

¿Puede sancionarse a las Administraciones Públicas cuando no actúan como operador económico si restringen la competencia o promueven conductas anticompetitivas?

Francisco Marcos Fernández

Professor of Law
IE Law School

Abstract¹

En ocasiones las conductas anticompetitivas de los operadores en el mercado vienen precedidas o acompañadas de intervenciones de los poderes públicos que las incitan, promueven o patrocinan. En otros casos las restricciones de la competencia se derivan directamente de una actuación administrativa sin amparo legal que distorsiona el funcionamiento de los mercados. La praxis de las autoridades de defensa de la competencia en España en los últimos años ofrece varios ejemplos de algunos supuestos de este tipo, que tampoco son insólitos en otras jurisdicciones. Este trabajo pasa revista a la reciente casuística española y analiza críticamente el tratamiento otorgado a estas intervenciones de las Administraciones Públicas por las autoridades de competencia españolas.

Occasionally firms' anticompetitive conducts have been preceded or coupled with public powers actions that incentivize, promote or sponsor them. In other cases competition restraints distorting market functioning come directly from administrative action without legal coverage. Recent decisions of Spanish Competition Authorities offer several examples of some of these situations, which are neither unknown in other jurisdictions. This paper reviews them and critically assesses the treatment given by Spanish Competition Authorities to public powers interventions.

Palabras clave: España, EU, Restricciones públicas a la Competencia, Comisión Nacional de la Competencia (CNC) Poderes públicos Administración pública, Prácticas administrativas anticompetitivas, Normas anticompetitivas, Autoridades autonómicas de defensa de la Competencia, Terminación convencional.

Title: Can the Public Administration be sanctioned by Competition Authorities when they do not conduct economic activities but they restrain competition or promote anticompetitive conducts?

Keywords: Spain, EU, Public restraints to competition, Public Administration, Public Powers, Abuse of administrative powers, Anti-competitive regulation, National Competition Commission (NCC), Regional Competition Authorities, Commitments decision.

¹ Algunas partes de este trabajo se han presentado en el V Convegno Antitrust di Trento (17 de Abril de 2015), 20º Congreso Anual de ALACDE (Santiago de Chile, 11 de Junio de 2016), 33º Congreso de EALE (Bolonia, 16 de Septiembre de 2016), Congreso de Nuevas Tendencias en el Derecho de la Competencia y Propiedad Industrial (en Memoria del prof. Fernández-Novoa) celebrado en la Universidad de Vigo el 25 de Octubre de 2016 y en un [Seminario de FIDE](#) (Madrid, 21 de Noviembre de 2016). Se agradecen los comentarios y las sugerencias recibidos en esas presentaciones y los de dos revisores anónimos. Actualizado a 15 de Abril de 2017.

Sumario

1. Introducción
2. Las conductas anticompetitivas causadas o promovidas por los poderes públicos
3. La extensión de las prohibiciones de prácticas anticompetitivas a los poderes públicos
 - 2.1. El principio de legalidad de las sanciones administrativas por infracciones del Derecho de la competencia y las actuaciones de las Administraciones públicas
 - 2.1.1. El ámbito de aplicación de las prohibiciones de conductas anticompetitivas
 - 2.1.2. El sometimiento de las Administraciones públicas a la legislación de defensa de la competencia
 - 2.2. La imputabilidad de la Administración pública como facilitador de la conducta prohibida por la legislación de defensa de la competencia
3. La terminación convencional como vía indirecta de afrontar estas restricciones
 - 3.1. La resolución del TCDC de la ACCO de 30 de septiembre de 2010 (13/2009 Ayuntamiento de Solsona)
 - 3.2. La resolución del Consejo de la AVC de 4 de Septiembre de 2014 (10/2012 Servicios Farmacéuticos Residencias 2)
 - 3.3. Los convenios interadministrativos que eliminan las restricciones públicas a la competencia
4. Conclusiones
5. Tabla de jurisprudencia citada
6. Bibliografía

1. Introducción

Es conocida la admonición de Adam Smith sobre el peligro que suponen las reuniones entre empresarios que fácilmente pueden llevar a comportamientos anticompetitivos. Lo es menos que, a renglón seguido, Adam Smith concluye advirtiendo de la conveniencia de que los poderes públicos no faciliten esas congregaciones.² Sea como fuere, en la actualidad no es infrecuente que la necesaria interacción de los poderes públicos y las empresas pueda conducir a situaciones de las que después resulte la realización de conductas anticompetitivas prohibidas. En algunos casos la restricción de la competencia se deriva directamente de una actuación administrativa, mientras que en otros los poderes públicos instan o promueven la comisión de una infracción por parte de los agentes económicos en el mercado.³ La legislación de defensa de la competencia proporciona un cauce a través del cual se permite que las restricciones de la competencia de origen o influencia público sean legítimas si se cumplen determinadas condiciones, vinculadas a la consecución de otros objetivos de interés general y la cobertura de una norma de rango legal.⁴ Por tanto, algunas de estas restricciones de la competencia no están prohibidas porque están permitidas por otras normas del Ordenamiento jurídico.

Al margen de posibles exenciones, más o menos amplias, contenidas en normas de aplicación general (leyes o reglamentos que las desarrollen) puede ocurrir que la actuación de los poderes públicos favorezca o promueva indebidamente la realización de conductas anticompetitivas, porque no exista ningún amparo o cobertura legal que las legitime. En tales casos, a pesar del patrocinio o apoyo públicos, la prohibición de esas conductas por la legislación de defensa de la competencia no ofrece dudas.⁵ De hecho la LDC prevé expresamente su aplicación también a la actuación pública restrictiva de la competencia.⁶ La mera intervención o refuerzo públicos no proporcionará protección a la conducta de las

² SMITH (1999, 125): “Rara vez suelen juntarse gentes ocupadas en la misma profesión u oficio, aunque sólo sea para distraerse o divertirse, sin que la conversación gire en torno a alguna conspiración contra el público o alguna maquinación para elevar los precios. En rigor, es imposible impedir esas reuniones por medio de una ley viable, o que sea compatible con la libertad y la justicia. Pero si la ley no puede impedir que las gentes de la misma profesión se reúnan algunas veces, por lo menos no debe hacer nada para facilitarlas, y, mucho menos para convertirlas en necesarias” (subrayado añadido).

³ Al referirse a la confusión de la distinción público/privado en el mercado por las diversas formas de intervención del Estado alude a este fenómeno POIARES (2010: 279): “it becomes increasingly difficult to distinguish between private and public participations in the market”.

⁴ En aquellos casos en los que el comercio entre los Estados miembros de la UE no se vea afectado, el artículo 4 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC, [BOE 159 de 4 de julio de 2007](#)) establece que las prohibiciones de conductas anticompetitivas “no se aplicarán a las conductas que resulten de la aplicación de una ley”. Sobre este precepto, permítase la referencia a MARCOS (2015A).

⁵ Véase MARCOS (2015A: 373).

⁶ Así puede extraerse del artículo 4.2 de la LDC que establece que las prohibiciones de conductas anticompetitivas “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”.

empresas (aunque frecuentemente éstas alegarán su falta de culpabilidad y la confianza legítima en la administración como defensa de su conducta), que pueden ser sancionadas por las autoridades de la competencia.

Sin embargo, se suscita la duda razonable sobre cuál deba ser la eventual reacción del Derecho de defensa de la competencia frente a esas intervenciones públicas que inducen a la realización de la conducta prohibida.⁷ Últimamente, las autoridades españolas de defensa de la competencia se han enfrentado en varias ocasiones a este dilema, extendiendo la aplicación de las prohibiciones *antitrust* a los poderes públicos (*infra* §§1 y 2). Esta solución ha sido ratificada por el Tribunal Supremo en una sentencia de 18 de julio de 2016.⁸

Este trabajo revisa críticamente las decisiones adoptadas por la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante CNC) y su fundamentación para concluir que la solución adoptada no es correcta: Extender la aplicación del Derecho de defensa de la competencia a los poderes públicos cuando éstos no actúan o intervienen en el mercado, aunque ejerzan de manera desviada sus prerrogativas y potestades públicas, es erróneo tanto si se analiza en el plano del Derecho español como si se analiza en el plano del Derecho de la Unión Europea (UE).

De otro lado, desde una perspectiva distinta, pero relacionada con la situación anterior, algunas autoridades autonómicas de defensa de la competencia, lideradas por la Autoridad Catalana de Competencia (en adelante ACCO) y por la Autoridad Vasca de la Competencia (en adelante AVC) han recurrido a la terminación convencional como manera de “forzar” a los poderes públicos a eliminar las restricciones de la competencia emanadas del ejercicio de prerrogativas y potestades públicas (*infra* §3). La solución autonómica es sugerente y audaz, aunque exige una notable dosis de voluntarismo y de buena fe de los poderes públicos, que no siempre existirá. Adicionalmente, el valor y la eficacia de esos atípicos acuerdos de terminación convencional en caso de su incumplimiento puede ser discutible, lo que en el fondo haría regresar a las autoridades de competencia al dilema de decidir si

⁷ Ampliamente, véase FOX & HEALEY (2014).

⁸ STS de 18 de Julio de 2016 (MP:E Calvo [ES:TS:2016:3525](#)). Recientemente, la Audiencia Nacional ha seguido esta sentencia en su SAN de Febrero de 2017 (MP:BM^a Santillán [ES:AN:2017:418](#)) para confirmar la sanción a la Autoridad Portuaria de Barcelona (véase FD4^o), confirmando a RCNC de 10 de enero de 2013 (S/0293/10 Transcont, ponente P Sánchez), aunque la sentencia cuenta con un voto particular del magistrado S Soldevilla. La argumentación seguida para sancionar a la Autoridad Portuaria de Barcelona en esos pronunciamientos contrasta con la que se siguió para sancionar con idéntica multa a la Autoridad Portuaria de Valencia en la RCNC de 27 de septiembre de 2013 (Puerto valencia, S/0314/10 ponente M^a J González), pues ésta última decía expresamente 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” (FD^o8.10). La condena a la APV fue anulada por una caducidad, incorrectamente apreciada por la SAN de 25 de Enero de 2016 (MP:AI Resa) [ES:AN:2016:205](#), véase MARCOS (2016B). Las inexplicables limitaciones del recurso de casación por unificación de doctrina han impedido que el Tribunal Supremo corrija el pronunciamiento de la Audiencia, véase STS de 16 de Diciembre de 2016 (MP:AR Arozamena) [ES:TS:2016:5513](#).

consideran infracción de la LDC las actuaciones de los poderes públicos cuando no ejercen actividades económicas.

Aunque queda fuera de este trabajo, el remedio frente a las intervenciones públicas que apoyan o promueven la realización de conductas anticompetitivas prohibidas debe más bien buscarse *fuera* del Derecho de defensa de la competencia. Preferiblemente, la lucha contra esas actuaciones públicas se hallará en la normativa general rectora de la actuación administrativa y, eventualmente, en la normativa disciplinaria y penal aplicable a los cargos y funcionarios públicos⁹.

2. Las conductas anticompetitivas causadas o promovidas por los poderes públicos

En el marco de dos expedientes sancionadores de conductas prohibidas por la legislación de defensa de la competencia, la CNC encontró que, sin amparo legal posible, los poderes públicos habrían apoyado y colaborado activamente para la realización de tales conductas por los operadores privados. En ambos casos la CNC imputó y condenó a la Administración como cómplice o facilitador de las conductas anticompetitivas, refiriéndose a la figura del “facilitador del cártel” que la Comisión Europea ha empleado con las empresas en algún caso.¹⁰

En el primer caso, con ocasión del análisis del cartel de los productores de uva y vino de Jerez en 2011, en el que los productores de uva y mosto, los transformadores, los bodegueros y el Consejo Regulador de las Denominaciones de Origen Jerez-Xérès-Sherry, Manzanilla de Sanlúcar de Barrameda y Vinagre de Jerez habían fijado los precios de la uva y del mosto destinados a la elaboración de productos de las D.O. de Jerez y Manzanilla durante casi de dos décadas, la CNC encontró evidencia de que la Consejería de Agricultura y Pesca (CAP) de la Junta de Andalucía había participado activamente en la conducta prohibida. Así ocurrió mediante su implicación como “árbitro” en el Plan Estratégico 2002-2006, encargándose de exigir el cumplimiento de los acuerdos de fijación de precios de la uva y mosto de Jerez (que variaban en función de si eran o no calificados, o si se destinaban a vinagre).¹¹ Por ello, la CNC declaró que la CAP había infringido la

⁹ Esas y otras alternativas se examinan, dentro de un análisis del contexto que intenta explicar la actuación pública irregular en MARCOS (2017A). También FOX & HEALEY (2014: 808) ofrecen también razones varias contra la aplicación del Derecho de la competencia a este tipo de prácticas, incluyendo la existencia de otros instrumentos más plausibles para combatirlas.

¹⁰ Véanse las sanciones a la consultora suiza Treuhand AG como facilitadora en las decisiones de 10 de diciembre de 2003 ([COMP/E-2/37.857 Peróxidos Orgánicos](#)) y de 11 de noviembre de 2009 ([COMP/38589 Termo-estabilizadores](#)). A esta cuestión nos referimos con detalle y críticamente en MARCOS (2016A). Véase también §IV del voto particular de Soldevilla a la SAN 6 de Febrero de 2017 ([ES:AN:2017:418](#)).

¹¹ HP57 de la RCNC de 6 de octubre de 2011 (Productores de uva y vino de Jerez S/0167/09 ponente M^ºJ González).

legislación de defensa de la competencia, aunque no le impuso ninguna sanción.¹² La Audiencia Nacional anuló la condena a la CAP,¹³ pero el Tribunal Supremo casó la sentencia de la Audiencia Nacional en la mencionada sentencia de 18 de junio de 2016, confirmando el pronunciamiento previo de la CNC.

En el segundo caso, al investigar las conductas de los distintos operadores en el mercado de transportes por carretera de contenedores con destino u origen en el Puerto de Valencia, la CNC también halló pruebas de la participación activa de la Consellería de Infraestructura y Transportes (CIT) de la Comunidad Valencia en los acuerdos de fijación de precios y de reparto de mercado entre 1998 y 2011 prohibidos por la legislación de defensa de la competencia,¹⁴ tampoco en este caso impuso sanción alguna.

Aunque a primera vista pueda parecer semejante a los anteriores, es distinto el supuesto resuelto en 2014 por el Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia (en adelante TCDC) de la ACCO por las prácticas anticompetitivas en el mercado de servicios funerarios en L'Hospitalet de Llobregat (y sus zonas de influencia) entre 2008 hasta 2013.¹⁵ En este caso, la intervención del Ayuntamiento de L'Hospitalet de Llobregat fue decisiva para obstaculización de la competencia en el traslado de difuntos desde los hospitales Duran i Reinalts (HDR), Universitario de Bellvitge (HUB) y General de L'Hospitalet (HGH) permitiendo que Serveis Funeraris de l'Hospitalet i Baix Llobregat, S.L. (SFH) (que era la

¹² FD12º de la RCNC de 6 de octubre de 2011. La referencia a “legislación de defensa de la competencia” a lo largo de este trabajo comprende tanto la LDC como las disposiciones del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE) en materia de competencia destinadas a las empresas (arts. 101 y 102) ([DOUEC 202 de 7 de Junio de 2016](#)).

¹³ SAN de 16 de Julio de 2013 (MP: L Acín [ES:AN:2013:3472](#)). Cuentan esta historia hasta esta sentencia FOX & HEALEY (2014: 805, nota 137).

¹⁴ “mediante su actuación, la Consellería no sólo ha consentido y amparado una conducta anticompetitiva de fijación de precios, excediendo con creces las competencias que tiene atribuidas sobre el sector, sino que además, ha velado por su correcta aplicación. La Consellería ha desempeñado un papel activo en la organización y vigilancia de la adecuada ejecución de un acuerdo de fijación de precios, contribuyendo considerablemente a su mantenimiento en vigor y, por tanto, a restringir grave y prolongadamente la competencia en el mercado” [FD9º de la RCNC de 27 de septiembre de 2013, Puerto de Valencia S/0314/10, ponente Mª J González].

