debiendo, en su caso, ser impugnadas conforme a otros criterios de legalidad cuyo examen corresponde a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”.*

En definitiva, si bien el Consejo admitió que la inclusión del servicio de pago del estacionamiento regulado por medio de aplicaciones como una de las prestaciones del contrato, podría dar lugar a una restricción injustificada de la competencia y que una solución proporcionada sería abrir la prestación del servicio de pago por App a otros posibles prestadores del servicio en igualdad de derechos y obligaciones, en todo caso, consideró que dichos obstáculos a la competencia estarían vinculados con el diseño y contenido del contrato, por lo que su solución no vendría de la aplicación de las prohibiciones de competencia, sino por la vía de la promoción de la competencia<sup>41</sup>.

#### **IV. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA CUESTIÓN**

Resulta irrefutable la incidencia de los poderes públicos sobre la actividad económica de los mercados y, por consiguiente, sobre su funcionamiento competitivo, fundamentalmente a través del poder regulatorio y de las funciones ejecutivas de planificación que tienen encomendadas sobre los mismos. Esta inevitable incidencia y, especialmente, la posibilidad de introducción de restricciones competitivas por aquellos, es reconocida por la normativa española de defensa de la competencia y sometida a ciertas condiciones desde el punto de vista de su exceptuación legal.

Así, el artículo 4 de la LDC establece que las prohibiciones contenidas en la misma no se aplicarán a las conductas que resulten de la aplicación de una ley. Por el contrario, en el segundo apartado del citado precepto se declara que dichas prohibiciones sí se aplicarán a las situaciones de restricción de competencia *“que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal”*. Además, el artículo 5.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (antiguo artículo 12.3 de la LDC de 2007), establece que la CNMC *“está legitimada para impugnar ante la jurisdicción competente los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados”*.

Por tanto, todas las restricciones a la libre competencia no materializadas en norma con rango legal y las actuaciones, públicas y privadas, en las que aquellas se materialicen, son enjuiciables por la legislación de defensa de la competencia.

---

<sup>41</sup> El voto particular del que fue objeto esta resolución, sin embargo, defendía, de manera cumulativa, los siguientes razonamientos: en primer lugar, que la capacidad de reacción de la autoridad de competencia por la vía de la promoción de la competencia no excluye la vía de la defensa. En segundo término, que el parámetro para determinar la sujeción a las prohibiciones de la LDC, no es el concepto de empresa u operador económico, sino, de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2016, la aptitud de la conducta realizada para causar “un resultado económicamente dañoso o restrictivo de la competencia en el mercado”. En tercer lugar, que un poder adjudicador, al proveerse de productos o servicios en un mercado, cumple las exigencias jurisprudenciales para ser considerado operador económico. Y, en tercer lugar, que en el supuesto analizado se había acreditado que el Ayuntamiento había actuado de manera contraria a la competencia, al no haber realizado un proceso de contratación que garantizase que los operadores puedan acceder al sistema de pago por aplicación móvil en condiciones de eficiencia y no discriminación. Además, el hecho de que el Ayuntamiento no participara en el mercado no era obstáculo para su configuración como infractor de la LDC, puesto que había llevado a cabo una conducta (redactando los pliegos y no permitiendo la entrada del denunciante en el mercado cuando lo solicitó) que carecía de amparo normativo y no solo tiene aptitud para alterar el funcionamiento eficiente del mercado, sino que resulta imprescindible para que se produzca el citado efecto, por lo que se cumplían requisitos exigidos por el Tribunal de Justicia y el Tribunal Supremo para que el Ayuntamiento pueda ser considerado facilitador.

La anterior afirmación no ofrece dudas respecto a la actuación de los operadores privados que, evidentemente, son los destinatarios naturales de las prohibiciones *antitrust*, ni respecto a las conductas de la Administración en su calidad de operador económico<sup>42</sup>. En este último sentido se han manifestado, no solamente las autoridades y tribunales españoles y comunitarios<sup>43</sup>, sino también numerosas autoridades de competencia de otros Estados miembros, como Alemania<sup>44</sup>, Francia<sup>45</sup>, Holanda<sup>46</sup> o Italia<sup>47</sup>, por citar solamente algunos de ellos.

En consecuencia, el verdadero interrogante se plantea respecto a las actuaciones públicas restrictivas de la competencia derivadas del ejercicio de sus prerrogativas públicas y a si su represión debe encauzarse vía sancionadora o vía impugnatoria.

