

RESOLUCIÓN

Expte. SAMAD/03/16, ESTACIONAMIENTO REGULADO AYUNTAMIENTO DE MADRID

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar
D. Josep Maria Guinart Solà
D^a. Clotilde de la Higuera González
D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

Secretario del Consejo

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 28 de febrero de 2019

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (**CNMC**), con la composición expresada, ha dictado la siguiente resolución en el expediente SAMAD/03/16 ESTACIONAMIENTO REGULADO AYUNTAMIENTO DE MADRID, tramitado tras la denuncia formulada por EasyPark España S.L.U., por presuntas prácticas restrictivas de la competencia, constitutivas de abuso de posición de dominio, prohibidas por el artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia y realizadas por el Excmo. Ayuntamiento de Madrid, con relación al Contrato Integral de Movilidad-Movilidad Sostenible para la ciudad de Madrid.

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 26 de abril de 2016, se recibió en la CNMC escrito de denuncia presentado por EasyPark España S.L.U. (en adelante, EasyPark) contra el Ayuntamiento de Madrid (en adelante, el Ayuntamiento) como autoridad concedente del Contrato Integral de Movilidad-Movilidad Sostenible para la ciudad de Madrid (en adelante, el Contrato) por la posible existencia de conductas prohibidas por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, la LDC) en la licitación y contratación de la gestión en exclusiva del servicio de pago de los estacionamientos regulados mediante aplicación de tecnología móvil en el municipio de Madrid (folios 1 a 14).

La denuncia se dirigía además, solidariamente, contra las Uniones Temporales de Empresas (en adelante, UTEs) DEVAS y Madrid Sur Movilidad (en adelante, MSM), como concesionarias del Servicio de Estacionamiento regulado o SER del Contrato.

2. En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2.2 de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia (en adelante, la Ley 1/2002), la Dirección de Competencia de la CNMC y la Dirección General de Economía y Política Financiera de la Comunidad de Madrid (en adelante, la DGEPF) consideraron que los hechos objeto de análisis se circunscribían exclusivamente al ámbito territorial de la Comunidad de Madrid, siendo la DGEPF a quien correspondería la competencia para conocer del asunto. En consecuencia, la CNMC procedió a remitir a la DGEPF la documentación que obraba en su poder, siendo la última documentación del expediente enviada por la CNMC recibida por la DGEPF el 27 de junio de 2016.
3. Con fecha 5 de septiembre de 2016, la DGEPF formuló requerimientos de información (folios 15 a 41) al denunciante EasyPark, al Ayuntamiento y a las UTEs DEVAS y MSM.

Las contestaciones a los requerimientos mencionados fueron presentadas ante la DGEPF (folios 42 a 741) por el Ayuntamiento (el 22 de septiembre de 2016), por la UTE DEVAS (el 27 de septiembre de 2016), por EasyPark (el 4 de octubre de 2016) y por la UTE MSM (el 5 de octubre de 2016). Mediante providencia de 4 de octubre de 2016, la DGEPF, de conformidad con el artículo 42 de la LDC, declaró de oficio la confidencialidad parcial de la citada contestación al considerar que en ella hay datos confidenciales (folios 705 BIS a 711 del expediente).

4. Como consecuencia de las citadas contestaciones, con fecha de 11 de noviembre de 2016, la DGEPF formuló requerimientos de información a

Imesa/Api Movilidad, a Valoriza Servicios Medioambientales y a Electronic Trafic/Grupo Etra.

Las contestaciones a dichos requerimientos fueron presentadas ante la DGEPP (folios 783 a 822) por Api Movilidad (24 de noviembre), Valoriza (30 de noviembre de 2016) y Electronic Trafic (5 de diciembre de 2016).

5. Con fecha de 6 de febrero de 2017, de acuerdo con lo establecido en el artículo 49.1 de la LDC, la DGEPP acordó la incoación de expediente sancionador al Ayuntamiento por presuntas prácticas restrictivas de la competencia, constitutivas de abuso de posición de dominio, prohibidas por el artículo 2 de la LDC.
6. Con fecha de 27 de abril de 2017, la DGEPP ha acordado considerar como partes interesadas en el expediente sancionador incoado a las UTES DEVAS 1, DEVAS 2, MSM LOTE III y MSM LOTE IV, dado que su resolución podría afectar a derechos o intereses legítimos y directos titularidad de las citadas UTES como concesionarias y adjudicatarias de los lotes I a IV del Contrato, respectivamente.
7. El 4 de mayo de 2017, la DGEPP formuló Pliego de Concreción de Hechos (PCH), de conformidad con lo previsto en el artículo 50.3 de la LDC. En el mismo se concluía que la inclusión del pago del servicio de estacionamiento regulado por medio de aplicaciones móviles (apps) entre las prestaciones del Contrato, *“debe ser tipificado como explotación abusiva de la posición de dominio, previsto en el artículo 2 de la LDC”*, así como que *“de dicha conducta resulta responsable el Ayuntamiento”* (folio 1019).
8. El mismo día, 4 de mayo de 2017, se notificó el PCH a las UTES DEVAS 1, DEVAS 2, MSM LOTE III y MSM LOTE IV, así como al Ayuntamiento y a EasyPark, el 5 y el 8 de mayo de 2017, respectivamente, otorgándoles un plazo de quince días hábiles a partir del día siguiente a su notificación para presentar alegaciones y solicitar prueba.
9. Con fecha de 26 de mayo de 2017, las UTES MSM LOTE III y LOTE IV presentaron alegaciones al PCH, cuya confidencialidad fue descartada, tras requerimiento de la DGEPP, por escritos respectivos de ambas UTES presentados el 15 de junio de 2016, mientras que el 30 de mayo de 2017 el Ayuntamiento presentó sus alegaciones al PCH. Por otro parte, la DGEPP no recibió alegaciones al PCH de las UTES DEVAS 1 y DEVAS 2 y de EasyPark.
10. Con fecha 23 de junio de 2017, la DGEPP, de acuerdo con lo previsto en el artículo 33.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (en adelante, el RDC), acordó el cierre de la fase de instrucción, que fue notificado a EasyPark el 23 de junio

de 2017, a las UTES MSM Lote III, MSM LOTE IV, DEVAS 1 y DEVAS 2 el 26 de junio de 2018 y al Ayuntamiento el 27 de junio de 2018.

11. El 24 de julio de 2017, se dictó por la DGEPF propuesta de resolución, proponiendo que se declarase la existencia de una conducta de explotación abusiva de la posición de dominio, prohibida por el artículo 2 de la LDC, y, consecuentemente, la imposición al Ayuntamiento de la obligación de permitir a cualquier operador interesado prestar el servicio de pago por app del servicio del estacionamiento regulado en la ciudad de Madrid en igualdad de condiciones.
12. Con fecha de 9 agosto de 2017, EasyPark presentó alegaciones a la propuesta de resolución (folios 2046-2085), el 21 de agosto de 2017 se recibieron las presentadas por las UTES DEVAS 1 y DEVAS 2 (folios 2046-2085) y el 23 de agosto de 2017, las presentadas por el Ayuntamiento, que incluían una solicitud de terminación convencional del expediente sancionador.
13. Junto a sus alegaciones a la propuesta de resolución, EasyPark presentó también con fecha 9 de agosto una solicitud de adopción de medidas cautelares (folios 2046-2085), consistentes en que se le facilitara el acceso a la plataforma integral del Contrato y a los datos necesarios a partir de septiembre. De este modo el 1 de noviembre de 2017 podría iniciar su servicio en el ámbito del municipio de Madrid.

Estas medidas cautelares fueron desestimadas por acuerdo del Consejo de la CNMC, con fecha de 26 de octubre de 2017.

14. El 27 de septiembre de 2017, la DGEPF, al entender que la presentación de la solicitud de terminación convencional por el Ayuntamiento cumplía los requisitos necesarios, acordó el inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional del procedimiento sancionador y la suspensión del plazo máximo para resolver el procedimiento hasta la conclusión de la terminación convencional, requiriendo al Ayuntamiento para que presentase ante la DGEPF su propuesta de compromisos en el plazo máximo de tres meses a partir del día siguiente al de la recepción del citado acuerdo y la notificación del mismo a los interesados en el procedimiento sancionador.
15. El día 19 de diciembre de 2017, el Ayuntamiento presentó su propuesta de compromisos (en adelante, la Primera Propuesta de Compromisos) en la pieza separada de terminación convencional dentro del plazo concedido.

Esta Primera Propuesta de Compromisos fue trasladada al Consejo de la CNMC el 3 de enero de 2018, en cumplimiento del artículo 39.2 de la LDC, otorgando plazo para presentar las alegaciones que estimasen convenientes a las UTES MSM LOTE III, MSM LOTE IV, DEVAS 1 y DEVAS 2 y a EsyPark.

16. Una vez examinadas la primera Propuesta de Compromisos y las alegaciones formuladas a ella por los interesados, la DGEPF entendió que, los compromisos propuestos por el Ayuntamiento no resolvían adecuadamente los problemas de competencia detectados en el expediente.

En consecuencia, de conformidad con el artículo 39.3 del RDC, el 12 de marzo de 2018, la DGEPF efectuó un requerimiento al Ayuntamiento para que presentase ante la DGEPF nuevos compromisos de conformidad con las observaciones expuestas en dicho requerimiento y que, garantizando suficientemente el interés público, resolviesen los problemas de competencia detectados.

17. Con fecha de 23 de marzo de 2018, dentro del plazo concedido, el Ayuntamiento presentó una Segunda Propuesta de Compromisos que, en cumplimiento con el artículo 39.2 de la LDC fue comunicada al Consejo de la CNMC el 11 de abril de 2018. Esta segunda propuesta de compromisos también fue notificada a los interesados, para la presentación de las alegaciones oportunas.

18. La Dirección General de Sostenibilidad y Control Ambiental del Ayuntamiento de Madrid emitió resolución de 27 de marzo de 2018, por la que se dictan instrucciones sobre obligaciones y derechos de las concesionarias del SER del Contrato Integral de Movilidad en relación con el pago de la Tasa a través de aplicaciones de pago por móvil (publicada en el BOAM de 4 de abril de 2018).

19. El 20 de abril de 2018, EasyPark presentó solicitud de ampliación de plazo debido a que se encontraban en proceso de validación o integración con la plataforma de Madrid y cerrando la parte operativa contractual con las UTES de la zona regulada del SER sobre la base de los segundos compromisos de terminación convencional que había propuesto el Ayuntamiento. Esta solicitud fue concedida mediante acuerdo de 25 de abril de 2018, por un plazo adicional de 5 días hábiles.

20. Una vez examinada la Segunda Propuesta de Compromisos y las alegaciones a ella formuladas, la DGEPF consideró que los compromisos propuestos por el Ayuntamiento no permitían resolver adecuadamente los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente, sin que algunos garanticen suficientemente el respeto de los requisitos formales y procedimentales previstos en la LDC y el RDC para la terminación convencional del expediente.

En consecuencia, de conformidad con el artículo 39.3 y 12 del RDC, la DGEPF acordó el 22 de mayo de 2018 tener por desistido al Ayuntamiento en su petición de terminación convencional, ordenando la continuación de la tramitación del procedimiento sancionador, levantando la suspensión del plazo máximo de resolución y notificación.

21. El 11 de junio de 2018, fue formulada propuesta de sanción por la DGEPP, que fue notificada a los interesados los días 12 y 15 de junio de 2018 para que, en el plazo de quince días hábiles, formularan alegaciones a la propuesta de sanción que tuvieran por oportuno (folios 2287 a 2370).

Presentaron alegaciones a la citada propuesta de sanción EasyPark, las UTES DEVAS 1, DEVAS 2, MSM Lote III y MSM Lote IV y el Ayuntamiento (folios 2371 a 2482).

22. El 20 de julio de 2018, la DGEPP dictó Informe y Propuesta de Resolución del presente expediente, elevándolo al Consejo de la CNMC en cumplimiento del artículo 50.5 de la LDC y 34.2 del RDC. El mismo tuvo entrada en el registro de la CNMC el 23 de julio de 2018.

23. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y adoptó la presente resolución en su reunión de 28 de febrero de 2019.

II. LAS PARTES

1. EASY PARK S.L.U. (denunciante)

EasyPark, es una sociedad mercantil con domicilio en Barcelona, cuyo objeto social se refiere al ámbito de la tecnología y las aplicaciones para teléfonos móviles como un servicio de valor añadido a los sistemas de pago en las zonas de estacionamiento regulado.

2. El Ayuntamiento de Madrid

El Excelentísimo Ayuntamiento de Madrid es parte denunciada en este expediente, como autoridad concedente del Contrato Integral de Movilidad-Movilidad Sostenible para la ciudad de Madrid, y, en concreto, el Área de Gobierno de Medio ambiente y Movilidad, Dirección General de Sostenibilidad y Control Ambiental.

3. UTES DEVAS 1, DEVAS 2, MSM LOTE III Y MSM LOTE IV

Las Uniones Temporales de Empresas concesionarias del Servicio de Estacionamiento Regulado en Madrid, fueron también incluidas por EasyPark en su escrito de denuncia, si bien la DGEPP tan sólo las ha declarado partes interesadas en el expediente.

Las UTES DEVAS 1 y DEVAS 2 tienen su domicilio en Madrid. Ambas están integradas por las siguientes empresas:

- DORNIER, S.A.
- API MOVILIDAD, S.A.
- VINCI PARK SERVICIOS APARCAMIENTOS, S.A.
- SETEX APARKI, S.A.
- ELECTRONIC TRAFIC, S.A.

Las UTES MSM LOTE III y MSM LOTE IV tienen su domicilio en Madrid. Ambas están integradas por las siguientes empresas:

- ESTACIONAMIENTOS Y SERVICIOS, S.A.U.
- VALORIZA SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES, S.A.
- TEVASEÑAL, S.A.
- MONTAJES Y OBRAS, S.A.

III. ANÁLISIS DEL MERCADO

Las conductas objeto del presente expediente tienen lugar en la actividad de estacionamiento en el municipio de Madrid y, más concretamente, en el ámbito del estacionamiento regulado y del pago de su tasa a través de aplicación de pago por móvil.

1. Marco normativo

En relación con el marco normativo de los mercados afectados por las conductas, la DGEFP incluye en su Informe y Propuesta de Resolución la siguiente descripción.

1.1. Mercado de estacionamiento regulado

El artículo 25.2 de la Ley 7/1985, de Bases del Régimen Local (en adelante, la Ley 7/1985) establece que:

“El Municipio ejercerá en todo caso como competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias:

[...]

g) Tráfico, estacionamiento de vehículos y movilidad. Transporte colectivo urbano.”

Por su parte, el artículo 7 de la Ley de Tráfico, Circulación y Vehículos a Motor, aprobada por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, dispone que:

“Se atribuyen a los Municipios, en el ámbito de esta Ley, las siguientes competencias:

b) La regulación mediante Ordenanza Municipal de Circulación, de los usos de las vías urbanas, haciendo compatible la equitativa distribución de los aparcamientos entre todos los usuarios con la necesaria fluidez del tráfico rodado y con el uso peatonal de las calles, así como el establecimiento de medidas de estacionamiento limitado, con el fin de garantizar la rotación de los aparcamientos, prestando especial atención a las necesidades de las personas con

discapacidad que tienen reducida su movilidad y que utilizan vehículos, todo ello con el fin de favorecer su integración social.”

En el ámbito específico del municipio de Madrid, el artículo 39 de la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y Régimen Especial de Madrid (en adelante, la Ley 22/2006), en su artículo 39 relativo a la ordenación local del tráfico, establece que:

“El Ayuntamiento de Madrid regulará los distintos usos de las vías y los espacios públicos urbanos de tránsito y circulación de personas, animales y vehículos, así como dicho tránsito y circulación, con la finalidad de armonizar los distintos usos, incluidos el peatonal, el de circulación, el de estacionamiento, el deportivo y el lúdico, y hacerlos compatibles de forma equilibrada con la garantía de la seguridad vial, la movilidad y fluidez del tráfico, la protección del medio ambiente y la protección de la integridad de los espacios públicos y privados.”

Por su parte, el artículo 40 de la Ley 22/2006, relativo a las competencias en materia de seguridad vial, añade que:

“Corresponde al Ayuntamiento de Madrid la policía administrativa preventiva de la seguridad vial en toda clase de vías urbanas, incluyendo la ordenación, señalización y dirección del tráfico y el uso de las vías, la vigilancia y protección del mobiliario urbano público y las señales de ordenación de la circulación y la instrucción de atestados en caso de accidentes de circulación.

Esta competencia comprende, en todo caso:

La regulación y el control de cualesquiera de los usos de que sean susceptibles las vías y los espacios abiertos al tránsito de personas, animales y toda clase de vehículos y del tráfico y la circulación por ellos, garantizando, en todo caso, los derechos fundamentales de las personas.