¹⁵ Y como tal se considera –erróneamente, por tanto- en MARCOS (2015A: 382). En cambio, los ve parecidos ORTEGA (2017) [que asemeja también el supuesto al decidido por la RCDC de Andalucía de 18 de junio de 2014 ([S/12/2014 Inspección Técnica de Edificios de Granada](#), ponente I Muñoz) sobre la firma de convenios para la elaboración de la Inspección Técnica de Edificios contrario a la LDC por el Ayuntamiento de Granada con el Colegio Oficial de Arquitectos de Granada y el Colegio Oficial de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de Granada (en la que, el CDC andaluz refiriéndose inter alia a las RRCNC de 7 de mayo de 2008, 632/2007 Feriantes Ayuntamiento de Peralta (ponente J Costas); de 28 de diciembre de 2011, SANC 235/10 Convenios FEMP/Consejos Generales de Colegios Profesionales (ponente Mª J González) y de 16 de Noviembre de 2012, 05/2011 Convenio Ayuntamientos/Colegio de Arquitectos (ponente I Gutiérrez) y a la RTGDC de 14 de Diciembre de 2006, [A 2/2006 Inspección Técnica de Edificaciones II](#) (ponente F Varela) considera –sin ninguna explicación adicional- que “para este Consejo y tal y como sostiene el DI, el Ayuntamiento cuando firma el Convenio junto a los dos Colegios Profesionales, está actuando como operador económico, quedando por tanto este acuerdo plenamente sometido a la aplicación de los artículos 1, 2 y 3 de la LDC.”]

adjudicataria de la concesión administrativa de los servicios funerarios en el municipio desde 1987) acaparase el mercado.¹⁶ Al margen de la evidencia de acuerdos y de concertación de esta empresa con los referidos hospitales, la conducta municipal mediante la realización de comunicaciones e indicaciones relativas a cuál era la empresa autorizada para realizar los traslados sería –para el TCDC de la ACCO– una recomendación prohibida por el art. 1.1 de la LDC, que sancionó con multa de 500.000€.

En principio, la comunicación por parte del Ayuntamiento de qué empresas pueden realizar traslados funerarios en el municipio no convierte al Ayuntamiento en operador económico en el mercado. Es cierto que no existe una potestad municipal directa y expresamente prevista al respecto, pero el Ayuntamiento tiene potestades de policía (acceso/control) para las actividades económicas que se desarrollan en el municipio, y en el desarrollo –correcto o no– de esas potestades puede incidir en las condiciones de competencia en el mercado.¹⁷ No obstante, el que la actuación municipal tenga implicaciones en la competencia tampoco la convierte necesariamente en una conducta sujeta a la LDC.¹⁸ Eventualmente, la circunstancia que sí hace que deba considerarse al Ayuntamiento en operador de mercado es que SFH fuera la concesionaria administrativa del servicio municipal funerario, y el hecho de que el Ayuntamiento tuviera efectivamente interés en el éxito empresarial de esa compañía, lo que le permitiría incrementar las

¹⁶ Véase RTCDC de la ACCO de 25 de noviembre de 2014 ([Servicios Funerarios del Llobregat 40/2011](#) ponente AM^a Matas).

¹⁷ El supuesto es parecido, en parte, al resuelto por la RCNC de 20 de Septiembre de 2010 (Ayuntamiento de Calviá S/0236/1, ponente P Sánchez) sobre las actuaciones del Ayuntamiento de Calviá respecto de los servicios de prevención y eliminación de la procesionaria de pino, en el que concluyó (FD2^o): “el Ayuntamiento no está actuando como un operador económico, por lo que su conducta no es por tanto enjuiciable bajo el artículo 1 o 2 de la LDC, no se puede pasar por alto que su actuación ha podido favorecer a un operador privado frente a sus propios competidores” [la conducta consistía en que “desde un espacio público, como es la web de un Ayuntamiento, una entidad pública, como es el Ayuntamiento, está favoreciendo a un operador privado frente al resto de sus competidores, y no sólo publicitando exclusivamente los servicios de este operador y no de los demás, sino incentivándolos, bajo la insinuación de menores precios (“precios de bajo coste”) y mayor calidad (“supervisión por los técnicos del Ayuntamiento”), por no hablar de la sutil advertencia que de contratar con terceros el Ayuntamiento no supervisará los servicios”].

¹⁸ A pesar de que el TCDC diga lo contrario “En opinión del TCDC de la ACCO, no hay ninguna duda de que las respuestas del Ayuntamiento a los dos hospitales se tienen que considerar como una actuación efectuada en desarrollo de una actividad económica en el mercado de referencia y en ningún caso se podría considerar que se trata de una potestad de naturaleza pública. Eso es así porque, primero, la actuación discutida no se encuentra tipificada como una función pública de la Administración Local en el ámbito de los servicios funerarios. Adicionalmente, su actuación tiene una implicación muy clara en términos de competencia en el mercado, en la medida en que favorece su cierre para el resto de operadores” y sigue “Así, las comunicaciones del Ayuntamiento, en vez de aclarar que los cambios en la legislación abrían el mercado de traslado de cadáveres a las empresas autorizadas por otros ayuntamientos, ponían el énfasis en el hecho de que la única empresa autorizada para hacerlo era SFH y, de esta manera, contribuían a que SFH siguiera siendo el único operador en el mercado. Adicionalmente, el hecho de que los ayuntamientos sean las administraciones competentes en materia de servicios funerarios puede haber reforzado el efecto sobre la competencia en el mercado” (FD7^o).

cantidades recibidas en concepto de canon (12%) por los servicios funerarios que hiciera esa compañía.¹⁹

De manera indirecta, por tanto, el Ayuntamiento estaría actuando como operador de mercado (beneficiando a su concesionaria) y, por ende, estaría sujeto a la disciplina de la legislación de la competencia.²⁰

3. La extensión de las prohibiciones de prácticas anticompetitivas a los poderes públicos

En las dos resoluciones de la CNC reseñadas en el apartado anterior, la CNC estimó que, a pesar de que los poderes públicos no actuaban como operadores en el mercado, sino en un ejercicio desviado de sus prerrogativas y de las funciones públicas que tenían encomendadas, procedía aplicarles las prohibiciones de conductas anticompetitivas establecidas en la legislación de defensa de la competencia.

Los fundamentos de la decisión de la CNC se pueden agrupar en dos grandes bloques, que pasamos a examinar críticamente a continuación: el principio de legalidad de las sanciones administrativas por infracciones del Derecho de la competencia y las actuaciones de las administraciones públicas (*infra* §2.1) y la imputabilidad de la administración pública como facilitador o promotor de la conducta anticompetitiva (*infra* §2.2).

2.1. El principio de legalidad de las sanciones administrativas por infracciones del Derecho de la competencia y las actuaciones de las Administraciones públicas

Para que la conducta de las Administraciones autonómicas en los expedientes de referencia sea punible debe incurrir en el tipo de conducta ilícita prohibida por la norma

¹⁹ El supuesto es muy parecido (aunque sin mediar concesionaria municipal) al que sobre la conducta del Ayuntamiento de Palma de Mallorca resolvió la STS (MP:M Campos) de 14 de Junio de 2013 [ES:TS:2013:3139](#) (confirmando la RCNC de 3 de Marzo de 2009, 650/08 Funerarias Baleares, ponente E Conde): “La actuación del Ayuntamiento de Palma de Mallorca objeto de litigio, a la que inmediatamente nos referiremos, 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. Lo cual determina, en suma, que su conducta lo fuera a título de agente u operador en el mercado, agente que en este caso se prevalía de su condición privilegiada para limitar la competencia” (FD8^a).

²⁰ El TCDC concluye que se trataría de una “recomendación consistente en el envío de misivas al HUB y al HGH con indicaciones relativas a cuál era la empresa autorizada para realizar los traslados, actuación derivada de los acuerdos económicos concertados entre el Ayuntamiento de L’Hospitalet y SFH”, lo que tiene un encaje difícil en el tipo de ilícito previsto en el art. 1.1 de la LDC que lo que prohíbe son las recomendaciones colectivas. La alusión a los acuerdos económicos concertados entre el Ayuntamiento de L’Hospitalet y SFH quizás pudiera permitir otro encaje en la prohibición de conductas plurilaterales del art. 1.1 de LDC, pero la resolución del TCDC es parca al respecto.

sancionadora.²¹ En primer lugar, ha de determinarse el ámbito de aplicación de las prohibiciones de conductas anticompetitivas en la legislación de defensa de la competencia (*infra* §2.1.1). A continuación procederá examinar en qué medida las conductas de las Administraciones Públicas se hallen sometidas a esa legislación (*infra* §2.1.2).

2.1.1. El ámbito de aplicación de las prohibiciones de conductas anticompetitivas

La prohibiciones de conductas anticompetitivas establecidas por la legislación de defensa de la competencia están dirigidas a cualesquiera operadores económicos que participen en cárteles, otros acuerdos anticompetitivos o en cualquier otra forma de colusión o coordinación que restrinja o distorsione la competencia.²² En el caso de las conductas unilaterales, la prohibición de abuso de posición dominante la prohibición también se formula dirigiéndola a cualquier sujeto que realice una actividad económica en el mercado. En efecto, cualquier operador lo haga, independientemente de su forma o naturaleza jurídica, de si tiene o no ánimo de lucro, de si tiene naturaleza pública o privada, está sometidos a la legislación de defensa de la competencia.²³

Lo anterior constituye una doctrina consolidada dentro del Derecho español y de la UE de defensa de la competencia y que, respecto de los poderes públicos, se manifiesta en que es indubitado que cuando la Administración pública actúa como un agente económico en el mercado está sujeta a las prohibiciones de prácticas anticompetitivas establecidas en la legislación de defensa de la competencia. Como una extensión natural de lo anterior, y en la medida que la Administración puede actuar en ejercicio de prerrogativas públicas (*ius imperii*) o inspirado en el principio de solidaridad para la satisfacción de fines sociales, pero

²¹ En general, sobre el principio de legalidad de las infracciones y sanciones administrativas, véase artículo 27.2. de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP, [BOE 236 de 2 de octubre de 2015](#)): “Únicamente por la comisión de infracciones administrativas podrán imponerse sanciones que, en todo caso, estarán delimitadas por la Ley” [idéntico al derogado artículo 129.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LPC, [BOE 285 de 27 de noviembre de 1992](#))] y REBOLLO (2015).

²² En los casos aquí referidos, que atañen a la prohibición de cárteles y otras conductas plurilaterales prohibidas por la legislación de defensa de la competencia, la aplicación de la prohibición no se limita a aquéllos casos en los que se trate de operadores rivales en un mismo mercado, pudiendo tratarse de sujetos que compitan en mercados conexos o en diferentes niveles de la cadena de producción y/o distribución en el mercado. Como es sabido, el tenor del artículo 1.1 de la LDC (“Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional” es ligeramente más amplio del 101.1 TFUE (“quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior”).

²³ Conviene matizar la aparente seguridad y certeza que este parámetro proporciona [BERNARD (2009)] y la conveniencia acaso de una reconstrucción del mismo a partir de criterios estrictamente técnicos y funcionales, menos políticos [IBRAHIM (2015)].

también como desarrollar actividades económicas como operador de mercado más (*ius gestionis*), el ámbito de aplicación de las prohibiciones se ciñe exclusivamente a este último ámbito.²⁴

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) ha deslindado las actividades económicas de las que no lo son, generalmente porque consisten en el ejercicio de potestades públicas²⁵ o porque busquen exclusivamente la satisfacción de intereses sociales basadas en el principio de solidaridad,²⁶ en varios de sus pronunciamientos. Independientemente de la naturaleza privada o pública del sujeto,²⁷ se debe atender a las concretas actividades que realiza, y cuando desarrolla actividades de económicas y otras que no lo son, resultará preciso separar y deslindar unas de otras.²⁸ De tal modo, que se considerarán económicas las actividades de oferta de bienes y servicios en el mercado, siempre y cuando no se encuentren inseparablemente asociadas o conectadas a las que no lo son.²⁹ El corolario lógico de este análisis es la aplicación de las prohibiciones de

²⁴ Véase GERARDIN & ELHAUGE (2011: 67): “A public entity that confines itself to the exercise of noneconomic activities (...) does not fall within the scope of EU competition law” (cita omitida).

²⁵ Véase FRENZ (2016: 226) (“sovereign action is generally viewed as falling outside of the scope of competition rules”). Véanse ¶¶22-23 de STJUE de 18 de Marzo de 1997, Diego Cali & Figli C-343/94 (MP:JG Kapteyn) [EU:C:1997:160](#); ¶30 de STJUE de 19 de Enero de 1994, SAT Fluggesellschaft C-364/92 (MP:F Grévisse) [EU:C:1994:7](#); ¶¶71-72,76 y 91 de STJUE de 26 de Marzo de 2009, Selex Sistemi Integrati Spa c. Comisión, C-113/07P (MP:P Curis) [EU:C:2009:191](#); ¶40 STJUE de 12 de Julio de 2012, Compass Datenbank GmbH v. Austria C-138/11 (MP:K Lenaerts) [EU:C:2012:449](#) y ¶24 de STJUE de 1 de Julio de 2008, Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID c. Elliniko Dimosio C-49/07 (MP: J Klučka) [EU:C:2008:376](#).

²⁶ Véanse ¶¶18 a 20 de la STJUE de 17 de Febrero de 1993, Poucet y Pistre C-159/91 y C-160/91 (MP:JC Mointinho de Almeida) [EU:C:1993:63](#); ¶45 de la STJUE de 22 de Enero de 2002, Cital di Battistello Venanzio & C. Sas c INAIL C-218/00 (MP: M Wathelet) [EU:C:2002:36](#) y ¶¶47 y 48 de la STJUE de 26 de Marzo de 2004, AOK Bundesverband et al. C-264/01, C-306/01, C-354/01 y C-355/01 (MP:S Von Bahr) [EU:C:2004:150](#).

²⁷ De modo que, “por sí solo, el hecho de que una entidad disponga de prerrogativas de poder público para el ejercicio de una parte de sus actividades no impide calificarla de empresa” (¶74 de STJUE de 24 de Octubre de 1992, Aéroports de Paris c. Comisión C-82/01P (MP:JN Cunha Rodrigues) [EU:C:2002:617](#)).

²⁸ Véanse ¶75 de STJUE de 24 de Octubre de 1992 Aéroports de Paris C-82/01P [EU:C:2002:617](#); ¶¶25-26 de STJUE de 1 de julio de 2008 Motosykletistiki Omospondia C-49/07 [EU:C:2008:376](#) y ¶37 STJUE de 12 de Julio de 2012 Compass Datenbank C-138/11 [EU:C:2012:449](#).

²⁹ Y para ello se ha de atender a la conexión de la actividad examinada (su naturaleza, sus objetivos y su régimen jurídico) con las finalidades no económicas pretendidas. Lo que, por ejemplo, no ocurría con ADP respecto de las actividades aeroportuarias de los agentes asistencia en tierra en STJUE de 24 de Octubre de 1992 Aéroports de Paris C-82/01P [EU:C:2002:617](#) (¶¶81-82), pero sí con el cobro de las tarifas por ruta en el marco de las actividades de policía y control del espacio aéreo por Eurocontrol (¶28 de STJUE de 19 de enero de 1994 C-364/92 SAT Fluggesellschaft [EU:C:1994:7](#)) o a la asistencia por Eurocontrol a las autoridades nacionales para la adquisición de sistemas y equipos de gestión del tráfico aéreo en STJUE de 26 de Marzo de 2009 Selex C-113/07P [EU:C:2009:191](#) (¶¶77 a 79 y 92); y también con la compra de medicamentos para la prestación sanitaria del SNS para la STJUE de 11 de Julio 2006 (Pleno) Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) c. Comisión C-205/03P (MP: S Von Bahr) [EU:C:2006:453](#) ((¶¶26 y 27). Véanse también ¶41 STJUE de 12 de Julio de 2012 Compass Datenbank GmbH

conductas anticompetitivas a los poderes públicos cuando ejerciten una actividad económica en el mercado.

Junto a la actuación en el mercado, la existencia de infracción exige lógicamente acreditar la realización de las conductas prescritas en el tipo de las prohibiciones anticompetitivas establecidas en la Ley.³⁰ Así, de acuerdo con el artículo 61.1 de la LDC “*serán sujetos infractores las personas físicas y jurídicas que realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en esta Ley*”.

