



Roj: **STS 3525/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:3525**

Id Cendoj: **28079130032016100289**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **18/07/2016**

Nº de Recurso: **2946/2013**

Nº de Resolución: **1833/2016**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **EDUARDO CALVO ROJAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3472/2013,**
STS 3525/2016

SENTENCIA

En Madrid, a 18 de julio de 2016

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº **2946/2013** interpuesto por la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y asistida por la Abogacía del Estado, contra la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 6 de junio de 2012 dictada en el recurso contencioso-administrativo nº 626/2011 . Se ha personado como parte recurrida la JUNTA DE ANDALUCÍA, representada y asistida por el Letrado de sus servicios jurídicos.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 16 de julio de 2013 (recurso contencioso-administrativo nº 626/2011) en cuya parte dispositiva se establece:

<< FALLAMOS.- Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la Junta de Andalucía contra la resolución del Consejo Nacional de la Competencia de 6 de octubre de 2011 (expediente sancionador S/0167/09) productores de Uva y Vinos de Jerez y en consecuencia se anula en la parte que declara a la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía responsable de una infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea por haber llevado a cabo una práctica concertada para fijar los precios de la uva y el mosto durante el período comprendido entre abril de 1991 hasta al menos marzo de 2009. Se imponen las costas a la Administración del Estado>>.

SEGUNDO.- Como expone la sentencia recurrida en su fundamento jurídico primero, el acto impugnado en el proceso de instancia -resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 6 de octubre de 2011- declara responsable a la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía

<< (...) al entender que desempeñó un papel activo en la organización y vigilancia de la adecuada ejecución del acuerdo de fijación de precios de la uva y mosto de Jerez entre determinados productores y bodegueros entre septiembre de 2002 hasta al menos julio de 2007, contribuyendo considerablemente a su mantenimiento en vigor y, por lo tanto, a restringir grave y prolongadamente la competencia en dicho mercado excediendo con creces las competencias que tiene atribuidas sobre el sector. En concreto. 1) participó en la adopción del Plan Estratégico para el Marco de Jerez de 2 de septiembre de 2002, basado en el acuerdo sectorial de las organizaciones del marco de Jerez, en el que productores y bodegueros fijaban los precios de uva y mosto para los siguientes cuatro años 2) Asumió la presidencia y participó en las distintas reuniones de la Comisión de



Seguimiento del Plan Estratégico que se sucedieron desde su creación hasta, al menos, la reunión celebrada el 25 de mayo de 2006, en la que se ratificó el acuerdo sectorial de 2006 para las campañas 2006 y 2007. 3) Durante este tiempo, la CAP veló por el adecuado cumplimiento del acuerdo llegando a proponer su revisión una vez constatado el incumplimiento por parte de alguno de los firmantes>>.

La Junta de Andalucía aducía en el proceso los siguientes argumentos de impugnación:

1. Incompetencia de la Comisión Nacional de la Competencia para conocer del asunto toda vez que la infracción imputada no tiene efecto sobre el comercio intracomunitario.
2. Imposibilidad de declarar la responsabilidad de la Junta de Andalucía como sujeto infractor de la Ley de Defensa de la Competencia por carecer de carácter de empresa y/o operador en el mercado.
3. En cuanto a la infracción propiamente dicha, niega la existencia de infracción continuada, niega el carácter de acuerdo secreto del cartel que se le imputa y alega asimismo prescripción de la infracción.

Prescindiremos de reseñar aquí la respuesta que da la Sala de la Audiencia Nacional a las cuestiones respecto de las que no se ha suscitado debate en casación. Nos centraremos, entonces, en el alegato que formulaba la demandante sobre la imposibilidad de declarar la responsabilidad de la Junta de Andalucía como sujeto infractor de la Ley de Defensa de la Competencia; argumento que es acogido en el fundamento jurídico tercero de la sentencia, cuyo contenido, en lo que ahora interesa, es el siguiente:

<< (...) TERCERO: Alega la Junta de Andalucía que no puede declararse la responsabilidad de la Consejería de Agricultura y Pesca al no tener la condición de sujeto infractor de la Ley de Defensa de la Competencia por no haber intervenido con carácter de empresa y/o operador en el mercado sino en el ejercicio de sus competencias de ordenación y planificación sectorial.

Para centrar el objeto de debate hay que tener en cuenta que no se discute por las partes que cuando la Administración desarrolla una actividad económica es decir cuando actúa como operador económico le son aplicables las prohibiciones de prácticas anticompetitivas. Tampoco se discute en este recurso si la Administración actúa o no como operador económico ya que la propia CNC reconoce en la resolución recurrida que no actúa como operador económico. La cuestión que se plantea es si la CNC puede declarar responsable a un órgano de una Administración Pública por incurrir en una práctica anticompetitiva cuando no ha actuado como operador económico sino en ejercicio de funciones públicas excediéndose de las facultades de ordenación que le otorga el ordenamiento jurídico.