En España, como hemos tenido ocasión de comprobar en páginas anteriores, tras la LDC de 2007, se optó por una interpretación amplia de la imputación de la Administración Pública, aun cuando actúa en el ejercicio de sus funciones públicas que, no obstante, se ha aplicado excepcionalmente a aquellos supuestos en los que la Administración ha participado activamente en un acuerdo ilícito de precios, un cártel, extralimitándose de sus atribuciones legales<sup>48</sup>.

Asimismo, hemos podido constatar también que, en los últimos años, la autoridad española ha vuelto a reafirmar el uso excepcional de esta tesis, al rechazar la aplicación de los artículos 1 y 2 de la LDC a distintos órganos administrativos en supuestos en los que estos, en el desempeño de sus funciones típicas como órganos licitantes, no habían adoptado la decisión más procompetitiva o, incluso, habían llegado a adoptar una decisión restrictiva de la competencia. Y lo ha hecho basándose, fundamentalmente, en la consideración de que, en esos casos, la actuación del órgano se enmarca en sus funciones propias como poder adjudicador, sometida a lo previsto en la legislación de contratos públicos, por lo que su revisión debe realizarse a través de los recursos administrativos y contencioso-administrativos previstos en la Ley de Contratos del Sector Público y/o

<sup>42</sup> V. al respecto F. MARCOS, "¿Puede sancionarse a las administraciones públicas cuando no actúan como operador económico si restringen la competencia o promueven conductas anticompetitivas?", en AAVV, *Nuevas tendencias en el derecho de la competencia y de la propiedad industrial*, Granada, Ed. Comares, 2017, p. 67. Del mismo autor, "Restricciones públicas de la competencia", en *Papeles de Economía Española*, núm. 145, 2015, p. 53. También, J. GUILLÉN CARAMÉS, "La impugnación por las autoridades de competencia de las actuaciones de las administraciones públicas restrictivas del derecho de la competencia", en J. GUILLÉN CARAMÉS (Coord.), *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las administraciones públicas*, Madrid, Thomson Reuters-Civitas, 2011, pp. 445-446; P. YANES YANES, "La facilitación pública del cártel", en L. VELASCO (Coord.), *Acuerdos horizontales, mercados electrónicos y otras cuestiones actuales de competencia y distribución*, Valladolid, Lex Nova, 2014, pp. 29-59; E. NAVARRO/M. RAMBAL, "La aplicación de las normas de defensa de la competencia a las Administraciones Públicas que no actúan como operadores económicos en el mercado", en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm 31, 2013, p. 25.

<sup>43</sup> Supra apdos. II y III.

<sup>44</sup> V. por ejemplo: <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Entscheidungen/Kartellverbot/2015/B1-72-12.html>.

<sup>45</sup> *Décision n° 05-D-43 du 20 juillet 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par le Conseil départemental de l'Ordre national des chirurgiens-dentistes du Puy-de-Dôme et le Conseil national de l'Ordre national des chirurgiens-dentist* y *Décision n° 09-D-07 du 12 février 2009 relative à une saisine de la société Santéclair à l'encontre de pratiques mises en œuvre sur le marché de l'assurance complémentaire santé*. disponibles en <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/liste-des-decisions-et-avis>.

<sup>46</sup> V. por ejemplo: <https://www.acm.nl/en/publications/publication/17397/Dutch-Railways-NS-abused-its-dominant-position-in-regional-tender-process>.

<sup>47</sup> V. por ejemplo: [https://www.agcm.it/dotcmsCustom/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/41256297003874BD/0/57F5A3926D9DBF00C125845C0039765C/\\$File/p27878.pdf](https://www.agcm.it/dotcmsCustom/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/41256297003874BD/0/57F5A3926D9DBF00C125845C0039765C/$File/p27878.pdf).

<sup>48</sup> No obstante, como se ha indicado anteriormente, en la resolución del Consejo de la CNC de 26 de abril de 2011, expte. S/0107/08, PLATAFORMA DEL MEJILLÓN, las labores de promoción, asesoramiento y vigilancia de los acuerdos prohibidos por parte de la Consellería do Mar de la Xunta de Galicia, no fueron incluidas en la delimitación de la infracción.

mediante un análisis por la autoridad de competencia, pero desde la perspectiva de la promoción de la competencia<sup>49</sup>.