En suma, vulneran las prohibiciones de prácticas anticompetitivas establecidas en la legislación de defensa de la competencia los sujetos que desarrollen una actividad económica en el mercado y que realicen la conducta típica prohibida por la norma. No existirá infracción si el sujeto no desarrolla actividad económica en el mercado o si no realiza alguna de las conductas específicamente tipificadas como prohibidas.³¹

2.1.2. El sometimiento de las Administraciones públicas a la legislación de defensa de la competencia

Los poderes públicos están sometidos a la prohibición de conductas anticompetitivas cuando intervienen como operadores en el mercado. Se trata del corolario necesario de lo afirmado en el apartado anterior y, en última instancia, puede extraerse también de nuestro texto constitucional. En efecto, la Constitución permite la actividad económica de los poderes públicos (artículo 128.1), pero cuando la Administración pública participa en transacciones en el mercado, lo hace sometido a la legislación de defensa de la competencia.

En otro plano distinto, puede extraerse del mandato constitucional –lógico en un Estado de derecho (artículos 1.1 y 10 de la Constitución)- de sometimiento de los poderes públicos a la Ley (contenido en el artículo 103.1 de la Constitución) la exigencia adicional de que los poderes públicos no favorezcan la infracción de las leyes y, en lo que aquí importa, que éstos no deben promover la vulneración de la misma por los ciudadanos.³²

Sin embargo, la legislación de defensa de la competencia no se aplica a las Administraciones públicas cuando actúan en el ejercicio de sus prerrogativas públicas, al

C-138/11 [EU:C:2012:449](#) y ¶¶41-44 de la STJUE de 14 de abril de 2014 *EasyPay and Financial Engineering C-184/14* (MP: JL Da Cruz Vilaça) [EU:C:2015:716](#) y SÁNCHEZ GRAELLS & HERRERA (2016: 94-95).

³⁰ Sobre el principio de tipicidad de las infracciones en Derecho administrativo sancionador, véase (BUENO 2010).

³¹ Véase MARCOS (2015A: 373): “en la medida en que en estos supuestos la Administración no actúa como operador económico no podrá, por ende aplicarse la prohibición de notas o prácticas restrictivas” (nota omitida).

³² Otra cosa es que lo hagan, y los casos de la CAP de la Junta de Andalucía y del CIT de Valencia así lo atestiguan, siendo relevante analizar el contexto y las circunstancias que permitan explicar porqué ha ocurrido, véase MARCOS (2017A).

margen de que sus actuaciones puedan tener incidencia en las condiciones de competencia en el mercado, eventualmente distorsionándolas. En algunos casos, esas actuaciones públicas pueden ser perfectamente legítimas y admisibles, persiguiendo –con fundamento constitucional o amparo legal- intereses y objetivos públicos distintos de la libre competencia. Nada pueda objetarse a lo anterior (salvo que pudiera estimarse que contravinieran el Derecho de la UE).³³ En otros casos, en cambio, si el amparo constitucional o legal no existe, hay otros específicos mecanismos reactivos por parte de las autoridades de competencia, destinados a impugnar y anular en vía judicial las restricciones anticompetitivas.³⁴

En los casos anteriormente referidos de conductas anticompetitivas promovidas o facilitadas por los poderes públicos (*supra* §1) la CNC estimó que el sometimiento de la Administración pública a la Ley y al Derecho (arts. 9.1 y 103 de la Constitución) incluía también la LDC, derivando de lo anterior la condena a la CAP de la Junta de Andalucía y a la CIT de la Comunidad Valenciana como “facilitadores” de la infracción de la legislación de defensa de la competencia. Para ello, la CNC se basaba en varias sentencias del Tribunal Supremo que afirman la sujeción de colegios profesionales y de las Administraciones locales a la legislación de defensa de la competencia.³⁵ Aunque la referencia que la CNC realiza en sus resoluciones es correcta, se trata de casos en los que los colegios profesionales y las Administraciones locales ejercían esas funciones como operadores económicos en el mercado. En el caso de los colegios profesionales, que tienen un estatuto jurídico híbrido y también ejercitan poderes públicos, se trataba de competencias en

³³ En general, permítase la referencia a MARCOS (2015B 48-49).

³⁴ Antes el artículo 12.3 de la LDC (“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”), ahora artículo 5.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (BOE134 de 5 de junio de 2013) (“En cumplimiento de sus funciones, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia 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”). El artículo 13.2 de la LDC reconoce una potestad similar a las autoridades autonómicas de defensa de la competencia. Estos instrumentos reactivos se complementan con otros informativos y preventivos, véase MARCOS (2015B 50-52).

³⁵ Se trata de las SSTs de 19 de junio de 2007 (Arquitectos Vasco-Navarros, MP:E Espín, ES:TS:2007:4763) y de 4 de Noviembre de 2008 (CGAE-cuota litis, MP:E Espín, ES:TS:2008:6610). A pesar de lo cual estas dos sentencias figuran en el frontispicio de los trabajos doctrinales que abogan por la sujeción del ejercicio de prerrogativas públicas por la Administración a las prohibiciones de prácticas anticompetitivas en la legislación de defensa de la competencia [COSTAS (2013: 372) y COSTAS & HORTALÁ (2014: 14 y 15)], es cierto también que en ellas se afirma que la Administración pública actúa sometida a la Ley, incluida la LDC (y el TFUE), pero de ahí no debe extraerse (o hacerlo resulta descontextualizado) que se apliquen a ella las mencionadas prohibiciones cuando no actúa como operador en el mercado. Ciertamente, es tremendamente anómalo que promueva la infracción de las prohibiciones de prácticas anticompetitivas en la legislación de defensa de la competencia por terceros, pero de ahí a que ella misma sea considerada infractora va un largo trecho.

relación con las prestaciones de servicios profesionales (i.e., actuando como agrupaciones de sujetos que desarrollan una actividad económica y compiten en el mercado). Otro tanto ocurría con la Administración local, que actuaba en el marco de un concurso público para la enajenación y edificación de dos parcelas municipales en Bilbao.

Son, por tanto, supuestos muy alejados de los relativos a la CAP de la Junta de Andalucía o a la CIT de la Comunidad Valenciana, en las que no concurre ni la naturaleza híbrida de los colegios profesionales como Administraciones corporativa, ni las circunstancias concretas que determinaban la sujeción de los colegios profesionales a la legislación de defensa de la competencia en aquéllos casos. Tampoco se trata de una Administración municipal que introdujera una restricción a la competencia al imponer injustificadamente una lista cerrada de proveedores de servicios profesionales (arquitectos) en el marco de la demanda de sus servicios en el mercado.

Es cierto que -como bien dice la CNC en sus resoluciones- la Administración pública debe respetar todo el Ordenamiento jurídico,³⁶ y también lo es que cualquier Administración pública que promueva, fomente o favorezca la realización de conductas anticompetitivas ilícitas estará actuando en contra del mandato constitucional establecido, siendo su conducta reprochable, pero eso no hace que dicha actuación pueda considerarse una infracción de la LDC.³⁷ La exigencia constitucional de servicio al interés público con respeto a la legalidad se concreta también en el mandato legal a las Administraciones públicas de *“ponderar, en el ejercicio de las competencias propias, la totalidad de los intereses públicos implicados y, en concreto, aquellos cuya gestión esté encomendada a las otras Administraciones”*.³⁸

La CNC aludía también a varios casos ejemplos de su propia casuística en los que la intervención de la Administración pública en la infracción no impidió el enjuiciamiento de la conducta de los operadores económicos con arreglo a la LDC.³⁹ De nuevo, la referencia no resulta del todo correcta porque comprende supuestos distintos, existiendo en la

³⁶ “El ejercicio de una potestad en un determinado ámbito no ampara la vulneración de cualquier otra rama del ordenamiento jurídico” (FD9º de la RCNC de 27 de Septiembre de 2013, S/0314/10 Puerto Valencia).

³⁷ Y de hecho, así se puede extraer de algunos de los informes de promoción de la competencia que la propia CNC aprobó, véase v.gr., CNC (2008 y 2009).

³⁸ Artículo 141.1.b) de la LRJSP. El mandato se reitera en el artículo 55 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (BOE80 de 3 de Abril de 1985): “Para la efectividad de la coordinación y la eficacia administrativas, las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, de un lado, y las Entidades locales, de otro, deberán en sus relaciones recíprocas: b) Ponderar, en la actuación de las competencias propias, la totalidad de los intereses públicos implicados y, en concreto, aquellos cuya gestión esté encomendada a las otras Administraciones.”

³⁹ Aunque no la menciona, la RTDC de 10 de diciembre de 2002, Asociaciones cárnicas r583/2003 (ponente J Pascual) también iría en esa dirección (“el Servicio debería haber investigado si el MAPA dispone de alguna habilitación por medio de una norma con rango de Ley para promover un acuerdo prohibido, porque el Servicio no puede desconocer que una cosa es disponer de facultades para dictar disposiciones normativas y otra bien distinta tenerlas para promover acuerdos prohibidos por la LDC”).

mayoría de ellos un perfil netamente económico en la actividad de la Administración (que, por tanto, los incluiría en el ámbito de aplicación de las prohibiciones de prácticas anticompetitivas de la legislación de defensa de la competencia). En efecto, en algunos de ellos se trataba –otra vez– de colegios profesionales, que suscitan una problemática diversa (pues, como se ha dicho ya, en el fondo se trata de asociaciones de agentes económicos habilitadas para el ejercicio de algunas potestades públicas).⁴⁰ En otros, el enjuiciamiento de la conducta podría ser cuestionable desde la perspectiva técnica-jurídica, además de constituir igualmente un comportamiento en el mercado.⁴¹ Y, en fin, en el resto aunque la fundamentación fuera análoga a la contenida en los dos casos aquí referidos, las Administraciones públicas no fueron condenadas.⁴²

El problema es que la propia casuística de las autoridades de competencia españolas (TDC y CNC) hasta los dos casos referidos *supra* §1 (el cartel de los productores de uva y vino de Jerez y el cartel del transporte en el Puerto de Valencia) apuntaba en una dirección distinta a la que se ha seguido en estos últimos. Así, aunque la Consellería de Pesca y Asuntos Marítimos de la Xunta de Galicia desarrolló un papel clave en el cártel del mejillón gallego, éste fue ignorado por la CNC en su decisión final⁴³. Igualmente, la Consejería de Agricultura y Pesca del Principado de Asturias desempeñó un papel esencial en el cártel de la sidra, que fijó los precios de las manzanas utilizadas para la elaboración de la sidra a principio de los años noventa del siglo pasado⁴⁴. Otro tanto ocurrió la adjudicación a la

⁴⁰ Véanse también RTDC de 24 de Julio de 1997, Aparejadores Cádiz 393/96 (ponente J Pascual) y RTDC de 29 de Diciembre de 1998, Arquitectos Andalucía 422/98 (ponente A Castañeda).

⁴¹ Véase RCNC de 14 de Abril de 2009, Colegio Farmacéuticos Castilla-La Mancha 639/08 (ponente J Costas y voto particular M^a J González); sobre este caso permítase la referencia a MARCOS (2009). Véanse también FD2 in fine de la RTDC de 21 de Marzo de 2000, Arquitectos Vasco Navarros 445/00 (ponente M^a J Muriel) [“debiéndose excluir, por tanto, la aplicación de la LDC a la Administración Pública cuando no actúa con tal carácter, en cuyo caso estará sujeta al Derecho Administrativo, pero no al principio de libre competencia (como ha señalado la Audiencia Nacional, Secc.60, Sentencia 16-05-1998, rec.904/1995)”] y FD3 (“no se pueden aplicar dichos preceptos a una actuación que se realiza por la denunciada, no como “operador económico”, sino actuando como Administración, subordinada al conjunto de la misión pública de gestión de servicios de interés económico que le impone la Ley”).

⁴² Véase RCNC de 7 de mayo de 2008, Feriantes Ayuntamiento de Peralta 632/07 -que fue confirmada por SAN de 10 de enero de 2010 (MP:JM^a del Riego [ES:AN:2010:1587](#))- y de 27 de Julio de 2006 Cines Campo 594/05 (ponente P Sánchez).

⁴³ Véase RCNC de 26 de Abril de 2003, Plataforma del Mejillón S/0107/08 (ponente I Gutiérrez), págs. 18, 21 y 30 confirmada por dos SSAN de 26 de Febrero de 2013 (MP:M Pedraz [ES:AN:2013:1052](#) y [ES:AN:2013:1053](#)), que concluye (a los efectos de descartar la eximente de confianza legítima alegada por los recurrentes): “no se aprecia que de las descritas intervenciones de la Administración resultase un error invencible respecto de la conformidad a la ley de las conductas por las que se sanciona a las recurrentes” (FJ 8º y 7º respectivamente).

⁴⁴ Véase RTDC de 12 de diciembre de 1996, Cárteles de Sidra 376/96 (ponente J Pascual), confirmada en este punto por SAN de 6 de mayo de 1999 (MP:M Fernández-Lomana [ES:AN:1999:2896](#)) afirmando “En relación con este último argumento, debe traerse a colación la, sin duda, decisiva intervención de la Administración del Principado en la promoción, seguimiento y ejecución del acuerdo. No puede discutirse que la Administración ha jugado un papel relevante en el acuerdo que aquí discutimos. Siempre ha existido un representante de la Administración y los acuerdos se han, entre otras cosas, formalizado en documentos de la Administración, lo que les daba un marcado carácter oficial; de hecho, la fijación de un

Asamblea Local de la Cruz Roja por el Ayuntamiento de Fuengirola de treinta licencias de ocupación de la vía pública para la explotación de máquinas de refrescos y para la instalación de un bar en el recinto ferial⁴⁵ y con las concesiones de transporte de viajeros por carretera por el Ministerio de Fomento.⁴⁶

Por ello, sin un hipotético cambio legislativo que estableciera el sometimiento de cualquier actuación de las Administraciones Públicas a la LDC,⁴⁷ la legislación en vigor en materia de

precio, se encuentra enmarcada dentro de un marco global de medidas de revitalización del sector. Ahora bien, como acertadamente sostiene el Tribunal de Defensa de la Competencia, la intervención de la Administración, no puede traducirse en la consecuencia de que la práctica acordada sea lícita; pues no se olvide que también la Administración se encuentra sometida a la Ley y al Derecho - art 103.1 CE -; y que por lo tanto su intervención no puede suponer la legalización de una conducta ilícita, distinta es la repercusión que la intervención de la Administración pueda tener en materia sancionadora como luego veremos" (FD4º), después "Tales datos, nos permiten sostener, con el Tribunal de Defensa de la Competencia, que en el caso de autos, la intervención de la Administración regional, que si debe ser tenida en cuenta a la hora de graduar la sanción, no puede eximir de responsabilidad como se pretende" (FD6º in fine).

⁴⁵ Como dice la RTDC de 20 de marzo de 1998, Cruz Roja de Fuengirola 419/97 (ponente L Berenguer) "Se trata de una actuación de la autoridad local en la que actúa como regulador sin que sea posible entretener actividad económica alguna. Si esa actividad se ha realizado o no de acuerdo con las leyes es una cuestión ajena a la actividad de este Tribunal que no está llamado a revisar la actividad reguladora de las administraciones públicas" (FD3º). Contrasta palmariamente con la anterior la RTDC de la ACCO de 14 de Julio de 2014, [Institut Municipal de Parcs i Jardins de Barcelona 45/2012](#) (ponente O Llebot) que (en contra la propuesta de archivo de la Dirección de Competencia y en contra de las observaciones de la CNC, que consideraban que la actuación del IMPJB se amparaban en el ius imperii) le sanciona por abuso de posición de dominio en el mercado de referencia ("como titular de la potestad de explotar los servicios de temporada que puedan establecerse en las playas de Barcelona, situación que, sin duda, le permite abusar de ella imponiendo las cláusulas referidas"). Ello llevó a la CNC a la impugnación de la resolución con arreglo al artículo 5.tres 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 ([BOE 46 de 22 de Febrero de 2002](#)).

⁴⁶ Como afirma la RCNC de 6 de Octubre de 2010, Protocolo de concesiones de transporte por carretera S/0063/08 (ponente J Costas) se trata de "actuaciones administrativas que no se ajustan a ninguno de los ilícitos prohibidos por la LDC".

