

**ESTUDIOS**

---



# ACCIONES DE COMPETENCIA DESLEAL CONTRA ACTIVIDAD PÚBLICA EMPRESARIAL

MANUEL REBOLLO PUIG  
Universidad de Córdoba<sup>1</sup>

## **Cómo citar/Citation**

Rebollo Puig, M. (2019).

*Acciones de competencia desleal contra actividad pública empresarial.*

*Revista de Administración Pública*, 210, 139-174.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.210.06>

## **Resumen**

La actividad pública empresarial está sometida a límites. En esencia, debe desarrollarse sin ayudas públicas ni otros privilegios. Los medios que normalmente se reconocen a los competidores para reaccionar frente a las transgresiones de tales límites son difíciles e insuficientes. Ante ello, se argumenta aquí la posibilidad de ejercer contra ellas las acciones civiles por competencia desleal. En especial, se sostiene la aplicabilidad del art. 15 de la Ley de Competencia Desleal.

---

<sup>1</sup> Grupo de investigación Junta de Andalucía SEJ-196. Proyecto DER2015-67695-C2-1-P; MINECO/FEDER, UE. Este trabajo es una versión corregida y aumentada del que, para el homenaje al profesor Sala Arquer con motivo de su jubilación, presenté bajo el título «Actividad pública empresarial y competencia desleal».

**Palabras clave**

Ayudas de Estado; competencia desleal; empresas públicas; libre competencia.

**Abstract**

Provision of goods and services by public bodies in the market is subject to several limits. In essence, these activities must be carried out without public aids or without any other kind of privileges. However, remedies granted to private competitors against the infringement of those limits are usually inappropriate or insufficient. To address this situation, this work stands for the possibility of bringing an action before the Civil Law courts against those infringements on the grounds of unfair competition. More specifically, this work stands for the applicability of article 15 of the Law on Unfair Competition to these situations.

**Keywords**

State aids; Unfair competition; Public undertakings; Free competition.

**SUMARIO**


---

I. PREMISAS Y DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO: 1. El régimen de la actividad administrativa puramente empresarial. 2. Las vías para reaccionar frente al incumplimiento de ese régimen. 3. Acciones civiles basadas en el art. 15 de la Ley de Competencia Desleal. II. LOS REQUISITOS DEL ART. 15 DE LA LEY DE COMPETENCIA DESLEAL Y SU PROYECCIÓN SOBRE LA CUESTIÓN PLANTEADA: 1. La infracción de una norma jurídica. 2. No hay prejudicialidad administrativa ni otros obstáculos derivados de actos administrativos. 3. Las competencias de la Comisión Europea sobre ayudas de Estado tampoco excluye el proceso civil. 4. Aplicación del art. 15.2 LCD. Las condiciones a que quedan sometidas las empresas públicas como normas cuyo objeto es «la regulación de la actividad concurrencial». 5. Aplicación del art. 15.1 LCD. 6. Particular referencia a la vulneración de las normas sobre la iniciativa pública económica. 7. Pretensiones y condenas posibles. 8. La eventual aplicación del art. 3 de la Ley de Defensa de la Competencia. III. BOSQUEJO SOBRE OTRAS UTILIDADES DEL ART. 15 LCD EN RELACIÓN CON LAS DIFERENTES ACTIVIDADES ADMINISTRATIVAS; EN PARTICULAR, SU EMPLEO PARA DEFENDER LA POSICIÓN PRIVILEGIADA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS.

---

**I. PREMISAS Y DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO****1. EL RÉGIMEN DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA PURAMENTE EMPRESARIAL**

Las Administraciones públicas pueden realizar actividades puramente empresariales, esto es, actividades sin naturaleza de servicio público —o, si se prefiere decir con la terminología más amplia de la Unión Europea, sin carácter de servicios de interés general— con las que ofrecen en el mercado bienes o prestaciones de cualquier género<sup>2</sup>. Lo permite el primer inciso del art. 128.2 de la

---

<sup>2</sup> Es la llamada, en expresión extendida en la doctrina española, actividad de «dación de bienes y servicios al mercado». Aunque sin acuñar aún esa expresión, la categorizó para nuestro ordenamiento el sugerente estudio de J. L. Villar Palasí (1950), «La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo», *RAP*, 3. Allí acotó una realidad ya amplia que no se circunscribía, como antes, a la gestión del patrimonio de la Administración, a la que aludía como «gestión económica»: consistía en una «dación al mercado y no en la prestación de un servicio a los administrados» (págs. 60-61) realizada, aunque sin excluir «fines

Constitución. Y nada opone a ello la Unión Europea que, con el denominado «principio de neutralidad» (art. 345 TFUE) y su interpretación generalizada, acepta esa actividad pública.

Pero esa actividad pública puramente empresarial, además de necesitar la previa tramitación de un procedimiento administrativo, ha de respetar en su desarrollo las reglas de la libre competencia y concurrir en el mercado con los sujetos privados en condiciones de plena igualdad<sup>3</sup>. En el previo procedimiento administrativo se comprobará que se dan los requisitos para el acceso al mercado<sup>4</sup>. Las otras reglas conciernen al comportamiento en el mercado<sup>5</sup>. Respecto a esto último, fue ya clarificadora la STS, Sala 3ª, de 10 de octubre de 1989 (Ar. 7926):

[...] la coexistencia de empresas públicas con fines empresariales (artículo 128.2 de la Constitución) y de empresas privadas (artículo 38 de la misma) en el marco de una economía de mercado, y la pertenencia de España a la Comunidad Económica Europea, exigen que se garantice y salvaguarde la libre competencia, y para ello han de regir las mismas reglas para ambos sectores de producción público y privado. Por tanto, las empresas públicas que actúen en el mercado, se han de someter a las mismas cargas sociales, fiscales, financieras y de toda índole que afecten a las privadas y a sus mismos riesgos, sin poder gozar de privilegios de ningún tipo, pues ello podría impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia del mercado vulnerando el artículo 85 del Tratado de Roma, no pudiendo tampoco estas empresas de capital público prevalecerse de ninguna forma de posición dominante [...] y no pueden por último estas empresas privadas de capital público recibir ayudas ni subvenciones de fondos públicos de ninguna clase, con las solas salvedades que enumeran los apartados 2 y 3 del artículo 92 del Tratado [...] En resumen: la creación de empresas públicas para fines empresariales es legalmente posible, pero [...] en el ejercicio de la actividad económica empresarial de que se

---

fiscales o lucrativos», por «un deseable aumento productivo» (pág. 65), por un «desarrollo de la economía nacional» (pág. 72). Una actividad con la que «la Administración entra en el mercado junto a los empresarios privados [...] ya que el interés público se centra precisamente en el aumento de los bienes económicos» (pág. 73).

<sup>3</sup> Es esto lo relativamente novedoso, pues inicialmente aquella actividad económica de dación de bienes al mercado podía eventualmente producirse con desigualdad, con privilegios fiscales y con imperio (Villar Palasí, 1950, págs. 62, 73, 76 y 109; solo para algunas modalidades se establecía lo contrario, pág. 89-90).

<sup>4</sup> Su regulación más completa está en la legislación de régimen local; sobre todo en el art. 86.1 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local. Volveremos luego sobre esta regulación y su tratamiento desde el punto de vista que aquí nos incumbe.

<sup>5</sup> La distinción entre reglas sobre acceso al mercado y reglas sobre comportamiento en el mercado de las empresas públicas es habitual y relevante en el derecho alemán, como explica N. Magaldi (2009), «Iniciativa económica local y tutela judicial de los competidores privados: una aproximación crítica al ordenamiento alemán», *RAP*, 180, sobre todo, págs. 338 a 341. Sostengo que también puede ser útil en el derecho español, como aquí se explorará.

trate la empresa pública se somete sin excepción ni privilegio alguno directo ni indirecto a las mismas reglas de libre competencia que rigen el mercado.

Estas reglas de comportamiento en el mercado no han hecho sino reafirmarse<sup>6</sup>. Comportan, en primer lugar, la prohibición de ayudas públicas de contenido económico<sup>7</sup>, entren o no en el concepto legal español de subvención o en el europeo de ayudas de Estado<sup>8</sup>. Además, en segundo lugar, impiden que en desarrollo de la actividad se puedan ejercer las potestades o privilegios prototípicamente administrativos (por ejemplo, la potestad expropiatoria o de la de dictar actos ejecutivos y ejecutorios y, por tanto, de servirse de sus medios de

<sup>6</sup> Una síntesis de este régimen puede verse, por todos, en S. Muñoz Machado (1998), *Servicio público y mercado. I. Los fundamentos*, Madrid: Civitas, págs. 167 a 205; y del mismo autor (2009), «El nuevo modelo de regulación de la economía», en S. Muñoz Machado y J. Esteve Pardo, *Derecho de la regulación económica. I. Fundamentos e instituciones de la regulación*, Madrid: Iustel, págs. 51 a 62. Y ahora en S. Muñoz Machado (2015), *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho público general, Tomo XIV, La actividad regulatoria de la Administración*, Madrid: BOE, 4ª ed., págs. 28-291y 300-342.

<sup>7</sup> Se incluyen, pues, cualesquiera ventajas económicas que la empresa no podría conseguir en condiciones normales de mercado. Es indiferente que las ayudas sean en dinero o mediante el uso gratuito o inferior a su coste ordinario de bienes públicos o el disfrute de prestaciones administrativas de todo género o garantizándose contratos con la propia Administración o con terceros gracias a decisiones administrativas. Pero quedan fuera las que simplemente puedan considerarse inversiones de la Administración en su empresa, diferenciadas de las ayudas, según el derecho de la Unión, en virtud del criterio del «inversor privado en una economía de mercado». Sobre este criterio y su aplicación flexible, véase Muñoz Machado (2015, págs. 301 a 306).

<sup>8</sup> En nuestro ordenamiento, lo prohibido a la actividad puramente empresarial de la Administración es algo más amplio que el concepto europeo de ayuda de Estado, porque para aquel es indiferente el requisito de que la ayuda afecte a «los intercambios comerciales entre Estados miembros» que, sin embargo, forma parte del concepto europeo de ayuda de Estado. Cierto que es un requisito que el TJUE ha interpretado muy flexiblemente porque basta que potencialmente las empresas de otros Estados miembros vean disminuidas o dificultadas sus posibilidades de penetrar en el mercado del Estado miembro en cuestión (Sentencia de 14 de enero de 2015, *Eventech*, as. C-518/13, apdo. 67). Pero incluso así es un requisito incorporado al concepto del art. 107.1 TFUE del que no puede prescindirse. Por el contrario, el ordenamiento interno prohíbe las ayudas públicas para la actividad meramente empresarial de las Administraciones, incluso aunque no se afecte en ningún modo ni grado al intercambio interestatal. Asimismo no hay razones que justifiquen que la excepción europea en favor de las ayudas *de minimis* o de las exoneradas por categorías rijan igualmente en el ordenamiento interno. De hecho, en un pequeño municipio —o no tan pequeño—, ayudas que no lleguen al mínimo en favor de una empresa pública pueden romper gravemente la igualdad en perjuicio de las otras que pretendan competir con ella. Tampoco son aquí por completo determinantes las decisiones que adopte la Comisión Europea de acuerdo con el art. 107.3 TFUE, como razonaremos después.

ejecución forzosa o las potestades inherentes a la titularidad del dominio público). Asimismo entraña, en tercer lugar, el sometimiento pleno de esa actividad administrativa a las mismas normas que disciplinen la actividad empresarial si la realizan sujetos privados (las generales, como las de defensa de los consumidores, las tributarias o las ambientales, así como las específicas del sector concreto de que se trate, como las de comercio, banca, transportes, turismo, alimentación, juego, espectáculos, etc.).

Todo esto es proclamado específicamente por algunas normas. Por ejemplo, dice el art. 200.1 del Reglamento aragonés de Bienes, Actividades, Servicios y Obras de las Entidades Locales:

Las entidades constituidas para el ejercicio de actividades económicas se someterán a las mismas reglas y condiciones que las demás empresas concurrentes en el mercado. Por consiguiente, no podrán percibir ninguna compensación económica con cargo a los presupuestos de la Entidad local que suponga una ventaja competitiva respecto a las demás empresas del sector ni utilizar prerrogativas públicas<sup>9</sup>.

Este régimen marca la diferencia entre la actividad pública puramente empresarial y la de servicio público<sup>10</sup> (o, más ampliamente, la de servicios de interés general) que entraña el desplazamiento más o menos drástico de las reglas de la competencia y que permite, aun con condiciones y límites, la financiación pública y otros privilegios<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Decreto 347/2002, de 19 de noviembre. En términos similares, por ejemplo, art. 138.1 del Reglamento de Obras, Actividades y Servicios de las Entidades Locales catalanas (Decreto 179/1995, de 13 de junio). Más lacónicamente, art. 46.3 de la Ley 5/2010 de Autonomía Local de Andalucía. Lo único que hacen estos preceptos es plasmar un régimen al que de antemano están sometidas todas las actividades públicas puramente empresariales, de modo que el hecho de que no haya normas en otras comunidades o que no las haya para las actividades empresariales de la Administración del Estado o de las autonómicas en que esto quede expresamente recogido no afecta a su efectiva vigencia.

<sup>10</sup> Incluidos los llamados servicios públicos comerciales e industriales que, aunque con diferencias, servicios públicos son al cabo. Ese concepto, de raigambre y utilidad sobre todo en Francia (a partir del *arrêt* del Tribunal de Conflictos de 22 de enero de 1921 sobre el hundimiento del *Bac d'Eloka*), sirve para ampliar el concepto de servicio público y al mismo tiempo para diversificar su régimen. Pero si de servicios públicos se trata a la postre, quedan extramuros del concepto de actividad puramente empresarial de que aquí se trata y de la aplicación estricta y general de las reglas de la competencia.

