

RESOLUCIÓN

Expte. SAMAD/06/19 CREMATORIOS

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 13 de febrero de 2020

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/06/19 CREMATORIOS, instruido por la Dirección General de Economía y Competitividad de la Consejería de Economía, Empleo y Competitividad de la Comunidad de Madrid (**DGEC**) contra el AYUNTAMIENTO DE MADRID, por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (**LDC**).

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 21 de mayo de 2019 tuvo entrada en el Registro Administrativo de la Subdirección General de Gestión y Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid **escrito de denuncia** de Parcesa, Parques de la Paz, S.A. (**PARCESA**) contra el Ayuntamiento de Madrid, por considerarlo responsable de una infracción del artículo 2 de la LDC, consistente en un supuesto abuso de posición dominante en el mercado de los servicios de cremación en el municipio de Madrid, derivado de su condición de regulador y único operador presente en dicho mercado, mediante la aprobación del artículo 52.3. de la Ordenanza General de Protección del Medio Ambiente Urbano, de 24 de julio de 1985 (**Ordenanza**), que tendría por objeto y efecto excluir a otros operadores del mercado, garantizando la posición monopolista y dominante de la Empresa Municipal de Servicios Funerarios y Cementerios de Madrid, S.A. (**SFM**) (folios 1 a 45).
2. Con fecha 10 de octubre de 2019, iniciado el **trámite de asignación de competencias**, se determinó por la Dirección de Competencia de la CNMC (**DC**) y por la DGEC que, sin entrar a valorar el fondo de si las conductas descritas suponen una infracción o no de la LDC, los órganos competentes para conocer de las actuaciones, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.3 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, eran los de la Comunidad de Madrid.
3. Con fecha 31 de octubre de 2019, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 49.3 de la LDC, la DGEC dictó propuesta de no incoación y de archivo de las actuaciones, al considerar que en los hechos denunciados no se apreciaban indicios de infracción de la LDC (folios 141 a 161).
4. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC aprobó la presente resolución en su reunión de 13 de febrero de 2020.

II. LAS PARTES

2.1 Denunciante: Parcesa, Parques de la Paz, S.A. (PARCESA)

De conformidad con la información que obra en el expediente, PARCESA es una empresa privada que se dedica a la prestación de servicios funerarios en la Comunidad de Madrid.

Gestiona en la Comunidad de Madrid varias instalaciones, entre las que destacan, en el municipio de Madrid, el Tanatorio de la M-40, y, en otros municipios, el

tanatorio, cementerio y crematorio de La Paz, ubicado en Alcobendas, y de Collado Villalba, y el tanatorio y cementerio de Morlzarzal.

2.2 Denunciado: Ayuntamiento de Madrid

El Ayuntamiento de Madrid es parte denunciada en este expediente como la entidad local con competencia para la aprobación y modificación de la Ordenanza General de Protección del Medio Ambiente Urbano, de 24 de julio de 1985.

La Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid estipula en su artículo 2, apartado 2, relativo a la autonomía municipal, que *“el Gobierno y la Administración de la ciudad de Madrid comprende las funciones de ordenación y ejecución en los asuntos de la competencia municipal”*. El artículo 19.2 de la misma Ley establece que *“la Administración del Ayuntamiento de Madrid, bajo la superior dirección del Alcalde, sirve con objetividad a los intereses generales de la ciudad de Madrid, desarrollando las funciones ejecutivas y administrativas que le correspondan”*.

La Ley 22/2006, en su artículo 9, también establece que el Pleno es el órgano de máxima representación política de los ciudadanos en el gobierno municipal y ejerce las atribuciones que le están asignadas expresamente. De tal conformidad, el artículo 11.1.d) de la misma norma, le atribuye la competencia para la aprobación y modificación de las ordenanzas y reglamentos municipales.

III. ANÁLISIS DEL MERCADO AFECTADO

3.1. Mercado de producto

Si bien la DGEC no hace un análisis detallado del mercado de producto, se puede concluir que las conductas objeto de la presente resolución se desarrollan en el mercado de los servicios de cremación o de incineración de cadáveres de personas, por ser la actividad afectada por el artículo 52.3. de la Ordenanza, objeto de la denuncia.