La regulación comprende las señalización correspondiente; la limitación y, en su caso, restricción o prohibición de la circulación y el estacionamiento, cuando proceda de acuerdo con el ordenamiento jurídico.”

Con base en ello, el Ayuntamiento ha asumido como propia la prestación del servicio público de movilidad de la ciudad de Madrid (folio 52) y ha procedido a contratar la gestión de dicho servicio público, de modo que el Contrato abarca la movilidad de los vehículos que, a su vez, incluye el servicio de estacionamiento regulado (folio 53).

1.2. Mercado de pago de estacionamiento regulado

La ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago (en adelante, la Ley 16/2009), en vigor en el momento de aprobación de los pliegos del Contrato, incluye dentro de su ámbito de aplicación objetivo la ejecución de operaciones

de pago mediante dispositivos de telecomunicación, digitales o informáticos del siguiente modo:

“Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación.

2. Los servicios de pago que regula esta Ley son:

g) La ejecución de operaciones de pago en las que se transmita el consentimiento del ordenante a ejecutar una operación de pago mediante dispositivos de telecomunicación, digitales o informáticos y se realice el pago a través del operador de la red o sistema de telecomunicación o informático, que actúa únicamente como intermediario entre el usuario del servicio de pago y el prestador de bienes y servicios.”

No obstante, el artículo 3 j) de la Ley 16/2009 añade que una de las excepciones a su ámbito de aplicación lo constituyen:

“los servicios prestados por proveedores de servicios técnicos como soporte a la prestación de servicios de pago, sin que dichos proveedores lleguen a estar en ningún momento en posesión de los fondos que deban transferirse, incluidos el tratamiento y almacenamiento de datos, servicios de confianza y de protección de la intimidad, autenticación de datos y entidades, la tecnología de la información y el suministro de redes de comunicación, suministro y mantenimiento de terminales y dispositivos empleados para los servicios de pago.”

A ello añade el artículo 2 de la Ley 16/2009, para mayor clarificación, que:

“A los efectos de esta Ley, se entenderá por:

[...]

7. Ordenante: una persona física o jurídica titular de una cuenta de pago que autoriza una orden de pago a partir de dicha cuenta, o, en el caso de que exista una cuenta de pago, la persona física o jurídica que dicta una orden de pago; [...]

8. Beneficiario: una persona física o jurídica que sea el destinatario previsto de los fondos que hayan sido objeto de una operación de pago;

9. Proveedor de servicios de pago: los organismos públicos, entidades y empresas autorizadas para prestar servicios de pago en España o en cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea, se acojan o no a las excepciones previstas en el artículo 26 de la Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, sobre servicios de pago en el mercado interior, por la que se modifican las Directivas 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE y 2006/48/CE y por la que se deroga la Directiva 97/5/CE,

así como los de terceros países, que se dediquen profesionalmente a la prestación de servicios de pago;

10. Usuario de servicios de pago: una persona física o jurídica que haga uso de un servicio de pago, ya sea como un ordenante, como beneficiario o ambos. [...]

14. Cuenta de pago: una cuenta a nombre de uno o varios usuarios de servicios de pago que sea utilizada para la ejecución de operadores de pago; [...]

16. Orden de pago: toda instrucción cursada por un ordenante o beneficiario a su proveedor de servicios de pago por la que se solicite la ejecución de una operación de pago;”

Asimismo, con respecto a los sistemas de pago, la Ley 16/2009 recoge en su artículo 8 algunas obligaciones de acceso a los mismos:

“Artículo 8. Acceso a los sistemas de pago

1. Las normas de acceso a los sistemas de pago de los proveedores de servicios de pago autorizados que sean personas jurídicas serán objetivas, no discriminatorias y proporcionadas y no dificultarán el acceso más de lo que sea necesario para prevenir riesgos específicos, tales como riesgos de liquidación, riesgos operativos y riesgos de explotación, y garantizar la estabilidad operativa y financiera del sistema de pago.

En particular, los sistemas de pago no podrán imponer a los proveedores de servicios de pago, a los usuarios de servicios de pago o a otros sistemas de pago, ninguno de los requisitos siguientes:

a) normas que restrinjan la participación efectiva en otros sistemas de pago;

b) normas que discriminen entre los proveedores de servicios de pago registrados en relación con los derechos, obligaciones y facultades de los participantes; ni,

c) cualquier restricción basada en el estatuto institucional.”

Por otro lado, la principal normativa por la que podrían verse afectados los servicios de pago del estacionamiento regulado en la ciudad de Madrid parte del Reglamento General de la Circulación, aprobado por Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre. Este Reglamento que desarrolla la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, antes citada, señala que el régimen de parada y estacionamiento en vías urbanas se regulará por ordenanza municipal.

En concreto, la Ordenanza de Movilidad de la ciudad de Madrid, de 26 de septiembre de 2005, detalla cuáles son las normas de estacionamiento relativas a la identificación del pago para el servicio de estacionamiento:

“Art. 52. Autorización de estacionamiento.

[...]

2. *No residentes. La autorización de estacionamiento se obtendrá en un parquímetro o mediante los sistemas tecnológicos que a tal efecto se habiliten, mediante el pago de la tasa correspondiente, en los términos que se establecen en la presente Ordenanza y en la Ordenanza Fiscal Reguladora de la Tasa por Estacionamiento de Vehículos en determinadas Zonas de la Capital.”*

Similar previsión contiene la Ordenanza Fiscal reguladora de la tasa por estacionamiento de vehículos en determinadas zonas de la capital, de 9 de octubre de 2001, al señalar en su artículo 8.1 que “*el pago de la tasa deberá efectuarse a través de los parquímetros instalados en el barrio en que se produzca el estacionamiento o, en su caso, utilizando los medios telemáticos habilitados al efecto*”.

2. Caracterización del mercado: mercado de producto

De conformidad con el apartado 7 de la Comunicación de la Comisión de la Unión Europea a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa europea en materia de competencia¹, el mercado de producto de referencia comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables en razón de sus características, su precio o el uso que prevean hacer de ellos.

Desde el punto de vista del mercado de referencia del producto, la DGEPP distingue dos mercados diferentes: por un lado, el mercado del estacionamiento regulado y, por otro, el mercado de pago del estacionamiento regulado por medio de aplicaciones instaladas en teléfonos móviles (en adelante, Apps), que sería un mercado distinto del anterior, pero de bienes complementarios o conexo al servicio de estacionamiento regulado y estrechamente relacionado con éste.

Según el órgano instructor este mercado de pago del aparcamiento regulado por medio de Apps constituye un mercado diferente del mercado de aparcamiento regulado, pues los productos o servicios ofrecidos en ambos mercados no tienen sustituibilidad ni características homogéneas. Además existe una oferta comercial específica para el pago del aparcamiento regulado por medio de Apps, con varias empresas que ofrecen este servicio en el municipio de Madrid y en el resto de España, al margen, por tanto, de que tanto el servicio de estacionamiento regulado como el pago del aparcamiento regulado por medio de Apps hayan sido adjudicados al mismo concesionario.

¹ COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C 372/03), publicada en el Diario Oficial nº C372 de 09/12/1997.

2.1. Mercado de estacionamiento regulado

Con respecto a la delimitación del mercado de estacionamiento regulado la DGEPF parte de la resolución de la CNC de 20 de enero de 2010 (expediente C-0201/09, INTERPARKING/METROPARK), donde se examinó como sector afectado por la operación de concentración analizada el sector de gestión y explotación de aparcamientos de vehículos, distinguiendo la existencia de un mercado de establecimiento regulado diferenciado del mercado de aparcamientos de rotación:

“(22) En primer lugar, respecto a la gestión de zonas de estacionamiento regulado (ORA), en particular, el segmento de estacionamiento de no residentes, cabe reseñar que éstas presentan características que pueden llevarnos a considerarlas un mercado diferente al de la explotación de aparcamientos de rotación. Así, por el lado de la demanda, en el caso de los aparcamientos de rotación, se requiere la cesión durante un periodo de tiempo determinado (pudiendo llegar a ser, en todo caso, superior al de la ORA) de un espacio donde aparcar el vehículo y la custodia de los elementos inherentes al mismo, a cambio de un importe en función del tiempo. Por su parte, en el caso del establecimiento regulado en superficie el conductor obtiene el derecho a aparcar en la vía pública (por un periodo corto y limitado de tiempo) y la obligación de satisfacer una tasa establecida por ello, no siendo el vehículo objeto de prestación de servicio alguno de vigilancia o custodia. También debe considerarse que, en tanto que los aparcamientos rotatorios son de pago durante todo el periodo en que están abiertos (normalmente 24 horas), los estacionamientos en zona ORA devengan tasa únicamente durante determinadas horas de la jornada.

(23) Por el lado de la oferta, también existen diferencias notables. En primer lugar, la concesión de aparcamientos en rotación se realiza mediante contratos de gestión de obra pública, procediendo los ingresos de la aplicación de tarifas (fijadas en los pliegos de licitación) por tiempo de estacionamiento. La gestión de la ORA se realiza, por su parte, a través de contratos de gestión de servicios públicos, obteniendo los concesionarios los ingresos mediante un canon o cantidad fija, independientemente de la recaudación efectiva.

(24) Por ello, debe concluirse que la explotación de estacionamientos regulados en vía pública (ORA) no pertenece al mismo mercado que la explotación de aparcamientos de rotación.”

Siguiendo este precedente, la DGEPF considera la existencia de un mercado propio de estacionamiento regulado y describe este servicio de estacionamiento regulado (SER) en la ciudad de Madrid de conformidad con lo dispuesto en el Título V (artículos 63 a 70) de la Ordenanza de Movilidad de la Ciudad de Madrid, de 26 de septiembre de 2005 (en adelante, la Ordenanza) sin realizar un nuevo análisis del mismo. De este modo se limita a señalar que el SER se configura

como instrumento para la asignación de un recurso escaso como es el espacio de estacionamiento de vehículos en vía pública, promoviendo la adecuada rotación, así como una herramienta para impulsar la movilidad sostenible al integrar consideraciones de sostenibilidad en los criterios de asignación, y tiene por objeto la gestión, regulación y control del estacionamiento de vehículos en determinadas zonas y plazas de la vía pública en la ciudad de Madrid, con la finalidad de racionalizar y compatibilizar el uso del espacio público y el estacionamiento de vehículos.

Por todo ello, la Sala considera que la definición del mercado debe dejarse abierta sin poder alcanzar una delimitación precisa, sin que esto afecte a las conclusiones del análisis dado que, incluso en la definición más estrecha adoptada por la DGEPF, no existiría conducta de abuso en los términos señalados en la propuesta.

2.2. Mercado de pago del estacionamiento regulado mediante Apps.

Los servicios de pago mediante Apps de las tasas por la utilización del servicio de estacionamiento regulado, son sistemas de pago sustitutos de otros medios de pago más tradicionales, como las tarjetas de crédito, para lo que emplean dispositivos como el teléfono móvil o relojes inteligentes. El pago por medio de Apps puede tener varias finalidades, desde realizar pagos en comercios hasta pagar el metro, el autobús o el estacionamiento del vehículo.

Así pues, para delimitar el mercado de servicio de pago del estacionamiento regulado mediante App, la DGEPF acude a la Ley 16/2009, anteriormente examinada. Según la DGEPF el propio articulado de la Ley 16/2009 parece indicar que la prestación de servicio de pago por App del estacionamiento regulado podría no encajar en los servicios de pago regulados en la norma, salvo que la App para el pago pudiera ser calificada como prestadora de servicios de pago según el artículo 2 de la citada ley, función que habría de corresponder a la entidad bancaria cuya cuenta se utilice para efectuar el pago por App.

No obstante, aunque la prestación de servicio de pago del estacionamiento regulado por la App no se incluyera dentro del objeto de aplicación de la Ley 16/2009, para la DGEPF sí podría considerarse entre los servicios excluidos de dicha ley. En todo caso, según el órgano instructor, se trata de un servicio prestado por proveedores de servicio técnicos, diferenciado del servicio de estacionamiento regulado.

Además, como señala la DGEPF, incluso sin tener en cuenta lo dispuesto en la Ley 16/2009, concurren otros elementos que permiten sostener que el pago por App del estacionamiento regulado constituye un mercado en la ciudad de Madrid, distinto del mercado del estacionamiento regulado, , tanto en el momento de iniciarse la ejecución del contrato como en la actualidad, aunque pudieran considerarse en algún caso servicios complementarios o conexos.

Así, para la DGEPF, la demanda del servicio de pago del estacionamiento regulado por medio de App no tiene por qué coincidir desde el inicio de la

ejecución del Contrato con la demanda del servicio de estacionamiento regulado, dada la existencia de otros medios de pago para este último servicio previstos en el Contrato, como el pago en metálico o con tarjeta de crédito o débito en el parquímetro o el pago mediante tarjeta de prepago o tarjeta de contacto (folio 60). La DGEPF señala que, en virtud del Contrato, las Apps para prestar el servicio de pago del estacionamiento regulado han de ser operativas en todo el municipio de Madrid mientras que en cada zona de estacionamiento regulado sólo presta el servicio de estacionamiento regulado el respectivo concesionario. De este modo, el ámbito de actuación de la App no coincide con la zona de estacionamiento regulado atribuida como lote del Contrato a cada una de las dos UTES adjudicatarias del Contrato,.

En suma, según el órgano instructor la demanda del servicio de pago del estacionamiento regulado por medio de App se diferencia de la demanda del servicio de estacionamiento regulado desde el inicio de la ejecución del Contrato, y se encuentra sometida, a presiones competitivas distintas, pudiendo constituir un mercado distinto del servicio de estacionamiento regulado. En todo caso, la Sala considera que, aunque en determinados supuestos la demanda de ambos servicios pudiera coincidir (aquellos usuarios del SER que desean realizar el pago mediante App) el servicio de pago no sustituye al servicio de estacionamiento regulado, sino que lo complementa, consituyendo mercados diferenciados.

Por otra parte, desde el lado de la oferta, la DGEPF subraya la existencia de una oferta comercial específica para el pago por App del estacionamiento regulado, distinta de la oferta del servicio de gestión de estacionamiento regulado, y en particular en el ámbito de la ciudad de Madrid, incluso desde el inicio del Contrato. Para el órgano instructor, el hecho de que tanto el servicio de estacionamiento regulado como el servicio de pago del mismo mediante App sean comercializados u ofertados por el mismo operador, en este caso, el concesionario de la respectiva zona del estacionamiento regulado, no implica que ambos servicios formen parte del mismo mercado.

En este sentido, señala la DGEPF, en el presente Contrato ha sido adjudicado, en cuanto a lo que respecta al servicio de estacionamiento regulado, a dos UTES que prestan el servicio, pero que han utilizado una oferta comercial específica distinta del propio servicio de estacionamiento regulado, para comercializar su servicio de pago por App del estacionamiento regulado, constituida por las tres Apps: Telpark, E-Park e Easymobile.

Asimismo, la especificidad de esta oferta del servicio de pago del estacionamiento regulado por App frente al servicio de estacionamiento regulado se ve corroborada, al menos actualmente, por el hecho de que existen potenciales oferentes interesados en prestar en principio el servicio de pago del estacionamiento regulado por App, aunque el servicio de estacionamiento regulado lo presten otras empresas, como sucede con EasyPark.

La Sala considera, en todo caso, que, más allá de la diferenciación entre el mercado de estacionamiento regulado y el mercado de pago del mismo mediante

Apps -sobre la que no tiene dudas- la delimitación de este último mercado de pago mediante Apps tampoco puede cerrarse ante la ausencia de mayor análisis por parte del órgano instructor.

3. Mercado geográfico

En su contestación de 22 de septiembre de 2016 al requerimiento de 5 de septiembre de 2016 (folios 43 y 52 del expediente, respectivamente) el Ayuntamiento, responde que: *“El contrato se divide en 5 lotes, cuatro de los cuales (lotes 1 a 4) tienen como contenido la gestión de la movilidad del ciudadano por medio de vehículos y comprende, entre otros, el servicio de estacionamiento regulado (SER) [...]. El contratista del lote 5 presta los servicios de bicicleta pública y gestión de vallas de seguridad.”*

Dado que el artículo 12.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local (en adelante, la Ley 7/1985), dispone que *“1. El término municipal es el territorio en que el ayuntamiento ejerce sus competencias”*, la DGEPF considera que el mercado relevante por razón de geografía estaría comprendido dentro del ámbito territorial del municipio de Madrid en los dos mercados definidos.

No obstante, si bien se comparte la delimitación geográfica municipal del mercado de la gestión del estacionamiento regulado en Madrid realizado por la DGEPF, esta Sala considera que no puede descartarse que el mercado de pago del estacionamiento regulado por medio de App tenga una afectación superior a la municipal. Es cierto, de una parte, que la configuración técnica de las plataformas sobre las que han de funcionar esas Apps, que se determine en cada municipio, condicionará la oferta; no obstante, por otra parte, el hecho de que los mismos operadores estén presentes en diferentes mercados locales de España y la posibilidad de que las mismas Apps se utilicen en diferentes localidades podrían implicar un impacto o una delimitación geográfica diferente de este mercado.

