

MEDIOS PROPIOS Y COMPETENCIA EN ESPAÑA

MARÍA PILAR CANEDO ARRILLAGA

Universidad de Deusto

La figura de los medios propios (*in-house providing* en denominación anglosajona) se refiere a los supuestos en que una administración atiende a sus necesidades de suministro de bienes, servicios u obras, recurriendo a sus propias capacidades en lugar de acudir al mercado, pero, en lugar de recurrir a la prestación directa, se vale de entidades instrumentales con las que le vincula una relación de dependencia. De este modo, en lugar de

seleccionar operadores que realicen las prestaciones por medio de procesos de licitación o contratación, la administración crea o emplea una entidad dependiente que realiza las tareas encomendadas sin que exista un proceso competitivo previo.

El artículo 32 de la vigente LCSP confirma que los poderes adjudicadores pueden organizarse ejecutando de manera directa prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y de servicios, a cambio de una compensación tarifaria, valiéndose de otra persona jurídica distinta a ellos, ya sea de derecho público o de derecho privado, previo encargo, (...) siempre y cuando la persona jurídica que utilicen merezca la calificación jurídica de «medio propio» personificado respecto de ellos (1).

El recurso a estos medios propios encuentra su justificación formal en la capacidad de autoorganización de las administraciones de acuerdo con la libertad de organización garantizada por el Tratado

de Funcionamiento de la UE (2). Desde una perspectiva de fondo, su creación puede deberse a diversas cuestiones (como por ejemplo razones de seguridad o urgencia justificada) o a la mera búsqueda de eficiencia en la actuación de la administración.

La diferencia tiene extraordinaria relevancia práctica ya que, con carácter general, en los casos en que la administración decide externalizar determinadas actividades a entidades independientes, resulta aplicable la legislación sobre contratación pública y las exigencias que ella misma conlleva. Sin embargo, los encargos que se realicen a estas entidades conceptuadas como medios propios *no tendrán la consideración de contratos* por lo que, respecto de ellas, no resultan de aplicación los requisitos, trámites y procedimientos establecidos en la LCSP.

Esta diferencia en la regulación y las consecuencias prácticas que conlleva ha podido contribuir a un recurso a los medios propios por parte de algunos poderes adjudicadores que podría evaluarse como

excesivo en numerosos supuestos con las consecuencias negativas para el interés general que esta conducta abusiva podría suponer.

Nada de cuanto antecede debería llevarnos a la conclusión de que el empleo de medios propios por parte de las administraciones deba evitarse en todo caso. Sin embargo -siguiendo las directrices que, como veremos, fijan los tribunales europeos- la interpretación de las normas que permiten el recurso a esta figura debe ser restrictiva, dado que nos encontramos ante una excepción a la regla general en virtud de la cual generar tensión competitiva en los procesos de contratación produce nítidas ventajas en los servicios afectados por los procesos que la respetan y en consecuencia en los ciudadanos, en la economía y en la sociedad. Tales ventajas se traducen en un incremento de la tensión competitiva que conlleva mejoras en calidad, innovación y precio, así como un claro incremento en la transparencia que evita o, al menos, limita las discriminaciones entre operadores.

Es esa misma transparencia la que hace inviable la apertura al mercado de ciertas actividades por sus propias características y exigencias. También existen supuestos en que la prestación con medios propios genera mayores ventajas para la sociedad, por ejemplo, en forma de una mayor eficiencia, que debe guiar la actuación de la administración. No en vano, el propio artículo 103 de la Constitución Española establece que *la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho*. Este principio constitucional inspira la interpretación que sobre el empleo de este sistema de adjudicación de encomiendas se ofrecerá en este artículo.

La delimitación de lo que puede considerarse un medio propio se había realizado tradicionalmente por vía jurisprudencial y en la última normativa de contratación vigente en la Unión Europea y en nuestro país se han recogido los elementos esenciales que debe cumplir una entidad para poder ser considerada medio propio de una administración.

Las infracciones y otras limitaciones a la normativa de competencia generan grandes problemas a la sociedad en la medida en que permiten un incremento excesivo de los beneficios de algunos operadores sin que se tenga adecuadamente en consideración la protección del interés general. Por ello afectan negativamente a la competitividad de la economía impidiendo a operadores eficientes, a los ciudadanos y a la economía en general aprovechar las ventajas que genera la tensión competitiva entre empresas (3).

La normativa de competencia tiene como objetivo potenciar la innovación para proteger los intereses de los ciudadanos y de los mercados y contribuye a evitar la uniformización de los productos y servicios

recibidos por los contribuyentes privándoles de las posibilidades de elección. También sirve para evitar conductas que limitan las mejoras en calidad y precio de los productos y servicios.

Por esta razón, los ordenamientos jurídicos idean diferentes cauces para evitar que las conductas contrarias a la competencia puedan generarse y, cuando ya se hayan producido, puedan detectarse y frenarse. Se trata de disuadir a aquellos operadores que se planteen la posibilidad de llevar a cabo una práctica de esta naturaleza de forma que se decanten por alternativas de conducta no contrarias al ordenamiento jurídico y al interés general. Se trata igualmente de evitar que las administraciones generen trabas injustificadas en la competencia por medio de sus diversas actuaciones.

En aras de conseguir los citados objetivos, la Ley de Defensa de la Competencia contiene tres tipos fundamentales de infracciones que las autoridades tienen la obligación de perseguir (4). La obligación deriva del hecho de que no rige el principio de oportunidad en la actuación de las autoridades de competencia en el ordenamiento jurídico español y, por lo tanto, no se permite la priorización de asuntos. Ello contribuye a generar un alto estándar de seguridad jurídica e impide a las autoridades de competencia seleccionar asuntos por razones que podrían ser espurias lo que contribuye a afianzar la requerida independencia en su actuación (5).

Entre esos tipos se encuentran las conductas coluorias que prohíben los acuerdos entre operadores económicos que falseen la competencia en los mercados (artículo 1 LDC) y las conductas desleales que, por falsear la libre competencia afecten al interés público (artículo 3 LDC).

Junto con las labores de defensa de la competencia, la legislación española reconoce funciones de promoción a las autoridades de competencia (artículo 34 de la LDC). Dentro de estas tareas, la autoridad de competencia se encargará de «realizar informes sectoriales que incluyan propuestas de modificación del marco regulatorio, ayudas públicas, así como los informes sobre proyectos normativos» (6).

Además, el artículo 5.4 de la Ley de creación de la CNMC establece un cauce de impugnación de las actuaciones administrativas (o de las normas jurídicas con rango inferior a Ley) ya que el organismo, en cumplimiento de sus funciones, está legitimado para impugnar ante la jurisdicción competente los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados (7).

El objetivo de este trabajo es analizar en qué medida un empleo inadecuado de la figura de los medios propios puede requerir una actuación de las autori-

dades de competencia para tratar de maximizar las ventajas que la competencia genera en la sociedad y, asumiendo que la respuesta a tal cuestión es positiva, cuál de las posibles resulta más adecuada para contribuir a la protección del interés general.

Poca duda cabe sobre la afectación a la competencia y al mercado que supone el empleo de medios propios para proveer de bienes o servicios a las administraciones. Por una parte, puede decirse que el encargo de una tarea a un medio propio implica que se priva al mercado y a los operadores privados de la posibilidad de realizar ofertas para prestar los servicios, bienes u obras demandadas por la administración. Ante este argumento debe recordarse que no existe un derecho de los operadores a participar en las diferentes transacciones que resultan necesarias para cubrir las necesidades de la administración. Los elementos relevantes de la argumentación son, por lo tanto, la exigencia que la Constitución establece a la administración de actuar respetando el principio de eficacia y el derecho de la sociedad y los ciudadanos a que las administraciones sometan sus actuaciones a la Ley, motiven sus decisiones adecuadamente y se basen en criterios de protección del interés general. Solo de este modo, la actuación de la administración puede ser controlada, y en su caso cuestionada, y solo de esta forma se puede conseguir avanzar en la mejora de calidad y precio de los servicios ofrecidos a la sociedad.

Estas afirmaciones implican que el recurso a los medios propios, amparado por la normativa española y europea, tiene justificación en numerosos casos, pero encuentra su límite en los citados principios de eficacia y sometimiento de la administración a la Ley.

En vista de todo cuanto antecede, en el caso de que los citados principios no sean respetados en una actuación concreta, las autoridades de competencia deben analizar los cauces para conseguir que la actuación de la administración garantice adecuadamente el estándar requerido de protección del interés general.

Entre estos cauces debe plantearse en qué medida la conducta puede constituir una infracción de competencia que requiera de la actuación de las autoridades de competencia en sus funciones de defensa. En ese supuesto, la autoridad de competencia tiene la obligación de iniciar un procedimiento administrativo sancionador que terminaría en la finalización de la conducta infractora e incluso en la imposición de sanciones.

También podría valorarse la posibilidad de realizar labores de promoción de la competencia informando a la administración correspondiente de las implicaciones de la encomienda planteada o incluso impugnando determinados encargos, si éstos generan serios problemas de competencia y se cumplen las estrictas condiciones procesales que se establecen

en la regulación para que las autoridades de competencia ejerzan tal función.

El empleo de medios propios de la administración está generalizada en la mayoría de Estados miembros de la Unión Europea, si bien no es igualmente común en todos y encuentra amparo legal en el derecho de la Unión y en el español.

En determinadas situaciones, el hecho de que un poder adjudicador que no construye por sí mismas las obras, bienes o servicios, recurra a entidades con el que tiene una relación de dependencia puede estar justificado.

El análisis que debe realizarse es en qué casos en los encargos que se realizan está justificada la realización de las tareas de manera ajena a la competencia (por implicar la vía elegida mayor ventaja en términos absolutos para la sociedad) y en qué medida existe amparo normativo para realizar tales encomiendas.

Por ello, en este artículo, se realizará una delimitación del concepto de medio propio que supone el amparo para no aplicar, como tales, las reglas de contratación pública (8).

Posteriormente, se analizarán las posibles vías de actuación de las autoridades de competencia y los pros y contras de cada una de ellas.

LA NOCIÓN DE MEDIO PROPIO ↓

Como ya se ha recordado, la definición de lo que puede considerarse un medio propio resulta elemento necesario para determinar el ámbito de aplicación de la legislación de la contratación pública (9). En un principio fue la jurisprudencia quien comenzó a aquilatar el concepto.

Evolución de la jurisprudencia ↓

A. La fase más restrictiva ↓↓

Las Directivas de contratación pública de 1992 y la de 2004 ya establecían que su regulación no resultaba de aplicación a los «*contratos públicos de servicios adjudicados por una autoridad contratante a otra autoridad contratante o a una colaboración de autoridades contratantes en base a un derecho exclusivo que disfrutan en virtud de una ley, regulación o disposición administrativa publicada que es compatible con el Tratado*» (10).

Esta normativa implicaba que la existencia de un contrato entre las citadas entidades no era innecesaria sino más bien imposible, dado que los derechos de exclusividad diseñados para la prestación de ciertas actividades hacen que la entidad contratada fuera la única opción planteable. Es decir, al no existir mercado posible, no existiría posibilidad de plantear una adjudicación competitiva.

En 1999, el Tribunal resolvió el asunto TECKAL (11). En este caso se plantea una adjudicación directa de un municipio de un contrato de gestión de servicios, a un consorcio de varios municipios entre los que estaba el adjudicador.

Teckal era una compañía privada que operaba en el mercado afectado y presentó una demanda alegando que el poder adjudicador tendría que haber licitado los servicios.

