

EXPERIENCIAS RECIENTES EN LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA LA ELIMINACIÓN DE BARRERAS A LA COMPETENCIA EFECTIVA EN LOS MERCADOS

Gea GÓMEZ-PABLOS PINTO*

Subdirección de Ayudas Públicas
e Informes de Proyectos Normativos CNMC

Amalia CORDERO MARTÍNEZ*

Subdirección de Ayudas Públicas
e Informes de Proyectos Normativos CNMC

1. INTRODUCCIÓN

Una de las potestades más destacadas de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC, en adelante) en su función de preservar y promover la competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos es la legitimación activa. Esta capacidad permite al Consejo de la CNMC impugnar ante los Tribunales tanto actos de las Administraciones Públicas y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados como normas contrarias a la regulación económica eficiente propia de la Ley de Garantía de Unidad de Mercado.

La CNMC es una de las primeras Autoridades de competencia¹ y regulación en el mundo que dispone de este instrumento, que se ha convertido

* Las autoras quieren agradecer la valiosa colaboración Pedro MAGARIÑO MANERO, becario en la Subdirección de Ayudas Públicas e Informes de Proyectos Normativos en la elaboración de este artículo.

Las opiniones expresadas son exclusivamente de las autoras y no representan la posición de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

¹ La Autoridad italiana de Competencia goza de esta potestad desde 2011, cuando le fue atribuida por el Decreto-ley 201/2011, en el marco de las reformas estructurales acometidas por el Gobierno de Mario Monti, en unos términos muy parecidos a los que se contemplan en la legislación española para la CNMC. Así, la Autoridad italiana de Competencia puede impugnar disposiciones generales de naturaleza administrativa, reglamentos o medidas de cualquier administración pública que restrinjan la competencia de un modo irrazonable, cuando la administración pública en cuestión no atiende la solicitud de anulación o modificación del acto o disposición previamente remitida por la Autoridad de Competencia. Los actos y disposiciones susceptibles de impugnación son de lo más diverso y

en la principal herramienta cuasicoactiva de la institución en su función de promoción de la competencia (*non enforcement*).

La legitimación activa se atribuyó por primera vez a la extinta Comisión Nacional de Competencia (CNC) y a las autoridades autonómicas de defensa de la competencia con ocasión de la aprobación de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC). Actualmente encuentra su acomodo en el art. 5.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCCNMC).

En los nueve años transcurridos desde la incorporación de la legitimación activa de la Autoridad Nacional de Competencia —sea CNC o CNMC— a nuestro ordenamiento jurídico, esta se ha utilizado como último recurso ante situaciones de especial gravedad para la competencia efectiva que, a juicio de la autoridad de competencia, debían ser eliminadas del ordenamiento jurídico en sectores tales como la contratación pública, el transporte, los arrendamientos turísticos o la distribución comercial.

Las características y virtualidad práctica del instrumento se han ido decantando y asentando, durante ese tiempo, como consecuencia de la propia práctica administrativa y jurisprudencial y de distintos cambios acaecidos en el marco institucional, tales como la creación de la CNMC a través de la LCCNMC o la aprobación de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM). Esta última incluye entre los mecanismos de protección de dicha unidad una legitimación activa de la CNMC que comparte algunas características con la legitimación activa en defensa del funcionamiento competitivo de los mercados.

Dedicaremos las páginas siguientes, por tanto, a intentar desbrozar las que creemos que son las dos líneas de cambio más relevantes en relación con la legitimación activa de la CNMC del art. 5.4 de la LCCNMC: cuál es su relación con la legitimación activa prevista en la LGUM y cómo se va configurando progresivamente el instrumento como resultado de la casuística administrativa y de la jurisprudencia. Para ello, comenzaremos con una breve exposición del marco regulatorio de la legitimación activa y continuaremos después con las interrelaciones entre la LGUM y la LCCNMC y con la evolución práctica y jurisprudencial de la figura recogida en el art. 5.4 de la LCCNMC².

engloban desde decisiones de los gobiernos regionales o locales, a pliegos de contratación, decretos, denegaciones de licencias o autorizaciones. En los últimos dos años se han remitido en torno a treinta solicitudes de modificación/anulación por la Autoridad, de los que alrededor de un tercio han dado lugar a impugnaciones judiciales.

En Lituania, de conformidad con los datos disponibles al público de la Organización de Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD) —*Competition Law and the State. Competition laws' prohibitions of anti-competitive State acts and measures. Volume 2: Appendix of sample statutory excerpt (2015)*—, existe también una legitimación activa por parte de la autoridad de competencia para impugnar actos o disposiciones de las administraciones públicas que pueden considerarse contrarias a la competencia en los mercados, consagrada en el art. 18 de su Ley, de 23 de marzo, núm. VIII-1099, sobre la Competencia.

² No forma parte del objeto de este artículo el estudio en detalle de las impugnaciones llevadas a cabo sobre la base del art. 27 de la LGUM, cuya finalidad y procedimiento se diferencia claramente del establecido para el art. 5.4 de la LCCNMC.

2. MARCO NORMATIVO

La actividad desarrollada por las Administraciones Públicas a todos los niveles administrativos puede tener efectos contrarios a la competencia, que darán lugar a distintos mecanismos de reacción por parte de las Autoridades de Competencia. Así, cuando la Administración actúa como un operador económico en el mercado, la Autoridad de Competencia reaccionará a través de la aplicación de los arts. 1 a 3 de la LDC, siempre y cuando tal actuación no se encuentre amparada por el art. 4 de la LDC.

Si, por el contrario, la Administración en cuestión actúa en ejercicio de potestades públicas, de carácter normativo o regulador, revestida del *ius imperii*, el mecanismo inicial de promoción de la competencia a emplear para abordar dicha actuación son los informes *ex ante* y los informes de posición. Cuando estos se revelan insuficientes, la CNMC puede recurrir a la legitimación activa para dirigirse a la administración cuya actuación es lesiva para el interés general e iniciar el proceso de impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, con la finalidad de que se revise su adecuación al ordenamiento jurídico de la forma más eficiente y menos costosa posible.

A. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA FRENTE A OBSTÁCULOS A UNA COMPETENCIA EFECTIVA EN LOS MERCADOS

La LDC atribuyó a las Autoridades de Competencia, tanto nacional como autonómicas, la capacidad de impugnar ante la jurisdicción competente aquellos 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.

Esta legitimación activa, recogida originalmente para la Autoridad Nacional de Competencia en el art. 12.3 de la LDC y para las autoridades autonómicas en el art. 13.2 de la misma norma, cambió su ubicación sistemática en lo que respecta a la Autoridad Nacional de Competencia con la aprobación de la LCCMC, encontrándose en la actualidad recogida en su art. 5.4 y residenciándose su empleo en la Sala de Competencia de la CNMC.

El recurso interpuesto por las Autoridades de Competencia sobre esta base se rige por lo dispuesto para el recurso contencioso-administrativo por la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA en adelante), con las únicas especialidades —como el requerimiento previo del art. 44— previstas en la misma cuando la recurrente es una Administración Pública. Es decir, el Tribunal que conocerá del recurso será el competente de conformidad con las reglas generales establecidas en el Capítulo II del Título I de la LJCA y no se contemplan previsiones específicas en relación con posibles medidas

cautelares, suspensión, etc. No hay un procedimiento especial cuando la legitimación activa que se ejerce es la de los arts. 5.4 de la LCCNMC y 13.2 de la LDC.

En cuanto a la infracción del ordenamiento jurídico que daría pie a la interposición del recurso, en el pasado se ha discutido mucho³ sobre si la referencia a «actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo y disposiciones generales de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados» creaba o no una nueva infracción del Derecho Administrativo. Si fuera así, la mera introducción de tales obstáculos sería susceptible de generar *per se* la anulación del acto o disposición recurrido. En caso contrario, sería necesario que, junto al daño a la competencia, que operaría exclusivamente como elemento legitimador de la intervención de la CNMC, concurriese una vulneración autónoma del Derecho administrativo —de carácter formal o material— que sustentase la anulación.

Sin desmerecer la importancia de la cuestión, la aprobación de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES), que en su art. 4 daba rango legal a toda una serie de principios de competencia económica y regulación económica eficiente, redujo mucho la importancia práctica de la cuestión. En efecto, la introducción de obstáculos a la competencia efectiva en los mercados, siempre que no se encuentre adecuadamente justificada en cuanto a su necesidad y proporcionalidad, contravendría esos principios del art. 4 de la LES e incurriría, por ende, en una vulneración del Derecho administrativo, que avalaría la anulación del acto o disposición en cuestión. Esos principios se recogen ahora en los arts. 129 y ss. de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, bajo la voz «Principios de buena regulación», si bien pueden entenderse aplicables al conjunto de la actividad administrativa, no solo a la elaboración de disposiciones generales.