Sin embargo, habiendo quedado limitado el mercado del estacionamiento regulado de la ciudad de Madrid en el que se detenta la supuesta posición de dominio que hay que dilucidar en el presente expediente, y dadas las circunstancias concretas de este caso, no es necesario delimitar de forma precisa el mercado de pago por App conexo al anterior, por lo que esta definición puede quedar abierta.

IV. HECHOS ACREDITADOS

- (1) El 29 de julio de 2013, el Delegado del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad del Ayuntamiento aprobó por Decreto los pliegos de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y de prescripciones técnicas (PPTP) del Contrato, como contrato de gestión de servicio público en la modalidad de concesión, para su adjudicación a través de un procedimiento abierto.

El objeto de dicho contrato se dividió en cinco lotes:

- Lote 1: Movilidad de vehículos en la zona noroeste de Madrid.
 - Lote 2: Movilidad de vehículos en la zona noreste de Madrid.
 - Lote 3: Movilidad de vehículos en la zona sudoeste de Madrid.
 - Lote 4: Movilidad de vehículos en la zona sudeste de Madrid.
 - Lote 5: Movilidad ciclista y peatonal en toda la ciudad (zona única).
- (2) Con fecha 10 de octubre de 2013, las siguientes uniones temporales de empresas resultaron adjudicatarias de los cuatro primeros lotes del Contrato:
- Lote 1: UTE DEVAS 1
 - Lote 2: UTE DEVAS 2
 - Lote 3: UTE DEVAS II
 - Lote 4: UTE DEVAS IV

Consta en el expediente un ejemplar del contrato para cada uno de los citados cuatro primeros lotes (referidos al SER), firmado con fecha 31 de octubre de 2013 por un representante del Ayuntamiento y cada uno de los respectivos adjudicatarios (folios 668-696).

- (3) Los citados ejemplares del Contrato (folios 669, 675, 681 y 687) incluyen las siguientes estipulaciones:

“D. (...) actuando en nombre y representación de la unión temporal de empresas denominada (...) se compromete a llevar a cabo la ejecución de este contrato titulado CONTRATO INTEGRAL DE MOVILIDAD DE LA CIUDAD DE MADRID, LOTE (...), con estricta sujeción a lo establecido en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas y en el proyecto de explotación documentos en los que se determina y detalla el objeto del contrato, y que acepta plenamente, de lo que deja constancia afirmando en este acto su conformidad en cada uno de ellos y que junto con este documento tienen carácter contractual de conformidad con el artículo 26.1.e) del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.”

Por su parte, el artículo 26 de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobada por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, la Ley de contratos del Sector Público) relativo al contenido mínimo del contrato, establece que:

“El documento contractual no podrá incluir estipulaciones que establezcan derechos y obligaciones para las partes distintos de los previstos en los pliegos, concretados, en su caso, en la forma que resulte de la proposición del adjudicatario, o de los precisados en el

acto de adjudicación del contrato de acuerdo con lo actuado en el procedimiento, de no existir aquéllos.”

- (4) De acuerdo con el artículo 2.1. del pliego de prescripciones técnicas del Contrato, el servicio de estacionamiento regulado (SER), que *“tiene por objeto la gestión, regulación y control del estacionamiento de vehículos en determinadas zonas y plazas de la vía pública en la ciudad de Madrid”*, cuenta entre sus elementos integrantes con los sistemas de pago y, en particular, con el sistema de pago mediante dispositivos electrónicos móviles.

En concreto, el apartado g) de dicho artículo del pliego de prescripciones técnicas del Contrato indica que los parquímetros tendrán habilitados los siguientes sistemas de pago del servicio por el usuario, sin perjuicio de que puedan ser ampliados a través de cualquier otro medio o dispositivo que en el futuro la tecnología permita:

- Pago en metálico en el parquímetro.
- Pago con tarjeta de crédito o débito en el parquímetro.
- Adquisición de tarjeta de prepago.
- Tarjetas sin contacto.
- Pago a través de dispositivos electrónicos móviles.

Por tanto, el sistema de pago a través de dispositivos electrónicos móviles resulta ser una de las prestaciones requeridas a los contratistas como parte del contenido del SER.

Según la contestación de la Directora General de Sostenibilidad y Control Ambiental del Ayuntamiento al requerimiento de 5 de septiembre de 2016 (folios 42-48), los parquímetros tendrán habilitados los cinco sistemas de pago antes referidos *“que pueden ser ampliados a través de cualquier otro medio o dispositivo que en el futuro la tecnología permita (...)”. De este modo, el sistema de pago a través de dispositivos electrónicos móviles resulta ser una de las prestaciones requeridas a los contratistas como parte del contenido del SER, de acuerdo con lo previsto en el PPT del CIM y el contratista puede desarrollar este trabajo/servicio con los medios personales y materiales que estime necesarios para cumplir con los niveles de calidad en la prestación del servicio”*.

- (5) Asimismo, sobre la base de las contestaciones a los requerimientos de información, aludidos en el antecedente tercero de esta resolución, tanto el Ayuntamiento como las UTES DEVAS y MSM afirman que existen tres operadoras con las que se puede realizar el pago del SER en el municipio de Madrid:

- Easymobile, propiedad de la empresa Estacionamientos y Servicios, S.A., empresa que forma parte de la UTE MSM III y IV.
- Telpark, propiedad de la mercantil “Maksu España, S.L., empresa relacionada con Empark, S.A., propietaria a su vez de Dornier, S.A., empresa que forma parte de la UTE DEVAS I y II.
- Epark, propiedad de la empresa Ingeniería Vial, S.L., relacionada con la empresa Setex Aparki, S.A., empresa que forma igualmente parte de la UTE DEVAS I y DEVAS II.

Desde cualquiera de esas aplicaciones móviles se puede realizar el pago en todas las zonas en las que se ha dividido la gestión del estacionamiento regulado en la ciudad de Madrid.

Además, para la gestión del Contrato, el pliego de prescripciones técnicas prevé que las entidades adjudicatarias deben sufragar una plataforma integral en la que están instaladas todas las aplicaciones informáticas, incluyendo las que dan soporte a los servicios del estacionamiento regulado y, por ende, la información necesaria para la gestión de los pagos mediante aplicaciones móviles.

Por último, también ha quedado acreditado, a la luz de la contestación del Ayuntamiento al requerimiento de información citado, que la administración municipal ha permitido a todas las concesionarias del servicio de estacionamiento regulado utilizar sus Apps para pagar en cualquier zona de Madrid.

(6) El anexo I del citado PCAP establece lo siguiente en su apartado 4:

“4 Régimen económico de la concesión.

El régimen económico del contrato, se ha configurado del modo siguiente:

Un precio a abonar por la Administración a los concesionarios, aplicable a los servicios integrados en los lotes 1 a 4 y complemento para la cobertura de costes de la explotación del servicio de bicicleta pública del lote 5.

Las tarifas abonadas por los usuarios del servicio de bicicleta pública, que serán recaudados directamente por el concesionario del lote 5.

Por otra parte, la recaudación procedente del servicio de estacionamiento regulado se abonará directamente al Ayuntamiento según lo establecido en el PPT. Atendiendo a la propia naturaleza del contrato de gestión de servicios públicos y al riesgo y ventura del contratista inherente al mismo, se ha previsto un sistema de liquidaciones trimestrales en función de los niveles de rotación del

servicio de estacionamiento regulado y del cumplimiento de los indicadores de calidad, tal y como se desarrolla en el apartado 13 de este anexo”.

- (7) La Dirección de Sostenibilidad y Control Ambiental del Ayuntamiento de Madrid, mediante carta de fecha 22 de noviembre de 2016 (folios 852 a 873), en respuesta al escrito remitido por EasyPark al Ayuntamiento en junio de 2016, reitera su consideración de que el pago a través de App está regido por el PPTP del contrato, en los términos siguientes:

“En cuanto a la solicitud de EasyPark de que el Ayuntamiento acuerde lo oportuno para que en el plazo máximo de 30 días exista la disponibilidad técnica y administrativa para que la empresa tenga acceso a la plataforma integral y pueda operar en las mismas condiciones que las otras empresas de tecnología móvil o “app” pertenecientes a las UTEs adjudicatarias del contrato integral de movilidad, se ha de precisar que el contenido del servicio de estacionamiento regulado, que incluye entre otros aspectos los sistemas de pago del mismo, está regido por el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares del referido contrato.”

No obstante, en dicha carta la Dirección de Sostenibilidad y Control Ambiental también afirma que *“recibirá con interés cuantas propuestas formulen cualesquiera ciudadanos, entidades, o empresas en materia de movilidad; sin perjuicio de lo cual, cualesquiera contrataciones habrán de realizarse dentro del marco de la planificación general aprobada por el Ayuntamiento de Madrid y siguiendo las prescripciones y el procedimiento regulado en la legislación de contratos del Sector Público”.*

- (8) Como consecuencia del desarrollo de las actuaciones tendentes a una terminación convencional de este procedimiento a solicitud del Ayuntamiento, mencionadas en el antecedente de hecho decimosegundo, el Director General de Sostenibilidad y Control Ambiental emitió la resolución de 27 de marzo de 2018, por la que se dictan instrucciones sobre obligaciones y derechos de las concesionarias del SER del Contrato Integral de Movilidad en relación con el pago de la Tasa a través de aplicaciones de pago por móvil (publicada en el BOAM de 4 de abril de 2018); en estas instrucciones, al amparo de las cuales varias empresas han iniciado ya los trámites para llevar a cabo, en igualdad de condiciones, la prestación del servicio de pago por móvil del SER en la ciudad de Madrid, se establece que:

“Las cocnesionarias de los Lotes 1 a 4 del CIM deberán permitir integrarse en la paltafoma a cualquier empresa titular de una App de pago por móvil interesada en colaborar eb la recaudación de la Tasa siempre y cuando cumplan los requisitos derivados de la presente instrucción y de la normativa de aplicación en cada momento”.

- (9) Con respecto a la negativa de las UTES adjudicatarias, la denunciante alega que las UTES DEVAS y MSM solo admiten que las App que sean propiedad de las concesionarias que formen parte de las UTES puedan prestar el servicio de pago del estacionamiento regulado, negando que otras App de pago puedan ofrecer dicho servicio. En este sentido, en la denuncia de EasyPark se indica que (folio 2):

“El año 2015 la empresa denunciante intentó infructuosamente alcanzar un acuerdo con las indicadas UTES a fin de que permitiesen (...) ofrecer asimismo el servicio de pago por móvil en Madrid (con el acceso a la plataforma integral) en las mismas condiciones que las otras empresas que integren las UTES.

Los representantes de las indicadas UTUE han mostrado su negativa en todo momento, bloqueando el mercado y el derecho de los usuarios al libre acceso a las “apps” de pago que pueda ofrecer el mercado, afirmando que solo pueden dar servicio las aplicaciones móviles “app” que sean propiedad de las concesionarias que formen parte de las UTES [...].”

- (10) A este respecto, en los requerimientos efectuados durante la información reservada mencionados en el antecedente de hecho tercero de esta resolución, tanto DEVAS como MSM han negado que las UTES DEVAS 1 y DEVAS 2 y MSM LOTE III y MSM LOTE IV, respectivamente, hayan recibido solicitud alguna por parte de EasyPark para ofrecer el servicio de pago por móvil para el servicio de estacionamiento regulado en el municipio de Madrid, por lo que no han podido negarse a la misma. A su vez, el Ayuntamiento ha declarado no tener constancia de que se hayan mantenido comunicaciones entre las UTES adjudicatarias del Contrato y otras empresas en relación con el sistema de pago por móvil del SER.

Ante la petición por la DGEPF de documentación acreditativa de las citadas denegaciones, EasyPark manifestó que la mayoría de las negociaciones se hicieron verbalmente sin que el contenido de dichas conversaciones pudiera registrarse documentalmente y solicitó por ello el testimonio de las empresas participantes en las UTES, API, ETRA y VALORIZA a fin de que declaren acerca del contenido de las indicadas entrevistas mantenidas con EasyPark. En sus contestaciones al requerimiento de información realizado por la DGEPF con fecha 11 de noviembre de 2016, las mercantiles Electronic Trafic S.A. (Grupo Etra), Valoriza S.A. e Imesapi S.A. (Api Movilidad), como miembros de las UTES DEVAS y MSM, rechazan no solo haber negado a EasyPark implementar sus servicios de pago en el estacionamiento regulado, sino haber mantenido siquiera conversaciones con la denunciante.

En consecuencia, la DGEPF considera que no ha quedado probada la denegación por las UTES DEVAS y MSM para que EasyPark pueda ofrecer el servicio de pago del SER por medio de App.

- (11) Finalmente, las UTES DEVAS 1 y DEVAS 2 han declarado, en sus alegaciones a la propuesta de resolución de la DGEPF, que solo recibieron noticias de EasyPark con fecha 25 de julio de 2017, es decir, después del plazo otorgado para formular las alegaciones al pliego de concreción de hechos, solicitando acceso a la plataforma tecnológica que las UTES han instalado y gestionan por exigencia de la concesión municipal de la que son titulares.

Como respuesta a la solicitud de EasyPark, DEVAS 1 y DEVAS 2 afirman haber pedido a ésta que señalara una fecha en la primera quincena de septiembre de 2017 para iniciar la negociación sobre interconexión y acceso a la plataforma, siempre con arreglo a lo que hubiera de determinar la Administración concedente.

V. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. COMPETENCIA PARA RESOLVER

Desde el 1 de enero de 2012, el ejercicio de las competencias en materia de defensa de la competencia en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid ha sido asumido por la consejería competente en materia de comercio interior.

De acuerdo con el *Decreto 72/2015, de 7 de julio, del Consejo del Gobierno, por el que se modifica la estructura orgánica de las Consejerías de la Comunidad de Madrid*, y del *Decreto 193/2015, de 4 de agosto, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda*, las competencias ejecutivas en defensa de la competencia, pasan a ser desempeñadas por la Dirección General de Economía y Política Financiera de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda (DGEPF).

Con la entrada en vigor, el 27 de octubre de 2017, del *Decreto 126/2017, de 24 de octubre, del Consejo de Gobierno, por el que se modifica el Decreto 193/2015, de 4 de agosto, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda*, la Dirección General de Economía, Estadística y Competitividad (DGEEC) asumió las funciones ejecutivas en materia de defensa de la Competencia que antes asumía la DGEPF.

Por tanto, de acuerdo con lo anterior y con lo establecido en los artículos 20.2 y 5 de la Ley 3/2013 y la Disposición Transitoria Única de la Ley 1/2002, las funciones de instrucción en materia de defensa de la competencia en el presente expediente fueron responsabilidad de la citada DGEPF (y de la DGEEC que la sucedió, si bien en la presente resolución nos referiremos a la DGEPF), residiendo las competencias de resolución en este Consejo de la CNMC.

Asimismo, el artículo 14.1.a) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, establece que “(l) *a Sala de Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia*”.

En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO. OBJETO DE LA RESOLUCIÓN Y NORMATIVA APLICABLE

Corresponde a esta Sala determinar, sobre la base de la instrucción realizada por la DGEPF, que se recoge en el Informe y Propuesta de Resolución, si en la conducta investigada concurren los requisitos para la aplicación del artículo 2 de la LDC, consistente en un abuso de posición de dominio por el Ayuntamiento de Madrid en el marco de la licitación del Contrato por incluir como una de las prestaciones del mismo el servicio de pago de estacionamiento regulado por medio de Apps.

Por lo que respecta a la normativa nacional aplicable, habiéndose desarrollado la conducta imputada durante la vigencia de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, es dicha norma la aplicable al presente procedimiento sancionador.

TERCERO. PROPUESTA DEL ÓRGANO INSTRUCTOR

Finalizada la instrucción del expediente, en la Propuesta de Resolución remitida a esta Sala, el órgano instructor, tras la correspondiente valoración de los hechos, considera que el Ayuntamiento dispone inicialmente de una posición de dominio en el mercado del estacionamiento regulado (en virtud de la reserva legal establecida en su favor para la prestación de este servicio), y que el Ayuntamiento ha abusado de esta posición de dominio al incluir el servicio de pago de estacionamiento regulado en el Contrato a través del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares.

De este modo, aunque el abuso de posición dominante se produzca en el mercado de estacionamiento regulado, los efectos de tal abuso han tenido lugar en el mercado de pago por medio de Apps del estacionamiento regulado, mercado conexo o de bienes complementarios con el mercado del estacionamiento regulado.

