

EL ENTRETENIMIENTO COMO ACTIVIDAD ECONÓMICA SOMETIDA A LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: UNA VISIÓN DE LAS FIESTAS LOCALES¹

ENTERTAINMENT AS AN ECONOMIC ACTIVITY SUBJECT TO THE LAW OF DEFENSE OF COMPETITION: A VISION OF LOCAL FESTIVITIES

NATIVIDAD GOÑI URRIZA
*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad Pública de Navarra²*

SUMARIO I. INTRODUCCIÓN. II. LOS PRESUPUESTOS PARA LA APLICACIÓN DE LA LDC A LAS ACTIVIDADES RELACIONADAS CON EL ENTRETENIMIENTO Y LAS FIESTAS LOCALES. III. ENTES PARTICIPANTES EN LOS MERCADOS RELACIONADOS CON EL ENTRETENIMIENTO Y LAS FIESTAS LOCALES. IV. LAS FORMAS DE INTERVENCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN Y SU RESPONSABILIDAD EN LOS ILÍCITOS CONCURRENTIALES: 1. La Administración como regulador. 2. Otras formas de incidir en el mercado. 3. Los poderes públicos cómo infractores de la LDC: 3.1. *La Administración como operador económico*. 3.2. *La Administración como facilitador*. V. LA APLICACIÓN DE LOS TIPOS DE LA LDC AL ENTRETENIMIENTO: 1. Acuerdos restrictivos.

¹ El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación sobre “Las mutaciones de la Constitución Económica de la Unión Europea” (2014-2016) financiado por MINECO - Convocatoria “Retos”, ref. DER2013-48327-C3-2-R.

² Actualmente trabaja como Vocal del Consejo de la Autoridad Vasca de la Competencia.

2. El abuso de posición de dominio. 3. Conducta desleal con afectación del interés general. VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Las actividades relacionadas con el entretenimiento se han convertido en una parte muy importante del PIB de nuestro país³. El entretenimiento incluye una gran cantidad de actividades diversas: no solo abarca los servicios que tienen que ver con el deporte, los espectáculos deportivos, taurinos, musicales y de cualquier otro tipo, sino también las artes escénicas, la música, la televisión, la radio y la cultura, en general.

Cualquiera que haya visitado una localidad en la que se celebra una fiesta local puede pensar que durante estas fechas las personas dedican su tiempo a dos actividades distintas: trabajar para que los demás puedan divertirse o, sencillamente, disfrutar de la fiesta. Sin embargo, también puede uno dedicarse a coludir.

Así comienza el relato de los Hechos Probados –fijados temporalmente en plenas fiestas de San Fermín– de la Resolución de la CNC en el asunto de la Confederación Española de Feriantes⁴:

“Teniendo en cuenta los hechos acreditados descritos anteriormente y las valoraciones expuestas, se propone al Consejo de la CNC:

Primero.- Que declare que las cláusulas 2ª, 6ª y 7ª del Pliego de Normas de la CEIF (Confederación Española de Industriales Feriantes) aprobado en la reunión celebrada en Pamplona el día 13 de julio de 2000 y ratificado en Asamblea General de 7 de marzo de 2001, constituyen una infracción del artículo 1.1.a de la LDC. Se considere responsable a la Confederación Española de Industriales Feriantes (CEIF).”

³ Son numerosos los estudios que relacionan el entretenimiento como actividad económica, véase, *per omnia*, M^a I. GARCÍA, Y. FERNÁNDEZ y J. L. ZOFÍO, “The Economic Dimension of the Culture and Leisure Industry in Spain: National, Sectoral and Regional Analysis,” *Journal of Cultural Economics*, 27, 2003, pp. 9-30. M^a I. GARCÍA, A. HERRARTE, J. MORAL y J. L. ZOFÍO (2007), *La Industria de la Cultura y el Ocio en España (1997-2003)*, Madrid: Mc Graw-Hill. Solo la cultura supuso el 3,4% del PIP en el año 2012, SGAE, *Resumen ejecutivo de la SGAE 2015*, p. 4 (https://s3-eu-west-1.amazonaws.com/documentos-sgae/anuario_sgae_2015_resumen_ejecutivo.pdf).

⁴ Resolución CNC de 1 de febrero de 2010, *Confederación Española de Industriales Feriantes*, Expte. S/0103/08.

