

**REGULACIÓN, INICIATIVA PÚBLICA ECONÓMICA Y LIBRE
COMPETENCIA: HACIA UN MODELO SIN INMUNIDADES¹**

José Ignacio CUBERO MARCOS²

INDÍCE

1. INTRODUCCIÓN

**2. LA REGULACIÓN ECONÓMICA Y EL DERECHO DE LA
COMPETENCIA:**

2.1 La regulación como potestad arbitral de la Administración.

2.2 Regulación cuando la Administración compite con los privados.

2.3 Las ayudas públicas.

2.4 El ejercicio de la actividad en exclusiva y los servicios de interés general:

A) La doctrina de los derechos especiales y exclusivos.

B) Los servicios de interés general.

**3. LA REGULACIÓN EN LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y LOS PROBLEMAS QUE PLANTEA:**

3.1 La controversia en torno a la aplicación de la ley.

3.2 La posición de la autoridad de defensa de la competencia.

3.3 Planteamientos doctrinales.

¹ Reproducción del artículo publicado en la Revista de Administración Pública, núm. 184, Madrid, enero-abril (2011), págs. 121-156.

² Doctor en Derecho y Profesor Adjunto de Derecho Administrativo Universidad del País Vasco.

3.4 *El ejercicio de potestades administrativas que restringen la libre competencia.*

3.5 *Las políticas públicas: competencia administrativa y los intereses generales.*

4. CONCLUSIONES

RESUMEN

Este trabajo tiene por objeto aclarar las dudas interpretativas que se derivan de la aplicación del Derecho de la competencia a las Administraciones públicas, bien cuando éstas llevan a cabo una actividad económica en pie de igualdad con el resto de compañías, bien cuando ponen en marcha los mecanismos de regulación en su función arbitral. Trata de demostrarse que, más allá de la prestación de servicios públicos o de la actividad de fomento, la Administración no puede exonerarse del cumplimiento de la normativa en materia de defensa de la competencia. De lo contrario, se corre el riesgo de captura del regulador, primando los intereses de determinadas empresas frente a una regulación democrática y equitativa del mercado.

PALABRAS CLAVE: mercado; potestad administrativa; defensa de la competencia; regulación; servicios públicos.

ABSTRACT

This work has the object to clarify the doubts about applying *antitrust* laws to public Administration, either when it competes on equal footing with other companies, nor when it exercises its function as arbitral. It is tried to prove that, beyond provisioning public services or development powers, Administration can't discharge from applying *antitrust* rules. Otherwise, it causes the risk to capture the regulator, and some enterprises can take

advantage of Administration prerogatives. All that would dismiss an equal and democratic regulation of market.

KEY WORDS: market; administrative prerogative; *antitrust* law; regulation; public services.

1. INTRODUCCIÓN

La intervención administrativa en la economía se presenta en la actualidad como uno de los principales baluartes de que disponen los poderes públicos para resolver los retos que plantea la crisis económica. Las cifras e indicadores macroeconómicos dibujan un panorama especialmente delicado para el bienestar de buena parte de los sectores de la ciudadanía, que exigirá la actuación efectiva de la Administración para impulsar la economía o generar un mayor clima de confianza a los agentes económicos. A eso cabe añadir la habitual opacidad que practican los conglomerados y grandes compañías privadas, que ejercen un poder tal en lo económico que se traslada al ámbito político en forma de amenazas veladas o expresas de despidos masivos, expedientes de regulación, disoluciones y cierres de empresas.

Se demostró que la ausencia de una regulación, de mecanismos de control *ex ante* y de una Administración dotada de poderes y recursos suficientes podía desembocar en desastres financieros que han repercutido en la economía real. Esa misma Administración, acusada actualmente de arrastrar un excesivo déficit público por quienes otrora fueron rescatados a golpe de partida presupuestaria pública, debe afrontar el coste económico y social de despidos masivos, de generar empleo o de incentivar su creación y, fundamentalmente, ocupar una posición de garante ante la ciudadanía, haciendo valer su legitimidad democrática. Esta problemática alcanza mayor calado si, al cobijo de una legislación muy restrictiva con la intervención administrativa en materia económica, se condicionan o limitan las políticas públicas que constituyen el resultado, precisamente, de la legitimidad democrática de los gobernantes.

En este contexto la regulación económica no puede mantenerse al margen de estos problemas, enfrentándose al dilema de proteger los intereses de las grandes corporaciones, que pretenden mantener el *statu quo* y sus posiciones en el mercado, o bien de fomentar la competencia real como motor no sólo del crecimiento económico, sino también de la capacidad de decisión de la ciudadanía respecto a su futuro económico. Por ello, el Derecho de la competencia desempeña un rol esencial para impedir ventajas injustificadas de muchos operadores o, incluso, la posibilidad de que los poderes públicos aboguen por una regulación demasiado condescendiente con los operadores con mayor peso específico en un segmento del mercado. Implantar una regulación acorde con el Derecho de la competencia no significa desregular o trasladar el poder público al mercado. Supondría, por el contrario, ejercer una potestad administrativa en aras de una distribución más equitativa de los recursos.

En este trabajo se aborda la iniciativa económica de la Administración partiendo de la regulación económica como mecanismo para fomentar la competencia, por un lado, y corregir los desequilibrios que arroja el mercado, por otro. Ambos objetivos deben convivir no como contrapuestos, sino como complementarios, entendiéndose bien que ni la Administración en su regulación ni los privados en sus estrategias empresariales queden al margen del Derecho, en este caso del Derecho de la competencia. Así, se exponen los fundamentos de la regulación económica en actividades donde concurre la Administración con los privados y en aquellas donde no lo hace. Asimismo, se analizan las previsiones de la Ley de Defensa de la Competencia y los problemas procesales que se derivan de la aplicación de la normativa *antitrust*.

2. LA REGULACIÓN ECONÓMICA Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

En este apartado se abordan los elementos confluente que presentan ambas disciplinas, así como las materias en que pueden colisionar, generándose un conflicto de normas, cuya resolución exige tener en cuenta los fines de cada uno de los ordenamientos:

por un lado, la regulación económica trata de prever y evitar mecanismos que ocasionan comportamientos contrarios a la libre competencia desde una perspectiva *ex ante*³; por otro, el Derecho de la competencia tiene por objeto castigar o provocar el cese, aunque sea provisional, de conductas prohibidas por la ley y que tienden a crear una desventaja en el mercado para ciertos operadores, interviniendo *ex post*. La regulación, en general, hace siempre su aparición ante la inexistencia, los fallos o los fracasos del mercado⁴. En ocasiones, no obstante, no parece sencillo delimitar ambos campos, en tanto que la regulación también tiene por objeto la vigilancia, y de ahí que se reconozcan a las autoridades reguladoras facultades inspectoras o sancionadoras⁵.

Interesa abordar aquí los supuestos en que la Administración pública interviene mediante medidas reguladoras que podrían producir efectos en la libre competencia. En otras palabras, se pretende examinar la confrontación entre la regulación y el Derecho de la competencia⁶. Cabe distinguir tres supuestos: cuando la Administración no transmite bienes ni presta servicios en el mercado y actúa como árbitro; medidas reguladoras en caso de que el Estado participe activamente en el mercado como un operador más; y, por último, la adopción de mecanismos de fomento y la reserva de la titularidad del servicio o actividad.

³ J. MONÉGER, «Competition, regulation and system coherence», en H. ULRICH (Coord.), *The evolution of european competition law: whose regulation, which competition?*, Edward Elgar Publishing, Londres, 2006, pág. 276; A. TRONCOSO RIEGADA, «Dogmática administrativa y Derecho Constitucional: el caso del servicio público», *REDC*, 57, 1999, pág. 132.

⁴ G. ARIÑO ORTIZ, «El nuevo servicio público», en G. ARIÑO ORTIZ (Dir.), *Principios de Derecho público económico*, Comares, Granada, 2001, pág. 561.

⁵ S. MUÑOZ MACHADO, «El nuevo modelo de regulación de la economía», en S. MUÑOZ MACHADO y J. ESTEVE PARDO (Dirs.), *Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel, Madrid, 2009, pág. 112.

⁶ J. C. LAGUNA DE PAZ, «Regulación sectorial y normas generales de defensa de la competencia: criterios de relación», *REDA*, 145, 2010, pág. 89.

2.1 La regulación como potestad arbitral de la Administración

La regulación económica consiste en una medida de intervención administrativa sobre las relaciones de los particulares, cuya actividad consista en el intercambio de bienes y servicios en el mercado. Tiene como finalidades básicas controlar el excesivo poder derivado de una situación de monopolio natural, ejercer un control sobre las ganancias inesperadas y corregir las externalidades, es decir, todos aquellos elementos o conceptos que, influyendo en los costes de la actividad, no están directamente relacionados con la misma⁷. Se ha afirmado que tiende a alcanzar una composición entre los objetivos y valores económicos y los no económicos⁸. Desde un punto de vista teórico, la regulación representa una forma de delimitación de los derechos de los particulares, de modo que la Administración les constriñe a aquéllos al cumplimiento de determinados deberes, como el de ceder las infraestructuras o pagar una tarifa⁹.

Esa actuación administrativa puede albergar una tipología diversa, al margen de que revista una diferente naturaleza jurídica. La Administración puede aprobar un reglamento de desarrollo de una ley que, asimismo, ha previsto obligaciones que recaen sobre los operadores en materia de servicio público o, simplemente, puede resolver conflictos mediante un acto administrativo que vincule a las empresas privadas¹⁰. Aquí la

⁷ L. CASÉS PALLARÉS, *Derecho Administrativo de Defensa de la Competencia*, Marcial Pons, Madrid, 1995, págs. 25 y 26.

⁸ G. MARCOU, «La notion juridique de régulation», *AJDA*, 7, 2006, pág. 348.

⁹ G. ARIÑO ORTIZ, *La regulación económica. Teoría y práctica de la regulación para la competencia*, Ábaco Rodolfo de Palma, Buenos Aires, 1996, pág. 119.

¹⁰ G. TIMSIT, «Normativité et Régulation», *Les Cahiers du Conseil Constitutionnelle*, 21, 2006, pág. 86; J. L. MARTÍNEZ-LÓPEZ MUÑIZ, «La regulación económica en España», en G. ARIÑO y J. M. DE LA CUÉTARA, *El nuevo servicio público*, Marcial Pons/UAM, Madrid, 1997, pág. 233.

entidad pública carece de cualquier interés por competir con el resto de compañías privadas. Se limita a corregir las deficiencias que presenta el mercado para atender necesidades básicas a precios asequibles.

Al trastocar o modular la esfera jurídica de los particulares, creando derechos e imponiendo obligaciones que forman parte del contenido esencial de un derecho fundamental, en todo caso debe respetarse el principio de reserva de ley, impidiendo que la Administración, ya sea mediante actos o reglamentos, conmine *ex novo* a los operadores económicos al cumplimiento de órdenes, instrucciones o cargas¹¹. No puede ignorarse la importancia de este principio, en tanto en cuanto conlleva el máximo control democrático de las decisiones gubernamentales que afectan a aspectos sustanciales de la vida económica de la ciudadanía¹².