Han sido varias las ocasiones en que la CNC, o el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia, han declarado contrarios a la LDC acuerdos y convenios, suscritos por la Administración con operadores privados, que restringían la competencia, siendo responsables de dicha infracción las partes suscribientes (es decir, también la Administración), como es el caso de las resoluciones de los siguientes expedientes: Expte. 393/96, Aparejadores de Cádiz; Expte. 422/98, Arquitectos Andalucía; Expte. 639/08, Colegio Farmacéuticos Castilla-La Mancha; Expte. 632/07, Feriantes Ayuntamiento Peralta; o Expte. 594/05, Cines Campoo. Como reconoce la propia CNC en la resolución recurrida en dichas resoluciones se analizaba la actuación de la Administración como operador económico.

En esta resolución ha sido la primera vez en que la CNC declara la responsabilidad de la Administración Pública aun reconociendo que carece de la condición de operador económico. Y así señala la CNC que *"la ausencia de pronunciamientos previos por parte de este Consejo en los que, por una infracción de la normativa de defensa de la competencia, se reconociese la responsabilidad de una Administración pública careciendo de la condición de operador económico y en concepto de facilitador, lo que, en cierta medida, supone un cambio de criterio respecto a expedientes precedentes, deben ser tomados especialmente en consideración a la hora de determinar la procedencia de imponer una sanción a la CAP"*.

Razona la CNC que *"En definitiva, la participación de la Administración en un acuerdo anticompetitivo como facilitador (impulsándolo, refrendándolo o promoviendo su ejecución), al margen de las prerrogativas que le otorga el ordenamiento jurídico y sin amparo legal ex art. 4 LDC, constituye una conducta que cae bajo el ámbito del art. 1 LDC, incluso si tal forma de actuación no constituye en sí misma una actividad económica, pues lo relevante en sede de la LDC es la aptitud de esa conducta administrativa para impulsar, generar o reforzar los efectos restrictivos de la conducta colusoria en la que participa"*. Señala que ello se ajusta a la interpretación sistemática de la propia LDC que en el artículo 61 LDC, al definir las personas que pueden considerarse sujetos infractores de la normativa de defensa de la competencia, alude a las personas físicas y jurídicas y el artículo 1 no se menciona a las empresas como únicos sujetos capaces de desarrollar las conductas colusorias. Hace referencia a la sentencia Treuhand que centra los requisitos para apreciar la presencia de la figura del facilitador en la forma de intervención y conocimiento de la conducta no en la condición de quien la realiza.



No se comparte este razonamiento y consideramos que la CNC no puede declarar que la Consejería de Agricultura y Pesca es responsable de una infracción de las normas sobre competencia ya que reconoce que dicho órgano administrativo no ha intervenido como operador económico sino en ejercicio de potestades públicas sin que el hecho de que dicho órgano administrativo se haya excedido de las competencias que le atribuye la normativa permita considerarle sujeto infractor al no haber sido realizadas al amparo de una Ley.

Como señala la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de julio de 2012 caso Compass-Datenbank

"(35) De la jurisprudencia se desprende que, a los efectos de aplicación de las disposiciones del Derecho de la Unión en materia de competencia, una empresa es cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación (sentencias de 23 de abril de 1991, Höfner y Elser, C-41/90, Rec. p. I-1979, apartado 21, y de 17 de febrero de 1993, Poucet y Pistre, C-159/91 y C-160/91, Rec. p. I-637, apartado 17). Procede recordar que, según reiterada jurisprudencia, constituye una actividad económica cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado (sentencias de 24 de octubre de 2002 [TJCE 2002, 299], Aéroports de Paris/Comisión, C-82/01 P, Rec. p. I-9297, apartado 79; de 1 de julio de 2008 [TJCE 2008, 148], MOTOE, C-49/07, Rec. p. I-4863, apartado 22, y de 3 de marzo de 2011, AG2R Prévoyance, C-437/09, Rec. p. I-0000, apartado 42). Así pues, el propio Estado o un organismo estatal pueden actuar como empresa (véase, en este sentido, la sentencia de 20 de marzo de 1985, Italia/Comisión, 41/83, Rec. p. 873, apartados 16 a 20).

(36) No tienen en cambio carácter económico, que justifique la aplicación de las normas sobre competencia del Tratado TFUE, las actividades que se vinculan al ejercicio de prerrogativas de poder público (véanse, en este sentido, las sentencias de 11 de julio de 1985, Comisión/Alemania, 107/84, Rec. p. 2655, apartados 14 y 15; de 19 de enero de 1994, SAT Fluggesellschaft, C-364/92, Rec. p. I-43, apartado 30, y MOTOE, antes citada, apartado 24)".