Ahora bien, es evidente que aquella vía interpretativa excepcional defendida en los casos de PRODUCTORES DE UVA DE JEREZ y PUERTO DE VALENCIA y, particularmente, la argumentación contenida en la sentencia confirmatoria del Tribunal Supremo del primer caso citado<sup>50</sup>, ha abierto la puerta a la posibilidad de sancionar sin ningún tipo de límites a los órganos de las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus funciones propias, en virtud de las prohibiciones contenidas en la LDC<sup>51</sup>, lo cual sería, a nuestro entender, no solamente irrazonable sino también contrario al principio de legalidad, por los motivos que, a continuación, vamos a exponer.

Así, si se examinan las argumentaciones valedoras de una aplicación extensiva de las infracciones de competencia a las Administraciones Públicas, se puede deducir que las mismas se basan, principalmente, en dos fundamentos<sup>52</sup>.

En primer lugar y desde la perspectiva general del ámbito de aplicación de la normativa de competencia, sostienen que la sujeción al derecho de la competencia no estaría determinada por la naturaleza pública o privada de la entidad que lleva a cabo la práctica, sino por la capacidad de dicha conducta para incidir en el mercado y restringir la competencia. En tal sentido, la normativa de competencia tendría como objeto de prohibición las conductas realizadas en el mercado y que resulten objetivamente aptas para restringir la competencia efectiva, independientemente de la condición de operador económico del supuesto infractor.

Para ello, se parte del amplio concepto subjetivo de empresa manejado en la regulación de la competencia, delimitado más bien por el criterio objetivo de realización de una actividad económica en el mercado y, asimismo, defiende una interpretación dilatada del concepto de actividad económica, inclusiva de cualquier actividad realizada en el mercado o con efectos en el mismo. En conclusión, cualquier conducta que incida sobre el nivel de competencia en el mercado, cae dentro del ámbito de la LDC, independientemente de quien sea el autor.

En segundo lugar y desde la particular perspectiva de la imputabilidad del órgano público, se ha aducido que, en todos los supuestos analizados, la actuación pública reuniría los elementos establecidos en la jurisprudencia comunitaria para establecer su responsabilidad como facilitador, aunque no operara propiamente en el mercado afectado ni en mercados conexos, ni tuviera la condición de operador económico.

---

<sup>49</sup> En este mismo sentido, también, otras decisiones del ámbito autonómico como la resolución del Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia de la Autoridad Catalana de la Competencia (ACCO) de 30 de noviembre de 2018, expte. 97/2018, Plataforma «Dónde aparcar por minutos» (BSM); resolución de la Comisión de Defensa de la Competencia de la Comunitat Valenciana (CDC), de 13 de enero de 2020, expte. SAN 2/2018 AYUNTAMIENTO SAN JUAN DE ALICANTE; resolución de Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía (CDCA), de 25 de febrero de 2020, expte. S/03/2020 LONJA DE ISLA CRISTINA; resolución del Consejo Vasco de la Competencia de 30 de marzo de 2020, expte. LEA/AVC 337 – SAN – 2019 CEMENTERIO DE DEBA; resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón (TDCA), de 29 de mayo de 2020, expte. 04/2019/COMP ESCUELA DE ESQUÍ KAIHOPARA, entre otras.

<sup>50</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2016.

<sup>51</sup> Como ha sido argumentado, por ejemplo, en los votos particulares de las últimas resoluciones de la CNMC mencionados en las notas a pie 35, 38 y 41. También en la resolución del Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia de la ACCO de 23 de diciembre de 2019, expte. 94/2018, Licitaciones Servicio Meteorológico de Cataluña, en relación a la sanción impuesta al Sr. OPG en calidad de director del Servicio Meteorológico de Cataluña. En tal sentido, asimismo, J. COSTAS, "La sujeción de la actividad de la administración al Derecho de la competencia", A. TOBÍO (coord.), *Libro homenaje al prof. Gómez Segade*, Madrid, Marcial Pons, pp. 369-381.