Al respecto, el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia (**TDC**)¹ ya se refería a los servicios mortuorios incluyendo las actividades desde el fallecimiento de una persona hasta el momento en que recibe sepultura o es incinerada, pudiendo diferenciarse como mercados separados el mercado de servicios funerarios, de servicios de tanatorio, de servicios de cementerio y de servicios de cremación o incineración. En concreto, el sector de los servicios mortuorios ha sido objeto de

¹ Informe del TDC de 20 de octubre de 2004, Expte. C-85/04, Intur/Euro Stewart.

análisis en diversos precedentes². En los pronunciamientos más recientes³ se ha indicado que la oferta de los servicios de cremación e incineración, al depender de la normativa local y estar sujeta a una regulación sanitaria distinta, suponen un mercado de producto separado del resto de servicios funerarios, aunque se esté detectando una tendencia por parte de las empresas funerarias a prestar todos los servicios de manera integral (funerarios, tanatorio, cementerio y/o incineración).

3.2. Mercado geográfico

En virtud de lo anterior, la DGEC considera que desde el punto de vista geográfico la actividad analizada se desarrolla en el ámbito local, concretamente en el municipio de Madrid, ámbito territorial de la Comunidad de Madrid, por tener como objeto el contenido de una ordenanza municipal. Asimismo, la extinta CNC y más recientemente esta CNMC ya han considerado en ocasiones anteriores estos servicios como eminentemente locales e incluso provinciales⁴.

Al respecto, debido a que no todos los tanatorios disponen de instalaciones de cremación, es frecuente que dicho servicio se preste en instalaciones situadas en localidades distintas de aquellas en la que se localiza el tanatorio en el que se han prestado el resto de servicios funerarios. Por ello, los últimos precedentes⁵ han considerado que el ámbito geográfico del mercado de los servicios de cremación estaría constituido por la zona de influencia del municipio donde estén las instalaciones dedicadas a la prestación de dichos servicios.

² Ver informes del extinto Servicio de Defensa de la Competencia: N-04044 INTUR; N- 04045 INTUR /SCI SPAIN; N-04046 INTUR/EURO STEWART y N-05031 INTUR-FUNERARIAS DEL ALTO ARAGÓN y Resolución del extinto TDC en el expediente C-85/04 INTUR/EURO STEWART y, como más recientes, véase la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de Competencia (**CNC**) en C-0343/11 3i (MÉMORA)-SERVEIS FUNERARIS DE BARCELONA; C-0097/08 3i/MÉMORA y de la CNMC de 19 de abril de 2018 en el expte. S/DC/0595/16, FUNERARIAS AGRUPADAS DE ALBACETE.

³ Véase los Informes de Propuesta y Resolución de los expedientes C/0964/18 MÉMORA-SERFUNTAN y C/1044/19 MÉMORA / MONTERO.

⁴ Véase la Resolución de la CNC de 3 de marzo de 2009 del expediente 650/08, Funerarias Baleares, la Resolución de la CNMC de 19 de abril de 2018 en el expte. S/DC/0595/16, FUNERARIAS AGRUPADAS DE ALBACETE y los Informes de Propuesta y Resolución de los expedientes C/0964/18 MÉMORA-SERFUNTAN y C/1044/19 MÉMORA / MONTERO.

⁵ Véase los Informes de Propuesta y Resolución de los expedientes C/0964/18 MÉMORA-SERFUNTAN y C/1044/19 MÉMORA / MONTERO.

IV. HECHOS DENUNCIADOS

Teniendo en cuenta la información que obra en el expediente, procedente del contenido del escrito de denuncia, la Sala de Competencia habrá de valorar los siguientes hechos:

4.1 Aprobación del artículo 52.3 de la Ordenanza y negativa a su modificación

El Pleno del Ayuntamiento de Madrid, en sesión pública ordinaria de fecha 28 de noviembre de 2002, aprobó con carácter definitivo, una vez analizadas las alegaciones presentadas, el texto de modificación de Libro I de la Ordenanza General de Protección del Medio Ambiente Urbano⁶, conteniendo la siguiente redacción del artículo 52.3 (folio 13):

“Los hornos destinados específicamente a la incineración de cadáveres de personas deberán instalarse siempre en cementerios o asociados a tanatorios, de tal modo que la distancia del foco o focos de emisión a viviendas o lugares de permanencia habitual de personas, como industrias, oficinas, centros educativos o asistenciales, centros comerciales, instalaciones de uso sanitario o deportivo, parques, etc., no sea nunca inferior a 250 metros. Por otra parte, sus emisiones deberán cumplir los límites que en cada momento fueran legalmente de aplicación.”

