

ANUARIO DE LA COMPETENCIA 2013

DIRECCIÓN

LLUÍS CASES

Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Barcelona
Socio Garrigues, Abogados y Asesores Tributarios

FUNDACIÓN ICO

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2014

SUMARIO

	<u>Pág.</u>
Presentación (Fundación ICO).....	9
 PRIMERA PARTE. ESTUDIOS	
La tipificación de la actividad de la Administración como facilitadora de cárteles (Julio COSTAS Y COMESAÑA y Joaquim HORTALÀ I VALLVE).....	13
Towards an Effective Right to Full Compensation: The Proposal for a Directive on Antitrust Damages Actions (Carles ESTEVA MOSSO, Daniele CALISTI and Luke HAASBEEK).....	33
Política de competencia y programas de clemencia: una revisión desde la economía del derecho (Miguel CUERDO MIR).....	45
Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC): FAQ (Carlos PADRÓS REIG).....	67
The use of economic theory and evidence in Univeral MUSIC GroUp/EMI music (Enrique ANDREU and Jorge PADILLA).....	119
La reciente doctrina de la Audiencia Nacional en torno al cálculo de las multas por infracciones de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia; ¿Hacia el fin de una política de competencia eficaz? (Vera SOPEÑA BLANCO y Héctor OTERO OTERO).....	133
Precios excesivos y dominancia colectiva: El caso de los mensajes cortos de telefonía móvil (Jordi FORNELLS y Juan Enrique GRADOLPH).....	173
Cuestiones actuales sobre las ayudas de estado a los clubes de fútbol. Propuestas de solución jurídica a algunos supuestos controvertidos (Luis BERENGUER FUSTER y Nuria ARENAS MONTAÑANA).....	203
Competencia y sector agroalimentario (Beatriz DE GUINDOS TALAVERA).....	231
El proceso de concentración bancaria en España (María Jesús MAZO VENERO).....	249
Análisis estratégico de la armonización fiscal en la Unión Europea. Un enfoque competitivo (Juan CORONA).....	269

	Pág.
El trámite de información y observaciones del artículo 11.4 del Reglamento 1/2003 y su encaje en el procedimiento sancionador español (Francisco CANTOS BAQUEDANO y Jonathan ENTRENA ROVERS)	281
Las participaciones minoritarias en empresas competidoras (Marta BARDÓN FERNÁNDEZ-PACHECO).....	301
Problemas derivados de la atribución europea de responsabilidad a las sociedades matrices por los ilícitos anticompetitivos de sus filiales: de <i>Stora a Portielje</i> , pasando por <i>Akzo Nobel</i> y <i>Elf-Aquitaine</i> (Fernando DÍEZ ESTELLA y Patricia PÉREZ FERNÁNDEZ)	321
La actividad de los mercados centrales mayoristas de productos perecederos y la justificación de las reservas municipales de actividad (Juan Manuel CONTRERAS y Yara SUÁREZ)	359

SEGUNDA PARTE. DIRECCIONES DE INTERNET

Unión Europea	383
Europa no comunitaria.....	385
América.....	385
Asia y Australia.....	386
África	387
Organizaciones internacionales.....	387
Otras direcciones de interés	388

PRESENTACIÓN

La Fundación ICO presenta un año más el Anuario de la Competencia, obra plenamente consolidada y conocida por todas aquellas personas interesadas en materias relacionadas con la Economía y el Derecho de la Competencia. La Fundación ICO ha colaborado en la publicación de esta obra desde su aparición, cuando los estudios relacionados con estos campos eran todavía poco frecuentes y los profesionales dedicados a esta especialidad, escasos.

En la actualidad, podemos afirmar que este Anuario se ha convertido en una obra de referencia para todas aquellas personas interesadas en esta materia, que suscita cada vez más interés, encontrando en esta publicación una fuente de consulta e información de gran ayuda. Los expertos que colaboran año tras año en esta obra constituyen por sí mismos una garantía de rigor y seriedad de su contenido.

El ejercicio 2013 da cuenta de las principales novedades aparecidas y reproduce documentos de especial relevancia emitidos en dicho ejercicio, todo ello en las secciones ya habituales, siendo el orden de presentación similar a las ediciones de años anteriores: estudios de especialistas, legislación y jurisprudencia.