⁴⁷ Lo que, seguramente, requeriría alguna modificación de la LDC, que se ampliara a la lucha contra los excesos y abusos de las Administración en el mercado, como lo hace en la República del Perú el artículo 2.4 del Decreto Legislativo de 1205, que modifica el Decreto legislativo 1034, que aprueba la Ley de represión de conductas anticompetitivas ([DO El Peruano 23 de Septiembre de 2015](#)) "La Ley se aplicará también a las personas naturales o jurídicas que, sin competir en el mercado en el que se producen las conductas materia de investigación, actúen como planificadores, intermediarios o facilitadores de una infracción sujeta a la prohibición absoluta. Se incluye en esta disposición a los funcionarios, directivos y servidores públicos, en lo que no corresponda al ejercicio regular de sus funciones". En la ley anti-monopolio de la República Popular China (aprobada el 30 de Agosto de 2007, y promulgada por Orden del presidente nº 68.) se contempla como infracción el abuso de poder administrativo (artículo 51): "Where any administrative organ or an organization empowered by a law or administrative regulation to administer public affair abuses its administrative power to eliminate or restrict competition, the superior authority thereof shall order to make a correction and impose punishments on the directly liable person(s)-in-Charge and other Directly liable persons. The Anti-monopoly authority may put forward suggestions on handling according to law to the relevant superior Activity [...]". En cualquier caso, su

defensa de la competencia ha sido la misma durante la vigencia tanto de la Ley 15/1989 como de la actual LDC, con lo que el cambio de criterio de la CNC no está justificado. Para que la conducta de la Administración sea sancionable es preciso que sea considerada infracción, sin que su naturaleza pública lo impida.⁴⁸ El único instrumento que, por el momento, la LDC contempla para que las autoridades españolas de la competencia actúen frente cualquier intervención pública de la que se deriven efectos anticompetitivos es de carácter impugnatorio ante los tribunales de lo contencioso-administrativo (arts. 5.4 de la Ley 3/2013 y 13.2 de la LDC).⁴⁹

De hecho, la propia incorporación de este mecanismo en la legislación de 2007 perseguía precisamente colmar la laguna existente en la legislación española de defensa de la competencia para proporcionar un instrumento a las autoridades de competencia que permitiese reaccionar contra las normas o actuaciones públicas que distorsionaban u obstaculizaban la competencia (sin amparo legal).⁵⁰ Lo que ocurre es que, como la propia CNC se apresuró a comprobar con la intervención de la CAP de la Junta de Andalucía en el cártel de la uva y el mosto de Jerez, cuando no existe una actuación administrativa formal

utilización y eficacia no están exentas de problemas, véanse CHAN (2009) (que analiza otras disposiciones en la legislación china anti-monopolio, de competencia desleal y de contratación pública con ese propósito y evalúa su solidez); MARQUIS (2013: 120-122) y CHENG (2015: 136-152).

⁴⁸ Aunque referido a una materia distinta de la defensa de la competencia, véase FJ3º (in fine) de la STS de 7 de Noviembre de 2007 (MP:R Fernández Valverde [ES:TS:2007:7499](#)) sobre la sanción al Ayuntamiento de Torreveja por la comisión de una infracción de la legislación de costas: “en caso de incumplimiento, si la conducta municipal constituye una infracción administrativa no existe obstáculo constitucional alguno para el ejercicio de la potestad sancionadora por el órgano estatal o autonómico que la tenga atribuida, sin que el principio de la autonomía local pueda impedir la tramitación del procedimiento sancionador en el que se resuelva sobre el incumplimiento imputado [...]El Estado y las Comunidades Autónomas, según dispone el artículo 65.1 de la LBRL, están legitimados para requerir a los entes para que anulen el acto o acuerdo que estimen infringe el ordenamiento jurídico y para impugnarlo ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo (control de legalidad); pero, cuando su actuación implique la comisión de una infracción administrativa, aun cuando el ente local actúe en ejercicio de una competencia propia que le atribuye el artículo 25 de la LBRL, la Administración competente debe ejercer la potestad sancionadora, sin que la posición que en el procedimiento tiene el responsable varíe por el hecho de ser un Ayuntamiento”. No descarta esta opción LAGUNA (2014: 294).

⁴⁹ Véase supra n34. Y que, por cierto, después se ha incorporado (algo mejorado técnicamente) en otros sistemas como el italiano, a través del art. 21bis de la Ley 287/1990 (Poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato sugli atti amministrativi che determinano distorsioni della concorrenza) introducido por la Ley 214/2011 de 22 de Diciembre Ley 214/2011 de 22 de Diciembre, de conversión, con modificaciones del Decreto Ley 201/2011 de 6 de Diciembre, de disposiciones urgentes para el crecimiento, la equidad y la consolidación de las cuentas públicas, véanse CINTIOLI (2012) y SANDULLI (2013).

⁵⁰ Véase BERENQUER (2004:26) (que, bajo la vigencia de la Ley 16/1989, ya había apuntado que “debería dotarse al organismo encargado de la necesaria competencia para impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa las normas de rango inferior a ley que permitan restricciones a la competencia”). Aunque, para ORTEGA (2014: 60) la incorporación de este “refuerzo” a las potestades de las autoridades de defensa de la competencia no excluiría, sin embargo que “pueden sancionar a las organizaciones jurídico-públicas locales, por incurrir en prácticas prohibidas por el Derecho de la Competencia ya actúen como operadores económicos ya ejerzan poder público”.

propriadamente dicha, sino una vía de hecho (algo parecido habría ocurrido con la CIT de la Comunidad Valenciana en el cártel del transporte en el puerto de Valencia), la impugnación en sede contencioso-administrativo no constituye un remedio eficaz.⁵¹ Sin embargo, aunque el mecanismo de impugnación se revele inútil en estos casos, esa ineficacia debería llevarnos a reflexionar sobre la necesidad de utilizar otros mecanismos contra ese tipo de actuaciones administrativas irregulares y no concluir que lo que procede entonces es aplicar simple y llanamente la prohibición de prácticas anticompetitivas a la Administración pública en esos supuestos (como facilitadora del cártel).⁵²

Al margen del mencionado mecanismo impugnatorio, las herramientas de abogacía y promoción de la libre competencia legalmente previstas constituyen la única reacción al alcance de las autoridades de defensa de la competencia para informar y mostrar los efectos negativos de las intervenciones públicas ilegítimas y de carácter anticompetitivo con el propósito de persuadir a su eliminación por los poderes públicos responsables⁵³.

2.2. La imputabilidad de la Administración pública como facilitador de la conducta prohibida por la legislación de defensa de la competencia

La CNC imputa a las Administraciones autonómicas en los casos referidos como “facilitadora” de las conductas anticompetitivas prohibidas por la legislación de defensa de la competencia, sirviéndose de la figura del “facilitador” del cártel que la Comisión Europea ha utilizado en alguna ocasión para condenar y sancionar a las empresas que promueven, colaboran o coadyuvan a la realización de la conducta prohibida, aunque sin ser partícipes directos y genuinos en la infracción. Al margen de la cuestionable solidez

⁵¹ Véase MARCOS (2012: 273).

⁵² Aunque esto es lo que ha dicho la STS de 18 de Julio de 2016 en su FD4º in fine “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 analizando”. Resulta un tanto artificial deslindar que al aplicar las prohibiciones de prácticas anticompetitivas a la Administración pública, la autoridad de competencia se limitaría a “declarar la ilicitud antitrust de la actuación de ‘apta para causar un resultado económicamente dañoso o restrictivo de la competencia’ sin serlo para revisar la conformidad a derecho de tal actuación desde el punto de vista del Derecho administrativo” como afirma en su comentario de la sentencia COSTAS (2016). Subraya también este extremo YANES (2014: 49).

⁵³ Véase artículo 5.1.h) de la Ley 3/2013 y MARCOS (2015A: 321-322). Quizás esa sea la idea subyacente al informe que el CDC de Valencia sobre el expediente S/0314/10, Puerto de Valencia, que concluía: “Finalmente, ‘obiter dicta’, esta Comisión quiere subrayar la complejidad de cohesitar las actuaciones de ordenación o intervención pública en el mercado con las exigencias del derecho antitrust. En efecto, en ocasiones, iniciativas de empresas públicas o, en su caso, de la propia administración, con el objetivo de dotar de transparencia o de criterios de funcionamiento a un determinado sector económico, pueden terminar con la apertura de un procedimiento por infracción del derecho de defensa de la competencia a los participantes en las reuniones, convenios o acuerdos promovidos desde las mismas. Ciertamente no es objeto de este informe apartarse de la aplicación estricta del Derecho de defensa de la competencia, pero una vez más se pone de manifiesto la necesidad de la promoción de una cultura de la competencia que alcance a los propios entes ordenadores o encargados de los distintos mercados o actividades económicas” (Informe ex art. 5.cuatro de la Ley 1/2002, expediente S/0314/10, Puerto de Valencia, sin fecha).

jurídica de los cimientos sobre los que se construye la condena a los “facilitadores” de las infracciones de las normas de defensa de la competencia y de la falta de nitidez de sus contornos,⁵⁴ debe evaluarse la posible calificación de la conducta de las Administraciones autonómicas como facilitadores.⁵⁵

En tal sentido, la debilidad argumental que en el Derecho vigente presenta la figura del facilitador de una infracción de las prohibiciones de conductas anticompetitivas, aumenta cuando el concepto se emplea con el propósito de imputar a la Administración pública.⁵⁶ A diferencia de otros agentes económicos que, aunque no participan en el mercado en el que tiene lugar la infracción, desarrollan una actuación económica en el mercado con el propósito de favorecer una conducta (que conscientemente saben) que constituye una violación de las normas de defensa de la competencia y obtienen una compensación a cambio, estas circunstancias no están presentes en la intervención de la Administración pública.⁵⁷

En efecto, la actuación de las Administraciones autonómicas andaluza y valenciana en los casos referidos no constituye una infracción de las prohibiciones de conductas anticompetitivas de la legislación de defensa de la competencia. Se trata de una actuación irregular (aunque pudiera inspirarse en intereses políticos y sociales para la consecución de otros objetivos). El recurso a la figura del “facilitador” es un subterfugio que se emplea con el propósito de afrontar una actuación ilegítima y contraria a Derecho, pero que no está prohibida por la legislación de defensa de la competencia.⁵⁸ Supone un abuso de poder de

⁵⁴ Véase voto particular de Soldevilla a la SAN 6 de Febrero de 2017 ([ES:AN:2017:418](#)) (§IV). Permítase la referencia a MARCOS (2017C). Véase también la STS de 13 de abril de 2002 (MP: JE Peces Morate [ES:TS:2002:2602](#)) que afirma la necesidad de que el tipo comprenda a quien no es autor de la infracción (cooperador necesario, cómplice o facilitador) para que éste pueda ser sancionado. Una visión distinta se refleja en el FD3º de la de la STS de 18 de julio de 2016.

⁵⁵ En términos parecidos, al hilo de posibles conductas colusorias o anticompetitivas en la contratación pública, FOX & HEALEY (2014:783): “Might corrupt government official and the state be held accountable under competition law as well? The subject is not typically regarded as an antitrust issue in developed nations, but in fact, it holds a larger place in antitrust laws than the authors anticipated”.

⁵⁶ También lo critican RINCÓN VÁZQUEZ (2016: 137).

⁵⁷ Véase §IV del voto particular de Soldevilla a la SAN 6 de Febrero de 2017 ([ES:AN:2017:418](#)).

⁵⁸ En cambio, véase ORTEGA (2014: 71-72) que, si bien afirma “la función de fiscalización que ejercen los órganos que controlan la defensa de la competencia no se aplica sólo al ejercicio de actividades de índole económica emprendidas por la Administración sino que se extiende al ejercicio del poder público por parte de las organizaciones jurídico-públicas. Abarca así también el control del poder regulador del que disponen las organizaciones locales en la medida en que a través del mismo se dispone o fija el marco y el ámbito en el que despliegan sus empresas tanto los particulares como las propias administraciones, y en la medida, por tanto, en que por medio del mismo se deben crear y promover las condiciones adecuadas para que las actividades económicas se desarrollen en un espacio de mercado abierto, regido por el principio de libre competencia” luego concluye “con todo, es cierto que los órganos de la competencia con base en la LDC sólo pueden declarar prohibida la conducta, pueden dictar órdenes de cesación o de remoción de sus efectos, y/o pueden sancionar a las Entidades locales cuando resultan infractoras, pero no pueden actuar directamente y anular un reglamento o un acto administrativo, por lo que, sin intervención de la propia Administración autora del acto o disposición o de la respectiva instancia judicial, la norma o

las Administraciones autonómicas, pero la reacción frente a ellas debe buscarse en otro lugar.⁵⁹

En su sentencia de 18 de julio de 2016 el Tribunal Supremo confirma la decisión de la CNC, concluyendo que *“en el ámbito del derecho de defensa 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”*.⁶⁰ Como ya se ha apuntado antes, esta afirmación contrasta con el texto de la vigente LDC y del TFUE, de los que difícilmente puede extraerse una extensión de su ámbito de aplicación a las Administraciones públicas cuando intervienen en el mercado no como operadores económicos, sino en ejercicio de sus prerrogativas y potestades públicas.⁶¹

El esfuerzo del Tribunal Supremo en afirmar que su conclusión se extrae de su propia doctrina en casos anteriores es baladí. El único precedente citado es su sentencia de 9 de marzo de 2015 (del mismo ponente),⁶² que se refiere a una conducta de la Administración autonómica castellano-manchega que en nada se parece a la de la CAP de la Junta de Andalucía en el cártel de la uva y mosto de Jerez. Allí, el Servicio de Salud de Castilla La Mancha (SESCAM) sí operaba como agente en el mercado, pues la conducta imputada y por la que se fue condenado como infractor del artículo 1 de la LDC consistía en el sistema de aprovisionamiento de medicamentos por los centros socio-sanitarios. Con razón, el Tribunal Supremo confirmó la condena impuesta por la CNC en su resolución de 14 de abril de 2009.⁶³ Sin embargo, las palabras anteriores se sacan de contexto si se lee en su integridad el párrafo del que se extraen en el que la CNC afirmaba algo muy distinto de la

el acto podrían mantenerse y generar nuevas conductas anticompetitivas”. O una cosa o la otra, *tertium non datur*. Aparentemente, entiende la autora que “el legislador ha previsto que ante actuaciones materiales de la Administración contrarias a la legislación de Defensa de la Competencia resulte más efectivo no acudir en ningún caso a su impugnación sino a su inmediata cesación una vez resuelto el expediente administrativo sancionador en el que se decide su ilegalidad”, ORTEGA (2017). Esta idea la había lanzado ya PADRÓS (2013: 17-18).

⁵⁹ Fuera de los casos en que constituyan conductas de relevancia penal, aunque la conducta de los responsables públicos no alcanzará normalmente la relevancia suficiente para constituir un delito, véase PALOMAR (2013: 112).

⁶⁰ FD4º de la STS de 18 de julio de 2016. Esta expresión se extrae de la STS de 9 de Marzo de 2015 (MP:E Calvo [ES:TS:2015:800](#)), que a su vez la copia del FD3º de la RCNC de 14 de Abril de 2009, Colegio Farmacéuticos Castilla-La Mancha 639/08 (ponente J Costas).

⁶¹ Subraya este extremo el voto particular de Soldevilla a la SAN 6 de Febrero de 2017 ([ES:AN:2017:418](#)) (§I.¶14). Como dicen RINCÓN & VÁZQUEZ (2016: 146): “La fundamentación de la Sentencia del TS en el asunto de Productores de Uva y Vinos de Jerez tiene importantes defectos. Podría decirse que en la decisión el TS ha primado darle un efecto útil al Derecho de la competencia, dejando en segundo plano si realmente existe una habilitación legal para aplicarlo a las entidades que no se consideran empresa”.

⁶² FD4º de la STS de 18 de julio de 2016 se refiere ampliamente a la STS de 9 de Marzo de 2015 (MP:E Calvo [ES:TS:2015:800](#)) y considera que las consideraciones allí realizadas “son enteramente trasladables al caso que nos ocupa” (aunque, sobre ese caso, véase supra nota 41).