El Tribunal concluyó que para que exista contrato resulta suficiente con que el negocio se haya suscrito entre un ente territorial y una persona jurídicamente distinta de éste. Es decir, para considerar que nos encontramos ante una encomienda diferente a un contrato, el Tribunal estableció que debía tratarse de un «ente territorial que ejerciese sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan» (§50). De este modo, el Tribunal reconoció la posibilidad de realizar adjudicación directa de contratos a ciertas entidades formalmente distintas del poder adjudicador, pero entre los que no existiesen diferencias sustanciales (12).

Con posterioridad al asunto TECKAL, varios fueron los supuestos en que se plantearon cuestiones semejantes ante el Tribunal de Justicia. El asunto CO-RREOS afectaba a una encomienda del Ministerio sin proceso abierto de licitación a la empresa pública para la prestación de servicios postales reservados al Estado y alguno no reservados (13).

En este supuesto, la normativa europea permitía a los Estados reservar tan solo determinados servicios a los proveedores del servicio postal universal mientras que la regla general era la prestación en condiciones de competencia (14).

En este caso, la encomienda se realizaba a de manera directa a una sociedad anónima cuyo capital pertenecía íntegramente a la Administración pública.

El Tribunal de Justicia estableció que los Estados podrían reservar al proveedor del servicio postal universal los servicios que sean necesarios para su mantenimiento y en esa medida estará justificada la eliminación de la competencia si se trata de garantizar la subsistencia de este servicio público.

Sin embargo, el Tribunal estableció que esta limitación no puede ser extendida a otros servicios no prioritarios para conseguir una liberalización gradual de los servicios postales (15).

De estas decisiones del Tribunal se derivaron dos exigencias fundamentales para considerar a una entidad como medio propio de un poder adjudicador y permitirle, por tanto, realizarle encomiendas directas sin proceso competitivo:

- la existencia de un control análogo al que la autoridad contratante ejerce sobre sus propios servicios, y
- el hecho de que la entidad realice la parte esencial de su actividad con la autoridad o autoridades públicas que la controlan.

Estas resoluciones fueron interpretadas por varios autores como la voluntad de las instituciones europeas de avalar las adjudicaciones directas sin necesidad de proceso competitivo (16).

Fue a partir del año 2005 cuando, por medio de cuatro relevantes asuntos, se fue aclarando que la voluntad de las instituciones era interpretar esta posibilidad de adjudicación sin procedimiento competitivo como una excepción al normal funcionamiento del sistema (17).

En el asunto STADT HALLE (C-26/03), se planteaba la adjudicación directa de un contrato de tratamiento de residuos por un municipio a una entidad cuyo capital era mayoritariamente, pero no íntegramente, propiedad del propio poder adjudicador (una parte muy reducida era de propiedad privada) (18).

El Tribunal subrayó un elemento muy relevante para la interpretación de este fenómeno consistente en que el objetivo principal de las normas de contratación pública en la Unión Europea es «la libre circulación de los servicios y su apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros. Ello implica la obligación de toda entidad adjudicadora de aplicar las normas comunitarias pertinentes cuando se cumplan los requisitos previstos en ellas» (§44). En el mismo sentido el Tribunal afirma expresamente que «cualquier excepción a la aplicación de esta obligación debe interpretarse de manera estricta» (§46).

Afirmando el Tribunal que la administración no está obligada a subcontratar todos los servicios, mantuvo sin embargo que la participación privada podía resultar incompatible con la exigencia del control del poder adjudicador. La razón ofrecida es la diferencia e incluso incompatibilidad de los objetivos perseguidos por un ente público y los pretendidos por una entidad de carácter privado. Por esta razón «la adjudicación de un contrato público a una empresa de economía mixta sin licitación previa perjudicaría al objetivo de que exista una competencia libre y no falseada y al principio de igualdad de trato de los interesados contemplado en la Directiva 92/50, ya que, entre otras cosas, este procedimiento otorgaría a una empresa privada que participa en el capital de la citada empresa una ventaja en relación con sus competidores (§51)».

De este asunto se deriva que el Tribunal considera que la participación privada, incluso cuando es limitada exige de algún modo una subcontratación y para ella debe respetarse el proceso competitivo dado que de otra manera se estarían desconocien-

do los principios de transparencia y competencia en que se basa la normativa de contratación pública europea (19).

El asunto *Coname* (C-231/03) responde a una cuestión prejudicial presentada por un tribunal italiano por la adjudicación que un municipio italiano había realizado a una compañía en la que la propia administración tenía una muy escasa participación para la prestación de un servicio relacionado con la distribución de gas (20).

El Tribunal manifestó que «suponiendo que la necesidad por parte de un Ayuntamiento de ejercer un control sobre el concesionario que gestione un servicio público pueda constituir una circunstancia objetiva que justifique una eventual diferencia de trato, hay que advertir, como señala el propio órgano jurisdiccional remitente, que una participación del 0,97 % es demasiado pequeña para permitir tal control» §24. También afirmó que una sociedad abierta al capital privado, aunque sea de manera parcial no puede ser considerada «una entidad de gestión 'directa' de un servicio público en el ámbito de los municipios que participan en ella» §26.

El asunto *Parking Brixen* (C-458/03) aborda la concesión sin proceso competitivo de un municipio de la gestión de dos aparcamientos de la ciudad a una empresa cuya propiedad le correspondía al 100%. Una compañía privada impugna la situación ante los tribunales internos y ello da lugar a una nueva respuesta del Tribunal de Justicia (21).

La Corte afirma que resultan de aplicación los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia en las concesiones de servicios. Por ello se puede concluir que la excepcionalidad de los medios propios se aplica también en supuestos en que no sean de aplicación las directivas de contratación pública (§48-62).

En línea con los pronunciamientos precedentes, el Tribunal analiza si existe control análogo, para concluir que, por diversas razones, el mismo no existe y por lo tanto quedaría descartada la posibilidad de realizar una adjudicación sin procedimiento competitivo. Entre los criterios considerados se encuentra la naturaleza de sociedad anónima de la entidad adjudicada; su objeto social más amplio del requerido por la administración; la apertura de la sociedad a capital privado; la actuación de la sociedad en el extranjero, y los poderes del consejo de administración en que no hay control del municipio (§67).

El último de los asuntos previamente referenciados fue el caso *Mödling* (C-29/04) en que no se presenta una cuestión prejudicial sino un procedimiento de incumplimiento contra Austria (22).

En este supuesto un municipio austriaco decidió crear un órgano independiente para la gestión ecológica de los residuos y las transacciones comerciales relacionadas con el citado sector. Por medio

de un contrato de tiempo indefinido y a cambio de una determinada remuneración las actividades se transfirieron a una compañía pública que decidió transferir el 49% de sus acciones a una compañía privada. El nuevo ente comenzó a prestar servicios a otros municipios de su comarca.

En este supuesto el Tribunal consideró que el municipio había diseñado un sistema complejo y definido en distintas fases para concluir la transferencia de la compañía y que el asunto debía ser analizado en su conjunto lo que le llevó a concluir que la existencia de capital privado excluye en sí misma la posibilidad de considerar adjudicaciones directas a medios propios (23).

Numerosos han sido los pronunciamientos jurisprudenciales del Tribunal de Justicia precisando elementos de las exigencias mencionadas.

El caso *Commune de Roanne* reafirma el carácter excepcional de las adjudicaciones directas a medios propios en contratos y concesiones (24).

El caso *Augusta* contra Italia implicó declarar que el Estado no podía adjudicar sin proceso competitivo un contrato para la compra de helicópteros militares y civiles a una entidad que no pertenece 100% a la administración (§38-54) (25).

En el asunto *Carbotermo* se analiza la exigencia de control análogo que ya había sido desarrollada en *Teckal* (26). En el asunto se concluye nuevamente que la existencia de una compañía intermedia en la gestión elimina la posibilidad de realizar adjudicaciones directas.

B. Segunda fase de resoluciones

La segunda fase de resoluciones se inicia con el asunto *ASEMFO-TRAGSA* que deriva de una cuestión prejudicial presentada por el Tribunal Supremo español (27).

En este supuesto una empresa de gestión forestal denuncia a la empresa pública TRAGSA por realizar un supuesto abuso de posición de dominio en el mercado afectado.

La empresa denunciada, TAGSA, tenía como accionista mayoritario al Estado y a las comunidades autónomas como accionistas minoritarios y tiene como objeto social realizar trabajos confiados por las diferentes administraciones u organismos públicos. TRAGSA no puede rechazar las obras confiadas y sus tarifas se fijan por un comité ministerial.

El Tribunal en este caso mantiene que, al ser TRAGSA una entidad que no puede negarse a aceptar encomiendas de las diferentes administraciones (independientemente de que sea tan solo la administración del Estado o las comunidades autónomas) y al fijarse sus tarifas por una comisión ministerial, debe rechazarse la naturaleza contractual de las relacio-

nes jurídicas entre las distintas entidades. En este sentido el Tribunal consideró que *«En lo que se refiere al primer requisito, relativo al control de la autoridad pública, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que el hecho de que el poder adjudicador posea, por sí solo o junto con otros poderes públicos, la totalidad del capital de una sociedad adjudicataria tiende a indicar, en principio, que este poder adjudicador ejerce sobre dicha sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios»* (28).

De esta sentencia se deduce por tanto que tan solo podría considerarse medio propio una entidad que no tiene capacidad de negociar libremente las condiciones de prestación del servicio (o incluso si lo realiza o decide no hacerlo) por su dependencia de la o las administraciones a quienes se los presta (29).

Además, establece que la propiedad compartida de una entidad no resulta incompatible con la exigencia de control análogo si los propietarios son entes públicos y si, aunque tengan participaciones de muy escasa relevancia en el accionariado de la entidad, tienen capacidad de dar órdenes a la entidad dependiente.

El Asunto Correos resulta relevante por el análisis que realiza sobre la naturaleza jurídica de la entidad encomendada.

Correos tenía forma de sociedad limitada y la capacidad no solo de ampliar su objeto social sino de rescindir el contrato que le vincula con la administración por lo que el Abogado General concluyó que el control de la administración era demasiado limitado como para que esta entidad pudiera considerarse un medio propio al haberse orientado a prestar servicios en el mercado y en consecuencia en condiciones de competencia.

El Tribunal afirmó que este caso difería del supuesto de TRAGSA ya que ésta era *«un medio propio instrumental y un servicio técnico de la Administración General del Estado y de la Administración de cada una de las Comunidades Autónomas interesadas (...) obligada a realizar con carácter exclusivo los trabajos que le encarguen la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los organismos públicos dependientes de ellas»* (§52).

Establece sin embargo el Tribunal que *«el mero hecho de que Correos no disponga de libertad alguna ni en lo que atañe a la aceptación y ejecución de los encargos del Ministerio ni en cuanto a la tarifa aplicable a los servicios que presta no puede tener como consecuencia automática el que no se haya celebrado ningún contrato entre ambas entidades»* (§53). Según el Tribunal, *«tan sólo en el supuesto de que el convenio celebrado entre Correos y el Ministerio fuera en realidad un acto administrativo unilateral que impusiera obligaciones exclusivamente a cargo de Correos, acto que se apartaría sensiblemente de las condiciones normales de la oferta co-*

mercial de dicha sociedad –extremo que incumbe verificar al órgano jurisdiccional remitente–, podría llegarse a la conclusión de que no existe contrato alguno y de que, por consiguiente, no resulta aplicable la Directiva 92/50» (§54).

El Tribunal concluyó en este supuesto que la encomienda del servicio a Correos era contraria al Derecho de la Unión y que, aunque nos encontremos ante el operador que tiene encomendado un Servicio de Interés Económico General, los derechos exclusivos o especiales que éste conlleva no pueden ser ampliados al resto de servicios prestados por el citado operador (30).

En el asunto Mantua-ASI, el Tribunal profundizó en el análisis del concepto de control análogo en un caso en que un Municipio italiano adjudicó un contrato a una compañía en la que tenía participación mayoritaria.