En el mismo sentido la sentencia de Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de febrero de 2013 Caso Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas señala

"(40) Conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, no está sujeta a la aplicación de las normas sobre la competencia del Tratado FUE una actividad que por su naturaleza, las normas que la regulan y su objeto es ajena a la esfera de los intercambios económicos o se vincula al ejercicio de prerrogativas del poder público (véase, en particular, la sentencia Wouters y otros, antes citada, apartado 57 y jurisprudencia citada)."

Por tanto conforme a esta jurisprudencia las actividades que se vinculan al ejercicio de prerrogativas de poder público están fuera del ámbito de aplicación de las normas sobre competencia y sólo en el caso de que actúen en el mercado como operadores económicos pueden ser considerados sujetos infractores de las mismas. Para que una conducta objetivamente reprochable pueda ser sancionada por la autoridad de defensa de la competencia es necesario que el sujeto infractor esté incluido en el ámbito subjetivo de aplicación de las normas de defensa de la competencia. No se trata de analizar si la Administración se ha excedido en el ejercicio de sus potestades públicas en materia de ordenación, del sector de la uva sino de examinar con carácter previo si su intervención se realizaba o no como un operador del mercado. Partiendo que la CNC declara que " la conducta desarrollada por la Consejería de Agricultura y Pesca no puede considerarse como una actividad económica en sentido estricto es decir como una actividad de producción o intermediación de bienes y/o servicios para o en el mercado " y reconociendo que ha actuado en ejercicio de funciones públicas si bien excediéndose en el ejercicio de sus competencias no puede declarar la CNC que dicho órgano administrativo es responsable de una infracción ya que al no realizar una actividad económica, no está incluido en el ámbito de aplicación de la LDC. El primer elemento relevante para que una conducta quede sujeta al derecho de la competencia es determinar en qué condición actúa la Administración Pública y sólo si interviene como un operador económico puede ser examinada dicha conducta por la CNC. El hecho de que hubiera existido extralimitación en el ejercicio de sus competencias públicas, no permite variar la calificación de su actividad y otorgarle el carácter de económica, es decir no adquiere en ese caso la Administración la condición de operador económico en el mercado y por tanto sigue estando fuera del ámbito de aplicación de la norma.

No procede analizar por tanto si existe o no amparo legal de la actividad realizada en el supuesto que el órgano administrativo se haya excedido en el ejercicio de sus competencias ya que no ha actuado en ningún caso como operador en el mercado. La existencia de amparo o no legal de la actividad realizada en ejercicio de esa actividad se examina una vez que se ha declarado la existencia de una conducta prohibida por la Ley para lo que se requiere que objetivamente se haya realizado una conducta contraria a la competencia y exige examinar la calidad con la que ha participado el sujeto en la conducta colusoria. Para la CNC cuando una Administración no actúe con la necesaria cobertura legal puede quedar sometida a un procedimiento sancionador aun cuando no



haya realizado una actividad económica, lo que no comparte esta Sala ya que sólo si interviene como operador económico puede ser declarada responsable de una infracción

Ello no significa que esa conducta de la Consejería de Agricultura y Pesca no sea en su caso reprochable sino sólo supone que la CNC no puede declarar a la Administración responsable de tal infracción en el marco de un procedimiento administrativo sancionador ya que en este caso sólo se le reconoce legitimación para impugnar tal actuación ante la jurisdicción contencioso-administrativa conforme al artículo 12.3 de la LDC 15/2007 que establece que *"La Comisión Nacional de la Competencia está legitimada para impugnar ante la jurisdicción competente actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva de los mercados"*

La CNC para justificar su razonamiento hace referencia a que la normativa española a diferencia de la comunitaria (que hace mención expresa en el artículo 101 TFUE a las empresas o asociaciones de empresas), no menciona expresamente en el artículo 1 LDC a las empresas como únicos sujetos capaces de desarrollar las conductas colusorias y el artículo 61 de la Ley 15/2007 a la hora de definir los sujetos infractores alude de forma genérica a "las personas físicas o jurídicas". Omite indicar la CNC que el artículo 63 de la Ley 15/2007 concreta quienes son las personas físicas y jurídicas que pueden cometer infracciones al hacer referencia a "los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones". Por otra parte en este caso se ha considerado que la conducta infringe también el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y por tanto se debe tener en cuenta el concepto de empresa comunitario. A pesar de la distinta terminología que utiliza la normativa española y comunitaria para definir el ámbito subjetivo de aplicación de las normas en realidad coinciden en el sentido de que la conducta puede ser realizada por cualquier agente económico (incluida por tanto la Administración Pública), cualquiera que sea su forma jurídica siempre que ejerza una actividad económica. Como señala la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de febrero de 2013 Caso Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas.