⁶³ Otra cosa es que la CNC también debiera haber sancionado al SESCAM, véase MARCOS (2009: 864).

conclusión que ahora alcanza el Tribunal Supremo. La CNC se refería a la amplitud de la concepción de empresa que se ha de manejar en la aplicación de la LDC y la influencia de la jurisprudencia del TJUE en esa evolución. De hecho, la frase siguiente no deja lugar a dudas sobre la aplicación de la LDC a las “actividades económicas”:

“Para ello es necesario que la conducta desarrollada de forma autónoma tenga naturaleza económica; constituya una actividad económica, entendida ésta en sentido amplio y en beneficio del criterio funcional que debe presidir la aplicación, en este caso, del art. 1 LDC. Así, en constante doctrina que es tributaria de la jurisprudencia comunitaria, el TDC ha señalado que por actividad económica se entiende “cualquier actividad de producción o intercambio no gratuito de bienes o servicios” (RTDC de 10/07/1990, Expte. 271/90). En igual sentido y más recientemente, la Audiencia Nacional ha afirmado que la conducta prohibida por el art. 1 LDC “puede ser realizada por cualquier agente económico –término amplio que incluye no sólo a las empresas, sino también a todos aquellos cualquiera que sea su forma jurídica, que intermedien o incidan en la intermediación en el mercado–” (SAN de 18-2-09, recurso nº 327/2006, Ambulancias Ourense)”⁶⁴.

¿Cómo pueden extraerse de las palabras anteriores la extensión de la aplicación de la LDC a los poderes públicos cuando no desarrollan actividades económicas (que es, por cierto, lo que ocurría en los dos casos referidos *supra* §1)?

Probablemente la clave resida en la referencia al impacto o la capacidad de las actuaciones que se enjuicien en la libre competencia en el mercado (como dice la resolución “*conducta ha causado o es apta para causar un resultado económicamente dañoso o restricción a la competencia en el mercado*”). El problema es que esta interpretación permitiría extender sin límite el ámbito de aplicación de la LDC y no parece que ello estuviera en la mente del legislador o sea conforme a la lógica cabal de la LDC.

De hecho, conviene reiterar que el caso referido (SESCAM) alude a un comportamiento en el mercado, como también ocurre en el único precedente que el Tribunal Supremo citaba en aquella sentencia.⁶⁵ En suma, el desafortunado “copia y pega” de una frase claramente exorbitante en la resolución de la CNC (que había sido entrecomillado en una sentencia previa del propio magistrado ponente de la STS de 18 de julio de 2016), sirve de fundamento para la conclusión que en ella se alcanza.

Como ya se ha apuntado, esta conclusión contrasta con la que cabe extraer de otras sentencias del TS dictadas sobre el particular. En primer lugar, todas ellas se refieren a

⁶⁴ FD3º de la RCNC de 14 de Abril de 2009, Colegio Farmacéuticos Castilla-La Mancha 639/08. Que es, por cierto, lo que ocurría en la RTDC de 10 de julio de 1990, 271/1990 (“es de aplicación a todos los operadores económicos en el mercado, cualquiera que sea su estatuto jurídico, tengan o no fines de lucro, y cualquiera que sea su campo de actividad económica autónoma, entendiéndose por ello cualquier actividad de producción o intercambio no gratuito de bienes o servicios”) y SAN de 18 de Febrero de 2009, Ambulancias Ourense (MP:JMª del Riego [ES:AN:2009:6375](#)).

⁶⁵ En aquel caso de una Universidad pública, véase STS de 27 de Octubre de 2005 (MP:E Espín [ES:TS:2005:6543](#)) que confirmaba el archivo de las actuaciones por el TDC mediante la RTDC de 13 de Julio de 1998 (Universidad Politécnica de Valencia r281/97 ponente A Castañeda) por el amparo legal de la conducta de la Universidad en el artículo 11 de la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de Agosto, de Reforma Universitaria ([BOE 209 de 1 de Septiembre de 1983](#)).

conductas de los poderes públicos como operadores económicos en el mercado, la mayoría colegios profesionales. En segundo lugar, esa jurisprudencia es unánime al excluir la aplicación de las prohibiciones de la LDC a las conductas de la Administración en el ejercicio de prerrogativas públicas (véase el siguiente cuadro la cadena de sentencias citadas sobre el asunto), aunque puedan encontrarse afirmaciones genéricas y altisonantes sobre el sometimiento de la Administración pública a la LDC que, sacadas de contexto, pudieran llevar a pensar lo contrario.⁶⁶

Sentencias del TS sobre la aplicación de la LDC a la Administración Pública⁶⁷

<i>Fecha/Asunto</i>	<i>Referencia</i>	<i>Contenido</i>	<i>Resolución de origen</i>
9.3.2015, SESCAM	ES:TS:2015:800	Suministro fármacos	RCNC 14 Abril 2009, 639/08 (J Costas)
14.6.2013, Funeraria P. Mallorca ⁶⁸	ES:TS:2013:3139	Empresa Funeraria Municipal	RCNC 3 Marzo 2009, 650/08 (E Conde)
29.7.2015, Colegio Notarial Asturias ⁶⁹	ES:TS:2015:3641	Profesionales (turno compensación)	RCNC 20 Enero 2011, S/0196/09 (J Costas)
26.4.2010, Colegio Notarial ⁷⁰	ES:TS:2010:2063	Profesionales (turno compensación)	RTDC 21 Julio 2004, 562/03 (F Torremocha)

⁶⁶ Véase, por ejemplo, FD5º de la STS de 14 de Junio de 2013 (Funeraria Palma de Mallorca, [ES:TS:2013:3139](#)): “Frente a tal exclusión parcial del sometimiento de la actuación de las Administraciones públicas al derecho de la competencia cuando actúan como tales administraciones públicas, hay que afirmar la plena sujeción de las mismas a dicha regulación...”. Esta frase aparecía ya en la STS de 19 de Junio de 2007 (Arquitectos Vasco-Navarros, MP: E Espín [ES:TS:2007:4763](#))

⁶⁷ Elaboración propia a partir de las SSTs citadas en la sentencia de 18 de Julio de 2016 ([ES:TS:2016:3525](#)), en las RRCNC de 6 de Octubre (Productores de uva y vino de Jerez, S/0167/09) y de 27 de septiembre de 2013 (Puerto Valencia, S/0314/10) y en las que en ellas se citan.

⁶⁸ Dice en su FD8º: “La actuación del Ayuntamiento de Palma de Mallorca objeto de litigio, a la que inmediatamente nos referiremos, 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. Lo cual determina, en suma, que su conducta lo fuera a título de agente u operador en el mercado, agente que en este caso se prevalía de su condición privilegiada para limitar la competencia”.

⁶⁹ Citando el FD4º de la STS 2 de Junio de 2009 (en su FD3º), tras mencionar el artículo 2.4 de la Ley de Colegios Profesionales ([BOE40 de 15 de Febrero de 1974](#)), afirma “lo que permite deducir la condición de los Colegios profesionales de sujetos activos de los ilícitos competitivos, no obstante su reconocimiento como Corporaciones de Derecho Público, en cuanto sus conductas afecten a la libre prestación de servicios, por lo que no procede determinar, en abstracto, selectivamente un ámbito material de conductas relacionadas con las funciones que ejercen los Colegios profesiones, que, por su naturaleza o su contenido regulatorio, quede excluido o exceptuado a priori de la aplicación de la legislación de defensa de la competencia. Resulta adecuado recordar que el Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en su sentencia de 4 de noviembre de 2008, ha calificado de erróneas las tesis argumentativas que entienden que los Colegios profesionales, en aquellos supuestos en que ejercen funciones públicas, y por ello, actúan con carácter de Administración Pública, quedan eximidos de la aplicación de la legislación de defensa de la competencia, y que el Tribunal de Defensa de la Competencia no tiene competencia para declarar que las conductas son anticompetitivas”.

⁷⁰ El FD4º de esta sentencia copia más de cinco páginas de la STS de 2 de Junio de 2009, siguiendo una técnica que hemos criticado, véase MARCOS (2015c).

			v. particular)
2.6.2009, Colegio Notarial de Madrid ⁷¹	ES:TS:2009:3795	Profesionales (turno compensación)	RTDC 20 Junio 2003, 544/02 (M Comenge)
4.11.2008, CGAE ⁷²	ES:TS:2008:6610	Profesionales (cuota litis)	RTDC 26 Septiembre 2002, 528/01 (J Pascual, voto particular M ^a J Muriel)
19.6.2007, Arquitectos vascos- navarros ⁷³	ES:TS:2007:4763	Contratación por empresa municipal	RTDC 21 Marzo 2000, 445/00 (M ^a J Muriel)
7.10.2005, U. Politécnica de Valencia ⁷⁴	ES:TS:2005:6543	Universidades	RTDC 13 Julio 1998, r281/97 (A Castañeda)

Sin embargo, al margen de que la conclusión de la STS de 18 de julio de 2016 constituya una lectura incorrecta de la doctrina del propio Tribunal Supremo, frente a lo que cabría

⁷¹ En su FD4º dice “cabe significar que el artículo 2.4 de la Ley sobre Colegios Profesionales, en la redacción debida a la Ley 7/1997, de 14 de abril, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de Colegios profesionales, establece que «los acuerdos, decisiones y recomendaciones de los Colegios con transcendencia económica observarán los límites del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, sin perjuicio de que los Colegios puedan solicitar la autorización singular prevista en el artículo 3 de dicha Ley», lo que permite deducir la condición de los Colegios profesionales de sujetos activos de los ilícitos competitivos, no obstante su reconocimiento como Corporaciones de Derecho Público, en cuanto sus conductas afecten a la libre prestación de servicios, por lo que no procede determinar, en abstracto, selectivamente un ámbito material de conductas relacionadas con las funciones que ejercen los Colegios profesiones, que, por su naturaleza o su contenido regulatorio, quede excluido o exceptuado a priori de la aplicación de la legislación de defensa de la competencia” (y luego cita STS de 4 de noviembre de 2008).

⁷² Afirma en su FD5º “Ni el ejercicio de funciones públicas exime a un Colegio Profesional -ni a la Administración Pública en general- de su sometimiento a la legislación de defensa de la competencia, ni la habilitación legal con que necesariamente actúan las Administraciones Públicas o las entidades que ejerzan funciones públicas implica, por su sola existencia, la aplicación del artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia” (y cita la STS de 19 Junio 2007). Véase MEDINA (2003: 67-73).

⁷³ Véase su FD3º: “Frente a tal exclusión parcial del sometimiento de la actuación de las Administraciones públicas al derecho de la competencia cuando actúan como tales administraciones públicas, hay que afirmar la plena sujeción de las mismas a dicha regulación, sin que pueda objetarse a ello la dicción literal del artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia como argumenta el Tribunal de Defensa de la Competencia. En efecto, el que dicho precepto hable de agentes económicos no debe entenderse en el sentido de que sólo pueden ser sancionados de acuerdo con el mismo aquellos agentes sometidos al derecho privado y no al derecho administrativo, sino como una referencia a cualquier sujeto que actúe en el mercado, aun en los casos en los que las propias Administraciones públicas o los organismos y sociedades de ese carácter lo hagan sometidos en mayor o menor medida al derecho administrativo”.

⁷⁴ Como ya se ha dicho (supra n65), nada tiene que ver con los supuestos anteriores (no hay ninguna mención sobre la aplicación o no de las normas de defensa de la competencia a las Universidades públicas como sujetos públicos, algo que da por supuesto), pues se discutía si la interpretación que debía darse al art. 11 de la LORU (luego art. 83 de la LOU) permite a los departamentos universitarios realizar actividades de consultoría e informe en el mercado, lo que tanto el TDC como la AN y el TS creen perfectamente posible, debiendo analizarse después –caso a caso- si incurren en alguna de las prohibiciones de la LDC/TFUE.

alegar que éste ha cambiado de opinión (aunque lo habría hecho saltándose la propia Ley, lo cual no sería admisible), lo más grave es que la conclusión alcanzada por el Tribunal Supremo no tiene encaje en el Derecho de la UE y en la jurisprudencia del TJUE antes referida.⁷⁵

Como ocurre con la lectura que el TS de su propia jurisprudencia, la STS de 18 de julio de 2016 hace una lectura parcial e incompleta de la jurisprudencia del TJUE. En efecto, cita la STJUE de 28 de Febrero de 2013⁷⁶ para concluir que si un Reglamento adoptado por un Colegio profesional es anticompetitivo y está prohibido por el artículo 101 del TFUE lo mismo debe ocurrir con la intervención de la CAP de la Junta de Andalucía en el cártel de la uva y el mosto de Jerez.⁷⁷ La deducción es incongruente y, además, el TS omite capciosamente en su análisis cualquier referencia a la STJUE de 12 de Julio de 2012,⁷⁸ que necesariamente le habría conducido a una conclusión diferente.⁷⁹

La condena de la CNC a la CAP de la Junta de Andalucía como a la CIT de la Generalitat valenciana constituye una aplicación exorbitante del artículo 101 del TFUE, que contraviene la jurisprudencia del TJUE en la materia. La CNC y el TS estarían haciendo una

⁷⁵ Algo que, por cierto, el FD3º de la SAN de 16 de Julio de 2013 ([ES:AN:2013:3472](#)) ya afirmó, refiriéndose a los casos más recientes [SSTJUE de 28 de Febrero de 2013 OTOC y Autoridade da Concorrência C-1/12 y de 12 de Julio de 2012 Compass Datenbank C-138/11]. Subraya este extremo también el voto particular de Soldevilla a la SAN 6 de Febrero de 2017 ([ES:AN:2017:418](#)) (SI.¶¶1-9).

⁷⁶ Véase ¶40 de la STJUE 28 de Febrero de 2013 (Sala 2ª) OTOC C-1/12 (MP:A Arabadjiev) [EU:C:2012:127](#) (“Conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, no está sujeta a la aplicación de las normas sobre la competencia del Tratado FUE una actividad que, por su naturaleza, las normas que la regulan y su objeto, es ajena a la esfera de los intercambios económicos o se vincula al ejercicio de prerrogativas del poder público”). Otra cosa es que “cuando adopta un reglamento como el aquí controvertido, un colegio profesional como la OTOC no ejerce prerrogativas del poder público, sino que se configura más bien como el órgano regulador de una profesión cuyo ejercicio constituye, por otro lado, una actividad económica” (¶46). Como tal se ha leído por los comentaristas de la sentencia, véase BAUMÉ (2013: 320): “ECJ recalled its well-established case law according to which competition rules do not apply to an activity which does not belong to the sphere of economic activity, or which is connected with the exercise of the powers of a public authority”).

⁷⁷ FD2º de la STS de 18 de Julio de 2016. Como dice el voto particular de Soldevilla a la SAN 6 de Febrero de 2017 ([ES:AN:2017:418](#)) (SIII. ¶4): “La situación descrita en la sentencia analizada nada tiene que ver con la que motiva estas actuaciones, en la que la autoridad portuaria de Barcelona actúa como Administración Pública y en modo alguno aparece como operador de mercado ofreciendo bienes y servicios propios”.

⁷⁸ STJUE de 12 de Julio de 2012 Compass Datenbank C-138/11 [EU:C:2012:449](#).

⁷⁹ ¶36 de la STJUE de 12 de Julio de 2012 Compass Datenbank C-138/11 [EU:C:2012:449](#): “No tienen en cambio carácter económico, que justifique la aplicación de las normas sobre competencia del Tratado FUE, las actividades que se vinculan al ejercicio de prerrogativas de poder público”. A la vista de este caso, algún comentarista de la sentencia ha apuntado que la concepción del TJUE sobre qué constituyen “prerrogativas de poder público” resulta demasiado amplia, lo que limitaría el ámbito de aplicación de las prohibiciones de prácticas anticompetitivas a actividades de la Administración que aunque constituyen funciones públicas son de carácter económico (sobre todo, respecto de las actividades enjuiciadas en el caso, a la luz de la Directiva 2003/98/CE del parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de noviembre de 2003, relativa a la reutilización de la información del sector público, [DOUEL 345 de 31 de Diciembre de 2003](#)), véanse LUNDQVIST (2013:88-95) y DREXL (2015:87-94).

aplicación incorrecta del artículo 101 del TFUE, que no prohíbe comportamientos como los descritos. No los prohíbe porque sencillamente no es aplicable a ellos.⁸⁰ Como es sabido, los Tratados de la UE y el Ordenamiento jurídico español contienen otras alternativas y remedios para afrontar las distintas modalidades de intervenciones públicas anticompetitivas.⁸¹ Lo que parece claro es que la condena a las Administraciones públicas cuando no actúan como operadores de mercado como facilitadoras de una infracción de ese precepto es una aplicación errónea de dicha norma.⁸²

El sistema de aplicación descentralizada de las prohibiciones de conductas anticompetitivas del TFUE se construye sobre la necesaria coherencia en la aplicación de las normas entre la Comisión Europea y las autoridades nacionales de competencia (ANC), de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE. Para que este sistema de competencias paralelas funcione resulta imprescindible evitar que las decisiones de las ANC conduzcan a una aplicación contradictoria. En caso contrario se vulnera el principio de aplicación uniforme y de seguridad jurídica.