Según el denunciante, la aprobación de dicho artículo de la Ordenanza tiene el objetivo y el efecto de excluir a otros operadores del mercado de la prestación de servicios de cremación en la ciudad de Madrid, garantizando la posición monopolista y dominante de SFM en dicho mercado, y reforzando su posición en otros mercados conexos, como el de servicios de transporte de difuntos, el de servicios de tanatorio, etc.

El denunciante también señala la negativa del Ayuntamiento de Madrid a modificar la Ordenanza, pese a que la propia Comisión de Seguimiento del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid habría propuesto, al menos en los años 2006 y 2012⁷, revisar los parámetros de distancia previstos en la citada norma, debido a su dificultad de aplicación y a las importantes restricciones que supone.

4.2 Aplicación selectiva del artículo 52.3. de la Ordenanza

El escrito de denuncia también indica que el Ayuntamiento de Madrid ha aplicado de manera selectiva la Ordenanza, al conceder en 2012 a SFM una licencia de apertura de un nuevo horno crematorio en el cementerio de Carabanchel, a pesar

⁶ Publicado en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid, núm. 300 (Fascículo II), de 18 diciembre 2002, páginas 2 a 12.

⁷ Acuerdos 279, sesión 44^a, de 1 de marzo de 2006 y 341, de 12 de diciembre de 2011.

de ser un lugar de permanencia habitual de personas, motivo por el cual se debería haber denegado el otorgamiento de tal licencia.

4.3 Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2011

En el expediente consta Sentencia de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2011 (STS 9054/2011) desestimatoria del recurso de casación interpuesto por PARCESA contra la redacción dada al artículo 52.3. de la Ordenanza por el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Madrid de 28 de noviembre de 2002. Concretamente, la STS 9054/2011 señala que:

“A la recurrente no se le impide realizar servicios de cremación, sino que se le imponen unos requisitos ajustados a la peculiaridad de la actividad, que no determina en origen su inviabilidad empresarial, sino que le somete a una normativa más estricta en cuanto que tiene por objeto corregir la naturaleza especialmente molesta de esta actividad. [...] la disposición de la Ordenanza ni es arbitraria ni desproporcionada, y por el contrario debe entenderse proporcionada en relación con la distancia [nunca inferior a 250 metros] que impone que deben respetar los tanatorios. [...] no se ha acreditado fehacientemente que ese requisito desvirtúe la liberalización del servicio y, desde luego, lo que en modo alguno se demuestra es que esa limitación que se consigna la Ordenanza y en la demanda se denuncia como arbitraria, encubra por parte del Ayuntamiento de Madrid el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico”.

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.

Al respecto, mediante Decreto 73/2019, de 27 de agosto, por el que se modifica la estructura orgánica básica de las Consejerías de la Comunidad de Madrid, la Dirección General de Economía y Competitividad (DGEC) ha asumido las competencias en materia de defensa de la competencia.

Por tanto, en función de lo dispuesto anteriormente y de lo recogido en los artículos 5 y 20.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y de la disposición transitoria única de la Ley 1/2002, las funciones de instrucción en materia de defensa de la competencia en el presente expediente son responsabilidad de la citada DGEC, residiendo las competencias de resolución en este Consejo de la CNMC.

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

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

SEGUNDO. – OBJETO DE LA RESOLUCIÓN

Esta Sala debe valorar en la presente resolución si concurren los requisitos para la aplicación del artículo 49.3 de la LDC, esto es, la ausencia de indicios de infracción, para, tal como propone la DGEC, acordar la no incoación del procedimiento sancionador y el archivo de las actuaciones realizadas hasta el momento.

El artículo 49.1 de la LDC dispone que la DGEC incoará expediente sancionador cuando observe indicios racionales de existencia de conductas prohibidas en los artículos 1, 2 y 3 de la misma Ley. Sin embargo, en el apartado 3 del citado artículo 49 se añade que el Consejo, a propuesta de la DGEC, acordará no incoar procedimiento sancionador y, en consecuencia, el archivo de las actuaciones realizadas, cuando considere que no hay indicios de infracción.