"(35) Según reiterada jurisprudencia, en el contexto del Derecho de la competencia, el concepto de empresa comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación (véase, en particular, la sentencia Wouters y otros [TJCE 2002, 52], antes citada, apartado 46 y jurisprudencia citada).

(36) En este sentido, también es jurisprudencia reiterada que constituye una actividad económica cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado (véase, en particular, la sentencia Wouters y otros, antes citada, apartado 47 y jurisprudencia). "

Por lo tanto la delimitación del ámbito subjetivo de aplicación de las normas de defensa de la competencia no depende de la naturaleza jurídica del sujeto infractor sino del contenido de la actividad realizada, que debe ser una actividad económica en el mercado. Descartado por la propia CNC que en este caso se realice una actividad económica en el mercado, no está sujeta entonces dicha actividad realizada por el sujeto sancionado a la aplicación de las normas sobre la competencia del Tratado FUE al tratarse de una actividad que por su objeto es ajena a la esfera de los intercambios económicos.

Por último cita la CNC la sentencia Trehuand que hace referencia a la figura conocida como de "facilitador "o "colaborador necesario" y que establece que *"el hecho de que una empresa no opere en el mercado en el que se materializa la restricción de la competencia no excluye por tanto su responsabilidad por haber participado en la puesta en práctica de un cartel"*. Como se constata dicha sentencia parte de la premisa de que el facilitador es una empresa y operador en el mercado que desarrolla una actividad económica, condición de empresa que en este caso la propia resolución del Consejo niega al órgano de la Junta de Andalucía por lo que no puede aplicarse esta figura>>.

Por tales razones la Sala de instancia termina estimando el recurso contencioso-administrativo y anulando la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia en la parte que declara a la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía responsable de una infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea .

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, preparó recurso de casación contra ella la Administración del Estado, que formalizó luego la interposición de su recurso mediante escrito presentado con fecha 13 de noviembre de 2013 en el que formula un único motivo de casación al amparo del artículo 88.1.d/ de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa .

En el motivo de casación se alega la infracción de los artículos 1 , 4 , 61 , 62 y 63 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia , en relación con el artículo 101 TFUE , y la jurisprudencia que interpreta dichos preceptos, aduciendo la Abogacía del Estado que, pese a la incuestionable participación de la Junta de Andalucía en



los hechos investigados en relación al cártel del vino de Jerez, la sentencia de instancia exime de toda responsabilidad a la Junta sobre la base de considerar que no intervino como operador económico y que en tales circunstancias la Comisión Nacional de la Competencia no tiene otra vía para actuar en contra de la conducta de la Administración autonómica que la que le proporciona el artículo 12.3 de la Ley de Defensa de la Competencia , esto es, impugnar sus actos de la Administración ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Dicho ahora de forma resumida, el Abogado del Estado sostiene que el recurso debe estimarse en base al principio de legalidad de la actuación administrativa, la necesaria sujeción de ésta a lo dispuesto en la Ley de Defensa de la Competencia, la expresa habilitación de dicha Ley para resolver sobre la responsabilidad de todos aquellos sujetos autores de la conducta prohibida por su artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia aun cuando no tengan la consideración de operadores económicos en sentido estricto, y, en fin la inviabilidad de acudir en este caso a la impugnación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (artículo 12.3 de la Ley de Defensa de la Competencia) dado que aquí no se trata de disposiciones o actos administrativos de la Junta de Andalucía sino ante una actuación material de dicha Administración (convocatoria de reunión, impulso, seguimiento,...) que no es susceptible de control a través de la legitimación para impugnar que el citado artículo 12.3 reconoce a la Comisión Nacional de la Competencia.

Termina el escrito del Abogado del Estado solicitando que se anule la sentencia recurrida y, en su lugar, se declare la plena conformidad a derecho de la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia.

CUARTO.- Mediante providencia de la Sección Primera de esta Sala de 9 de enero de 2014 se acordó la admisión del recurso de casación así como la remisión de las actuaciones a la Sección Tercera, conforme a las reglas de reparto de asuntos.

QUINTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sección Tercera, por diligencia de ordenación de 28 de enero de 2014 se dio traslado del escrito de interposición a la parte recurrida para que formalizase su oposición, lo que llevó a efecto la representación de la Junta de Andalucía mediante escrito presentado con fecha 19 de marzo de 2014 en el que, tras exponer las razones de su oposición al motivo formulado por la Administración del Estado, termina solicitando el dictado de sentencia que desestime el recurso de casación

SEXTO.- Quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo fijándose finalmente al efecto el día 12 de julio de 2016, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación nº **2946/2013** lo interpone la Administración del Estado contra la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 6 de junio de 2012 (recurso nº 626/2011) en la que, Estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Junta de Andalucía contra la resolución del Consejo Nacional de la Competencia de 6 de octubre de 2011 (expediente sancionador S/0167/09, productores de uva y vinos de Jerez), se anula la referida resolución en la parte que declara a la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía responsable de una infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea por haber llevado a cabo una práctica concertada para fijar los precios de la uva y el mosto durante el período comprendido entre abril de 1991 hasta al menos marzo de 2009.