<sup>11</sup> A este respecto son esclarecedoras las aportaciones de J. Ortega Bernardo. Las apuntó por primera vez en «Competencias, servicios públicos y actividad económica de los municipios», *RAP*, 169 (2006), págs. 55 a 98. Una síntesis acabada y clarificadora puede verse en su trabajo con M. de Sande Pérez-Bedmar (2015), «El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales», *Anuario de Derecho Municipal*, págs. 72-79. Explica que la actividad de servicio público puede producirse sin reserva al sector público, pero en todo caso con posibilidad de excluir las reglas de la competencia (por

La aplicación de este régimen resulta especialmente problemática cuando, como es bastante frecuente, la misma organización pública realiza simultáneamente actividades de servicio público (o servicios de interés general, sean o no económicos) y meramente empresariales porque entonces aumenta el riesgo, de aplicar las ventajas que sí se puede tener lícitamente para lo primero en lo segundo («subvenciones cruzadas»), lo que ya es ilegal<sup>12</sup>. Y no solo aumenta ese riesgo, sino que se dificulta notablemente la detección de esa utilización ilícita de ventajas en la actividad puramente empresarial pública. Para combatirlo se aprobó la directiva 2006/111/CE de la Comisión de 16 de noviembre de 2006 relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, directiva traspuesta a nuestro ordenamiento por Ley estatal 4/2007, de 3 de abril. El apdo. II de su exposición de motivos dice: «El objetivo fundamental de esta Ley es el de evitar los abusos [...] por parte de las empresas que [...] se encuentren encargadas de la gestión de servicios de interés económico general, que reciban cualquier tipo de compensación por el servicio público y que realicen también otras actividades[...]». Esto se refleja en su art. 1. Baste la cita de su apdo. 2: «La presente Ley tiene por objeto: garantizar la transparencia en la gestión de un servicio de interés económico general o la realización de actividades en virtud de la concesión, por parte de las Administraciones públicas [...] de derechos especiales o exclusivos a cualquier empresa, cuando esta realice además otras

---

tanto, «en concurrencia pero no necesariamente en competencia con la iniciativa empresarial privada»), mientras que la actividad pública económica —lo que aquí estoy llamando actividad puramente empresarial de la Administración— ha de desarrollarse «con pleno sometimiento a las reglas de la competencia». En la práctica, sin embargo, por sorprendente que resulte, ante concretas actividades administrativas no siempre es fácil saber si se trata de servicios públicos en concurrencia o de actividades meramente empresariales. Y hasta con el mismo contenido podría ser una u otra cosa. Por ejemplo, un ayuntamiento puede decidir instaurar una residencia de la tercera edad como servicio público o como actividad empresarial. En cualquier caso, premisa para todo lo que aquí se dirá —y, por tanto, para el juez civil antes de aplicar el art. 15 LCD— es determinar si se está ante una cosa u otra. Ejemplo ofrece la SAP de La Coruña 478/2008, de 22 de diciembre, que enjuició si las ventajas de que gozaba un gimnasio municipal (explotado por una empresa mixta) comportaban competencia desleal. Lo que en el fondo late en la sentencia, aunque no llega a expresarlo así, es que el gimnasio era un servicio público —no mera actividad empresarial pública— y por ello desestima la acción por competencia desleal.

<sup>12</sup> También puede producirse que la empresa pública que presta un servicio público realice asimismo actividades meramente empresariales en competencia con sujetos privados empleando en esto último los beneficios obtenidos en aquel y, en su caso, en el correspondiente mercado cautivo, lo cual, aunque no fuese en sí mismo ilícito, podría comportar abuso de posición dominante, al menos si se tratase de un mercado conexo. Véase A. López Miño (2011), «El abuso de posición de dominio en los mercados de servicio de interés económico general. El caso de la comprensión de los márgenes (*price squeeze*)», en J. Guillén Caramés (dir.), *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las Administraciones públicas*, Cizur Menor: Civitas, págs. 252-256.

actividades distintas de la anteriores, actúe en régimen de competencia y reciba cualquier tipo de compensación por el servicio público, así como la obligación de llevar cuentas separadas y de informar sobre los ingresos y costes correspondientes a cada una de las actividades...»<sup>13</sup>. Además, diversas leyes han reiterado estos deberes para las empresas públicas locales. Es buen ejemplo de ello el art. 44 de la Ley de Autonomía Local de Andalucía que, bajo el rubro «transparencia en la gestión de los servicios locales de interés económico general», dispone: «Cuando las empresas a las que las Administraciones locales hayan atribuido la gestión de servicios de interés económico general o hayan concedido derechos especiales o exclusivos realicen además otras actividades, actúen en régimen de competencia y reciban cualquier tipo de compensación por el servicio público, estarán sujetas a la obligación de la llevanza de cuentas separadas, de información sobre los ingresos y costes correspondientes a cada una de las actividades y sobre los métodos de asignación empleados, en los términos establecidos por la legislación estatal y por el Derecho europeo»<sup>14</sup>.

Pese a todo, no es nada inusual que, sobre todo en el caso de empresas municipales y provinciales, no se respeten estas exigencias y sea muy difícil detectar cuándo y en qué medida se sirven gratuitamente de bienes públicos o de empleados públicos pagados con los presupuestos municipales o de la financiación de servicios públicos para desarrollar una actividad estrictamente empresarial.

En cualquier caso, no se piense solo en actividad empresarial realizada por entes públicos instrumentales personificados. Ni esa personificación es necesaria para detectar la existencia de una de esas actividades administrativas puramente

---

<sup>13</sup> Es de destacar que, aunque estas obligaciones se imponen solo cuando las empresas superan un cierto volumen y a las que puedan tener relevancia en el comercio entre Estados miembros, es indiferente el peso que en su conjunto tengan los ingresos de mercado, esto es, los que procedan de su actividad puramente empresarial. Esto puede tener relevancia a efectos de la aplicación de otras normas contables pero no a los de imponer la separación de cuentas ni, en realidad, a ningún otro de los relativos a la aplicación de las reglas de la competencia.

<sup>14</sup> Implícito está en estas normas que por supuesto es legal que la misma organización con los mismos bienes y personal realice actividad de servicio público y meramente empresarial. Lo que se impone es que en la actividad empresarial no se disfrute gratuitamente de ello y que eso tenga un reflejo contable transparente. A este respecto es interesante la SAP de Barcelona 78/2017, de 3 de marzo. Se enfrenta con una demanda en la que los empresarios privados imputaban deslealtad a entidades públicas sanitarias por la utilización de los recursos del sistema sanitario público para prestaciones de sanidad privada. Aunque la sentencia se enreda en otros aspectos, creo que no había competencia desleal porque una entidad prestaba el servicio público y otra ofertaba el servicio privado (aunque con todos los medios materiales y personales de aquella): había contabilidades separadas hasta el extremo de que eran dos entes distintos y, además, consta que la que hacía prestaciones privadas pagaba «un alquiler por las infraestructuras del Hospital». La clave debería haber estado en si la renta por ese «alquiler» era suficiente y excluía la aplicación de la financiación pública del servicio público a la actividad empresarial sanitaria.

empresariales<sup>15</sup> ni para aplicarle las exigencias derivadas de su sometimiento a las reglas de la competencia: el concepto de empresa a efectos del derecho de la competencia no exige ese dato formal de la personificación, que le resulta más bien irrelevante<sup>16</sup>. Así que cualquier actividad empresarial realizada por los entes públicos, aunque sea sin personificarla y hasta sin ninguna diferenciación orgánica, merece el mismo tratamiento<sup>17</sup>.

## 2. LAS VÍAS PARA REACCIONAR FRENTE AL INCUMPLIMIENTO DE ESE RÉGIMEN

Hay algunos medios para hacer efectivas esas limitaciones de la actividad empresarial pública, o sea, para reaccionar ante su transgresión e imponer la conducta correcta.

En parte, la Comisión Europea, de acuerdo con el art. 108.2 y 3 TFUE, tiene competencias para controlar el cumplimiento del régimen de las ayudas de Estado y para reaccionar en caso de incumplimiento. Sobre todo, puede adoptar decisiones imponiendo al Estado la recuperación de las ayudas. Esas decisiones son vinculantes y obligan a los Estados miembros a ejecutarlas conforme a los

<sup>15</sup> Ya Villar Palasí (1950, págs. 90-91) destacaba la posibilidad de acometer este género de actividad sin crear una persona jurídica y hablaba a este respecto de «empresa propia». Con mayor razón era y es indiferente que, de dotar de personalidad jurídica diferenciada a la organización encargada de tal actividad, tenga forma y régimen de derecho público o de derecho privado.

<sup>16</sup> Por todos, con síntesis de la jurisprudencia europea, Muñoz Machado (2015, págs. 294-300).

<sup>17</sup> Por eso aquí preferimos hablar de actividad pública meramente empresarial y no de empresa pública (aunque también utilizamos ese término ocasionalmente por simplificar). El concepto empresa pública evoca una cierta sustantividad subjetiva que no es necesaria para el sometimiento al régimen que abordamos. Además, es un término equívoco en tanto que también puede servir para referirse a las organizaciones que prestan ciertos servicios públicos. Con el acotamiento que aquí damos a nuestro objeto podría analizarse desde este punto de vista, por ejemplo, la concurrencia en el mercado de las universidades públicas cuando sin ningún ente instrumental —e incluso sin órgano especial— ofrecen servicios científicos, técnicos y artísticos al igual que lo hacen ciertos profesionales liberales. Pueden hacerlo, pero otra cosa es que acometan esa actividad con menores costes gracias a la financiación pública que reciben para prestar el servicio público que tienen confiado. Es sugerente la STS, Sala 3ª, de 25 de octubre de 2005 (casación 8093/2002; Ar. 7613). Aceptó que el art. 11 de la Ley de Reforma Universitaria (similar al actual art. 83 de la Ley Orgánica de Universidades) permitía estas conductas de las universidades. Pero se cuidó de aclarar que «queda judicialmente imprejuizado, como consecuencia del propio planteamiento de la parte actora, si tales contratos resultan conformes o no al derecho de la competencia». Véase J. Ortega Bernardo (2015), «Excepciones al Derecho de la competencia derivadas de la actividad administrativa realizada al amparo de una autorización legal: referencias al supuesto de la actividad profesional desarrollada por profesores universitarios sobre la base de la legislación universitaria», en J. Guillén Caramés y M. Cuerdo Mir (dirs.), *Estudios sobre la potestad sancionadora en Derecho de la Competencia*, Cizur Menor: Civitas, págs. 130-135.

procedimientos que establezca su derecho nacional<sup>18</sup>. De no cumplir esa decisión, la Comisión puede interponer recurso por incumplimiento (art. 258 TFUE). Esto es aplicable, entre otros, en el caso de ayudas de Estado en favor de empresas públicas. Pero, como ya se dijo, muchas de las posibles ventajas prohibidas a las empresas públicas no entran en el concepto de ayudas de Estado. Además, incluso aunque se trate de una ayuda de Estado, los concretos perjudicados por esa competencia ilegal de empresas públicas no tienen una acción para exigir de la Comisión que adopte decisiones ni para que, en su caso, inicie contra el Estado procedimiento por incumplimiento. Les cabe denunciar los hechos; pero poco más pueden hacer frente a la inactividad de la Comisión<sup>19</sup>.

En otro orden, se supone que los organismos de control interno y externo (Intervención y Tribunal de Cuentas o similares autonómicos) pueden supervisar la observancia de esas reglas e imponer las correcciones necesarias para adecuarse a ellas. Pero naturalmente poner en marcha estos mecanismos, que suelen ser poco efectivos para lo que aquí nos incumbe<sup>20</sup>, no está al alcance de los competidores perjudicados por la concurrencia con ventajas ilegales de las empresas públicas y que, a lo sumo, tienen solo teóricamente la posibilidad de excitar el celo de esos órganos para que, si lo estiman oportuno, actúen.

Pobres son las posibilidades de las autoridades nacionales de defensa de la competencia. Lo explica certeramente Fernández Farreres. Tras analizar el art. 11 de la vigente Ley de Defensa de la Competencia y su desarrollo reglamentario (a lo que no añadió nada, salvo en el aspecto orgánico, la Ley de Creación de la CNMC) concluye: «El sistema de control previsto resulta, en todo caso, muy limitado, por cuanto las propuestas que la CNMC puede formular carecen, por su propia naturaleza, de eficacia jurídica directa. De manera que, en última

---

<sup>18</sup> En el derecho español, merecen ser destacados dos. De un lado, si la ayuda de Estado encaja en el concepto de subvención, hay que estar a lo previsto en el art. 37.1.h) de la Ley General de Subvenciones que justamente enuncia como causa de reintegro la adopción, en virtud de lo establecido en el TFUE, de una de estas decisiones de la Comisión. De otro lado, si la ayuda de Estado tuvo carácter tributario hay que estar a lo dispuesto en los arts. 260 a 271 de la Ley General Tributaria (que fueron introducidos por Ley 34/2015).

<sup>19</sup> Ni tienen una acción para exigir a la Comisión que adopte una decisión de recuperación ni, suponiendo que se haya adoptado y no se haya ejecutado, pueden interponer ellos mismos un recurso por incumplimiento ni exigir que se interponga. Hay un amplio margen de discrecionalidad de la Comisión que la existencia de denuncia no restringe. Si acaso el denunciante con interés legítimo tendrá derecho a que la Comisión le informe y motive su acuerdo de no actuar. Pero nada más. Véase A. Bueno Armijo y M. Rebollo Puig (2012), «Los procedimientos administrativos previos al recurso por incumplimiento», en M. Fuertes (coord.), *Un procedimiento administrativo para Europa*, Cizur Menor: Aranzadi, págs. 361-366.