Por otro lado, el artículo 27.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, estipula que: *“1. Con el fin de que el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia [actual CNMC] pueda acordar no incoar procedimiento y archivar las actuaciones en los términos establecidos en los artículos 44 y 49.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, la Dirección de Investigación [se entiende DGEC] le dará traslado de la denuncia recibida, de las actuaciones previas practicadas, en su caso, y de una propuesta de archivo”*.

En su informe de 31 de octubre de 2019 la DGEC ha propuesto a esta Sala la no incoación del procedimiento sancionador y el archivo de las actuaciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 49.3 de la LDC, por cuanto considera que, en relación con los hechos denunciados, no se aprecian indicios de infracción de la LDC.

TERCERO. – VALORACIÓN DE LA SALA DE COMPETENCIA

En su escrito de 21 de mayo de 2019, PARCESA calificaba la conducta denunciada como una posible infracción de abuso de posición dominante derivada de la aprobación, negativa a modificar y posterior aplicación del artículo 52.3. de la Ordenanza, así como de su aplicación selectiva por parte del Ayuntamiento de Madrid, lo que habría tenido por objeto y efecto excluir a otros operadores del mercado, garantizando la posición monopolista y dominante de SFM.

La DGEC, por su parte, concluye que no existen indicios de infracción de la normativa reguladora de la competencia en los hechos denunciados dado que, si

bien PARCESA expone una serie de circunstancias vinculadas todas a la imposibilidad de desarrollar una determinada actividad, lo cierto es que la determinación de la legalidad de una disposición administrativa de carácter general únicamente es revisable en vía contencioso-administrativa y en los términos en los que las normas procedimentales de dicha jurisdicción establecen.

Al respecto, tal y como reconoce la propia DGEC y señala el escrito de denuncia, la Ordenanza estipula una serie de limitaciones a la actividad de cremación o de incineración de cadáveres de personas en la ciudad de Madrid, imponiendo una distancia mínima entre el foco o focos de emisión y las viviendas o lugares de permanencia habitual de personas, de al menos 250 metros.

Sin embargo, tal y como se desprende de la información contenida en el expediente, con fecha 27 de diciembre de 2011 el Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación presentado por el denunciante contra la redacción dada al artículo 52.3. de la Ordenanza al considerar que la distancia mínima de 250 metros entre el foco o los focos de emisión y las viviendas o lugares de permanencia habitual de personas *“ni es arbitraria ni desproporcionada, y por el contrario debe entenderse proporcionada en relación con la distancia que impone que deben respetar los tanatorios.”*

Por otro lado, en relación con la supuesta aplicación selectiva del artículo 52.3. de la Ordenanza por parte del Ayuntamiento de Madrid al conceder en 2012 una licencia de apertura de un nuevo horno crematorio en el cementerio de Carabanchel a SFM, esta Sala concluye que, a la vista de la información contenida en el expediente no se aprecian indicios de que la referida licencia haya sido concedida incumpliendo lo dispuesto en la referida Ordenanza.

Sobre la base de todo lo anterior, de conformidad con la propuesta de archivo de la denuncia elevada por la DGEC, esta Sala entiende que los hechos objeto de la denuncia, teniendo en cuenta la sentencia del Tribunal Supremo mencionada, no plantean indicios de infracción de los artículos 1, 2 y 3 de la LDC.

En consecuencia, y sin perjuicio de que ulteriores actuaciones o nueva información permitan constatar la existencia de indicios de infracción de la LDC, procede acordar el archivo de la denuncia propuesta por el órgano de instrucción.

En su virtud, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia

HA RESUELTO

ÚNICO.- No incoar procedimiento sancionador y archivar las actuaciones seguidas por la Dirección General de Economía y Competitividad de la Consejería de Economía, Empleo y Competitividad de la Comunidad de Madrid en el expediente SAMAD/06/19 CREMATORIOS, por considerar que no existen indicios de infracción de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Comuníquese esta resolución a la Dirección General de Economía y Competitividad de la Consejería de Economía, Empleo y Competitividad de la Comunidad de Madrid y notifíquese a los interesados haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante 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

1. 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 **concurrente con la calificación jurídica de los hechos recogidos en esta resolución, aunque discordante con una de las valoraciones que en ella se realizan**¹.

El objetivo de este Voto particular es manifestar que en la resolución existe una afirmación que va en contra de numerosos precedentes de autoridades de competencia y defiende una interpretación de la regulación que va en contra de la eficiencia en su aplicación y de su efecto útil.

