

## DESARROLLO RECIENTE DE LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA A LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

### Desarrollo reciente de la aplicación de las normas de defensa de la competencia a las Administraciones Públicas

*La Comisión Nacional de la Competencia («CNC») ha considerado en una resolución reciente que las conductas de las Administraciones Públicas en ejercicio de sus potestades pueden constituir infracciones de las normas de defensa de la competencia. Este pronunciamiento supone una novedad en relación con la práctica tradicional de la CNC, que venía considerando que las Administraciones Públicas solamente podían resultar infractoras cuando actuasen en el mercado como operadores económicos.*

### Recent developments on the application of Competition Rules to the Public Sector

*The Spanish Competition Commission («CNC») has traditionally considered that public authorities may breach competition rules only when they act as economic operators in the market. However, in a recent resolution the CNC has stated that conducts carried out by public authorities in the exercise of their public powers may also be deemed as competition law infringements.*

### Sujeción de las Administraciones Públicas a las normas de defensa de la competencia

Uno de los objetivos principales de las normas de defensa de la competencia es evitar y, en su caso, sancionar las conductas que produzcan, o puedan producir, el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado. Dada la definición anterior, parece lógico afirmar que los destinatarios de las normas de defensa de la competencia son los agentes económicos particulares, que operan en el mercado movidos por sus intereses comerciales y que, por tanto, podrían beneficiarse de los efectos de las conductas antes mencionadas.

En efecto, las conductas prohibidas por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia («LDC») suelen ser llevadas a cabo o promovidas por empresas que buscan mejorar, afianzar o asegurar su posición en el mercado a través de comportamientos anticompetitivos. Cabe destacar, entre otras conductas, la fijación de precios y condiciones comerciales, la limitación de la producción, el reparto del mercado, la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones similares que colocan a unos competidores en situación desventajosa o las ventas vinculadas.

Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse en cuenta que las Administraciones Públicas también están sujetas a las normas de defensa de la competencia. En primer lugar, cabe recordar que en los artículos 9 y 103.1 de la Constitución se establece el sometimiento general de los poderes públicos al ordenamiento jurídico. Dado que las normas de defensa de la competencia están integradas en el ordenamiento jurídico español a través de la LDC, el Reglamento de Defensa de la Competencia

(«RDC»), aprobado por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, y las diferentes normas de Derecho de la Unión, la actuación de todas las entidades y organismos que integran la Administración Pública deben, por tanto, respetar las prohibiciones que en ellas se contienen. Adicionalmente, el apartado 2 del artículo 4 de la LDC establece de manera expresa que las normas de defensa de la competencia se aplicarán a las situaciones de restricción de la competencia que sean causadas por la actuación de los poderes públicos o de las empresas públicas cuando no cuenten con amparo legal. Dicho sometimiento ha sido confirmado por el Tribunal Supremo, que ha afirmado que el ejercicio de funciones públicas no exime a las Administraciones Públicas de la obligación de cumplir las normas establecidas en la LDC y demás regulación de defensa de la competencia.

De acuerdo con lo anterior, y con las resoluciones recientes de la CNC que se estudiarán en los apartados siguientes, las conductas de las Administraciones Públicas que resulten contrarias a las normas de defensa de la competencia podrán ser investigadas y, en su caso, sancionadas por la CNC. No obstante, debe tenerse en cuenta la excepción contenida en el apartado 2 del artículo 4 de la LDC, en virtud de la cual, sin perjuicio de la eventual aplicación de las normas de Derecho de la Unión en materia de defensa de la competencia, se excluye la aplicación de las prohibiciones contenidas en la LDC a las actuaciones de los poderes o empresas públicas que estén amparadas por ley. La interpretación de esta excepción debe ser restrictiva. Solamente estarán exentas aquellas conductas que estén amparadas por normas con rango de ley formal, pudiendo tratarse tanto de leyes estatales como de leyes autonómicas.

Por tanto, no quedarán exentas de la aplicación de las prohibiciones recogidas en la LDC las conductas de las Administraciones Públicas que estén amparadas únicamente por normas de rango inferior a la ley. Adicionalmente, la CNC ha entendido que esta exención legal debe ser expresa y clara, considerando que no cabe hablar de amparo legal sino en los casos en los que la ley permite expresamente una práctica objetivamente anticompetitiva. En este sentido, la CNC ha rechazado sistemáticamente las alegaciones que defienden que una conducta cuenta con amparo legal suficiente cuando las competencias de una Administración Pública están previstas de manera genérica en una norma con rango de ley. Por el contrario, ha considerado que no puede existir ningún tipo de duda sobre el hecho de que la actuación concreta esté permitida.