La demanda se desestimó alegando que la entidad pública tenía poder para elegir los consejeros de la entidad encomendada, darles órdenes y fijar los precios de los servicios prestados. Incluso el municipio había designado un funcionario para controlar las actividades de la entidad encomendada.

El Tribunal no dio relevancia al hecho de que los Estatutos de la entidad previesen que se pudiera privatizar parte de la compañía al considerar que tal circunstancia no estaba prevista en la realidad (31).

En el asunto *Coditel Brabant* se plantea una cuestión prejudicial a raíz de una cooperación entre municipios para prestar un servicio por medio de una cooperativa (32).

En este caso el Tribunal consideró que el hecho de que *«la autoridad pública concedente posea, junto con otras autoridades públicas, la totalidad del capital de una sociedad adjudicataria tiende a indicar, aunque no de modo concluyente, que tal autoridad pública ejerce sobre dicha sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios»* (§31). Además, el Tribunal emplea otros elementos para reforzar la citada conclusión; por ejemplo, que los órganos de decisión de la entidad se integren por representantes de los poderes adjudicadores de manera que *«pueden ejercer una influencia determinante tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de ésta»* (§34). Además, el Tribunal recomienda a la autoridad nacional que analice en qué medida la entidad encomendada se ha orientado al mercado para descartar la posibilidad de conceptualarla como medio propio.

En este caso, sin embargo, queda aquilatado el concepto de control análogo conjunto cuando el Tribunal acepta que *«en el supuesto de que varias autoridades públicas decidan llevar a cabo sus funciones de servicio público a través de una entidad concesionaria común, cabe descartar normalmente que una de esas autoridades ejerza por sí sola un*

control determinante sobre las decisiones de ésta, a menos que posea una participación mayoritaria en esa entidad. Exigir en dicho supuesto que el control ejercido por una autoridad pública fuera individual tendría como consecuencia la imposición de la convocatoria de una licitación en la mayoría de los casos en que una autoridad pública tuviera intención de adherirse a un grupo, como una sociedad cooperativa intermunicipal, formado por otras autoridades públicas» (§47). Por ello, si varias entidades públicas controlan una entidad, «el control que dichas autoridades públicas ejercen sobre esa entidad puede ser ejercido por éstas conjuntamente» (33).

En el asunto Econord se plantea hasta qué punto una sociedad puede ser medio propio de varias administraciones cuando una de ellas posee el grueso del capital de la entidad y el resto poseen una parte testimonial del mismo (34).

El Tribunal, asumiendo la posible existencia de control análogo conjunto, en el caso de que exista participación en el capital y en los órganos de dirección y aclaró que «si bien es verdad que en caso de que varias administraciones públicas utilicen una entidad común para llevar a cabo una misión común de servicio público no es desde luego indispensable que cada una de las administraciones públicas tenga por sí sola un poder de control individual sobre la entidad de que se trate, no es menos cierto que el control que se ejerce sobre ésta no puede basarse exclusivamente en el poder de control de la administración pública que tenga una participación mayoritaria en el capital de la entidad en cuestión, pues lo contrario supondría vaciar de contenido el concepto mismo de control conjunto». Ello, no obstante, el Tribunal estableció que queda en manos de las autoridades nacionales apreciar si el poder ejercido confiere control suficiente o no (35).

Exigencias legales

El Legislador de la UE trató de zanjar la controversia jurisprudencial en el artículo 12 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública con una regulación que viene a perfilar varios de los conceptos que no se habían precisado normativamente hasta su vigencia.

«Un contrato adjudicado por un poder adjudicador a otra persona jurídica de Derecho público o privado quedará excluido del ámbito de aplicación de la presente Directiva si se cumplen todas y cada una de las condiciones siguientes:

- a) que el poder adjudicador ejerza sobre la persona jurídica de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios;
- b) que más del 80 % de las actividades de esa persona jurídica se lleven a cabo en el ejercicio

de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que la controla o por otras personas jurídicas controladas por dicho poder adjudicador, y

- c) que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada, con la excepción de las formas de participación de capital privado sin capacidad de control mayoritario ni minoritario que estén impuestas por las disposiciones legales nacionales, de conformidad con los Tratados, y que no ejerzan una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada.»

La norma define el concepto de «control análogo» incrementando el estándar de seguridad jurídica existente hasta el momento de su aprobación. Establece que resulta necesario que el poder adjudicador «ejerza una influencia decisiva sobre objetivos estratégicos y decisiones significativas de la persona jurídica controlada». Además, aclara expresamente que el control que realiza el poder adjudicador puede realizarse de manera indirecta; es decir, que el control puede realizarse por una persona jurídica que a su vez sea controlada por el poder adjudicador.

La Directiva abre también la posibilidad a que se realicen encargos por parte de la persona jurídica controlada al poder adjudicador o a otros medios propios controlados que lo sean de la misma entidad. La excepción a esta posibilidad se verifica en los supuestos en que exista participación directa de capital privado en la entidad a quien se adjudica el contrato «con la excepción de las formas de participación de capital privado sin capacidad de control mayoritario ni minoritario que estén impuestas por las disposiciones legales nacionales, de conformidad con los Tratados, y que no otorguen una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada».

La nueva regulación permite expresamente la encomienda a personas jurídicas de derecho Público o privado sin que exista el citado «control análogo» si las exigencias mencionadas se verifican por un conjunto de poderes adjudicadores.

Para ello resulta necesario que los órganos decisorios de la persona jurídica estén compuestos por representantes de todos los poderes adjudicadores participantes. Sin embargo, resulta posible que cada representante actúe en nombre de varios poderes adjudicadores o de todos los afectados. También se exige que los poderes adjudicadores ejerzan influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y las decisiones significativas de la persona jurídica controlada. Sin embargo, la citada influencia puede realizarse de manera conjunta.

Finalmente se exige que los intereses perseguidos por la persona controlada no sean contrarios a los intereses de los poderes adjudicadores que la controlan.

También se aclaran las condiciones en que un contrato celebrado entre dos o más poderes adjudicadores queda fuera del ámbito de aplicación de la normativa de contratos.

La primera exigencia implica que el contrato establezca una cooperación entre los poderes adjudicadores *«con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se prestan de modo que se logren los objetivos que tienen en común»*. Se realiza una referencia expresa a que tal cooperación debe guiarse únicamente *«por consideraciones relacionadas con el interés público»*; finalmente se exige que las participaciones de los poderes adjudicadores en el mercado abierto se limiten, como máximo, a un 20% de las actividades objeto de cooperación.

La trasposición de la normativa referida en el ordenamiento español se realiza por medio de los artículos 32 y 33 de la LCSP de conformidad con lo dispuesto en los tres apartados siguientes, y sin perjuicio de los requisitos establecidos para los medios propios del ámbito estatal en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

El artículo 32 se refiere a los encargos de poderes adjudicadores a medios propios personificados. Tales medios pueden serlo de una entidad concreta o de varias.

En el caso de que se trate de medios propios de una entidad, el poder adjudicador debe ostentar control análogo, directo o indirecto, al que ostentaría respecto de sus propios servicios y se exige que tenga una *«influencia decisiva sobre sus objetivos estratégicos y decisiones significativas»*. Se presume tal control cuando la entidad pueda conferir encargos de ejecución obligatoria de forma que se considere que existe una *«unidad de decisión entre ellos»*.

Además, se establece que la compensación se realizará en el caso de actividades llevadas a cabo por el medio propio por referencia a tarifas aprobadas por la entidad adjudicadora. En el caso de subcontratación, reglamentariamente se determinarán las condiciones de retribución *«atendiendo al coste efectivo soportado por el medio propio.»*

La Ley española recoge que más del 80% de las actividades del medio propio deben realizarse por mandato del poder adjudicador de que dependan y que tal circunstancia debe ser expresada y auditable. Para realizar este cálculo, la norma establece que *«se tomarán en consideración el promedio del volumen global de negocios, los gastos soportados por los servicios prestados al poder adjudicador en relación con la totalidad de los gastos en que haya incurrido el medio propio por razón de las prestaciones que haya realizado a cualquier entidad, u otro indicador alternativo de actividad que sea fiable, y todo ello referido a los tres ejercicios anteriores al de formalización del encargo (36)»*.

La norma establece también que si el encargo se realiza a un ente de personificación público-privada la totalidad del capital debe ser pública y que el reconocimiento de la naturaleza de medio propio debe estar expresamente reconocida en estatutos, debe existir una conformidad expresa del poder adjudicador y una acreditación de que el medio propio *«cuenta con medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos de conformidad con su objeto social»*.

La existencia de subcontrataciones generalizadas que se producen en numerosos medios propios existentes en nuestro sistema debería por tanto estar proscrita a partir de la vigencia de esta norma.

La norma prevé la posibilidad de que un medio propio lo sea de dos o más poderes adjudicadores independientes siempre que se cumplan los requisitos de control conjunto, 80% de la actividad con todos ellos verificable y auditable y resto de requisitos establecidos en el supuesto anterior.

La Ley española establece que los medios propios deben publicar su condición y los encargos en la Plataforma de contratación correspondiente. La subcontratación no podrá exceder del 50% de la actividad salvo en el caso de las concesiones de obras o servicios o se traten de gestión de servicios públicos *«mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública»*.

Esta posibilidad de subcontratación, que resulta contradictoria con la exigencia de que el medio propio cuente con medios personales y materiales para cumplir sus objetivos resulta muy negativa desde una perspectiva de competencia. Sin embargo, el legislador la amplía ya que la limitación establecida no es aplicable *«en el caso de prestación de servicios informáticos y tecnológicos a la Administración Pública»*. Además, el porcentaje puede excepcionalmente superarse por *razones de seguridad, naturaleza de la prestación que requiera un mayor control en la ejecución de la misma, o en razones de urgencia que demanden una mayor celeridad en su ejecución*.

Por su parte, el artículo 33 de la Ley regula los encargos de entidades pertenecientes al sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador a medios propios personificados.

POSIBLES REACCIONES DE LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA ANTE UN USO INADECUADO DE UN MEDIO PROPIO ¶

La aprobación de la Directiva y su trasposición al ordenamiento jurídico español tiene implicaciones positivas y negativas.

La existencia de una norma que tasa exigencias y aclara conceptos, sirve a incrementar el estándar de seguridad jurídica tan necesario para el tráfico mercantil.

Por el contrario, el contenido de las normas, avala aplicaciones de los medios propios que se habían puesto en tela de juicio en los orígenes de la jurisprudencia interpretativa. Estas normas amparan, desde una perspectiva de contratación, conductas que no necesariamente tendrían justificación empleando los principios de regulación económica eficiente al no exigir que el recurso a este sistema encuentre su motivación en la eficacia administrativa. Por el contrario, los márgenes tasados de recurso a los medios propios o de subcontratación en el caso español, ampararían la prestación de servicios sin competencia en supuestos que no necesariamente están justificados en las citadas razones de eficacia.

Por ello podría decirse que esta normativa supuso un freno a la entrada de competencia, y los beneficios que ésta conlleva en la sociedad, en algunos servicios prestados por las administraciones.

Sea la valoración que nos merecen positiva o negativa, las normas vigentes en el Derecho de la Unión, perfilan nítidamente los márgenes de actuación de las autoridades de competencia en aras de conseguir la muy relevante labor de protección del interés general.

El alcance de esta tarea difiere si nos enfrentamos a la labor de promoción de la competencia (en que precisamente el foco fundamental está en los problemas de competencia generados por la propia administración) o si nos basamos en tareas de defensa de la competencia (en que se analizan las acciones llevadas a cabo por operadores económicos, considerando el extraordinariamente amplio concepto autónomo de operador económico que el propio Tribunal de Justicia ha definido a efectos de aplicación de la normativa de defensa de la competencia).