Por todo lo anterior, la DGEPF concluye que:

- (i) Ha quedado acreditado que el Ayuntamiento ha incurrido en una conducta anticompetitiva prohibida por el artículo 2 de la LDC, consistente en incluir el servicio de pago de estacionamiento regulado por medio de Apps como prestación del Contrato con exclusión de otros operadores.
- (ii) Debe imponerse al Ayuntamiento la obligación de permitir actualmente a cualquier operador interesado prestar el servicio de pago por App del servicio de estacionamiento regulado en la ciudad de Madrid en igualdad de condiciones. Es decir, sin atribución, directa o indirecta, a las concesionarias del Servicio de Estacionamiento Regulado del Ayuntamiento de Madrid de la posibilidad de determinar la prestación del servicio de pago por App del estacionamiento regulado.

CUARTO. VALORACIÓN DE LA SALA DE COMPETENCIA

Antes de abordar la valoración de los diferentes elementos del expediente concreto que se ha elevado para decisión, esta Sala considera pertinente subrayar la importancia que para la CNMC tiene la existencia de una debida competencia en el ámbito de la contratación de las distintas Administraciones Públicas. Teniendo en cuenta su dimensión y que la contratación pública eficiente reporta beneficios evidentes para los mercados, las cuentas públicas y, en última instancia, los consumidores y contribuyentes, los sucesivos planes anuales de actuación de la CNMC han incluido este objetivo, que se ha abordado desde todos los ámbitos de actuación en materia de competencia y unidad de mercado.

Así, en los últimos años, esta Comisión ha sancionado a numerosas empresas cuyas prácticas anticompetitivas han tenido lugar en la contratación de servicios públicos², pero también ha desarrollado una intensa actividad en materia de promoción de una contratación pública eficiente, que ha incluido actividades de formación a numerosos organismos de las Administraciones Públicas de diferente nivel, el análisis e informe en función consultiva del diseño de determinadas intervenciones públicas y de borradores de pliegos de diferentes administraciones. Más recientemente, en enero de 2018, la CNMC ha publicado la [“Guía contra el fraude en la licitación pública”](#)³, con recomendaciones para la elaboración de pliegos eficientes y la detección de prácticas colusorias en la contratación o el estudio [Radiografía de la Contratación Pública en España](#) aprobado el pasado 7 de febrero.

Igualmente, tanto en el marco de la LDC –artículo 5.4- como en el de la LGUM – artículo 27-, la CNMC ha instado la eliminación de barreras derivadas de las actuaciones de algunas administraciones, impugnado en distintas ocasiones⁴,

² Entre ellas pueden citarse las resoluciones de 26 de julio de 2018 (expte. S/DC/0565/15 LICITACIONES DE APLICACIONES INFORMÁTICAS), 3 de mayo de 2018 (expte. S/DC/0584/16, AGENCIAS DE MEDIOS), 9 de marzo de 2017 (S/DC/0512/14 TRANSPORTE BALEAR DE VIAJEROS), 30 de junio de 2016 (expte. S/0519/14 INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS), 26 de mayo de 2016 (expte. S/DC/0504/14 AIO) y 3 de diciembre de 2015 (S/0481/13 CONSTRUCCIONES MODULARES).

³ También, de la anterior CNC, Guía de la CNC sobre contratación pública y competencia, publicada en 2011. Además, algunas autoridades de competencia autonómicas también han elaborado este tipo de guías: Recomendaciones para facilitar el acceso y promover la competencia en el ámbito de la contratación pública andaluza, de la Agencia de defensa de la competencia de Andalucía, publicada en 2010; Guía sobre contratación pública y competencia, de la Autoridad vasca de competencia, publicada en 2018.

⁴ Cabe hacer referencia a impugnaciones acordadas al amparo del artículo 5.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio (anteriormente artículo 12.3 de la LDC). Así, a título de ejemplo: la actuación [LA 1/2010 Prórrogas Autobuses Interurbanos Valencia](#), por la que se impugna el plan de modernización de las concesiones de transporte público regular permanente de viajeros por carretera en Valencia, la actuación [LA 02/2010 Autobuses Galicia](#), en la que se impugnó la resolución de la Xunta de Galicia, por la que se aprueba el plan de modernización de las concesiones de transporte público regular permanente de personas de uso general por carretera

actuaciones administrativas relacionadas con contratos públicos. Finalmente, la CNMC ha venido informando los proyectos normativos que se han ido adoptando en materia de contratación pública, en su mayor parte las leyes y normativa de desarrollo para la transposición de las Directivas de la Unión Europea en este ámbito.

Teniendo en cuenta esta aproximación global, en la presente resolución, como se ha indicado anteriormente, corresponde específicamente a la Sala determinar si el Ayuntamiento de Madrid es, como propone el órgano instructor, responsable de una infracción de abuso de posición de dominio del artículo 2 de la LDC, consistente en la inclusión del servicio de pago por medio de Apps entre los servicios licitados en el Contrato Integral de Movilidad-Movilidad Sostenible para la ciudad de Madrid, o si, por el contrario, tal infracción no ha podido acreditarse y procede acordar el archivo de las actuaciones.

Para la debida resolución del presente expediente, la Sala considera necesario realizar un análisis separado de las cuestiones fundamentales planteadas por la instrucción para la apreciación de la existencia de una posible infracción de la LDC.

1. Sobre la aplicación de las normas de competencia al Ayuntamiento de Madrid

Esta Sala no puede sino coincidir con el órgano instructor en cuanto al sometimiento de las administraciones públicas a la normativa de competencia en general, premisa de la que hay que partir al objeto de determinar la posible aplicación de la LDC al Ayuntamiento de Madrid.

Recuerda la DGEPF que el artículo 4.2 de la LDC prevé la actuación de los órganos de defensa de la competencia con respecto a actuaciones de las administraciones públicas, en materia de conductas restrictivas de la competencia, al establecer que, *“Las prohibiciones del presente capítulo se aplicarán a las situaciones de restricción de la competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal”*.

de Galicia o la actuación [LA 4/2014 Instrucciones de contratación de Generalitat Catalunya](#), en la que se impugnaron las instrucciones de contratación aprobadas por la Generalitat de Cataluña.

Asimismo, sobre la base del artículo 27 de la LGUM, cabe también hacer referencia, entre otras, a las actuaciones siguientes: UM/035/18 CONTRATACIÓN PÚBLICA. GESTIÓN ESTACIONAMIENTO, sobre los pliegos aprobados por un Ayuntamiento para la licitación de un expediente de concesión del servicio de estacionamiento regulado; UM/148/17 CONTRATACIÓN PÚBLICA. ESTUDIO GEOTÉNICO, sobre la reserva profesional incluida en un contrato menor de servicios para la realización de un estudio geológico para un campo de fútbol municipal; [UM/149/18 ESTACIONAMIENTO URBANO](#), sobre los pliegos relativos a la concesión del servicio público de estacionamiento limitado en la vía pública.

Como indicó el Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía en su resolución de 28 de septiembre de 2016⁵, ya el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) señaló expresamente que *“el Derecho Administrativo no es el único derecho que regula toda la actividad de la Administración Pública”* (resolución de 18 de diciembre de 2003, recaída en el expediente R 572/03, Servicios Deportivos Logroño) y que la Ley 16/1989 *“es una Ley general, sin excepciones sectoriales, que obliga a todos los operadores públicos y privados y que ha de respetarse por todos ellos en sus actuaciones en el mercado, sin que siquiera exista una exoneración genérica de los actos de la Administración Pública respecto de las prohibiciones que establece”* dicha Ley (resolución de 7 de noviembre de 2006, recaída en el expediente R 673/05, Deportes Valladolid).

El Consejo de la CNC ha seguido posteriormente esta misma argumentación en el marco de la LDC en vigor⁶ y ésta ha sido igualmente la línea adoptada por la jurisprudencia española, como se pone de manifiesto en la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2007 (nº de recurso 0449/2004), donde se insiste en la plena aplicación del Derecho de Competencia a las actuaciones de las administraciones públicas, como *“...referencia a cualquier sujeto que actúe en el mercado, aún en los casos en los que las propias Administraciones públicas y los organismos o sociedades de este carácter lo hagan sometidos en mayor o menor medida al Derecho administrativo”*. Esta aproximación es la que se recoge igualmente en la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2016 (núm: 2946/2013) en el expediente sancionador S/0167/09, Productores de Uva y Vinos de Jerez, que se analizará en detalle más adelante.

Por otro lado, recuerda también el órgano instructor el contenido del actual artículo 5.4. de la LCNMC, disposición previamente incluida en el artículo 12.3 de la LDC, que legitima a la Comisión a *“...impugnar ante la jurisdicción competente los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho administrativo y disposiciones generales con rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados”*, permitiendo la impugnación de actuaciones públicas sujetas al derecho administrativo que introducen barreras injustificadas a la concurrencia en los mercados sin necesidad de analizar si constituyen infracciones de la normativa de competencia.

En consecuencia, considera la DGEFP que si bien toda actividad con incidencia económica que desarrollan directa o indirectamente las administraciones públicas está sujeta a las normas de competencia, la sujeción de un ente público a la específica aplicación de los artículos 1, 2 y 3 de la LDC exige con carácter previo, de acuerdo con ambos artículos 4 y 5 de la LDC, determinar si, en relación con la conducta concreta que se le imputa, éste ha actuado como empresa u

⁵ Expte. S/10/2016, AYUNTAMIENTO DE CÓRDOBA.

⁶ Entre otras, resolución de 31 de agosto de 2010, S/0272/10, Centro Internacional de Cultura Contemporánea, S.A.

operador económico en el mercado o como regulador u ordenador de la actividad económica.

Estos aspectos han sido efectivamente acogidos por diversos precedentes de los anteriores TDC y CNC, como destaca la DGEFP en su Informe y propuesta de resolución, que han consolidado, por otro lado, un concepto amplio y funcional de empresa como operador económico en el que lo relevante para la aplicación de la LDC en materia de conductas restrictivas de la competencia no es el estatus jurídico del sujeto que realiza la conducta sino que esa conducta constituya una actividad económica. Así, como señala el órgano instructor:

- La resolución del TDC en el expte. r 572/03, Servicios Deportivos Logroño, de 18 de diciembre de 2003, señaló que, *“En definitiva es claro que la LDC se extiende no sólo a los empresarios, sino también a todos aquellos agentes económicos, cualquiera que sea su forma jurídica, que intermedien o incidan en la intermediación en el mercado (como señala la Audiencia Nacional en Sentencia de 11 de noviembre de 2003, dicata en el recurso nº 839/2000 (...))*

En definitiva, el Tribunal es consciente de la imposibilidad de dar una solución generalizada, siendo preciso determinar en cada caso, cuándo la Administración actúa, o no, como operador económico incidiendo con su conducta en la estructura y funcionamiento del mercado; es decir, habrá que caso por caso para determinar de qué naturaleza son las actividades realizadas por la Administración y si a las mismas es posible aplicar los arts 1, 6 y 7 de la LDC.

En este sentido, no resulta ocioso reiterar que según reiterada jurisprudencia del TJCE (entre otras, Ss 2002/299, asunto C-82/01P), <<el hecho de que una entidad disponga de prerrogativas de poder público para el ejercicio de una parte de actividad, no impide calificarla de empresa a efectos del artículo 86 del Tratado>>, señalándose que <<el concepto de empresa comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación>> y que <<para determinar si las actividades de que se trata son las de una empresa en el sentido del artículo 86 del Tratado hay que examinar cuál es la naturaleza de dichas actividades >>. Debiéndose también tener en cuenta que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, <<constituye una actividad económica cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado y que el hecho de que una actividad pueda ser ejercida por una empresa privada constituye un indicio suplementario que permite calificar la actividad en cuestión como actividad empresarial>>”.

Esta línea interpretativa⁷, apoyada en la jurisprudencia del entonces TJCE, se consolidó en un contexto en el que, como ha puesto de manifiesto el Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía en su resolución de 28 de septiembre de 2016 anteriormente mencionada, la derogada Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, no contenía referencia al elemento subjetivo de la infracción ni una definición del concepto de empresa.

Actualmente, desde la reforma de 2007, la LDC incluye un concepto de empresa en su disposición adicional cuarta que recoge esta línea interpretativa al establecer que, *“a los efectos previstos en esta Ley, se entiende por empresa cualquier persona o entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación”*.

En este marco jurídico establecido por la LDC vigente, la CNC también se ha pronunciado al respecto estableciendo, por ejemplo en su resolución de 13 de noviembre de 2008, expte S/743/08, Confederación Nacional de Autoescuelas, que, *“Con respecto a la DGT, de acuerdo con la doctrina del extinto Tribunal de Defensa de la Competencia (actual Consejo), cabe diferenciar dos tipos de conductas de la Administración, las que realiza como operador económico y las de carácter administrativo, de modo que sólo con respecto a las primeras tiene el Consejo competencia, mientras que las segundas son materias de jurisdicción contencioso administrativa.”*

Es importante señalar que el concepto de empresa recogido en la LDC es también el que se ha incorporado recientemente en las definiciones del artículo 2.1 de 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 (en adelante, Directiva ECN+).

Esta definición de la Directiva incorpora la extensiva jurisprudencia del TJUE sobre el concepto de empresa (por todas, STJUE de 12 de julio de 2012, Compass-Datenbank GmbH y Republik Österreich, C-138/11 –apartado 35-) que considera comprende, a los efectos de aplicación del Derecho de la Unión en materia de competencia, *“...cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación (sentencias de 23 de abril de 1991, Höfner y Elser, C-41/90, Rec. p. I-1979, apartado 21, y de 17 de febrero de 1993, Poucet y Pistre, C-159/91 y C-160/91, Rec. p. I-637, apartado 17) y que, “...constituye una actividad económica cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado (sentencias de 24 de octubre de 2002, Aéroports de Paris /Comisión, C-82/01,P, Rec. p. I-9297, apartado 79; de 1 de julio de 2008, MOTOE, C-49/07, Rec. p. I-4863, apartado 22; y de 3 de marzo de 2011, AG2R*

⁷ Mantenido igualmente en las resoluciones del TDC de 30 de diciembre de 1999 (expte. R366/99, MERCAMÁLAGA) y de de 7 de noviembre de 2005 (expte. R 673/05, Deportes Valladolid).

Prévoyance, C-437/09, Rec. p. I-973, apartado 42)". Esta sentencia señala igualmente que cualquier Estado u organismo estatal puede actuar como una empresa siempre y cuando esa actividad no se vincule al ejercicio de prerrogativas del poder público y que un organismo público puede considerarse una empresa sólo por lo que respecta a una parte de sus actividades cuando estas deban calificarse como actividades económicas y puedan disociarse del ejercicio de las prerrogativas de poder público –apartados 36, 37 y 38-.

Hay que tener en cuenta que, si bien la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2016, mencionada anteriormente, parte de esta aproximación del TJUE, ha apreciado responsabilidad en una conducta del artículo 1 de la LDC por parte de la Consejería de la Junta de Andalucía, sobre la base de la aptitud de la mencionada conducta para *"causar o ser apta para causar un resultado económicamente dañoso o restrictivo de la competencia en el mercado"*. Teniendo en cuenta el contenido de los artículos 1 -en cuanto al plano subjetivo- y 64.1 –circunstancia agravante por responsable o instigador de la infracción- de la LDC, concluye el Tribunal Supremo que *"... lo que llevamos razonando conduce a concluir que la participación [de la Consejería] en esa actividad económica y, por lo tanto, en la conducta infractora definida en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, puede darse en diferentes grados y formas, sin excluir la categorías tradicionales del derecho penal como son el instigador o inductor, el cooperador necesario, etc."*

Es importante subrayar que esta sentencia responde a un análisis de las circunstancias concretas del caso específico objeto de la misma, relacionado con la aplicación del artículo 1 de la LDC a una actuación material de un miembro de una Consejería consistente en el desarrollo de un papel activo en la organización y vigilancia de un acuerdo de fijación de precios de la uva y mosto de Jerez entre determinados productores y bodegueros, que se considera va más allá de las potestades públicas atribuidas sin que, al mismo tiempo, hubiera sido tal actuación exteriorizada en actos formales a través de procedimientos establecidos en normas.

El propio Tribunal Supremo señala en la misma sentencia que, *"sin duda habrá supuesto en los que, por estar dirigida la apreciación de una posible vulneración del derecho de la competencia contra un acto administrativo formalmente adoptado, o contra disposiciones 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 esta vía impugnatoria; sobre todo cuando se trata de actuaciones materiales como describe la resolución de la Comisión en el caso que estamos examinando"*.

En definitiva, de todo lo anteriormente expuesto, cabe concluir que todas las administraciones públicas pueden ser sujetos de las prohibiciones previstas en

la LDC, por lo que las disposiciones de la LDC son de aplicación al Ayuntamiento de Madrid.

No obstante, como indicaba la resolución del TDC de 18 de diciembre de 2003 mencionada anteriormente, para determinar la naturaleza de las actividades realizadas por la Administración y si las mismas constituyen una infracción de los artículos 1, 2 y 3 de la LDC, habrá que realizar un análisis específico del caso, atendiendo a la conducta particular de la Administración y a la manera en que ésta incide en la estructura y funcionamiento de los mercados para determinar si reúnen los elementos del tipo del ilícito específico previsto en la LDC que se impute en cada caso.