La LGUM también contribuyó a codificar como vulneraciones del Derecho administrativo las trabas a la competencia efectiva en los mercados, al

³ Por ejemplo, J. GUILLÉN CARAMÉS señala en «La impugnación por las autoridades de competencia de las actuaciones de las administraciones públicas restrictivas del Derecho de la Competencia», en la obra colectiva *Derecho de la Competencia y Regulación en la Actividad de las Administraciones Públicas*, Thomson Reuters, 2011: «Las autoridades de competencia podrán impugnar aquellas actuaciones de las Administraciones Públicas que constituyan un obstáculo a la libre competencia en los mercados, siempre que dicha actuación incurra en algún tipo de vicio a la hora de su aprobación o ejecución, bien porque no se encuentre directamente amparada en una norma con rango de ley, bien porque no persiga de forma clara y precisa el interés público —distinto al de la libre competencia— que tutele»; A. GONZÁLEZ PANIZO, «Legitimación activa de la CNC para el ejercicio de acciones jurisdiccionales: objeto, motivos de impugnación y pretensiones ejercitables», en *Anuario de la Competencia 2009*, Fundación ICO-UAB, 2010; *id.*, «Legitimación activa de la CNC para el ejercicio de acciones jurisdiccionales: consideraciones generales, motivos de impugnación y supuestos de intervención judicial», en J. GUILLÉN (dir.), *Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en Derecho de la Competencia*, Thomson Reuters, 2013; J. GUILLÉN CARAMÉS, «La promoción de la competencia como refuerzo al ejercicio de la potestad sancionadora por parte de las autoridades de competencia: en especial, la impugnación de la actividad administrativa contraria al derecho de la competencia», en J. GUILLÉN (dir.), *Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en Derecho de la Competencia*, Thomson Reuters, 2013.

considerar antijurídicas⁴ las limitaciones no suficientemente justificadas al libre establecimiento y a la libre prestación de servicios. En este sentido, aunque el art. 27 de la LGUM contenga su propia previsión de legitimación activa, la vulneración de la LGUM puede invocarse en impugnaciones del art. 5.4 de la LCCNMC y del 13.2 de la LDC.

Además de la eventual creación de una nueva infracción del ordenamiento jurídico que se acaba de discutir, la doctrina⁵ se planteó si el objeto de la impugnación tenía que ser necesariamente actividad positiva de la Administración —normas de rango inferior a la ley o actos administrativos— o si cabían también las vías de hecho, la inactividad y los excesos sobre la delegación en los decretos legislativos. Esta disquisición doctrinal toma carta de naturaleza de la literalidad del art. 5.4, pero su interpretación integrada con el resto del ordenamiento jurídico lleva a considerar que las vías de hecho y las omisiones administrativas también son recurribles en sede del art. 5.4 de la LCCNMC y 13.2 de la LDC.

a) *La legitimación activa de la CNMC*

Tras la creación de la CNMC, la legitimación activa quedó recogida en el art. 5.4 de la LCCNMC, dedicado a las «Funciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de carácter general y para preservar y promover la competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos». De conformidad con el citado artículo, «en cumplimiento de sus funciones, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia está legitimada para impugnar ante la jurisdicción competente los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados».

Una cuestión que se ha planteado tanto doctrinalmente como en sede jurisdiccional ha sido el alcance territorial de la legitimación activa de la autoridad nacional. La propia capacidad de las autoridades autonómicas para impugnar actos y disposiciones de las administraciones autonómicas y locales de su territorio ha sido utilizada como argumento para excluir la legitimación de la autoridad nacional en relación con ellas. Como señala

⁴ Véanse, a estos efectos, los capítulos II, *Principios de garantía de la libertad de establecimiento y la libertad de circulación* y IV, *Garantías al libre establecimiento y circulación* de la LGUM.

⁵ Véase GUILLÉN CARAMÉS: «Puede hacerse una interpretación integradora del art. 12.3 con los preceptos citados de la LJCA, en el sentido de que no puede restringirse la legitimación de las autoridades de competencia a la impugnabilidad de los actos administrativos y disposiciones de carácter general de rango inferior a la ley, de tal modo que debe y puede extenderse dicha legitimación al resto de la actuación administrativa que de acuerdo con la LJCA puede ser objeto de impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, como la inactividad, la vía de hecho y los decretos legislativos *ultra vires*», en «La promoción de la competencia como refuerzo al ejercicio de la potestad sancionadora por parte de las autoridades de competencia: en especial, la impugnación de la actividad administrativa contraria al derecho de la competencia», en J. GUILLÉN (dir.), *Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en Derecho de la Competencia*, Thomson Reuters, 2013.

A. GONZÁLEZ PANIZO⁶, se trata de un debate «meramente teórico y que no encaja con una interpretación integradora de la normativa aplicable», toda vez que el propio art. 13.2 de la LDC aclara que la competencia de las autoridades autonómicas se reconoce sin perjuicio de las competencias de la autoridad nacional. En este sentido han venido a pronunciarse las sentencias⁷ de distintos órganos jurisdiccionales ante los que se ha puesto en cuestión, por este motivo, la legitimación *ad processum* de la CNC/CNMC, tal y como se verá más adelante.

b) *La legitimación activa de las autoridades autonómicas de competencia*

Por su parte, tal y como se acaba de avanzar, la legitimación activa de las autoridades autonómicas de competencia se recoge en el art. 13.2 de la Ley de Defensa de la Competencia, que establece que «sin perjuicio de las competencias de la Comisión Nacional de la Competencia, los órganos competentes de las Comunidades Autónomas están legitimados para impugnar ante la jurisdicción competente actos de las Administraciones Públicas autonómicas o locales de su territorio 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».

Esta disposición plantea la duda de si tal facultad les queda automáticamente conferida por la ley estatal o es necesario que se recoja también por su ley autonómica de creación. Aunque la redacción de la ley estatal es taxativa —*los órganos competentes de las Comunidades Autónomas están legitimados para impugnar*—, creemos que no cabe sino considerar necesario que la legitimación activa aparezca también reconocida en la ley autonómica de creación para tener virtualidad práctica, puesto que corresponde a las Comunidades Autónomas crear o no los órganos de competencia autonómicos y decidir sobre su estructura, dependencia funcional y atribuciones.

En este sentido, el uso de la legitimación activa por parte de las autoridades autonómicas de competencia ha sido limitado, con la excepción de la Autoridad Vasca de Competencia, que la tiene atribuida por su propia ley de creación —art. 3.4 de la Ley 1/2012, de 2 de febrero, de la Autoridad Vasca de la Competencia (AVC) — y que la ha utilizado contra las restricciones a la competencia contenidas en la Norma Foral 4/2013, de 17 de julio, en relación con la inclusión de cláusulas sociales en los contratos de obras del

⁶ A. GONZÁLEZ-PANIZO, «Legitimación activa de la CNC para el ejercicio de acciones jurisdiccionales: consideraciones generales, motivos de impugnación y supuestos de intervención judicial», en J. GUILLÉN (dir.), *Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en Derecho de la Competencia*, Thomson Reuters, 2013.

⁷ Por ejemplo, STSJ de Galicia núm. 516/2012, de 24 de mayo; STS de 14 de marzo de 2016 (Rec. 1832/2013) y STS de 14 de marzo de 2016 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Rec. 3718/2012).

sector público foral⁸, así como en relación con varias adjudicaciones de concesiones de transporte público de viajeros por carretera en el territorio histórico de Guipúzcoa⁹.

B. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA FRENTE A VULNERACIONES DE LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO O DE CIRCULACIÓN

La LGUM trata de dar respuesta a la fragmentación normativa del mercado español, sobre la base del principio de unidad de mercado recogido en el art. 139 de la CE, así como de los principios comunitarios de libertad de prestación de servicios, libertad de establecimiento¹⁰ y reconocimiento mutuo. En este sentido, es clara la relación con la Directiva 2006/123/CE, de Servicios, y su normativa de transposición. Así, por ejemplo, el art. 5.1 de la LGUM exige a las administraciones que restrinjan el acceso a una actividad económica o su ejercicio, que justifiquen la necesidad de tal limitación en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el art. 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (Ley Paraguas).

El art. 27 de la LGUM establece la legitimación de la CNMC ante «cualquier disposición de carácter general, acto, actuación, inactividad o vía de hecho que se considere contraria, en los términos previstos en esta Ley, a la libertad de establecimiento o de circulación procedente de cualquier autoridad competente», pudiendo actuar «de oficio o a petición de los operadores económicos».