<sup>20</sup> En Alemania tampoco lo son. Así lo explica Magaldi (2009, pág. 349): «[...] tampoco han sido nunca efectivas en este ámbito las técnicas de inspección y control»; es más, eso es lo que explica, dice, que se justificara la intervención de los tribunales civiles (lo mismo que aquí se defenderá) con un resultado que, según los autores, «debe considerarse positivo».

instancia, la supresión o modificación de las ayudas proyectadas u otorgadas seguirá dependiendo de lo que al respecto decida el ente otorgante de las mismas. No puede afirmarse, por tanto, que la CNMC disponga de instrumentos efectivos de intervención en los regímenes de ayudas. Solo impropiamente se puede hablar de control de las ayudas públicas por los órganos nacionales de defensa de la competencia, pues sus facultades en forma alguna permiten una verdadera fiscalización, con consecuencias y efectos jurídicos vinculantes, de la compatibilidad de tales ayudas con la competencia en el mercado. Y es que la perspectiva que se mantiene es de carácter más estructural que efectiva protección subjetiva de los competidores»<sup>21</sup>. Justamente esa falta de protección subjetiva de los competidores es lo que aquí interesa destacar. Y si esto es verdad en general para todas las ayudas públicas y tanto para la CNMC como para las autoridades autonómicas de defensa de la competencia, ese déficit de protección subjetiva de los competidores se agrava incluso cuando se trata, no ya de ayudas a empresas privadas, sino de las que en las formas más variadas y subrepticias pueden recibir las empresas públicas, sobre todo si en parte gestionan servicios públicos o de interés general.

Teóricamente los recursos contencioso-administrativos ofrecen a los competidores vías para reaccionar frente a esas actividades empresariales públicas que no respetan la igualdad en su comportamiento en el mercado. A veces habrá actos administrativos e incluso reglamentos que expresen esos privilegios o ayudas que rompen la igualdad e, impugnando estos, cabrá conseguir su nulidad y el restablecimiento de la concurrencia en igualdad. Y no cabe descartar que las mismas autoridades de defensa de la competencia, con la específica legitimación que les confiere el art. 5.4 de la Ley de Creación de la CNMC, impugnen ante esta jurisdicción esos reglamentos y actos administrativos que obstaculicen una competencia efectiva en favor de las empresas públicas<sup>22</sup>. Ni

<sup>21</sup> G. Fernández Farreres (2018), *Sistema de Derecho Administrativo*, II, Cizur Menor: Civitas, 4ª ed., pág. 80. El mismo autor desarrolla esta idea en (2016), «El régimen de las ayudas de Estado y su impacto en el Derecho español», *RAP*, 200, págs. 247-248, donde afirma que «la única posibilidad de defensa de los competidores de las empresas beneficiarias de subvenciones y ayudas pasa por reclamar la intervención europea». Igualmente ya detectaban estas insuficiencias y las criticaban J. E. Soriano García y M. M. Sánchez Gutiérrez (2005), «El control de las ayudas públicas en España: un contexto a cambiar», en *La modernización del Derecho de la competencia en España y en la Unión Europea*, Madrid: Marcial Pons, págs. 300 y ss.

<sup>22</sup> Véase, por todos, J. Guillén Caramés (2011), «La impugnación por las autoridades de competencia de las actuaciones de las Administraciones públicas restrictivas del Derecho de la competencia», en J. Guillén Caramés (dir.), *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las Administraciones públicas*, Cizur Menor: Civitas, págs. 441 y ss.; y del mismo autor (2013), «La promoción de la competencia como refuerzo al ejercicio de la potestad sancionadora por parte de las autoridades de competencia. En especial, la impugnación de la actividad administrativa contraria al Derecho de la competencia», en J.

siquiera osaré negar que ocasionalmente los recursos frente a la inactividad o frente a la vía de hecho puedan canalizar con éxito pretensiones de los competidores para restablecer la igualdad concurrencial, por más que las dificultades para servirse aquí de esos cauces tan estrechos son enormes. Pero los obstáculos suben de grado o se convierten en simple imposibilidad real cuando ni siquiera es la Administración que está en el fondo de esa actividad empresarial la que vulnera las condiciones de concurrencia, sino que son sus entes instrumentales personificados incluso conforme al derecho privado los que de hecho destinan medios financieros, materiales y personales concedidos para la actividad de servicio público (o de interés general) a la actividad puramente empresarial que deberían acometer sin nada de eso. Entonces, el contencioso-administrativo no ofrece una vía satisfactoria para que los competidores privados perjudicados por esas ilícitas actuaciones empresariales públicas consigan su cese. El problema no está en la legitimación, pues el competitivo siempre ha sido considerado uno de los intereses legítimos que abre la vía del contencioso-administrativo. Tampoco está en la ilicitud de la forma de desplegar la actividad empresarial: «cualquier infracción del ordenamiento jurídico» (art. 70.2 LJCA) conduce a una sentencia estimatoria y, por hipótesis, esa actuación contraria a las condiciones en que debe desplegarse en el mercado la actividad empresarial de la Administración es una infracción del ordenamiento jurídico. El problema, a veces insalvable, está en encontrar una actividad o inactividad administrativa impugnabile y no una maraña inextricable de acciones y omisiones con las que se construye una concurrencia en condiciones de ventaja en la que es imposible competir.

En suma, hay cauces para reaccionar contra la conculcación de los límites de la actividad empresarial pública. Pero para los competidores que sufren la situación son inaccesibles o extremadamente angostos y complicados. Y, ante tanta dificultad para hacer efectiva una normativa clara y para reaccionar ante su no inusual transgresión, ¿tendrán los competidores las acciones que ofrece la Ley de Competencia Desleal? Esa es la cuestión.

### 3. ACCIONES CIVILES BASADAS EN EL ART. 15 DE LA LEY DE COMPETENCIA DESLEAL

El art. 15 de la Ley de Competencia Desleal (en adelante LCD) es del siguiente tenor:

Violación de normas.

1. Se considera desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja ha de ser significativa.

---

Guillén Caramés (dir.) (2013), *Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en Derecho de la competencia*, Cizur Menor: Civitas, págs. 382 y ss.

2. Tendrá también la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial.
3. Igualmente, en el marco de lo dispuesto en el artículo 2, se considera desleal la contratación de extranjeros sin autorización para trabajar obtenida de conformidad con lo previsto en la legislación sobre extranjería.

Los dos primeros apdos. del art. 15 LCD se refieren a dos supuestos de hecho distintos de violación de normas que pueden ser considerados constitutivos de competencia desleal<sup>23</sup>. El apdo. 3, que fue añadido por la Ley Orgánica 14/2003 de reforma de la Ley de extranjería, es más bien una concreción de lo dispuesto en los apartados anteriores, sobre todo, de su apdo. 1, aunque con un régimen especial.

Frente a esas conductas, como frente a cualquier otra de competencia desleal, el art. 32 de la misma ley confiere una serie de acciones civiles, destacadamente la de cesación (o prohibición) de la conducta desleal. Acciones para cuyo ejercicio se reconoce una amplia legitimación que incluye, desde luego, a los competidores, «cualquier persona física o jurídica que participe en el mercado, cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por la conducta desleal» (art. 33.1 LCD). Si se admite que las infracciones del régimen de la actividad administrativa puramente empresarial que antes hemos recordado son subsumibles en alguno de los apartados del art. 15 LCD habremos encontrado un medio efectivo para imponer esas limitaciones a la actividad pública

<sup>23</sup> Es oportuno notar que este supuesto de vulneración de normas, que por cierto coincide con lo que más comúnmente los legos suelen identificar con competencia desleal, no solo no tiene precedentes en nuestra legislación, sino que es inusual en el derecho comparado, aunque ocasionalmente se incluyan en la cláusula general de deslealtad comportamientos de ese género. Véase J. Massaguer Fuentes (1999), *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Madrid: Civitas, pág. 431. Preceptos similares a nuestro art. 15 LCD sí existen en otros países, acaso por influencia española. Así, en Perú, B. Kresalja Rosselló (2005), «Lo que a mí no me está permitido hacer tampoco debe permitírsete a ti (Apuntes sobre el acto desleal por violación de normas)», *Themis, Revista de Derecho*, 50, págs. 15-17. En Alemania este género de comportamientos se incluían a veces en la cláusula general. Pero desde la reforma de 2004 y ahora en la Ley de competencia desleal de 2010 (art. 4.10) se tipifica como desleal la infracción de «una disposición legal que pretenda regular el comportamiento en el mercado en interés de los participantes en él». Nótese que se habla de regulación del «comportamiento en el mercado», con lo que se excluyen las normas sobre acceso al mercado; y solo de las normas cuyo fin es proteger a los otros participantes en el mercado, no de las que pretendan tutelar otros intereses generales. Con ello quedaron fuera las infracciones de las normas sobre la constitución de empresas públicas que persiguen más bien evitar que se dañe a las propias Administraciones con aventuras empresariales que pueden poner en peligro su hacienda. Véase Magaldi (2009, pág. 341). Pero deja abierta la posibilidad de incluir ahí las normas sobre comportamiento en el mercado de las empresas públicas, que es lo que aquí nos importa prioritariamente.

empresarial y para que los competidores se defiendan contra su vulneración. ¿Es transitable esa vía?

## II. LOS REQUISITOS DEL ART. 15 DE LA LEY DE COMPETENCIA DESLEAL Y SU PROYECCIÓN SOBRE LA CUESTIÓN PLANTEADA

### 1. LA INFRACCIÓN DE UNA NORMA JURÍDICA

Los tres apdos. del art. 15 LCD tienen en común la exigencia de infracción de una norma jurídica. Es incuestionable que las normas a que se refiere el art. 15.2 LCD pueden tener cualquier rango<sup>24</sup>. Alguna vez se sostuvo que las aludidas en el art. 15.1 LCD han de tener rango de ley (puesto que habla de «infracción de las leyes»)<sup>25</sup>. Pero esa interpretación está con razón por completo abandonada y hoy se acepta pacíficamente que para los diversos apdos. del art. 15 LCD basta la transgresión de cualquier norma sin que importe su rango o procedencia<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> Así, en la STS 605/2009, de 2 de octubre, se aceptó que era una de esas normas del art. 15.2 LCD una circular aprobada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. En la STS 874/2007, de 24 de julio, jugó ese papel una resolución de un director general autonómico que prohibía la venta de libros en los centros educativos.

<sup>25</sup> En ese sentido STS 271/2000, de 13 de marzo: «[...] el apartado primero [...] no atiende al contenido de la norma, sino solo a su forma»; forma de ley y «por tal es obvio no puede entenderse una normativa de horarios fijada por un Colegio Profesional». Lo mismo repite la STS 593/2000, de 16 de junio, que añade: «Es indiscutible que las normas dictadas por los Colegios Profesionales en el ejercicio de sus potestades reglamentarias no tienen el carácter de ley formal, por lo que su infracción no puede calificarse como acto de competencia desleal al amparo del art. 15.1 de la Ley de 10 de enero de 1991[...].»

<sup>26</sup> Dice la STS 500/2012, de 24 de julio: «Para que una conducta pueda considerarse acto de competencia desleal al amparo del art. 15.1 LCD [...] es necesario que se haya infringido una norma jurídica que [...], no necesariamente debe de gozar de rango legal[...]. La doctrina opta también por este entendimiento de norma jurídica aludida en el art. 15 LCA. Así, dice F. Carbajo Cascón (2011), «Violación de normas», en A. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Cizur Menor: Aranzadi, pág. 408, que «existe acuerdo prácticamente unánime entre la doctrina en el sentido de que [...] ambos preceptos, el del apartado 1 y el del apartado 2 del art. 15 LCD, deben interpretarse unitariamente, equiparando plenamente el términos “leyes” al de “normas jurídicas”; esto es, leyes concebidas en sentido amplio o abstracto, como normas de derecho positivo vinculantes, comprendiendo todas las normas jurídicas (independientemente de su naturaleza jurídico-privada o jurídico-pública) que reúnan los caracteres de imperatividad, generalidad y coercibilidad: Reglamentos comunitarios, Leyes orgánicas y ordinarias, Decretos-leyes, Decretos legislativos, Decretos, Órdenes Ministeriales, la normativa análoga (legal y reglamentaria) de las Comunidades Autónomas, Circulares del Banco de España, la CNMV o de cualquier otra agencia independiente [...], las ordenanzas y regla-

Incluidas quedan también —incluso muy destacadamente— las normas administrativas<sup>27</sup>, no ya administrativas por su origen (o sea, en definitiva, reglamentos), sino por su contenido. Desde este punto de vista son normas administrativas aquellas que regulan la actuación de las Administraciones, comprendidas las que, aunque disciplinan el comportamiento de los sujetos privados, tienen como mecanismos de reacción el ejercicio de potestades administrativas, sean de restablecimiento de la legalidad o de sanción. A esa forma de reacción administrativa propia de la norma en sí se sumaría a veces, si se dan los requisitos del art. 15 LCD, la reacción judicial civil establecida por el art. 32 LCD.

Es por completo irrelevante que se trate de una norma que afecte a todos los competidores o que solo obligue a algunos de ellos: si un sujeto conculca la norma que para él es obligatoria se estará ante la violación de normas del art. 15 LCD<sup>28</sup>.

Algunas veces se ha precisado que ha de tratarse de normas verdaderamente obligatorias y coercitivas conforme al ordenamiento jurídico general. Con ello pueden excluirse las meras instrucciones de servicios, las normas técnicas<sup>29</sup> o los códigos de conducta que solo resultan obligatorios para los empresarios o profesionales que se hayan adherido voluntariamente<sup>30</sup>.

---

mentos de las entidades locales y también los estatutos generales y particulares de corporaciones profesionales...». Igualmente, Massaguer Fuentes (1999, pág. 435) y P. Soler Masota (2002), «Infracción de normas como acto de competencia desleal», *Cuadernos de Derecho Judicial*, 11, pág. 198.