2. La resolución analiza una denuncia presentada por un operador que manifiesta que se le impide indebidamente la apertura de un crematorio por exigencias supuestamente injustificadas establecidas por una ordenanza municipal, así como discriminación respecto de un operador municipal.

Al respecto la resolución cita una Sentencia del Tribunal Supremo que concluye que la distancia mínima de 250 metros entre el foco o los focos de emisión del crematorio y las viviendas o lugares de permanencia habitual de personas exigida por la ordenanza en cuestión *“ni es arbitraria ni desproporcionada, y por el contrario debe entenderse proporcionada en relación con la distancia que impone que deben respetar los tanatorios.”* Además tampoco se verifica que se haya producido discriminación respecto del operador municipal por lo que procede adecuadamente el archivo del expediente.

Por ello se resuelve el archivo de la denuncia, con el que esta consejera muestra su acuerdo.

Ello no obstante, la resolución recoge en la valoración de la Sala una afirmación realizada por la dirección de instrucción en virtud de la cual la actuación **“únicamente es revisable en vía contencioso-administrativa y en los términos en los que las normas procedimentales de dicha jurisdicción”**.

Esta consejera no puede mostrar su acuerdo con el hecho de que tal actuación administrativa no pueda analizarse desde la perspectiva de defensa de la competencia.

3. Como hemos visto, la denuncia se presenta contra el Ayuntamiento de Madrid por supuestamente impedir la operativa de empresas privadas y favorecer a una empresa pública en un mercado que se regula para proteger los derechos de los ciudadanos y el interés general.

¹ 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.

Son numerosos los precedentes de actuaciones de administraciones que se han considerado objeto del Derecho de la Competencia por considerar que las mismas vulneran los preceptos contenidos en tal norma.

4. En primer lugar, no puede olvidarse que el concepto de empresa, desde la perspectiva del derecho de la competencia en el derecho de la Unión se conceptúa de manera autónoma.

De la jurisprudencia se desprende que el Derecho de la competencia en la Unión Europea “tiene por objeto las actividades de las empresas (sentencia de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland y otros/Comisión, C-204/00 P, C-205/00P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec. p.I-123, apartado 59) y que el concepto de empresa comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia de la naturaleza jurídica de dicha entidad y de su modo de financiación (véanse, en particular, las sentencias de 28 de junio de 2005, Dansk Rørindustri y otros/Comisión, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02P a C-208/02P y C-213/02P, Rec. p.I-5425, apartado 112; de 10 de enero de 2006, Cassa di Risparmio di Firenze y otros, C-222/04, Rec. p.I-289, apartado 107, y de 11 de julio de 2006, FENIN/Comisión, C 205/03P, Rec. p.I-6295, apartado 25)”².

Empleando este concepto, varias han sido las resoluciones dictadas por diversas autoridades de competencia españolas a lo largo de la historia que han considerado que la actuación de la administración debe ser analizada desde la perspectiva de defensa de la competencia; sin ánimo de exhaustividad, muchas pueden ser destacadas.

5. En 2000 el Tribunal de Defensa de la Competencia multó al Ayuntamiento de Benasque ante una denuncia presentada por Eléctrica de Eriste, S.L. al considerar que el Ayuntamiento había cometido prácticas restrictivas de la competencia en la adjudicación del servicio de distribución de electricidad a una entidad municipal³. En aquel caso se consideró probado que el Ayuntamiento había infringido la normativa que exigía la separación jurídica de las actividades de generación y distribución eléctrica que venía exigida por una normativa sectorial “y que dicha infracción le supuso una ventaja competitiva al permitirle mejorar su posición frente a la empresa denunciante”. El TDC consideró

² Véase el párrafo 38 de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 11 de diciembre de 2007, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato contra Ente tabacchi italiani - ETI SpA y otros y Philip Morris Products SA y otros contra Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato y otros. Petición de decisión prejudicial: Consiglio di Stato - Italia. Asunto C-280/06, Recopilación de Jurisprudencia 2007 I-1089, ECLI:EU:C:2007:775. Más recientemente en el mismo sentido vease el párrafo 30 de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 14 de marzo de 2019, As. C-724/17, Skanska en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:62017CC0724&from=ES>, ECLI:EU:C:2019:204.