A continuación, analizamos ambas vías de actuación.

Desde una perspectiva de promoción de la competencia

A. El informe de la CNC

En julio de 2013 el Departamento de promoción de la competencia de la CNC publicó un estudio analizando las implicaciones en el mercado que podría tener el uso de encomiendas de gestión a medios propios por parte de las administraciones (37).

El citado informe puso de manifiesto que las encomiendas a medios propios estaban muy generalizadas en el sistema español existiendo más de 150 entidades en la Administración General del Estado y en

las Comunidades Autónomas, afectando a sectores de actividad extraordinariamente variados, con fechas de creación muy diferentes, pero en cualquier caso representando niveles de facturación más que considerables (38).

Como no puede ser de otro modo, el informe pone de manifiesto que la existencia de encargos directos a las entidades instrumentales sin existencia de procedimiento de selección tiene una clara incidencia en la competencia.

La encomienda directa implica la adjudicación a una entidad determinada sin que se genere tensión competitiva, lo que reduce el incentivo a realizar mejoras de calidad y precio (cuando no es fijado por el poder adjudicador) en los servicios prestados e impide a terceros el acceso a un mercado en casos en que puede no estar justificada la existencia de la barrera de entrada.

Las consecuencias negativas para la competencia resultan, evidentemente, de especial gravedad cuando las limitaciones no están adecuadamente justificadas en razones de necesidad y proporcionalidad. Estas implicaciones negativas resultan tanto mayores cuanto más amplia sea la formulación de la encomienda en ámbito material o en plazo.

Además, aunque la prestación efectuada por el medio propio se subcontrate a operadores privados, las exigencias de publicidad y concurrencia se reducen, lo que nuevamente produce efectos negativos en el mercado (39). Por otra parte, se generan fácilmente problemas de neutralidad competitiva difíciles de resolver de modo favorable al interés general (40). Estas consecuencias negativas son tanto más posibles cuanto mayor resulta el peso que la administración ostenta en el mercado o cuanto más significativo sea la posición del medio propio en el mercado de oferentes.

La CNC subrayaba que las consecuencias negativas de las restricciones a la competencia se ven incrementadas por la falta de información y publicidad de las diferentes encomiendas, lo que se ha ido parcialmente paliando con posterioridad gracias a la labor de diferentes organismos que han tratado de visibilizar la existencia del fenómeno.

Debido a esta situación, se producen varias consecuencias indeseables para la administración y el interés general.

Entre ellas destaca una inadecuada fijación de tarifas y condiciones de los encargos derivada de un desconocimiento del mercado que se evitaría si se generase la tensión competitiva inherente a un procedimiento de licitación. De este modo se produce una asimetría de información que incrementa la posibilidad de que el servicio se preste de manera ineficiente.

Además, cuando las encomiendas se realizan de manera habitual y sin que se verifique una justifica-

ción adecuada, se está limitando la posibilidad a operadores capacitados de ofrecer a la administración productos o servicios adecuados, restringiéndose o dificultándose sin razón el acceso al mercado lo que puede generar una incidencia negativa en la competitividad de la economía y en el interés general.

Por todo ello la CNC recomendaba que la creación de medios propios se justifique «rigurosamente» y que las decisiones de encargo se realicen tras un «adecuado análisis de los efectos sobre la competencia que pueden comportar, análisis que ha de confrontarse con una justificación de su necesidad y proporcionalidad».

Es decir, la autoridad de competencia planteaba que el recurso a la adjudicación directa a estos medios propios se realice basándose en los principios de buena regulación económica que, con posterioridad a la redacción de este informe, se han incluido en el artículo 129 de la Ley de Procedimiento Administrativo (41).

Tal justificación no podría considerarse cumplida en los casos en que la administración otorgara condición de medio propio a entidades que no realizan la parte esencial de su actividad con el poder adjudicador o cuando éste no ejerce control análogo en los términos previamente (y como hemos visto con posterioridad a la realización de este informe) había definido la jurisprudencia. Además, señalaba la CNC, se produciría un problema de competencia cuando el medio propio tiene un ámbito competencial excesivamente amplio y permite «la atribución de encargos que exceden su esfera natural de actividad».

Una de las conclusiones más relevantes del informe de la CNC se centra en la recomendación de que cuando se va a decidir por un poder adjudicador la encomienda a un medio propio, previamente, deben analizarse los posibles daños en la competencia que puede tener tal decisión y que la misma «se debe justificar rigurosamente, caso a caso».

En este sentido, el informe subraya que la «elección de la encomienda frente al aprovisionamiento mediante operadores privados a través de licitaciones públicas debería responder a elementos de eficiencia y racionalidad económica, o como mínimo a una mayor eficacia de la actuación administrativa».

Tales afirmaciones, más allá de las exigencias establecidas en la normativa de contratación vigente, tienen una clara justificación en los principios de regulación económica eficiente, en la Constitución Española ya que se basan en la eficacia de la administración y en su necesaria vocación de protección del interés general por encima de intereses de simplificación de procesos o de inercias pasadas que protegen a operadores incumbentes. No en vano, la propia entidad subraya que «la mera conveniencia de descargar a la Administración o la complejidad

del encargo, no justifican por sí solas y en la misma medida la elección de la encomienda de gestión frente a la licitación pública».

En contraposición establece que «cuando el encargo sea consecuencia de una licitación desierta, o de la constatación de que la encomienda comporta mejores condiciones de precio y calidad, su necesidad quedaría justificada. También cuando resulte inequívoco que la encomienda responde a necesidades que exigen una rápida tramitación». Lo mismo podría decirse de otras razones como las de seguridad.

En cualquier caso, las citadas justificaciones deben incluirse en la motivación para realizar la encomienda de manera que pueda ser cuestionado por los perjudicados por la citada decisión.

En cumplimiento de los requisitos que tienen los informes de promoción de la competencia, la CNC finalizaba su análisis con una serie de propuestas para la mejora de la regulación, propuestas de revisión de los medios propios existentes e incorporación de buenas prácticas entre las que se subrayaba el incremento de la publicidad, centralización de la información y control. Destaca una recomendación a las administraciones de garantizar por la vía de modificación o creación de los estatutos de los medios propios -y en la práctica- la existencia de sistemas de transparencia y rendición de cuentas de los entes instrumentales.

B. Un caso concreto. Euskotren en la AVC

En mayo de 2013 la Autoridad Vasca de la Competencia realizó, a petición de las Juntas Generales de Bizkaia, un informe sobre las implicaciones en la competencia que podría suponer el hecho de que un ente instrumental de una administración, participara en el mercado en posición de igualdad respecto de otros operadores presentando ofertas a licitaciones de otras administraciones (42).

Euskotren es una entidad de titularidad pública del Gobierno Vasco cuyo objeto principal de actuación está vinculado con la prestación de servicios de transporte ferroviario, tanto de viajeros como de mercancías, incluyendo el mantenimiento del material rodante, y de otros servicios o actividades complementarias o vinculadas al transporte ferroviario.

La consulta se presentó ante las quejas de algunas empresas privadas de transporte de autobús por la incidencia que pudiera tener en los procesos de licitación de transporte de autobús de Diputaciones y Ayuntamientos el hecho de que se presentase la empresa Euskotren.

Independientemente de las implicaciones que el informe puso de manifiesto en la calificación de Euskotren como medio propio del Gobierno Vasco, el hecho cierto es que la entidad recibe mandatos directos de esta administración al margen de cual-

quier procedimiento concurrencial en el ámbito ferroviario, lo que, en la práctica, podría conferirle unas ventajas que alteran el funcionamiento adecuado del mercado y la competencia.

El informe comienza recordando diversos preceptos que deben traerse a colación para poder valorar la situación planteada.

El artículo 106 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece, en su primer apartado, que los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas de los Tratados, especialmente las previstas en los artículos 18 (prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad) y 101 a 109, ambos inclusive (que recogen las normas básicas de garantía de la libre competencia). *«El Tratado exige por lo tanto a los Estados que respeten y hagan respetar las normas de la libre competencia respecto de sus empresas públicas, sin imponer restricciones a su funcionamiento ni tampoco ventajas que puedan derivarse del origen de su capital»* (43).

También recuerda que el artículo 31.2 CE establece que *«el gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía»*.

Por ello la conclusión a que se llega en el informe es que *«cuando existe suficiente iniciativa privada para atender un servicio, la administración debe, cuando menos, cuestionar la eficiencia en la ejecución del gasto público que supondría su propia actuación en el mercado. Además, el hecho de que una Administración, a través de su sociedad pública, extienda su ámbito de actuación a la gestión de servicios públicos de titularidad de otras Administraciones tampoco puede considerarse en principio un empleo eficiente de los recursos de la administración exigido por el artículo 31 CE»*.

En la misma línea, en el ordenamiento vasco, aplicable a la conducta estudiada, se contiene una exigencia de motivación por parte de la Administración en la utilización de medios propios cristalizada en Ley 16/2012 de Apoyo a las Personas Emprendedoras y a la Pequeña Empresa del País Vasco. Esta norma establece en su Exposición de Motivos la necesidad de desarrollar cauces para evitar la competencia desleal de las administraciones vascas, tratando de fomentar y potenciar el desarrollo económico en la CAE (44). Así, su artículo 11 establece que la Administración pública y el Sector Público de la Comunidad Autónoma del País Vasco solicitarán a la AVC un informe de impacto en la competencia y en la libertad de empresa en varios supuestos, entre los que se encuentran los siguientes:

«- antes de la puesta en marcha de servicios cuyos destinatarios finales sean los ciudadanos

y ciudadanas en general y que sean susceptibles de ser prestados por el sector privado y no sean de solicitud o recepción obligatoria por la ciudadanía.

- antes de la aportación de recursos a quien preste servicios en condiciones estipuladas como de mercado y susceptibles de ser efectuados por el sector privado, bien directamente por el sector público vasco o bien a través de empresas participadas.»

Considerando las diferentes bases jurídicas y los distintos tipos de transporte que pueden verse afectados por la conducta, el informe concluye que *«no parece que pueda defenderse que una empresa en la que la titularidad es 100% de una Administración actúe en pie de igualdad con empresas particulares en las que tanto el riesgo como la inversión dependen de la iniciativa privada y en las que por tanto existe un esfuerzo empresarial previo que no resulta paragonable con el llevado a cabo por una empresa pública. Este hecho pone en tela de juicio las condiciones comparables tanto de acceso al mercado como de implementación de los servicios dentro de él entre empresas públicas y privadas»*.

Resulta frecuente que empresas públicas con resultados de explotación negativos reiterados en el tiempo se mantengan sin embargo en el mercado, dado que es la administración quien, vía subvenciones, cubre el déficit de explotación. A pesar de que ésta es una situación que claramente distingue a las empresas privadas de las públicas y convierte en muy difícil su carácter paragonable, no tiene por qué merecer necesariamente un juicio negativo. Si la administración está cubriendo con la subvención otorgada a la empresa pública, de manera objetiva, transparente y equilibrada, el déficit generado por las obligaciones de servicio público, claramente definidas, que forman parte de su competencia entraría dentro de los parámetros establecidos por la normativa comunitaria. Si la subvención no estuviera cubriendo los costes directamente vinculados a la prestación del SIEG o se considerara excesiva para cubrir los gastos derivados de la ejecución de las obligaciones de servicio público (teniendo en cuenta un beneficio razonable), esas compensaciones podrían considerarse ayuda de estado y resultar contrarias a la competencia (45).

Si una empresa pública interfiere indebidamente en una licitación a la que pueden presentarse particulares, éstos verían cerradas opciones de expansión y crecimiento en la prestación de servicios y frenadas opciones de innovación y mejora (46)».