<sup>27</sup> La STS 304/2017, de 17 de mayo, dice que las normas del art. 15.2 lo son «al margen de su naturaleza civil o administrativa». En la STS 605/2009, de 2 de octubre, se lee: «La alusión al carácter administrativo de la normativa resulta irrelevante porque [...] lo que importa en relación con el precepto de la LCD —art. 15.2— es que tenga por objeto la regulación de la actividad concurrencial». Esto es también cierto para las normas del art. 15.1. Por todos, Soler Masota (2002, pág. 200).

<sup>28</sup> J. Alfaro Águila-Real (1991), «Competencia desleal por infracción de normas», *Revista de Derecho Mercantil*, 202, pág. 711: «No es necesario que la norma sea vinculante para los restantes competidores, basta que lo sea para el infractor». Igualmente Carbajo Cascón (2011, pág. 409) y A. Emparanza Sobejano (2009), «Comentario al art. 15 LCD» en F. Martínez Sanz (dir.), *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*, Madrid: Tecnos, pág. 259.

<sup>29</sup> Alfaro Águila-Real (1991, pág. 716).

<sup>30</sup> Más cuestionable es la aplicación que de esta idea hace la STS 500/2012, de 24 de julio: la exigencia de que «se haya infringido una norma jurídica que [...] debe reunir los caracteres de imperatividad, generalidad y coercibilidad» le sirve para excluir la infracción de un artículo de los estatutos de una mancomunidad que circunscribían su actuación a los términos de los tres municipios mancomunados: «La norma supuestamente infringida es organizativa, de carácter interno, que afecta únicamente a la propia Mancomunidad y, en su caso, a quienes forman parte de ella, pero carece de eficacia frente a terceros, razón por la

Por hablarse de normas se consideran excluidos los incumplimientos de contratos<sup>31</sup> o actos administrativos<sup>32</sup>. Esta precisión debe matizarse cuando lo que hace el contrato y sobre todo el acto administrativo no es más que concretar o aplicar en un caso determinado un deber legal (así, el deber vulnerado puede estar consagrado o concretado en un contrato administrativo de gestión de un servicio público o en una autorización administrativa)<sup>33</sup>. En tal hipótesis, el incumplimiento, aunque sea primera y aparentemente de un contrato o de un acto administrativo, lo es final y realmente de una norma jurídica.

Desde luego, lo que sí es seguro es que ha de tratarse de una norma válida<sup>34</sup>: si lo incumplido es un reglamento viciado e inválido, sencillamente el juez civil deberá inaplicarlo conforme al art. 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial sin necesidad de suscitar cuestión alguna ante la jurisdicción contencioso-administrativa; y el demandado podrá alegar esa invalidez como excepción procesal. Si se trata de una norma con rango de ley, el juez civil no podrá inaplicarla sino solo tras plantear con éxito la cuestión de inconstitucionalidad ante el TC.

Examinado el significado aquí de la alusión a normas jurídicas, la infracción de la que se habla es cualquier transgresión de la misma. De ninguna forma

---

cual no es apta para que mediante su infracción pueda obtenerse una ventaja competitiva significativa frente a los competidores. Se trata de una norma previa, que no afecta a la prestación de los servicios funerarios, liberalizados por el RDL 7/1996[...]. Acaso tenga razón esta STS porque, en tanto que los servicios funerarios fueron liberalizados, las limitaciones territoriales para acometer una pura actividad empresarial pública habían perdido sentido. Pero los estatutos de una mancomunidad (a diferencia de los de una sociedad mercantil) son verdadera norma jurídica y, por ello, susceptible, en principio, de integrar el supuesto del art. 15 LCD.

<sup>31</sup> MASSAGUER FUENTES (1999, pág. 436). En ocasiones, da la impresión de que los tribunales civiles aceptan integrar en el art. 15 LCD el incumplimiento de contratos, pero se cuidan de disfrazarlo. Es reveladora la SAP de Burgos 45/2017, de 17 de febrero. Lo que se discutía era si incurría en la deslealtad del art. 15 LCD la concesionaria del servicio de transporte sanitario que usaba las ambulancias comprometidas en exclusiva con la Administración de salud regional para prestar también servicios privados; o sea, del incumplimiento de un contrato administrativo. La AP acepta que hay competencia desleal, pero no por incumplimiento del contrato, sino por abuso de la posición dominante (art. 2 LDC) que ocupaba la demandada gracias a ser «adjudicataria del servicio más importante». Es una piroeta con la que consigue convertir el incumplimiento de un contrato en violación de una norma.

<sup>32</sup> Así, B. Peñas Moyano (2008), «La violación de normas concurrenciales y no concurrenciales como actos de competencia desleal (SAP Zamora 223/2007, de 25 de octubre)», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, 3, pág. 219.

<sup>33</sup> En referencia a las concesiones de servicio, Alfaro Águila-Real (1991, pág. 695) y Massaguer Fuentes (1999, pág. 437).

<sup>34</sup> Alfaro Águila-Real (1991, pág. 715): «La infracción presupone la validez de la norma infringida».

debe identificarse con la acción u omisión típica, antijurídica y culpable para la que el ordenamiento ha previsto algún castigo (penal o administrativo). Basta que sea un acto ilícito; no se requiere que sea punible. Además, con seguridad no hace falta dolo y menos todavía un dolo relativo al propósito de obtener una ventaja competitiva. Pero tampoco hace falta culpa, como en general no es necesaria para incurrir en competencia desleal. Basta una conducta material y objetivamente contraria al ordenamiento sin que sea imprescindible ningún requisito subjetivo<sup>35</sup>.

En cualquier caso, para lo que aquí abordamos una conclusión obvia se impone: las actividades públicas meramente empresariales que se sirvan para desarrollarlas de ayudas públicas en cualquier forma o que disfruten de algún género de privilegio administrativo o que de hecho queden exoneradas del cumplimiento de las reglas que disciplinan a las empresas privadas estarán vulnerando normas jurídicas. En concreto, normas jurídicas plena y directamente vinculantes y coercitivas son las del TFUE que imponen las limitaciones a las actividades empresariales públicas ajenas a los servicios de interés económico general. Ni el hecho de que solo afecten a las empresas públicas ni su rango suprallegal comporta, como hemos visto, ningún tipo de óbice a la conclusión. Y lo mismo hay que afirmar de las que, al margen del derecho europeo, el ordenamiento nacional impone a su comportamiento en el mercado. Así que, sin decidir todavía si encajan en el apdo. 2 o solo en el más amplio apdo. 1, sí es seguro que esas normas entran en el art. 15 LCD y su vulneración permite el enjuiciamiento desde la perspectiva de la deslealtad<sup>36</sup>. Igualmente la mera inobservancia de la Ley 4/2007, de 3 de abril, constituye esa antijuridicidad material que es presupuesto común de los dos primeros apdos. del art. 15 LCD.

<sup>35</sup> Massaguer Fuentes (1999, pág. 439) y Carbajo Cascón (2011, pág. 413).

<sup>36</sup> En igual dirección ofrece una respuesta parcial, pero muy valiosa, Massaguer Fuentes (1999, págs. 464-465). Plantea la cuestión por referencia específica a las ayudas de Estado de estas empresas públicas: «[...] si el beneficiario de la ayuda pública ilegal resultare ser una empresa a través de la cual la Administración realiza en el mercado una actividad económica de producción o mediación de bienes o servicios de cualquier clase, desde un punto de vista sustantivo no ha de existir [...] ningún impedimento para enjuiciar la concesión de la ayuda pública ilegal como acto de competencia desleal por violación de normas, sobre la base de que en esta condición no es dudoso que la Administración se halla plenamente sujeta a la Ley de Competencia Desleal [...] y de que, si se prescindiera de la diversidad formal de sujetos, se está ante un evidente supuesto de autofinanciación (en su caso irregular) de una actividad desarrollada en el mercado plenamente sometida al Derecho contra la competencia desleal». Por su parte, F. Vicent Chuliá (1993), «Poderes públicos y Derecho de la competencia», *Revista General del Derecho*, 583, pág. 3373, explica que en Alemania «se ha reconocido que existe deslealtad en la competencia cuando la empresa pública se vale de facultades públicas para reforzar su posición concurrencial o la de terceros».

## 2. NO HAY PREJUDICIALIDAD ADMINISTRATIVA NI OTROS OBSTÁCULOS DERIVADOS DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

Aunque la infringida sea una norma administrativa no es necesario que antes de la sentencia civil la Administración haya declarado de alguna forma el incumplimiento. Tampoco, por supuesto, se requiere un pronunciamiento de la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>37</sup>. Es más, de ordinario la acción civil de competencia desleal tendrá más sentido y se hará más útil precisamente ante la falta de reacción por parte de la Administración.

Sencillamente el juez civil resolverá sobre la procedencia de una acción puramente civil cuyo conocimiento es de su exclusiva competencia; en su enjuiciamiento tendrá que incluir, eso sí, como parte de su fundamentación la existencia de la infracción de una norma administrativa. De ningún modo eso le está vedado ni es monopolio de la Administración ni de la jurisdicción contencioso-administrativa, como no lo es, por ejemplo, la declaración de nulidad de un contrato privado en aplicación del art. 6.3 CC por vulneración de alguna norma administrativa. Ni siquiera creo que se pueda hablar propiamente de una cuestión prejudicial administrativa en el sentido estricto del art. 42 LEC porque no hay una cuestión administrativa previa que resolver. Lo que es propio de la Administración (y, después, para su control, de la jurisdicción contencioso-administrativa) es pronunciar la orden represiva o la sanción, no la consecuencia civil de la contravención de la norma. Por citar dos ejemplos típicos, si se tratara de enjuiciar conforme al art. 15 LCD el incumplimiento de las normas sobre horarios comerciales o sobre precios de los libros, el juez civil deberá hacerlo sin que importe nada que la Administración, que en ambos casos podría sancionar esas conductas (art. 6 de la Ley estatal 1/2004, de 21 de diciembre, de Horarios Comerciales, en relación con las de las distintas comunidades autónomas; y art. 17 de la Ley 10/2007, de 22 de junio, de la lectura, del libro y de las bibliotecas), no haya hecho nada.

Así lo entiende la doctrina<sup>38</sup> y el TS<sup>39</sup>. Sobre todo en su Sentencia 1348/2006, de 29 de diciembre, ante la actuación de un concesionario de servicio público de

<sup>37</sup> La situación tendría otros tintes si la infracción de normas fuese además constitutiva de delito (por ejemplo, si se imputase a un competidor el suministrarse habitualmente de mercancías robadas), dado el carácter suspensivo y devolutivo de las cuestiones prejudiciales penales.

<sup>38</sup> Alfaro Águila-Real (1991, pág. 711): «[...] no resulta necesario que la infracción haya sido constatada con carácter previo en una decisión judicial o administrativa firme». Igualmente Soler Masota (2002, pág. 200), Massaguer Fuentes (1999, pág. 438) y Carbajo Cascón (2011, pág. 412). Específicamente negando que el juez civil deba esperar a una resolución de las autoridades de defensa de la competencia cuando el art. 15 LCD se integre con las normas de la LDC, J. I. Font Galán y L. Miranda Serrano (2005), *Competencia desleal y antitrust. Sistema de ilícitos*, Madrid: Marcial Pons, págs. 96-97, aunque estos profesores formulan reparos en págs. 98-103 y 119 y ss.

<sup>39</sup> Ya en su Sentencia 271/2000, de 13 de marzo, dijo: «[...] no compete al orden jurisdiccional civil pronunciarse acerca de la interpretación de normas administrativas [...] de mane-

transportes que no respetaba la exclusividad de otro concesionario. Lo planteó así: «[...] la cuestión consiste en determinar si podría estimarse que se ha producido una infracción de las normas, como supuesto de competencia desleal, sin que se haya apreciado previamente por la Administración y por el orden jurisdiccional correspondiente el ejercicio incorrecto o abusivo de las facultades que la concesión comporta». Y respondió:

No existe [...] prejudicialidad ni vinculación del juez civil por la calificación que de los hechos hayan podido hacer, en su caso, las autoridades administrativas que pudieran haberlos conocido en el marco de su competencia [...] La regulación del comportamiento competitivo de los operadores ya instalados es, claramente, materia del Derecho de la competencia. La violación de las disposiciones rectoras del comportamiento concurrencial de los operadores posicionados en el mercado puede constituir un supuesto de competencia desleal en el sentido del art. 15.2 LCD, sin perjuicio de cuál haya de ser la calificación de la conducta en el plano administrativo. Cuando se trata de determinar si el comportamiento de un determinado operador en ese segmento del mercado obedece a los principios de ordenación y al correcto ejercicio de la libertad de concurrencia, es forzoso aceptar que ha de acudir a la jurisdicción civil [...]. Y así, en definitiva, el juez (civil), en el marco de la subsunción de la conducta enjuiciada y a los solos efectos de poder formular el correspondiente reproche de deslealtad, apreciará, a la vista de los hechos y como paso previo necesario, si existe o no infracción legal, a fin de proceder, en su caso, a la aplicación del art. 15 LCD<sup>40</sup>.

Y por las mismas razones que no hay ninguna prejudicialidad administrativa que obste al juicio civil, tampoco existirá en su caso ningún impedimento por litispendencia.

No se trata solo de que el juez civil pueda apreciar a sus efectos la infracción de la norma administrativa sin que haya una declaración en tal sentido de la Administración. Es que, además, aunque sí hubiera una decisión de la Adminis-

---

ra principal, ya que su ámbito de atribuciones lo delimitan las normas civiles, no obstante, que *incidenter tantum* los órganos civiles puedan, con carácter prejudicial, decidir sobre otras cuestiones (excepto las penales) ajenas a su orden, si constituyen presupuesto lógico para el fallo[...].».