En efecto, el concepto de empresa a los efectos de la aplicación de las prohibiciones del TFUE no puede ser distinto en cada Estado miembro, es un concepto autónomo en el Derecho de la UE que se extrae de la jurisprudencia del TJUE.⁸³ Como es lógico y natural, la Comisión ha seguido los criterios que se extraen de esa jurisprudencia en sus propias decisiones⁸⁴ y ha transmitido esos criterios a las autoridades nacionales cuando ha sido

⁸⁰ En puridad, no cabe considerar que existe una infracción del artículo 3.1 del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado ([DOUE L 1 de 4 de Enero de 2004](#)), porque la CNC en este caso habría aplicado el artículo 101 del TFUE (y también el artículo 1 de la LDC) a una actuación de los poderes públicos que cae fuera del tipo de esas prohibiciones (porque no actúan como agentes económicos).

⁸¹ No es, por tanto, correcto que el TS diga en su sentencia que la AN “exime de toda responsabilidad a la junta” (AH3º y FD2º); lo hace tan sólo con arreglo a las prohibiciones de prácticas anticompetitivas, pero existen otras normas con arreglo a las cuales debería ser posible exigir responsabilidades, véanse supra n9 y n 59.

⁸² Como dice el voto particular de Soldevilla a la SAN 6 de Febrero de 2017 ([ES:AN:2017:418](#)) (§II.5): “Después de 65 años de jurisprudencia en materia de Derecho de la Competencia, iniciada con los pronunciamientos del Tribunal de la CECA, en absolutamente ninguna resolución se ha establecido la responsabilidad de la Administración activa por realizar prácticas anticompetitivas como consecuencia de un exceso en el ejercicio de sus funciones públicas. Antes al contrario, hasta el presente expresamente se ha excluido esta posibilidad, como se recoge en la jurisprudencia anotada”.

⁸³ Recuérdese que el considerando 8 del Reglamento 1/2003 establece que “Las nociones de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas constituyen conceptos autónomos de derecho comunitario de la competencia que aluden a formas de coordinación del comportamiento de las empresas en el mercado según la interpretación de los tribunales comunitarios”.

⁸⁴ Las múltiples e intensas intervenciones del Ministro de Agricultura francés en el acuerdo de los productores de suspender las importaciones de carne y de fijar precios mínimos se consideraron por la Comisión fuera del artículo 101 del TFUE, véanse ¶¶150-156 de la Decisión de 2 de Abril de 2003 ([COMP/C.38.279/F3- Carnes de vacuno francesas](#)). El Tribunal General ratificó después ese extremo al afirmar, con referencia a ¶71 de su STGUE de 29 de Julio de 1993 *Asia Motor France y otros c. Comisión*, T-7/92 [EU:T:1993:52](#) y ¶118 de la STGUE de 6 de abril de 1995 *Tréfilunion S.A. c. Comisión* T-148/89

requerida.⁸⁵ Además, la Comisión Europea ha manifestado recientemente su preocupación por la posible falta de coherencia con el Derecho de la UE de las interpretaciones que las autoridades nacionales de competencia den al concepto de “empresa” como agente económico sujeto a las normas de defensa de la competencia, que podría conducir a una aplicación inconsistente de las prohibiciones de prácticas anticompetitivas del TFUE.⁸⁶

Una extensión del mismo como la que la CNC ha realizado para condenar a la CAP de la Junta de Andalucía o a la CIT de la Comunidad Valenciana por su promoción de estos carteles en un ejercicio desviado de sus prerrogativas públicas no tiene cabida en el Derecho de la competencia de la UE. Como es sabido, el Tratado de la UE impone a los Estados miembros el deber de no adoptar o realizar medidas que limiten la efectividad de sus preceptos,⁸⁷ de modo que desde la perspectiva del Derecho de la UE las actuaciones de la CAP de la Junta de Andalucía y la CIT de la Comunidad Valenciana constituirían eventualmente una infracción de ese deber, más que una infracción del artículo 101 del TFUE.

[EU:T:1995:68](#): “en lo que se refiere al papel desempeñado por el Ministro de Agricultura francés en la conclusión del acuerdo de 24 de octubre de 2001, basta señalar que, según jurisprudencia reiterada, la circunstancia de que el comportamiento de las empresas fuese conocido, autorizado o incluso fomentado por autoridades nacionales, carece en cualquier caso de influencia en relación con la aplicabilidad del artículo 81 CE” [[¶92](#) de la STGUE de 13 de Diciembre de 2006 FNCBV et al./Comisión T-217/03 y T-245/03 [EU:T:2006:391](#)].

⁸⁵ Al margen de las características concretas del supuesto analizado, resulta de interés la opinión conforme al art. 15.2 del Reglamento 1/2003 que la Comisión Europea envió al Tribunal de Mercado (Market Court) sueco el 22 de mayo de 2007 (Dnr A 4/06) [Övertorneå kommun and Haparanda kommun v. Ekfors](#) (véase, sobre todo, [¶25](#)).

⁸⁶ Véase [¶76](#) del Staff Working Document: Enhancing competition enforcement by the Member States' competition authorities: institutional and procedural issues, [SWD\(2014\) 231/2](#) (“a coherent interpretation of the concept of undertaking is crucial for the consistent application of the EU competition rules”), aunque esta preocupación se relacionaba sobre todo con la fundamentación de la responsabilidad por las multas impuestas a las filiales de sus matrices. En tal sentido, véase artículo 12.3 de la [Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo, encaminada a facultar a las autoridades de competencia de los Estados miembros para aplicar la normativa con más eficacia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior](#), hecha pública el 22 de Marzo de 2017.

⁸⁷ Véanse Arts. 3.3 y 4.3 del TUE (y Protocolo 27) ([DOUEC 202 de 7 de Junio de 2016](#)); [¶31](#) de STJUE de 19 de Noviembre de 1977, SA G.B.-INNO-B.M. c. Association des détaillants en Tabac (ATAB) Asbl, asunto 13/77 (MP:A Mackenzie) [EU:C:1977:185](#) (“si es cierto que el artículo 86 se dirige a las empresas, no lo es menos que el Tratado impone a los Estados miembros no establecer ni mantener en vigor medidas que puedan eliminar la eficacia de dicha disposición”); [¶46](#) de la STJUE de 9 de septiembre de 2003, Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) c. AGCM, C-198/01 (MP: M Wathelet) [EU:C:2003:430](#) (“se infringen los artículos 10 CE y 81 CE cuando un Estado miembro impone o favorece prácticas colusorias contrarias al artículo 81 CE, o bien refuerza los efectos de tales prácticas colusorias, o bien retira el carácter estatal a su propia normativa, delegando en operadores privados la responsabilidad de tomar decisiones de intervención en materia económica”) y [MARCOS \(2015A: 309-315\)](#).

3. La terminación convencional como vía indirecta de afrontar estas restricciones

Al margen de la solución alcanzada por la CNC (que el TS ha ratificado), y que aquí se ha criticado, la praxis seguida por algunas autoridades autonómicas de defensa de la competencia ofrece una vía alternativa para afrontar las actuaciones anticompetitivas de las Administraciones autonómicas y locales en el ejercicio de potestades públicas.⁸⁸

Sabido es que la idiosincrasia de las autoridades autonómicas de defensa de la competencia las ubica muy próximas a la realidad donde se producen las intervenciones públicas que afectan directa e inmediatamente a los mercados. Por ello, sus decisiones ofrecen un ilustrativo elenco de posibles reacciones ante actuaciones e intervenciones de las Administraciones autonómicas y locales que distorsionen la libre competencia en el mercado.⁸⁹

En muchos casos, la actuación de los poderes públicos era una actividad económica en el mercado y como tal estaba claramente sujeta a las prohibiciones de prácticas anticompetitivas de la LDC.⁹⁰

En cambio, más difíciles se plantean aquellos supuestos en los que las actuaciones públicas de carácter anticompetitivo se realizan en ejercicio de prerrogativas públicas y no como operadores económicos. A la vista de lo que aquí se ha sostenido, lo lógico es entender que

⁸⁸ Algunas de las ideas que a continuación se desarrollan se expusieron previamente en MARCOS (2016A).

⁸⁹ A la par, es lógico que esa cercanía, también haga más difícil que verdaderamente actúen y se enfrenten a los “poderes locales” (las Administraciones locales y autonómicas), lo que confiere mayor valor a cualquier iniciativa que puedan desarrollar en esta materia. Permítase la referencia a MARCOS (2017B: 14-15). Subraya también este extremo ORTEGA (2017).

⁹⁰ Véanse RTDC de Castilla y León de 8 de Octubre de 2009 (TDC/SAN/3/2008 NEVASA, ponente JM^a Caballero), RTCDC de la ACCO de 12 de Junio de 2013 (31/2011 Ayuntamiento de Barcelona, ponente O Llebot), RTDC de Castilla y León de 13 de Diciembre de 2013 (TDC/SAN/7/2013 Ayuntamiento de Hoyocasero-Ávila, ponente L García), RCDC de Andalucía de 18 de junio de 2014 (S/12/2014 Inspección Técnica de Edificios de Granada) y RTCDC de la ACCO de 25 de noviembre de 2014 (40/2011 Servicios Funerarios del Llobregat)]. No obstante, en ocasiones se equivocan, como RTCDC de la ACCO de 16 de Febrero de 2017 (62/2014 Ayuntamiento de Sant Llorenç D’Hortons, ponente F Bernal) FD4^o que estima (sic) “Las actuaciones del Ayuntamiento objeto de análisis tienen relación con el ámbito de la contratación pública en el marco de las potestades que este tiene atribuidas como Administración Pública del ámbito local. Así, el Ayuntamiento actúa como demandante de servicios, siendo que la decisión por la cual una Administración decide prestar un servicio, adjudicar la gestión de un servicio directamente o proceder mediante la convocatoria de un concurso a la adjudicación, debe ser considerada como un acto administrativo, y su actuación está sometida al derecho administrativo (ius imperii), actuación que no tiene carácter económico porque no persigue, por su carácter público, la obtención de ningún tipo de ventaja competitiva”. El despiste del TCDC en esta resolución es considerable, no sólo porque la contratación pública persigue precisamente la obtención de una “ventaja competitiva” en términos de precio/valor de los servicios (esa es una de las claves de la contratación pública), sino porque también es una actividad económica en el mercado la demanda de servicios profesionales por un Ayuntamiento.

la LDC no es de aplicación en esos casos,⁹¹ pero algunas autoridades autonómicas de defensa de la competencia han ideado soluciones “imaginativas” con el propósito de afrontar las intervenciones públicas de corte anticompetitivo que se materializaban a través del ejercicio de potestades públicas y sin amparo legal. Es el caso de la Resolución del TCDC de la ACCO de 30 de septiembre de 2010⁹² y de la resolución del Consejo de la AVC de 4 de Septiembre de 2014⁹³.

3.1. La resolución del TCDC de la ACCO de 30 de septiembre de 2010 (13/2009 Ayuntamiento de Solsona)

El expediente ante la ACCO se inició por una denuncia de 15 de enero de 2010 de la Funeraria Solsonés, S.L. contra el Ayuntamiento de Solsona. Según la denuncia, el Ayuntamiento de Solsona estaría promocionando los servicios funerarios municipales en detrimento del único competidor en la localidad (la denunciante), obstaculizando por diversas vías la actividad de Funeraria Solsonés, S.L. incluyendo el cobro de exacciones fiscales arbitrarias y discriminatorias que gravan a las funerarias privadas y no a las públicas.⁹⁴

La conducta del Ayuntamiento es difícil de considerar una infracción de la LDC, pero aun así el Ayuntamiento de Solsona solicitó la terminación convencional del expediente, comprometiéndose al cese de cualquier conducta anticompetitiva y en particular a “[d]ar una nueva redacción y contenido al anexo de la Ordenanza fiscal municipal, de la cual haría falta eliminar o sustituir todos los conceptos que la Dirección General de la ACCO considera anticompetitivos por ser discriminatorios”.⁹⁵ Para el TCDC “la modificación de la ordenanza fiscal propuesta por el Ayuntamiento de Solsona objeto de los compromisos enunciados en el fundamento jurídico tercero elimina las condiciones de ejercicio de la actividad de prestación de servicios funerarios que se han considerado discriminatorias y favorece que las empresas funerarias que operen en el municipio de Solsona tengan la posibilidad de competir en igualdad de condiciones”.⁹⁶

⁹¹ Y, por ello, niega la aplicación de la LDC [con referencia expresa a SAN de 16 de julio de 2013 (ES:AN:2013:3472)] el FJº 3 de la RCDC de Valencia de 17 de enero de 2014, [SAN 10/2013, Tratamiento de residuos](#) (ponente F González).

⁹² RTCDC de la ACCO [13/2009, Ayuntamiento de Solsona](#) (ponente A Gibert)

⁹³ RTVDC [10/2012, Servicios Farmacéuticos Residencias 2](#) (sin ponente).

⁹⁴ Este caso presenta cierta similitud con el resuelto con imposición de 500.000€ de multa al Ayuntamiento de Hospitalet del Llobregat, [RTCDC de la ACCO de 25 de noviembre de 2014, [40/2011, Servicios Funerarios del Llobregat](#)] referido supra n16.

⁹⁵ FD3º.B de la RTCDC de la ACCO de 30 de septiembre de 2010 ([13/2009, Ayuntamiento de Solsona](#)).

⁹⁶ FD 4º de la RTCDC de la ACCO de 30 de septiembre de 2010 ([13/2009, Ayuntamiento de Solsona](#)). La modificación de la citada norma debió realizarse en el plazo de 60 días hábiles desde la notificación de la resolución, considerando “que los compromisos del Ayuntamiento de Solsona de abrir el uso del tanatorio a las funerarias privadas mediante el pago de una cantidad regulada en una ordenanza municipal, de manera que se permita el acceso en condiciones de uso regladas y no discriminatorias a una infraestructura cada vez más esencial para la prestación de servicios funerarios, no sólo resuelven los efectos sobre la competencia derivados de la conducta objeto del expediente, sino que también constituyen un precedente ejemplarizante para la Administración local y las empresas del sector, sobre todo por medio

Con posterioridad, la solución ideada por el TCDC de la ACCO ha sido seguida en varias ocasiones, precisamente en materia funeraria, por el Tribunal de Defensa de la Competencia de Castilla y León (TDCCL) en sus procedimientos contra el Ayuntamiento de León y la Mancomunidad municipal de Servicios funerarios de León y su alfoz,⁹⁷ contra el Ayuntamiento de Fuenteagualdo-Salamanca ⁹⁸ y contra el Ayuntamiento de Macotera.⁹⁹

3.2. La resolución del Consejo de la AVC de 4 de Septiembre de 2014 (10/2012 Servicios Farmacéuticos Residencias 2)

En cambio, el expediente ante la AVC se refiere a los servicios farmacéuticos en residencias de personas mayores en el País Vasco¹⁰⁰. A partir de una denuncia de dos empresas farmacéuticas¹⁰¹ la AVC tuvo conocimiento de un acuerdo firmado por los Colegios Oficiales de Farmacéuticos de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, por las tres Diputaciones forales y por el Departamento de Salud del Gobierno Vasco sobre la dispensación de los medicamentos en las residencias de personas mayores.¹⁰²

de la divulgación de la resolución de terminación convencional a la que la ACCO contribuirá, no sólo haciéndola pública, como debe hacer de acuerdo con la normativa reguladora, sino también mediante otras posibles actuaciones en el ámbito de la promoción de la competencia" (FD5º de la RCTDC). Con posterioridad, en sede de vigilancia sobre su cumplimiento, se comprobó que "si bien el Ayuntamiento de Solsona ha cumplido formalmente con la eliminación de las tasas que discriminaban negativamente las funerarias privadas, en la práctica ha mantenido, al menos parcialmente, una conducta anticompetitiva al cobrar una tasa no recogida en la Ordenanza Reguladora; tasa de la cual no existe evidencia de cobro en los servicios funerarios ofrecidos directamente por el Ayuntamiento" [FD4º de la RTCDC de 17 de julio de 2012 (V13/2009 Ayuntamiento de Solsona, ponente AMª Matas)]. Ello motivó la continuación del procedimiento de vigilancia, que se cerró finalmente un año más tarde (RTCDC de 24 de julio de 2013 (V13/2009bis Ayuntamiento de Solsona, ponente AMª Matas).