De cuanto antecede se deduce que el informe pone de manifiesto que la intervención de un medio propio de una administración en licitaciones de otras administraciones genera serios problemas de neutralidad competitiva. Por ello considera que *«Euskotren debe limitar su intervención en el mercado a aquellos casos en que pueda acreditarse el interés*

público. El análisis de la concurrencia de tal interés debe realizarse teniendo en cuenta factores económicos y jurídicos y, dentro de éstos, su objeto social y su competencia administrativa. En caso de no acreditarse este interés, podrían generarse disfunciones en el mercado y alteraciones indebidas en la competencia. Si una empresa pública interfiere indebidamente en las licitaciones a las que pueden presentarse particulares, éstos verían cerradas opciones de expansión y crecimiento en la prestación de servicios y frenadas sus opciones de innovación y mejora».

C. Qué objetivos pueden conseguirse por la vía de la promoción de la competencia

Los dos ejemplos expuestos muestran los objetivos que se pueden alcanzar empleando los cauces de promoción de la competencia.

Por esta vía se busca fomentar los principios de competencia y buena regulación convenciendo a las administraciones de las ventajas que la competencia genera en la sociedad.

Ejemplos como los analizados ponen de manifiesto que, bien con estudios generales como el realizado por la CNC o más específicos, como el realizado por la AVC, se pretende ofrecer a la administración los elementos necesarios para poder adoptar decisiones con todos los elementos de juicio considerando los efectos económicos que la falta de competencia puede generar en el mercado, en la sociedad y en la calidad y precio de los servicios demandados y ofrecidos a los ciudadanos.

Es decir, estas iniciativas tratan de evitar que se produzcan problemas de competencia por la vía de ofrecer una visión económica a los poderes adjudicadores que les incite a tomar en consideración los efectos positivos de la existencia de tensión competitiva en los procesos de contratación.

Debe subrayarse sin embargo que los efectos de ambos informes, no vinculantes, pueden considerarse extraordinariamente limitados en la práctica.

Dentro de las funciones de promoción de la competencia, las autoridades de competencia tienen en España también reconocida la de impugnar actos administrativos si se consideran contrarios a los principios de buena regulación y la competencia.

Ello implica que la autoridad de competencia podría poner en conocimiento de los tribunales la existencia de actos de la administración (como lo son los encargos a los medios propios que suscitan dudas sobre su compatibilidad con el ordenamiento jurídico).

Como veremos más adelante, a pesar de la evidente eficacia (incluso desde la perspectiva de disuasión) que puede implicar la impugnación de un acto administrativo para poner fin a las restricciones

injustificadas a la competencia, esta posibilidad presenta constricciones procesales que la convierte en numerosas ocasiones en inviable.

Desde una perspectiva de defensa de la competencia

Las funciones denominadas de defensa buscan identificar conductas contrarias a la competencia llevadas a cabo por agentes con capacidad para incidir negativamente en el mercado que estén tipificadas por considerarse que generan un claro efecto negativo en la sociedad para frenarlas (o si es posible evitarlas) y, en su caso, sancionarlas.

En el ordenamiento español se tipifican las prácticas colusorias, los abusos de posición de dominio y las conductas desleales con afectación al interés general. Tal tipificación busca subrayar la gravedad de las prácticas por sus efectos en la sociedad.

Por ello adquiere gran relevancia la obligación que tienen las autoridades de competencia de perseguir tales conductas y de sancionarlas adecuadamente con vistas a conseguir las funciones de represión y disuasión propias de un derecho sancionador de naturaleza cuasipenal (47). Por esa razón las sanciones impuestas por las autoridades de competencia deben respetar los principios de efectividad, proporcionalidad y disuasión exigidos por la regulación española y europea (48). Este objetivo no siempre fácil de alcanzar implica la imposición de sanciones que pueden llegar 10% del volumen de negocios de las empresas.

Lo elevado de las sanciones que pueden imponerse y la propia naturaleza de las infracciones exige un escrupuloso respeto a los derechos de defensa de las entidades objeto del expediente y a los principios de tipicidad, acreditación de la antijuridicidad y culpabilidad.

A. La administración y la defensa de la competencia

a. ¿Puede la administración en sus diversas formas ser objeto del derecho de la competencia?

Históricamente, las posibles barreras a la competencia generadas por las administraciones quedaban fuera de la acción de las autoridades de competencia y la función de promoción se ocupa fundamentalmente de su estudio (49). Esta tarea de promoción de la competencia puede sin embargo, en algunos casos, considerarse insuficiente para restituir las condiciones de competencia en un mercado ante limitaciones a la misma generadas por las administraciones. Por ello se plantea la posibilidad de aplicar las normas de defensa de la competencia a las tareas de la administración (50).

Surge entonces la controversia de si la administración puede considerarse objeto del derecho de defensa de la competencia (51).

Cuando la administración actúa como operador económico está sometida al derecho de la competencia (52). Debe recordarse el amplio concepto de operador económico empleado en la regulación de competencia que se refiere a cualquier entidad que ejerza una actividad económica con independencia de su estatuto jurídico y de su modo de financiación (53).

Puede plantearse si la administración encaja en ese amplio concepto en el caso de la contratación pública. (54) No puede dudarse de que la competencia es, precisamente, uno de los principios que la Ley considera que debe inspirar el proceso de contratación y la administración tiene la obligación de ser garante de su respeto. No en vano, el artículo 1 de la citada Ley de contratos, que establece el objeto y finalidad de la Ley, mantiene que la misma debe garantizar los principios de libertad de acceso a las licitaciones; publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores así como asegurar una eficiente utilización de los fondos públicos mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

Sin embargo debe subrayarse en su Sentencia de 2016 de Vinos de Jerez, el Tribunal Supremo consideró que la administración debía considerarse responsable del cártel sancionado, a pesar de que no actuaba como operador económico, teniendo en cuenta que su papel fue activo y que el mismo iba más allá de sus funciones propias. Es decir, el ámbito de aplicación de la normativa de competencia no estaría determinado por el concepto de empresa u operador económico, sino por la aptitud de la conducta realizada para causar «un resultado económicamente dañoso o restrictivo de la competencia en el mercado». En el mismo sentido, el Tribunal Supremo ha establecido que «en el ámbito del Derecho de la competencia opera un concepto amplio y funcional de empresa, de manera que lo relevante no es el estatus jurídico económico del sujeto que realiza la conducta sino que su conducta haya causado o sea apta para causar un resultado económicamente dañoso o restrictivo de la competencia en el mercado» (55).

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea manifiesta, en su Sentencia *EasyPay and Finance Engineering* (ap. 37) (56):

«A este respecto procede señalar, en una primera fase, que, por un lado, a efectos de aplicación de las disposiciones del Derecho de la Unión en materia de competencia, una empresa es cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación. Por otro lado, constituye una actividad económica cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado

mercado (véase la sentencia *Compass-Datenbank*, C138/11, EU:C:2012:449, apartado 35)» (57).

Es decir, el ámbito de aplicación de la normativa de competencia no estaría determinado por el concepto de empresa u operador económico, sino por la aptitud de la conducta realizada para causar «un resultado económicamente dañoso o restrictivo de la competencia en el mercado» (58).

Debe recordarse en este sentido, la doctrina apuntada en la citada Sentencia *Vinos de Jerez* en virtud de la cual no puede pretenderse «sustraer del ámbito de aplicación del Derecho de la Competencia cualquier conducta que se realice al amparo de una norma sino, únicamente, aquéllas conductas a las que una Ley autorice con la específica finalidad expresa o implícita- de excluirlas del ámbito de aplicación de las prohibiciones».

Por tanto, desde la perspectiva de aplicación de la normativa de competencia, no puede establecerse ninguna distinción de carácter general entre la naturaleza pública o privada de las empresas (59).

b. ¿Puede ser responsable de la infracción una entidad que no interviene en el mercado?

La jurisprudencia ha venido a aclarar esta cuestión que suscitaba dudas doctrinales ante el silencio legislativo confirmando la posibilidad de establecer responsabilidad en materia de competencia a aquéllas entidades que participen en una conducta en calidad de facilitadores de una infracción de competencia. (60) En virtud de esta jurisprudencia, se considera que debe admitirse en el Derecho Administrativo sancionador la imputación de responsabilidad al margen de la condición de autor de una infracción.

Por su parte el Tribunal Supremo en la mencionada sentencia *Vinos de Jerez* afirma que la participación de la administración en la conducta «puede darse en diferentes grados y formas, sin excluir las categorías tradicionales del derecho penal como son el instigador o inductor, el cooperador necesario, etc.».

En el mismo sentido, la Sentencia *Treuhand I* del entonces Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea estableció que cualquier operador -persona física o jurídica- independientemente de que participe o no en el mercado afectado por la infracción debe ser considerado facilitador de la conducta y por tanto responsable de la misma en el caso de que contribuya de manera decisiva y activa a la realización de la práctica anticompetitiva (61).

En un asunto similar -el denominado *Treuhand II*- se analiza si resulta exigible o no que el facilitador del cártel opere de manera activa como empresa, sea en el mercado afectado por la conducta o en otro conexo. En el citado supuesto se dictó una sentencia por el ahora Tribunal General en la que se dis-

pone que no cabe establecer esta exigencia (62). Si bien esta sentencia fue recurrida en casación, el Tribunal de Justicia desestimó el recurso formulado por la empresa confirmando plenamente la anterior resolución (63).

Debe concluirse por consiguiente que tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como el Tribunal Supremo español han confirmado la posibilidad de declarar la responsabilidad de una entidad como facilitador en una infracción de competencia, aunque no opere en el mercado afectado ni en mercados conexos, siempre que contribuya de manera decisiva y activa a la realización de una conducta anticompetitiva.

B. Posibles tipos infractores

a. La existencia de acuerdos contrarios a la competencia

El artículo 1.1 de la LDC establece que:

Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:

- a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.
- b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.
- c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.
- d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.
- e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

La descripción que se ha realizado del empleo de medios propios por parte de las administraciones pone de manifiesto que, en el caso de que las encomiendas o encargos a entidades que son totalmente dependientes de los poderes adjudicadores no puede considerarse que existen dos empresas independientes, desde una perspectiva de competencia porque no existe autonomía de voluntad por parte del medio propio.

Entendida tal afirmación *sensu contrario*, cuando no se cumplen las exigencias recogidas en la Ley para considerar a una entidad como medio propio (por estar orientada al mercado, por poder fijar las condiciones de prestación de los servicios, por exceder de los porcentajes de actividad o de subcontratación, por ejemplo), nos encontramos con entidades que, tienen clara capacidad de incidir en el mercado y deben considerarse entidades independientes. Por ello, nada obsta para que las citadas conductas puedan subsumirse en el tipo del artículo 1 de la LDC.

En esta línea se pronunció la Autoridad Vasca de la Competencia en el asunto Arabako Lanak (64).

En el asunto una sociedad pública de la Diputación de Álava realizó un acuerdo con un grupo de entidades locales para, cediéndoles un número testimonial de sus acciones, abrirles la posibilidad de realizar labores de redacción de proyectos, dirección facultativa de obras y coordinación de seguridad y salud de las obras públicas que deban realizar los entes locales. Se trataba de evitar la contratación pública de los citados entes asumiendo que el medio propio de la Diputación actuara como medio propio de los municipios «aprovechándose de la estructura de personal y medios de aquella».

La AVC consideró que el acuerdo tenía por objeto distraer del mercado privado los servicios en varios mercados.