⁸ Por lo que se refiere a la norma foral, dirigida a todos los órganos de contratación de las entidades que forman el Sector Público Foral del Territorio Histórico de Guipúzcoa, esta impone la aplicación de las condiciones de trabajo del Convenio Colectivo de la Construcción y Obras Públicas de Guipúzcoa para la contratación pública de sus Administraciones, así como otras condiciones que no son exigidas por la legislación aplicable a los citados contratos. Esta imposición, contraria, en opinión de la AVC, a la normativa laboral vigente, podría producir el efecto de desincentivar a las empresas no previamente obligadas por tal convenio a participar en la licitación generando una ventaja para las empresas guipuzcoanas que ya aplican el convenio. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (TSJPV) desestimó el recurso, con un voto particular partidario de estimar el recurso en su totalidad, y ha sido recurrida en casación ante el TS por la AVC.

⁹ En cuanto a la impugnación de las concesiones de transporte de viajeros por carretera, tras los correspondientes requerimientos previos de anulación en los que se indicaban a la Diputación Foral las razones por las que se consideraban las adjudicaciones contrarias a la competencia —insuficiente valor del criterio precio, posibilidad de ampliar el objeto de la concesión sin nueva licitación, cierre del mercado—, se plantearon sendos recursos contencioso administrativos ante el TSJPV, que solo se ha pronunciado, a día de hoy, sobre la de la línea entre Debarrena y Urola Kosta, desestimando el recurso contencioso administrativo (STSJV de 6 de julio de 2016). Es interesante, a este respecto, que el TSJPV no entra a considerar los argumentos de fondo proporcionados por la AVC ya referidos, al entender que los vicios alegados corresponden a un acto previo —y consentido— distinto del recurrido. Si lo que se estima contrario a la competencia son los criterios de adjudicación recogidos en los pliegos —por ejemplo—, es necesario recurrir en plazo los pliegos, sin que quepa esperar al acto final —la adjudicación— para recurrirla con base en vicios de actos previos no recurridos.

¹⁰ Según jurisprudencia del TJUE (STJUE de 15 de octubre de 2015, asunto C-168/14) toda excepción a la libertad de establecimiento (art. 49 del TFUE) debe respetar cuatro condiciones: 1) aplicación de manera no discriminatoria; 2) justificación por razones imperiosas de interés general; 3) (necesidad) adecuación a la realización del objetivo que persiguen; y 4) (proporcionalidad) que no vayan más allá de lo estrictamente necesario.

La legitimación activa del art. 27 de la LGUM sigue, además, una tramitación procesal distinta a la habitual del recurso contencioso-administrativo. Se trata de un procedimiento administrativo recogido en el Capítulo IV —*Procedimiento de garantía de la unidad de mercado*— del Título V —*Procedimientos especiales*— de la LJCA, con varias especialidades procesales. Entre ellas destacan la competencia para conocer del recurso, que corresponde en este caso a la Audiencia Nacional, la especial celeridad del procedimiento y la previsión de la suspensión cautelar automática de la disposición o acto recurrido si la CNMC en su escrito de interposición del recurso así lo solicita.

3. RELACIÓN ENTRE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DEL ART. 5.4 DE LA LCCNMC Y LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DEL ART. 27 DE LA LGUM

La atribución de legitimación activa a la CNMC para impugnar actos y disposiciones administrativas a través de dos normas diferentes —por el art. 5.4 de su ley de creación y por el art. 27 de la LGUM—, es susceptible de generar algunas dificultades en cuanto a cuándo y cómo pueden o deben utilizarse cada una de ellas. Dificultades estas a las que solo cabe aproximarse mediante una clarificación de la finalidad, objeto y características de ambas vías para la legitimación activa.

El art. 5 de la LCCNMC, dedicado a las «Funciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de carácter general y para preservar y promover la competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos», establece en su apartado 4 que «en cumplimiento de sus funciones, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia está legitimada para impugnar ante la jurisdicción competente los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados».

Por su parte, el art. 27 de la LGUM, dentro una ubicación sistemática que resulta muy esclarecedora —*Capítulo VII: Mecanismos de protección de los operadores económicos en el ámbito de la libertad de establecimiento y de la libertad de circulación*—, establece la legitimación de la CNMC ante «cualquier disposición de carácter general, acto, actuación, inactividad o vía de hecho que se considere contraria, en los términos previstos en esta Ley, a la libertad de establecimiento o de circulación procedente de cualquier autoridad competente», pudiendo actuar «de oficio o a petición de los operadores económicos». De conformidad con el apartado 3 del art. 27, una vez presentada por el operador la petición, la CNMC valorará la procedencia de la interposición del recurso en un plazo de cinco días teniendo en cuenta el informe, en su caso, de la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (SECUM).

A nuestro entender, tanto de la propia literalidad de cada una de ambas normas como de la experiencia hasta ahora en la utilización de una y otra

vía, cabe extraer dos diferencias de fondo fundamentales entre ambos supuestos de legitimación activa:

En primer lugar, el bien jurídico objeto de protección a través de la legitimación es distinto en ambos casos: la legitimación activa del art. 5.4 de la LCCNMC es un mecanismo de protección del interés general, de forma exclusiva, dirigido a promover la competencia efectiva en los mercados y sectores productivos de una manera genérica, mientras que la legitimación activa del art. 27 de la LGUM es un mecanismo de protección de los legítimos intereses de los operadores económicos concretos, obviamente alineados con el interés general protegido por la CNMC, y como tal se halla ubicada en el Capítulo VII de la LGUM.

En segundo lugar, el alcance de la discrecionalidad de la CNMC en cuanto al uso o no de la legitimación activa varía en ambos supuestos. Es precisamente la diferencia mencionada en el objeto de protección la que determina el distinto alcance de la capacidad de la CNMC para decidir sobre la interposición o no del recurso contencioso administrativo en uno y otro caso:

- La legitimación *ex art. 5.4* de la LCCNMC, que reside en la Sala de Competencia, está dirigida a promover la competencia en los mercados. Así, el recurso contencioso administrativo tiene un carácter ejemplificador, señalizador, tendente a establecer las reglas de juego, lo que determina una amplia potestad de la CNMC para decidir qué actos y disposiciones se impugnan, con criterios de oportunidad.
- Por el contrario, en la legitimación *ex art. 27* de la LGUM, que reside en el Pleno y está dirigida a proteger los intereses de operadores particulares, la discrecionalidad en cuanto a la interposición o no del recurso no parece objeto de debate, al entrar en juego los intereses legítimos de los operadores¹¹. Así, aunque la CNMC cuenta con la capacidad de aceptar o rechazar la petición de interponer recurso, como no podía ser de otra manera, de la lectura del art. 27.3 parece deducirse que esta aceptación o rechazo no es discrecional y no puede venir determinada por criterios de oportunidad. De hecho, los rechazos a la impugnación del recurso deben venir motivados y sujetos al principio de transparencia del art. 37 de la LCNMC y a los propios principios de necesidad y proporcionalidad de la LGUM. Aparentemente, los únicos criterios en que podría fundarse la aceptación o rechazo de una petición de interposición de recurso *ex art. 27* por la CNMC son la concurrencia o no de una vulneración de la libertad de establecimiento o de circulación en los términos recogidos en la LGUM. En este sentido parece apuntar la referencia a que la decisión se adopte sobre la base del informe de la SECUM, si lo hubiera.

¹¹ Sirva de ilustración sobre la importancia de los intereses legítimos de los operadores en el ámbito de la garantía de la unidad de mercado que el art. 127 de la LJCA contemple, junto con la corrección de la conducta infractora, el resarcimiento de los daños y perjuicios, incluido el lucro cesante que dicha conducta haya causado.

Consideramos, por tanto, necesario mantener la separación entre ambas vías, que constituyen instrumentos de promoción de la competencia y la regulación eficiente distintos, con finalidades distintas: el art. 27 de la LGUM protege intereses particulares de cada operador económico y el art. 5.4 es un instrumento discrecional —nunca arbitrario— y exclusivo para la protección del interés general, fundamentado en el principio de oportunidad e «instrumento de último recurso» en la caja de herramientas de promoción de la competencia. Difuminar la distinción entre ambos instrumentos podría debilitar la efectividad de ambos y dañar, por ende, la reputación y la credibilidad de la CNMC en el ejercicio de la legitimación activa.