Las medidas de regulación se hallan jalonadas de diversos objetos, inspirados todos ellos por la protección del interés general. Este concepto jurídico indeterminado ha arrojado no pocas dudas en torno a su diferente interpretación y aplicación caso por caso. Con carácter general, se ha señalado que la regulación debe corregir los desequilibrios que puede provocar la búsqueda desmesurada de beneficios en perjuicio de sectores sociales más desfavorecidos o del resto de competidores¹³. En este caso, la Administración debe velar por que las personas puedan disfrutar de una vida digna y por que las condiciones de

¹¹ J. M. GIMENO FELIÚ, «Sistema económico y derecho a la libertad de empresa», núm. 135 de esta REVISTA, 1994, pág. 165; G. ARIÑO ORTIZ, *Principios constitucionales de la libertad de empresa. Libertad de comercio e intervencionismo administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 92.

¹² S. CASSESE, «Administrative Law without the State? The challenge of global regulation», *New York University Journal of International Law and Politics*, 4, 2005, pág. 694.

¹³ C. KIRCHNER, «Regulating towards what? The concepts of competition in sector-specific regulation, the likelihood of their realization and of their sustainability, and their relationship to rendering public infrastructure services», en ULRICH (Coord.), cit., pág. 242.

igualdad puedan ser reales y efectivas¹⁴. Cohonestar valores colectivos, habitualmente no asociados a condiciones económicas, y objetivos individuales, de corte económico, se muestra como el principal reto de la regulación¹⁵.

Todo ello requiere adaptar las medidas reguladoras a las volubles circunstancias en que se desenvuelve cualquier mercado en la actualidad. La delimitación y alcance del concepto interés general se funda en variables económicas y técnicas que impiden una intervención más intensa del legislador y atribuyen a la autoridad reguladora o a la Administración poderes demasiado amplios, muy vinculados a la discrecionalidad técnica¹⁶. No resulta sencillo fiscalizar la actividad reguladora teniendo en cuenta que los expertos son los que determinan los criterios interpretativos de los conceptos jurídicos indeterminados. En cualquier caso, debe rechazarse la inmunidad o exención de control de la regulación por el hecho de que se ampara exclusivamente en modelos económicos o proyecciones de mercado¹⁷.

En el caso en que trate de promoverse la competencia, el fundamento estriba en que la concentración de riqueza en cada vez menos operadores afectaría gravemente a una distribución equitativa de los recursos y rentas¹⁸, lo que no se ajusta a los objetivos que deben cumplir los poderes públicos de acuerdo con los principios rectores de política social

¹⁴ J. M. SOUVIRÓN MORENILLA, *La actividad de la Administración y el servicio público*, Comares, Granada, 1998, pág. 212.

¹⁵ MARCOU, cit., pág. 349.

¹⁶ J. ESTEVE PARDO, «El encuadre de la regulación de la economía en la sistemática del Derecho Público», en S. MUÑOZ MACHADO y J. ESTEVE PARDO (Dirs.), *Fundamentos e instituciones...*, cit., pág. 397.

¹⁷ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, Madrid, 1998, págs. 244-246.

¹⁸ C. KIRCHNER, «Regulating...», cit., pág. 242. Véase también M. SZDYLO, «Sector-specific regulation and competition law: between convergence and divergence», *European Public Law*, 2, 2009, pág. 259.

y económica establecidos en la Constitución¹⁹. En este caso debe considerarse que la Administración complementa las funciones de tutela anticoncurrencial que debe llevar a cabo la autoridad de la competencia²⁰.

El concepto de interés general parece diluirse en el caso de adoptarse medidas que favorecen a sectores estratégicos para la economía, pero con impacto desigual en los consumidores o en los gastos sociales. Se ha tenido la oportunidad de comprobar todo ello con motivo de la inyección de fondos públicos a entidades financieras que celebraban sus beneficios en los mercados bursátiles o en sus cuentas de resultados meses más tarde. Ahí surge la controversia respecto a las discrecionales facultades atribuidas a los poderes públicos en materia económica. Ni la Constitución ni las leyes deberían conceder un amplio margen de apreciación a las Administraciones respecto al modo en que puede regularse y los mecanismos empleados para ello. Al menos sí sería recomendable precisar algo más los conceptos de índole técnica o económica en vía legislativa, al objeto de que no escapen del control democrático y queden en manos de las empresas y el mercado²¹.

En definitiva, la regulación económica debe partir de unos postulados concretos, precisos, unos objetivos que deben inspirar toda la actuación administrativa e, incluso, legislativa. Si todos ellos fueran vinculantes e introdujeran una definición clara y concluyente respecto al modelo económico que se persigue por un Estado, los poderes públicos no estarían sometidos a los vaivenes del mercado y a la inseguridad jurídica que provoca en la vida de las personas. Sin un modelo económico reflejado en los deberes económicos de los diversos agentes de la regulación, el interés general carece de sentido y funcionalidad. En otras palabras, debe preverse sin matices ni excepciones que

¹⁹ Artículo 40 CE.

²⁰ LAGUNA DE PAZ, cit., pág. 90.

²¹ S. MUÑOZ MACHADO, cit., pág. 115.

determinados valores, como la desigualdad económica, cada vez más acentuada, priman sobre cualquier afán especulativo o de obtención de la máxima riqueza.

2.2 Regulación cuando la Administración compite con los privados

Los entes públicos pueden constituir sociedades que ofrecen productos o prestan servicios en el mercado. La iniciativa económica de las Administraciones públicas ha sido reconocida en diferentes textos legislativos que tienen por objeto configurar la organización y funcionamiento de los entes públicos. Así puede comprobarse en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado o, incluso, en la legislación de régimen local²². Todas estas entidades públicas pueden crear sociedades de economía mixta o sociedades públicas empresariales que deben concurrir con los privados en pie de igualdad, de modo que también deben someterse al Derecho de la competencia y al régimen jurídico-privado en sus relaciones con otras personas físicas o jurídicas que operan en el sector correspondiente.

La problemática en estos casos se deriva de la confusión de regímenes públicos y privados a los que deben sujetarse todos esos organismos y entes. En efecto, piénsese que las sociedades públicas mercantiles pueden estar gestionadas y dirigidas por un Consejo Rector cuyas decisiones deben ajustarse al Derecho administrativo. Asimismo, las aportaciones económicas públicas deben respetar la legalidad presupuestaria y cumplir los mecanismos de control del gasto que establecen las diferentes normativas para las Administraciones públicas. En otras palabras, siempre queda un ámbito irreductible de decisión y regulación que recae sobre la Administración, vinculada positivamente a la norma y obligada a tramitar un procedimiento para adoptar una decisión. A todo ello deben

²² DA 12.ª Ley 6/1997, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, y artículo 85 bis Ley 7/1985, de Bases del Régimen Local.

añadirse los privilegios de autotutela declarativa y ejecutiva que ampara la presunción de legalidad de los actos administrativos.

Por otra parte, las mismas Administraciones públicas que adoptan decisiones empresariales en el mercado pueden intervenir, aunque sea de un modo mediato, en un sector económico determinado, confundiendo los reguladores y los regulados. La jurisprudencia comunitaria no estimó que constituyera, por sí misma y a priori, abuso de posición dominante esta confusión, obligando a las autoridades internas a analizar caso por caso si esa injerencia del poder público en el mercado y en la competencia otorgaba una determinada ventaja económica a uno o varios operadores en perjuicio del resto²³.

Como ejemplo de ello pueden señalarse aquí los casos en que algunos municipios constituían sus sociedades para desplegar infraestructuras de telecomunicaciones, un segmento de actividad plenamente liberalizado. Así, el municipio, como titular del dominio público, está facultado para otorgar las concesiones para la ocupación permanente del dominio público por parte de los operadores de redes de telecomunicación²⁴. La decisión de discriminar a unas empresas del sector en la obtención de esos títulos puede ser un indicio suficiente para considerar que su actuación ha sido contraria a la libre competencia²⁵.

Las autoridades públicas podrían, asimismo, condicionar el acceso a la actividad, restringiendo consiguientemente la competencia en un segmento del mercado. Por ejemplo, podrían no conceder la autorización para la apertura de una clínica, invocando aspectos como la calidad del servicio y el cuidado de la salud de los pacientes. Siendo esto

²³ STJCE 13-12-1991, C-18/88, *GB Inno-BM*, ap. 25.

²⁴ J. V. GONZÁLEZ GARCÍA, *Infraestructuras de telecomunicaciones y corporaciones locales*, Aranzadi, Pamplona, 2003, págs. 59-73.

²⁵ E. MALARET I GARCÍA, «Servicio público, actividad económica y competencia. ¿Presenta especificidades en la esfera local?», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autónoma*, 291, 2003, pág. 588.

razonable, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas añadió el requisito de eficiencia económica, de modo que podrían implantarse más centros hospitalarios cuando ello contribuyera a reducir las cargas públicas asociadas a la prestación del servicio. Se suman a estos argumentos otros como el mantenimiento de precios constantes, debido al aumento de la oferta²⁶. En los análisis caso por caso tampoco puede garantizarse con nitidez la dicotomía servicios públicos o sociales-empresa privada, pues se presenta un examen global que responde a parámetros diversos, como la estructura del mercado y la posición que ocupan en él los operadores.

A pesar de todo ello, no puede olvidarse que muchos sectores económicos, aun liberalizados y abiertos a la competencia, dotan a la ciudadanía de unos servicios y facilidades considerados en la actualidad prácticamente como de interés general y proveen verdaderos recursos esenciales para el desenvolvimiento en sociedad de las personas. Por ejemplo, algunos municipios de pocos habitantes precisan energía, comunicaciones electrónicas, mejor accesibilidad. Sin embargo, las compañías privadas evitan los enormes costes que conlleva implantar todo un trazado de infraestructuras en zonas de orografía complicada, por un lado, y escasamente habitadas, por otro. Entienden, con razón, que la escasa rentabilidad, dado el reducido número de clientes en esas zonas, no les permitiría amortizar las inversiones en infraestructuras que han realizado previamente²⁷. Este vacío trata de cubrirlo la Administración, de modo que adopta medidas de intervención, como la designación de un operador obligado a proveer todas esas infraestructuras y servicios esenciales y la imposición de obligaciones específicas al mismo. En el caso del servicio universal, todas las compañías deberían asumir conjuntamente los costes adicionales que deba afrontar la compañía que ofrezca esos servicios esenciales en esas zonas no rentables, en proporción siempre a los beneficios que obtengan en la prestación de esos servicios.

²⁶ STJCE 10-3-2009, C-169/07, *Hartlauer Handelsgesellschaft mbH*, aps. 47-63.

²⁷ J. C. LAGUNA DE PAZ, «El servicio universal», en S. MUÑOZ MACHADO (Dir.), *Derecho de la Regulación Económica*, Iustel, 2009, págs. 390-432.

Más allá del servicio universal o de otras fórmulas, denominadas también servicios obligatorios, las Administraciones pueden considerar que aquellos recursos o servicios considerados esenciales por la normativa no son suficientes para atender las demandas de la ciudadanía, debido a los avances tecnológicos o a la evolución socioeconómica de una comunidad. En otras palabras, las normas no siempre se adaptan a todos estos cambios y las Administraciones se ven obligadas a fomentar determinados servicios de interés general²⁸. Esto ha sucedido con la puesta en marcha de ayudas públicas e, incluso, la constitución de empresas destinadas al despliegue definitivo de la banda ancha en municipios de escasa población o cuya perspectiva de rentabilidad para las compañías del sector era mínima. La introducción de una herramienta fundamental hoy día para encontrar empleo, acceder a contenidos culturales o, simplemente, para mantener informado al público resulta inevitable si se pretende la cohesión social y el desarrollo individual de las personas.