<sup>40</sup> Todo esto, por chocante que resulte, puede llevar a que el juez civil haya de decidir si, por ejemplo, una empresa no paga sus impuestos o sus cuotas de la Seguridad Social, sin que haya una decisión administrativa, lo que no parece propio de su función ni de su especialización. Pero es así como demuestra la STS 512/2005, de 24 de junio, que se enfrentó con un caso en el que se imputaba a una empresa ofrecer precios muy bajos gracias a que no cumplía sus deberes tributarios ni de Seguridad Social. Y la sentencia lo da por probado: son «hechos probados, los que declaran que la Sociedad demandada ha incumplido sus obligaciones fiscales y administrativas en lo referente a las declaraciones del impuesto de IVA, así como el de Sociedades e incluso el deber de cotización para con la Seguridad Social». Cosa distinta es que por otras razones no consideró aplicable el art. 15 LCD.

tración que ya haya apreciado la infracción y declarado la consecuencia administrativa, el juez civil podrá por su parte dictar sentencia con los pronunciamientos del art. 32 LCD. Acaso se produzcan dos decisiones (una administrativa y otra judicial) ordenando el cese; nada se opone a ello. Y suponiendo que lo que se haya producido sea una sanción administrativa, tampoco el *non bis in ídem* impedirá que el juez civil ordene el cese o acuerde alguna otra de las consecuencias previstas en la LCD que, por no tener naturaleza punitiva, se pueden acumular perfectamente a las sanciones.

También cabe que haya decisiones discrepantes<sup>41</sup>; o sea, que en un orden se considere infringida la norma y en el otro se niegue tal vulneración<sup>42</sup>. Esta discrepancia, que se puede producir en otras muchas situaciones, está aceptada por el TC siempre que haya justificación material y motivación formal<sup>43</sup>. A este respecto ni la presunción de validez del acto administrativo afecta al juez civil ni la cosa juzgada de la sentencia civil sobre deslealtad vincula a la decisión de la Administración. Tampoco la sentencia contencioso-administrativa que eventualmente haya confirmado aquel acto administrativo vincula al juez civil a los efectos de aplicar el art. 15 LCD.

La situación es más complicada cuando, no es ya que la Administración se haya pronunciado en un sentido u otro sobre la infracción de una norma, sino que es ella misma la que mediante reglamento o acto administrativo infringe la norma. Por ejemplo, aprueba un reglamento sobre subvenciones a empresas vulnerador del régimen de ayudas públicas; o concede mediante acto administrativo una subvención a una empresa con igual vulneración; o prevé en un plan de urbanismo que lo que no puede hacer ningún particular (establecer una fábrica en

---

<sup>41</sup> Alfaro Águila-Real (1991, pág. 711) y Soler Masota (2002, pág. 202).

<sup>42</sup> Desde luego es posible que el juez civil decida estimar la demanda basada en el art. 15 LCD y que la Administración decida no sancionar o no ordenar el cese de la conducta; o, al revés, que aquel desestime la demanda basada en el art. 15 LCD y que la Administración sí decida ejercer sus potestades de reacción. Pero si eso se debe a otros factores (la Administración decide no sancionar por que no observa culpabilidad, el juez civil desestima la demanda porque no concurren los demás requisitos del art. 15.1 LCD, etc.), ningún problema se plantea. En realidad, ni siquiera habrá contradicción. Lo que aquí nos ocupa es la hipótesis en la que hay un juicio diferente sobre si se ha infringido o no determinada norma.

<sup>43</sup> En el ATC 34/2003, de 30 de enero, se dice: «Por lo general —hemos afirmado— carece de relevancia constitucional la posibilidad de que puedan producirse resultados distintos cuando la contradicción es consecuencia de los distintos criterios informadores del reparto de competencias que ha llevado a cabo el legislador (SSTC 190/1999, de 25 de octubre, y 278/2000, de 27 de noviembre)». Sobre la exigencia de justificación según la jurisprudencia constitucional, M. Rebollo Puig (2010), «El control contencioso-administrativo de la potestad sancionadora», en la obra colectiva con M. Izquierdo Carrasco, L. Alarcón Sotomayor y A. Bueno Armijo, *Derecho Administrativo sancionador*, Valladolid: Lex Nova, págs. 919-925.

determinados suelos) sí está permitido a su empresa o, hasta sin plan, le concede licencia para hacerlo ¿También en estas hipótesis puede el juez civil aplicar el art. 15 LCD sin que nadie haya anulado esos reglamentos o actos administrativos? ¿Vincula al juez civil la presunción de validez de reglamentos y actos administrativos? ¿Existe prejudicialidad? Para los reglamentos da respuesta otra vez el art. 6 LOPJ: el juez civil, aunque no lo anule, puede y debe inaplicar el reglamento o plan ilegal; y si se trata de un acto administrativo no tiene sentido que la solución sea distinta porque, además, la presunción de validez de los actos no afecta a los jueces<sup>44</sup>. Lo que el juez civil hará en estos casos, sin invadir lo que es exclusivo de la jurisdicción contencioso-administrativa, es declarar una deslealtad y restablecer el orden concurrencial querido por el ordenamiento, lo que es propio de su jurisdicción.

Aplicado lo dicho a nuestro tema resulta incuestionable que el hecho de que la Administración de que dependa no reaccione frente a la infracción de los límites a la conducta en el mercado de la empresa pública o que, como será lo más frecuente, incluso la haya consentido, bendecido e inducido y hasta la haya dirigido y protagonizado no comporta ningún impedimento para que el juez civil, de acuerdo con los arts. 15 y 32 LCD, ordene su cese. Tampoco es obstáculo el hecho de que medien actos administrativos o reglamentos que expresen o canalicen esa violación de las reglas a las que están sujetas las empresas públicas. Sin necesidad de que el juez civil los anule formalmente (lo que escapa a su competencia), podrá apreciar la violación de tales reglas y extraer las consecuencias que prevé la LCD. Esas actuaciones de la Administración, incluso en forma de reglamentos y actos administrativos, no serán óbice a la competencia judicial civil. Si acaso lo que supondrá es que, si la empresa pública tiene personalidad distinta de la Administración, la legitimación pasiva corresponderá a ambas conforme a lo dispuesto en el art. 34 LCD: incluso aunque la competencia desleal sea imputable al ente instrumental, la Administración matriz estará pasivamente legitimada si ha ordenado, inducido o cooperado en la conducta de aquel.

### 3. LAS COMPETENCIAS DE LA COMISIÓN EUROPEA SOBRE AYUDAS DE ESTADO TAMPOCO EXCLUYE EL PROCESO CIVIL

Tampoco las competencias que la Comisión Europea tiene en virtud de los arts. 107 a 109 TFUE entrañan un obstáculo general e insalvable a la actuación del juez civil. Es así para empezar y sobre todo porque la competencia del juez nacional civil que aquí propugnamos no consiste necesaria y únicamente en aplicar el derecho europeo de las ayudas de Estado, sino el derecho interno sobre el

<sup>44</sup> M. Rebollo Puig (2005), «La presunción de validez», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 128, págs. 603-607 y 619-622.

comportamiento en el mercado nacional de las empresas públicas. En tanto que el juez nacional esté simplemente aplicando el régimen español sobre el acceso o sobre el comportamiento en el mercado de las empresas públicas y la Ley española de Competencia Desleal, ningún impedimento entrañan las competencias de la Comisión sobre ayudas de Estado. No obstante, los solapamientos pueden producirse cuando lo que se pretenda combatir con el art. 15 LCD entre en el ámbito del régimen europeo de las ayudas estatales.

A este respecto hay que comenzar por reconocer que solo la Comisión (aunque con el control de los tribunales comunitarios) puede decidir si las ayudas de Estado (incluidas las dadas en favor de actividades empresariales de la Administración) son compatibles o incompatibles con el mercado interior. Por tanto, si alguien ejerciera una acción basada en el art. 15 LCD y en el supuesto carácter incompatible con el mercado interior de una ayuda estatal, el juez civil español sí que necesitaría una decisión previa de la Comisión. Ahora bien, si la Comisión ya ha declarado que una determinada ayuda es incompatible y si pese a todo se ha otorgado, nada obsta a que se combata en el derecho interno por los cauces que ofrece la LCD. El hecho de que el ordenamiento español haya previsto para tales casos procedimientos administrativos específicos con los que lograr la recuperación [art. 37.1.h) de la Ley General de Subvenciones y arts. 260 a 271 de la Ley General Tributaria] no es óbice para que, si se le pide, la acuerde el juez civil en aplicación de la LCD. De un lado, la decisión de la Comisión, que vinculará al juez civil nacional, permitirá su fácil integración en el art. 15.2 LCD. De otro, el derecho de la Unión Europea (que respeta la autonomía institucional y procedimental de los Estados miembros) no se opone a ese cauce<sup>45</sup>. Acaso sea superfluo que los competidores acudan a esta vía civil para imponer la recuperación, pero en algunos casos puede ser útil ante la pasividad de la Administración, sobre todo, quizá, cuando se trate de empresas públicas. También cuando ni la LGS ni la LGT ofrezcan soluciones adecuadas porque las ventajas de que haya disfrutado la empresa pública no encajen ni en el concepto legal de subvención ni tengan carácter tributario o cuando las soluciones que permitan esas leyes no sean suficientes para restablecer plenamente la igualdad en la concurrencia.

En sentido contrario, puede que la Comisión declare que una determinada medida no constituye ayuda de Estado conforme al derecho de la Unión o que, siéndolo, es compatible. Esa decisión, claro está, vincula a los jueces nacionales; también al juez civil que conozca de una pretensión basada en la LCD que, por tanto, no podrá subsumir la medida en el art. 15 LCD por considerar que es una

---

<sup>45</sup> De hecho, en el apdo. 51 de la Comunicación de la Comisión «Hacia una aplicación efectiva de las decisiones de la Comisión por las que se ordena a los Estados miembros que recuperen ayudas estatales ilegales e incompatibles» (2007-C 272/05), se habla expresamente de procedimientos civiles aunque considera que los administrativos tienden a ser más eficientes.

ayuda de Estado incompatible. Pero sí que tendrá todavía margen para valorar esa medida desde la perspectiva del derecho interno y para declarar que, al margen del régimen europeo de las ayudas de Estado, constituye un comportamiento desleal en el mercado de la empresa pública con todas las consecuencias a ello inherentes<sup>46</sup>.

Finalmente, cabe que se esté ante medidas sobre las que la Comisión, pese a que era procedente, no haya tomado decisión sobre su compatibilidad o incompatibilidad, sea porque no se le notificaron, sea porque se ejecutaron antes de que la Comisión se pronunciara. Esto es, ante medidas que vulneren el art. 108.3 TFUE («ayudas ilegales» en la terminología europea)<sup>47</sup>. A este respecto los jueces nacionales sí tienen competencias que el derecho de la Unión no solo no cercena, sino que, al contrario, alienta<sup>48</sup>. Competencias que requieren que el juez nacional comience por valorar si una determinada medida entra en el concepto europeo de ayuda de Estado y no está exonerada de notificación<sup>49</sup>. En tal hipótesis de las ayudas ilegales, los jueces nacionales pueden adoptar conforme al derecho interno las medidas necesarias para que desaparezcan los efectos de la ayuda, incluida la recuperación, sin tener que esperar a ninguna decisión de la Comisión, incluso aunque esta haya iniciado un procedimiento de examen para

<sup>46</sup> Con cita de la STJUE de 12 de febrero de 1998, *CELF*, as. C-199/06, la Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de la normativa sobre ayudas estatales por los órganos jurisdiccionales nacionales (2009/C 85/01) explica, que, «si bien después de una decisión positiva de la Comisión, el órgano jurisdiccional nacional ya no está obligado por el Derecho comunitario a ordenar la recuperación íntegra, puede existir una obligación de recuperación conforme al Derecho nacional» (apdo. 35). Véase B. Pérez Bernabeu (2013), *La recuperación de las ayudas de Estado. Principios y procedimiento*, Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, pág. 31.

<sup>47</sup> En realidad, los tratados no contenían previsiones para estas «ayudas ilegales», sino que solo contemplaban «una realidad ideal en la que los Estados miembros cumplirían fielmente sus obligaciones de información». Todo lo concerniente al concepto de ayudas ilegales como lo relativo a su régimen es obra conjunta del Tribunal de Justicia y de la labor normativa de la Comisión y el Consejo, como explica A. Bueno Armijo (2004), «La recuperación de las ayudas de Estado incompatibles con el Derecho europeo de la competencia: nuevas soluciones en la reciente Ley General de Subvenciones», en J. I. Font Galán y M. Pino Abad (coords.), *Estudios de Derecho de la competencia*, Madrid: Marcial Pons, pág. 306.

<sup>48</sup> Véase Pérez Bernabeu (2013, pág. 28). Aunque en general el esfuerzo por reforzar las vías nacionales, sobre todo jurisdiccionales, ha tenido poco éxito, como explica F. Pastor Merchante (2015), «La aplicación privada de la normativa europea sobre ayudas de Estado», *Revista Española de Derecho Europeo*, 55, pág. 30.

<sup>49</sup> Por todos, A. Estoa Pérez (2006), *El control de las ayudas de Estado*, Madrid: Iustel, págs. 225-232. No obstante, en esa misión el juez nacional cuenta con el apoyo de la Comisión a la que puede pedir dictámenes, como recuerdan los apdos. 13, 18, 89, 90 y 91 de la citada comunicación sobre la aplicación de la normativa de ayudas estatales por los órganos jurisdiccionales nacionales.

decidir si la ayuda ilegal es compatible<sup>50</sup>. Y entre los cauces posibles nada excluye los que ofrece la LCD<sup>51</sup>. Por tanto, ante una ayuda de Estado ilegal (incluidas las que beneficien a actividades administrativas puramente empresariales, que son las que aquí nos ocupan) por vulnerar el art. 108.3 TFUE, los legitimados conforme al art. 33 LCD podrán ejercer las acciones del art. 32 con base en el art. 15 de la misma ley y el juez civil podrá resolver sin esperar una decisión de la Comisión<sup>52</sup>.