Lo expuesto en los párrafos anteriores es de aplicación a los actos adoptados por las Administraciones Públicas tanto en el ejercicio de sus potestades administrativas como cuando actúan en igualdad de condiciones con el resto de operadores de mercado. En cambio, debe plantearse si las prohibiciones anteriores son de aplicación al ejercicio de la potestad normativa de la Administración. Dado que la LDC es una norma con rango de ley, cualquier norma de rango inferior, que no esté amparada por una ley posterior o especial, no podrá amparar conductas prohibidas por esta. No obstante, la operativa de esta prohibición no es simple. Mientras que la CNC y las autoridades autonómicas están facultadas para investigar y sancionar actos de las Administraciones Públicas, no se encuentran habilitadas para anular las disposiciones de carácter general que sean contrarias a la competencia. Sin embargo, lo anterior no impide que tanto la CNC como las autoridades autonómicas de defensa de la competencia puedan ejercer cierto control sobre dichas normas. Así, en los artículos 12.3 y 13.2 de la LDC se reconoce su legitimación para impugnar las disposiciones generales de rango inferior a la ley de las que «se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados». Dicha impugnación podrá hacerse efectiva ante los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa.

### **Actuaciones de las Administraciones Públicas contrarias a las normas de defensa de la competencia**

Una vez planteado el sometimiento de los organismos, empresas y corporaciones de carácter público

a las normas de defensa de la competencia, procede identificar qué actuaciones de las Administraciones Públicas son susceptibles de constituir infracciones sancionables por la CNC y las autoridades autonómicas. Conviene en este punto identificar dos tipos de actuaciones de las Administraciones Públicas en función de su inclusión en sus vertientes privada y pública, respectivamente: (i) actuaciones como operadores económicos y (ii) actuaciones en ejercicio de sus potestades públicas.

#### **(i) Administraciones Públicas como operadores económicos en el mercado**

El artículo 63 de la LDC establece la posibilidad de imponer sanciones a «los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas» que infrinjan las prohibiciones establecidas en dicha ley. En este sentido, la CNC ha adoptado una interpretación amplia del concepto de empresa, considerando como empresa cualquier agente que realice una actividad económica en el mercado, con independencia de su forma legal o de su naturaleza pública o privada. En esta línea, la CNC ha observado en multitud de resoluciones la doble vertiente pública y privada de algunas Administraciones Públicas que, en su vertiente privada, desarrollan actividades económicas en el mercado guiadas por intereses comerciales concretos.

En la práctica, entre las entidades de derecho público que han sido declaradas infractoras de las normas de defensa de la competencia, cabe destacar los colegios profesionales y los consejos reguladores de denominaciones de origen. Estas corporaciones de derecho público, pese a tener encomendadas ciertas funciones de regulación de los mercados, también agrupan a agentes privados que actúan en el mercado de acuerdo con sus propios intereses. En este sentido, el tratamiento de las conductas de las Administraciones Públicas cuando actúan como operadores económicos es idéntico al de las infracciones cometidas por los agentes económicos privados.

Las conductas realizadas por las Administraciones Públicas como operadores económicos que han sido sancionadas por la CNC son similares a las infracciones habitualmente cometidas por las empresas sancionadas. Así, en los últimos años la CNC ha impuesto varias multas a corporaciones de derecho público que han participado, entre otros, en acuerdos de fijación de precios y condiciones comerciales, de limitación de la producción o de reparto del mercado.

(ii) Administraciones Públicas en ejercicio de sus potestades públicas

Históricamente, la CNC ha considerado que las Administraciones Públicas debían actuar como operadores económicos en el mercado para ser consideradas infractoras de las normas de defensa de la competencia. De este modo, en aquellos casos en las que la CNC ha impuesto sanciones a entidades de derecho público, sus resoluciones siempre contienen un análisis de la actuación de dichas entidades en el mercado, encuadrando las conductas sancionadas en su vertiente privada como operadores económicos. En cambio, alguna resolución reciente de la CNC ha afirmado que las Administraciones Públicas también pueden infringir las normas de defensa de la competencia en el ejercicio de sus potestades públicas sin necesidad de que actúen como operadores económicos en defensa de sus propios intereses.