Todos aquellos fines de interés público o social pueden justificar la postergación de las normas relativas a la libre competencia en un determinado sector económico²⁹. No puede afirmarse de forma categórica la primacía de aquellos fines, pero tampoco puede excluirse la necesidad de hacerlos efectivos en determinados supuestos debidamente justificados. La competitividad y el mercado, en ese caso, no pueden sustraerse a la voluntad política de promover unas condiciones de vida dignas para todas las personas sin exclusión.

2.3 Las ayudas públicas

²⁸ E. SZYSZACK, *The Regulation of the State in Competitive Markets in the European Union*, Oxford, 2007, pág. 119.

²⁹ J. MONÉGER, «Competition, regulation...», cit., pág. 283.

El Tratado de la Unión Europea establece la necesidad de excluir la aplicación de las normas de competencia cuando las ayudas se destinen a impulsar el desarrollo económico de regiones desfavorecidas que cuenten con un nivel de vida anormalmente bajo, a facilitar el desarrollo de determinadas actividades, a promover la cultura y la conservación del patrimonio, siempre que en estos últimos casos no se alteren las condiciones de los intercambios y la competencia en la Unión³⁰. Se emplea por la jurisprudencia comunitaria el criterio del inversor privado para determinar si una ayuda es contraria o no a la libre competencia, de modo que genere o pueda generar una desventaja competitiva para el resto de compañías que no disfrutan de la ayuda. Así, solamente podrían considerarse conformes al Tratado las ayudas públicas cuando éstas consisten en inversiones cuyo riesgo de obtener ganancia es el mismo que el que asumiría un particular³¹. Se considera en este caso que la Administración actúa en pie de igualdad con los particulares y que no se produce discriminación alguna o abuso de posición dominante.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha declarado ajustadas al Tratado de la Unión ayudas económicas a empresas que prestan servicios en actividades reservadas a la Administración y que no alteran la competencia en otros segmentos³². Por ejemplo, en el sector postal se considera actividad de servicio público el envío certificado que se presta en exclusiva y la compañía que lo provee percibe ayudas públicas, sin que éstas se destinen a financiar otro tipo de envíos, como los paquetes postales o envíos rápidos.

Las dotaciones económicas procedentes de entidades públicas a empresas privadas son conformes al Derecho comunitario de la competencia si cumplen los siguientes requisitos:

³⁰ Artículo 107 TFUE.

³¹ STPI 6-2-2003, T-228/99 y 233/99, *Comisión contra Westdeutsche Landesbank Girozentrale*, ap. 245.

³² STJCE 1-7-2008, C-341/06 y C-342/06, *Chronopost SA*, aps. 143-155.

a) Los parámetros del cálculo de la ayuda deben establecerse de forma objetiva y transparente, de forma que pueda observarse claramente si la ayuda ha ocasionado una ventaja económica en relación con el resto de empresas.

b) La ayuda no puede superar el coste estimado por la prestación del servicio, teniendo en cuenta los ingresos y una ganancia razonable³³. Todo ello permite conocer si la empresa que ha recibido la ayuda la destina a la provisión del servicio social como servicio de interés general³⁴.

c) Si se trata de una compañía contratada por la Administración, el nivel de la compensación no necesariamente se determina sobre la base de los costes de una empresa normal y eficientemente gestionada. Si la empresa encargada de prestar el servicio público no se ha elegido por un procedimiento de contratación, el nivel de compensación no puede exceder de los costes que asumiría una empresa bien gestionada y adecuadamente equipada³⁵. Aunque la ayuda sea concedida, su cuantía debe justificarse y el beneficiario acreditar que se imputa a actividades destinadas a los servicios sociales, por ejemplo³⁶.

Sin embargo, no resulta tan sencillo determinar si se han vulnerado las normas en materia de libre competencia. Deben examinarse caso por caso ciertos factores que pueden

³³ STJCE 24-7-2003, C-280/00, *Altmark*, aps. 90-92.

³⁴ L. M. DÍEZ-PICAZO, «Los servicios de interés económico general en el ordenamiento comunitario», en S. MUÑOZ MACHADO y J. ESTEVE PARDO (Dirs.), *Derecho de la Regulación Económica*, Iustel, Madrid, 2009, pág. 418.

³⁵ *A sensu contrario*, STJCE 24-7-2003, *Altmark*, ap. 93.

³⁶ S. ACIERNO y J. BAQUERO CRUZ, «La sentencia *Altmark* sobre ayudas de Estado y servicios públicos», *Revista Española de Derecho Europeo*, 9, 2004, pág. 185.

³⁶ D. ORDÓÑEZ SOLÍS, *Administraciones, Ayudas de Estado y Fondos Europeos*, Bosch, Barcelona, 2006, págs. 32-25.

condicionar el otorgamiento de la ayuda. Por ejemplo, el mercado de referencia, la cuota de mercado del operador beneficiario de la ayuda, el coste de la actividad³⁷ y, fundamentalmente, el carácter político de la medida adoptada y los intereses generales en presencia, como el carácter esencial del recurso o el servicio para la ciudadanía, son algunas de las variables que debe evaluar la autoridad pública para determinar si esa ayuda no comporta dotarles de una ventaja injustificada a los beneficiarios³⁸.

Además de este control *ex ante*, debería realizarse un seguimiento pormenorizado respecto a los efectos que esa ayuda ha producido en el mercado y si ha resultado plenamente justificado su otorgamiento. No parece muy lógico, así, que las ayudas recibidas por entidades financieras tras la crisis bursátil produzcan unos beneficios desproporcionados el año siguiente a su obtención, porque significaría que aquellas entidades estaban en condiciones de recuperarse sin necesidad del apoyo público. En especial, debe tenerse en cuenta si la ayuda ha producido una ventaja a la empresa beneficiaria en comparación con el resto de competidores en el mercado. Por ejemplo, la aplicación a una compañía de un régimen específico para que los socios ejerzan su derecho de separación no comporta ningún trato de favor, pese a que dicha empresa recibe fondos públicos para su gestión³⁹.

El otorgamiento previo de ayudas, desde la perspectiva que interesa abordar aquí, requiere la tramitación de un procedimiento previo en dos vías: por un lado, la interna de la Administración concedente, que debe acreditar la correspondiente habilitación presupuestaria de ese gasto, lo que implica el sometimiento al Derecho administrativo. Por

³⁷ STJCE 20-11-2003, C-126/01, *Gemo*, ap. 34.

³⁸ S. ACIERNO y J. BAQUERO CRUZ, «La sentencia *Almark* sobre ayudas de Estado y servicios públicos», *Revista Española de Derecho Europeo*, 9, 2004, pág. 185.

³⁹ STJCE 23-3-2006, C-237/04, *Enrirsorse SpA*, ap. 47.

otro, la autorización previa de esa ayuda por parte de la Comisión Europea con anterioridad al inicio del procedimiento para la adjudicación de la subvención.

Más allá del análisis de las ayudas de Estado desde la perspectiva de la jurisprudencia comunitaria, debe suscitarse la cuestión en torno a la necesidad y razonabilidad de las aportaciones públicas con fines de interés general. Ello aboca a plantearse cuestiones de indudable orden político, como las decisiones que deben adoptar los representantes democráticamente elegidos, excluyendo cualquier tipo de injerencia procedente de los principales operadores del mercado. Ha de considerarse la posibilidad de que el Derecho de la competencia no se aplique en el supuesto de que la Administración actúe, bien mediante medidas singulares, bien mediante la regulación de las actividades.

2.4 El ejercicio de la actividad en exclusiva y los servicios de interés general

A) La doctrina de los derechos especiales y exclusivos

De acuerdo con el Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea, se les prohíbe a los Estados miembros adoptar y mantener, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, medidas contrarias a las normas de los Tratados. Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal se someten a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada⁴⁰.

⁴⁰ Artículo 106.1 y 2 Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea, de 13-12-2007.

Las autoridades públicas han considerado tradicionalmente indispensable reservar segmentos de actividad a la titularidad pública, e incluso financiar empresas, al objeto de alcanzar los clásicos objetivos del servicio público: la continuidad, la universalidad y la igualdad⁴¹. Advierte la necesidad de exonerar a ciertas empresas privadas de la obligación de respetar las normas de la competencia o les concede la posibilidad de evitarla⁴². Esas medidas, de corte intervencionista y con evidente repercusión en la libre competencia, se fundaban en la sospecha cierta de que las empresas privadas no estarían dispuestas a ofrecer sus servicios a personas que no fueran potenciales consumidores, es decir, aquellas que no ostentan la capacidad económica suficiente para pagar dichos bienes o servicios⁴³. El Estado no puede soslayar la protección de los sectores sociales en situación de desamparo o marginalidad, ya que está obligado precisamente a garantizar su dignidad en un Estado democrático de Derecho.

La jurisprudencia comunitaria ha interpretado caso por caso la normativa comunitaria en materia de libre competencia, autorizando en algunos casos la regulación e, incluso, la intervención directa de los Estados en algunos sectores económicos, dados los intereses generales en juego y su debida ponderación respecto a las medidas o a las regulaciones que han ido adoptando aquéllos. Se trata, en último término, de que la regulación económica no comporte una desproporcionada restricción de los derechos de las empresas a ejercer libremente su iniciativa económica en cualquier sector⁴⁴. Debe

⁴¹ SZYSZACK, cit., pág. 120.

⁴² M. WAELBROECK y A. FRIGNANI, *Derecho Europeo de la Competencia*, Bosch, Barcelona, 1998, pág. 383.

⁴³ G. GARCÍA HERRERO, «Los servicios sociales y la ley de promoción de la autonomía personal y atención a personas en situación de dependencia: ponencia», *Trabajo Social Hoy*, 48, 2006, pág. 71.

⁴⁴ STJCE 19-5-1993, C-320/91, *Corbeau*, ap. 17.

justificarse que cualquier injerencia por parte de los poderes públicos en materia económica se fundamenta en razones imperiosas de interés general⁴⁵.

En diferentes supuestos el Tribunal de Justicia de la Unión ha examinado la necesidad de la regulación, es decir, su tendencia a satisfacer los fines que la justifican, y, además, el perjuicio que podría causarles su implantación a los operadores obligados a cumplirla. Se ha aceptado que los Estados dispongan de un amplio margen de apreciación para constituir los derechos especiales o exclusivos en función de las necesidades y la situación actual de sus economías⁴⁶. La ausencia de justificación en torno a la misión de interés general y a la naturaleza estatal de la actuación desemboca en una conducta prohibida, como el abuso de posición de dominio⁴⁷.

Se ha venido distinguiendo entre servicios mínimos o básicos, por un lado, y servicios de valor añadido, por otro. Los primeros deben prestarse de forma obligatoria, más allá del coste de su prestación. En todo caso, todos ellos deben respetar las garantías clásicas en materia de servicios públicos, como son la universalidad, la igualdad, la continuidad y el carácter asequible de las tarifas⁴⁸. La concesión de derechos especiales o exclusivos en este segmento de la actividad, integrado por los servicios básicos o mínimos, podría venir justificada por la necesaria tutela que deben ejercer las autoridades administrativas para satisfacer los intereses generales⁴⁹. ¿Quién define qué son servicios

⁴⁵ STJCE 11-4-1989, C-66/86, *Ahmed Saeed*, ap. 56.

⁴⁶ SZYSZACK, cit., pág. 230.

⁴⁷ STJCE 1-7-2008, C-49/07, *Motosykletistky Omospondia*, aps. 45-47.

⁴⁸ T. DE LA QUADRA-SALCEDO, *Liberalización de las telecomunicaciones, servicio público y constitución económica europea*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, pág. 142.