En el antecedente segundo hemos dejado reseñada la fundamentación de la sentencia recurrida en el aspecto que interesa al presente recurso de casación. Procede entonces que pasemos a examinar el motivo de casación que ha formulado la Administración del Estado, cuyo contenido hemos resumido en el antecedente tercero.

SEGUNDO.- En el motivo de casación se alega la infracción de los artículos 1 , 4 , 61 , 62 y 63 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia , en relación con el artículo 101 TFUE , y la jurisprudencia que interpreta dichos preceptos, aduciendo la Abogacía del Estado que, pese a la incuestionable participación de la Junta de Andalucía en los hechos investigados en relación al cártel del vino de Jerez, la sentencia de instancia exime de toda responsabilidad a la Junta sobre la base de considerar que no intervino como operador económico y que en tales circunstancias la Comisión Nacional de la Competencia no tiene otra vía para actuar en contra de la conducta que la que le proporciona el artículo 12.3 de la Ley de Defensa de la Competencia , esto es, impugnar sus actos de la Administración ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En apoyo de su planteamiento contrario a la sentencia de la Sala de la Audiencia Nacional el Abogado del Estado invoca el principio de legalidad de la actuación administrativa y la necesaria sujeción de ésta a lo dispuesto en la Ley de Defensa de la Competencia, así como la expresa habilitación de dicha Ley para resolver sobre la responsabilidad de todos aquellos sujetos autores de la conducta prohibida por su artículo 1 de la

Ley de Defensa de la Competencia , aun cuando no tengan la consideración de operadores económicos en sentido estricto; y, en fin la inviabilidad de la impugnación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (artículo 12.3 de la Ley de Defensa de la Competencia) dado que aquí no se trata de disposiciones o actos administrativos de la Junta de Andalucía sino ante una actuación material de dicha Administración (convocatoria de reunión, impulso, seguimiento,...) que no es susceptible de control a través de la legitimación para impugnar que el citado artículo 12.3 reconoce a la Comisión Nacional de la Competencia.

El motivo de casación formulado en esos términos debe ser acogido.

Por lo pronto debe notarse que, en el plano subjetivo, el artículo 1 de la Ley se refiere a las conductas prohibidas ("*... todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional. ...*") sin que de ese enunciado se excluyan las conductas llevadas a cabo por entidades de naturaleza jurídico- pública. Y en esa misma línea, cuando el artículo 61.1 de la Ley se refiere a los sujetos infractores incluye en esa categoría, sin excepción, a "*... las personas físicas o jurídicas que realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en esta Ley*".

Es cierto que más adelante, el artículo 63.1 de la Ley 15/2007 , al enumerar las sanciones según se trate de infracciones leves, graves o muy graves, se refiere a las sanciones que en cada caso pueden imponerse "*... a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley*". Sin embargo, esta alusión a los agentes económicos y empresas guarda relación directa con el hecho de que las sanciones que el mismo artículo 63.1 delimita se cuantifican como un porcentaje del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa, criterio que, ciertamente, no resulta adecuado cuando la conducta se reprocha a una administración o entidad jurídico pública; lo que no excluye, sin embargo, que ésta pueda haber incurrido en una conducta prohibida de las definidas en el artículo 1 de la propia Ley.

La Sala de instancia invoca diversos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea -STJU de 12 de julio de 2012, *caso Compass-Datenbank* , y STJUE de 28 de febrero de 2013 (asunto C-1/12), *caso Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*- para señalar que, a pesar de la distinta terminología que utilizan la normativa española y la comunitaria europea para definir el ámbito subjetivo de aplicación de las normas, en realidad coinciden en el sentido de que "*...la conducta puede ser realizada por cualquier agente económico (incluida por tanto la Administración Pública), cualquiera que sea su forma jurídica siempre que ejerza una actividad económica*" (F.Jº tercero de la sentencia recurrida).