³ Véase la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 25 de octubre de 2000, Expte. R 393/99, Eléctrica de Eriste.

igualmente que el Ayuntamiento se había prevalido de su posición en el proceso de contratación para favorecer su posición de contratación respecto del contratador privado por lo que le consideró responsable de conducta desleal con afectación al interés general y le impuso sanciones monetarias y publicación de la resolución.

6. En 2008 la CNC declaró la existencia de dos conductas prohibidas por la LDC, una constitutiva de acuerdo entre el Ayuntamiento de Peralta y la Asociación Industrial de Feriantes de Navarra (AIFNA) y otra constitutiva de abuso llevado a cabo por la citada asociación⁴. El acuerdo suscrito por el Ayuntamiento se consideró contrario a la competencia por tener una finalidad restrictiva de la competencia entre las industrias feriantes y similares al evitar la presión competitiva que pudieran ejercer las empresas no integradas en la Asociación firmante. La resolución impuso multas a los operadores y al Ayuntamiento⁵.

7. En 2009 la CNC declara responsable de un abuso de posición de dominio al Ayuntamiento de Palma de Mallorca por su actuación como responsable de una empresa pública que impedía o restringía la entrada en el mercado de operadores privados de servicios funerarios⁶.

8. En 2014 el Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía impuso sanciones, entre otros, al Ayuntamiento de Granada por haber suscrito convenios con dos colegios profesionales para cerrar el mercado y fijar precios en la realización de ITEs de edificios⁷.

También en 2014 la Autoridad Vasca de Competencia finalizó por medio de una terminación convencional un expediente sancionador contra la Consejería de Sanidad del Gobierno Vasco, las Diputaciones vascas y varios colegios profesionales por suscribir un convenio para restringir a determinadas farmacias la prestación de sus servicios a las residencias de personas mayores dependientes de las Diputaciones. Para su funcionamiento, el Gobierno Vasco se comprometía no a realizar un desarrollo reglamentario que permitía la distribución de medicamentos por entidades diferentes a las oficinas de farmacia⁸.

⁴ Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 7 de mayo de 2008 Expte. 632/07, Feriantes Ayuntamiento de Peralta en https://www.cnmc.es/sites/default/files/35443_7.pdf.

⁵ La resolución fue confirmada por sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de enero de 2010 Rec 262/2008.

⁶ RESOLUCIÓN de la CNC de 3 de marzo de 2009, Expt. 650/08, Funerarias Baleares, Confirmada por el Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso en Sentencia de 14 de junio de 2013, Rec. 3568/2010.

⁷ Resolución del Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía de 18 de junio de 2014, Expediente S/12/2014 Inspección de edificios Granada.

⁸ Resolución del Consejo de la Autoridad Vasca de Competencia de 4 septiembre 2014 Expte. 10/2012, SERVICIOS FARMACÉUTICOS RESIDENCIAS 2.

En el mismo año la Autoridad Catalana de Competencia impuso sanciones a un Instituto municipal del Ayuntamiento de Barcelona por considerar que había cometido un abuso de posición de dominio, mediante la licitación de la exclusiva de suministro de determinadas marcas de productos y la distribución y su posterior imposición a los chiringuitos adjudicatarios de las licencias de ocupación en las playas de Barcelona⁹.

El mismo año la ACCO también consideró acreditada la existencia de una recomendación contraria al artículo 1 de la LDC por parte del Ayuntamiento de L'Hospitalet de Llobregat por su concertación con determinados operadores para realizar el traslado de cadáveres cerrando el mercado a otros¹⁰.

9. En 2015 la Autoridad Vasca de la Competencia dictó una resolución considerando que la Diputación de Alava, la empresa pública Arabako Lanak y un elevado número de ayuntamientos alaveses habían suscrito un acuerdo contrario al artículo 1 de la LDC por el empleo contrario a la Ley de contratos del sector público de la figura de los medios propios¹¹.

Tal decisión llegó a la conclusión de que el objetivo del acuerdo entre las administraciones era asignar encomiendas al medio propio de la Diputación por parte de los ayuntamientos garantizando la actividad de la empresa pública en detrimento del mercado y sin generar eficiencias que justificaran tal recurso por lo que se sancionó a la Diputación así como a la empresa pública.