<sup>52</sup> A tal efecto, v. las mencionadas resoluciones del Consejo de la CNC de 6 de octubre de 2011, expte. S/0167/09 Productores de Uva y Vinos de Jerez, fundamento de derecho duodécimo y de 27 de septiembre de 2013, expte. S/0314/10 PUERTO DE VALENCIA, fundamento de derecho noveno y la Sentencia del TS de 18 de julio de 2016, núm. rec. 2946/2013. En la doctrina, v. por todos, J. COSTAS, op. cit., pp. 370-381.

A nuestro entender, las anteriores consideraciones suponen un salto cualitativo en la interpretación del ámbito subjetivo de aplicación de las infracciones de competencia que irían en contra del fundamento y finalidad propios del derecho de la competencia, sobre las que merece la pena llamar la atención.

Así, apriorísticamente, cabe recordar que el derecho de la competencia ha tenido, desde sus orígenes, como objeto las actividades de naturaleza económica de las empresas, entendidas aquellas como las consistentes en el ofrecimiento de bienes y servicios en el mercado de que se trate, tal como ha reiterado el Tribunal de Justicia en numerosas ocasiones<sup>53</sup>. Por lo tanto, como ya señalamos al principio de estas páginas, el carácter económico de la actividad se erige como el verdadero criterio delimitador sobre el que pivota y debe pivotar el alcance de las infracciones de competencia.

Ahora bien, y aquí reside a nuestro juicio el primer desatino de esta concepción, equiparar, como parece deducirse de la comentada sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2016, el concepto de actividad económica con cualquier actuación con incidencia en el mercado<sup>54</sup> resulta no solamente simplicista, sino también completamente improcedente por las ilógicas consecuencias que de dicho planteamiento se podrían derivar, si el mismo se llevara hasta sus últimas consecuencias. Pues ello implicaría, en último término, la posibilidad de sancionar cualquier acto, disposición o decisión administrativa, incluidas las de contenido normativo inferior a la ley como los reglamentos, de cualquier orden territorial de la Administración Pública española que tuviera incidencia restrictiva en las condiciones competitivas del mercado. Ello no solamente supondría una desviación del objetivo primordial de la legislación de competencia que, como es sabido, es la supervisión de las actividades económicas de los operadores en el mercado, sino una utilización exorbitante y desproporcionada de las facultades sancionadoras otorgadas a las autoridades de competencia.

En segundo lugar, al propugnar el empleo de la figura del facilitador para sancionar a la Administración Pública, también se olvida que, en los casos comunitarios en los que esta se ha aplicado y que se citan recurrentemente, los conocidos como asuntos *Treuhand I* y *II*<sup>55</sup>, dicha forma de participación se aplicó, efectivamente, a entidades que no operaban en el mercado analizado, pero cuyas actuaciones tenían una naturaleza netamente económica, pues se trataba de dos consultoras dedicadas al asesoramiento de empresas a través de un contrato de servicios<sup>56</sup>. Por lo tanto, cuando los tribunales europeos han interpretado el alcance de las prohibiciones *antitrust* a la luz de los principios de legalidad y de responsabilidad personal, lo han extendido claramente "*a toda empresa que se comporta de forma colusoria, con independencia del sector de actividad o del mercado pertinente en los que opera*"<sup>57</sup>, es decir, a una entidad claramente económica, aunque no opere en el mercado analizado<sup>58</sup>.

Esta conclusión, por lo demás, encajaba perfectamente en el ámbito de aplicación de la prohibición *antitrust*, puesto que, según el propio Tribunal de Justicia, resultaba una interpretación *razonablemente previsible* para las partes en el momento de la comisión

<sup>53</sup> Sentencia del TJ de 1 de julio de 2010, as. C-407/08 P Knauf Gips AG c. Comisión, apdo. 64.

<sup>54</sup> Así, el fundamento de derecho cuarto de la citada sentencia: "[...] en el ámbito del derecho de la competencia opera un concepto amplio y funcional de empresa, de manera que lo relevante no es el estatus jurídico económico del sujeto que realiza la conducta, sino que su conducta haya causado o sea apta para causar un resultado económicamente dañoso o restrictivo de la competencia en el mercado."

<sup>55</sup> V. supra nota a pie de página 7.

<sup>56</sup> En tal sentido, S. SOLDEVILA, "Responsabilidad de la Administración Pública por favorecer la distorsión de la libre competencia", disponible en: <https://elderecho.com/responsabilidad-de-la-administracion-publica-por-favorecer-la-distorsion-de-la-libre-competencia>.