⁴⁹ STJCE 17-5-1994, C-18/1993, *Merci Convenzionale Porto di Genova*, aps. 45-47. Véase al respecto L. CASÉS PALLARÉS, «Regulación pública y abuso de posición dominante», en S. MARTÍNEZ LAGE y A. PETITBÓ JUAN (Dirs.), *El abuso de posición de dominio*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 232.

básicos? Debería tratarse de una decisión en la vía legislativa, dado que restringir la competencia podría lesionar el contenido esencial del derecho a la libertad de empresa, aspecto amparado por la reserva de ley. En todo caso, la decisión acerca del objeto del servicio básico debe venir motivada por una especial incidencia de esa prestación en las necesidades esenciales de la ciudadanía. Como ejemplos pueden señalarse la telefonía básica, el suministro eléctrico en una determinada potencia, la conexión a Internet a determinada velocidad, etc.

Respecto a la intervención de las autoridades administrativas en las actividades económicas, la jurisprudencia comunitaria ha puesto de manifiesto la necesidad de evitar la confusión entre los gestores y reguladores en un mismo segmento de la actividad económica. Ahora bien, debe concurrir un requisito adicional para prohibir que el ente regulador y el operador fueran la misma persona o, al menos, que estuviera subordinado a él: la existencia de abuso de posición dominante por parte de la empresa vinculada de algún modo al poder público⁵⁰.

El aspecto económico de la regulación aparece aquí como el principal fundamento para evaluar si la Administración ha perjudicado a una compañía sometida a una regulación determinada en el segmento de actividad de que se trate, es decir, si se ha vulnerado la libre competencia. El ente público podría adoptar medidas que tiendan a compensar el déficit económico que padecen ciertas empresas como consecuencia de una regulación tendente a paliar una necesidad de interés público⁵¹. Así, pueden aprobarse tarifas máximas más elevadas en diferentes servicios o conceder periodos transitorios para que las compañías se adapten al nuevo entorno regulador, mejorando su competitividad. Sin embargo, debe demostrar mediante sistemas transparentes de contabilidad de los costes que las tarifas

⁵⁰ SSTJCE 13-12-1991, C-18/88, *GB Inno-BM*, ap. 25, y 19-31991, C-202/88, *Comisión contra Francia*, ap. 51.

⁵¹ STJCE 24-7-2003, C-280/2000, *Altmark*, ap. 87.

fijadas o las ayudas recibidas están justificadas y son necesarias para la prestación del servicio público⁵².

B) Los servicios de interés general

En el Tratado de Lisboa se adjuntó un protocolo relativo a este tipo de servicios, por el que se reconocen el papel esencial y la amplia discrecionalidad de las autoridades nacionales, regionales y locales en la prestación, encargo y organización de servicios de interés económico general que se adecuen lo más posible a las necesidades de los usuarios. Se pretende alcanzar un alto nivel de calidad, seguridad y asequibilidad, igualdad de trato y promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios. Las disposiciones de los Tratados no modifican en modo alguno la competencia de los Estados miembros para prestar, encargar y organizar servicios no económicos de interés general⁵³.

Al liberalizarse gran parte de las actividades económicas, las autoridades comunitarias debían replantearse la categoría del servicio público como actividad inherente a la intervención administrativa. Propusieron un concepto objetivo del servicio público, ligado al carácter de la prestación y no al organismo o ente que lo prestara⁵⁴. Crearon la

⁵² STJCE 17-5-2001, C-340/99, *TNT Traco SpA*, ap. 63. Véanse también SSTJCE 18-6-1998, C-266/96, *Corsica Ferries*, ap. 46, y 19-5-1993, C-320/91, *Corbeau*, ap. 19.

⁵³ Comunicación COM/725/2007, de 20 de noviembre, Comunicación de la Comisión que acompaña a la Comunicación «Un mercado único para la Europa del siglo veintiuno. Servicios de interés general, incluidos los sociales: un nuevo compromiso europeo».

⁵⁴ J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, «Servicio público e intervención pública. Una reflexión general sobre los servicios públicos de relevancia económica», en L. COSCULLUELA MONTANER (Coord.), *Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje al profesor Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003, pág. 604.

categoría de servicios de interés general para definir aquellas actividades que, por su incidencia en las condiciones de vida de las personas, precisaban un control o regulación por parte de los poderes públicos, sin perjuicio de que pudieran ser ofrecidos por los particulares. Aquí cobra especial relevancia la intervención administrativa mediante la regulación, cuyo objeto estriba en corregir los desequilibrios que arroja el mercado, al objeto de evitar conductas contrarias a la competencia y procurar que toda la ciudadanía disfrute de unos servicios básicos a precios asequibles⁵⁵.

Cabe distinguir dos tipos de servicios económicos de interés general: por un lado, aquellos que exigen una contraprestación o cuyos prestadores persiguen un ánimo de lucro y, por otro, los servicios que no se prestan para la obtención de un beneficio económico o que no requieren una remuneración por los usuarios. Aquí se encuadran los servicios públicos de educación, sanidad, prestaciones sociales o la Administración, entre otros⁵⁶. Los primeros se prestan en régimen de libre competencia, sin perjuicio de que los Estados contemplen unas prestaciones obligatorias, al objeto de satisfacer las necesidades básicas de los usuarios. Por lo que respecta a los segundos, los Estados pueden establecer que se presten por la Administración con exclusividad, de forma directa o indirecta, de acuerdo con su capacidad económica y sus peculiaridades, excluyendo la aplicación del Derecho de la competencia, tal y como se ha comentado en el anterior apartado.

El acceso a los servicios de interés económico general se reconoce como derecho en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁵⁷. Las autoridades internas están obligadas, por tanto, a satisfacer determinadas prestaciones en las condiciones y con los mecanismos que establezcan los Estados de acuerdo con sus respectivos grados de

⁵⁵ SZYSZACK, cit., pág. 248.

⁵⁶ Libro Verde sobre los servicios de interés general, COM (2003) 270 final, pág. 16.

⁵⁷ Artículo 36 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada por Acuerdo del Consejo, la Comisión y el Parlamento Europeo el 7 de diciembre de 2000.

desarrollo económico y social⁵⁸. Pese a que se otorga un amplio margen de maniobra a las autoridades internas, algunas regulaciones sectoriales, dictadas en el ámbito europeo, ya han previsto ciertos servicios mínimos o básicos que se configuran como derechos de los usuarios en Europa. Así sucede cuando la legislación en materia de telecomunicaciones prevé la obligatoriedad del servicio telefónico básico para toda la ciudadanía de la Unión o una determinada conexión a Internet⁵⁹.

Las diversas comunicaciones emanadas de la Comisión Europea en torno a los servicios de interés general en Europa arrojan resultados diversos en torno a la posibilidad de que la Administración pueda ejercer una iniciativa económica en el mercado. Se han definido los servicios no económicos de interés general como aquellos cuya provisión no requiere a cambio una remuneración. En otras palabras, podría afirmarse que son actividades que pueden llevarse a cabo con pérdidas o sin ánimo de lucro⁶⁰. La cuestión en estos casos estriba en aclarar si las compañías ligadas a la Administración o creadas por ella se someten o no al Derecho de la competencia. Con carácter general, podría afirmarse que la creación de dichos servicios en Europa tiene como finalidad trasladar al sector privado aquellos que se prestaban con exclusividad por parte de las autoridades administrativas. Sin embargo, en un sector liberalizado, como correos, la jurisprudencia ha excluido la posibilidad de aplicar el Derecho de la competencia a las empresas a las que se ha reservado la prestación del servicio universal en un segmento concreto del mercado, en este caso el envío de tarjetas postales al extranjero. La previa reserva de la actividad a una

⁵⁸ M. ROSS, «Article 16 EC and services of general interest, from derogation to obligation?», *European Law Review*, febrero 2000, pág. 35.

⁵⁹ Artículos 22.1 Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, y 29.4 Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de condiciones de prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas y el servicio universal.

⁶⁰ Libro Verde sobre los servicios de interés general, 29-5-2003, COM (2003) 270 final, pág. 16. Al respecto, véase la STJCE 16-3-2004, C-264/01, C-306/01, C-354/01 y C-355/01, *AOK Bundesverband y otros*, ap. 51.

empresa se muestra como necesaria para cumplir los fines establecidos para ese tipo de servicios⁶¹.

Por lo que interesa a la iniciativa económica de la Administración en el mercado, cabe señalar aquí que la liberalización de la actividad de los servicios económicos de interés general no impide que sean los entes públicos los que presten directa o indirectamente el servicio, si bien salvaguardando algunas garantías en materia de libre competencia, tal y como se ha comentado anteriormente respecto a la necesidad de separar los entes reguladores y los gestores si se produce con ello un abuso de posición dominante. Por otro lado, tampoco cabría descartar la posibilidad de que los poderes públicos inyecten fondos para garantizar la prestación de ciertos servicios de carácter obligatorio. En ese sentido, ya se ha mencionado el sometimiento de esas ayudas públicas al Derecho de la competencia. En este contexto, próximo a las políticas públicas y a la decisión de las autoridades públicas, debe abordarse el debate en torno a qué actividad administrativa se encuentra o no exenta de la aplicación del Derecho interno de la competencia.

3. LA REGULACIÓN EN LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y LOS PROBLEMAS QUE PLANTEA

En Estados Unidos se suscitó la polémica en torno a la articulación entre la regulación económica y el Derecho de la competencia con motivo de la *State Action Immunity*, que impedía enjuiciar la actividad de los poderes públicos de acuerdo con la legislación *antitrust*. El fundamento se halla en el federalismo, de modo que les corresponde a los Estados la regulación del mercado y la puesta en marcha de una política económica determinada⁶². Sería como considerar que les corresponde a las empresas o al

⁶¹ STS 9-12-2008, RA 2009/348, FD 4.º y 5.º.

⁶² *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motors*, 365 US 127 (1961).

Derecho de la competencia la regulación de cuestiones políticas. Las empresas estarían facultadas para la regulación de cuestiones políticas que estuvieran siempre conformes con el Derecho de la competencia. Aquéllas podrían mantener contactos con las autoridades al objeto de reducir la competencia, lo que no significa que sean las propias compañías las que adopten esas decisiones⁶³. Una acción fundada en precios predatorios o de exclusión, fijados por la agencia, sería inoperante en una industria eléctrica sometida a regulación⁶⁴.

No obstante, aquella doctrina evolucionó hacia una interpretación de las normas desde la perspectiva del Derecho de la competencia, de modo que la Ley de telecomunicaciones, paradigma en este caso de la regulación sectorial, no modifica ni deroga la normativa *antitrust*, pues la existencia de un monopolio no sólo resulta legal, sino que constituye un elemento importante del libre mercado, pues ésa es la aspiración de todo operador que asume riesgos, contribuyendo con ello a la innovación y al crecimiento económico. La situación de monopolio no resulta ilegal, salvo que se haya obtenido mediante una conducta anticompetitiva. Únicamente podría aplicarse el Derecho de la competencia cuando la regulación no ordene determinados aspectos de la actividad económica o del sector en cuestión⁶⁵.

La intervención de las autoridades de la competencia debe ser inversamente proporcional a las obligaciones que pesan sobre un operador, en términos de comportamientos contrarios a la competencia. A mayor regulación, las autoridades de la competencia poseen menos facultades de vigilancia y castigo de las conductas contrarias a

⁶³ A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Intervenciones del Estado y libre competencia en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2001, pág. 57.