2. Sobre la conducta del Ayuntamiento de Madrid

a) Análisis del posible abuso de posición de dominio por parte del Ayuntamiento de Madrid

El artículo 2 de la LDC prohíbe la explotación abusiva por parte de una o varias empresas de una posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional, y señala determinadas conductas en las que podrá consistir ese abuso, entre ellas la negativa de suministro. A esta prohibición están sometidas también las empresas cuya posición de dominio en el mercado haya sido establecida por disposición legal.

En concreto, este artículo establece que:

“1. Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.

2. El abuso podrá consistir, en particular, en: (...) c) La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios.

(...)

3. La prohibición prevista en el presente artículo se aplicará en los casos en los que la posición de dominio en el mercado de una o varias empresas haya sido establecida por disposición legal.”

Como ha matizado la jurisprudencia⁸, el artículo 2 de la LDC no prohíbe la existencia de una posición de dominio de una empresa en un mercado determinado sino que esa posición de dominio se explote de manera abusiva en detrimento de la escasa competencia que pueda existir en ese mercado. En esta misma línea debe entenderse el apartado 3 del artículo 2 de la LDC expuesto.

En el ámbito de la Unión Europea, la sentencia del TJUE de 17 de febrero de 2011 (asunto C-52/09 TeliaSonera) ha señalado lo siguiente:

⁸ Entre otras, sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2009 (recurso de casación número 4495/1998). Asimismo, Sentencia del TJCE de 17 de mayo de 1994, C-18/93, Puerto de Génova (42) y de 5 de octubre de 1994, C-323/93 (18).

“En efecto, la explotación abusiva de una posición dominante prohibida por dicha disposición es un concepto objetivo que tiene por objeto los comportamientos de una empresa en posición dominante que, en un mercado donde la competencia ya está debilitada, precisamente por la presencia de la empresa en cuestión, tienen por efecto impedir, por medios distintos de los que rigen una normal competencia entre productos o servicios sobre la base de las prestaciones de los agentes económicos, el mantenimiento del grado de competencia que aún existe en el mercado o su desarrollo (sentencia Deutsche Telekom/Comisión, antes citada, apartado 174, y jurisprudencia citada)”.

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 8 de mayo de 2003 (recurso de casación número 4495/1998), realiza las siguientes consideraciones en torno al artículo 6 de la Ley 16/1989, que traemos al presente expediente toda vez que el contenido de aquel precepto ha sido mantenido en la redacción dada en el artículo 2 de la LDC del año 2007. El Alto Tribunal dice lo siguiente:

“A) Como es obvio, lo prohibido no es la posición de dominio, sino la explotación abusiva de esa posición.

B) Se contiene en él una lista de comportamientos calificables como abusivos, pero tal lista no es exhaustiva, sino meramente ejemplificativa, que ilustra sobre el concepto de explotación abusiva pero no lo agota.

C) La explotación abusiva pasa, así, a ser la noción fundamental del precepto, el cual, sin embargo, no contiene, más allá de lo que aporta la citada lista, una definición de lo que debe entenderse por tal.

D) La explotación abusiva no es sólo una conducta prohibida, sino también una conducta «típica», que la Ley considera constitutiva de infracción administrativa, ligando a ella, por tanto, la posibilidad de la imposición de una sanción en sentido estricto (artículo 10 de la Ley 16/1989).

E) Por ello, al enjuiciar si una conducta es constitutiva de explotación abusiva, han de tenerse presentes los principios propios del derecho sancionador, en el sentido de exigencia de que tal calificación de la conducta pudiera ser predecible por su agente, de prohibición del uso de la analogía y de resolución a favor del imputado de las dudas razonables que no hayan podido ser despejadas.

F) Por fin, dada la similitud existente entre el artículo 82 (antiguo artículo 86) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y aquel artículo 6, que transcribe casi literalmente la norma de antiabuso comunitaria al Derecho de Defensa de la Competencia español, cabe tomar en consideración la doctrina comunitaria sobre el abuso de posición de dominio como instrumento auxiliar para la interpretación de nuestro Derecho interno (así lo entendió, también, el Tribunal de

Defensa de la Competencia en su resolución de 2 de febrero de 1992, asunto A 36/92, Talleres Muñoz”.

En atención a ello, la aplicación del artículo 2 de la LDC a una posible conducta infractora conlleva la apreciación de la concurrencia de los dos elementos que incluye el citado artículo como esenciales para poder determinar la existencia de una infracción consistente en un abuso de posición de dominio. Estos elementos son la existencia de una posición de dominio en un mercado relevante de producto y geográfico previamente definido o delimitado y en el que está activo el operador, y la explotación abusiva de esa posición de dominio, impidiendo el mantenimiento de las condiciones de competencia en ese o en otros mercados afectados, debido a las conductas exclusionarias y discriminatorias sobre el resto de competidores.

En el presente caso, habría que determinar en primer lugar si el Ayuntamiento de Madrid tiene una posición de dominio en los mercados en los que el órgano instructor ha considerado que se produce la infracción aquí analizada y, en segundo lugar, si ha abusado de esa posición de dominio.

Como se ha indicado previamente en la resolución, los mercados que el órgano instructor considera afectados por las conductas son (i) el mercado de servicio de estacionamiento regulado en el municipio de Madrid y (ii) el mercado de pago mediante Apps de las tasas por la utilización del servicio de estacionamiento regulado, mercado conexo con el primero y en el que podría repercutir un posible abuso.

Hay que partir de considerar que el Ayuntamiento de Madrid, en la medida en que ha descartado la prestación directa del servicio de estacionamiento regulado a través de una entidad pública, no actúa como proveedor de servicios en los mercados señalados sino como licitante de un servicio de gestión y recaudación para el cumplimiento de un servicio público cuya prestación tiene encomendada. El Ayuntamiento es, en este caso, de acuerdo con la normativa vigente, un “órgano de contratación” o “poder adjudicador”⁹ de una concesión de ámbito local para la gestión del estacionamiento regulado en el municipio de Madrid.

⁹ De acuerdo con el artículo 5.1) b) de la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, “A efectos de la presente Directiva se entenderá por “concesión de servicios”: un contrato a título oneroso celebrado por escrito en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la prestación y la gestión de servicios distintos de la ejecución de las obras contempladas en la letra a) a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente, o ese mismo derecho en conjunción con un pago”.

Asimismo, el artículo 6.1 de la misma Directiva define poderes adjudicadores estableciendo que, “a efectos de la presente directiva serán “poderes adjudicadores”, el Estado, las autoridades regionales o locales..., que Adjudiquen una concesión para la realización de una de esas actividades”.

Por otro lado, el apartado 2) del mismo artículo 5 define “operador económico”: “...una persona física o jurídica, una entidad pública, o una agrupación de tales personas o entidades, incluidas

Las autoridades de competencia ya se han pronunciado anteriormente en este sentido. Así, la CNC, en su resolución de 31 de agosto de 2010, S/0272/10, CENTRO INTERNACIONAL DE CULTURA CONTEMPORÁNEA, señala que una sociedad pública creada por el Ayuntamiento de San Sebastián, la Diputación Foral de Guipúzcoa y el Gobierno Vasco, al convocar un concurso público para la licitación de la contratación de los servicios de ingeniería para la realización de un proyecto tecnológico, *“no actúa como oferente, sino como demandante de servicios de ingeniería, mercado en el que indudablemente puede afirmarse que no ostenta posición de dominio y, por consiguiente, tampoco puede llevar a cabo una explotación abusiva de esa posición”*.

Igualmente, la CNC ha valorado la actuación del Ayuntamiento de Madrid en licitaciones públicas bajo la óptica de los artículos 1 y 2 de la LDC¹⁰, concluyendo que éste no parecía actuar como operador económico, sino como Administración, subordinada al conjunto de la misión pública de gestión de servicios de interés económico que le impone la ley, de manera que las concesiones objeto del expediente no pueden constituir una conducta de abuso de posición de dominio, debiendo, en su caso, ser impugnadas conforme a otros criterios de legalidad cuyo examen corresponde a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Más recientemente, la resolución del Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía, de 28 de septiembre de 2016, confirma esta línea interpretativa en el ámbito de las concesiones públicas, al establecer:

“Por otro lado, el hecho de que un Ayuntamiento tenga la potestad administrativa de conceder una determinada concesión no implica que exista un mercado de concesiones ni que la potestad de concederlas otorgue al Ayuntamiento una posición dominante en el mercado relevante. Si el Ayuntamiento limitara o dificultara el otorgamiento de concesiones de uso y/o explotación de un bien demanial, podría considerarse que está introduciendo barreras de entrada pero no que está actuando abusivamente en un mercado en el que no actúa como operador.”

En línea con lo anterior, es la empresa concesionaria la que presta el servicio del estacionamiento regulado, estableciendo el Ayuntamiento de Madrid las condiciones en que debe hacerlo a través del contrato de concesión de la gestión de un servicio público. La competencia en este caso se produce *“por”* el mercado, entre los operadores económicos que optan a la misma y, una vez adjudicada, la empresa o empresas concesionarias son las únicas que prestan el servicio objeto de concesión en exclusiva. La competencia *“en”* el mercado dependerá de la amplitud del mercado relevante en el que operen las concesionarias.

las agrupaciones temporales de empresas, que ofrezca en el mercado la ejecución de obras o una obra, el suministro de productos o la prestación de servicios.”

¹⁰ Resolución de la CNC de 17 de mayo de 2012 (expediente SAMAD/010/11 MADRID RÍO).

En todo caso, las concesionarias que disponen de una explotación exclusiva en el mercado del estacionamiento regulado del municipio de Madrid quedan sometidas a las prohibiciones de la LDC, incluidas las de su artículo 2. Así, el comportamiento de las UTEs DEVAS I y DEVAS II y MSM LOTE III y MSM LOTE IV podría ser susceptible de ser analizado por las autoridades de competencia y, en su caso, sancionado, en aplicación del artículo 2 de la LDC.

Teniendo en cuenta el diseño de la concesión, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE¹¹, las normas de competencia se aplicarían cuando la conducta de la empresa pueda considerarse que se ha adoptado a iniciativa propia y que para adoptar esa decisión la empresa en cuestión ha contado con suficiente margen de maniobra¹². Igualmente, como concesionaria de derechos exclusivos, debido a su posición de dominio, la empresa concesionaria deberá actuar en el mercado con una especial responsabilidad.

No obstante, la DGEFP ha considerado en este expediente (fundamentos de derecho décimo y undécimo del IPR) que no existen indicios racionales bastantes que permitan considerar acreditada la existencia de denegación de acceso alguna ni de que, por lo tanto, las UTEs adjudicatarias hayan incurrido en un abuso de posición de dominio prohibido por el artículo 2 de la LDC.

En todo caso, al no participar el Ayuntamiento de Madrid en la prestación directa de estos servicios, ni de ningún otro relacionado o conexo, no es posible poder apreciar una posición de dominio del mismo en el mercado de servicios de pago del estacionamiento regulado mediante App. No cumpliéndose esta condición, no es necesario entrar a valorar los abusos denunciados.

En el presente expediente, las posibles barreras a la competencia derivadas del diseño y contenido del contrato de concensión de la gestión del servicio de

¹¹ Véase, entre otras, la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de octubre de 2010, Asunto C-280/08 Deutsche Telekom v Commission, que establece que “según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, únicamente si una legislación nacional impone a las empresas un comportamiento contrario a la competencia o si crea un marco jurídico que limita por sí mismo cualquier posibilidad de comportamiento competitivo por parte de las empresas, no se aplican los artículos 81 CE y 82 CE. En tal situación, la restricción de la competencia no se debe, como requieren estas disposiciones, a comportamientos autónomos de las empresas. Por el contrario, cabe aplicar los artículos 81 CE y 82 CE si la legislación nacional deja subsistir la posibilidad de una competencia que puede ser obstaculizada, restringida o falseada por comportamientos autónomos de las empresas (sentencia de 11 de noviembre de 1997, Comisión y Francia/Ladbroke Racing, C-359/95 P y C-379/95 P, Rec. p. I-6265, apartados 33 y 34 así como jurisprudencia citada)”.

¹² Si la empresa no tuviera margen de actuación, hay que recordar, que en el ámbito de la Unión Europea, las normas nacionales y las decisiones administrativas de los Estados miembros deben ser compatibles con las normas de la Unión. En este sentido, si las actuaciones de los Estados miembros son contrarias a las normas de competencia, pueden constituir infracciones del artículo 106 del TFUE que establece: “1. 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 y 101 a 109. Ambos inclusive.”

estacionamiento regulado (posible reserva de un mercado conexo al de la concesión) deben abordarse desde otra aproximación, como se explica a continuación.

b) Análisis del contenido del Contrato de concesión

En el ámbito concreto de la contratación pública, cuya regulación viene determinada por el marco de la Unión Europea, las sucesivas reformas de las Directivas europeas y sus normas de transposición han venido potenciando la aplicación de principios de competencia efectiva junto a otros de no discriminación e igualdad de trato entre potenciales candidatos, publicidad, transparencia y eficiencia en el gasto público, a las que deben atenerse los entes adjudicadores.

En este sentido, por su similitud con el supuesto que nos ocupa, conviene recordar el expediente SAMAD/01/18. CONTRATACIÓN PÚBLICA DE COMUNICACIONES MÓVILES, que dio lugar a resolución de la CNMC de 4 de diciembre de 2018, en el marco del cual se había impugnado previamente la actuación del órgano de contratación, que en aquel caso correspondía a un organismo autónomo dependiente del Ayuntamiento de Madrid. La referida impugnación fue resuelta por el Tribunal administrativo de contratación pública de la Comunidad de Madrid declarando la actuación contraria a derecho y, consiguientemente, depurado del ordenamiento jurídico por su disconformidad con la legislación de contratos del sector público.

A mayor abundamiento, la Dirección de Competencia manifestó en un informe de 8 de mayo de 2017 en el marco del expediente CNS/DC/299/17, iniciado a solicitud de EasyPark, denunciante en el presente expediente, que la actuación de los ayuntamientos en el marco de una licitación pública que pudiera dar lugar a la exclusión de esa entidad en el ámbito de los sistemas de pago en zonas de estacionamiento regulado, constituye una actuación como poder adjudicador, sometida a lo previsto en la legislación de contratos públicos. Por esta razón, la Dirección de Competencia manifestó que la revisión de la actuación de un poder adjudicador *“se realizaría a través de los recursos administrativos y contencioso-administrativos previstos en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público”*.

Por otro lado, con carácter general, las intervenciones de las administraciones públicas en las actividades económicas deben responder a los principios -ya consolidados en muchas normas de nuestro derecho administrativo-, de necesidad, proporcionalidad y no discriminación, sin que puedan introducir restricciones y barreras a la competencia que no estén justificadas en un fallo de mercado o en una razón imperiosa de interés general de las establecidas por el TJUE. Ello es igualmente aplicable al ámbito de la contratación pública.

Por lo tanto, el diseño de la propia concesión debe evitar la creación de barreras a la competencia innecesarias o desproporcionadas con los objetivos de la concesión, o la extensión de la posición dominante a actividades o mercados conexos que puedan funcionar en condiciones competitivas de mercado. Esta

es precisamente la cuestión objeto del presente expediente relacionada con la vinculación del servicio de pago por App con el contrato de concesión de la gestión del servicio de estacionamiento regulado en el municipio de Madrid.

Tal y como ha subrayado la DGEPF, el hecho de que se justifique la necesidad de restringir la competencia para la consecución de un determinado objetivo y de que se observe su proporcionalidad (que el bien obtenido supera el perjuicio que se ocasiona) no basta para asegurar que la propuesta normativa es eficiente. Para ello, debe además constatarse que no existe un mecanismo alternativo que permita alcanzar el mismo fin imponiendo una menor distorsión al funcionamiento del mercado.

Pues bien, esta Sala considera que la inclusión del servicio de pago del estacionamiento regulado por medio de Apps como una de las prestaciones del Contrato podría dar lugar a una restricción injustificada de la competencia si no se garantiza el acceso a operadores potenciales en condiciones de igualdad y no discriminación.

Así, mientras que el servicio de estacionamiento regulado debe ser prestado por los municipios, ya en régimen de gestión directa, ya a través de instrumentos de gestión indirecta, el servicio de pago del estacionamiento regulado mediante App puede ser prestado también por otros operadores distintos de los que prestan el primero, incluso por varios de ellos simultáneamente. De lo contrario, ante la falta de competencia entre operadores, podrían incrementarse los precios para los usuarios, limitarse la innovación o perjudicar las posibilidades recaudatorias de la tasa del servicio de estacionamiento regulado al disminuir las opciones de elección de los usuarios en el sistema de pago. En esta línea se ha pronunciado la Autoridad Catalana de la Competencia en su resolución de 30 de noviembre de 2018 (expediente nº 97/2018, PLATAFORMA “DÓNDE APARCAR POR MINUTOS”(BSM)).