Considera el carácter de operador económico de las entidades públicas y recuerda las resoluciones del Tribunal Supremo que afirma la plena sujeción de las Administraciones Públicas a la normativa de defensa de la competencia y su consideración, en consecuencia, como operador económico, expresando que (65):

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

codemandada esté sometida a los principios de publicidad y concurrencia y su actuación deba conceptuarse como sometida en parte al derecho administrativo, ello no obsta a que su actividad externa pueda ser enjuiciada en todo caso desde la normativa de defensa de la competencia.

La resolución consideró acreditada la existencia de acuerdo de voluntades autónomas entre los agentes.

Los Estatutos de Arabako Lanak no recogían expresamente el régimen de las encomiendas que se le pueden conferir ni determinan su imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que es medio propio. Tampoco cumplían el requisito de control análogo, tal como en el momento del expediente estaba diseñado por la jurisprudencia, especialmente los previamente desarrollados Coname, Carbotermo y Econord SpA.

Además la AVC tuvo en cuenta varios informes y alegaciones que afirmaban que no existía control análogo del medio propio (66).

Igualmente se verificó que no existían razones de eficiencia en la actuación del medio propio de la Diputación prestando servicios a los ayuntamientos. El mismo subcontrataba una gran parte de los servicios y su participación privaba a los operadores del mercado de la posibilidad de realizar ofertas competitivas. La intervención del medio propio de la Diputación suponía tan solo la existencia de un intermediario interpuesto que no contribuía en absoluto a la protección del interés general (67).

La AVC declaró la existencia de infracción del artículo 1 de la LDC por parte de la Diputación, su medio propio y varios ayuntamientos e impuso sanciones pecuniarias a los dos primeros.

Con posterioridad, considerando su falta de eficiencia, el medio propio fue disuelto (68).

Tal como se ha reflejado previamente, la última normativa de contratación pública ha cambiado el concepto de control análogo por parte de varios poderes adjudicadores de manera conjunta, lo que tendría efectos en la forma de valorar los hechos objeto de este expediente.

Sin embargo, nada obsta a la calificación de acuerdo anticompetitivo al realizado por entidades diferentes si no se cumplen los requisitos legales para la realización de encargos.

b. La existencia de competencia desleal con afectación al interés general

El artículo 3 de la LDC establece que las autoridades de competencia podrán sancionar «los actos de competencia desleal que por falsear la competencia afecten al interés público».

La aplicación de este precepto exige que se verifiquen dos requisitos: la competencia desleal y la existencia de interés público.

El uso inadecuado, contrario a las exigencias legales, de un medio propio, privando al mercado de la posibilidad de presentar ofertas competitivas para la prestación de servicios, obras u otras actividades y a la administración de las ventajas que se derivan de la existencia de procesos competitivos, puede ser subsumido en el tipo de este artículo.

La afectación al interés público puede verificarse tanto desde una perspectiva cuantitativa como cualitativa. Desde una perspectiva cuantitativa, si la labor del medio propio carece de amparo legal, estaría privando de competencia y sus beneficios a un número de adjudicaciones que puede ser relevante.

En cualquier caso, desde una perspectiva cualitativa, debe considerarse el contenido de los encargos y sus objetivos y si implican la existencia de financiación pública para prestar un servicio en condiciones especiales. En esos casos, podría concluirse que la afectación a una licitación aislada podría implicar afectación al interés público.

En segundo lugar, debe analizarse en el caso concreto una posible vulneración de la regulación de competencia desleal. Para que exista tal, se requiere que la práctica concreta pueda ser encuadrable en alguno de los supuestos de la Ley 3/1991 de Competencia Desleal (69).

Esta norma establece que los comportamientos previstos en ella tendrán la consideración de actos de competencia desleal «siempre que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales» (artículo 2), cuestión que también tendría que analizarse caso por caso.

De cualquier modo, el capítulo segundo de la citada ley tipifica los actos que se reputan de competencia desleal y, dentro de ellos, el artículo 15 describe los actos desleales que denomina de «violación de normas». El citado precepto establece que se considera desleal «prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes.» Recoge también este precepto que «tendrá la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial».

Para que pudiera darse la citada infracción debería por tanto verificarse una violación de normas o una infracción de leyes.

La conclusión de cuanto antecede supone que el empleo inadecuado de un medio propio puede implicar la aplicación del artículo 3 de la LDC.

Es decir, si un poder adjudicador encarga a una entidad que no cumple los requisitos para ser considerado medio propio por no existir control análogo, por incumplir las restricciones a la subcontratación,

por estar orientada al mercado o cualquiera de las constricciones que detalladamente se han definido en la primera parte de este artículo, entra dentro de la tipificación del artículo 3 de la LDC y exigiría la actuación de las autoridades de competencia en función de defensa.

Sobre la relación excluyente de la defensa de la competencia con otras reacciones del ordenamiento ↓

No cabe acoger la interpretación de que las autoridades de competencia deben dejar de actuar si existen otras normativas (por ejemplo, la de contratos del sector público, la de protección de los consumidores, la penal u otras) que resulten de aplicación para valorar la legalidad de los actos llevados a cabo por las administraciones (70). El hecho de que existan normas que sancionen de maneras alternativas los hechos enjuiciados por la autoridad de competencia no debe obstar a la actuación de ésta siempre que la conducta analizada sea subsumible en los tipos de la Ley de Defensa de la Competencia con las interpretaciones jurisprudenciales que la acompañan y que los bienes jurídicamente protegidos por la regulación de competencia difieran del resto de posibles respuestas que el legislador haya considerado oportuno diseñar en otros ámbitos del derecho sancionador (71).

Lo mismo sucede con las vías de promoción y defensa de la competencia.

La CNMC ha afirmado recientemente que cuando un asunto pueda ser abordado desde una perspectiva de promoción de la competencia, no deben iniciarse expedientes sancionadores (72).

Sobre esta cuestión se pronunció el Tribunal Supremo manifestando que *«sin duda habrá supuestos en que, por estar dirigida la apreciación de una posible vulneración del derecho de la competencia contra un acto administrativo formalmente adoptado, o contra una disposición de carácter general, la vía a seguir por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia -o, en su caso, por los órganos de las Comunidades Autónomas con atribuciones en materia de defensa de la competencia- será la de la impugnación del acto o disposición ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa conforme a lo previsto en los artículos 12.3 y 13.2 de la Ley 15/2007. Pero la capacidad de reacción de las autoridades de defensa de la competencia no puede quedar reducida a esa vía impugnatoria; sobre todo cuando se trata de actuaciones materiales como las que describe la resolución de la Comisión en el caso que estamos examinando (73).»*

De las citadas afirmaciones debe deducirse que el Tribunal Supremo no plantea las vías de la impugnación y sanción como excluyentes entre sí. De la afirmación del Tribunal se deduce, por el contra-

rio, que será necesario realizar un análisis caso por caso («sin duda habrá supuestos en que») y también que la capacidad de reacción por la vía de la promoción de la competencia no excluye la vía de la defensa. No en vano el Tribunal mantiene que la capacidad de reacción «no puede quedar reducida» a la primera vía «sobre todo» cuando se trata de actuaciones como las allí analizadas.

Limitar la vía de la defensa en estos supuestos por el hecho de que una impugnación hubiese sido posible, circunscribe sin base jurídica alguna, las posibilidades de reacción de la Administración para actuar de manera eficaz ante restricciones de la competencia que generan un desvalor en el mercado (empresa denunciante) y que reducen el requerido estándar de protección del interés general (ciudadanos que se beneficiarían de la competencia entre los posibles operadores entrantes) (74).

Además, si se optase por esta interpretación, en el caso de que una autoridad de competencia no tuviese conocimiento de las barreras de entrada en plazo para la impugnación, no existiría vía alguna para compeler a la Administración que ha establecido las barreras injustificadas a eliminarlas durante la vida del contrato. Ello situaría a los adjudicatarios en una posición de indebida ventaja durante un período que dependiendo de los supuestos puede ser prolongado y, lo que es más grave, privaría a los operadores entrantes y a los ciudadanos de derechos amparados por el ordenamiento.

CONCLUSIONES ↓

Las ventajas que la competencia genera en la sociedad son profundas y, por ello, las autoridades de competencia deben emplear todas las posibilidades a su alcance para evitar la existencia de barreras o infracciones.

Mejorar la calidad de las decisiones públicas e incentivar, de forma favorable a la competencia, una utilización eficiente de los recursos presupuestarios en los procesos de aprovisionamiento de bienes y servicios en todas las esferas administrativas es una de las tareas por las que deben velar las administraciones y las autoridades de competencia.

Ello puede conseguirse empleando herramientas de promoción o de defensa.

La disuasión es uno de los objetivos fundamentales que deben alcanzar las autoridades de competencia y las funciones de defensa resultan más aptas para conseguirla.

Conseguir un empleo de los medios propios que se limite a los casos justificados por razones de eficiencia administrativa contribuiría a reforzar el cumplimiento de los principios de publicidad, transparencia, estabilidad presupuestaria, control del gasto y eficiente utilización de los fondos que deben regir el aprovisionamiento público, a mejorar la compe-

tividad de la economía española y a los objetivos generales de crecimiento y empleo.

Incrementar las exigencias de justificación y motivación de cada encomienda, orientar las encomiendas a costes, limitar las posibilidades de subcontratación o las encomiendas genéricas, de objeto muy amplio en los estatutos de las entidades o reducir los plazos y las posibilidades de renovación, serían modos de trabajar con los medios propios que fomentarían la eficacia de la labor administrativa y contribuirían a proteger el interés general.

En cualquier caso, un empleo inadecuado de la figura que permita el encargo a entidades que no cumplan con las exigencias legales detalladamente tasadas, puede ser tanto objeto de impugnación (si se cumplen las exigencias procesales para realizarla) como de apertura de expedientes sancionadores por infracción de los artículos 1 o 3 de la LDC. De otro modo, la autoridad de competencia estará desoyendo las exigencias establecidas en su normativa regulatoria y no estará cumpliendo adecuadamente sus funciones de fomento de la competencia y protección del interés general.

NOTAS

- [1] Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, BOE núm. 272, de 09/11/2017.
- [2] Véanse las conclusiones del Abogado General Geelhoed en el asunto C-295/05 *Asemfo* (STJCE 19 abril 2007), [ECLI:EU:C:2006:619], §49.
- [3] TORRE SUSTAETA, M. V. *La aplicación del Derecho de la competencia en Europa: intereses en juego y vías de tutela*. Pamplona, Aranzadi, 2014.
- [4] Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, BOE nº 159, de 4 de julio de 2007. Texto consolidado <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-12946>.
- [5] Directiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo y del consejo de 11 de diciembre de 2018 encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior. DOUE 11/3 de 14 de enero de 2019. ECN+.
- [6] Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, BOE nº 209, de 31 y de agosto de 2013.
- [7] Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, BOE nº 134, de 5 de junio de 2013. Texto consolidado <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-5940>.
- [8] Avarkioti, F., «The application of EU Public Procurement Rules to «in-house» Arrangements» en *Public Procurement Law Review*, 2007, p. 22; Weltzein, K., «Avoiding the Procurement Rules by Awarding Contracts to in-house Entity: The Scope of the Procurement Direc-