Resulta evidente que el ejercicio correcto por un organismo de la Administración Pública de las potestades que le son propias no puede resultar sancionable por las autoridades de defensa de la competencia. No obstante, según la CNC, podrán ser contrarias a las normas de defensa de la competencia las conductas de las Administraciones Públicas en la medida en que excedan las potestades conferidas o cuando dichas potestades hayan sido ejercitadas de forma inadecuada. Las actuaciones llevadas a cabo por las Administraciones Públicas en ejercicio de sus potestades públicas que puedan resultar contrarias a las normas de defensa de la competencia serán de naturaleza diferente a las descritas en el apartado anterior para las actuaciones de dichas entidades como operadores económicos. En este caso, las Administraciones Públicas no actuarían en su propio beneficio, ni movidas por sus intereses comerciales, sino que adoptarían un rol de facilitadoras, promotoras o inductoras de los acuerdos o prácticas restrictivos de la competencia.

Cabe recordar, en este sentido, lo indicado en relación con el amparo legal de ciertas conductas. En aquellos casos en los que las competencias de una Administración Pública no hayan sido exhaustivamente definidas, sino que hayan sido atribuidas de forma genérica, no podrá considerarse que la conducta en cuestión goza de amparo legal, siempre de acuerdo con el criterio de la CNC. Para que exista amparo legal no basta con que la conducta pueda entenderse subsumida en el ámbito competencial de la entidad en cuestión, sino que debe estar expresamente contemplada.

### La Resolución de la CNC en el expediente «Vinos de Jerez»

Como se ha indicado anteriormente, hasta la fecha la CNC (y el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia) ha adoptado numerosas resoluciones sancionando a empresas públicas de todo tipo, a corporaciones de derecho público (como los consejos reguladores, colegios profesionales o autoridades portuarias) e incluso a organismos de la Administración (ayuntamientos) por su actuación en el mercado como operadores económicos (es decir, como oferentes o demandantes de un producto o servicio).

Sin embargo, en su Resolución de 6 de octubre de 2011 en el Expte. S/0167/09 *Productores de Uva y Vinos de Jerez*, la CNC ha declarado por primera vez de manera expresa que la Administración Pública puede infringir las normas de competencia, no solo cuando actúa como agente económico, sino también cuando, actuando en su calidad de autoridad pública (*ius imperii*), facilita o propulsa un acuerdo o conducta contraria a la normativa de defensa de la competencia.

En este supuesto, la CNC declaró que la Consejería de Agricultura y Pesca («**Consejería**») de la Junta de Andalucía había infringido el artículo 1 de la LDC y el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea («**TFUE**») por su participación en determinados acuerdos de fijación de precios de la uva y el mosto de Jerez en los que tomaron parte determinados productores y bodegueros entre septiembre de 2002 hasta, al menos, julio de 2007. En concreto, la Consejería había participado en la adopción de un acuerdo entre varias empresas productoras y bodegueros en el que se fijaron los precios de uva y mosto para varios años. Asimismo, había participado y asumido la presidencia de varias reuniones en las que se ratificaron estos acuerdos y en las que había velado por su cumplimiento, llegando incluso a proponer revisiones.

La Junta de Andalucía se opuso a la imputación de la Consejería alegando que no era posible declarar la responsabilidad de la Administración cuando esta no había llevado a cabo actividad económica alguna, sino que se había limitado a actuar dentro de las funciones que le son propias, en concreto en ejercicio de las competencias de ordenación y planificación sectorial. Incluso si hubiera existido extralimitación en el ejercicio de estas funciones, razona la Junta, ello debería enjuiciarse en la juris-

dicción contencioso-administrativa, y no por la CNC en el marco de un procedimiento administrativo sancionador.