4. EXPERIENCIA RECIENTE EN MATERIA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA DEL ART. 5.4 DE LA LEY 3/2013, DE 9 DE JUNIO, DE CREACIÓN DE LA CNMC

Desde el año 2010 hasta la fecha se han llevado a cabo nueve impugnaciones¹² sobre la base del art. 5.4 de la LCCNMC. Distribución de energía eléctrica, transporte urbano e interurbano, viviendas turísticas, moratorias comerciales e instrucciones de contratación son las áreas en las que se han producido los nueve supuestos en los que la CNMC ha ejercitado la facultad que le otorga el art. 5.4 de la LCCNMC sobre legitimación activa.

Debe recalcar la prudencia de la institución en el recurso a esta facultad, tanto por el número de casos en los que se ha ejercitado como por la utilización previa y sistemática de la figura del requerimiento previo del art. 44 de la LJCA, dirigido a facilitar una solución extrajudicial del conflicto que permita lograr los objetivos de promoción de la competencia sin incurrir en los costes administrativos y de otro tipo derivados de la judicialización de la controversia, como por ejemplo el coste para la seguridad jurídica mientras el asunto se encuentra *sub iudice*.

¹² Los nueve expedientes —todos ellos disponibles en www.cnmc.es— son los siguientes:

- *Expedientes LA/01/2010 y LA/02/2010*. Recursos interpuestos respectivamente contra la prórroga de concesiones de autobuses urbanos en Galicia y Valencia
- *Expediente LA/03/2012*. Recurso interpuesto contra el Real Decreto 1623/2011, de 14 de noviembre, por el que se regulan los efectos de la entrada en funcionamiento del enlace entre el sistema eléctrico peninsular y el balear.
- *Expediente LA/04/2014*. Recurso contencioso administrativo contra las Instrucciones de contratación de la Directora de la Oficina de Supervisión y Evaluación de la Contratación Pública de la Generalitat de Catalunya para el incremento de la transparencia y la optimización de aspectos de los procedimientos de contratación pública.
- *Expediente LA/05/2014*. Recurso contencioso-administrativo contra el Decreto 79/2014, de 10 de julio, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid.
- *Expedientes LA/01/2015 y LA/02/2015*. Recursos contra las Ordenanzas municipales del servicio del taxi de los Ayuntamientos de Málaga y Córdoba.
- *Expediente LA/03/2015*. Recurso contra el Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias.
- *Expediente LA/01/2016*. Recurso contra el Acuerdo del Pleno del Consejo Insular de Mallorca, de aprobación definitiva de la Norma Territorial Cautelar previa a la formulación del Plan Director Sectorial de Equipamientos Comerciales de Mallorca.

No obstante, como se verá en los distintos supuestos, los requerimientos se han saldado en general con el silencio de la entidad emisora de la disposición con rango inferior a la ley o con su negativa expresa a actuar en la línea propuesta por la autoridad de competencia, ratificándose en su postura y forzando por tanto la vía judicial. Como excepción, cabe señalar un caso¹³ reciente —instrucciones de contratación de la Generalitat— que ha terminado exitosamente para ambas partes con la modificación de la disposición cuestionada sin necesidad de que se haya producido un pronunciamiento judicial sobre el fondo del asunto.

Cabe destacar, respecto de la actividad impugnatoria de la CNMC —y previamente de la CNC—, que se realiza siempre conscientemente un elevado esfuerzo por utilizar de manera conjunta y coordinada, generalmente de forma secuencial, varios instrumentos de promoción de la competencia. El empleo bien engarzado de estos instrumentos contribuye más eficazmente a la eliminación del ordenamiento jurídico de actos y normas que restringen innecesariamente la competencia en los mercados. Así, el recurso a la legitimación activa suele ser en general el último instrumento, solo si fallan las otras vías de promoción de la competencia que han ido avisando a las administraciones, de forma pública y motivada, de la nocividad del artículo o los artículos de la norma introducida en el ordenamiento o del acto administrativo realizado.

Así, por ejemplo, en relación con las concesiones de autobuses, antes de plantear los recursos se elaboró un informe¹⁴ sobre la cuestión y, más recientemente, en materia de viviendas de uso turístico y transporte urbano de viajeros, las impugnaciones han coincidido en el tiempo con los trabajos de elaboración de un estudio de mercado en materia de economía colaborativa¹⁵ que, aunque aún no ha sido aprobado por el Consejo de la CNMC, ha proporcionado información relevante respecto del mercado y sus características.

En 2015 y 2016 se han producido varios pronunciamientos judiciales de enorme relevancia en materia de legitimación activa, entre los que se cuentan tres sentencias del TS —dos de ellas resuelven definitivamente a favor de la CNMC los asuntos referidos a las prórrogas de las concesiones de autobuses de Galicia y Valencia y una tercera devuelve al TSJ de Cataluña las actuaciones sobre las instrucciones de contratación de la Generalitat para que se pronuncie sobre el fondo— y una sentencia del TSJ de Madrid en relación con la normativa autonómica sobre apartamentos turísticos, recurrida por la CNMC en 2015.

También en estos dos últimos años se ha llevado a cabo una intensa actividad impugnatoria de la CNMC sobre la base del art. 5.4 que, si bien aún

¹³ Instrucciones de contratación de la Generalitat de Catalunya.

¹⁴ «Informe sobre las prórrogas de las concesiones interurbanas de transporte de viajeros en autobús de titularidad autonómica», CNC, 2008.

¹⁵ Conclusiones preliminares sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa, CNMC (marzo 2016).

no ha sido objeto de pronunciamiento judicial, marca la línea de la institución en materia de economía colaborativa —alojamientos turísticos y transporte urbano— y de distribución comercial. En ellos se ha incorporado un nuevo instrumento que entendemos que puede resultar de gran utilidad para que los órganos jurisdiccionales puedan cuantificar el coste de las medidas atacadas por la CNMC, en ocasiones muy elevado: los informes periciales elaborados por la Subdirección de Análisis Económico de la CNMC, que se pueden consultar para cada uno de estos expedientes —y para algunos de Unidad de Mercado también— en la web¹⁶ de la institución.

Dedicaremos las próximas páginas a ambas cuestiones. Para mayor facilidad de la exposición dedicaremos un primer subapartado a los pronunciamientos judiciales y un segundo subapartado a las nuevas impugnaciones de la CNMC.

A. PRONUNCIAMIENTOS JURISDICCIONALES

Tal y como se ha indicado anteriormente, en 2015 y 2016 se han producido varios pronunciamientos judiciales de indudable relevancia. Cabe destacar que en general, ya sea en el correspondiente TSJ o en el TS, se han aceptado las pretensiones de la CNMC, fortaleciendo el papel y lugar de la competencia en la regulación y coadyuvando a una regulación más eficiente. Las sentencias, además de pronunciarse sobre el fondo del asunto, han incidido sobre la naturaleza y el alcance de la legitimación activa de la CNMC.

Aplicaremos a la exposición un criterio temporal. Nos referiremos en primer lugar a la STS de 14 de diciembre de 2015, sobre las instrucciones de contratación de la Generalitat de Catalunya; en segundo lugar, a las dos SSTS de 14 de marzo de 2016, sobre las prórrogas de concesiones de autobuses urbanos en Galicia y Valencia; en tercer lugar, trataremos de extraer las principales implicaciones de la Sentencia del TSJ de Madrid, de 31 de mayo de 2016, en relación con la normativa de apartamentos turísticos de la Comunidad de Madrid.

a) *Instrucciones de contratación de la Generalitat de Catalunya*

El 9 de enero de 2014 se aprobaron, por parte de la Generalitat de Catalunya, las *Instrucciones de contratación de la Directora de la Oficina de Supervisión y Evaluación de la Contratación Pública de la Generalitat de Catalunya para el incremento de la transparencia y la optimización de aspectos de los procedimientos de contratación pública* (Instrucciones 1/2014, de 9 de enero).

¹⁶ Pueden consultarse los informes económicos de la Subdirección de Análisis Económico de la CNMC en el siguiente enlace: <https://www.cnmc.es/es-es/promoci%C3%B3n/informesecon%C3%B3micosenlegitimaci%C3%B3nactiva.aspx>.

Tras su análisis, la CNMC instó a la Generalitat a modificar uno de sus puntos, concretamente el 3.9, cuyo tenor literal es el siguiente: «Criterios de valoración: De acuerdo con la legislación vigente, se preverá entre los criterios de valoración de las proposiciones contractuales el de proximidad de las delegaciones o estructuras de gestión de las empresas licitadoras cuando este hecho tenga una relación directa con el objeto del contrato y pueda repercutir en una mayor eficiencia o satisfacción en el logro del objeto contractual». La CNMC advirtió de que la mención a la proximidad, desde un punto de vista geográfico, como criterio de valoración tanto de una oferta como de un ofertante, era restrictiva de la competencia, por representar una barrera de entrada a los operadores, e infringía la normativa de contratación pública tanto nacional como de la UE. En efecto, el establecimiento de requisitos territoriales supone una vulneración de los principios generales de no discriminación, igualdad de trato y libre concurrencia.