<sup>57</sup> Sentencia del TPI de 8 de julio de 2008, as. C-194/14 P, apdo. 145.

<sup>58</sup> En este mismo y estricto sentido, la sentencia del TS de 21 de mayo de 2020, rec. núm. 7880/2018, en relación a la participación de la entidad Textil Planas Oliveras, S.A., que no ha formaba parte del mercado principal afectado, en la infracción sancionada en el expediente S/DC/0504/14 AIO.

de la infracción<sup>59</sup>. No parece, sin embargo, que, de acuerdo con los principios anteriormente mencionados, pueda sostenerse lo mismo cuando de lo que se trata no es de aplicar el régimen sancionador de la LDC a un operador económico, sino a una Administración Pública que no está desarrollando una actividad económica, sino que actúa en el ámbito típico de sus prerrogativas públicas. A nuestro entender, en este último caso, más que *una aclaración progresiva de las reglas de la responsabilidad penal de un asunto a otro*<sup>60</sup>, se trataría, como hemos indicado, de una mutación significativa del alcance subjetivo de dichas prohibiciones, disconforme a los principios de legalidad, tipicidad y proporcionalidad de la potestad sancionadora.

En tercer lugar, la falta de oportunidad del empleo de los tipos sancionadores de la LDC para reprimir conductas administrativas, se pone de manifiesto, también, al constatar la ineficacia o ineptitud de aplicar a las mismas las consecuencias jurídicas típicas que, como elemento disuasorio, dichas infracciones llevan anudadas, principalmente, las multas y las reclamaciones de daños. Así, en los casos PRODUCTORES DE UVA DE JEREZ y PUERTO DE VALENCIA la no imposición de multa se justificó tanto en la ausencia de pronunciamientos previos como en la falta de ánimo de lucro de la AP, lo que conllevaba, además, el indeseado resultado de que la misma fuera pagada, en último término, por el erario público y, en definitiva, por el conjunto de los ciudadanos. Estas objeciones son perfectamente trasladables al ámbito de las acciones de daños por infracciones de competencia, pues resultaría difícilmente comprensible que la Administración Pública sancionada, en virtud de una demanda privada, fuera declarada responsable del pleno resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la infracción por todo el perjuicio causado, de acuerdo al principio de responsabilidad solidaria establecido en el art. 73 de la LDC.

Por último, esta lectura laxa realizada, entre otros, por el Alto Tribunal, que excluye cualquier diferencia de trato a la Administración cuando actúa como operador económico o como regulador público, no resulta consistente con la jurisprudencia del propio TS, puesta de manifiesto recientemente en materia de Colegios profesionales. En tal sentido, la sentencia de 27 de julio de 2017<sup>61</sup> distingue entre las funciones de carácter público del Colegio y la actuación de este como representante asociativo de unos profesionales y en defensa de sus intereses como tales, es decir, como operador económico, y declara abiertamente que, cuando los actos administrativos de las Administraciones Públicas o las disposiciones generales de rango inferior a la ley restrinjan la competencia, *"la declaración de ilicitud -y subsiguiente nulidad- por esta causa, como por cualquier otra reveladora de la disconformidad con el ordenamiento jurídico de los correspondientes actos administrativos o disposiciones generales, está reservada a los tribunales. Razón por la cual, como acabamos de indicar, la Comisión Nacional de la Competencia debe acudir a ellos, haciendo uso de su legitimación procesal, si quiere privar a aquellos actos o normas de la eficacia inherente a su presunción de validez."*

De este modo, el TS ha confirmado que la legitimación procesal, atribuida a la CNMC en la LDC de 2007, para impugnar ante la jurisdicción competente los actos de las Administraciones Públicas y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados, significa tanto una facultad como, paradójicamente, una *cierta carga* pues, de no impugnarlos, *"no podrá desconocer por otras vías la presunción de validez de los actos administrativos de las diferentes Administraciones Públicas (ella misma es un órgano*

<sup>59</sup> Sentencia del TJ de 22 de octubre de 2015, as. C-194/14 P, apdos. 40 a 47.

<sup>60</sup> Sentencia del TJ de 22 de octubre de 2015, cit., apdo. 41.

<sup>61</sup> Corroborada, posteriormente, por otro Auto del TS de 26 de septiembre de 2019 y, anteriormente, por la Sentencia del TS de 14 de junio de 2013.