⁶⁴ *Town of Concord v. Boston Edison Co.* (915 F2d 17, 1er Cir., 1990). Véase al respecto S. NAUGÉS, «L'articulation entre droit commun de la concurrence et droit de la régulation sectorielle», *AJDA*, 13, 2007, págs. 673-677.

⁶⁵ *Verizon Communications inc. v. Law Offices of Curtis*, 02-682, 14-10-2003, 305 F3d 89, 540 US (2004).

la competencia. Los jueces, en el control de ese grado de proporcionalidad, deben tener en cuenta los siguientes aspectos: los problemas técnicos que afecten al mercado en cuestión; la resolución de conflictos relacionados con la libre competencia mediante la regulación, y la posibilidad de que la autoridad de regulación imponga sanciones. Si estos tres criterios se observan acumulativamente, la autoridad de regulación puede cumplir las funciones que le corresponden a la autoridad de la competencia. Las mismas autoridades de regulación podrían aplicar directamente el Derecho común y la normativa *antitrust*⁶⁶. En definitiva, las empresas se someten a las normas en materia de defensa de la competencia, salvo que las autoridades reguladoras traten de evitar comportamientos contrarios a la competencia mediante la fijación de tarifas o cualquier otra medida con los mismos fines⁶⁷.

La jurisprudencia estadounidense no reconoce expresamente que la regulación sectorial pueda someterse al control de los tribunales desde una perspectiva del Derecho *antitrust*. Se inclina únicamente por una convivencia pacífica entre la regulación y el Derecho de la competencia, una complementariedad que no distingue entre supuestos en que la regulación se formula por ley o por una orden de la agencia reguladora correspondiente. Se ignora que también las agencias reguladoras en el ejercicio de sus funciones deberían someterse al principio de *rule of law*, en este caso la *Sherman Act*.

En este apartado habrá ocasión de analizar las previsiones de la Ley de Defensa de la Competencia en los supuestos en que la Administración promueve la iniciativa económica y la regulación que pueda repercutir en el mercado. Aquel texto señala que las exenciones conforme a dicho texto legal se aplicarán «sin perjuicio del Derecho comunitario en materia de defensa de la competencia»⁶⁸. Por tanto, con anterioridad a cualquier análisis en torno a la posibilidad de eximir una actuación administrativa de la Ley

⁶⁶ *Bellsouth Corporation v. Covad Communications Company* (540 US 1147, 125 S. Ct. 1143, 2004).

⁶⁷ *Texas Commercial Energy, Inc.*, 423 Fd 503, 5th Cir., 2003.

⁶⁸ Artículo 4 LDC.

de Defensa de la Competencia, es imprescindible examinar el Derecho europeo y su interpretación llevada a cabo por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Por otro lado, la Ley de Defensa de la Competencia contempla dos supuestos en que las Administraciones públicas no se someten a sus preceptos: uno, en el caso de que lleven a cabo conductas que resulten de la aplicación de una ley; y dos, cuando la Administración ejerza sus potestades administrativas y los poderes públicos o empresas públicas actúen con dicho amparo legal. Recuérdese que las autoridades públicas dictan normas reguladoras de diversas actividades económicas. Trata de abordarse el modo en que la regulación administrativa y el Derecho de la competencia se articulan. En las siguientes líneas pretende abordarse esta tarea de arrojar algo de luz en torno a este tan polémico precepto⁶⁹.

3.1 La controversia en torno a la aplicación de la ley

La ya derogada Ley de Defensa de la Competencia de 1989 preveía como conductas exentas, además de las recomendaciones, prácticas y decisiones que resulten de la aplicación de la ley, los reglamentos dictados en aplicación de una ley. Además, no hacía referencia a cualquier conducta, excluyendo el abuso de posición de dominio. Si se compara con la regulación actual, podría concluirse que únicamente estarían amparados por la exención aquellos comportamientos contrarios a la competencia que estuvieran establecidos por ley. Cabe delimitar, no obstante, el alcance del término «aplicación de la ley».

Puede cuestionarse si el sentido de la palabra ley debe interpretarse de forma restrictiva, de modo que se trataría de disposiciones con ese rango, o bien si debe

⁶⁹ Artículo 4.1 y 2 Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

equipararse el concepto de ley al de norma en sentido general. Las actuaciones de la Administración, en cualquier caso, deben someterse a la ley y al Derecho, lo que permitiría concluir que la exención general contenida en ese artículo 4 resulta una tautología en sí misma. La Administración no puede actuar más allá de los límites que impone la legalidad. Aquella podría dictar reglamentos o actos administrativos que tuvieran por objeto la aplicación automática de una norma con rango de ley. El problema estriba aquí en determinar si se aplica la Ley de Defensa de la Competencia en los supuestos en que la Administración disponga de un margen de apreciación más amplio y diverso de aquel que se refiere a la aplicación automática de una norma con rango de ley.

Así, el concepto de aplicación debería precisarse aún más, ya que la Administración, en el ejercicio de sus facultades de desarrollo de leyes, podría, sin contravenir el texto legal, añadir aspectos de la regulación de una materia no contenidos en la ley. Esto sucede habitualmente en la normativa técnica, que exige una especialización y un grado de capacitación alejados completamente de las posibilidades que ofrece un parlamento. No se olvide que la implantación de reglamentaciones que definan las características de productos o su composición puede ser objeto de conflictos vinculados a la libre competencia, en este caso en el mercado donde se comercializan dichos productos, por ejemplo. Asimismo, la Administración puede dictar actos administrativos en aplicación de una ley en sectores que exigen regulaciones sumamente coyunturales y estacionales, debido a los vaivenes del mercado. Así ocurre en sectores estratégicos en red, como las telecomunicaciones, el gas o los transportes.

La aprobación de tarifas, por ejemplo, depende de numerosos factores, asociados al coste del servicio y, fundamentalmente, a la necesidad de que sean asequibles para la prestación de servicios básicos y universales. En función de las innovaciones tecnológicas o, incluso, del poder de mercado de los operadores, la decisión en torno a la fijación de una u otra tarifa varía sustancialmente. Por ello, tampoco podría afirmarse en este caso que la Administración aplica automáticamente la ley reguladora de cualquiera de los sectores, sino que simplemente ejerce sus potestades de supervisión y vigilancia de los mercados, de acuerdo con los límites, parámetros y competencias que la ley prevé. Es más, podría suscitarse la paradoja de que se emita un acto, cuyo fin sea la promoción de la libre

conurrencia y que sea considerado contrario a la misma por la autoridad de la competencia. ¿Se encuentra esta actuación sujeta a la normativa sobre defensa de la competencia, o únicamente debería comprobarse si se ajusta a los preceptos de la legislación sectorial?

3.2 La posición de la autoridad de defensa de la competencia

El ya extinto Tribunal de Defensa de la Competencia ha tenido la oportunidad de dirimir controversias en las que se cuestionaba la validez de la actuación administrativa desde la perspectiva del Derecho de la competencia. En los supuestos en que la Administración contrataba a una empresa para la prestación de unos determinados servicios públicos, la autoridad de la competencia puso de manifiesto su incompetencia, dadas las facultades de la Administración para gestionar sus servicios y ejercer sus competencias de acuerdo con la ley⁷⁰. Así sucede, incluso al aplicarse la legislación en materia de contratos, para la concesión de créditos a entidades privadas por parte de la Administración⁷¹ o la gestión de las instalaciones portuarias⁷². El contenido de estos pronunciamientos se ha reiterado, quedando el asunto en cuestión sin examinar. Se alega la falta de competencia para enjuiciar la actuación administrativa, sirviéndole al Tribunal como pretexto para no entrar en el fondo del asunto. En alguna ocasión procedió a estudiar si efectivamente el resto de compañías podría verse perjudicado por la decisión administrativa en materia de contratación⁷³. En algún caso se ha sugerido a las Administraciones públicas que corrijan

⁷⁰ RTDC 10-4-2000, expte. R414/2000, Ayuntamiento de Villamartín, FD 2.º.

⁷¹ RTDC 22-10-1998, expte. R298/1998, Ayuntamiento de Torrevieja, FD 2.º.

⁷² RRTDC 23-7-1998, expte. R308/1998, FD 2.º, y 10-11-1998, expte. R325/1998, puerto deportivo Zumaia.

⁷³ RTDC 27-4-2001, expte. R447/2000, caso Piñas de Andalucía, FD 3.º.

los pliegos de la contratación, sin entrar a enjuiciar su conformidad o no con las normas de la competencia⁷⁴.

Puede señalarse, asimismo, el ejemplo del otorgamiento de autorizaciones, clásico acto administrativo, cuya denegación podría suponer una restricción a la competencia⁷⁵. Al respecto, la concesión para la ocupación y aprovechamiento del dominio público en un aeropuerto se configura como un acto administrativo que no es susceptible de ser enjuiciado por la autoridad de la competencia. Ésta estima que no puede situarse bajo las coordenadas de la competencia el valor que, inspirado en los intereses generales, el legislador le ha atribuido al suelo de los aeropuertos. Como puede apreciarse, la calificación de un bien como demanial no se sujeta a las normas sobre libre competencia⁷⁶.

Sin embargo, el ejercicio de una competencia administrativa de carácter obligatorio, con arreglo a la Ley de Bases del Régimen Local, no impide someter esa actividad a la normativa *antitrust*, más allá de que se lleve a cabo con objetivos puramente sociales y se hallen alejados de la lógica del mercado. Debe procederse a un análisis caso por caso, pues en función de la clientela, del mercado de referencia y del poder de mercado que pueda ostentar la Administración puede demostrarse la comisión del ilícito. En ese sentido, si se demuestra que la oferta de servicios deportivos por un precio sensiblemente inferior no supone una mejora en la cuenta de resultados, y que la finalidad de la entidad pública estriba en fomentar la actividad física y el deporte como una de sus competencias obligatorias, no podría considerarse contraria a la competencia⁷⁷. La autoridad de la competencia en este caso no excluye la aplicación de la normativa *antitrust*, concluyendo

⁷⁴ RCNC 31-8-2010, expte. S/0272/10, Centro Internacional de Cultura Contemporánea, FD 3.º.

⁷⁵ RRTDC 24-4-1995, expte. 1143/1994, FD 4.º y 5.º, y 1-4-1996, expte. 1296/1995, FD 4.º.

⁷⁶ RTDC 14-3-2002, expte. 1718/97, AENA/ALDEASA, FD 2.º y 3.º.

⁷⁷ RTDC 7-11-2006, expte. R673/05, caso Deportes Valladolid, FD 3.º.

del estudio de las circunstancias económicas que la Administración, estableciendo unos precios públicos de uso de las instalaciones deportivas, no incurría en abuso de posición dominante ni fijaba precios predatorios.

Los acuerdos adoptados por los colegios profesionales, por ejemplo, no pueden sustraerse a la Ley de Defensa de la Competencia, pues se trata de una asociación de empresas u operadores económicos. Llevan a cabo una actividad económica a cambio de remuneración en un determinado mercado⁷⁸. En ese sentido, el Colegio de Arquitectos no puede discriminar a unos peritos para que intervengan en procesos judiciales⁷⁹. Aun así, a los efectos de determinar si han incurrido en alguna conducta contraria a la libre competencia, debe examinarse caso por caso, de acuerdo con los estudios de mercado y las circunstancias concurrentes, si ese acuerdo de los colegios profesionales viene o no amparado por la Ley de Defensa de la Competencia.