En mayo de 2014 el Consejo de la CNMC resolvió interponer recurso contencioso-administrativo contra el apartado 3.9 de la Instrucción en cuestión, que fue inadmitido por el TSJ de Cataluña mediante Auto el 10 de diciembre de 2014, al entender que las instrucciones no eran una norma con efectos *ad extra* y no eran, por tanto, impugnables. La Sala consideró que cualquier instrucción es equivalente a una orden de servicio por la cual los órganos administrativos dirigen las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes, careciendo de efectos *ad extra*. A juicio del TSJ, lo único impugnable serían los pliegos (inspirados por esas instrucciones), que sí tienen efectos sobre los licitadores.

El Auto fue recurrido ante el TS, que dictó Sentencia el 14 de diciembre de 2015¹⁷, casándolo, anulándolo y acordando devolver las actuaciones al TSJ, al considerar que la admisibilidad del recurso estaba en el caso en cuestión muy ligada a las cuestiones de fondo y que, por tanto, no cabía dilucidarla en un trámite de alegaciones previas¹⁸.

Finalmente, y sin necesidad de pronunciamiento sobre el fondo por parte del TSJ, la Generalitat de Catalunya ha eliminado recientemente la referencia a la proximidad. Actualmente existe una nueva Instrucción¹⁹, la 2/2016, de 19 de abril, que aun sin consolidar el documento inicial, sí que suprime expresamente el controvertido punto 3.9.

¹⁷ <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=match=TS&reference=7563360&links=Catalunya&optimize=20151228&publicinterface=true>.

¹⁸ «Estimamos que la Sala de Instancia no se ha limitado en este auto a examinar los requisitos procesales que pueden determinar la inadmisibilidad del recurso, sino que también se ha pronunciado sobre las cuestiones de fondo que plantea el recurso contencioso administrativo, como el contenido de la cláusula de la Instrucción impugnada, la interpretación y alcance de sus determinaciones y si las mismas innovan o no el ordenamiento en materia de contratación administrativa, sin que sea posible examinar en este trámite de alegaciones previas la admisibilidad del recurso cuando esté íntimamente ligada a la cuestión de fondo, como ocurre en el presente caso» (STS de 14 diciembre de 2015, Sala de lo Contencioso Administrativo).

¹⁹ http://exteriors.gencat.cat/web/ca/ambits-dactuacio/contractacio-publica/direccio-general-de-contractacio-publica-/content/osacp/regulacio_i_criteris_contractacio/acords/Instruccio-2_2016.pdf.

Si bien sería conveniente que además de la Instrucción referida se publicara un documento consolidado en el que figurara la redacción definitiva de las instrucciones de contratación, entendemos que la modificación de dicha Instrucción es un doble logro: no solo se ha permitido la remoción de un obstáculo a la competencia derivado de la imposición de un requisito desproporcionado e innecesario, sino que se ha reforzado, mediante su uso adecuado, la figura del art. 5.4 sin aumentar de modo innecesario la litigiosidad.

b) *Concesiones de autobuses en la Comunidad Valenciana y Galicia*

Aunque existen puntos en común entre los dos supuestos (Comunidad Valenciana y Galicia), cada uno debe ser considerado separadamente, sobre todo porque las resoluciones judiciales fueron distintas en uno y otro caso, y ha sido en sede del TS en donde se ha unificado el criterio.

La utilización de la concesión para la explotación de las líneas de transporte público regular de viajeros por carretera supone otorgar un monopolio para el concesionario, durante un periodo dilatado en el tiempo, con evidentes repercusiones en la competencia.

La doctrina en general y la CNMC en particular han sostenido que en tales ocasiones la competencia no se produce de manera permanente («en el mercado»), sino en el momento de la licitación de la concesión («competencia por el mercado»), con lo que deviene crucial asegurar la efectiva competencia de operadores en dicha fase. Además, los largos plazos de vigencia de las concesiones y su prórroga avalan la perdurabilidad de un monopolio y cierran la posibilidad a otros candidatos de pugnar por un lugar en ese mercado. Es importante, en consecuencia, que en la fase de ideación y adjudicación de la concesión, momento en que los distintos operadores interesados en el mercado tienen interés y opciones por competir (competencia «por el mercado»), se ofrezca un marco de actuación transparente, previsible y exento de utilización de mecanismos que debiliten aún más las posibilidades de generar competencia.

Precisamente por la relevancia de las concesiones de transporte y por las posibles dificultades de la competencia en el sector, la CNC acometió la elaboración de un informe sobre concesiones de transporte y sus prórrogas²⁰, que las analizó desde el prisma de los criterios de necesidad, proporcionalidad, transparencia y flexibilidad. Este informe contribuyó de manera sustancial a detectar los problemas en el sector y la posterior impugnación, con éxito, de las prórrogas de Valencia y Galicia, en lo que constituyó una estrategia coherente y coordinada de promoción de la competencia.

²⁰ Los efectos restrictivos de la competencia de estos mecanismos de ampliación de plazo concesional, así como sus posibles consecuencias jurídicas, han sido desarrollados por la CNC en su «Informe sobre las prórrogas de las concesiones interurbanas de transporte de viajeros en autobús de titularidad autonómica», de 2008, que se puede consultar en su página web.

a.1) Comunidad Valenciana

La Ley 16/2008, de 22 de diciembre, de Medidas Fiscales, de Gestión Administrativa y Financiera y de Organización de la Generalitat Valenciana establecía en su art. 83.2 que los ya concesionarios podían presentar planes de modernización de sus concesiones y que la Consejería competente en materia de transporte, analizados dichos planes de modernización, podría prorrogar las concesiones objeto de dichos planes, con una fecha tope que no rebasaría el 31 de diciembre de 2023.

Posteriormente, el Decreto 24/2010, de 29 de enero, del Consejo Insular, relativo al plan de modernización de las concesiones de transporte público regular permanente de viajeros por carretera, desarrolló dicho art. 83, posibilitando la convalidación y consecuente prórroga de las concesiones. El Decreto afectaba a las 72 concesiones vigentes en la Comunidad Valenciana y dejaba abierta la puerta a una prórroga general y automática de todas las concesiones de servicios de transporte si se presentaba un plan de modernización en los términos recogidos en el Decreto.

La CNC entendió que en el Decreto concurrían vicios que justificaban su impugnación en sede contencioso-administrativa sobre la base del art. 12.3 de la LDC y, tras formular un requerimiento previo de anulación que no fue atendido, interpuso recurso contencioso-administrativo²¹, ante el TSJ de la Comunidad Valenciana.

La STSJ²², dictada en 2012, y favorable a las tesis de la CNC, que estimó en todos sus extremos, es interesante desde varios ángulos:

- En primer lugar, porque realiza una reflexión sobre la propia naturaleza de la legitimación activa de la autoridad de competencia, avalando completamente dicha facultad, incluso cuando se trata de atacar actos de ámbito territorial inferior al estatal. Para el tribunal no hay duda de que la CNC está legitimada para impugnar las decisiones de los poderes públicos, incluso de ámbito autonómico y local, que afecten a la competencia en los mercados, aun cuando existan organismos de ámbito autonómico de defensa de la competencia.
- En segundo lugar, porque asume que la prórroga de las concesiones constituye una restricción al funcionamiento competitivo de los mercados y estima necesario que se especifique una justificación del interés público protegido que legitima tal restricción; el establecimiento de un nexo sólido entre el interés público protegido y la medida adoptada, así como una garantía de proporcionalidad que determine que la prórroga generalizada es la opción menos gravosa y no otra.

²¹ También otros operadores de transporte interpusieron recursos ante la misma jurisdicción, lo que se saldó con varias sentencias en el mismo sentido.

²² Sentencia núm. 568/12, de 22 de octubre, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

- En tercer lugar, la Sentencia hace propias las tesis de la CNC en cuanto a la primacía y el efecto directo del Reglamento 1370/2007, aceptando su plena vigencia a la fecha de aprobación del Decreto y la nulidad de las cláusulas del mismo dictadas en oposición a lo dispuesto por la norma comunitaria.