#### 4. APLICACIÓN DEL ART. 15.2 LCD. LAS CONDICIONES A QUE QUEDAN SOMETIDAS LAS EMPRESAS PÚBLICAS COMO NORMAS CUYO OBJETO ES «LA REGULACIÓN DE LA ACTIVIDAD CONCURRENTIAL»

Concluido que las reglas que limitan las actividades públicas puramente empresariales son normas incluidas en el art. 15 LCD, importa ahora dilucidar si son de las más concretamente aludidas en el apdo. 2 de ese artículo (es decir, normas jurídicas que tienen «por objeto la regulación de la actividad concurrential») o si solo entran en el conjunto más amplio de las referidas en el apdo. 1 del mismo artículo.

<sup>50</sup> Véase Estoa Pérez (2006: 228), Pastor Merchante (2015, pág. 19) y J. C. da Silva Ochoa (2012), «Tribunales nacionales y ayudas de Estado en la Unión Europea», *Noticias de la Unión Europea*, 324, pág. 78.

<sup>51</sup> A este respecto es de destacar que, aunque lo más normal es ejercer acciones contra la autoridad pública que concedió la ayuda ilegal, no está excluida por el derecho de la Unión la posibilidad de dirigirse directamente contra el beneficiario cuando el derecho interno ofrece vías para ello. Véase Silva Ochoa (2012, págs. 82-83).

<sup>52</sup> La reiterada comunicación sobre la aplicación de la normativa de ayudas estatales por los órganos jurisdiccionales nacionales insiste en que el deber de los jueces nacionales de ordenar la recuperación de ayudas ilegales no depende de su compatibilidad [apdos. 26.b) y 30]. Alguna matización, sin embargo, hay que introducir en los casos en que la Comisión *a posteriori* acabe declarando que la ayuda ilegal es compatible. Tal decisión no sana la ilegalidad originaria: tendrá efectos para el futuro, pero no para el pasado, o sea, no para el tiempo transcurrido desde que se otorgó la ayuda hasta que se produjo la decisión de compatibilidad. Por ello, como mínimo, habrá que devolver los intereses correspondientes a ese periodo [apdo. 40.b) de la misma comunicación citada] y eventualmente indemnizar daños y perjuicios. Véanse Estoa Pérez (2006, pág. 231), Silva Ochoa (2012, pág. 81) y Pastor Merchante (2015, pág. 20). No obstante, esto sí puede condicionar la ejecución de la sentencia civil que, antes de la decisión de la comisión, haya fallado la devolución íntegra de la ayuda. Problemas similares pueden producirse si lo que decide la comisión es que la medida analizada no era propiamente ayuda de Estado con el agravante de que en este caso ni siquiera habrá ilegalidad originaria. Pese a ello, nada obsta a que, al margen de la decisión de la comisión, la sentencia del juez nacional permanezca incólume si se basó también en el ordenamiento nacional.

Forzoso es reconocer que el riguroso deslinde entre las normas comprendidas en el art. 15.2 LCD y aquellas otras que solo podrían incardinarse en el conjunto residual del apartado anterior es espinoso y que los tribunales<sup>53</sup> y los autores<sup>54</sup> ofrecen criterios para fijar la frontera no coincidentes que conducen en ocasiones a resultados distintos. Según creo, lo correcto es acoger un concepto restringido de normas cuyo contenido sea precisa y directamente la regulación de la concurrencia y que además tengan por fin (al menos como fin predominante) la protección de unos competidores frente a otros<sup>55</sup>. Solo con ese concepto estricto-

<sup>53</sup> El TS ha ensayado en algún caso un concepto. De pasada dice la STS 38/2011, de 16 de febrero, que las normas del art. 15.2 LCD «han de estar destinadas directamente a cumplir la función de ordenar el mercado y disciplinar las conductas competitivas de quienes en él participan». El último y meritorio esfuerzo está en la sobresaliente STS 304/2017, de 17 de mayo. Para esta sentencia entran en el art.15.2 LCD todas aquellas normas que «configuran de forma directa la estructura del mercado y las estrategias y conductas propiamente concurrenciales de los agentes que operan en el mismo, dirigidas a promover o asegurar las prestaciones propias o de un tercero». El concepto resulta amplio. Y se patentiza cuando a continuación añade: «Es irrelevante, a estos efectos, cuáles hubieran sido los objetivos perseguidos por el legislador al establecer la norma concurrencial y cuál sea la justificación que, en su caso, proceda para la limitación de la competencia mediante la acción del legislador». De hecho, esto le lleva a incluir la Ley del Juego, lo que me parece muy discutible. Tal vez más ilustrativo que esos conceptos abstractos sea ver qué concretas normas ha considerado hasta ahora incluidas en el art. 15.2 LCD. En concreto, lo ha hecho respecto a las siguientes: la que limita la libertad de precios de venta de los libros (STS 526/2013, de 6 de septiembre), la que establecía los requisitos para el cambio del operador de telecomunicaciones (STS 605/2009, de 2 de octubre), la que prohibía la venta de libros en los centros escolares (STS 874/2007, de 24 de julio), las que reservan al concesionario de una línea de autobuses la recogida de pasajeros en ciertos lugares (STS 1348/2006, de 29 de diciembre) o, como acabamos de ver, la Ley del Juego. Y ha negado tal carácter entre otras a la que regulaba las condiciones de fabricación de los chalecos reflectantes (STS 38/2011, de 16 de febrero), el etiquetado del tabaco y sus advertencias sanitarias (STS 311/2007, de 23 de marzo) y a las normas colegiales, al menos a las reguladoras de los horarios de farmacias (STS 271 y 593/2000, de 13 de marzo y 16 de junio).

<sup>54</sup> Véanse Alfaro Águila-Real (1991, págs. 685 y ss.), Massaguer Fuentes (1999, págs. 438-439 y 444 y ss.), Carbajo Cascón (2011, págs. 424 y 426-430), Soler Masota (2002, pág. 201) y Peñas Moyano (2008, págs. 224-225).

<sup>55</sup> Por la materia regulada en la norma nada cabe prejuzgar; por ejemplo, las normas sobre horarios comerciales sí entrarían en el ámbito del art. 15.2 LCD porque manifiestamente persiguen proteger al comercio tradicional frente a los grandes centros de distribución comercial; pero los límites horarios de los establecimientos de ocio quedarían al margen (solo en el radio del art. 15.1 LCD) porque sus fines son otros (lucha contra la contaminación acústica o acaso contra el alcoholismo). Otro ejemplo: las limitaciones a la venta ambulante contenidas en la Ley del Comercio Minorista y similares leyes autonómicas pueden considerarse reguladoras de la concurrencia, pero la que prohíbe la venta ambulante del pan no, pues su finalidad es sanitaria. Véase Peñas Moyano (2008, págs. 230-231). Con este planteamiento, lo previsto en este art. 15.2 LCD se aproximaría a lo dispuesto en el

to cobra sentido el tratamiento que ofrece el art. 15.2 LCD en el que no se exige nada más que la violación de la norma.

Pero, pese a las dificultades y dudas que suscita la delimitación precisa de las normas cuyo objeto es la regulación de la concurrencia, no será necesario para nuestro actual propósito enzarzarse en ese debate porque, sea cual sea la construcción teórica que se acoja y el alcance exacto que se dé a esa alusión del art. 15.2 LCD, incluso partiendo de su entendimiento más restrictivo, es seguro que las reglas que excluyen las ventajas de las empresas públicas entran de lleno en el conjunto de normas contempladas en el art. 15.2 LCD. Es más, están en el núcleo del concepto, en su zona de certeza positiva. Constituyen, cabe decir, el prototipo de normas que regulan la actividad concurrencial por su contenido y por su fin, pues persiguen garantizar su limpieza, en especial, la igualdad de los competidores (la *par conditio concurrentium*, en expresión que se ha hecho habitual para señalar el fundamento último del precepto<sup>56</sup>). Son por antonomasia paradigma mismo de normas cuyo objeto es la regulación de la actividad concurrencial. Ya se opte por definir a estas poniendo el acento en el contenido de tales normas o por ponerlo en el fin o por acumular ambos criterios<sup>57</sup>, las que aquí nos ocupan están, por derecho propio y sin necesidad de más disquisiciones, entre ellas. Y lo mismo hay que afirmar de la antes citada Ley española 4/2007: el incumplimiento de los deberes que impone esa ley es infracción de norma cuyo objeto es regular la actividad concurrencial.

La consecuencia de esa inclusión en el art. 15.2 LCD es que la violación de tales reglas es suficiente de por sí para que prospere la acción de cesación y, en su caso, las demás del art. 32 LCD. Dicho de otra forma: a diferencia de lo que sucede con la transgresión de normas en general (las del art. 15.1 LCD) —o sea, de aquellas que no tienen por objeto la regulación de la actividad concurrencial— no es necesario demostrar la obtención real en el caso de una ventaja competitiva significativa. Y es que, con toda lógica, el art. 15.2 LCD está construido sobre la idea de peligro abstracto (al modo en que, *mutatis mutandis*, están construidas las normas penales que tipifican delitos de peligro abstracto): no exige que se haya producido una lesión efectiva y real de la competencia y de la igualdad en la concurrencia de los competidores, menos aún que la ventaja sea significativa. Tampoco se requiere un peligro concreto. La simple vulneración de esas normas cuya esencia es disciplinar la concurrencia en el mercado se asimila *ex lege* a la compe-

---

art. 4.10 de la ley de competencia desleal alemana que, recuérdese, tipificaba como desleal la infracción de normas que regulen el comportamiento en el mercado en interés de los participantes en él, no de las que protegen otros intereses.

<sup>56</sup> Alfaro Águila-Real (1991, pág. 675).

<sup>57</sup> Así, R. García Pérez (2012), «Falseamiento por actos desleales e infracción de normas que tienen por objeto la regulación de la actividad concurrencial (a propósito de la Resolución del Consejo de la CNC de 24 de febrero de 2012, Iberdrola Sur)», *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, 11, págs. 9-11.

tencia desleal sin más requisitos ni condiciones. No se trata de una presunción *iuris tantum* que admita prueba en contrario, esto es, prueba de la inexistencia en el supuesto concreto de ventaja competitiva significativa<sup>58</sup>, aunque es eso lo que ha declarado recientemente el TS<sup>59</sup>. Ni siquiera creo que, hablando con propiedad, pueda decirse que lo que late en el art. 15.2 LCD sea una presunción *iuris et de iure* de lesión a la competencia. Es algo distinto como ocurre con las normas en las que la lesividad de la conducta se basa por el ordenamiento en la existencia de un peligro abstracto para un bien jurídico, peligro que, sin más aditamentos, repudia y combate.

En suma, la vulneración de las normas específicas a que está sujeto el desarrollo de la actividad puramente empresarial de las Administraciones mediante ayudas públicas o privilegios administrativos, sin necesidad de ningún otro requisito, permite ejercer con éxito las acciones del art. 32 LCD y, en especial, la de cesación.

## 5. APLICACIÓN DEL ART. 15.1 LCD

Aun con la anterior conclusión sobre la subsunción en el art. 15.2 LCD de las más características infracciones del régimen de las empresas públicas, queda un no-

<sup>58</sup> Sobre este extremo y las diversas opiniones véanse Alfaro Águila-Real (1991, pág. 707), Massaguer Fuentes (1999, págs. 441-442), Soler Masota (2002, pág. 187), Carbajo Cascón (2011, pág. 425), Emparanza Sobejano (2009, pág. 263), Peñas Moyano (2008, págs. 223-224) y C. Górriz López (2015), «UBER. Transporte de pasajeros y competencia desleal», *Revista de Derecho del Transporte*, 16, pág. 92.

<sup>59</sup> Se ve claramente en la ya citada STS 304/2017, de 17 de mayo. Tras acoger un concepto amplio de normas cuyo objeto es la regulación de la concurrencia e incluir entre ellas a la Ley del Juego, para paliar ese exceso dice: «[...] a diferencia de lo que sucede con el art. 15.1, en el caso de la infracción de normas que tienen por objeto la regulación de la actividad concurrencial, se presume que tal infracción trae consigo la obtención de una ventaja competitiva significativa de la que puede prevalerse el infractor»; «para excluir la deslealtad de la conducta será necesario justificar adecuadamente la existencia de circunstancias excepcionales que motivan que, pese a la infracción de normas reguladoras del mercado, tal infracción no conlleva que el competidor obtenga y se prevalega de una ventaja competitiva significativa». Ese planteamiento le sirve al TS en el caso enjuiciado para, pese a admitir que la actividad contra la que se dirigía la acción era en su totalidad ilegal en España (actividad de juego *on line* ofrecida en España sin la preceptiva autorización eficaz aquí), no considerarla subsumible en el art. 15.2 por falta de obtención de una ventaja significativa. Y ello, en síntesis, porque eran varias las empresas que actuaban en igual situación de ilegalidad, porque la Administración no hizo nada contra ellas, porque la ilegalidad estaba generalizada y tolerada, porque los operadores daban por hecho que cada uno podía hacer de su capa un sayo... Hasta el extremo de que, según esta STS, si las demandantes no hicieron lo mismo fue porque no quisieron. Según creo, habría sido mucho más simple y más correcto haber afirmado que la Ley del Juego no es de las incluibles en el art. 15.2, sino en el art. 15.1 LCD.

table ámbito para la aplicación del art. 15.1 LCD. Antes afirmamos que las actividades puramente empresariales de la Administración deben quedar sometidas a las mismas normas a que están sujetas las empresas de titularidad privada que realizan igual actividad y con las que deben competir en plena y real igualdad: ya sean las normas que afectan a todas las actividades empresariales (las tributarias, laborales, ambientales...), ya sean las reguladoras de un concreto sector (comercio, turismo, industria, banca, etc.), y con independencia del bien jurídico que tutelén.