La CNC, por el contrario, considera que la firma por la Consejería de Agricultura del acuerdo anti-competitivo no podía considerarse uno de los instrumentos previstos en Derecho administrativo para el ejercicio de las competencias de ordenación y planificación sectorial. En este sentido, considera que la Consejería, al participar en este acuerdo, había quedado «desapoderada» de sus prerrogativas, «precisamente por no ejercitar adecuadamente las potestades que tiene atribuidas», por lo que su conducta pasaba a estar encuadrada dentro de las sancionables por la LDC. A este respecto, la CNC considera irrelevante el hecho de que la Consejería no actuara como operador económico. El elemento decisivo, a juicio de este organismo, para que una conducta quede sujeta al Derecho de la competencia no sería la condición jurídica del sujeto, sino los efectos anticompetitivos de su conducta. De esta manera, toda conducta de las Administraciones Públicas que incida sobre el nivel de competencia en el mercado recaería dentro del ámbito de la LDC, a no ser que goce de amparo legal de conformidad con el artículo 4 de la LDC. Reconociendo lo novedoso de esta doctrina, la CNC decide finalmente no imponer sanción alguna a la Consejería, por ser la primera vez que se pronuncia en este sentido.

Está por ver si esta interpretación —sin duda novedosa— del ámbito de aplicación de las normas de competencia queda refrendada por los Tribunales. La Resolución de la CNC en este expediente ha sido recurrida y no cabe descartar incluso que pueda ser objeto de una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la UE, puesto que se aplica, no solo el artículo 1 de la LDC, sino también el artículo 101 del TFUE. En este sentido, conviene recordar que el referido precepto del Tratado hace una referencia expresa —a diferencia de la norma española— a «empresas» y «asociaciones de empresas», por lo que su aplicación a conductas de las Administraciones Públicas ajenas al mercado parece a priori más difícil de encuadrar en su ámbito de aplicación. Asimismo, la LDC señala que serán objeto de sanción por las infracciones previstas en la Ley los «agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas» (artículo 63).

No puede pasar inadvertido en voto particular que presenta la consejera María Jesús González López, en el que muestra su disconformidad con la posición mayoritaria del Consejo de la CNC, precisa-

mente por considerar que la declaración de responsabilidad de la Consejería excede los límites de la LDC en relación con la función pública de las Administraciones. En este sentido, la consejera recuerda la ausencia de pronunciamientos semejantes, no solo de la propia CNC, sino de la Comisión Europea o de los Tribunales de Justicia. A su juicio, la LDC ha previsto ya un instrumento para corregir las actuaciones anticompetitivas de las Administraciones: se trata del artículo 12.3, referido anteriormente, que legitima a las autoridades de competencia para recurrir ante la jurisdicción competente las actuaciones de las Administraciones que obstaculicen la competencia. Este instrumento, señala la consejera en su voto particular, habría resultado innecesario si la voluntad del legislador hubiera sido que las Administraciones, cuando actúan en ejercicio de las potestades atribuidas por el ordenamiento, estuvieran sometidas de pleno a la LDC, como cualquier empresa.

### **Consecuencias de las infracciones de las Administraciones Públicas en materia de defensa de la competencia**

La infracción por parte de las Administraciones Públicas de las normas de defensa de la competencia puede tener consecuencias en varios niveles. En primer lugar, la infracción supondrá la declaración de nulidad del acuerdo o práctica ilegal en el que haya participado la Administración. En segundo lugar, los órganos de defensa de la competencia podrían imponer sanciones a las empresas participantes (incluidas empresas públicas o la propia Administración), que podrían llegar al 10% del volumen de negocios de la empresa infractora o, en los casos en que no sea posible delimitar el volumen de negocios, a más de 10 millones de euros. En tercer lugar, como se ha comentado anteriormente, la CNC se encuentra legitimada para impugnar los actos de las Administraciones Públicas sujetos a Derecho administrativo y las disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven infracciones de las normas de defensa de la competencia.

Por último, cualquier empresa o individuo perjudicado por una actuación de las Administraciones Públicas, en vulneración de normas de defensa de la competencia, podría exigir a dichas Administraciones la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios sufridos que se deriven de esa actuación.

En fin, debe además recordarse que las normas de defensa de la competencia prevén la imposición de sanciones de hasta 60.000 euros a los representantes legales o a las personas que integren los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión. Estas sanciones serían sin duda aplicables a representantes legales de empresas públicas que hayan participado en actos o prácticas contrarios a la competencia. Además, aunque no hay preceden-

tes al respecto, no puede excluirse que la CNC (o, en su caso, los órganos autonómicos) pretenda aplicarlas por analogía a los cargos de los órganos administrativos que hayan intervenido en el acto o acuerdo ilegal.

**TOMÁS ARRANZ FERNÁNDEZ-BRAVO  
Y LUIS MOSCOSO DEL PRADO GONZÁLEZ (\*)**

---

\* Abogados del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Bruselas).