⁹⁷ Véase RTDCCL de 19 de noviembre de 2012 (SERFUNLE TDC/SAN/4/2012, ponente L Gabriel), en la que SERFUNLE, S.A. asume el compromiso de "proponer a la Mancomunidad" los cambios reglamentarios.

⁹⁸ Véase RTDCCL de 30 de noviembre de 2015 (TDC/SAN/7/2015 Tanatorio Ciudad S.L. y Ayuntamiento Fuenteagualdo ponente MªC Mantero).

⁹⁹ Véase RTDCCL de 13 de Febrero de 2017 (TDC/SAN/1/2007, Ayuntamiento de Macotera, ponente L Gabriel).

¹⁰⁰ En cierto modo, los problemas de fondo que suscita el caso son similares a los que se planteaban en RCNC de 14 de abril de 2009 (639/08 Colegio de Farmacéuticos Castilla La Mancha), confirmada por STS de 9 de Marzo de 2015, a los que nos hemos referido supra n41 y n60. Sobre el mismo caso véase RCNMC de 25 de septiembre de 2014 (S/DC/0514/14 Turno Rotatorio de Farmacias, sin ponente) y el sobre caso murciano, RCNC de 29 de abril de 2015 (SAMUR 01/14, Farmacias, sin ponente).

¹⁰¹ Los denunciadores eran Pharmazazpi, S.L. y Servicios Integrales de Farmacia (S.I.F.) S.Coop. y la denuncia fue presentada ante el Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia (TVDC, predecesor de la AVC) el 9 de mayo de 2009, la AVC.

¹⁰² Acuerdo de modificación del Concierto por el que se fijan las condiciones para la ejecución de la prestación farmacéutica y la colaboración sanitaria con el Departamento de Sanidad a través de las oficinas de farmacia de 28 de Octubre de 2008.

El convenio (y un compromiso de colaboración ulterior entre los firmantes) establecían que la dispensación de los medicamentos de fabricación industrial en esas residencias se realizase en exclusiva por oficinas de farmacia que contasen con medios propios. Adicionalmente las farmacias se comprometían a aplicar un descuento del 7% en la facturación de algunos de los medicamentos dispensados. A cambio, el Departamento de Salud se comprometía a no desarrollar el reglamento que previera la dispensación por otros operadores. La aplicación del Convenio daba lugar a un cierre del mercado de dispensación de los medicamentos de fabricación industrial en residencias para mayores, impidiendo la participación en el mercado de otros agentes que no fueran oficinas de farmacia y para las farmacias sin medios propios.

La resolución del Consejo de la AVC de 4 de septiembre de 2014 cerró el procedimiento sancionador sin multa,¹⁰³ aceptándose entre otros compromisos, el que consiste en la adopción en el plazo de dos años por el Departamento de Salud del Gobierno Vasco de un Decreto que desarrolle la Ley vasca 11/1994, de Ordenación Farmacéutica¹⁰⁴ y organice de la prestación farmacéutica para residencias de personas mayores garantizando el libre acceso y la competencia.¹⁰⁵

¹⁰³ El primer pronunciamiento de la autoridad vasca sobre el tema fue –en cierto modo– fallido: la RTVDC de 28 de febrero de 2012 ([5/2010 Servicios Farmacéuticos Residencias](#), ponente JL Crucelegui) declaró la caducidad del expediente, al haber transcurrido el período máximo de dieciocho meses que el artículo 36 de la LDC prevé para la decisión del expediente. Dado que los hechos no estaban prescritos, la AVC incoó un nuevo expediente sancionador, que dio lugar a la resolución del Consejo de la AVC de 4 de Septiembre de 2014 ([10/2012 Servicios Farmacéuticos Residencias 2](#), sin ponente).

¹⁰⁴ BOPV 135 de 15 de julio de 1994 y [BOE 30 de 4 de Febrero de 2012](#).

¹⁰⁵ Según el ¶32 de la resolución de 4 de Septiembre de 2014 ([10/2012 Servicios Farmacéuticos Residencias 2](#)): “El compromiso de impulsar el desarrollo reglamentario del artículo 27 de la Ley vasca 11/1994 mediante la aprobación de un Decreto resuelven de manera clara e inequívoca los problemas de competencia detectados. Dicho Decreto, que regulará la ordenación y prestación farmacéutica en los centros sociosanitarios, tendrá como objeto garantizar el libre acceso de los posibles operadores del sector al mercado de la prestación de servicios farmacéuticos a las residencias de personas mayores. Además, fomentará la competencia entre ellos. Pese a que el referido Decreto no tiene prevista su aprobación y puesta en marcha hasta finales de 2015, este CVC entiende que las conductas ya llevadas a cabo por los sujetos pasivos del expediente durante la tramitación de este procedimiento acreditan, por un lado, que la competencia será garantizada durante el período de transición gracias a las medidas transitorias previstas –destacando entre todas la modificación urgente del Concierto– y, por otro, que los compromisos pueden implementarse de manera rápida y efectiva.”

El compromiso asumido por el Departamento de Salud del País Vasco se detalla en el Anexo a la resolución: “A) Impulsar el desarrollo reglamentario del artículo 27 de la Ley 11/1994, de 17 de junio, de Ordenación farmacéutica del País Vasco mediante la aprobación de un Decreto que regule cuestiones relativas a materias de ordenación y prestaciones farmacéuticas en los centros sociosanitarios en el que se establecerá finalmente la reorganización de la prestación farmacéutica de conformidad con los criterios establecidos en el artículo 6 del Real Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.”

Su redacción desarrolla de manera exhaustiva cuál debe ser el contenido de la regulación que ha de adoptar el Gobierno vasco, imponiendo el respeto al libre acceso al mercado y la libre competencia como

3.3. Los convenios interadministrativos que eliminan las restricciones públicas a la competencia

El elemento común de la solución ideada por las autoridades vasca y catalana de defensa de la competencia para afrontar las intervenciones de los poderes públicos en el mercado que introducen restricciones a la competencia en el ejercicio de sus potestades públicas es la utilización de la vía terminación convencional.¹⁰⁶ No obstante, mientras que la resolución de la AVC no califica como infracción de la LDC la actuación del Departamento de Salud del Gobierno Vasco, la resolución de la ACCO sí que alude a una posible infracción del art. 2 de la LDC [aunque no sin antes decir que “*diferencia aquellas conductas en las que el Ayuntamiento de Solsona ha actuado en ejercicio de potestades públicas (ius imperii), excluidas del ámbito de aplicación de la LDC, del comportamiento del Ayuntamiento de Solsona como operador económico*”]¹⁰⁷.

uno de los principios rectores de la misma: “El Decreto deberá respetar la normativa de competencia. A tal fin garantizará el libre acceso al mercado de los posibles operadores del sector y la libre competencia entre los mismos dentro de los márgenes establecidos por la Ley en este sector regulado. Este Decreto incorporará los requisitos a cumplir por los centros sociosanitarios en materia de ordenación y prestación farmacéutica, y comprenderá entre otros los siguientes aspectos tanto en lo relativo a los servicios de farmacia como a los depósitos de medicamentos:

- Ámbito de aplicación.
- Modelo de prestación farmacéutica en centros sociosanitarios.
- Funciones y actividades propias de atención farmacéutica.
- Medios humanos adscritos.
- Requisitos técnicos de infraestructura y de localización.
- Procedimientos de control.”

Finalmente, el compromiso incluye una descripción de la metodología y el proceso que se seguirá para la adopción del Decreto (incluyendo un cronograma orientativo de los pasos a seguir) y en el que se incluye, destacadamente, la remisión del proyecto de Decreto a la AVC se entiende que para que ésta informe al respecto (“en aras de facilitar el seguimiento de los compromisos presentados por las partes en el curso del expediente sancionador”).

¹⁰⁶ Véanse artículos 52 de la LDC y 39 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (BOE 50 de 27 de Febrero de 2008) y artículo 86 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (BOE236 de 2 de Octubre de 2015). Acaso la utilización de la vía convencional para instar a la modificación de Ordenanzas municipales en este tipo de asuntos arranque de las RRCNC de 28 de diciembre de 2011, SANC 235/10, Convenios FEMP/Consejos Generales de Colegios Profesionales (ponente M^a J González)-aunque la FEMP no es una Administración pública- y de 16 de Noviembre de 2012, 05/2011 Convenio Ayuntamientos/Colegio de Arquitectos, ponente I Gutiérrez). De hecho, a raíz de esta última, el municipio madrileño de San Sebastián de los Reyes modificó su Ordenanza Municipal de Tramitación de Licencias siguiendo los dictados de la CNC, véase RCNMC de 7 de Noviembre de 2015 (VSANC MAD 05/2011 Convenio Ayuntamientos/Colegio de Arquitectos, sin ponente).

¹⁰⁷ Similar solución se alcanzó en la reciente RTCDC de la ACCO de 16 fe Febrero de 2017 (63/2014 Feria de Sant Ermengol ponente JM^a Arauzo) contra el Ayuntamiento de la Seu D’Urgell, en la que se afirma “la conducta analizada en este expediente y que presuntamente ha infringido la LDC consiste en una normativa local destinada a regular la distribución de espacios en la Feria de Sant Ermengol (Criterios a

En cualquier caso, tanto la AVC como ACCO llegaron a un acuerdo con las Administraciones en cuestión para que reformaran las normas que generaban una distorsión de la competencia en el mercado. El modelo catalán constituye una primera aproximación al pacto como remedio frente a la intervención pública que distorsiona la competencia; la alternativa vasca avanza más en la línea de la concertación y es la expresión máxima de la vía pacticia, que lleva al límite los compromisos asumidos de una autoridad de defensa de la competencia con los poderes públicos.

De alguna manera, a través del acuerdo con las Administraciones implicadas se orillan los problemas jurídicos que suscitan las condenas de la CNC a la CAP de la Junta de Andalucía y a la CIT de la Generalitat Valenciana, que antes se han reseñado. En efecto, aunque el ejercicio de sus potestades públicas en aquéllos casos fuera manifiestamente desviado, e incluso pueda calificarse de ilegal, la CNMC y las autoridades autonómicas no pueden hacer nada que no sea emplear la herramienta impugnatoria de las normas o actos administrativos de los que se deriva la restricción a la competencia. Como ya se ha dicho, lo anterior puede no resultar muy efectivo, pues la sentencia dictada en los respectivos procedimientos contencioso-administrativos llegará tarde, cuando la intervención pública anticompetitiva haya desplegado sus efectos negativos en el mercado. Por ello, al margen de otras consideraciones jurídicas sobre qué hacer con las autoridades públicas que introducen esas restricciones (lo cual puede ser clave para disuadirlas de hacerlo en el futuro),¹⁰⁸ la solución ideada por la ACCO y la AVC en los casos comentados proporciona una respuesta inmediata al problema. En el fondo de las resoluciones yace una singular utilización de la vía de la promoción y abogacía de la competencia en el marco de un procedimiento sancionador.

Sin embargo, estos atípicos convenios que la ACCO y la AVC celebran con los titulares de potestades administrativas de regulación en sus respectivos ámbitos no dejan de plantear algunas dudas.¹⁰⁹ En efecto, a instancias de las autoridades autonómicas de defensa de la competencia la Administración autonómica y la local asumen voluntariamente que el ejercicio de sus competencias de regulación siga los parámetros trazados por aquéllas, sometiéndose a su supervisión y control. La voluntariedad hunde sus raíces en que esas Administraciones –en el ejercicio de sus competencias de regulación– no están sujetas a las potestades sancionadoras de que son titulares las autoridades de competencia:¹¹⁰ ni la ACCO ni la AVC pueden forzar a las autoridades locales o municipales a adoptar una normativa reglamentaria con un contenido respetuoso con la competencia.¹¹¹ Eso escapa de

seguir para la distribución de espacios en la Feria de Sant Ermengol), aprobada por el Ayuntamiento de la Seu d'Urgell" (FD2º), sin precisar que artículo de la LDC se habría infringido.

¹⁰⁸ Nos remitimos de nuevo a MARCOS (2017A).

¹⁰⁹ No pueden considerarse convenios interadministrativos en el sentido del artículo 48.9 de la LRJSP.

¹¹⁰ Véase HUERGO (1998: 32, nota 10).

¹¹¹ Aunque, como ya se ha dicho antes, se trate de una exigencia que quepa extraer de la normativa constitucional –art. 103.1 de la Constitución– y de la legislación sobre el ejercicio de la potestad

sus potestades. Es verdad que nada impide que consigan, por la vía que sea (la terminación convencional en estos dos casos; o cuando sea posible, por la vía preventiva e informal previa al eventual ejercicio de las impugnaciones previstas en los arts. 5.4 de la Ley 3/2013 y 13.2 de la LDC)¹¹² que dichas autoridades voluntariamente reformen sus normas (o las adopten en el caso del Gobierno vasco) adhiriéndose a los mandatos de las autoridades autonómicas.¹¹³

Finalmente, no se ocultan los problemas que la solución empleada por la ACCO y por la AVC puede plantear. Estas autoridades tienen poca salida ante el eventual incumplimiento del compromiso asumido por la administración (local o autonómica) de ejercer sus potestades reglamentarias de determinada manera en un plazo concreto de tiempo. ¿Qué pueden hacer las autoridades de competencia en tal caso? Se dirá que entonces se activan los mecanismos ordinarios de vigilancia del acuerdo y las eventuales sanciones frente a dicho incumplimiento, pero normalmente eso supondría regresar –al menos parcialmente– al problema inicial de las limitaciones de la defensa de la competencia para atajar convenientemente por la vía sancionadora algunas intervenciones públicas de corte anticompetitivo.

4. Conclusiones

La aplicación de las prohibiciones de prácticas anticompetitivas a las actuaciones de la Administración pública en ejercicio de las potestades y prerrogativas públicas que legalmente se le reconocen constituye una novedad reseñable en algunas recientes decisiones de las autoridades de defensa de la competencia en España. Con ocasión de las sanciones al cártel de la uva y el mosto de Jerez y al cártel del transporte en el Puerto de Valencia la CNC condenó a las Administraciones autonómicas como “facilitadoras” de los cárteles.

La escasa nitidez de la figura del “facilitador” de las infracciones ha permitido a la CNC utilizarla para combatir conductas de los poderes públicos que, inspiradas en otros objetivos sectoriales sin amparo normativo (ni legal ni de otra clase), minorasen la efectividad de las normas de defensa de la competencia. El resultado contrasta con la

reglamentaria, que ha de respetar la LDC, véanse v. gr., arts. 23.1 y 2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno ([BOE 285 de 28 noviembre de 1997](#)).

¹¹² Frente a la escasa transparencia de una utilización “silenciosa” del mecanismo impugnatorio, la solución italiana escapa de toda opacidad y quizás ello haya influido en su éxito (véase supra n49).

¹¹³ Igualmente, con carácter preventivo y antes de la adopción de cualquier normativa potencialmente restrictiva de la competencia (ex ante) una manifestación de esta opción se encuentra en la intervención de las autoridades de defensa de la competencia en el proceso de elaboración de las normas con sus informes previos [algo que, por cierto, en relación con los mercados de los servicios funerarios y mortuorios en Cataluña, la ACCO ha realizado en su informe de 14 de Abril de 2016 ([OB 24/2016, Ordenanza de servicios funerarios de Manresa](#)), en el que efectúa una valoración, desde una óptica de competencia, del texto refundido de la Ordenanza reguladora de los servicios funerarios del municipio de Manresa].

praxis de la CNC y el TDC en casos similares en el pasado y con la existencia de instrumentos de promoción y abogacía de la competencia (incluida la impugnación en vía jurisdiccional) destinados y diseñados a afrontar este tipo de actuaciones de los poderes públicos.