En lo que a esto concierne, el peligro que presentan las empresas públicas no está tanto en la existencia de exenciones o dispensas formalmente consagradas, sino en las situaciones de hecho en las que, aprovechándose de su coincidencia o íntima relación con la Administración supervisora, no se les exige —o se les exige laxamente— lo que se impone puntillosamente a los competidores privados. Ante aquellas, por así decirlo, se hace la vista gorda, se mira para otro lado; mientras que a las empresas privadas competidoras se las escruta estrictamente y se las somete al ejercicio inflexible de las potestades administrativas de restablecimiento de la legalidad y de sanción.

Las normas transgredidas en tales hipótesis por la actividad empresarial pública no son de esas cuyo objeto es regular la concurrencia. Son normas con otra finalidad (tributaria, laboral, ambiental, sanitaria, urbanística...) y, a fuer de exactos, con otro contenido, por más que a la postre también ellas indirectamente determinan con qué y cómo puede concurrirse en el mercado. Son normas, pues, solo subsumibles en el apdo. 1, no en el 2, del art. 15 LCD. Pero por esa vía, demostrando que efectivamente la empresa pública consigue ventajas competitivas<sup>60</sup> significativas<sup>61</sup>, también estarán al alcance de los competidores privados las acciones del art. 32 LCD. Por más que los tribunales civiles exijan rigurosamente la prueba de la ventaja competitiva significativa<sup>62</sup> y por mucho

<sup>60</sup> El ahorro de costes no es la única modalidad de ventaja competitiva ni es de por sí suficiente. También habrá una ventaja competitiva si, por ejemplo, se permite instalar un tanatorio municipal en las zonas residenciales donde está prohibido a los demás que han de ubicarse en lugares remotos, si se vulneran los horarios de cierre de los establecimientos de ocio, si se utilizan en la fabricación de golosinas colorantes atractivos prohibidos, etc. En sentido contrario, la disminución de los costes no supondrá ventaja competitiva si no arrastra menores precios. Véase Alfaro Águila-Real (1991, págs. 676-678 y 681-682).

<sup>61</sup> La STS 512/2005, de 24 de junio, identifica la ventaja significativa con la que «produce desviación acreditada de la clientela de los competidores» a favor del infractor. La doctrina propugna que baste que la infracción sea potencialmente idónea para atraer a la clientela. Así, Peñas Moyano (2008, pág. 230), Soler Masota (2002, pág. 204) y C. Górriz López (2015, pág. 91).

<sup>62</sup> Es la tendencia general. Pero no siempre es así y, a veces, la ventaja competitiva significativa se ve como consustancial a la violación de ciertas normas. Así, en la STS 415/2005, de 23 de mayo, se trataba de la infracción del periodo de crianza exigido para la elaboración del cava. Y la sentencia habla de la «clara incardinación de los hechos en el art. 15.1 puesto que el menor coste de producción, supone prevalezca en el mercado una “ventaja competitiva”,

que se tienda a restringir la aplicación del art. 15.1 LCD para evitar, se dice, su banalización<sup>63</sup>, y, en definitiva, para soslayar el peligro de convertir al juez y al proceso civil en un respaldo de cualquier sector del ordenamiento, si efectivamente la violación de las normas rompe real y sensiblemente la *par conditio concurrentium* en beneficio del infractor la acción debe prosperar. Y las empresas públicas, aun no agotando desde luego el radio de acción del precepto, ofrecen terreno fértil para su aplicación.

## 6. PARTICULAR REFERENCIA A LA VULNERACIÓN DE LAS NORMAS SOBRE LA INICIATIVA PÚBLICA ECONÓMICA

Problema singular suscita la eventual vulneración de las normas reguladoras de la iniciativa pública empresarial, esto es, de las que se ocupan de la decisión administrativa de acometer tal actividad. Con la terminología que antes utilizamos, son normas sobre el acceso al mercado, no sobre el comportamiento en el mercado, que son las que preferentemente nos ocupan. Donde tienen mayor concreción es en el ámbito local. Sobre todo en el art. 86.1 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local (que en su caso hay que combinar con el art. 7.4 de la misma ley y completar con el art. 97.1 del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local o la legislación autonómica)<sup>64</sup>. No creo que se pueda considerar que tales normas tengan por objeto, propiamente, regular la actividad concurrencial; por tanto, su vulneración no se puede combatir con base en el art. 15.2 LCD<sup>65</sup>. Pero sí que podrían

---

adquirida mediante la infracción de la Ley [...]. La inobservancia de las reglas exigidas para la producción de estos vinos [...] supone la adquisición torcida [...] de *ventajas competitivas, que se consideran "significativas" por su misma naturaleza*».

<sup>63</sup> Evitarlo es obsesión comprensible de doctrina y tribunales. Véanse, por todos, Alfaro Águila-Real (1991, pág. 670), Massaguer Fuentes (1999, pág. 431) y Kresalja Rosselló (2005, pág. 15). De modo que puede haber competencia ilícita que no sea propiamente competencia desleal, como explica Alfaro Águila-Real (1991, págs. 670-671).

<sup>64</sup> También, en su caso, hay que tener en cuenta desde el punto de vista de la competencia desleal la disposición adicional 9 LRBRL (introducida por la Ley 27/2013) sobre redimensionamiento del sector público local que, entre otras cosas, obliga a disolver ciertas entidades instrumentales locales que desarrollen actividades económicas si se encuentran en situación de desequilibrio financiero.

<sup>65</sup> Esas normas sobre los requisitos sustantivos y formales para ejercer la iniciativa pública económica no son, según creo, normas reguladoras de la concurrencia y tienen unos fines de ordenación de la actividad administrativa muy diferentes. Más bien protegen a las propias Administraciones, a su Hacienda y a los intereses públicos a los que deben servir frente a aventuras empresariales intrépidas que pueden perjudicarlas. Así lo creo pese a que en su redacción actual (introducida en 2013) el referido art. 86.1 LRBRL exige precisamente que en el procedimiento administrativo para ejercer la iniciativa pública económica se valoren «los posibles efectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial». Tampoco me parece

caer bajo el amplio paraguas del art. 15.1 LCD. No hay ninguna objeción insalvable<sup>66</sup>. Cosa distinta es que de ordinario la mera infracción de esas reglas sobre la iniciativa pública empresarial no dará lugar a una ventaja competitiva significativa de modo que, a la postre, rara vez el art. 15.1 LCD abrirá una vía efectiva para combatir la infracción de tales normas sobre acceso al mercado. Así que normalmente para combatir la infracción de esas normas no habrá más cauce que el contencioso-administrativo.

---

que las normas reguladoras de la creación de entes instrumentales (eventualmente aplicables si es que, además de la iniciativa pública económica, se decide confiar su desarrollo a un nuevo ente) tengan ese objeto de regular la concurrencia. La opinión contraria la mantuvo con una argumentación interesante Vicent Chuliá (1993, págs. 3371-3376): «[...] es posible la aplicación de la Ley de Competencia Desleal a la violación de las normas administrativas sobre creación de empresas públicas, ya que constituye un acto de competencia desleal que debe incluirse en el apartado 2 del art. 15»; «[...] debe distinguirse entre el acto administrativo como tal, cuya licitud se juzgará por los Tribunales contencioso-administrativos con arreglo a normas de Derecho público, y su aspecto de acto de concurrencia en el mercado, cuya licitud será juzgada por los Tribunales civiles aplicando la LCD». Como es de aplicación el art. 15.2 LCD, juega la presunción de obtención de ventaja competitiva y «dicha presunción aparece justificada» porque «es en sí misma una conducta [...] desleal, contraria a la buena fe, que puede ser dañosa para todos los intereses concurrentes en el mercado». Explicaba el propio Vicent que la doctrina alemana estaba dividida: algunos autores entendían que la violación de tales normas no constituía competencia desleal porque son normas que protegen el interés público, no el de los competidores; otros (con tesis que a Vicent resultaba más convincente) consideraban que se trata de normas reguladoras de la concurrencia de las Administraciones con las empresas privadas y que son protectoras de los demás empresarios. Hasta 2002, los tribunales alemanes acogieron esta segunda tesis. Gracias primero a la jurisprudencia (2002) y después por modificación legislativa (2004), la situación cambió: ahora (con la situación a la que ya aludimos en la anterior nota 17) se acepta pacíficamente que la vulneración de las normas sobre acceso al mercado no permite el ejercicio de acciones de competencia desleal ni su conocimiento por la jurisdicción civil porque no son normas sobre el comportamiento en el mercado (sino sobre el acceso al mercado) ni están dictadas en interés de los participantes en el mercado (sino con el fin de proteger a la propia Administración). Todo esto lo explica Magaldi (2009, págs. 337-341). Similares ideas permiten afirmar en España que esas normas no son subsumibles en el art. 15.2 LCD.

<sup>66</sup> La situación española, con el art. 15.1 LCD, sería así distinta de la del derecho alemán, donde no hay precepto similar. Además, en nuestro derecho no surgen las dificultades que sí presenta el alemán a la hora de reconocer a los empresarios privados legitimación para invocar unas normas que supuestamente no están pensadas para tutelarles, sino para proteger los intereses públicos, como explica Magaldi (2009, págs. 342-348). Lo que allí se considera un mero efecto reflejo e indirecto de una norma incapaz de constituir un derecho subjetivo (que allí se requiere para la legitimación), aquí constituiría un interés legítimo suficiente para obtener tutela judicial. En todo caso, al margen de ello, el art. 33.1 LCD resuelve la cuestión al dar legitimación a toda persona que «participe en el mercado, cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por la conducta desleal».

## 7. PRETENSIONES Y CONDENAS POSIBLES

Hemos afirmado en las páginas anteriores que la combinación del régimen de la actividad empresarial pública con el art. 15 LCD permite instar del juez civil el cese de las conductas que vulneran ese régimen por ser constitutivas de competencia desleal y conseguir una sentencia estimatoria. Con eso solo hemos aludido a las dos primeras acciones enunciadas en el art. 32 LCD: la declarativa de la deslealtad y la de cesación de la conducta o prohibición de su realización o reiteración. Pero no cabe excluir el ejercicio exitoso de otras acciones previstas también en el art. 32. Sobre todo la de remoción de los efectos producidos con la conducta desleal, la de resarcimiento de los daños y perjuicios que esa conducta haya ocasionado y la de compensación por enriquecimiento injusto. Sin embargo, son muchas y de distinto origen las dificultades para aceptar que todas las acciones reconocidas en ese art. 32 LCD pudieran dirigirse contra empresas públicas. Por ejemplo, la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal (art. 32.1.5<sup>a</sup>) podría chocar con la competencia exclusiva de la jurisdicción contencioso-administrativa para todo lo relativo a la responsabilidad patrimonial de la Administración que ya parece extenderse a su actividad puramente empresarial, incluso aunque sea desarrollada por sus entes instrumentales de derecho privado (art. 35 de la Ley 40/2015). Por su parte, la de enriquecimiento injusto está constreñida a los supuestos de lesión de un derecho de exclusiva u otro de contenido similar (art. 32.1.6<sup>a</sup>), lo que rara vez se dará en el ámbito aquí analizado. Pero al menos es oportuno apuntar que la acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal (art. 33.1.3<sup>a</sup>) sí tiene fácil cabida y podría conducir a la recuperación de las ayudas ya recibidas, pues solo así se restablecerá realmente la *par conditio concurrentium*.

## 8. LA EVENTUAL APLICACIÓN DEL ART. 3 DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Por otra parte, la aplicación propuesta del art. 15 LCD daría cancha a las autoridades de defensa de la competencia (CNMC y sucedáneos autonómicos) para reaccionar con sanciones y medidas de restablecimiento de la legalidad frente a estas ilegalidades. El punto de apoyo estaría en el art. 3 LDC, que permite a tales autoridades conocer, con el mismo tratamiento previsto para los actos colusorios y de abuso de posición dominante, de «los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público»<sup>67</sup>. No procede que nos adentremos aquí en los intrínquilos de este precepto. Pero sí

<sup>67</sup> No basta, pues, que haya competencia desleal, sino que son necesarios otros elementos con los que, según explica J. M. Baño León (1996), *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la competencia*, Madrid: McGrawHill, pág. 82, se introduce una cierta discrecionalidad de las autoridades de defensa de la competencia.

conviene al menos señalar que, en general, se mantiene que esta actuación de las autoridades administrativas de defensa de la competencia contra las conductas de competencia desleal no necesita que haya un previo pronunciamiento de la jurisdicción civil que declare la deslealtad<sup>68</sup>. Y si se trata de una conducta desleal conforme al art. 15 LCD, tampoco requiere una decisión de la Administración a la que en principio corresponde aplicar la norma administrativa violada<sup>69</sup>. Cabe decir, pues, que los arts. 15 LCD y 3 LDC constituyen base suficiente para la decisión de la CNMC y similares autonómicos sin el intermedio de la jurisdicción civil ni de otra Administración. Así conseguiríamos, incluso, que las modestas potestades de estas autoridades de defensa de la competencia que antes pusimos de manifiesto siguiendo a Fernández Farreres encontrasen un refuerzo por este cauce. Pero para lo que aquí nos ocupa ello debe matizarse en los casos en que medie un reglamento o un acto administrativo (aunque sea ilegal y hasta nulo) que dé sustento a la actuación. En ese supuesto, dada la presunción de validez de los reglamentos y actos administrativos —presunción que sí que vincula a las autoridades de defensa de la competencia, como órganos administrativos que son<sup>70</sup>— sería necesario paso previo su anulación por la jurisdicción contencioso-administrativa, aunque, eso sí, tales autoridades tienen legitimación (art. 5.4 de la Ley 3/2013 de Creación de la CNMC) para recurrir ante esa jurisdicción tales reglamentos y actos.