En materia de competencia, una de las principales novedades de este año, sin duda alguna, ha sido la fusión de varios organismos reguladores sectoriales en un único organismo, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC). El principal objetivo de este organismo es garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios.

Su entrada en vigor supone una modificación institucional de gran calado, puesto que se crea un «macrorregulador» económico que integra en un único organismo las siguientes autoridades: la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), la Comisión Nacional de la Energía (CNE), la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), la Comisión Nacional del Sector Postal, el Comité de Regulación Ferroviaria, la Comisión Nacional del Juego, la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria y el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales. Esta reforma sin precedentes trata de conseguir, a la vez, una simplificación administrativa y una efica-

cia en la gestión de los recursos públicos, evitando duplicidades y aprovechando economías de escala.

Asimismo, esta obra aborda con profundidad otros temas de indudable interés para cualquier lector interesado en la materia, cuestiones tan de actualidad y variedad como las ayudas de Estado a los clubes de fútbol, los precios excesivos y dominancia colectiva en el caso concreto de los mensajes cortos de telefonía móvil o el proceso de concentración bancaria en España.

En este sentido, habría que destacar el histórico proceso de concentración bancaria al que estamos asistiendo en España. Como ya se apuntaba en la anterior edición, desde el inicio de la crisis financiera mundial la Comisión ha desarrollado un marco de orientación y evaluación para los Estados en el que señala la base concreta sobre la cual ha de declararse la compatibilidad con el mercado común de las medidas adoptadas a favor de las instituciones financieras. Por lo que se refiere al régimen de concentraciones, la cuestión más destacada ha sido la de dilucidar si el estándar que se emplea cotidianamente para autorizar estas operaciones ha de ser flexibilizado a fin de amparar todas las fusiones y adquisiciones que se están llevando a cabo en la actualidad entre instituciones financieras de relevancia sistémica.

El resultado evidente, sin entrar en otras valoraciones, es que se ha asistido a una histórica reordenación del mapa financiero español desde el inicio de la crisis del que podemos afirmar que el ICO ha sido testigo de primera mano. Es sobradamente conocido que el ICO, al carecer de sucursales, utiliza la fórmula de la mediación en colaboración con las Entidades Financieras implantadas en España para distribuir sus líneas de financiación, que son las encargadas de comercializar a través de sus redes de oficinas las líneas de financiación del ICO a las que se dirigen directamente los clientes interesados. Por ello, el ICO ha sido un «espectador» privilegiado en este proceso de concentración bancaria ya que ha tenido que adaptarse a esta situación nunca antes ocurrida con esta magnitud en España.

Es evidente que las operaciones de concentración provocan una modificación temporal o permanente de la estructura de los mercados que, en determinados casos, puede tener efectos negativos para la competencia en dichos mercados. El papel de la política de Competencia debe velar en estos casos por mantener abiertos los mercados y controlar las posibles distorsiones que resulten de esta situación, así como eliminar posibles barreras artificiales a la entrada en el mercado.

No quisiéramos dejar de agradecer un año más a todos los profesionales que han participado en la elaboración de esta obra y en especial a su director, Lluís Cases, su análisis exhaustivo y certero de cada una de las cuestiones abordadas, lo que hace de este informe una obra de referencia.

PRIMERA PARTE

ESTUDIOS

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

Julio COSTAS COMESAÑA *

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Vigo

Joaquim HORTALÀ I VALLVÉ **

Jefe de la Asesoría Jurídica de la CNMC

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

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

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

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

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

¹ Recordemos que la disposición adicional 4.^a1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), establece el siguiente concepto de empresa: «Se entiende por empresa cualquier persona o entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación». Concepto que se corresponde con el utilizado en la jurisprudencia europea: entre otras muchas, SSTJUE de 23 de abril de 1991, C-41/90, *Höfner y Elser*, apartado 21, y de 22 de enero de 2002, C-218/00, *Cisal*, apartado 22.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. EL CASO DEL CÁRTEL DE PRODUCTORES DE JEREZ

A. IMPUTACIÓN Y ALEGACIONES DE DEFENSA

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

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

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

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

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

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

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

B. DOCTRINA DEL CONSEJO DE LA CNC

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

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

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

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

¹³ Véase *supra* nota 8.