En cualquier caso, el Tribunal Supremo ha ratificado la condena a la Junta de Andalucía mediante sentencia de 18 de julio de 2016. Este trabajo examina críticamente los argumentos utilizados para fundamentar la condena a la Junta de Andalucía y a la Generalitat de Valencia. Aunque las Administraciones autonómicas realizaron un ejercicio desviado de sus competencias, promoviendo la conducta anticompetitiva de los agentes sancionados, la condena por la CNC presenta dificultades de encaje en la vigente LDC. Adicionalmente, constituye una actuación de la autoridad nacional de competencia que se desmarca de la jurisprudencia del TJUE, suponiendo una aplicación exorbitante de las prohibiciones de prácticas anticompetitivas del TFUE.

Asimismo, se analizan las decisiones de varias autoridades autonómicas de defensa de la competencia que utilizan la vía de la terminación convencional para reconducir las actuaciones administrativas que promueven o provocan restricciones a la competencia como una solución alternativa, a medio camino entre los procedimientos sancionadores y la promoción y abogacía de la competencia, que puede proporcionar un resultado más efectivo, aunque no esté exenta de problemas.

Finalmente, el que las conductas de los poderes públicos en los casos referidos no sean perseguibles a través del Derecho de defensa de la competencia no significa que necesariamente deban quedar impunes. Al margen de mecanismos indirectos de reacción frente a las actuaciones administrativas de corte anticompetitivo, que requieren acudir a los tribunales para evitarlas y que, en muchos casos pueden no resultar eficaces frente actuaciones materiales de la Administración, las soluciones deben encontrarse en la regulación relativa a la responsabilidad de los altos cargos y funcionarios públicos por sus actuaciones contrarias a la Ley.

5. *Tabla de jurisprudencia citada**Tribunal de Justicia de la Unión Europea*

<i>Fecha y Sala</i>	<i>Asunto</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>ECLI</i>
14.04.2014, 2ª	EasyPay and Financial Engineering	C-184/14	J L Da Cruz Vilaça	EU:C:201 5:716.
28.02.2013, 2ª	Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas y Autoridade da Concorrência	C-1/12	A Arabadjiev	EU:C:201 2:127
12.07.2012, 3ª	Compass Datenbak GmbH c. Austria	C-138/11	K Lenaerts	EU:C:201 2:449
26.03.2009, 2ª	Selex Sistemi Integrati Spa c. Comisión	C-113/07P	P Curis	EU:C:200 9:191
01.07.2008, Gran Sala	Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) c Elliniko Dimosio	C-49/07	J Klučka	EU:C:200 8:376
11.07.2006, Gran Sala	Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) c. Comisión	C-205/03P	S Von Bahr	EU:C:200 6:453
26.03.04, Gran Sala	AOK Bundesverband et al.	C-264/01, 306/01, 354/01 y 355/01	S Von Bahr	EU:C:200 4:150
22.01.2002, 5ª	Cisal di Battistello Venanzio & C. Sas c. INAIL	C-218/00	M Wathelet	EU:C:200 2:36
09.09.2003, Gran Sala	Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) c. AGCM	C-198/01	M Wathelet	EU:C:200 3:430
19.01.1994, Gran Sala	SAT Fluggesellschaft	C-364/92	F Grévisse	EU:C:199 4:7
18.03.1997, Gran Sala	Diego Cali & Figli	C-343/94	JG Kapteyn	EU:C:199 7:160
17.02.1993, Gran Sala	Poucet y Pistre,	C-159/91 y C-160/91	JC Moitinho de Almeida	EU:C:199 3:63
24.10.1992, 6ª	Aéroports de Paris c. Comisión	C-82/01P	JN Cunha Rodrigues	EU:C:200 2:617
19.11.1977, Gran Sala	SA G.B.-INNO-B.M. c. Association des détaillants en Tabac (ATAB) Asbl	13/77	A Mackenzie Stuart	EU:C:197 7:185

Tribunal General de la Unión Europea

<i>Fecha y Sala</i>	<i>Asunto</i>	<i>Ref.</i>	<i>ECLI</i>
13.12.2006, 1ª	FNCBV & FNSEA c Comisión	T-217/03 y T-245/03	EU:T:2006:391
29.07.93, 2ª	Asia Motor France et al. c. Comisión	T-7/92	EU:T:1993:52
06.04.95, 1ª	Tréfilunion S.A. c. Comisión	T-148/89	EU:T:1995:68

Tribunal Supremo

<i>Fecha, Sala y Secc.</i>	<i>Asunto</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>ECLI</i>
16.12.2016, 3ª, Secc. 3ª	Aut. Portuaria Valencia	ST 5513/2016	AR Arozamena	ES:TS:2016:5513
18.07.2016, 3ª, Secc. 3ª	Junta de Andalucía	STS3525/2016	E Calvo	ES:TS:2016:3525
29.07.2015, 3ª, Secc. 3ª	Colegio Notarial Asturias	STS3641/2015	E Espín	ES:TS:2015:3641
09.03.2015, 3ª, Secc. 3ª	J. Comunid. Castilla-La Mancha	STS800/2015	E Calvo	ES:TS:2015:800
14.06.2013, 3ª, Secc. 3ª	Ayto. Palma Mallorca	STS3139/2013	M Campos	ES:TS:2013:3139
26.04.2010, 3ª, Secc. 3ª	Colegio Notarial Bilbao	STS2063/2010	Mª I Perelló	ES:TS:2010:2063
02.06.2009, 3ª, Secc. 3ª	Colegio Notarial Madrid	STS3795/2009	JM Bandrés	ES:TS:2009:3795
04.11.2008, Pleno	CGAE	STS6610/2008	E Espín	ES:TS:2008:6610
07.11.2007, 3ª, Secc. 5ª	Ayto. Torrevecija	STS7499/2007	R Fernández	ES:TS:2007:7499
19.06.2007, 3ª, Secc. 3ª	Col. Arquitectos Vasco- Navarro	STS4763/2007	E Espín	ES:TS:2007:4763
13.04.2002, 3ª, Secc. 6ª	Salvat Editores, S.A.	STS2602/2002	JE Peces	ES:TS:2002:2602

Audiencia Nacional

<i>Fecha, Sala y Secc.</i>	<i>Asunto</i>	<i>ROJ</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>ECLI</i>
06.02.2017, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 6ª	Aut. Portuaria Barcelona	SAN418/2017	SBMª Santillán, v. partic. S Soldevilla	ES:AN:2017:418
25.01.2016, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 6ª	Aut. Portuaria de Valencia	SAN205/2016	AI Resa	ES:AN:2016:205
16.07.2013, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 6ª	Junta de Andalucía	SAN3472/2013	L Acín	ES:AN:2013:3472
26.02.2013, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 6ª	Amegrove S. Coop	SAN1052/2013	M Pedraz	ES:AN:2013:1052
26.02.2013, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 6ª	AGAME, SOCOMGAL, CONS UDRA y AMC	SAN1053/2013	M Pedraz	ES:AN:2013:1053
15.01.2010, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 6ª	Asociación de Industrias Feriantes de Navarra	SAN1587/2010	JMª del Riego	ES:AN:2010:1587
18.02.2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 6ª	Ambulancias Orense	SAN6375/2009	JMª del Riego	ES:AN:2009:6375
06.05.1999, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 6ª	Mesa Interprofesional Manzana-Sidra Asturias	SAN2896/1999	M Fernández	ES:AN:1999:2896

6. Bibliografía

T BAUMÉ (2013) "OTOC: The Provision of Training by Professional Associations" *Journal of European Competition Law & Practice* 4/4, págs. 319-321.

L BERENGUER (2004) "Sistema de Defensa de la Competencia", [Documento de Trabajo 54/2004, Fundación Alternativas](#), 1 de junio.

E BERNARD (2009) "L'« activité économique », un critère d'applicabilité du droit de la concurrence rebelle à la conceptualisation" *Revue Internationale du droit Economique* 13/3, págs. 353-385

AM^a BUENO (2010) "El principio de legalidad sancionadora (II): El principio de tipicidad" en REBOLLO M, IZQUIERDO M, ALARCÓN L & BUENO AM^a *Derecho Administrativo Sancionador*, Lex Nova, págs. 159-199.

G Y M CHAN (2009) "Administrative Monopoly and the Anti-Monopoly Law: an examination of the debate in China" *Journal of Contemporary China* 18, págs. 263-283.

T K CHENG (2015) "Abuse of administrative monopoly in China" en J DREXL & V BAGNOLI (eds) *State-initiated restraints to competition*, Edward Elgar-ASCOLA, págs. 135-165.

F CINTIOLI (2012) "Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ex art 21bis della legge n. 287/1990 e sulla legittimazioni a ricorrere delle autorità indipendenti" *Il nuovo diritto amministrativo* 2, págs. 3-14.

CNC (2009) *Guía para la elaboración de memorias de competencia de los proyectos normativos*, Enero.

CNC (2008) *Recomendaciones a las administraciones públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia*, 17 de junio.

J COSTAS (2016) "La participación de la Administración en un cártel es una conducta anticompetitiva típica y antijurídica" *Competencia y Regulación* 2 de Septiembre.

J COSTAS & J HORTALÁ (2014) "La tipificación de la actividad de la administración como facilitadora de cárteles" *Anuario de la Competencia* 2013, págs. 1413-1431.

J COSTAS (2013) "La sujeción de la actividad de la administración al Derecho de la competencia" en A TOBÍO (coord) *Libro homenaje al prof Gómez Segade*, 369-381.

J DREX (2015) "The competition dimension of the European regulation of public sector information and the concept of an undertaking" en J DREXL & V BAGNOLI (eds) *State-initiated restraints to competition*, 64-100.

E M FOX & D HEALEY (2014) "When the State Harms Competition-The role for competition Law" *Antitrust Law Journal* 79, págs. 769-820.

W FRENZ (2016) *Handbook of EU Competition Law*, trad C R AIRD, Springer.

D GERARDIN & E ELHAUGE (2011) *Global Competition Law and Economics*, 2^a ed, Hart.

A HUERGO (1998) *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, Civitas.

A IBRAHIM (2015) “A re-evaluation of the concept of economic activity for the purpose of EU competition rules: the need for modernisation” *European Competition Journal* 11/1, págs. 265-286.

J C LAGUNA (2014) “La Comisión Nacional de Mercados y Competencia como autoridad de defensa de la competencia” en M CARLÓN (dir) *La Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia*, Civitas, págs. 267-296.

B LUNDQVIST (2013) “Turning Government Data in to Gold”: The Interface Between EU Competition Law and the Public Sector Information Directive—With Some Comments on the Compass Case” *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 44/1, págs. 44:79-95.

F MARCOS (2017A) “¿Por qué la Administración Pública promueve o participa en la organización de un cártel y qué puede hacerse frente a ello?” *WP IE Law School*, Marzo 2017.

F MARCOS (2017B) “Independencia de las autoridades españolas de defensa de la competencia”, *WP IE Law School* AJ8-236, Enero.

F MARCOS (2017C) “Las prohibiciones de prácticas anticompetitivas (TFUE y LDC): ¿es infractor quien facilita la comisión de las conductas prohibidas?” en LL. CASES (dir) *Anuario de la Competencia* 2016, 381-414.

F MARCOS (2016A) “Tribulaciones autonómicas frente a las restricciones públicas de la competencia (I) y (II)” *Blog Competencia y Regulación* 6 y 8 de mayo.

F MARCOS (2016B) “¿De verdad estaba caducado el expediente resuelto por la RCNC de 27 de Septiembre de 2013 (S/314/10 Puerto de Valencia)?” *Osservatorio antitrust* 4 de Mayo.

F MARCOS (2015A) “Comentario al artículo 4” en J MASSAGUER, J FOLGUERA, A GUTIÉRREZ & J SALA (dirs) *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, 4ª ed., Civitas, págs. 298-399.

F MARCOS (2015B) “Restricciones públicas de la competencia” *Papeles de Economía Española* 145, págs. 48-70.

F MARCOS (2015C) “Matrioskas judiciales en la revisión del cártel de seguro decenal” *Almacén de Derecho* 3 de Agosto.

F MARCOS (2012) “El ámbito de aplicación subjetivo de la LDC y la condena de la Junta Andalucía en el cartel de las uvas y vinos de Jerez: Comentario a la RNCN de 6 de octubre

de 2011, S/0167/2009 Productores de Uva y Vinos de Jerez" *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución* 11, págs. 253-276.

F MARCOS (2009) "¿Pueden las Administraciones Públicas infringir la LDC cuando adquieren bienes o servicios en el mercado? Comentario a la RCNC de 14 de Abril de 2009 (639/08)" *ADI* 29, págs. 839-863.

M MARQUIS (2013) "Abuse of administrative power to restrict competition in China: Four reflections, two ideas and a thought" en M FAURE & X ZHANG (ed) *The Chinese Anti-Monopoly Law. New Developments and Empirical Evidence*, Edward Elgar, págs. 73-141.

O MEDINA (2003) "Ejercicio de la abogacía, pacto de cuota litis y defensa de la competencia (consideraciones en torno a la RTDC de 26 de septiembre de 2002)" *Anuales de la Facultad de Derecho (U. La Laguna)* 30 diciembre, págs 63-84.

J ORTEGA (2017) "¿Se puede sancionar a la Administración en el ámbito de la Defensa de la Competencia? Comentario a la STS de 18 de julio de 2016" *Almacén de Derecho* 31 de enero.

J ORTEGA (2014) "La aplicación de las normas de la competencia a los Gobiernos y Administraciones Locales y sus Excepciones al amparo de la legislación de régimen local" *Revista de Economía ICE* 876, págs. 57-74.

C PADRÓS (2013) "La presencia de la Administración pública en cárteles privados: la regulación administrativa-colusoria" *Revista General Derecho Administrativo* 32, págs. 1-26.

A PALOMAR (2013) "El control de las administraciones públicas desde una perspectiva general. Insuficiencias del sistema actual" en A PALOMAR & M GARCÉS (dirs) *La Gestión de los fondos públicos: control y responsabilidades. Los derechos de los ciudadanos, las garantías y las vías de actuación para su efectividad*, Thomson, págs. 41-115.

M POIARES (2010) "The Chameleon State. EU Law and the blurring of the private/public distinction in the Market" en R NICKEL (ed) *Conflict of Laws and the Laws of Conflict in Europe and Beyond*, Intersentia, págs. 279-292.

M REBOLLO (2015) "Los principios de legalidad, personalidad y culpabilidad en la determinación de los responsables de las infracciones" en M REBOLLO, M LÓPEZ & E CARBONELL (coords) *Régimen Jurídico Básico de las Administraciones Públicas. Libro Homenaje al Profesor L. Cosculluela*, Iustel, 843-864.

A RINCÓN & A VÁZQUEZ (2016) "¿Puede la Administración ser sancionada por infringir el Derecho de la Competencia cuando no actúa como empresa?" *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia* 79, págs. 125-147.

A SÁNCHEZ GRAELLS & I HERRERA “Revisiting the concept of undertaking from a public procurement law perspective-a discussion on EasyPay and Finance Engineering” *European Competition Law Review* 37 (2016) 93-98.

MA SANDULLI (2013) “La legittimazione dell’AGCM a ricorrere avverso i provvedimenti della p.A. ex art. 21-bis l. 287/1990 e la violazione delle norme sugli aiuti di Stato” en LF PACE (dir) *Dizionario Sistematico del Diritto della Concorrenza*, Jovene, págs. 785-795.

A SMITH (1999) *Investigación sobre la naturaleza y causas de las riquezas de las naciones* trad. G FRANCO, FCE.

P YANES (2014) “La facilitación pública del cártel” en L VELASCO, M ECHEVARRIA & C HERRERO (coords) *Acuerdos horizontales, mercados electrónicos y otras cuestiones actuales de competencia y distribución*, Lex Nova, págs. 29-59.