### III. BOSQUEJO SOBRE OTRAS UTILIDADES DEL ART. 15 LCD EN RELACIÓN CON LAS DIFERENTES ACTIVIDADES ADMINISTRATIVAS; EN PARTICULAR, SU EMPLEO PARA

<sup>68</sup> Sintetizan esta postura general Font Galán y Miranda Serrano (2005, págs. 77-79). Baño León (1996, págs. 83-85), aunque reconoce que según la solución aceptada no hay prejudicialidad civil, afirma que el juez civil podría plantear conflicto de jurisdicción a la autoridad administrativa de defensa de la competencia (no a la inversa) en virtud de la Ley Orgánica 2/1987. Además, entiende que debiera evitarse la contradicción estableciendo la preferencia del pleito civil o suprimir el actual art. 3 de la vigente LDC o, finalmente, imponer algún mecanismo de colaboración procesal entre el juez civil y la autoridad administrativa de competencia.

<sup>69</sup> Por ejemplo, dijo la Comisión Nacional de la Competencia en su Resolución de 11 de junio de 2012 (Expte. S/0304/10): «[...] no cabe admitir [...] que la CNC carezca de competencia para declarar la concurrencia de este presupuesto. La declaración de una infracción del art. 3 LDC no exige una declaración previa de infracción sectorial por otro órgano. Basta, de acuerdo con la doctrina, que se tipifique de desleal la conducta y sea susceptible de falsear la competencia y afectar al interés público».

<sup>70</sup> M. Rebollo Puig (2003), «Reglamentos y actos administrativos ante el Tribunal de Defensa de la Competencia», en L. Cosculluela Montaner (coord.), *Estudios de Derecho público económico. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Madrid: Civitas, págs. 731-733.

## DEFENDER LA POSICIÓN PRIVILEGIADA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Hemos restringido nuestra exposición a los límites de las actividades públicas puramente empresariales. Solo a ese respecto hemos explorado la potencialidad del art. 15 LCD y cómo puede mitigar las insuficiencias de otras vías de reacción en manos de los competidores perjudicados. Pero con ello no hemos mostrado nada más que la punta del iceberg de lo que el art. 15 LCD pudiera entrañar para la actividad administrativa. Conviene al menos hacer algunos apuntes de esas otras virtualidades.

Por lo pronto, todo lo dicho, especialmente sobre el art. 15.2 LCD, puede extenderse con pocas variantes a las empresas de titularidad privada gestoras de servicios públicos en tanto que, además de ello, desarrollen actividades sin tal carácter y lo hagan prevaliéndose de la financiación pública y de los privilegios que solo han de tener en aquella función<sup>71</sup>.

Asimismo, el art. 15.2 LCD se puede proyectar sobre los servicios de interés económico general (constituidos o no en genuinos servicios públicos) en tanto que su posibilidad de desplazar las reglas de la competencia —y, en especial, su financiación pública— solo es admisible en la medida necesaria para que cumplan la misión específica que tengan confiada (art. 106.2 TFUE)<sup>72</sup>. Lo que sobrepase esa medida necesaria es ilegítimo y, por tanto, vulnerador de normas reguladoras de la concurrencia.

Al margen ya de toda idea de servicio público o de interés general, el art. 15.2 LCD podría permitir en ciertas condiciones combatir todas las ayudas públicas (con y sin carácter de subvenciones) en favor de empresas privadas otorgadas como expresión fidedigna de la pura y propia actividad administrativa de fomento si son contrarias al art. 107 TFUE o de cualquier otra forma ilícita rompen la concurrencia en igualdad.

<sup>71</sup> Las modalidades que puede adoptar ese comportamiento son muy variadas. Pero me resulta particularmente ilustrativo lo que de pasada dice la SAP de Burgos 45/2017, de 17 de febrero. Razonando la deslealtad de un concesionario del servicio público de ambulancias que las utilizaba también para prestaciones privadas, dice: «Sucede lo mismo cuando la cafetería de un hospital está en condiciones (por su situación, con entrada desde la vía pública) para competir con el resto de las cafeterías de la zona, pues normalmente estos establecimientos se pueden permitir precios más bajos que el resto, al tener parte de sus gastos cubiertos por el concierto. O cuando una empresa de transportes de viajeros, que es la dominante en servicios de transporte concertado, utiliza los mismos vehículos para competir en el mercado del transporte libre».

<sup>72</sup> Es particularmente clara y acertada la exposición de J. C. Laguna de Paz (2011), «La aplicación del Derecho de la competencia a los servicios de interés económico general», en J. Guillén Caramés (Dir.), *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las Administraciones públicas*, Cizur Menor: Civitas, págs. 159-167.

Más allá de eso, el art. 15.1 LCD suministra un cauce a los competidores para reaccionar frente a la inactividad administrativa que, impasible, tolera a ciertos sujetos vulnerar normas sin ejercer las potestades que tiene para impedirlo y reprimirlo<sup>73</sup>. No es, ni mucho menos, una hipótesis de laboratorio. Y si nunca lo ha sido, ahora con diecisiete Administraciones autonómicas que muestran diverso interés en controlar y exigir el cumplimiento de una misma normativa, la posibilidad de competidores con un grado distinto de adecuación a la legalidad es real y muchas veces insoportable porque efectivamente comporta ventajas competitivas significativas. Si a ello se suman las muchas dificultades para que los sujetos privados consigan que las Administraciones ejerzan sus potestades de restablecimiento de la legalidad y la sancionadora y las trabas para un control judicial efectivo del no ejercicio de estas potestades, se comprende el auxilio que puede prestar el art. 15 LCD.

Por otra parte, en sentido inverso al que hasta ahora hemos expuesto, las acciones de competencia desleal basadas en el art. 15 LCD también pueden servir para que la Administración y sus empresas públicas —o incluso sus contratistas que gestionan servicios públicos— defiendan su posición frente a empresas privadas. Ya sea para combatir su contravención de cualesquiera de las normas subsumibles en su apdo. 1, ya sea para las más específicas del apdo. 2. Y entre estas últimas no solo de las que garantizan la libertad e igualdad de los competidores, sino también de las que, al contrario, consagran monopolios u otros privilegios de la Administración que rompen la libre competencia. Porque es seguro, y así lo aceptan los autores y los tribunales, que entre las normas comprendidas en el art. 15.2 LCD no están únicamente las que protegen sin más la libre competencia<sup>74</sup>, sino igualmente las que establecen un concreto modelo de competencia o de mercado, incluidas, por tanto, las que limitan la libre competencia y las que in-

---

<sup>73</sup> Incluso en muchos casos esas normas se podrán incardinar en el art. 15.2 LCD. Es lo que sucede, por ejemplo, con buena parte de las normas de ordenación del comercio minoristas. Véase M. Rebollo Puig (2013), «La reacción ante el incumplimiento de las normas de ordenación comercial», en M. Rebollo Puig (dir.), *Derecho de la regulación económica. IX. Comercio interior*, Madrid: Iustel, II, págs. 1409-1410. O con la normativa del transporte público discrecional de viajeros por carretera; véase Górriz López (2015, pág. 94). Pero si no son normas reguladoras de la concurrencia, podrá invocarse el art. 15.1 LCD si se dan los requisitos complementarios que exige.

<sup>74</sup> Que las normas que protegen la libre competencia (en particular, las de la LDC) son subsumibles en el art. 15.2 LCD suele aceptarse. Por ejemplo, se lee en la SAP de Burgos 45/2015, de 17 de febrero (JUR/2015/81492): «Dentro del supuesto del número 2 del art. 15 debe comprenderse la infracción de las normas de la Ley de Defensa de la Competencia, concretamente los arts. 1 y 2 que sancionan los pactos colusorios y el abuso de posición dominante». De hecho, es habitual identificar la deslealtad del art. 15.2 LCD con las conductas antitrust, como explican Font Galán y Miranda Serrano (2005, págs. 30 y ss. y 94), que hablan de un «antitrust-desleal». Aunque precisamente estos autores, págs. 118 y ss., con una postura minoritaria (acogida también por Carabajo Cascón, 2011, págs. 428-429), matizan profundamente esa tesis generalizada.

cluso la niegan por completo<sup>75</sup>. Expresión jurisprudencial acabada de ello está en la ya referenciada STS 1348/2006, de 29 de diciembre, que, como vimos, se enfrentaba con un caso en el que la concesionaria de una línea de autobuses ejercía la acción de competencia desleal frente a una empresa (concesionaria de otra línea, pero con tramos coincidentes con la de aquella) por recoger viajeros donde la demandante tenía la exclusiva. O sea, lo que hacía valer la actora no era la libre competencia, sino exactamente lo contrario, basándose en la severa restricción a la competencia (por no decir eliminación de la competencia) que comporta la declaración legal del transporte colectivo de viajeros por carretera como servicio público reservado al sector público. Y el TS, con razonamiento impecable, afirma que también en estos casos es de aplicación el art. 15.2 LCD:

[...] puede darse la infracción de una norma concurrencial en el caso de las concesiones administrativas, en definitiva mediante la defensa del orden competitivo instaurado por la concesión, incluso cuando ello pueda significar la conservación o la mejora de una posición de ventaja concurrencial, pues el art. 15.2 LCD no prejuzga ni defiende una particular política de competencia, sino que hace propia la ordenación de los mercados y actuaciones competitivas establecida por el legislador, con lo que la deslealtad derivada de la infracción de normas ordenadoras de la actividad concurrencial puede acabar tutelando posiciones privilegiadas o restricciones de la competencia amparadas legalmente con el fin de promover intereses y de alcanzar objetivos que, en el criterio del legislador, exigen una derogación más o menos extensa del principio de libre competencia. No puede decirse, por ello, contra lo que manifiesta la recurrente, que la actividad que desarrollan las entidades litigantes está fuera del mercado, sino que está en el mercado de un modo específico. Pero ello no hace dudar ni de su condición de empresarios, ni de la aplicación de un cierto orden concurrencial que se defiende también a través del reproche de deslealtad [...]»<sup>76</sup>.

<sup>75</sup> En ese sentido, Soler Masota (2002, págs. 189 y 195-196) afirma que el art. 15 LCD es «exquisitamente neutral»: acepta y respalda cualquier ordenación de los mercados tal y como la haya establecido el legislador de modo que puede tutelar restricciones a la competencia, situaciones privilegiadas y «una derogación más o menos extensa del principio de libre competencia». Asimismo, Massaguer Fuentes (1999, págs. 433 y 444-445), Carbajo Cascón (2011, págs. 426-427) y sobre todo Alfaro Águila-Real (1991, pág. 690): lo importante «es que la norma infringida regule el comportamiento concurrencial de los competidores con independencia de si lo hace para garantizar el funcionamiento del libre mercado [...] o lo hace para proteger otros intereses o lograr otros objetivos [...]». Por tanto, se incluyen también las que «establecen límites a la competencia».

<sup>76</sup> En otra parte, añade esto otro en la misma dirección: «[...] la regulación del comportamiento competitivo de los operadores ya instalados es, claramente, materia del Derecho de la competencia. La violación de las disposiciones rectoras del comportamiento concurrencial de los operadores posicionados en el mercado puede constituir un supuesto de competencia desleal en el sentido del art. 15.2 LCD [...] Pues el concesionario puede infringir normas que limitan el mercado en un sector determinado, como el que nos ocupa

Muchas veces será innecesario y, en realidad, improcedente que la Administración ejerza las acciones del art. 32 LCD ante la jurisdicción civil. Su potestad de dictar actos administrativos ejecutivos y ejecutorios (en suma, su privilegio de autotutela) le permitirá por sí misma, sin necesidad de impetrar la tutela judicial, ordenar el cese e imponer la situación conforme a derecho. Pero no siempre será así. Por lo pronto no gozan de la autotutela los entes instrumentales de la Administración sometidos con carácter general a derecho privado. Tampoco la tienen sus concesionarios y demás gestores de servicios públicos en virtud de contratos. E incluso tratándose de la misma Administración es más que cuestionable que pudiera declarar por sí misma, mediante acto administrativo ejecutivo y ejecutorio, su derecho a indemnización por daños y perjuicios o la restitución por un eventual enriquecimiento injusto que sí permite el art. 32.1.6ª LCD. Por tanto, no es baladí reconocer que el art. 15 LCD también puede servir para que los sujetos públicos y los gestores privados de servicios públicos defiendan su posición —incluida su posición privilegiada *ex lege*— frente a los empresarios que no la respeten.

Dejemos para otra ocasión desarrollar todas estas diversas virtualidades del art. 15 LCD sobre las actividades administrativas. Nuestro propósito aquí era solo proyectarlo sobre los límites a que está sometida la pura actividad empresarial de la Administración. Y en lo atinente a ello queda sentada la aplicabilidad del art. 15 LCD y sus notables y benéficas repercusiones.

---

y la conculcación de los derechos cuya atribución constituye un mecanismo de tutela de los intereses generales, como ocurre en el supuesto de la concesión administrativa, es al mismo tiempo infracción de los derechos subjetivos del concesionario e infracción de una disposición que impide en general el ejercicio de una determinada actividad económica, ya que se ha instalado, a través de la concesión, un orden competitivo directa y absolutamente vinculante para todo actor en el mercado afectado, incluido el beneficiario de la concesión». Por ello se puede concluir, con un amplio sector doctrinal, que la norma contenida en el art. 15.2 LCD «ofrece refugio a todo agente económico que participe en el mercado relevante (en calidad de oferente o de demandante) frente a cualquier tercero infractor del orden competitivo instaurado por la concesión, como también contra el propio concesionario cuando no ajuste su conducta de mercado a los términos previstos en la concesión».