La Generalitat Valenciana recurrió en casación y finalmente el TS dictó sentencia en 2016²³, ratificando lo establecido en su día por el TSJCV y desestimando la casación. Los puntos esenciales de la sentencia del TS coinciden en lo esencial con la sentencia ratificada. Así sucede en lo referente a la ausencia de conflicto con el ámbito competencial autonómico de la legitimación para recurrir normas de ámbito autonómico y local aun cuando existan organismos autonómicos legitimados para ello²⁴, como en la contravención del Reglamento 1370/2007 por las prórrogas establecidas en el Decreto.

a.2) Prórroga de concesiones en Galicia

Muy similar en el supuesto de hecho y muy cercano en el tiempo al que acabamos de reseñar, se encuentra el caso de la prórroga de concesiones de transporte público de pasajeros en Galicia. Ello tiene que ver con el hecho de que, como bien señaló la STS que pone fin al procedimiento²⁵, al igual que en otras comunidades autónomas, ante la entrada en vigor del ya citado Reglamento comunitario 1370/2007, Galicia procedió a renovar las concesiones interurbanas dentro de su ámbito territorial.

La CNC consideró que, dentro del juego complejo²⁶ que se articulaba, de modo análogo al de Valencia, entre la Ley, la Resolución de desarrollo y el Reglamento de la UE, el texto que determinaba la existencia efectiva de las prórrogas de las concesiones era la Resolución de 26 de febrero de 2010 y no la Ley. En julio de 2010, la CNC interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Resolución ante el TSJ de Galicia, tras la inadmi-

²³ STS de 14 de marzo de 2016. Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección tercera. Recurso de casación núm. 1832/2013.

²⁴ «El hecho de que esta labor pueda ser asumida tanto por la Comisión Nacional de la Competencia como por el organismo autonómico correspondiente de defensa de la competencia no es más que un supuesto, como otros muchos, de competencias concurrentes en la defensa del Ordenamiento, que con independencia de la necesaria coordinación y cooperación institucional entre los organismos implicados, no presenta objeciones de inconstitucionalidad» (FJ IV).

²⁵ STS núm. 585/2016, de 14 de marzo, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección tercera.

²⁶ Así, la Ley 5/2009, de 26 de noviembre, de medidas urgentes para la modernización del sector del transporte público de Galicia, aprobó las bases del Plan de modernización de las concesiones de transporte público regular permanente de viajeros de uso general por carretera de la comunidad autónoma. Posteriormente, la Resolución de 26 de febrero de 2010, de la Dirección General de Movilidad, por la que se aprueba el Plan de modernización de las concesiones de transporte público regular permanente de personas de uso general por carretera de Galicia, desarrollaba la Ley en lo relativo al conjunto de medidas que debían cumplirse, concretándolas en relación con cada uno de los ámbitos que la ley apuntaba. Al igual que en el caso valenciano, entre la aprobación de la Ley y de la Resolución se produce la entrada en vigor del Reglamento 1370/2007, que no permitía las prórrogas de las concesiones vigentes y simplemente respetaba su vigencia, dentro de determinados parámetros.

sión por parte de la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Galicia del requerimiento previo formulado, con argumentos muy similares a los esgrimidos para las prórrogas de concesiones de transportes de la Comunidad Valenciana.

El Tribunal falló²⁷ en contra de la pretensión de la CNC, al entender que la CNC no estaba recurriendo en realidad la Resolución, sino la propia Ley 5/2009, de 26 de noviembre, ya que esta era la que ponía en marcha el régimen de prórrogas. Al considerar que la impugnación de normas de rango legal quedaba fuera de la habilitación del art. 12.3 de la LDC, desestimó directamente la demanda sin entrar a conocer los argumentos de fondo. De este modo, la CNC interpuso recurso de casación en mayo de 2012.

En su Sentencia²⁸, el TS, que ya había resuelto anteriormente²⁹ la cuestión de fondo, declarando la incompatibilidad de prórrogas a las concesiones de transporte público por carretera más allá de los diez años en total, estimó el recurso de casación interpuesto por la CNC y determinó que las resoluciones que declaraban las prórrogas, otorgando a las concesiones una duración superior a los diez años, resultaban contrarias a derecho por infringir el art. 4.3 del Reglamento UE 1370/2007, de 23 de octubre.

Tiene especial relevancia el hecho de que el TS avaló la postura de la CNC³⁰, defendiendo que por más que fuera la ley la que estableciera la posibilidad de prórroga, esta estaba condicionada a la aprobación de los ulteriores planes de modernización, que eran los que activaban aquella y sin los cuales las prórrogas no tenían razón de ser.

En cuanto a la vigencia y aplicabilidad del Reglamento 1370/2007, el TS recalca que, si bien la ley autonómica era anterior, la resolución impugnada era posterior a la entrada en vigor del reglamento comunitario, que le era plenamente de aplicación.

c) *Viviendas turísticas en Madrid*

Al amparo de su facultad de legitimación activa, la CNMC formuló en octubre de 2014 un requerimiento previo sobre el Decreto 79/2014, de 10

²⁷ STSJ de Galicia núm. 516/2012, de 24 de mayo, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección segunda.

²⁸ STS de 14 de marzo de 2016 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección tercera. Recurso de casación núm. 3718/2012.

²⁹ Sentencia de 1 de octubre de 2014 (RC 2437/2013) y Sentencias de 15 de febrero (RC 2999/2013) y de 14 de marzo de 2016 (RC 1832/2013), que ratificaban al TSJ valenciano al anular el Decreto 24/2010 de la Comunidad Valenciana.

³⁰ «Resulta incontestable que aunque sea la Ley la que prevé la existencia y la directa aplicabilidad de la prórroga, esta no se produce hasta tanto no se dicte la resolución de aprobación del plan de modernización que desarrolla las bases contempladas en el anexo de la propia Ley. En consecuencia la previsión de la prórroga efectuada por la Ley queda sin aplicación alguna en tanto no se apruebe el plan de modernización. Por tanto, es la resolución que aprueba dicho plan la que, sin necesidad de un ulterior acto administrativo, determina la eficacia de la susodicha prórroga. En consecuencia, la alegada contravención de lo dispuesto en el artículo 4 del Reglamento comunitario invocado respecto a la duración máxima de las concesiones como consecuencia de la prórroga se debe a la resolución que la hace efectiva, y no a la previsión genérica de la misma contemplada en la Ley».

de julio, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid, como susceptible de imponer obstáculos a la libre competencia.

Si bien tras un proceso de diálogo intenso con la Comunidad de Madrid, varias de las restricciones detectadas fueron eliminadas, se mantuvieron las que eran calificadas como más graves: la necesidad de aportar un plano de la vivienda visado por un arquitecto o arquitecto técnico, la fijación de la estancia mínima en cinco días y la obligatoriedad de la inscripción en un registro administrativo *ad hoc* para llevar a cabo la actividad.

En ese mismo mes, la CNMC interpuso recurso ante el TSJ de Madrid, aunque exclusivamente contra el art. 17.3 del Decreto de la Comunidad de Madrid, a tenor del cual las viviendas de uso turístico no podrían contratarse por un periodo inferior a cinco días. Los otros dos requisitos considerados restricciones graves por la CNMC fueron objeto de recurso³¹ por otros interesados, sin éxito.

La Sentencia de 31 de mayo de 2016 del TSJ de Madrid³² estimó íntegramente el recurso de la CNMC y lo hace sobre la base de los argumentos de aquella:

- Las restricciones solo pueden imponerse cuando concurra una razón imperiosa de interés general, tal y como se entiende en la jurisprudencia del TJUE, y tal razón de interés general debe recogerse en la norma a modo de justificación de la medida restrictiva adoptada.
- La medida, a su vez, no puede ser completamente ajena al interés general que se pretende proteger, en el sentido de que debe ser adecuada para tal fin, con una incidencia real sobre el bien jurídico protegido.
- No debe ser posible alcanzar la finalidad pretendida a través de medidas menos restrictivas de la competencia ni menos gravosas para los operadores.

Con base en estos pilares, el argumento del TSJ de Madrid sigue el *iter* siguiente:

Los fines perseguidos por el Decreto son el control de la sobreoferta descontrolada, el fin del intrusismo y de la competencia desleal, la evitación de la opacidad fiscal y la protección de los derechos de los consumidores y usuarios. De todos ellos, tan solo los dos últimos podrían considerarse razones imperiosas de interés general de acuerdo con la Directiva de Servicios. De hecho, el control de la sobreoferta es un objetivo prohibido como tal por la normativa de libre circulación de servicios. Además, la persecución del

³¹ El recurso de la asociación Aloja Madrid abarcaba no solo la duración mínima de estancia, sino también los dos otros puntos mayores de la restricción, esto es, la obligatoriedad de aportar un plan de la vivienda realizado por un técnico y visado por su colegio profesional y la imposición de la inscripción en un registro administrativo *ad hoc* para llevar a cabo la actividad y la STSJ de Madrid núm. 292/2016 de 31 de mayo, que resolvía dicho recurso se emitió el mismo día que la que estimaba la demanda de la CNMC, sin estimar estos dos puntos adicionales.