Ahora bien, de los hechos investigados, en concreto del hecho acreditado cuarto, se desprende que los pliegos del Contrato no obligan a las adjudicatarias, las UTES DEVAS 1, DEVAS 2, MSM LOTE III, y MSM LOTE IV, a prestar en exclusividad el servicio de pago por App en el municipio de Madrid por razón de la concesión del Contrato. Pero tampoco –hasta la adopción de la Resolución de 27 de marzo de 2018- existe en el contrato cláusula alguna que obligue a las contratistas a permitir el acceso de terceros a la plataforma a través de la que se canaliza la prestación de este servicio. Adicionalmente, según el propio Ayuntamiento, el acceso a esta plataforma y, por tanto, al mercado de la prestación de servicios de pago por App en el municipio de Madrid está condicionado al cumplimiento de una serie de requerimientos técnicos exigidos en los pliegos del Contrato, cuyo cumplimiento pueden exigir las UTES concesionarias por ser las encargadas de gestionar la plataforma.

En respuesta a la circunstancia alegada por el Ayuntamiento para justificar la restricción a la competencia en el marco de la licitación del contrato, en virtud del principio de proporcionalidad, esta Sala debe recordar que en aquellas situaciones en las que un control público sobre la entrada al mercado se justifica

con arreglo a razones de calidad o seguridad, la elección de un mecanismo de cierre absoluto como la concesión a uno o varios operadores en exclusiva no resultaría congruente con el principio de mínima distorsión, ya que tal régimen podría sustituirse por un sistema de autorización administrativa. Tal sería el caso del mercado de servicios de pago del estacionamiento regulado mediante App, de modo que todas aquellas entidades capacitadas para ofrecer el servicio en condiciones que permitan la recepción de las tasas correspondientes por el Ayuntamiento, bajo determinados parámetros de seguridad, deberían poder entrar en el mercado, si así lo consideran, con el mero cumplimiento de determinados requisitos cuya imposición sólo corresponde a la Administración.

Por tanto, esta Sala coincide con la DGEPF en que, en este concreto particular, una solución proporcionada sería abrir la prestación del servicio de pago por App a otros posibles prestadores del servicio en igualdad de derechos y obligaciones, siendo esta solución más congruente con el principio de mínima distorsión que la elección de una modalidad de cierre absoluto del mercado durante varios años por medio de la prestación del servicio de pago del estacionamiento regulado por App únicamente por los concesionarios, aun cuando, como ocurre en este caso, el contrato se halle dividido en lotes por zonas con cuatro adjudicatarios.

En este sentido, aun cuando se haya licitado de forma conjunta, como es el caso, la prestación de servicios de estacionamiento regulado y la de pago del estacionamiento regulado por App, esta Sala considera que la existencia de un contrato de gestión de servicios públicos en su modalidad de concesión sobre el servicio de pago por App del estacionamiento regulado podría, sin perjuicio de la obligación del concesionario de prestar el servicio de pago por App del estacionamiento regulado y respetando su derecho a la contraprestación económica establecida en el Contrato, ser compatible con la articulación de fórmulas jurídicamente admisibles que permitiesen también a otros operadores prestar el servicio de pago por App del estacionamiento regulado en igualdad de condiciones entre todos los operadores, es decir, sin exclusividad por parte de los concesionarios, al considerarse un deber de servicio inherente a la ejecución del Contrato y no un derecho exclusivo.

Todo lo anterior lleva a considerar que no es imprescindible que el servicio de pago del estacionamiento regulado mediante App se incluya entre las prestaciones que realizan en exclusiva las cuatro entidades adjudicatarias del Contrato, por lo que, en aras de mantener la libre competencia en este mercado, resulta necesario que se permita el acceso a la plataforma integral del contrato a todos los operadores que estén interesados en ello. Cabe recordar, por otro lado, como ya se ha indicado, que no consta acreditado en este expediente que dicho acceso haya sido negado por parte de las UTEs DEVAS 1, DEVAS 2, MSM LOTE III y MSM LOTE IV.

La misma fundamentación se reprodujo por esta Sala en la resolución de la CNMC de 4 de octubre de 2018 (expte. SAMAD/01/2016 CEMENTERIOS DE LEGANÉS), donde se definieron las obligaciones que correspondían a una entidad (FUNEMADRID) que es concesionaria de la explotación del cementerio

de Leganés, con respecto a las solicitudes que otras empresas le dirigieran para prestar sus propios servicios en este cementerio:

“No debe olvidarse que a FUNEMADRID, como gestor de un cementerio público, también debe exigírsele un plus de responsabilidad en lo que se refiere al cumplimiento de los principios de igualdad de trato y libre acceso a las instalaciones públicas para la prestación de aquellos servicios que no están atribuidos en exclusiva a la concesionaria, como es el caso de los servicios de arte funerario que, además, no están sujetos a intervención pública ya que son de libre prestación. El concesionario, en la gestión del servicio público, actúa en sustitución de la Administración pública que le encarga la prestación del servicio público por lo que no puede obviar en su gestión los principios que deben inspirar la actuación de la Administración en beneficio del interés público.”

En consecuencia, esta Sala entiende que, en el presente caso, los obstáculos a la competencia no estarían vinculados a la posible existencia de una conducta anticompetitiva del artículo 2 de la LDC por parte del Ayuntamiento de Madrid en la adjudicación del Contrato sino, en su caso, en el diseño y contenido del contrato.

De hecho, a tal fin se dirigían los compromisos que el Ayuntamiento presentó en el marco de la pieza separada en la que se realizaron negociaciones tendentes a la terminación convencional del presente expediente. En particular, la propuesta de compromisos que se plasma en la Instrucción, anteriormente mencionada, por la que se establecen los requisitos técnicos con los que se debe prestar el servicio de pago por móvil de la tasa del SER, así como las obligaciones y derechos de los operadores interesados en prestar el referido servicio de pago por App, e instrucciones a las concesionarias del Contrato¹³ se indica lo siguiente:

“Para la gestión de los distintos servicios del CIM, el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) obliga a los contratistas a desarrollar, implantar y mantener una Plataforma Integral de la Información y Comunicaciones (en adelante, “Plataforma”), que contenga la información procedente de diferentes aplicaciones informáticas de soporte de todos los servicios del contrato y proporcione, a la Administración municipal, toda la información necesaria para garantizar el funcionamiento, la gestión y el control de las prestaciones.

[...]

Las concesionarias de los Lotes 1 a 4 del CIM deberán permitir integrarse en la Plataforma a cualquier empresa titular de una App de pago por móvil interesada en colaborar en la recaudación de la Tasa

¹³ Instrucción nº 1/2018

siempre y cuando cumplan los requisitos derivados de la presente Instrucción y de la normativa de aplicación en cada momento.

La información, documentación y trato que faciliten las concesionarias a las empresas titulares de App que se muestren interesadas deberá garantizar, al menos, los siguientes principios básicos:

- 1. Igualdad de trato y no discriminación: la información, documentación y condiciones deberán ser las mismas para todas las empresas titulares de App interesadas. Se debe garantizar la igualdad de oportunidades entre todas las empresas no facilitando más ni menos información a ninguna empresa.*
- 2. Certeza: la documentación e información que se facilite deberá ser completa y recoger todos los aspectos críticos que puedan ser tomados en consideración por parte de las App interesadas.*
- 3. Prohibición de cualquier conducta que limite la competencia, como por ejemplo, establecer acuerdos para fijar precios, limitaciones a la innovación o limitar la calidad de la prestación. No obstante, en todo caso, es preciso el cumplimiento de las Ordenanzas aplicables y de la presente Instrucción. No crear ni fortalecer artificialmente barreras ni de entrada ni de salida que dificulte el acceso o la salida a las empresas interesadas.*

[...]

Por el Ayuntamiento de Madrid se concederá la condición de “empresa habilitada para operar mediante App de pago de la tasa SER” en el plazo máximo de 45 días hábiles desde la solicitud. En caso de que la documentación presentada por la empresa titular de la App no sea adecuada o completa, o en caso de que las pruebas no sean de conformidad, antes de finalizar el plazo máximo estipulado las concesionarias deberán informar a la titular de la App y al Ayuntamiento.”

La Sala considera que esta especificación viene a completar el contrato determinando expresamente las obligaciones de los concesionarios para el acceso de terceros con igualdad de trato y no discriminatorio, sin perjuicio de la aplicación de la normativa de defensa de la competencia ante la existencia, en su caso, de indicios de abusos o conductas colusorias que pudieran derivar de la conducta de las entidades adjudicatarias por el hecho de ser las encargadas de gestionar el acceso de terceros en la plataforma.

En definitiva, esta Sala concluye que se trata de una actuación que no resulta sancionable por infracción del artículo 2 de la LDC, dado que no es posible atribuir al Ayuntamiento de Madrid una posición de dominio en el mercado relevante analizado.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, la **SALA DE COMPETENCIA** del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

HA RESUELTO

ÚNICO.- Declarar que no ha resultado acreditado que las actuaciones descritas en la denuncia interpuesta por EasyPark constituyan una conducta prohibida por el artículo 2 de la LDC, llevada a cabo por el Ayuntamiento de Madrid, consistente en un abuso de posición de dominio.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección General de Economía, Estadística y Competitividad la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda de la Comunidad de Madrid y notifíquese fehacientemente a la totalidad de las partes interesadas haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.

Voto particular que formula la consejera D^a María Pilar Canedo en el expediente

En el ejercicio de la facultad que me confiere el artículo 11.3 del Reglamento de funcionamiento interno de la CNMC y con el máximo respeto a la opinión de la mayoría de la Sala de Competencia de la CNMC, formulo el presente voto particular **discordante de la calificación jurídica de los hechos recogidos en la resolución y la consecuencia jurídica que de ella se deriva**¹⁴.

1. Objetivo y contenido del Voto particular

1. El objetivo de este Voto particular es manifestar mi desacuerdo con el archivo del expediente por considerar que la autoridad de competencia no está cumpliendo adecuadamente su función de aplicar la normativa de competencia de manera eficiente en el mercado. Con el archivo se sienta un precedente respecto de las posibilidades de actuación de una autoridad de competencia con el que esta consejera no se muestra conforme, que carece de amparo en la ley o la jurisprudencia y que no garantiza la protección del interés general.

La citada consideración se basa en las siguientes razones que serán objeto de desarrollo a continuación.

2. La resolución realiza una valoración inadecuada de la relación existente entre la vía de la promoción de la competencia en su faceta de impugnación de actos administrativos y la de defensa de la competencia. Es decir, afirma que cuando un acto puede impugnarse, no puede ser objeto de apertura de un expediente sancionador. Esa valoración priva a la autoridad de competencia de poderes ejecutivos sin amparo legal y limita en consecuencia de manera inadecuada las posibilidades del organismo de contribuir al bienestar de los ciudadanos siendo contraria al artículo 103.1 CE (principio de eficacia y pleno sometimiento a la Ley y al Derecho en la actuación administrativa) y al artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (derecho de los ciudadanos a una buena administración).

3. La resolución realiza una categorización de la actuación de la administración objeto del expediente que tiene la consecuencia de dejar su actuación fuera de la aplicación de la normativa de competencia. Esa calificación restringe inadecuadamente las posibilidades de proteger al mercado y los consumidores ante actuaciones de los poderes públicos. Además, no es acorde con los precedentes jurisprudenciales existentes en nuestro ordenamiento jurídico.

4. La resolución realiza una tipificación de la conducta analizada que desconoce la posible participación en una conducta anticompetitiva de un agente que no opera en un mercado y que actúa en el mismo como facilitador de la conducta de terceros lo que desconoce jurisprudencia asentada que resulta crucial en los mercados de varias caras cada vez más habituales en nuestra sociedad.

¹⁴ Reglamento de Funcionamiento Interno de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, CNMC, aprobado por el Pleno del Consejo, el 4 de octubre de 2013.

2. Elementos de la resolución que justifican el Voto

5. El presente expediente **considera no acreditada** la existencia de una infracción de la LDC en los hechos investigados por la Dirección General de Economía, Estadística y Competitividad de la Comunidad de Madrid.

El órgano instructor, sin embargo, había concluido que la conducta es constitutiva de una infracción del artículo 2 de la LDC tipificada como muy grave en el artículo 62.4.b) de la LDC de la que resulta responsable el Excmo. Ayuntamiento de Madrid; en consecuencia, propone que se valore la posible imposición de una sanción pecuniaria y que se intime al Ayuntamiento a la adopción de las medidas que permitan a otros operadores interesados prestar también el servicio de pago por *app* del servicio del estacionamiento regulado en la ciudad de Madrid en condiciones no discriminatorias.

6. Los **hechos** de la resolución parten de la existencia de un contrato de concesión que “tiene por objeto la gestión, regulación y control del estacionamiento de vehículos en determinadas zonas y plazas de la vía pública” en Madrid para su adjudicación a través de un procedimiento abierto. El mismo contiene 4 lotes relevantes a efectos de este expediente sancionador basados en la definición de áreas geográficas. Cada uno de ellos fue adjudicado a una UTE.

El pliego de prescripciones técnicas del contrato indica, en 2013, que los parquímetros **tendrán** habilitados una serie de sistemas de pago del servicio por el usuario, sin perjuicio de que **puedan** ser ampliados a través de cualquier otro medio o dispositivo que en el futuro la tecnología permita. Entre ellos se encuentra el pago a través de dispositivos electrónicos móviles. El pliego **exige** a las entidades adjudicatarias la creación de una plataforma **integral** que permita los pagos mediante aplicaciones móviles en todo el territorio afectado por el contrato. Las adjudicatarias definieron que el pago se realizase por medio de tres sistemas de pago, propiedad de tres operadores vinculados con ellas mismas que se han definido como compatibles permitiendo en pago en todo el territorio con cualquiera de ellas.

Sin embargo, ha quedado igualmente acreditado (Hecho 4) que, el Ayuntamiento ha manifestado “que el contratista puede desarrollar el trabajo/servicio con los medios personales y materiales que considere necesarios” y (Hecho 7) que ante la solicitud realizada por el denunciante de acceder a la plataforma integral de pagos por aplicación móvil, **el Ayuntamiento no facilitó el acceso alegando que el mismo se rige por el Pliego de Prescripciones técnicas.**

Solo como resultado de la Terminación Convencional iniciada por el servicio de instrucción en materia de competencia de la Comunidad de Madrid el Ayuntamiento dictó las instrucciones publicadas en 2018 que establecen la **obligación** a las concesionarias de garantizar el acceso a la plataforma a cualquier empresa interesada en participar en el servicio, “siempre y cuando cumplan los requisitos derivados de la presente instrucción y de la normativa de

aplicación en cada momento” (Hecho 8) **sin exigir expresamente estableciendo los cauces eficientes para garantizarlo un acceso no discriminatorio a la misma** (tal como sería exigible por aplicación de la LDC tanto para el propio ayuntamiento como para las adjudicatarias).

7. Partiendo de los mencionados hechos, la Sala realiza varias observaciones que son básicamente **compartidas por esta Consejera**.

Recuerda, en primer lugar, la relevancia de la aplicación de la normativa de competencia en la contratación pública y mantiene que “las intervenciones de las administraciones públicas en las actividades económicas deben responder a los principios -ya consolidados en muchas normas de nuestro derecho administrativo- de necesidad, proporcionalidad y no discriminación, sin que puedan introducir restricciones y barreras a la competencia que no estén justificadas en un fallo de mercado o en una razón imperiosa de interés general de las establecidas por el TJUE. Ello es igualmente aplicable al ámbito de la contratación pública”.

También afirma la resolución que “el diseño de la propia concesión **debe** evitar la creación de barreras a la competencia innecesarias o desproporcionadas con los objetivos de la concesión, o la extensión de la posición dominante a actividades o mercados conexos que puedan funcionar en condiciones competitivas de mercado” y que “la inclusión del servicio de pago del estacionamiento regulado por medio de Apps como una de las prestaciones del Contrato **podría dar lugar a una restricción injustificada de la competencia si no se garantiza el acceso a operadores potenciales en condiciones de igualdad y no discriminación**”.

Del mismo modo afirma la Sala que “en aquellas situaciones en las que un control público sobre la entrada al mercado se justifica con arreglo a razones de calidad o seguridad, **la elección de un mecanismo de cierre absoluto como la concesión a uno o varios operadores en exclusiva no resultaría congruente con el principio de mínima distorsión**, ya que tal régimen podría sustituirse por un sistema de autorización administrativa. **Tal sería el caso del mercado de servicios de pago del estacionamiento regulado mediante App**, de modo que todas aquellas entidades capacitadas para ofrecer el servicio en condiciones que permitan la recepción de las tasas correspondientes por el Ayuntamiento, bajo determinados parámetros de seguridad, deberían poder entrar en el mercado, si así lo consideran, con el mero cumplimiento de determinados requisitos cuya imposición sólo corresponde a la Administración”.