*administrativo, no jurisdiccional) ni considerar, por su propia autoridad, disconformes a derecho las disposiciones reglamentarias”.*

Esta doctrina jurisprudencial que delimita de forma más precisa los medios de reacción de las autoridades de la competencia, atendiendo a la verdadera naturaleza pública o privada de las actividades acaecidas en el mercado, restringiendo para la actividad puramente administrativa el instrumento de la legitimación activa, no solamente es coherente con la práctica comunitaria<sup>62</sup>, sino también más proporcionada a los fines que justifican la propia normativa de competencia y, en definitiva, más ajustada al principio de legalidad que debe regir la actuación sancionadora de la CNMC. Además, frente a las argumentaciones que subrayan el limitado alcance de la legitimación activa establecida en la LDC, debemos propugnar una interpretación amplia de la misma, en consonancia con los artículos 25 y 26 Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA), que incluiría no solamente las disposiciones generales, sino también los actos que se produzcan en aplicación de las mismas y no solamente los actos expresos, sino también la propia inactividad administrativa o la actuación material constitutiva de vía hecho<sup>63</sup>. Asimismo, ello no excluiría la adopción de otras medidas disciplinarias, administrativas o incluso penales, cuando resultara procedente.

## V. CONCLUSIONES

A lo largo de las páginas precedentes hemos tratado de exponer la controversia existente en torno al alcance subjetivo de las infracciones de competencia. A diferencia de lo ocurrido en la mayor parte de Europa, este debate ha sido especialmente vehemente en España, de manera específica respecto a la consideración de la Administración Pública como infractora de las normas de competencia puesto que, con la CNC y la LDC de 2007, se inauguró una nueva interpretación que abogaba por la aplicación de las prohibiciones *antitrust* a la Administración en los casos en los que, actuando en el ámbito de sus atribuciones públicas, se extralimitaba, haciendo un uso inadecuado de las mismas.

Posteriormente, la validación de dichos pronunciamientos por el Tribunal Supremo ha favorecido una clara tendencia extensiva del alcance subjetivo de las infracciones de competencia, que incluiría bajo su ámbito de aplicación, cualquier actuación administrativa con incidencia en el mercado, lo que, a nuestro juicio, no solamente carece de fundamento legal y jurisprudencial, sino que es contrario al principio de proporcionalidad de la potestad sancionadora otorgada a la autoridad de competencia. En tal sentido, resulta positiva la posterior delimitación realizada por la CNMC en pronunciamientos recientes, relativos al ámbito de la contratación pública, en los que, a pesar de las voces discordantes, la decisión colegiada de la autoridad española de competencia aboga por la utilización de los mecanismos de promoción de la competencia en aquellos supuestos en los que la Administración Pública, actuando en el ámbito típico de sus prerrogativas públicas, produce un efecto restrictivo de la competencia.

No obstante, considerando también los heterogéneos pronunciamientos de nuestro Tribunal Supremo sobre la cuestión aquí planteada, sería deseable que el Alto Tribunal

---

<sup>62</sup> No solamente, como hemos visto, con la práctica de la CE, sino también de la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea (UE), que no aplican sus normativas de competencia a las Administraciones Públicas en ejercicio de sus funciones públicas, a excepción de aquellos países que han adoptado expresamente determinadas previsiones legales con la finalidad de asegurar que los órganos públicos no adopten medidas regulatorias o administrativas que vayan contra la competencia leal e igualdad de oportunidades de todas las empresas en el mercado como Lituania, Polonia o Rumanía.

<sup>63</sup> A. GONZÁLEZ-PANIZO TAMARGO, “Legitimación activa de la CNC para el ejercicio de las acciones jurisdiccionales: objeto, motivos de impugnación y pretensiones ejercitables”, en *Anuario de la Competencia*, 2009, pp. 121-125.

clarificara y unificara su propia doctrina, reconduciendo la exorbitante interpretación mantenida en la sentencia del 18 de julio 2016, con motivo de la responsabilidad de la CAP de la Junta de Andalucía, a una argumentación más consistente como la defendida en su sentencia 27 de julio de 2017 en referencia a los colegios profesionales y más coherente con la práctica decisoria de la UE o que, incluso, llegado el caso, en el ámbito de aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE, el Tribunal de Justicia se manifestara a través de la correspondiente cuestión prejudicial.