³² Sentencia 291/2016, de la Sala de lo Contencioso del TSJ de Madrid, de 31 de mayo de 2016.

intrusismo y la competencia desleal son ya objeto de protección por parte de otra normativa.

Siendo tan solo reconducibles al concepto de razón imperiosa de interés general, en última instancia, los dos últimos fines —protección de los consumidores y lucha contra la opacidad fiscal—, el TSJ constata desconexión de la medida adoptada —la fijación de una estancia mínima de cinco días— con cualquiera de ambos fines, y su incapacidad real para contribuir a su mejor protección, y termina por anular dicho precepto.

Este fallo es especialmente relevante para la CNMC, porque es el primero que se pronuncia sobre la incidencia en la competencia de las nuevas normativas autonómicas reguladoras de las viviendas de uso turístico surgidas a raíz de la reforma³³ en 2013 de la Ley de Arrendamientos Urbanos en esta materia.

B. ACTIVIDAD IMPUGNATORIA RECIENTE DE LA CNMC PENDIENTE DE RESOLUCIÓN JUDICIAL

a) *Viviendas turísticas en Canarias*

El Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias, introduce una nueva regulación en las viviendas vacacionales en la Comunidad Autónoma de Canarias. Estas viviendas venían conformando la denominada oferta de alojamiento no reglado y carecían de regulación específica hasta la aprobación de dicho Decreto.

El 23 de julio de 2015 la CNMC notificó al Gobierno de Canarias un requerimiento previo contra diversos artículos del Decreto, alegando la existencia de restricciones a la competencia efectiva en el mercado de viviendas turísticas que no cumplían con los parámetros de necesidad y proporcionalidad, que elevaban injustificadamente los costes de entrada en el mercado, reducían el número de competidores y los incentivos a que hubiera precios más eficientes y competitivos para los usuarios y daban la espalda a una tendencia imparable y a un nuevo modelo insertado en la economía colaborativa³⁴. Entre ellas destaca la exclusión de la aplicación del Decreto a

³³ La Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, introdujo el inciso *e*) en el art. 5 —Arrendamientos excluidos— de la Ley de Arrendamientos Urbanos, por el quedan excluidas del régimen general de arrendamientos urbanos, las viviendas turísticas si hay regulación sectorial autonómica: «La cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial».

³⁴ A este respecto, la CNMC ya se había pronunciado en el *IPN/CNMC/007/15 Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento de las Viviendas de uso Turístico en Aragón* señalando que la oferta de nuevos productos y servicios en el mercado de alojamiento turístico conlleva importantes beneficios desde el punto de vista de la promoción de la competencia y la regulación económica eficiente toda vez que: i) supone una mayor oferta para el consumidor; ii) constituye una asignación más eficiente de los recursos infrautilizados; iii) genera externalidades positivas —como las medioam-

las viviendas turísticas situadas en zonas reservadas al uso turístico por la planificación urbanística, lo que impide, en la práctica, que las viviendas turísticas se sitúen en zonas dedicadas a tal uso³⁵.

Ante la falta de modificación de la norma en cuestión, se interpuso recurso contencioso-administrativo el 3 de noviembre de 2015. El 17 de mayo de 2016 se remitió informe pericial de la Subdirección de Análisis Económico³⁶. El último trámite de que se tiene constancia es la inadmisión de las medidas cautelares solicitadas por el Abogado del Estado en representación de la CNMC, comunicada el 20 de julio de 2016, sin que hasta la fecha haya recaído resolución jurisdiccional. Es de esperar, no obstante, que la sentencia del TSJ de Madrid ya analizada y la importancia otorgada por ella a los principios de necesidad y proporcionalidad en el ámbito de la regulación de la vivienda turística sea tenida en cuenta por el TSJ de Canarias.

b) *Ordenación del taxi en Málaga y Córdoba*

El 23 de julio de 2015, la CNMC notificó a los Ayuntamientos de Córdoba y Málaga sendos requerimientos previos contra diversos artículos de las Ordenanzas municipales del servicio del taxi, publicadas en los correspondientes boletines provinciales, sobre la base de la existencia de restricciones a la competencia efectiva que no cumplían con los parámetros de necesidad y proporcionalidad: *numerus clausus*, tarifas fijas, excesivos requerimientos de calidad o limitaciones a la potestad de autoorganización empresarial. Tales Ordenanzas se encuadran dentro del marco establecido para los transportes urbanos y metropolitanos de viajeros por la Junta de Andalucía en la Ley 2/2003, de 12 de mayo, de ordenación de los transportes urbanos y metropolitanos de viajeros en Andalucía, y, sobre todo, en el Decreto 35/2012, de 21 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Transporte Público de Viajeros y Viajeras en Automóviles de Turismo.

Según la CNMC, las ordenanzas contenían previsiones que ponían en riesgo la libertad de empresa y la potestad de autoorganización del empresario oferente del servicio de taxi, con repercusiones finales en la prestación eficiente y competitiva del servicio. Además imponían mayores cargas a los agentes económicos y prescindían del nexo causal que debe existir entre la restricción y el objetivo perseguido.

bientales— a crear un modelo de consumo basado más en el uso y no en la propiedad; iv) reduce los costes de transacción y los problemas de información asimétrica gracias a los sistemas de reputación; v) promueve la innovación; vi) propicia una posible reducción de precios y márgenes; vii) produce efectos favorables para la competencia entre los operadores tradicionales incumbentes a los que se les obliga a innovar y a reducir sus márgenes y precios.

³⁵ Esta restricción era de alcance porque podía suponer excluir entre el 75 y el 90 por 100 del total de las viviendas vacacionales alquilables, según estimaciones no oficiales.

³⁶ *Informe Económico sobre el Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las Viviendas Vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias —LA/03/15—*.

Ante la falta de modificación de las normas en cuestión, el 3 de noviembre de 2015 se interpusieron sendos recursos contenciosos administrativos ante el TSJ de Andalucía, que siguen su curso sin que hasta la fecha haya recaído sobre ellos resolución judicial. Se ha sustanciado la demanda y se ha celebrado la prueba pericial, con la presentación del subdirector de Análisis Económico, en sede judicial, de las conclusiones de los estudios realizados sobre los efectos económicos de las restricciones impuestas por las ordenanzas de taxi de ambas ciudades³⁷. Ambos informes, utilizando técnicas cuantitativas, calculan una pérdida de bienestar anual de los consumidores ocasionada por los límites cuantitativos y las restricciones de precio en los servicios de taxi que sitúan por encima de los cuatro millones de euros para Málaga y de dos millones y medio para Córdoba.

Estos dos supuestos ponen en el punto de mira la regulación de un sector que debe adaptarse y competir con los nuevos modelos de economía colaborativa. En efecto, la aprobación de esta normativa restrictiva se produce en un contexto mundial de innovación tecnológica en el sector del transporte terrestre de viajeros, que afecta tanto a los operadores ya instalados como a nuevos entrantes que prestan servicios de transporte a través de servicios *online* y de economía colaborativa. Las resistencias de adaptación del sector finalmente perjudican a consumidores y usuarios y reducen la capacidad de los operadores instalados para adaptarse y competir con modelos económicos. Además, limitan la posibilidad de mejorar la calidad de estos servicios, reducen la innovación en el sector y los incentivos a que haya precios más eficientes y competitivos para los usuarios.

c) *Recurso contra el Plan Director de Equipamientos Comerciales de las Islas Baleares*

Otro de los sectores en los que se ha desplegado la legitimación activa es el de las moratorias comerciales. El 29 de abril de 2016 la CNMC notificó al Consejo Insular de Mallorca un requerimiento previo contra el Acuerdo del Pleno del Consejo Insular de Mallorca, de aprobación definitiva de la Norma Territorial Cautelar previa a la formulación del Plan Director Sectorial de Equipamientos Comerciales de Mallorca³⁸.

La CNMC considera que la Norma Territorial Cautelar crea un obstáculo injustificado al mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de la distribución comercial en Mallorca, fundamentalmente porque impide la entrada de nuevos operadores y la expansión de los operadores instalados en el mercado de distribución comercial minorista en la isla de Mallorca. Para la CNMC, la medida adoptada por el Consejo Insular no

³⁷ *Informe económico sobre los límites cuantitativos y las restricciones a la competencia en precios en el sector del taxi de la ciudad de Córdoba* —LA/02/2015—.

Informe económico sobre los límites cuantitativos y las restricciones a la competencia en precios en el sector del taxi de la ciudad de Málaga —LA/03/2015—.