La celebración de festividades locales lleva aparejada la realización de múltiples actividades económicas. Los municipios durante las fiestas locales se llenan de visitantes, turistas y personas oriundas que salen a la calle a festejar a su patrón y/o a participar en los entretenimientos y espectáculos que se organizan y haciendo eso, todas esas personas actúan como consumidoras, son destinatarias de bienes y servicios ofertados por las empresas.

Los servicios que con especial intensidad se ofertan con ocasión de la celebración de las fiestas locales son los relacionados con espectáculos musicales, taurinos, de pirotecnia..., pero también servicios hosteleros y de restauración.

Las autoridades de competencia han considerado estas actividades como actividades económicas que constituyen un mercado susceptible de ser falseado por los participantes en él⁵. Se han declarado como mercados, entre otros, el de las actividades feriales y anexas a las feriales de carácter ambulante; el de las relaciones comerciales entre toreros, ganaderías y plazas de toros; el de la comercialización de entradas para la asistencia a espectáculos taurinos organizados en las plazas de toros y el de la comercialización de los derechos de emisión televisiva de dichos espectáculos taurinos⁶.

En un ámbito menos local, se han definido, entre otros, los mercados de venta de entradas en espectáculos deportivos y la gestión de los derechos de autor por parte de la SGAE⁷.

En los mercados relacionados con el entretenimiento intervienen una gran variedad de entes. La aplicación de la LDC al entretenimiento ha sido posible por el amplio concepto mantenido por la jurisprudencia de empresa u operador económico y por el tratamiento que ha recibido la Administración como infractor y como facilitador de un ilícito⁸.

Por otro lado, la Administración determina mediante su intervención reguladora y de fomento, si las actividades relacionadas con el entretenimiento pueden llevarse a cabo en condiciones de competencia objetiva. Destina dinero público para la organización de los eventos, selecciona (contratando a los oferentes de determi-

⁵ Véanse las resoluciones de las distintas autoridades de competencia citadas en este trabajo. En particular: la Resolución TDC de 1 de diciembre de 1998, Hostelería Vizcaya, Exp.r 300/98 y Resolución CNC de 22 de marzo de 2013, ALL SPORTS MEDIA 66, Expte. S/0418/12.

⁶ Resolución CNC de 7 de mayo de 2008, Feriantes Ayuntamiento de Peralta, Expte. 632/07 y Resolución CNC de 22 de marzo de 2013, ALL SPORTS MEDIA 66, Expte. S/0418/12.

⁷ La organización de espectáculos deportivos, la venta de entradas en la SAN (Sala de lo contencioso, sección 6) de 15 julio 2005, n° recurso 666/2002 y mercados relacionados en la Decisión de la Comisión de 27 octubre 1992, Distribución de viajes organizados durante la Copa del Mundo Italia 1990, DOCE L 326, 1992, p. 21. Véase asimismo, la Resolución CNMC 6 noviembre 2014, Expte. S/0460/13, SGAE-CONCIERTOS.

⁸ Véase resolución sobre los Feriantes del Ayuntamiento de Peralta previamente citada.

nados espectáculos) y puede influir mediante su actuación en la creación de barreras de entrada que limiten el número de empresas que pueden ofertar esos bienes y servicios; también puede, con la regulación, fijar las condiciones en que se prestan, limitando las posibilidades de competir a los operadores.

Por tanto, la industria relativa al entretenimiento, en particular, celebración de festividades locales, supone un reto para la Administración organizadora, en este último caso, normalmente un ayuntamiento.

II. LOS PRESUPUESTOS PARA LA APLICACIÓN DE LA LDC A LAS ACTIVIDADES RELACIONADAS CON EL ENTRETENIMIENTO Y LAS FIESTAS LOCALES

La Ley de Defensa de la Competencia española (LDC) se aplica, con carácter general, a todas las actividades económicas, porque no establece exención alguna aplicable a un sector económico. Esto supone que cualquier actividad económica está plenamente sometida a la LDC, también las relativas al entretenimiento y las desarrolladas con ocasión de la celebración de festividades locales.

La única posibilidad de exención está prevista en el artículo 4 del mismo texto normativo para los comportamientos que están amparados por una norma con rango de Ley, sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones de Derecho europeo de la competencia⁹. Esta exención no incluye las actuaciones restrictivas de la competencia “que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal”.