Sin embargo, los pronunciamientos del Tribunal de Justicia que se citan en la sentencia recurrida no conducen a la conclusión a que llega la Sala de instancia. Baste señalar que, si bien la fundamentación de la STJUE de 28 de febrero de 2013 (asunto C-1/12) contiene los párrafos 35 y 36 que se transcriben en la sentencia recurrida, en los que se indica que "*...en el contexto del Derecho de la competencia, el concepto de empresa comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación*" y que "*...constituye una actividad económica cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado*", debe notarse que esas indicaciones en modo alguno constituyen la *ratio decidendi* de la sentencia. Muy al contrario, en esa sentencia el Tribunal de Justicia termina concluyendo que el Reglamento adoptado por el colegio profesional al que se refería la cuestión prejudicial debe considerarse una decisión adoptada por una asociación de empresas a efectos del artículo 101 TFUE , apartado 1; que la circunstancia de que las normas aprobadas no tengan influencia directa en la actividad económica de los miembros de dicho colegio profesional no afecta a la aplicación del artículo 101 TFUE cuando la infracción imputada al colegio profesional se refiere a un mercado en el que el propio colegio profesional desarrolle una actividad económica; y, en fin, que un reglamento que establece un sistema de formación obligatoria de los expertos contables para garantizar la calidad de los servicios prestados por éstos -como el adoptado por el colegio profesional en cuestión- "*...constituye una restricción de la competencia prohibida por el artículo 101 TFUE , en la medida en que, como corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente, elimine la competencia en una parte sustancial del mercado pertinente en beneficio de dicho colegio profesional e imponga en la otra parte de este mercado condiciones discriminatorias en detrimento de sus competidores*".

Quiere decirse con ello que la sujeción al derecho de la competencia viene determinada no tanto por la naturaleza pública o privada de la entidad o institución, ni por las características externas de la actuación o la forma que ésta adopte, sino por la capacidad de dicha conducta para incidir en el mercado y restringir la competencia.

TERCERO.- A diferencia de lo que sucede en el ámbito penal, donde la legislación, la jurisprudencia y la doctrina han delimitado desde antiguo diversas formas y grados de participación del sujeto en la conducta delictiva



-autor material, inductor, cómplice, etc-, con el consiguiente reflejo en la individualización y graduación del reproche punitivo, en el derecho administrativo sancionador no existe una catalogación general en función del grado de protagonismo de los sujetos intervinientes en la realización de la conducta infractora, de manera que la individualización y graduación de la sanción -inexcusable en aras del principio de proporcionalidad (artículo 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)- se realiza atendiendo a las circunstancias concurrentes, sin excluir las subjetivas de los distintos infractores y su posición relativa con respecto al hecho infractor.

No obstante, pese a no existir en el Derecho Administrativo sancionador la mencionada categorización dogmática en función del grado de protagonismo de los partícipes en la conducta infractora (tampoco se encuentra una sistematización de esa índole en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, ni en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, ambas de próxima entrada en vigor), sí hay manifestaciones parciales de esa forma de graduación en determinadas leyes sectoriales. En concreto, en el ámbito de la defensa de la competencia, tras enunciar el artículo 64.1 de la Ley 15/2007 los "criterios para la determinación del importe de las sanciones", el artículo 64.2.b/ incluye entre las circunstancias agravantes la que se refiere a " *la posición de responsable o instigador de la infracción* ", lo que constituye una clara referencia, siquiera parcial o incompleta, al diferente grado de participación en la conducta infractora.

Con todo ello queremos poner de manifiesto la necesidad de cuando menos matizar la afirmación que hace la sentencia recurrida en el sentido de que para que una Administración pública pueda ser declarada responsable de la conducta infractora es necesario que aquélla ejerza una actividad económica. Aceptando que constituye "actividad económica" la consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado, lo que llevamos razonado conduce a concluir que la participación en esa actividad económica, y, por tanto, en la conducta infractora definida en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, puede darse en diferentes grados y formas, sin excluir las categorías tradicionales del derecho penal como son el instigador o inductor, el cooperador necesario, etc.

CUARTO.- La sentencia recurrida afirma que una Administración puede ser considerada responsable de una conducta contraria al derecho de la competencia cuando actúa como operador económico pero no cuando lo hace ejerciendo potestades públicas -aunque sea excediéndose de ellas- pues en este caso el órgano regulador de la competencia no tiene otra vía que la de la impugnación del acto o disposición ante la jurisdicción contencioso-administrativa, para lo que está expresamente legitimado en virtud de lo dispuesto en el artículo 12.3 de la Ley 15/2007. Pero esta afirmación merece algunas puntualizaciones.

Por lo pronto, no siempre resulta sencillo determinar si una Administración está actuando, o no, en el ejercicio de potestades públicas. Sobre todo si, como sucede en el caso que examinamos, su actuación no se exterioriza en actos formales, realizados a través del procedimiento establecido en las normas, sino que se plasma en actuaciones materiales, más o menos difusas, cuya impugnación en vía jurisdiccional conforme a lo previsto en el citado artículo 12.3 de la Ley 15/2007 resultaría escasamente viable, dado que el precepto confiere legitimación <<... para impugnar ante la jurisdicción competente actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados >>.