8. A pesar de esas afirmaciones, la conclusión a que llega la Sala, de manera mayoritaria, es que el expediente debe ser archivado. Para ello se basa en los siguientes argumentos:

- que “las posibles barreras a la competencia derivadas del diseño y contenido del contrato de concesión de la gestión del servicio de

estacionamiento regulado (posible reserva de un mercado conexo al de la concesión) **deben** abordarse desde otra aproximación”.

- que el Ayuntamiento “es, en este caso, de acuerdo con la normativa vigente, un “**órgano de contratación**” o “**poder adjudicador**” de una concesión de ámbito local para la gestión del estacionamiento regulado en el municipio de Madrid” y **por tanto no actúa “como operador económico sino como administración**”. De este modo determina que “las concesiones objeto del expediente no pueden constituir una actuación anticompetitiva o abusiva, debiendo, en su caso, ser impugnadas conforme a otros criterios de legalidad cuyo examen corresponde a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”.

- que “**al no participar** el Ayuntamiento de Madrid en la prestación directa de estos servicios, ni de ningún otro relacionado o conexo, **no es posible poder apreciar una posición de dominio** del mismo en el mercado de servicios de pago del estacionamiento regulado mediante App”.

Estas afirmaciones no pueden ser compartidas por quien suscribe este Voto por varias razones que se exponen a continuación¹⁵.

A. Sobre la vía de la promoción como alternativa excluyente de la defensa de la competencia

9. Como veíamos, la Sala afirma que “las posibles barreras a la competencia derivadas del diseño y contenido del contrato de concesión de la gestión del servicio de estacionamiento regulado (posible reserva de un mercado conexo al de la concesión) **deben** abordarse desde otra aproximación”.

La Sala manifiesta que “la actuación del Ayuntamiento constituye una actuación como poder adjudicador, sometida a lo previsto en la legislación de contratos públicos. Por esta razón, la Dirección de Competencia manifestó que la revisión de la actuación de un poder adjudicador “se realizaría a través de los recursos administrativos y contencioso-administrativos previstos en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público”.

Por esa razón – y aunque como hemos visto la Sala considera que “la inclusión del servicio de pago del estacionamiento regulado por medio de Apps como una de las prestaciones del Contrato **podría dar lugar a una restricción injustificada** de la competencia si no se garantiza el acceso a operadores potenciales en condiciones de igualdad y no discriminación”; que “la elección de un mecanismo de cierre absoluto como la concesión a uno o varios operadores en exclusiva **no resultaría congruente con el principio de mínima distorsión**”; que “en aras de mantener la libre competencia en este mercado, **resulta necesario** que se permita el acceso a la plataforma integral del contrato a todos

¹⁵ Resultan de especial interés los estudios comparados publicados FIDE *Public Procurement Law: Limitations, Opportunities and Paradoxes* en el XXVI Congress celebrado Copenhagen, 2014. Congress Publications Vol. 3. <http://www.en.kammeradvokaten.dk/eu>

los operadores que estén interesados en ello”, y que “el diseño de la propia concesión **debe** evitar la creación de barreras a la competencia innecesarias o desproporcionadas con los objetivos de la concesión, o la extensión de la posición dominante a actividades o mercados conexos que puedan funcionar en condiciones competitivas de mercado”- la Sala concluye que se trata de una actuación “que podría ser merecedora” de un análisis por la autoridad de competencia desde la perspectiva de la promoción de la competencia pero que no resulta sancionable.

10. Sobre esta cuestión se pronunció el Tribunal Supremo en una Sentencia crucial en este caso 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 examinando¹⁶.”

De las citadas afirmaciones debe deducirse, en opinión de esta Consejera, 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 contrario, 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.

11. Los **hechos probados** en el expediente acreditan dos cuestiones: la primera que el contrato no establecía un régimen de exigencia para los adjudicatarios de permitir el acceso a terceros a las plataformas de pago en condiciones de igualdad y no discriminación como exige la Ley; la segunda que ante la solicitud del denunciante de integrarse en la plataforma de pagos el Ayuntamiento realizó acciones materiales de negativa al mismo remitiéndose a los citados pliegos.

Las instrucciones aprobadas en la negociación tendente a la Terminación Convencional infructuosa suponen un reconocimiento por parte del

¹⁶ 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>.

Ayuntamiento de que el contrato requería de adaptaciones para cumplir ese objetivo de protección del interés general.

12. Ante esta situación la autoridad de competencia tendría varias posibilidades de reacción.

Podría sin duda haber actuado por la vía de la promoción *ex ante*, con carácter previo a la existencia del contrato, realizando recomendaciones a todas las administraciones para que, generalizada una opción de actuación que quizá en 2013 cuando se suscribió el contrato no estaba tan habitual, opten por sistemas de pago que garanticen el acceso al mayor número posible de operadores. De este modo se promovería la posibilidad de que los ciudadanos se beneficien de las ventajas que se derivan de la competencia entre los operadores (en precios, prestaciones o calidad del servicio recibido). Así se podría recomendar que la gestión de la plataforma integral se realice por operadores independientes de los prestadores a fin de evitar los problemas de acceso a los datos o infraestructuras en condiciones de igualdad que se verifican cuando existe identidad entre los operadores que gestionan la plataforma y los sistemas que a ella se enganchan (como sucede en el sistema diseñado en las instrucciones aprobadas por el ayuntamiento en que el incentivo de los adjudicadores es, lógicamente, de favorecer a sus propias entidades limitando la competencia).

En segundo lugar, también se habría planteado la posibilidad (aún dentro de la vía de la promoción de la competencia, pero en este caso *ex post*) de impugnar los pliegos en el momento en que se publicaron, si ya en aquel momento se hubiese detectado el problema de cierre de mercado de *apps* de pago que se está analizando.

Sin embargo, esta posibilidad tiene en nuestro ordenamiento jurídico una limitación temporal acusada, dado que los plazos de impugnación son, en general, de dos meses. Transcurrido ese plazo, las posibilidades de impugnación quedan limitadas (siendo tan solo posible impugnar los posibles actos de ejecución).

Por esta razón 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).

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.

Esta opción, en situaciones de mercados digitales rápidamente cambiantes como el que se analiza, no parece asumible, máxime ante la existencia de una interpretación de la ley perfectamente posible y que se deduce de la sentencia mencionada del Tribunal Supremo.

13. La exigida eficacia en la actuación de la Administración -y en consecuencia todas las administraciones y entes públicos, así como de las autoridades de competencia - impide esta interpretación limitativa de las capacidades abiertas por la Ley a las autoridades de competencia.

La misma no podría considerarse conforme con el artículo 103.1 de la Constitución Española que consagra el principio de eficacia y pleno sometimiento a la Ley y al Derecho en la actuación administrativa ni tampoco con el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que recoge el derecho de los ciudadanos a una buena administración.

Así lo han confirmado diversas resoluciones administrativas y judiciales confirmatorias¹⁷. Entre las que destaca precisamente la Resolución de la Autoridad Catalana de la Competencia en el Expediente *Institut Municipal de Parcs i Jardins* de Barcelona que fue recurrida por la CNMC por consideraciones similares a las defendidas en esta resolución y confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña¹⁸.

14. Por todo ello esta Consejera considera que las afirmaciones contenidas en la resolución de las que puede deducirse la existencia de dos vías necesariamente alternativas de promoción (incluyendo impugnación) y defensa sentarían un precedente sin base legal ni jurisprudencial y contrario al interés general que esta institución debe garantizar.

¹⁷ Véase la Resolución de la Autoridad Vasca de la Competencia, Expte. 07/2011, Contrato Telefónico Ayuntamiento de Bilbao, de 7 de septiembre de 2012, confirmada por Sentencia del Tribunal Supremo Sala Tercera Recurso 940/2012 de 23 de mayo de 2017 y la más reciente Resolución de la Autoritat Catalana de la Competencia de 19 de diciembre de 2018. Expediente 79/2016, APARCAMIENTO SANT JOAN DESPÍ que analiza unos hechos próximos a los que son objeto de este expediente y los finaliza por medio de una Terminación Convencional cuyo objeto es paralizar la conducta de manera rápida y eficiente.

¹⁸ Resolución de la l'Autoritat Catalana de la Competència de 14 de julio de 2014 Expediente Institut Municipal de Parcs i Jardins de Barcelona recurrida por la CNMC y confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en Sentencia de 1 de junio de 2017 Recurso 462/2014. En aquel caso la ACCO impone una sanción por licitar una exclusiva de suministro de determinadas marcas de productos y, en el ámbito de los helados, también de la distribución que posteriormente eran impuestas a los chiringuitos adjudicatarios de las licencias de ocupación en las playas de Barcelona. En el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato de exclusiva de marca de productos a distribuir en los quioscos de las playas de Barcelona se fija un canon mínimo anual de 425.000 euros. La sentencia confirma que la conducta era constitutiva de infracción.

B. Sobre la naturaleza de la actuación del Ayuntamiento en la práctica analizada

15. La resolución manifiesta que “las intervenciones de las administraciones públicas en las actividades económicas deben responder a los principios (...) de necesidad, proporcionalidad y no discriminación, sin que puedan introducir restricciones y barreras a la competencia que no estén justificadas en un fallo de mercado o en una razón imperiosa de interés general de las establecidas por el TJUE. Ello es igualmente aplicable al ámbito de la contratación pública”. Recuerda igualmente la doctrina asentada en virtud de la cual la administración **debe** actuar de manera conforme al interés general y **debe** evitar restricciones y barreras a la competencia que no estén justificadas por su vinculación con razones imperiosas de interés general. Declara que en el ámbito de la contratación pública los principios de competencia efectiva; transparencia y eficiencia en el gasto público; no discriminación e igualdad de trato entre los potenciales candidatos **son imperativos** para los poderes adjudicadores.

16. Continuando con esta línea de argumentación, esta consejera considera que son precisamente esos principios los que están en la esencia y el sentido originario de la normativa de contratación pública con fundamento “más allá de nuestras fronteras”, tal como reconoce el Preámbulo de la Ley de Contratos del Sector Público¹⁹.

Esta regulación, tiende, estableciendo procedimientos garantistas, a permitir a todos los operadores capacitados intervenir en los procesos de contratación en igualdad de condiciones para conseguir la máxima eficiencia en el gasto público y la máxima calidad en los productos y servicios contratados. No en vano, los objetivos que inspiran la Ley son “lograr una mayor transparencia en la contratación pública” para “conseguir una mejor relación calidad-precio”. No en vano la Ley de Contratos establece la obligación de los órganos de contratación de velar por que el diseño de los criterios de adjudicación esté diseñado para alcanzar los citados objetivos. Expresamente se establece que “el sistema legal de contratación pública que se establece en la Ley persigue que la contratación pública “se utilice como instrumento para implementar” una serie de políticas entre las que se encuentra la de competencia.

17. No solo es la Ley de contratos del Sector público la que condiciona la actuación de las Administraciones. En el ordenamiento jurídico español no cabe

¹⁹ Véase el punto primero del citado Preámbulo cuando establece referencias a la « actividad normativa de instituciones de carácter internacional, como es el caso de la OCDE, de UNCITRAL –en el ámbito de la ONU–, o, especialmente, de la Unión Europea ». 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-A-2017-12902.

poner en duda **que el ejercicio de una potestad pública no exime a la Administración del cumplimiento de la legalidad.**

La mencionada Sentencia del Tribunal Supremo de 2016 en Vinos de Jerez afirmó que la Administración puede considerarse responsable de un cártel incluso si no actúa como operador económico en el caso de que su papel sea activo y vaya más allá de sus funciones propias²⁰. 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”**²¹.

En esta sentencia el Alto Tribunal habla de **“sujeción al derecho de la competencia”** de la Administración y no se refiere tan solo al artículo 1 de la LDC. Aunque los hechos sobre los que resuelve se refieren a un acuerdo, la Sentencia no limita sus conclusiones a la aplicación del citado precepto. De hecho, en varias ocasiones se refiere de manera general al Derecho de la Competencia, razón por la que no excluye que las conclusiones que respecto de aquellos hechos el Tribunal extrae respecto de un acuerdo colusorio (artículo 1 LDC) puedan aplicarse a conductas de la Administración tipificadas como abuso de posición de dominio (artículo 2 LDC) o competencia desleal con afectación al interés general (artículo 3 LDC) si se cumplen las exigencias determinadas en la citada Sentencia.

Debe recordarse en este sentido, por resultar de aplicación al análisis realizado en la resolución por la Sala y que se contradice en este Voto, la doctrina apuntada en la citada Sentencia de referencia 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”**.

18. Cuando la Administración toma la decisión de prestar un servicio por medio de un contrato público, la Ley de contratos del Sector Público establece una serie de obligaciones procedimentales complejas que, como veíamos, tienen el objetivo de garantizar los principios de transparencia para “conseguir una mejor relación calidad-precio”.

²⁰ 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> (última consulta 30 de julio de 2018).

²¹ 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.

Al tomar la decisión de realizar un contrato abierto para la prestación del servicio, el Ayuntamiento se constituye, precisamente, en **la** entidad que tiene capacidad para determinar las condiciones en que las empresas adjudicatarias van a prestar el servicio a los ciudadanos. Al ser precisamente la administración quien tiene la capacidad de determinar de manera unilateral las condiciones de prestación del servicio en el mercado, tal como se reconoce en la resolución de archivo, la administración **debe** hacerlo en condiciones de eficiencia. Tal como reconoce igualmente la resolución, la creación de barreras de entrada en la prestación del servicio **debe** estar basada en razones de eficiencia y protección de razones de imperioso interés general y las barreras de acceso a la plataforma integral de pagos móviles **no resultan necesarias para proteger razón alguna de interés general ni tienen por tanto justificación.**

Es decir, la administración es, precisamente, quien ostenta **la aptitud para generar un resultado económicamente dañoso o restrictivo de la competencia en el mercado** en el sentido definido por el Tribunal Supremo en la Sentencia Vinos de Jerez y su actuación debe ser analizada desde la perspectiva de la LDC.

19. Tal como se recoge en la resolución, la Ley 16/2009 sobre servicios de Pago recoge en su artículo 8 algunas obligaciones de acceso a los sistemas de pago que conviene recordar.

1. Las **normas de acceso a los sistemas de pago** de los proveedores de servicios de pago autorizados que sean personas jurídicas **serán objetivas, no discriminatorias y proporcionadas y no dificultarán el acceso** más de lo que sea necesario para prevenir riesgos específicos, tales como riesgos de liquidación, riesgos operativos y riesgos de explotación, y garantizar la estabilidad operativa y financiera del sistema de pago.

En particular, los sistemas de pago no podrán imponer a los proveedores de servicios de pago, a los usuarios de servicios de pago o a otros sistemas de pago, ninguno de los requisitos siguientes:

- a) normas que restrinjan la participación efectiva en otros sistemas de pago;
- b) normas que discriminen entre los proveedores de servicios de pago registrados en relación con los derechos, obligaciones y facultades de los participantes; ni,
- c) cualquier restricción basada en el estatuto institucional.”

De la citada norma se desprende, precisamente, que la Administración no solo no tiene amparo legal para realizar restricciones en el acceso a los medios de pago, sino que existe una prohibición normativa de imponerlas.

Lo mismo podría decirse de la Ley sobre reutilización de la información del sector público que se centra específicamente²². Su Preámbulo establece que “la información generada desde las instancias públicas, con la potencialidad que le otorga el desarrollo de la sociedad de la información, posee un gran interés para las empresas a la hora de operar en sus ámbitos de actuación, contribuir al crecimiento económico y la creación de empleo, y para los ciudadanos como elemento de transparencia y guía para la participación democrática”²³. Por ello la Directiva Europea que traspone se adoptó “con la finalidad de explotar el potencial de información del sector público y superar las barreras de un mercado europeo fragmentado estableciendo unos criterios homogéneos, asentados en condiciones equitativas, proporcionadas y no discriminatorias para el tratamiento de la información susceptible de ser reutilizada por personas físicas o jurídicas”²⁴. La citada norma establece que los documentos que obran en poder de las Administraciones y organismos del sector público **deben poder ser reutilizados** por personas físicas o jurídicas, con fines comerciales o no comerciales y su artículo 6 establece una **prohibición de los derechos de uso exclusivo** con muy limitadas excepciones. En concreto la Ley establece que “las Administraciones y organismos del sector público **deben adecuarse a las normas de competencia, evitando acuerdos exclusivos**. No obstante, la ley prevé una excepción a este principio cuando, con vistas a la prestación de un servicio de interés económico general, pueda resultar necesario conceder un derecho exclusivo a la reutilización de determinados documentos del sector público.”

Los datos generados por el contrato de estacionamiento para las empresas adjudicatarias generan una riqueza que, posiblemente, no se había previsto en 2013 cuando el mismo fue diseñado pero que, como se pone de manifiesto en este expediente ha generado un mercado separado para las aplicaciones de pago móvil. Esta norma no se estaría respetando sin embargo por el Ayuntamiento en el momento en que rechaza el acceso de la denunciante a la plataforma integral y los datos que la misma genera.