³⁸ <http://www.caib.es/eboibfront/es/2016/10456/576976/acuerdo-del-pleno-del-consejo-insular-de-mallorca->.

se encuentra justificada desde el punto de vista de su necesidad y proporcionalidad, sin que la alegada existencia de una razón imperiosa de interés general quede acreditada, y sin que se acredite tampoco el nexo causal entre la medida adoptada y la finalidad perseguida, ni la inexistencia de otros modos de alcanzarla menos restrictivos para la libertad individual y de empresa. La CNMC subraya, asimismo, que aunque se recojan en normativa de carácter urbanístico, se trata de restricciones a la actividad comercial susceptibles de vulnerar la normativa de competencia y de libre circulación de servicios, tal y como han indicado ya en varias ocasiones los órganos jurisdiccionales³⁹.

El 26 de julio de 2016 se presentó recurso contencioso-administrativo ante el TSJ de las Islas Baleares. El 30 de septiembre de 2016 se ha admitido a trámite el recurso por el órgano judicial y se ha requerido al Consejo Insular para que remita el expediente administrativo. Es de esperar que el pronunciamiento del TSJ de las Islas Baleares se alinee con la reciente jurisprudencia que recalca insistentemente que cualquier restricción a la competencia debe basarse en imperiosas razones de interés general, siempre ponderadas con arreglo a los principios de necesidad y proporcionalidad.

5. CONCLUSIONES

Como ha manifestado la propia CNMC en repetidas ocasiones, la razón de ser del art. 5.4 es facilitar una herramienta más, de gran potencia, dentro de las facultades de promoción (*advocacy*) que aquella ostenta, para que las Administraciones Públicas tengan ocasión de revisar sus actuaciones desde la perspectiva de la competencia y la regulación económica eficiente.

En este sentido, desde la CNMC se ha realizado un esfuerzo por utilizar de manera conjunta y coordinada los distintos instrumentos de promoción de la competencia, con el fin de contribuir eficazmente a la eliminación del ordenamiento de normas y actos que restringen innecesariamente la competencia en los mercados. Así ha sucedido, por ejemplo, con la elaboración de informes y estudios previos a la iniciación de expedientes de legitimación activa en materia de concesiones de autobuses y en economía colaborativa. Destaca también, a estos efectos, la incorporación en los últimos expedientes de legitimación activa de los informes periciales elaborados por la Subdirección de Análisis Económico de la CNMC.

³⁹ En este sentido tanto la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como del TS subrayan que no es admisible una planificación de los centros comerciales fundada en factores económicos, comerciales o de valoración de la competencia del mercado de establecimientos de distribución minorista u otras semejantes. Por el contrario, sí consideran adecuada una planificación basada en razones de ordenación territorial o medioambiental, aunque nunca al servicio de motivaciones económicas encubiertas. Por todas, STJUE de 4 de junio de 2002, Comisión contra Portugal, asunto C-367/98, Sentencia de 24 de marzo de 2011, asunto C-400/08, y, en idéntico sentido, la STS de 3 de septiembre de 2015, que ha declarado nulo el Plan Territorial Sectorial de Creación Pública de Suelo para Actividades Económicas y de Equipamientos Comerciales del País Vasco por ser contrario a la Directiva europea 2006/123/CE y contravenir la Ley 17/2009, de trasposición de aquella.

Singular importancia para el devenir de la legitimación activa del art. 5.4 de la LCCNMC tiene su correcta delimitación con la legitimación activa en defensa de la unidad de mercado. Así, frente a una decisión de la CNMC que en el marco del art. 27 de la LGUM es reglada y debe adoptarse en función de la existencia de una vulneración de la libertad de circulación y establecimiento, la legitimación activa del art 5.4 de la LCCNMC se configura como un instrumento selectivo de señalización, basado en criterios de oportunidad, dirigido a la defensa del interés general.

En cuanto a las características e implicaciones concretas de la jurisprudencia en materia de legitimación activa, aún queda mucho margen para concretar y decantar los mensajes fundamentales, dada la relativa juventud del instrumento y la prudencia de que la institución ha hecho gala en su utilización.

Así, destaca el hecho de que la capacidad de impugnación de la CNMC alcanza normas y actos de cualquier administración territorial, con independencia de que exista una autoridad de defensa de la competencia autonómica en el ámbito territorial mencionado, a la que normalmente se le comunica la impugnación por si quisiera sumarse. Siempre existe una legitimación activa de la autoridad nacional de defensa de la competencia concurrente con que pudiera tener la autoridad autonómica en su caso.

Igualmente relevante y común a la jurisprudencia examinada es la importancia atribuida a la correcta aplicación de los criterios de necesidad y proporcionalidad cuando se introduce una restricción al funcionamiento competitivo de los mercados, en consonancia con lo establecido en los arts. 129 y ss. de la Ley de Procedimiento Administrativo de las Administraciones Públicas. De conformidad con la normativa europea y nacional, los poderes públicos no están facultados para imponer, sin más, restricciones a las actividades económicas de los operadores.

En esta línea, los Tribunales vienen exigiendo tres elementos fundamentales para dar carta de naturaleza a las restricciones competitivas:

- En primer lugar, la justificación de la restricción sobre la base de una razón imperiosa de interés general (necesidad), que debe explicitarse en la memoria o en la exposición de motivos de la norma en cuestión.
- En segundo lugar, la adecuación de la restricción a la competencia introducida por la disposición o acto recurrido para proteger el bien jurídico a cuya protección dice dirigirse (nexo causal entre restricción y bien jurídico protegido).
- En tercer lugar, debe quedar probado que no existen otros modos de alcanzar la finalidad de la norma que fueran menos restrictivos para la libertad individual y de empresa (proporcionalidad).

En cualquier caso, consideramos que los últimos pronunciamientos judiciales han contribuido a fijar los límites de la intervención de los poderes públicos en la economía, y que reflejan un claro compromiso con los principios de necesidad, proporcionalidad y mínima restricción recogidos

en nuestro ordenamiento. Confiamos en que esta línea jurisprudencial se consolide en el futuro, muy especialmente en lo que se refiere a las impugnaciones todavía pendientes de fallo jurisdiccional.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ARGENTATI, A., y COCO, R. (2016): «Success rates of competition advocacy by Italian Competition Authority: analysis and perspectives», *Italian Antitrust Review*, núm. 1.
- CARPAGNANO, M. (2016): «The effects of competition advocacy on the pro-competitive regulation of the markets», *Italian Antitrust Review*, núm. 1.
- ESPINOSA GARCÍA, J., y CONTRERAS DELGADO DE COS, J. (2010): «Promoción de la competencia y ayudas públicas: el papel de la autoridad nacional de la competencia», *Anuario de la Competencia 2009*, Fundación ICO-UAB.
- GONZÁLEZ PANIZO, A. (2010): «Legitimación activa de la CNC para el ejercicio de acciones jurisdiccionales: objeto, motivos de impugnación y pretensiones ejercitables», *Anuario de la Competencia 2009*, Fundación ICO-UAB.
- GUILLÉN CARAMÉS, J. (dir.) (2011): *Derecho de la Competencia y Regulación en la Actividad de las Administraciones Públicas*, Thompson Reuters.
- (2013): *Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en Derecho de la Competencia*, Thomson Reuters.
- MUÑOZ MACHADO, S. (2014): «Sobre el restablecimiento legal de la unidad de mercado», *Revista Española Derecho Administrativo*.
- REBOLLO, M. (2014): «La libertad de empresa tras la Ley de garantía de la unidad de mercado», *Revista Española Derecho Administrativo*.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (2014): «Nuevas garantías de Derecho Administrativo», *Revista de Administración Pública*, Madrid, mayo-agosto.
- CNC (2008): *Informe sobre las prórrogas de las concesiones interurbanas de transporte de viajeros en autobús de titularidad autonómica*, Disponible en www.cnmc.es.
- CNMC (2015): *Informe económico sobre los límites cuantitativos y las restricciones a la competencia en precios en el sector del taxi de la ciudad de Córdoba*.
- *Informe económico sobre los límites cuantitativos y las restricciones a la competencia en precios en el sector del taxi de la ciudad de Málaga*.
- (2016): *Conclusiones preliminares sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa*, disponible en www.cnmc.es.
- CNMC: *Guía Práctica sobre impugnaciones del artículo 27 LGUM*, ICN Advocacy Working Group.
- ICN *Framework of Competition Assessment Regimes* (2015): Presented at the ICN 14th Annual Conference Sydney.
- UNCTAD (2015): *Research partnership platform. Competition law and the state. Volume 2: Appendix of sample statutory excerpts*.