- tives in the Classical Sector» en *Public Procurement Law Review*, 2005, p. 252; Lecuyer-Thieffry, C. y Thieffry, P., «Les prestations effectuées in-house sans mise en concurrence», *Act. Jur. Dr. Adm.*, 2005, p. 927, o Casalini, D., *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in-house*, Jovene, Napoli, 2003.
- [9] Pernas Garcías, J.J., *Las operaciones in-house y el Derecho comunitario de contratos públicos*, Justel, Madrid, 2008, 38-49; Cavallo Perin, R. y Casalini, D., «Control over in-house Providing Organisations», en *Public Procurement Law Review*, 2009, p. 239.
- [10] El art. 6 de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos. Esta Directiva estuvo vigente hasta el 30 enero 2006. En esa fecha comenzó la vigencia de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, cuya regulación se encontraba en el artículo 18.
- [11] Asunto C-107/98, Teckal, STJCE 18 noviembre 1999, [ECLI:EU:C:1999:562].
- [12] Rolin, F., «Les étrangers dans la maison ou l'économie mixte exclue des contrats in-house», *Act. Jur. Dr. Adm.*, 2005, p. 889
- [13] Asunto C-220/06, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia («Correos»), STJCE 18 diciembre 2007 (ECLI:EU:C:2007:815). McGowan, D., «A contract or not? A note on Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia (case C-220/06)», *Public Procurement Law Review*, 2008, pp. 204-208; González García, J. V., «Prestación del servicio universal y doctrina de las prestaciones in house. A propósito de la Sentencia Correos, de 18 de diciembre de 2007, del Tribunal de Justicia», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 26, 2008, pp. 193-209; Kovar, J.-F., «La Cour de justice apporte des précisions sur l'application du droit communautaire des marchés publics dans le secteur postal», *Concurrences. Revue des droits de la concurrence*, n. 1, 2008, pp.197-199.
- [14] La Directiva 97/67/CE del Parlamento Europeo y el Consejo relativa a las normas comunes para el desarrollo del mercado interior de los servicios postales y la mejora de calidad del servicio.
- [15] Asunto C-220/06, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia («Correos»), cit., §67; el Tribunal cita aquí el asunto C-240/02 *Asemfo* y Asociación Nacional de Empresas de Externalización y Gestión de Envíos y Pequeña Paquetería [2004] Rec. I-2461, §24.
- [16] Weltzein, K., «Avoiding the Procurement Rules by Awarding Contracts to in-house Entity: The Scope of the Procurement Directives in the Classical Sector», *Public Procurement Law Review*, 2005, p. 252; Avarkioti, F., «The Application of EU Public Procurement Rules to «in-house» Arrangements», cit., p. 25; Brown, A., «The Treatment of a Contract Which is Awarded by a Public Authority to a Wholly Owned Subsidiary are Sold to a Third Party: a Note on C-29/04, *Comisión v. Austria*», *Public Procurement Law Review*, 2006, p. 53. Lecu-

- yer-Thieffry, C. y Thieffry, P., «Les prestations effectuées in-house sans mise en concurrence», cit., p. 927
- [17] Kotschy, B., «Arrêts «Stadt Halle», «Coname» et «Parking Brixen»», *Revue du droit de l'Union européenne*, n. 4, 2005, pp. 845-853.
- [18] Asunto C-26/03, Stadt Halle y RPL Rochau, STJCE 11 enero 2005 [ECLI:EU:C:2005:5] §58.
- [19] Pernas García, J.J., Las operaciones in-house y el Derecho comunitario de contratos públicos. Análisis de la jurisprudencia del TJCE, cit., pp. 122-136.
- [20] Asunto C-231/03, Coname, STJCE 21 julio 2005 [ECLI:EU:C:2005:487]. Brown, A., «Transparency Obligations Under the EC Treaty in Relation to Public Contracts that Fall Outside the Procurement Directives: A Note on C-231/03, Consorzio Aziende Metano (Coname) v Comune di Cingia de' Botti», *Public Procurement Law Review*, 2005, pp. 153-159; Idot, L., «Transparence et contrats de concession», *Europe*, n. 338, Octubre 2005, pp. 23-24.
- [21] Asunto C-458/03 Parking Brixen, STJCE 13 octubre 2005 [ECLI:EU:C:2005:605]. Brown, A., «The Application of the EC Treaty to a Services Concession Awarded by a Public Authority to a Wholly Owned Subsidiary: Case C-458/03, Parking Brixen», *Public Procurement Law Review*, 2006, pp. 40-47; Baldinato, M., «Nota alla sentenza Parking Brixen: la Corte di giustizia limita ulteriormente la nozione di in house providing», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2006, pp. 227-240.
- [22] Asunto C-29/04, Comisión v. Austria («Mödling»), STJCE 10 noviembre 2005 [ECLI:EU:C:2005:670]. Soncini, A., «Gli affidamenti in house: rassegna della giurisprudenza comunitaria sino alla sentenza Tragsa II del 2007», *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2007, pp. 281-317; Dreifuss, M., «Le ciel s'obscurcit pour les contrats intégrés dérogeant aux règles communautaires de mise en concurrence», *Recueil Dalloz, Jur.*, 2006, pp. 423-425.
- [23] Asunto C-29/04, Comisión v. Austria («Mödling»), STJCE 10 noviembre 2005, cit., §48-50. Conclusiones del AG Geelhoed en este asunto C-29/04, presentadas el 21 abril 2005 [ECLI:EU:C:2005:247].
- [24] Asunto C-220/05, Commune de Roanne, STJCE 18 enero 2007 [ECLI:EU:C:2007:31].
- [25] Asunto C-337/05, Comisión v. Italia, STJCE 8 abril 2008 [ECLI:EU:C:2008:203]. Heuninckx, B., «A Note on Case Commission v Italy (Case C-337/05) (Augusta Helicopters Case)», *Public Procurement Law Review*, 2008, pp. 187-192
- [26] Asunto C-340/04, Carbotermo S.P.A., STJCE 11 mayo 2006 [ECLI:EU:C:2006:308], §36
- [27] Asunto C-295/05, ASEMFO («Tragsa»), STJCE 19 abril 2007, [ECLI:EU:C:2007:227]. Sobre este caso la literatura es extensa. Bernal Blay, M. A., «Un paso en falso en la interpretación del criterio del control análogo al de los propios servicios en las relaciones in house. Comentario a la STJCE de 19 de abril de 2007 (AS. C-295/05, Asemfo vs. Tragsa)», *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 137, 2008 p.115-138; González García, J. V., «Medios propios de la administración, colaboración interadministrativa y sometimiento a la normativa comunitaria de contratación
- Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de abril de 2007: cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo en el asunto Asemfo c. Tragsa y Administración General de Estado (asunto C-295/05)», *Revista de Administración Pública*, 173, 2007, pp. 217-237; Dischendorfer, M., «The Compatibility of Contracts Awarded Directly to «Joint Executive Services» with the Community Rules on Public Procurement and Fair Competition: A Note on Case C-295/05, ASEMFO v Tragsa», *Public Procurement Law Review*, 2007, pp. 123-130.
- [28] Asunto C-295/05, ASEMFO («Tragsa»), cit., §57. Existe una sutil diferencia con lo determinado, por ejemplo, en el asunto C-340/04, Carbotermo S.P.A, cit., §37: «El hecho de que el poder adjudicador posea, por sí solo o junto con otros poderes públicos, la totalidad del capital de una sociedad adjudicataria tiende a indicar, sin ser un indicio decisivo, que dicho poder adjudicador ejerce sobre dicha sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios».
- [29] Asunto C-220/05, Commune de Roanne, STJCE 18 enero 2007 [ECLI:EU:C:2007:31]. De Gaudemar, H., «L'aménagement concédé devant le juge communautaire (À propos de l'affaire Auroux) (CJCE, 18 janvier 2007 ; TA Lyon, 22 mars 2007)», *Petites affiches. La Loi / Le Quotidien juridique*, n° 146, 2007, pp. 19-28;
- [30] Las Conclusiones del Abogado General Bot, «96. En efecto, la Directiva 97/67 estableció un marco normativo para el sector postal. En particular, previó garantizar un servicio universal en dicho sector ofreciendo a los Estados miembros la posibilidad de reservar determinados servicios postales. Al no poder reservarse la prestación de todos los demás servicios, deberá abrirse ésta a la competencia. 97. Si los Estados miembros tuvieran la posibilidad de adjudicar un contrato público de servicios postales no reservados a un solo prestador, sin licitación previa, ello iría incluso contra el objetivo de la Directiva 97/67, que es liberalizar el sector postal».
- [31] Asunto C-371/05, Comisión v. Italia, STJCE 17 julio 2008, cit.; véase Brown, A., «The ECJ Upholds an Italian Municipality's Reliance on the Teckal Exemption for in-house Contracts: A Note on Commission v. Italy (C-371/05)», *Public Procurement Law Review*, 2009, pp. 6-7.
- [32] Asunto C-324/07, Coditel Brabant, STJCE 13 noviembre 2008 [ECLI:EU:C:2008:621]; Kotsolis, T., «Application of the Teckal Exemption to a Service Concession Contract: Coditel Brabant SA v. Comune d'Uccle, Région de Bruxelles Capitale», *Public Procurement Law Review*, 2009, pp. 73-78.
- [33] Asunto C-480/06, Comisión v. Alemania, STJCE 9 junio 2009 [ECLI:EU:C:2009:357]. Pirker, B., «La jurisprudencia de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Chronique des arrêts. Arrêt Commission c/ Allemagne», *Revue du droit de l'Union européenne*, n° 3, 2009, pp. 570-574; Santamaría Dacal, A., «Une nouvelle exception à l'application des directives «Marchés»», *Revue juridique de l'Economie publique*, n° 670, 2009, pp. 24-25; Dreyfus, J. D., Rodrigues, S., «La coopération intercommunale confortée par la