20. De todo cuanto antecede, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la mencionada Sentencia Vinos de Jerez, pueden alcanzarse dos conclusiones:

- que la aplicación de la normativa de competencia está determinada por la aptitud de la conducta realizada para causar “un resultado

²² Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, BOE nº. 276, de 17/11/2007.

²³ La Ley hace específica referencia a los documentos creados por la administración pero nada obstaría a que la misma sea aplicable a los datos generados por la administración por su operativa directa o indirecta.

²⁴ Directiva 2003/98/CE, de 17 de noviembre de 2003, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la reutilización de la información del sector público.

económicamente dañoso o restrictivo de la competencia en el mercado”,
aptitud que ostenta en este caso el Ayuntamiento y

- que no debe sustraerse del ámbito de aplicación del Derecho de la Competencia cualquier conducta que se realice al amparo de una norma sino, únicamente, aquéllas a las que una Ley autorice con la específica finalidad -expresa o implícita- de excluirlas del ámbito de aplicación de las prohibiciones, lo que en este caso no solo no ocurre, sino que **existen normas que obligan a la administración a actuar de manera distinta a como lo ha realizado.**

Es decir, que aunque no se considere que la administración actúa como operador económico, le es de aplicación en este caso la normativa de competencia.

21. En cualquier caso, debe manifestarse que un poder adjudicador, al proveerse de productos o servicios en un mercado como el investigado, cumple las exigencias jurisprudenciales para ser considerado **operador económico**²⁵. 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”²⁶.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea manifiesta, en su Sentencia *EasyPay and Finance Engineering* (ap. 37)²⁷:

“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*, C-138/11, EU:C:2012:449, apartado 35)”²⁸.

²⁵ 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.

²⁶ 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>).

²⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de octubre de 2015 Asunto C-185/14 (ECLI :EU:C:2015:716).

²⁸ La misma sentencia establece que « para rechazar la calificación de actividad económica, la mencionada actividad **debe formar parte indisociable, por su naturaleza, por su objeto y por las normas a las que está sujeta**, del sistema nacional de pensiones de jubilación (véase, por

22. En el caso objeto del expediente, el Ayuntamiento concede la gestión regulacion y control del estacionamiento de vehículos en determinadas zonas de la vía pública incluyendo en las prescripciones técnicas la exigencia de que los parquímetros tengan habilitados una serie de sistemas de pago entre los que se recogen las aplicaciones móviles. Tal como se afirma en la resolución de archivo, el contrato afecta a dos mercados (el de estacionamiento regulado y el de pago por el mismo) y la conducta se produce en el segundo de ellos.

Sin entrar en la categorización que el Ayuntamiento tendría en el mercado del aparcamiento (determinando por ejemplo las ubicaciones en que puede realizarse el aparcamiento), en el mercado de las aplicaciones de pago no resultaría posible considerar al Ayuntamiento como ajeno al concepto de operador que hemos definido²⁹.

Analizada la operativa del contrato, el Ayuntamiento opera de manera equivalente a las plataformas de varios lados en la medida en que actúa como gestor que intermedia entre los usuarios (ciudadanos que aparcan) y los oferentes del servicio (empresas que prestan o pretenden prestar el servicio de pago por app). Su actuación en el lado de la oferta (limitando la entrada de oferentes en los pliegos y en su respuesta al denunciante) está limitando por medio de una exclusividad sin amparo legal la competencia en el mismo. No existe justificación económica o amparo jurídico que permita al gestor de un mercado de varios lados evitar la competencia en uno de ellos. Es decir, no existe razón para que el Ayuntamiento no deba garantizar (en aras de un supuesto *iure imperii* inexistente en este caso) la eficiencia y la equidad en el lado de la oferta³⁰.

Siendo esto así, esta Consejera no puede compartir la afirmación realizada en la resolución en virtud de la cual, al actuar el Ayuntamiento poder adjudicador en el caso analizado no le sería de aplicación la LDC³¹.

23. Por todo ello, concluye esta Consejera que el Ayuntamiento está sometido a la aplicación de la normativa de competencia para garantizar la máxima ventaja para el interés general.

Empleando las palabras que usó en el supuesto mencionado el Tribunal Supremo, en este caso, como en el que sirve de base a la Sentencia mencionada, la administración **“desempeñó un papel relevante en la**

analogía, la sentencia *Aéroports de Paris/Comisión*, C-82/01 P, EU:C:2002:617, apartado 81) » indisolubilidad que no se verifica en el caso analizado.

²⁹ No puede obviarse que el propio Tribunal Supremo en la Sentencia *Vinos de Jerez* ha manifestado que “no siempre resulta sencillo determinar si una Administración está actuando, o no, en el ejercicio de potestades públicas”.

³⁰ No cabe por tanto plantear que exista identidad con la resolución dictada en el Asunto C-205/03 P *FENIN v Commission*, 2006, ECR I-6295.

³¹ Véase la Resolución dictada en el Asunto C-159/11, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce and Others*.

distorsión del mercado y la perturbación de la competencia” por lo que la normativa de defensa de la competencia debe resultar de aplicación.

En la misma línea ya se ha pronunciado quien suscribe este Voto en el que emitió en la Resolución de la CNMC en el expediente Licitaciones de Aplicaciones informáticas y en el correspondiente Voto particular en el caso del IAM³².

C. Respeto de la tipicidad de la conducta analizada

24. La resolución manifiesta que “al no participar el Ayuntamiento de Madrid en la prestación directa de estos servicios, ni de ningún otro relacionado o conexo, no es posible poder apreciar una posición de dominio del mismo en el mercado de servicios de pago del estacionamiento regulado mediante App. No cumpliéndose esta condición, no es necesario entrar a valorar los abusos denunciados”. La Sala entiende que, en el presente caso, “los obstáculos a la competencia no estarían vinculados a la posible existencia de una conducta anticompetitiva del artículo 2 de la LDC por parte del Ayuntamiento de Madrid en la adjudicación del Contrato sino, en su caso, en el diseño y contenido del contrato”. De hecho, la resolución manifiesta que la aplicación del artículo 2 de la LDC a una conducta conlleva la apreciación de la concurrencia de dos elementos esenciales: la existencia de una posición de dominio en un mercado relevante de producto y geográfico previamente definido o delimitado **“y en el que está activo el operador** y la explotación abusiva de esa posición, impidiendo el mantenimiento de las condiciones de competencia en ese o en otros mercados afectados, debido a las conductas exclusionarias y discriminatorias sobre el resto de competidores”.

25. A este respecto debe afirmarse que resulta evidente que el Ayuntamiento no participa por sí en el mercado del estacionamiento regulado ni tampoco en el de las aplicaciones móviles de pago. Tampoco presta el servicio por sí, sino que lo ha concesionado.

Independientemente de ello, respecto de los medios de pago por aplicación móvil, el Ayuntamiento realiza dos conductas:

- en los pliegos técnicos incluye exigencias que no pueden considerarse conformes con la regulación existente en la medida en que exigen a los adjudicatarios el desarrollo de aplicaciones que garanticen la compatibilidad entre las 4 zonas licitadas sin garantizar el acceso en condiciones de igualdad y no discriminación a los operadores diferentes a los adjudicatarios del contrato de estacionamiento.

³² Resolución de 26 de julio de 2018, Expte. S/DC/0565/15 LICITACIONES DE APLICACIONES INFORMÁTICAS, https://www.cnmc.es/sites/default/files/2122881_3.pdf y Resolución de 4 de diciembre de 2018, Expte. SAMAD/01/18, CONTRATACIÓN PÚBLICA DE COMUNICACIONES MÓVILES, https://www.cnmc.es/sites/default/files/2327928_0.pdf.

- en su actuación material posterior no permite la entrada del denunciante en el mercado alegando una supuesta vinculación con las condiciones establecidas en los Pliegos y desconociendo las exigencias legales.

En la negociación tendente a la Terminación Convencional, el Ayuntamiento realiza las mencionadas instrucciones que completan el contrato y que, a pesar de ir en la dirección correcta, no son consideradas suficientes por el organismo instructor para terminar con el problema de competencia identificado.

26. Aceptadas esas realidades, quien suscribe este Voto no comparte las consecuencias que la Sala extrae de ellas.

En opinión de esta consejera nos encontramos con la cuestión de la participación de una entidad como **facilitadora de una infracción de competencia** considerando que para ello debe admitirse en el Derecho Administrativo sancionador la imputación de responsabilidad al margen de la condición de autor de una infracción.

A pesar de que la LDC no recoge expresamente (en contra de lo que sucede en otras legislaciones sectoriales) figuras de participación en una infracción diferentes a la autoría -dado que la del instigador contenida en el artículo 64.2.b) es una agravante que se aplica a los autores de las conductas- el Tribunal Supremo español se ha pronunciado al respecto. En la mencionada sentencia Vinos de Jerez rechaza que “para que una Administración pública pueda ser declarada responsable de la conducta infractora es necesario que aquélla ejerza una actividad económica” y 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**³³.

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 dispone que no cabe establecer esta exigencia³⁴. Si bien esta sentencia fue recurrida en

³³ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de julio de 2008 asunto *Treuhand I*, T-99/04, (ECLI:EU:T:2008:256).

³⁴ Sentencia del Tribunal General de 6 de febrero de 2014, As T-27/10, (ECLI:EU:T:2014:59).

casación, el Tribunal de Justicia desestimó el recurso formulado por la empresa confirmando plenamente la anterior resolución³⁵.

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.

El hecho de que las citadas Sentencias se refieran a conductas multilaterales en nada obsta para que la citada doctrina pueda aplicarse a conductas unilaterales de abuso o competencia desleal ya que la doctrina definida se refiere con carácter general a las **infracciones de competencia** y al **nivel de autoría** del sujeto activo sin que ninguna de las valoraciones impida la aplicación a cualquier tipo infractor.

27. En el caso analizado, tal como ya se ha mencionado, la administración al incluir en los pliegos las cláusulas controvertidas que no pueden ser consideradas conformes con la normativa vigente, se constituye en la herramienta indispensable para alteración de la competencia.

Es precisamente la actuación no ajustada a derecho de la administración - incluyendo las cláusulas en los contratos y por medio de sus actuaciones materiales previas a la terminación convencional en relación con el denunciante- (recordemos el artículo 8 de la Ley de 2009 que exige que no se establezcan discriminación ni barreras de entrada en los pliegos para los operadores de pago) la que genera la distorsión y permite que las empresas, ajustándose a la literalidad del contrato, no tengan obligación de competir. La administración no exige que el contrato se ejecute con la máxima ventaja para el interés general.

La conducta exclusionaria que llevarían a cabo los adjudicatarios del contrato impidiendo la entrada de competidores en la plataforma integral de pagos se produce ante la inadecuada configuración de las cláusulas contractuales confeccionadas por el Ayuntamiento y sus actuaciones posteriores negando el acceso al denunciante cuando lo solicita.

En este caso, como en cualquiera y sin lugar a dudas, debe exigirse a las empresas adjudicatarias el cumplimiento del artículo 8 de la Ley de 2009 (a pesar de la redacción de la cláusula de los Pliegos) y el mandato del artículo 2 de la LDC. Sin embargo la respuesta dada por el Ayuntamiento al denunciante cuando éste solicitó la posibilidad de intervenir en la plataforma integral (recordemos que en ese momento el Ayuntamiento se refirió a los Pliegos en lugar de a las obligaciones legales que le exigen como administración velar por la eficiencia y en consecuencia remover obstáculos a la entrada y garantizar que la misma se hace en condiciones de transparencia y no discriminación) genera una

³⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de octubre de 2015, As. C-194/14 P, (ECLI:EU:C:2015:717).

aparición de legalidad en la actuación de las concesionarias que resulta contraria a derecho y al interés general y puede ser calificada de conducta abusiva.

28. Todo cuanto antecede lleva a esta Consejera a considerar que el Ayuntamiento que no participa en el mercado ha llevado a cabo sin embargo una conducta (redactando los pliegos y no permitiendo la entrada del denunciante en el mercado cuando lo solicitó) que carece de amparo normativo y no solo tiene aptitud para alterar el funcionamiento eficiente del mercado, sino que resulta imprescindible para que se produzca el citado efecto que, de hecho, se ha producido en el caso analizado.

Es decir, se cumplen los requisitos exigidos por el Tribunal de Justicia y el Tribunal Supremo para que el Ayuntamiento pueda ser considerado facilitador de una conducta contraria a la competencia al ser la única entidad con capacidad para exigir a los adjudicatarios (o impedir a terceros) que se cumplan las exigencias establecidas en la regulación. Puede considerarse que la administración está abusando, al no respetar las exigencias normativas, de sus facultades de incidir en el mercado limitando las condiciones de competencia de forma no ajustada a derecho y contraria al interés general. Que haya redactado las instrucciones dentro del proceso de Terminación Convencional pone de manifiesto que tiene posibilidad y considera necesario cambiar los contratos para adecuarlos al ordenamiento jurídico.

29. La Resolución aprobada mayoritariamente por la Sala realiza, a efectos de la aplicación del artículo 2 LDC, una descripción del mercado de producto que distingue entre el mercado del estacionamiento que es objeto principal del contrato licitado y el del pago del establecimiento regulado mediante app. Dado que la resolución concluye que no puede existir abuso declara que no cierra la definición del mercado ni por producto ni geográficamente.

Esta consejera, que cuestiona la decisión de archivo, recuerda que la definición del mercado debe realizarse caso por caso para alcanzar las conclusiones pertinentes respecto de la aplicación de la normativa de competencia.

En este caso concreto la definición del mercado desde una perspectiva geográfica no puede considerarse superior al ámbito de aplicación del contrato cuyas condiciones de ejecución ha definido el Ayuntamiento por medio de las cláusulas contractuales controvertidas.

Con esta afirmación no se pretende identificar el mercado geográfico en la contratación pública con el ámbito de ejecución de un contrato. Sin embargo, en este supuesto concreto la única posibilidad para un operador entrante de ofrecer sus servicios implica (como se ha puesto de manifiesto en la Terminación Convencional) la modificación de las condiciones contractuales impuestas en los Pliegos por el Ayuntamiento. Por ello no parece que pueda concluirse que el mercado trasciende en este supuesto del ámbito local sin que el hecho de que el mismo operador pueda prestar sus servicios en otros territorios o que existan

operadores establecidos fuera de este mercado puedan condicionar la definición del mercado en el caso concreto.

30. En cualquier caso, aun en el supuesto de que del análisis más profundo del mercado relevante derivase en una definición más amplia y, en consecuencia, en la conclusión de que el Ayuntamiento no ostentase posición de dominio en el mercado, sin proceder al archivo y en aras del respeto al principio de eficiencia exigido por la Constitución Española y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, debería haberse analizado la posibilidad de que la conducta pudiese subsumirse en otros tipos infractores.

Por ejemplo, el tipo del artículo 3 LDC, no instruido en este caso, podría producirse si el Ayuntamiento hubiese incurrido en una conducta de competencia desleal (igualmente como facilitador) por una infracción de norma que, como se ha indicado en reiteradas ocasiones, ha quedado acreditada en el expediente³⁶.

31. Finalmente, subyace en algunas de las afirmaciones contenidas en la redacción de la Resolución aprobada por la mayoría de la Sala que la actuación de la autoridad de competencia debería decaer si existen otras normativas (por ejemplo, la de contratos del sector público) que resulten de aplicación para valorar la legalidad de los actos llevados a cabo por las administraciones.

En opinión de esta Consejera, el hecho de que existan normativas (ordinariamente de Derecho Público) 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 sancionador³⁷.

3. Conclusión

32. En el supuesto objeto del expediente se ha acreditado que el Ayuntamiento ha actuado de manera contraria a la competencia y que debería haber realizado

³⁶ Véase la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 25 de octubre de 2000, Expte. R 393/99, Eléctrica de Eriste que analiza precisamente la conducta del Ayuntamiento de Benasque en una concesión pública desde la perspectiva del abuso de posición de dominio y la competencia desleal.

³⁷ 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 Nº 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.

un proceso de contratación que garantizase que los operadores puedan acceder al sistema de pago por aplicación móvil en condiciones de eficiencia y no discriminación.

Una vez realizado el contrato, el rechazo a la entrada del nuevo entrante haciendo referencia a los pliegos de contratación del contrato inicial fue una conducta material contraria a derecho e imprescindible para que se haya producido una alteración de la debida competencia en el mercado.

Por todo ello esta consejera no se muestra de acuerdo con el archivo del expediente que mantiene en el tiempo una situación de quiebra de la competencia en el mercado.

Además, sienta un precedente respecto de las posibilidades de actuación de una autoridad de competencia con que esta consejera no se muestra conforme, que carece de amparo en la ley o la jurisprudencia y que no garantiza la máxima protección del interés general.

En tal sentido emito este Voto Particular.

Firmado: María Pilar Canedo Arrillaga