Buena muestra de que no siempre existe una nítida entre el ejercicio de potestades públicas y las actuaciones con incidencia en el mercado nos la ofrece la sentencia de esta Sala de 9 de marzo de 2015 (casación 294/2013). En aquella ocasión la Sala de la Audiencia Nacional había desestimado el recurso contencioso-administrativo que habían interpuesto la Comunidad de Castilla La Mancha y el Consejo de Colegios Oficiales de Farmacéuticos de Castilla La Mancha contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia que declaró la existencia de una conducta restrictiva de la competencia consistente en acordar que los Colegios Oficiales de Farmacéuticos de Castilla-La Mancha establecieran, entre las oficinas de farmacia que lo deseasen, turnos rotatorios para el suministro directo a los centros socio sanitarios públicos y privados de la prestación farmacéutica incluida en el Sistema Nacional de Salud.

En dicha sentencia decíamos compartir la apreciación de la resolución administrativa sancionadora, y de la sentencia de la Audiencia Nacional que la había confirmado, en el sentido de que el convenio suscrito entre el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha y el Consejo de Colegios Oficiales de Farmacéuticos de esa Comunidad Autónoma albergaba una restricción del mercado y vulneraba, en definitiva, el derecho de la competencia. Y a partir de esta apreciación, hacíamos en el fundamento jurídico segundo, citando un pronunciamiento anterior de esta misma Sala del Tribunal Supremo, las siguientes consideraciones:

<< (...) Afirmada así la existencia de la conducta infractora, frente a tal conclusión no cabe pretender -aunque así lo pretenda el Consejo de Colegios Oficiales de Farmacéuticos- que la conducta examinada se encuentra



amparada en el artículo 4.1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia , que excluye de su ámbito de aplicación "...las conductas que resulten de la aplicación de una ley".

El referido artículo 4.1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia , tiene su antecedente inmediato en el artículo 2.1 de la antigua Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia , en el que se establecía: << Las prohibiciones del artículo 1º no se aplicarán a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que resulten de la aplicación de una Ley o de las disposiciones reglamentarias que se dicten en aplicación de una Ley>>. Pues bien, en nuestra sentencia de 27 de octubre de 2005 (casación 8093/2002) ya tuvimos ocasión de precisar significado y alcance de ese artículo 2.1 de la Ley 16/1989 , sustancialmente coincidente con el artículo 4.1 de la Ley 15/2007 que aquí se invoca.

Trasladando las consideraciones que expusimos en aquella sentencia al caso que ahora nos ocupa, comenzaremos señalando que no existe una norma legal que determine que sólo las farmacias más cercanas dispensen medicamentos a las residencias sanitarias, y, menos aún, que deban hacerlo en régimen de turnos rotatorios. Por tanto, no es en una norma legal sino en el acuerdo al que se refiere la controversia donde se establece ese régimen de dispensación y de turnos rotatorios. Pues bien, el hecho de que el Consejo de Colegios Oficiales de Farmacéuticos y el Servicio de Salud de Castilla La Mancha alcanzasen ese acuerdo no implica que, por el mero hecho de haber actuado una y otra entidad en el ejercicio de sus respectivas atribuciones, el acuerdo alcanzado sea sin más conforme con el derecho de la competencia. Dicho de otro modo, las normas que regulan las atribuciones Servicio de Salud de Castilla La Mancha y el ámbito de actuación Consejo de Colegios Oficiales de Farmacéuticos pueden amparar que dichas entidades alcancen y formalicen acuerdos; pero el contenido de tales acuerdos no debe considerarse necesariamente ajustado a derecho, desde la perspectiva del derecho de la competencia, por la sola invocación del artículo 4.1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia (antes, artículo 2.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio de Defensa de la Competencia). Este precepto tiene un alcance mucho más circunscrito, pues se refiere a conductas que por sí mismas estarían incursas en el artículo 1 de la propia Ley pero que, por estar contempladas en una Ley o en las disposiciones reglamentarias dictadas en su ejecución, quedarían amparadas frente a las prohibiciones que enumera el citado artículo 1.

En definitiva, el artículo 4.1 de la Ley 15/2007 -como el anterior artículo 2.1 de la Ley 16/1989 - no pretende sustraer del ámbito de aplicación del Derecho de la Competencia cualquier conducta que se realice al amparo de una norma sino, únicamente, aquéllas conductas a las que una Ley autorice con la específica finalidad - expresa o implícita- de excluirlas del ámbito de aplicación de las prohibiciones del artículo 1 de la propia Ley 15/2007 . Y tal cosa no sucede en el caso que estamos examinando>>.

Vemos así que el reconocimiento de que tanto el Consejo de Colegios Oficiales de Farmacéuticos como el Servicio de Salud de Castilla La Mancha habían actuado en el ejercicio de sus respectivas competencias al suscribir el acuerdo no impedía declarar que el referido acuerdo era contrario al derecho de la competencia.