3.3 Planteamientos doctrinales

Parecería desprenderse una contradicción de la interpretación de los dos párrafos de la Ley, según cuál sea el sentido del término «aplicación de la ley». Si se acepta que abarca regulaciones administrativas que desarrollan o precisan lo establecido en la Ley, podría considerarse que la Administración se sustrae a todo acto de control y vigilancia de la autoridad de defensa de la competencia. Si el vocablo «aplicación» significa cumplir automáticamente lo establecido por ley, se requeriría una norma con ese rango en el caso de que se pretenda sustraer a la Administración de la aplicación de las normas sobre defensa de la competencia. Se ha comentado que sólo el reglamento que pueda demostrar un enlace preciso y directo entre su exacto contenido y la definición legal de sustento podría quedar al

⁷⁸ Sentencia Audiencia Nacional 22-10-2003, RA 2004/858, FD 5.º y 6.º.

⁷⁹ RCNC 9-2-2009, expte. 637/08, Peritos/Arquitectos de la Comunidad Valenciana.

margen de la normativa en materia de defensa de la competencia⁸⁰. Todo ello lo han resumido algunos autores distinguiendo entre normas abiertas, dictadas tras llevar a cabo estudios de mercado, caracterizadas por una eficacia limitada en el tiempo, y cerradas, que no admiten un margen de apreciación por parte de las autoridades públicas⁸¹.

Algunos autores se inclinan por conceder prioridad a la normativa sectorial en esos supuestos, debido a que entienden que les corresponde a ciertas entidades velar por el correcto funcionamiento de los mercados y por el desenvolvimiento de la libre competencia en ellos⁸². Sin embargo, piénsese que la mayor parte de las decisiones o las normas adoptadas por los organismos de regulación poseen rango reglamentario y técnicamente no podrían vulnerar una disposición de rango superior, como es la Ley de Defensa de la Competencia. Por ello debe partirse del presupuesto de que la Administración no queda exenta de la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia, quedando en manos de la jurisdicción contencioso-administrativa apreciar la validez o invalidez de los reglamentos o actos administrativos que restrinjan la concurrencia entre operadores del mercado. Más allá de que se trate de una legislación sectorial, general o destinada a castigar los comportamientos contrarios a la libre competencia, la Administración no podría actuar sin amparo legal. Algo que viene corroborado por el segundo párrafo del artículo 4, al señalar que se someterán a la ley las conductas que restrinjan la competencia y que se lleven a cabo sin amparo legal. Del segundo párrafo del artículo 4 de la Ley de Defensa de la Competencia se desprende que la Administración puede ejercer potestades administrativas que restrinjan la competencia, siempre que se dicten de acuerdo con la ley. Así, parece que el legislador trata de distinguir aquellas actuaciones administrativas que restringen la libre competencia y que no se ajustan a la ley de aquellas otras que, aun cumpliendo lo dispuesto

⁸⁰ J. E. SORIANO GARCÍA, *La Defensa de la Competencia*, Iustel, Madrid, 2007, pág. 51.

⁸¹ M. SZDYLO, cit., págs. 268-272.

⁸² LAGUNA DE PAZ, cit., pág. 97, y SZDYLO, cit., pág. 263.

en la normativa, atentan contra la libre competencia. Estas últimas no quedarían sometidas a la legislación de la competencia. Ha de tenerse presente que tan sólo se persiguen aquellas conductas que produzcan un efecto sensible sobre la competencia, es decir, una eliminación, reducción y falseamiento apreciable de la misma⁸³.

De acuerdo con algunas posturas doctrinales, sólo sería admisible la restricción de la competencia si la autoridad pública ha empleado los medios menos restrictivos para alcanzar los fines públicos que se derivan de sus competencias⁸⁴. El acuerdo contrario a la competencia debería cumplir todos y cada uno de los requisitos que, a tal fin, contenga la norma habilitante⁸⁵. Por otro lado, el análisis de las actividades económicas de los poderes públicos desde el punto de vista del Derecho *antitrust* debería basarse en el carácter público o no de la actividad, debiendo interpretar de forma restrictiva los poderes exorbitantes de la Administración⁸⁶. En ese sentido, podrían considerarse excluidas de la Ley de Defensa de la Competencia las actividades de una empresa a la que se le ha conferido el monopolio por la vía legal, con arreglo al artículo 128 de la Constitución⁸⁷.

⁸³ J. I. RUIZ PERIS, «Los acuerdos restrictivos de la competencia tras la nueva Ley de Defensa de la Competencia», en J. I. RUIZ PERIS (Dir.), *La Nueva Ley de Defensa de la Competencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 46.

⁸⁴ J. M. BAÑO LEÓN, *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la competencia*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pág. 87.

⁸⁵ E. GALÁN CORONA, «Prohibición de prácticas colusorias. Visión general», en J. M. BENEYTO PÉREZ (Dir.) y J. MAILLO GONZÁLEZ ORUS (Coord.), *Tratado de Derecho de la Competencia*, Bosch, Barcelona, 2005.

⁸⁶ J. VICIANO PASTOR, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 461.

⁸⁷ VICIANO PASTOR, cit., pág. 465.

La Administración está obligada a preservar los fines de interés general. Si se aparta de estos fines, es decir, si actúa de forma desproporcionada, no se considerarán exentos de la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia⁸⁸. El debate estriba en si la Ley de Defensa de la Competencia ha llevado a cabo una deslegalización, impidiendo que la Administración se someta a la normativa en materia de defensa de la competencia, siempre que dicte reglamentos o actos en una materia. Al respecto se afirma que la restricción puede derivar tácitamente de la previsión contenida en una norma con rango de ley⁸⁹. Sin embargo, por el hecho de que las autoridades de la competencia no puedan anular la actividad administrativa, las entidades públicas no quedan al margen de la Ley de Defensa de la Competencia o inmunes a su control por la jurisdicción. Al objeto de que la Administración no quede exenta de la ley y el Derecho, debería examinarse caso por caso el impacto que su regulación ha producido en la competencia. De acuerdo con todo ello, únicamente las leyes o las normas con rango de ley podrían exonerar a la Administración de la normativa contraria a la competencia⁹⁰.

La Comisión Nacional de la Competencia no podrá anular las decisiones administrativas, dado que les ampara la presunción de legalidad, al margen de que las normas no le han conferido a aquélla una competencia de tal carácter. Todo ello no obsta a que la jurisdicción contencioso-administrativa pueda hacerlo en virtud de la normativa *antitrust*, pues en este caso no cabría invocar la imposibilidad de aplicar la Ley de Defensa de la Competencia. De hecho, la Ley le faculta a la Comisión Nacional de la Competencia

⁸⁸ VICIANO PASTOR, cit., pág. 500.

⁸⁹ F. MARCOS, «El tratamiento de las restricciones públicas a la competencia: la exención legal en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia», *Diario La Ley*, núm. 6977, 2008.

⁹⁰ A. M. TOBÍO RIVAS, «Excepciones a las conductas prohibidas», en M. P. MARTÍN CRESPO y F. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Derecho de la libre competencia comunitario y español*, Aranzadi, Pamplona, 2009, pág. 204.

para la impugnación de actos y disposiciones de la Administración que incurran en conductas prohibidas⁹¹.

Se ha planteado la posibilidad de que la autoridad de la competencia enjuicie si el reglamento se ajusta a la ley o el acto administrativo a la normativa antitrust. Esa valoración puede desembocar simplemente en la interposición del correspondiente recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa, pues la Administración no puede investirse de facultades que, por ley, le corresponden al juez⁹². Se ha mencionado la posibilidad de que la autoridad de la competencia no aplique el reglamento o no tome en consideración el acto administrativo cuando la conducta infractora sea manifiesta⁹³. Aun así, parece arriesgado confiar a un organismo público la interpretación sobre lo que se considera o no flagrante o manifiesto.

Las imprecisiones derivadas del precepto que se analiza abocan inevitablemente a la incertidumbre en muchos casos y, por tanto, a una falta de seguridad jurídica inadecuada para el crecimiento y dinamismo económicos. Por ello, la Ley de Defensa de la Competencia debería definir los conceptos «aplicación de una ley», en el sentido de si incluye o no en su ámbito de aplicación los reglamentos autónomos, los independientes o, simplemente, aquellos que añaden aspectos muy técnicos, cuyo desarrollo excede de la capacidad de los parlamentos. Asimismo, debería aclararse si se someten o no los actos administrativos y, si es así, qué tipo de actos, teniendo en cuenta que la regulación administrativa tiende, en ocasiones, a favorecer la libre competencia en un mercado determinado. Debe tenerse presente, en cualquier caso, que la deslegalización, al objeto de

⁹¹ Artículo 12.3 LDC.

⁹² BAÑO LEÓN, cit., pág. 92.

⁹³ J. E. SORIANO, cit., pág. 50.

eximirse de la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia, albergaría serias dudas respecto a su conformidad con la libertad de empresa⁹⁴.

3.4 El ejercicio de potestades administrativas que restringen la libre competencia

La actividad de las Administraciones públicas no siempre puede identificarse claramente. Por ejemplo, las empresas públicas están sometidas a un régimen distinto en función de la participación de las entidades públicas en su capital social. De acuerdo con la Ley de contratos del sector público, para que resulte aplicable aquella Ley es imprescindible que los entes públicos o dependientes de éstos hayan aportado más de la mitad del capital social⁹⁵. Piénsese que si la Administración puede condicionar la toma de decisiones en el seno de una empresa, pues posee la mayoría del accionariado, debería considerarse un acto que procede de una o varias Administraciones y debería regirse por una normativa distinta a cualquier acto jurídico-privado.

Ahora bien, se plantea la cuestión en torno a qué régimen se aplica en los casos en que aquella empresa pública no pretende contratar con privados, sino que lleva a cabo determinados proyectos o fija precios, cuestiones que pueden afectar a la concurrencia en un segmento determinado del mercado. La Ley de contratos únicamente la somete a su régimen, no excluyéndolo en ningún momento de las normas sobre libre concurrencia⁹⁶. Las adjudicaciones o el ejercicio de prerrogativas contractuales, ¿se configuran

⁹⁴ F. MARCOS FERNÁNDEZ, cit.

⁹⁵ Artículo 3.1.d) Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

⁹⁶ F. URÍA FERNÁNDEZ, «Contratos de las administraciones públicas y defensa de la competencia», *Anuario de la Competencia*, 2002, pág. 140.

propriadamente como actos administrativos o bien se trata de acuerdos aprobados en el seno de una sociedad más? En este punto habría que precisar si la compañía actúa en el mercado como una empresa o si, por el contrario, no se ajusta a tal consideración de acuerdo con los criterios empleados por organismos comunitarios e internos de la competencia, así como por los tribunales de justicia, incluido el de la Unión Europea.

Con carácter general, se ha definido la empresa como aquella entidad que obtiene una remuneración como consecuencia de su actividad de producción de bienes o de prestación de servicios en un mercado de referencia determinado⁹⁷. Las empresas encargadas de prestar servicios públicos o basados en el principio de solidaridad quedarían excluidas de esta definición⁹⁸. La Comisión Nacional de la Competencia, por ejemplo, ha excluido al Consejo General del Poder Judicial de la definición de empresa⁹⁹. Eso significa que cualquier sociedad mercantil y ente institucional que se ajuste a estos requisitos debería someterse a las normas sobre libre competencia, más allá del grado de participación de que disponga la Administración en su capital social.