Aunque no existen exenciones generales, las actividades económicas relacionadas con el entretenimiento y la celebración de eventos festivos están ampliamente

⁹ El hecho de que una Administración Pública actúe en el ejercicio de sus respectivas atribuciones, no significa que su comportamiento sea sin más conforme con el Derecho de la competencia. Las normas que regulan las atribuciones del Poder público actuante 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 LDC. Este precepto tiene un alcance mucho más circunscrito, pues se refiere a conductas que por sí mismas estarían incurso 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 de la LDC. Es decir, la exención de la LDC no pretende sustraer del ámbito de aplicación del Derecho de la competencia cualquier conducta que se realice al amparo de una norma sino, únicamente, aquellas conductas a las que una ley autorice con la específica finalidad –expresa o implícita– de excluirlas del ámbito de aplicación de las prohibiciones de la LDC. Véase, STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 9 de marzo de 2015. RJ 2015\1107 y STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 27 de octubre de 2005. RJ 2005\7613.

reguladas¹⁰. Esta regulación constriñe las condiciones de competencia en las que las empresas actúan en estos mercados.

Por otro lado, ciertas restricciones a la competencia en este sector pueden resultar poco sensibles y pueden por ello carecer de interés para las autoridades de competencia o quedar exentas de la prohibición en virtud de lo previsto en el artículo 5 LDC.

Esta disposición prevé la inaplicación de las prohibiciones de los artículos 1 a 3 a los comportamientos que, “por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia”.

El Reglamento que desarrolla este artículo precisa esta disposición estableciendo en los artículos 1 y 3 que las autoridades de competencia podrán declarar no aplicables las infracciones de la LDC a las conductas en las que participen empresas que son superen unos determinados umbrales medidos en cuotas de mercado o que, atendiendo a su contexto jurídico y económico, no sean aptas para afectar de manera significativa a la competencia, respectivamente¹¹.

El primero de los criterios que hace referencia a las cuotas de mercado de las empresas participantes dependerá de la determinación del mercado relevante y siendo éste local, la cuota de mercado puede exceder fácilmente los umbrales de la *regla de mínimos*.

Las restricciones a la competencia llevadas a cabo en los mercados relacionados con el entretenimiento con ocasión de la celebración de eventos en fechas determinadas pueden ocasionar un daño sensible, a pesar de durar poco tiempo. Los ilícitos cometidos en fechas concretas –eventos deportivos, culturales o relacionados con las fiestas locales– pueden quedar impunes, dado que son difíciles de demostrar y los consumidores son en parte turistas que están poco tiempo y se marchan. Son, por tanto, más vulnerables y susceptibles de sufrir abusos.

De especial importancia resulta recordar aquí que el artículo 2 del RDC excluye de la *regla de mínimos* las conductas que consisten en la fijación de los precios, la limitación de la producción o las ventas, el reparto de mercados o clientes, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones.

Son frecuentes las quejas de los usuarios de los servicios sobre las subidas e identidad de precios y la homogeneización de los servicios. Todos ellos indicios claros de acuerdos susceptibles de encajar en el artículo 1 de la LDC.

¹⁰ Véase el estudio del mercado de las corridas de todos en MARCOS, P., “Entertainment made in Spain: competition in the bullfighting industry”, *The Competition Law Review*, Vol 11, Issue 1 pp: 61-81.

¹¹ PALAU RAMÍREZ, F., “Artículo 5”, en 2015, J. MASSAGUER, J. M. SALA ARQUER, J. FOLGUEIRA, *Comentarios a la Ley de Defensa de la Competencia*, 2015, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, pp. 401-429.

Estos ilícitos pueden, efectivamente, afectar a mercados locales y durar escaso tiempo, por lo que puede existir el riesgo de considerar que tienen escasa entidad y una mínima repercusión económica. Sin embargo algunos de los comportamientos son realizados por asociaciones que agrupan a un gran número de empresas, tienen tendencia a repetirse en el espacio y en el tiempo y son ilícitos que afectan de forma grave al correcto funcionamiento del mercado, porque se utilizan para excluir del mercado a ciertas empresas del sector o fijan los precios y las condiciones de prestación del servicio, imposibilitando que los usuarios se beneficien de las ventajas de la competencia¹². Estas restricciones a la competencia merecen, por tanto, la atención de las autoridades de competencia. Máxime cuando en España existe un sistema de aplicación de la LDC descentralizado que permite la atención de las autoridades autonómicas en las restricciones más locales o regionales.