Y frente al argumento que en aquel caso esgrimía la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha de que la actividad de los órganos de las Comunidades Autónomas no podía ser objeto de control por parte de otra Administración -en este caso, la Comisión Nacional de la Competencia-, dábamos en el fundamento jurídico tercero de la citada sentencia de 9 de marzo de 2015 (casación 294/2013) la siguiente respuesta:

<< (...) Ante todo es obligado recordar -ya lo señala la sentencia recurrida- que según establece el artículo 4.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia << (...) 2. Las prohibiciones del presente capítulo se aplicarán a las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal >>.

El tenor de ese precepto pone de manifiesto que, como también señala la sentencia de instancia -que cita, a su vez, a la resolución administrativa impugnada- en el ámbito del Derecho de la competencia opera un concepto amplio y funcional de empresa, de manera que lo relevante no es el estatus jurídico económico del sujeto que realiza la conducta sino que su conducta haya causado o sea apta para causar un resultado económicamente dañoso o restrictivo de la competencia en el mercado.

La sentencia recurrida -lo mismo que la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia que en ella se confirma- no ignora, ni desde luego cuestiona, las competencias de la Administración autonómica de Castilla y La Mancha en relación con la regulación y gestión del servicio público sanitario. Lo que hacen la resolución administrativa y la sentencia es, sencillamente, salir al paso de una conducta que, aunque se dice llevada a cabo en el ejercicio de aquellas competencias, resulta vulneradora del derecho de la competencia. En fin, como hemos visto al examinar el motivo de casación formulado por el Consejo de Colegios Oficiales de Farmacéuticos de Castilla La Mancha, el hecho de que la conducta infractora se haya realizado invocando el



ejercicio de una competencia legalmente atribuida no determina por sí mismo que se deba operar una cláusula de exclusión del artículo 4.1 de la Ley 15/2007 >>.

Tales consideraciones son enteramente trasladables al caso que nos ocupa. En particular el punto en el que afirmábamos -y ahora lo reiteramos- que en el ámbito del derecho de la competencia opera un concepto amplio y funcional de empresa, de manera que lo relevante no es el estatus jurídico económico del sujeto que realiza la conducta sino que su conducta haya causado o sea apta para causar un resultado económicamente dañoso o restrictivo de la competencia en el mercado.

Siendo ello así, es indudable -la propia sentencia recurrida lo admite y no ha sido cuestionado en casación- que en el caso que nos ocupa la actuación de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía desempeñó un papel relevante en la distorsión del mercado y la perturbación de la competencia; todo ello en los términos que describe la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia, que atribuye a la Administración autonómica "...un papel activo en la organización y vigilancia de la adecuada ejecución del acuerdo de fijación de precios de la uva y mosto de Jerez entre determinados productores y bodegueros...". Por tanto, debe considerarse ajustada a derecho la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia que declara a la citada Consejería de la Junta de Andalucía responsable de una conducta infractora del artículo 1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia .

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

QUINTO.- Por las razones expuestas en los apartados anteriores, procede que declaremos haber lugar al recurso de casación. Y entrando entonces a resolver, una vez casada la sentencia recurrida, procede la desestimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Junta de Andalucía contra la resolución del Consejo Nacional de la Competencia de 6 de octubre de 2011 (expediente sancionador S/0167/09, productores de uva y vinos de Jerez).

SEXTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción , no procede imponer las costas del recurso de casación a ninguna de las partes; y tampoco las del proceso instancia, pues la propia estimación del recurso de casación pone de manifiesto que la controversia planteada suscitaba dudas de derecho suficientes como para considerar improcedente la condena en costas al litigante vencido (apartado 1 del mismo artículo 139 citado).

Vistos los preceptos citados, así como los artículos 86 a 95 de la Ley de esta Jurisdicción ,

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :
1. Ha lugar al recurso de casación nº **2946/2013** interpuesto por la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, contra la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 6 de junio de 2012 (recurso contencioso-administrativo nº 626/2011) que ahora queda anulada y sin efecto. 2. Se desestima el recurso contencioso- administrativo interpuesto por la JUNTA DE ANDALUCÍA contra la resolución del Consejo Nacional de la Competencia de 6 de octubre de 2011 (expediente sancionador S/0167/09, productores de uva y vinos de Jerez). 3. No hacemos imposición de costas derivadas del recurso de casación ni de las causadas en el proceso de instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Pedro Jose Yague Gil Eduardo Espin Templado Eduardo Calvo Rojas Maria Isabel Perello Domenech Jose Maria del Riego Valledor Diego Cordoba Castroverde **PUBLICACION.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, lo que certifico.