No basta invocar el carácter de *imperium* de la actividad administrativa, tal y como han venido preconizando cierta doctrina¹⁰⁰ y alguna jurisprudencia¹⁰¹, o la imposibilidad de fiscalizar su actuación por las autoridades de la competencia. Como único resquicio para la

⁹⁷ STJCE 11-7-2006, C-205/03, *Fenin*, ap. 26. Al respecto, véase D. ORDÓÑEZ SOLÍS, *Intervención pública, libre competencia y control jurisdiccional en el mercado único europeo*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pág. 60.

⁹⁸ STJCE 23-4-1991, C-41/90, *Höfner y Elser*, ap. 21.

⁹⁹ RCNC 17-8-2009, S/0136/09, Consejo General del Poder Judicial, FD 3.º.

¹⁰⁰ F. MARCOS, «Artículo 4. Conductas exentas por ley», en J. MASSAGUER y J. M. SALA ARQUER (Dirs.), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Thomson-Civitas, Madrid, 2008, pág. 237.

¹⁰¹ Sentencia Audiencia Nacional 27-6-2008, RA JUR/2008/337542, FD 4.º y 5.º. Véase también RTDC 28-1-1999, expte. 326/1998, FD 1.º.

aplicación de la normativa anticoncurrencial se ha planteado la posibilidad de que la autoridad pública no regule algún aspecto de la actividad económica¹⁰². La regulación, sin embargo, debe someterse también a fiscalización, pues, de lo contrario, podrían encontrarse espacios de inmunidad para los poderes públicos, inadmisibles desde el prisma del Estado de Derecho. Es imprescindible examinar si el ejercicio de las competencias atribuidas a los entes públicos se ajusta a los fines de interés general previstos en la norma y si emplea los medios menos restrictivos posibles para el desarrollo de la actividad por parte del resto de competidores¹⁰³. Ahora bien, el segundo párrafo del artículo 4 admite restricciones a la libre competencia, derivadas del ejercicio de potestades administrativas, siempre que encuentren amparo legal.

Parece colegirse implícitamente que la entidad pública se sujeta a la ley y al Derecho. Sin embargo, resulta una obviedad que aquélla se sujeta al principio de legalidad. ¿Qué se entiende aquí por legalidad, sólo las cuestiones de procedimiento o también aquellas que se refieren a la libre competencia? El precepto exige un desarrollo de más hondo y preciso calado. Las entidades públicas podrían actuar con arreglo a su conveniencia, favoreciendo los intereses de empresas patrocinadas y financiadas por ellas mismas, simplemente cumpliendo las formalidades propias del procedimiento administrativo y, en sectores económicos más complejos, la normativa técnica y las obligaciones propias del servicio público. No resulta una conclusión muy ajustada a principios como el de igualdad o a derechos como el de la libertad de empresa. Deben exponerse soluciones más matizadas.

En el Derecho comunitario la jurisprudencia se ha pronunciado en torno a la necesidad de preservar el efecto útil del Derecho europeo en materia de libre competencia.

¹⁰² G. SOLANA GONZÁLEZ, «Administraciones públicas y defensa de la competencia», *Anuario de la Competencia*, 1, 2000, pág. 51.

¹⁰³ STJCE 26-3-2009, C-113/07, *Selex Sistemi Integrati SpA*, ap. 78.

Se considera incompatible con el Tratado que un Estado imponga, mediante disposiciones legislativas o reglamentarias, unas tarifas que no se orientan a los costes reales de prestación del servicio¹⁰⁴. La fijación de tarifas debe respetar los criterios de interés público definidos por la ley y los poderes públicos no pueden abandonar sus prerrogativas a manos de operadores económicos privados¹⁰⁵. Se le permite al Estado determinar las bases mismas de la competencia, fijando cuotas de producción o precios de ciertos bienes o servicios¹⁰⁶. El uso de los canales gubernamentales no conlleva por sí mismo la violación de las reglas de la competencia¹⁰⁷. En todos esos supuestos es imprescindible llevar a cabo un estudio de mercado del que se desprenda si se ha producido algún tipo de ventaja a favor de determinados operadores como consecuencia de la fijación de esas tarifas.

La jurisprudencia comunitaria ha exigido que los acuerdos públicos destinados a la fijación de tarifas deben emanar de expertos independientes, no de comisiones específicas en las que participen representantes de las empresas¹⁰⁸. Se retoma la clásica prohibición de confundir los agentes reguladores y regulados. En un sentido más preciso, debe mediar relación de causalidad entre la actuación de la compañía privada y la posterior regulación favorable a dicha compañía¹⁰⁹. Se exceptúa de la aplicación del efecto útil de las directivas el supuesto en el que se pretende preservar el interés público o en supuestos en que se

¹⁰⁴ STJCE 1-10-1987, C-311/85, *Vereniging Van Clause Reishureans*, ap. 35.

¹⁰⁵ STJCE 1-10-1998, C-38/1997, *Autotrasporti Librandi*, aps. 28-47. Véase al respecto también STJCE 19-2-2002, C-35/99, *Manuele Ardino*, ap. 40.

¹⁰⁶ STJCE 14-7-1988, C-254/87, *Syndicat des Librairies*, ap. 33.

¹⁰⁷ CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, cit., pág. 57.

¹⁰⁸ STJCE 17-11-1993, C-185/1991, *Reiff*, ap. 24.

¹⁰⁹ STJCE 17-1-1984, C-43 y 63/82, *VBVB v. Comisión*, ap. 38.

ponen en marcha políticas sociales¹¹⁰. Aun así, tampoco parece sencillo determinar que la decisión procede de una autoridad pública o de un agente privado y en qué medida ha influido su participación¹¹¹.

Supóngase que un ayuntamiento ha financiado la creación de una compañía dedicada a instalar una red de telecomunicaciones *wi-fi* en el ámbito territorial de un municipio. Esa misma entidad está facultada para otorgar las correspondientes concesiones para la ocupación del dominio público al resto de operadores interesados en implantar una red de cable o inalámbrica que, en cualquier caso, son competidores en un mercado de referencia con el ayuntamiento. Más allá de la posible ilegalidad o no de las ayudas públicas a la empresa privada, el ayuntamiento puede condicionar el acceso al mercado de un operador de telecomunicaciones denegándole el título que le habilita para ocupar el dominio público necesario para instalar la red. El órgano municipal competente en esos casos debe emitir una resolución administrativa que afecta al derecho a la libre competencia de los operadores.

Deberían analizarse las circunstancias concurrentes, como la aplicación de la normativa en materia de patrimonio de las entidades locales o la imposibilidad de ocupar más suelo público por razones urbanísticas o medioambientales. Tampoco debería excluirse la aplicación de la normativa en materia de telecomunicaciones, que impone la ubicación de equipos e instalaciones o la puesta en marcha de políticas públicas que promuevan e incentiven el acceso de los ciudadanos a las tecnologías de la información. Como puede apreciarse, no podría impedirse, por una simple decisión administrativa, que otros operadores compitan con las compañías auspiciadas por los entes públicos, pues la

¹¹⁰ M. EGAN, *Constructing european market*, Oxford University Press, 2001, pág. 26.

¹¹¹ CASSESE, cit., pág. 677.

denegación de la solicitud de ocupación podría no responder a argumentos razonables y justificados¹¹².

Para aplicar esta tesis igualmente deben tenerse en cuenta otros muchos factores, como el grado de desarrollo de los mercados, la capacidad de los Estados para atender las demandas o la capacidad económica de la ciudadanía a la que se dirigen las medidas de intervención. Así, en el caso de los acuerdos que pueden alcanzar empresas de consultoría con abogados, el Tribunal de Justicia permite que los Estados limiten o restrinjan dichas prácticas, ya que uno de los mercados de referencia, las consultorías y auditores, se halla concentrado, provocando conflictos de intereses no deseables desde el punto de vista del correcto ejercicio de la práctica profesional¹¹³.

El Tribunal Supremo ordenó al Servicio de Defensa de la Competencia retomar la investigación acerca del acuerdo adoptado por un colegio de médicos que fijaba los honorarios mínimos que debían percibir los profesionales. Las compañías aseguradoras sospecharon acerca del posible consenso entre todos ellos para rescindir los contratos de arrendamiento previamente suscritos con ellas, o pretendían que se constataste si ostentaban posición de dominio colectiva¹¹⁴. Ello requiere un estudio de mercado, con las consecuencias que ello implica, es decir, un estudio de los datos sobre costes, clientes y profesionales. No es suficiente el hecho de que se haya dictado un acto administrativo por una corporación institucional, como el colegio de médicos. Esa actuación continúa sometida al Derecho de la competencia¹¹⁵. Se impone, por tanto, un análisis caso por caso,

¹¹² I. SÁNCHEZ GARCÍA, «Los mercados sectoriales y la competencia», en VV.AA., *Crisis Económica y Política de la Competencia. III Jornadas Nacionales de Defensa de la Competencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 46.

¹¹³ STJCE 19-2-2002, C-309/99, *Wouters y otros*, ap. 53.

¹¹⁴ STS 22-5-2002, RA 7412, FD 2.º.

¹¹⁵ Véase al respecto RTDC 26-5-1997, *Zumaia Lantzen*, FD 5.º.

sin perjuicio de que el mismo legislador deba aclarar qué tipo de actuación debe someterse a la Ley de Defensa de la Competencia, al objeto de evitar arbitrariedades y discriminaciones no justificadas emanadas de los entes públicos¹¹⁶. La previsión de unos estándares o criterios que permitan definir el interés público en cada caso concreto impedirá una intervención administrativa completamente inmune a la legalidad y a las arbitrariedades de los poderes públicos que pudieran derivarse de todo ello¹¹⁷.

El Tribunal de Defensa de la Competencia, en cambio, evitó pronunciarse acerca de actos administrativos, en este caso no vinculados directamente a la regulación de un sector, sino a la ordenación urbanística y ambiental de las ciudades, como es el otorgamiento de una licencia de actividad¹¹⁸. Se invoca nuevamente la competencia municipal atribuida por ley para la puesta en práctica de la planificación urbanística.

En definitiva, la actuación de los entes públicos o empresas derivada del ejercicio de potestades administrativas que ocasionen cualquier tipo de discriminación en el ejercicio del derecho a la libertad de empresa y de competir en un mercado debe someterse a cualquier tipo de norma, incluida la de defensa de la competencia, en virtud básicamente del principio de igualdad y aquel que prohíbe la arbitrariedad de los poderes públicos. La Administración no puede huir de cualquier tipo de fiscalización por parte de los tribunales de justicia en cuestiones esenciales, vinculadas a derechos fundamentales y principios constitucionales.

¹¹⁶ EGAN, cit., pág. 52.

¹¹⁷ EGAN, cit., pág. 53.

¹¹⁸ RTD 25-10-1999, expte. R364/1999, FD 2.º.

3.5 Las políticas públicas: competencia administrativa y los intereses generales

Las autoridades públicas no pueden verse constreñidas en su intento de mejorar la calidad de vida de las personas mediante el impulso de medidas que pudieran resultar contrarias a la competencia. Evitar la discriminación es el eje sobre el que giran habitualmente estas intervenciones. Incluso esta tendencia se ha manifestado también en mercados estratégicos regulados por parte de las instituciones comunitarias, al introducir mecanismos de regulación asimétrica. Así, se imponen obligaciones de acceso e interconexión a los operadores con peso significativo en el mercado, o se les ordena la publicación de determinada información¹¹⁹. Estas medidas tienen por objeto facilitar que las compañías no dominantes o recientemente implantadas estén en condiciones de mejorar su posición en el mercado.