10. En 2017 la Autoridad Catalana resolvió por terminación convencional un expediente en que se analiza una posible infracción de la LDC generada por “una normativa local destinada a regular la distribución de espacios en la Feria de Sant Ermengol (*Criterios a seguir para la distribución de espacios en la Feria de Sant Ermengol*), aprobada por el Ayuntamiento de la Seu d'Urgell¹². La ordenanza del Ayuntamiento contenía varios artículos que alteraban “injustificadamente las condiciones de competencia entre las empresas” situando a algunas de ellas “en una posición más ventajosa” favoreciendo a las entidades “que radiquen en el municipio de la Seu d'Urgell y a los expositores que tienen una mayor antigüedad en la participación en la Feria de Sant Ermengol, sin que todo ello sea producto de

⁹ Resolución de la ACCO de 14 de julio de 2014 en el Expediente 45/2012-IMPJB.

Confirmada por STSJ CAT 5501/2017 - ECLI: S:TSJCAT:2017:5501.

¹⁰ Resolución de 25 de noviembre de 2014 Expediente n.º 40/2011, SERVICIOS FUNERARIOS DEL LLOBREGAT

http://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxiu/actuacions/Resolucio-exp-40-2011-esp.pdf

¹¹ Resolución de la Autoridad Vasca de la Competencia de 11 de noviembre de 2015, Expte. 7/2013, OBRAS PÚBLICAS ÁLAVA (Arabako lanak), en https://www.competencia.euskadi.eus/contenidos/informacion/resoluciones/es_resoluci/adjuntos/RESOLUCION%20arabako%20lanak%20definitiva%20sin%20firmas.pdf.

¹² RESOLUCIÓN de la ACCO de 16 de febrero de 2017, Expediente n.º 63/2014, FERIA DE SANT ERMENGOL.

sus méritos empresariales y, por lo tanto, falsea injustificadamente la competencia en perjuicio de los visitantes/consumidores del citado evento”.

11. Destacan por su relevancia las resoluciones de la CNC Vinos de Jerez y Puerto de Valencia¹³.

En el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo que confirma la resolución del caso de Vinos de Jerez el Tribunal afirma¹⁴

“(…) la sujeción al derecho de la competencia viene determinada no tanto por la naturaleza pública o privada de la entidad o institución, ni por las características externas de la actuación o la forma que ésta adopte, **sino por la capacidad de dicha conducta para incidir en el mercado y restringir la competencia**” Fundamento de Derecho Segundo

Fundamento de Derecho Cuarto: “(…) 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**”.

(…) la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía **desempeñó un papel relevante en la distorsión del mercado y la perturbación de la competencia**; todo ello en los términos que describe la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia, que atribuye a la Administración autonómica “...un **papel activo en la organización y vigilancia de la adecuada ejecución del acuerdo de fijación de precios de la uva y mosto de Jerez entre determinados productores y bodegueros**...”.

Por tanto, debe considerarse ajustada a derecho la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia que declara a la citada Consejería de la Junta de Andalucía responsable de una conducta infractora del artículo 1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia .

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

¹³ RESOLUCIÓN de la CNC de 28 de julio de 2010 EXPTE S/0091/08 VINOS FINOS DE JEREZ, https://www.cnmc.es/sites/default/files/34371_6.pdf y Resolución del Consejo de la CNC de 26 de septiembre de 2013 Expte. S/314/10, Puerto de Valencia.

¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de julio de 2016, (Sala de lo Contencioso-Administrativo), Sección 3ª, nº de Rec. 2946/2013.

artículos 12.3 y 13.2 de la Ley 15/2007. **Pero la capacidad de reacción de las autoridades de defensa de la competencia no puede quedar reducida a esa vía impugnatoria; sobre todo cuando se trata de actuaciones materiales como las que describe la resolución de la Comisión en el caso que estamos examinando.**

12. De cuanto antecede se deduce que las actuaciones llevadas a cabo por las administraciones deben ser analizadas desde una perspectiva de defensa de la competencia y que las mismas pueden constituir infracciones de los artículo 1,2 o 3 de la LDC.

Del mismo modo se deduce que el hecho de que la actuación llevada a cabo por un Ayuntamiento pueda ser objeto de impugnación no implica necesariamente que ésta sea la única vía posible de actuación ya que el TS ha determinado que la capacidad de las autoridades de competencia no puede quedar reducida a esta vía impugnatoria. 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.

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 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 en 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.

En tal sentido emito este Voto Particular.