- CJCE?», *L'actualité juridique. Droit administratif*, 2009, pp. 1717-1721; Kotsonis, T., «Co-operative Arrangements between Public Authorities in the Pursuit of a Public Interest Task: Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany (C-480/06)», *Public Procurement Law Review*, nº 6, 2009, pp.212-216..
- [34] Asuntos acumulados C-182/11, C-183/11, Econord, STJUE 29 noviembre 2012, [ECLI:EU:C:2012:758]. Simon, D., «Contrats 'in house'», *Europe, Janvier Comm.* nº 1 2013, pp. 33-34; Bombois, T.; Dubois, C., «Arrêt «Econord»: précisions sur l'exception «in house coopératif» en matière de marchés publics», *Journal de droit européen*, nº 196, 2013, pp. 53-55; Comba, M. E., «Cooperazione verticale ed orizzontale tra enti pubblici: verso una «teoria unificata» delle deroghe all'applicazione della normativa europea sugli appalti?», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2013, pp. 298-303; Bernal Blay, M. A., «El control análogo sobre los medios propios y su ejercicio colectivo por varias entidades», *Contratación administrativa práctica. Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, nº. 124, 2013, pp. 88-93.
- [35] El Tribunal no optó por la exigencia que apuntaba el Abogado General en el caso que exigía que el control fuera apreciable y proporcionado con vistas a evitar los fraudes en el empleo de esta figura.
- [36] En el caso de que no sea posible acceder a datos de los tres últimos años, la Ley establece que será posible justificar un cálculo que puede basarse en proyecciones de negocio
- [37] COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia. Madrid, 1 de julio de 2013.
- [38] El informe concluía que los 37 medios propios detectados en la AGE facturaron en el ejercicio anterior a la publicación del informe 2.500 millones de euros.
- [39] Además de que esta subcontratación, aunque esta no es una de las conclusiones de la CNC, encarece ordinariamente sin que necesariamente exista justificación para ello la prestación de los servicios si se compara con los que prestarían los operadores privados en procesos competitivos ya que es necesario remunerar la tarea del medio propio por la intermediación. La posibilidad de una subcontratación pone además de manifiesto que no existen razones materiales para cerrar el servicio afectado al mercado. Igualmente se desarrolla una dependencia de las entidades privadas respecto del medio propio que subcontrata que alteran el normal funcionamiento del mercado cuando el medio propio interviene en el mismo y, dependiendo de cómo se efectúe, pueden incluso favorecer la existencia de conductas colusorias entre operadores.
- [40] FOX, Eleanor M.; HEALEY, Deborah, «When the State Harms Competition - The Role for Competition Law», en *Antitrust Law Journal*, nº 3, 2014, pp. 769 a 820.
- [41] Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. BOE nº 236, de 2 de octubre de 2015. BOE-A-2015-10565.
- [42] AUTORIDAD VASCA DE LA COMPETENCIA, Informe del Consejo Vasco de la Competencia en relación a la consulta realizada por las Juntas Generales de Bizkaia referida a la concurrencia a concursos públicos de Euskotren en competencia con empresas privadas, Expte. I-3/2012, Bilbao, 31 de mayo de 2013, en https://www.competencia.euskadi.eus/z02-contprof/es/contenidos/informacion/informes/es_informes/informes.html
- [43] Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de diciembre de 2007, C-220/056, previamente citada: «Tanto los artículos 43 CE, 49 CE y 86 CE [actuales 43, 56 y 106 TFUE, respectivamente], como los principios de igualdad de trato, no discriminación por razón de la nacionalidad y transparencia deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de un Estado miembro que permite que las Administraciones públicas, actuando al margen de las normas de adjudicación de los contratos públicos, encarguen la prestación de servicios postales no reservados con arreglo a la Directiva 97/67 a una sociedad anónima pública de capital íntegramente público y que es el proveedor del servicio postal universal en dicho Estado (...)». Véase igualmente Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 6 de abril de 2006, C-410/04, ANAV: «Además del principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, el principio de igualdad de trato de los licitadores es también aplicable a las concesiones de servicios públicos aun cuando no exista una discriminación por razón de la nacionalidad (sentencia Parking Brixen, antes citada, apartado 48).» Respecto de la definición europea de empresa, pueden analizarse algunas de las sentencias más emblemáticas del Tribunal de Justicia como la de 23 de abril de 1991, C-41/90, asunto Hoefner y Elser, apartado 21; la de 17 de febrero de 1993, C-159/91 y C-160/91, asunto Poucet y Pistre, apartado 17, o SSTPI de 17 de diciembre de 1991, T-6/89, asunto Enichem, apartado 235, y de 10 de marzo de 1992, T -11 /89, asunto Shell, apartado 311). Dicha jurisprudencia se centra en la capacidad de una determinada entidad de infringir la normativa de competencia, a efectos de su calificación como empresa y aborda como criterio la naturaleza económica de actividad, adoptando una definición amplia de empresa con independencia de su estatuto jurídico particular y de su modo de financiación (cubriendo así también a las administraciones públicas).
- [44] Ley 16/2012, de 28 de junio, de Apoyo a las Personas Emprendedoras y a la Pequeña Empresa del País Vasco. BOE 172, de 19 de Julio de 2012, pág. 51776.
- [45] Véase como referencia la Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de julio de 2003, Asunto C-280/00. Véase el artículo 95.2 de la Ley de Economía sostenible, que mantiene «Solamente podrán otorgarse subvenciones cuando se presten servicios de interés público como compensación a la asunción de obligaciones de servicio público. Cuando proceda, las subvenciones se otorgarán en régimen de concurrencia competitiva. Las subvenciones deben ir estrictamente vinculadas a la prestación del servicio de interés público en el mercado geográfico que resulte deficitario, im-

- pidiendo las subvenciones cruzadas entre mercados que pueden alterar las condiciones de competencia».
- [46] Así se podrían plantear problemas caso de que en los pliegos se reconocieran preferencias por ser el licitante una sociedad pública, facilidades en la cualificación de la solvencia, criterios de preferencia en la adjudicación por haber prestado previamente un servicio de transporte por tren, facilidades en la subrogación de los trabajadores del incumbente, posibilidades ulteriores de subcontratación de los competidores... Todas estas cuestiones deberían plantearse caso por caso en las posibles licitaciones que se plantearan.
- [47] DÍAZ, F. Derecho administrativo sancionador. Análisis a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Atelier. Barcelona, 2016.
- [48] Así se exige en la Directiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo y del consejo de 11 de diciembre de 2018 encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior. DOUE 11/3 de 14 de enero de 2019.
- [49] GRAZIA MONTANARI, M., «The ICA's advocacy activity: Proposals for the annual law on competition 2014», en *Italian Antitrust Review*, Volumen 1, Número 3, 2014, págs. 235 a 240.
- [50] Guillén Caramés, J., «La promoción de la competencia como refuerzo al ejercicio de potestad sancionadora por parte de las autoridades de competencia : en especial, la impugnación de la actividad administrativa contraria al Derecho de la Competencia» en *Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en Derecho de la Competencia*, capítulo VI La impugnación por las Autoridades de Competencia de la actuación de las Administraciones Públicas. Ed. Civitas, Cizur Menor (Navarra), D.L. 2013, páginas 369 a 399.
- [51] ARIÑO ORTIZ, G., *Empresa pública, empresa privada, empresa de interés general*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007
- [52] Véanse las sentencias del TJUE de 12 de julio de 2012, As. C-138/11 *Compass-Datenbank*, ECLI:EU:C:2012:449 y de 28 de febrero de 2013, As. C-1/12, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*, ECLI:EU:C:2013:127.
- [53] NAVARRO VARONA, E. y RAMBAL, M., «La aplicación de las normas de defensa de la competencia a las Administraciones Públicas que no actúan como operadores económicos en el mercado» en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, nº 31, 2013, pág. 23 a 34.
- [54] MARCOS FERNANDEZ, F., «¿Puede sancionarse a las Administraciones Públicas cuando no actúan como operador económico si restringen la competencia o promueven conductas anticompetitivas?» en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, ISSN-e 1698-739X, Nº. 1, 2018.
- [55] Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2015, Recurso 294/2013, relativa a la Resolución de la CNC de 14 de abril de 2009 (ECLI: ES:TS:2015:800) (Expediente 639/09, Colegio Farmacéuticos Castilla la Mancha accesible en <https://www.cnmc.es/expedientes/63908>).
- [56] Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de octubre de 2015 Asunto C-185/14 (ECLI:EU:C:2015:716).
- [57] La misma sentencia establece que «para rechazar la calificación de actividad económica, la mencionada actividad debe formar parte indisoluble, por su naturaleza, por su objeto y por las normas a las que está sujeta, del sistema nacional de pensiones de jubilación (véase, por analogía, la sentencia *Aéroports de Paris/Comisión*, C82/01 P, EU:C:2002:617, apartado 81)» indisolubilidad que no se verifica en el caso analizado. Véase, entre otras, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de julio de 2010, Asunto *Knauf Gips KG v Commission*, C-407/08 P, ECLI:EU:C:2010:389 o las sentencias del TJUE de 12 de julio de 2012, As. C-138/11 *Compass-Datenbank*, ECLI:EU:C:2012:449 y de 28 de febrero de 2013, As. C-1/12, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*, ECLI:EU:C:2013:127 y Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2015, Recurso 294/2013, relativa a la Resolución de la CNC de 14 de abril de 2009 (ECLI: ES:TS:2015:800) (Expediente 639/09, Colegio Farmacéuticos Castilla la Mancha accesible en <https://www.cnmc.es/expedientes/63908>).
- [58] Resultan de especial interés por la aproximación ofrecida por la Autoridad Suiza de Competencia considerando la existencia de abuso de posición de dominio de los poderes adjudicadores cuando realizan inadecuadamente contratos públicos las resoluciones DPC 2007/4, p. 517, *Beschaffung von Leichten Transport- und Schulungshelikoptern durch armasuisse* y DPC 2008/2, p. 356-357, *Verbesserung des Rechtsschutzes bei Beschaffungen durch armasuisse*.
- [59] TS de 10 de octubre, considerando tercero.
- [60] MARCOS FERNANDEZ, F., «Las prohibiciones de prácticas anticompetitivas (TFUE y LDC) ¿es infractor quien facilita la comisión de las conductas prohibidas?» en *Anuario de la competencia*, Nº 1, 2016, pp.381-413.
- [61] Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de julio de 2008 asunto *Treuhand I*, T-99/04, (ECLI:EU:T:2008:256).
- [62] Sentencia del Tribunal General de 6 de febrero de 2014, As T-27/10, (ECLI:EU:T:2014:59).
- [63] Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de octubre de 2015, As. C-194/14 P, (ECLI:EU:C:2015:717).
- [64] Resolución de 11 de noviembre de 2015, Expte. 7/2013, OBRAS PÚBLICAS ÁLAVA.
- [65] STS 4763/2007, de 19 de junio de 2007.
- [66] Informe del Tribunal Vasco de Cuentas Públicas que, en su informe de fiscalización denominado «Cuenta General del Territorio Histórico de Álava 2012» y alegaciones de varios ayuntamientos.
- [67] Arabako Lanak cobraba un 6% de cada certificación o documento relativo al pago de la obra que sea en su caso objeto del encargo independientemente de los servicios que prestara. Este acuerdo reducía el incentivo de contratar para la ejecución de la obra a las empresas más eficientes en su oferta, dado que cuanto más barata sea la oferta, menos dinero co-

- braba Arabako Lanak. Además facilitaba la extensión de los efectos del acuerdo, al subvencionar actuaciones otorgando automáticamente la puntuación máxima a quienes se comprometieran a contratarle.
- [68] DIPUTACIÓN FORAL DE ALAVA, Arabako Lanak culmina su disolución con la recolocación de todos sus trabajadores en https://www.araba.eus/cs/Satellite?c=DPA_Noticia_FA&cid=1224021971955&language=es_ES&pageid=1193045193034&pagename=DiputacionAlava%2FDPA_Noticia_FA%2FDPA_noticia
- [69] Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, BOE núm. 10 de 11 de enero. Texto consolidado <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1991-628>
- [70] Véanse las mencionadas Resolución de la CNMC de 28 de febrero de 2019 Expte. SAMAD/03/16, ESTACIONAMIENTO REGULADO AYUNTAMIENTO DE MADRID, en https://www.cnmc.es/sites/default/files/2377357_1.pdf; Resolución de la CNMC de 26 de julio de 2018, Expte. S/DC/0565/15 LICITACIONES DE APLICACIONES INFORMÁTICAS, en <https://www.cnmc.es/expedientes/sdc056515>. Del mismo modo la resolución dictada en el Expte. SAMAD/08/18, UNIFORMES DE COLEGIO o Resolución del Consejo de la ADCA en el Expte. S/02/2010 - Distribución de Uniformes Escolares, de 23 de febrero de 2010.
- [71] Véanse, por ejemplo, asuntos como la Resolución del Consejo de la CNC de 26 de septiembre de 2013 Expte. S/314/10, Puerto de Valencia; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0293/10 - TRANSCONT. Puerto de Barcelona, de 10 de enero de 2013; STS 3631/2018 - ECLI: ES:TS:2018:3631; las Sentencias del Tribunal Supremo referidas a la resolución de la Autoridad Vasca de la Competencia sobre el transporte horizontal en el Puerto de Bilbao, de 10 de octubre de 2018 N° de Recurso: 4387/2017; o las dictadas por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco a raíz de la resolución de la Autoridad Vasca de la Competencia en el asunto Pinosolo STSJ de 15 de febrero de 2016, ECLI:ES:TSJPV:2016:255.
- [72] Véase la resolución SAMAD/03/16.
- [73] Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2016, Recurso 2946/2013, (ECLI: ES:TS:2016:3525), dictada respecto de la Resolución de 6 de octubre de 2011 de la CNC en el expediente S/167/09 productores de uva y vino de Jerez accesible en <https://www.cnmc.es/expedientes/s016709>.
- [74] FELS, A., and NG, W, «Rethinking Competition Advocacy in Developing Countries», en SOKOL, D.; CHENG, T. and LIANOS, I., *Competition Law and Development*, Stanford University Press, England, 2013, pág. 182 a 198.