La jurisprudencia comunitaria ha reiterado la necesidad de salvaguardar las políticas públicas emprendidas por los Estados, atendiendo al principio de solidaridad y a la ausencia de cualquier ánimo de lucro en la actividad económica por parte de las empresas, sean públicas o privadas, que mantienen un especial vínculo con la Administración. En este sentido, no se consideran aplicables las normas en materia de libre competencia cuando se constituyen mecanismos de solidaridad social para el cobro de pensiones que no atiendan a la lógica mercantil, en cuanto a la ausencia de relación entre las primas que se pagan y los riesgos¹²⁰, o que tengan por objeto garantizar la continuidad de un fondo de reserva¹²¹. Alejarse de los parámetros del mercado y satisfacer las demandas de las personas más

¹¹⁹ D. GERADIN, «Efficiency claims in EC Competition Law and sector-specific regulation», en H. ULRICH (Coord.), cit., pág. 328.

¹²⁰ STJCE 5-3-2009, *Kattner Stahlbau*, C-350/07, aps. 59-68.

¹²¹ STJCE 21-9-1999, C-219/1997, *Maatschppij Drivende*, ap. 64.

necesitadas por razones económicas o sociales se configuran como los fines que deben alcanzar las entidades en manos de la Administración o bajo su supervisión.

Ahora bien, todos aquellos requisitos han de ajustarse al principio de proporcionalidad, de modo que sólo podrán exonerarse del cumplimiento de las normas *antitrust* en el supuesto de que la prestación de los servicios de solidaridad sea estrictamente necesaria y el mercado no esté dispuesto a asumir las cargas que comporta¹²². Por otra parte, el efecto útil de las normas comunitarias *antitrust* tampoco puede desvirtuarse por el hecho de que se le concedan subvenciones a una fundación que, con posterioridad, interviene en la gestión de otra empresa que ofrece bienes y servicios en el mercado con ánimo de lucro. La creación de una entidad que también ha mostrado intereses en el mercado, participando en el capital social de otra compañía y controlando de algún modo sus decisiones, comporta su sometimiento al régimen propio de las ayudas de Estado, tal y como se configura en el Derecho europeo de la competencia¹²³.

De hecho, muchas empresas dedicadas a prestar servicios sociales no pueden considerarse empresas en sentido estricto, dada la ausencia económica de sus objetivos. A todo ello cabría oponer la necesidad de que mantengan un cierto nivel de eficiencia que les permita no depender de los incentivos públicos y mejoren su competitividad y capacidad de innovación. La intervención pública proteccionista puede reducir la eficiencia de las compañías que resultan beneficiadas por regulaciones técnicas o en materia de precios¹²⁴. Desde el momento en que una entidad participa en la actividad económica, produciendo o distribuyendo bienes o servicios, se halla sometida a las normas del Tratado de la Unión en

¹²² STJCE 23-4-1991, C-41/90, *Höfner y Elser*, ap. 24.

¹²³ STJCE 10-1-2006, C-222/04, *Cassa di Risparmio di Firenze SpA*, aps. 111-127.

¹²⁴ D. GERADIN, cit., pág. 352.

materia de competencia, cualquiera que sea la naturaleza de los intereses que específicamente se le hayan confiado¹²⁵.

Al margen de todo ello, pueden plantearse supuestos en los que, lejos de considerarse una actividad reservada a la Administración, ésta compite teóricamente en pie de igualdad con los privados en el mismo segmento del mercado, bien directamente o mediante una empresa interpuesta que puede beneficiarse de la regulación y del ejercicio de potestades administrativas. Se suscita en este punto el debate en torno a la incidencia de la actividad administrativa en la vida de la ciudadanía, en su capacidad de encontrar empleo, de integrarse en la sociedad de la información o en la transmisión de valores culturales. Los poderes públicos asumen la prestación de todas esas facilidades, en un intento de mejorar las condiciones de vida de la ciudadanía. Así ha sucedido en los municipios que implantaron la banda ancha, de modo que los vecinos no pudieran verse excluidos de la sociedad de la información.

Resulta fundamental el concepto que emplea el Tribunal de Justicia respecto a la necesidad de que no exista otro medio para satisfacer las demandas, por parte de la ciudadanía, de un servicio determinado. Poco importa que la legislación haya liberalizado una actividad si, dadas las circunstancias y las características personales de aquellos a los que se destina, se exige una intervención pública, sea en la financiación mediante subvenciones o en la regulación mediante normas que garanticen la prestación efectiva. No puede privarse a la ciudadanía de algunos servicios esenciales para la mejora de sus condiciones de vida, de modo que las autoridades dispongan, más allá de lo establecido en la norma, de facultades discrecionales para dotar a la ciudadanía de los servicios y bienes esenciales para su existencia e integración en sociedad. Si los privados no pueden suministrar esos bienes y servicios esenciales, entonces las demandas de la ciudadanía puede satisfacerlas la Administración mediante sus fórmulas propias de iniciativa económica.

¹²⁵ WAELBROEK y FRIGNANI, cit., pág. 397.

La cuestión que puede ocasionar alguna controversia se refiere básicamente al amplio margen de apreciación de que disponen los Estados y las Administraciones para exonerarse de las normas *antitrust*. Podrían invocar los principios de solidaridad o los títulos de intervención que les confieren las normas de cabecera. Los municipios, por ejemplo, se ven investidos de competencias reconocidas en la Ley de Bases del Régimen Local¹²⁶. Muchas de ellas podrían asociarse a servicios liberalizados, lo que no impediría adoptar medidas específicas a ayuntamientos especialmente necesitados en el área de las redes de telecomunicaciones, los servicios sociales, el transporte o el deporte.

En ese último ámbito se consideraba que el ayuntamiento no podía fijar unos precios para la práctica deportiva en los gimnasios que fuera sensiblemente inferiores a aquellos que imponían el resto de operadores privados en ese mismo segmento del mercado. La conducta del ente público, estando sometida a la normativa en materia de defensa de la competencia, no incurre en ninguno de los comportamientos punibles contemplados por aquella, debido a los fines sociales y educativos que pretendía alcanzar la institución pública. El objetivo estriba en que la ciudadanía practique deporte, orientando los precios a costes, teniendo en cuenta que la estructura de dichos costes es diferente a la que presenta un operador privado, dadas las externalidades a las que debe enfrentarse¹²⁷.

En materia de vivienda tampoco se consideró contraria a la competencia la cesión gratuita de suelos a una empresa pública participada íntegramente por el ayuntamiento cedente. Sin embargo, no se invocó únicamente el argumento relativo a las necesidades sociales, sino que se examinó la diferencia de precios entre una vivienda libre y otra protegida de las mismas características o, incluso, se declaró que previamente existía competencia en ese mercado¹²⁸. Tal y como sucedió en el asunto mencionado, la autoridad

¹²⁶ Artículos 25 y 26 Ley 7/1985, de Bases del Régimen Local.

¹²⁷ TDC 4-4-2006, expte. R625/2004, caso centros deportivos Castellón, FD 4.º.

¹²⁸ RTDC 8-6-2004, expte. R574/2003, caso constructoras Las Palmas, FD 3.º-5.º.

de la competencia no dudó en examinar el mercado de referencia, los precios fijados por los operadores y la posición que ocupan éstos. En ese caso debía resolver, aplicando la Ley de Defensa de la Competencia, si habían incurrido en alguna conducta prohibida.

Las Administraciones disponen del privilegio de autotutela, por lo que tan sólo la jurisdicción contencioso-administrativa podría invalidar los actos administrativos y reglamentos relacionados con el ejercicio de actividades económicas liberalizadas. Todo ello no significa que los ayuntamientos o cualquier Administración pública se eximan de la aplicación de la legislación en materia de libre competencia, sino que, a efectos procesales, el acto administrativo producirá efectos y será válido hasta que los jueces y tribunales no declaren lo contrario. Conllevaría un desplazamiento de las competencias de la Comisión Nacional de la Competencia, sin perjuicio de que intervenga en otro momento, una vez que efectivamente se ha demostrado que la conducta es contraria a las normas *antitrust*.

IV. CONCLUSIONES

Las Administraciones públicas, en el ejercicio de su iniciativa económica, deben competir en pie de igualdad con el resto de operadores económicos en un determinado segmento del mercado, pese a que disponen de prerrogativas de autotutela declarativa y ejecutiva. Pueden emplear el mecanismo de la regulación económica en los mercados intervenidos, recurrir a la fórmula de la reserva de actividades o adjudicar ayudas y subvenciones con cargo a los fondos públicos. En todos estos casos la Administración debe someterse a la normativa en materia de defensa de la competencia, impidiéndose que se otorgue, directa o indirectamente, una ventaja injustificada a las empresas financiadas por ella o en las que ejerce un control directivo.

Se parte de la premisa de que la Administración no puede sustraerse a la ley, ni siquiera a aquella que trata de disuadir de conductas contrarias a la competencia. No pueden crearse espacios de inmunidad que afecten a derechos fundamentales como la igualdad, ni facultar a la Administración para implantar medidas económicas a su capricho o que favorezcan determinados intereses. De ello se desprenden las siguientes conclusiones:

a) La intervención mediante un reglamento o un acto administrativo en un sector económico no supone *per se* la exoneración de la normativa *antitrust*.

b) Aunque las autoridades de la competencia no puedan privar de eficacia a las actuaciones administrativas, siempre pueden impugnarlas ante la jurisdicción contencioso-administrativa, que podrá decidir si incurren en una conducta anticoncurrencial.

c) La exención a la normativa en materia de defensa de la competencia debe establecerse únicamente por una norma con rango de ley, que justifique debidamente los fines de interés público, incluidos los sociales, que pretende alcanzar la regulación administrativa. No cabría una deslegalización en blanco, en tanto se están vulnerando derechos fundamentales como el de libertad de empresa.

d) El control de la regulación administrativa debe llevarse a cabo tras realizar los correspondientes estudios de mercado que demuestren la proporcionalidad de las decisiones adoptadas y su observancia de la legislación de la competencia.

e) Invocar términos como «interés general», «servicios sociales», «ejercicio de competencias» o «potestades de *imperium*» no debe servir de justificación para quedar al margen de la legislación en materia de competencia. Es imprescindible un análisis *ex post* del mercado de referencia, la posición del operador, los precios o el impacto de la intervención administrativa para determinar si la intervención se ajusta a los fines que se han establecido para dictar esa regulación. Pueden consistir, por ejemplo, en promover la competencia o en facilitar a los usuarios más desfavorecidos el acceso a determinados servicios.

Debe distinguirse, por una parte, el régimen jurídico aplicable a cualquier actividad económica, en el que debe incluirse la Ley de Defensa de la Competencia, y, por otra, el carácter limitado de las facultades que atribuye la Ley a la autoridad de defensa de la competencia para hacer efectivo dicho régimen. Cualquier vulneración de la normativa *antitrust* puede ser fiscalizada por la jurisdicción contencioso-administrativa, salvo que la autoridad pública aplique, sin ningún margen de apreciación o discrecionalidad y de forma automática, las disposiciones contenidas en una norma con rango de ley. Los jueces y

tribunales podrán examinar caso por caso si la intervención es proporcionada al fin que la justifica, atendiendo a los intereses generales prevalentes. La Ley de Defensa de la Competencia debería mostrarse más explícita, fijando un sistema de controles como éste, que impida la captura del regulador por parte de compañías con peso significativo y que dote al mercado de mecanismos más democráticos en su regulación.