Por otro lado, el falseamiento de la competencia en este sector puede venir de la mano de la intervención de la Administración, ofreciendo ella misma, en competencia con el operador privado, ciertos servicios con el objetivo de favorecer la cultura, la práctica del deporte con el fin último de promover la salud pública, etc. La intervención de la Administración debe ir destinada a solventar un fallo de mercado o la consecución de un fin de interés general eligiendo la alternativa menos restrictiva de la competencia y salvaguardando siempre el principio de igualdad entre las empresas y la no discriminación.

Las autoridades de la competencia han desarrollado también una importante labor en materia de promoción de la competencia en el sector del ocio en general, en su labor asesora de la Administración¹³. La intervención de las entidades locales puede influir negativamente en las condiciones de competencia en las que se desarrollan las actividades económicas que se llevan a cabo en las fiestas¹⁴.

¹² Resolución TDC de 1 de diciembre de 1998, Hostelería Vizcaya, Exp.r 300/98 y Resolución CNC de 7 de mayo de 2008, Feriantes Ayuntamiento de Peralta, Expte. 632/07.

¹³ Véanse los siguientes informes: INFORME AUTORIDAD VASCA DE LA COMPETENCIA sobre el Anteproyecto Ley de Turismo de Euskadi, de 6 agosto de 2015, Informe al Anteproyecto de Ley sobre el Acceso y Ejercicio de Profesiones del Deporte en el País Vasco, de 3 de marzo de 2015 (http://www.competencia.euskadi.eus/contenidos/informacion/informes/es_informes/informe%20deporte%20d%20definitivo%20web%20es.27-02-2.pdf), el Informe de la AUTORIDAD CATALANA DE LA COMPETENCIA, Transacciones entre iguales (P2P) y Competencia, julio de 2014, informe de la COMISIÓN DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA, IPN/CNMC/007/15, Informe sobre el Proyecto de Decreto del Gobierno de Aragón por el que se aprueba el Reglamento de las Viviendas de Uso Turístico de Aragón, de 16 de abril de 2015,

¹⁴ Resolución CNC de 7 de mayo de 2008, Feriantes Ayuntamiento de Peralta, Expte. 632/07. Sobre las restricciones de las autoridades locales en general, véase GIBERT A., "Administración Local y Competencia. Una visión económica (con "pecados" clasificados)", dirigido por CANEDO ARRILLAGA, M. P.; GORDILLO PÉREZ, L., *La autonomía local en tiempos de crisis. Reformas, fiscalidad y contratación pública*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 307 y ss. Sobre los problemas de competencia en la prestación de los servicios públicos locales, véase, ESPINOSA GARCÍA, J. "Servicios públicos locales y competencia" dirigido por GUILLÉN CARAMÉS, J., *Derecho de*

III. ENTES PARTICIPANTES EN LOS MERCADOS RELACIONADOS CON EL ENTRETENIMIENTO Y LAS FIESTAS LOCALES

Entes de muy diversa naturaleza participan en los mercados del entretenimiento y con ocasión de las festividades locales. Dejando para el apartado siguiente la intervención de los poderes públicos, es necesario recordar que las asociaciones, fundaciones, incluso las que actúan en defensa de intereses solidarios o culturales, en su intervención en un mercado ofreciendo bienes y servicios deben respetar las prohibiciones de los artículos 1, 2 y 3 de la LDC¹⁵.

Cualquiera que sea su forma jurídica o forma de financiación, independientemente de si tienen ánimo de lucro o tienen atribuido la consecución de un fin de interés general, como la protección del medio ambiente o la salud pública, actuando en el mercado ofertando o demandando bienes y servicios o afectando al mismo, su comportamiento estará sometido a la LDC.

La Comisión Europea y las autoridades de competencia estatales y autonómicas han utilizado un concepto muy amplio de operador económico y han exigido el sometimiento a las normas de competencia a fundaciones, sociedades públicas, asociaciones, ONG's, sindicatos y organismos públicos¹⁶.

De este modo, la normativa de competencia rige las actuaciones materiales de cualquier entidad cultural, organismo público –una universidad pública–, sociedad pública defensora del medioambiente, asociación o fundación, incluso una persona física que comercializa el resultado de su trabajo.

IV. LAS FORMAS DE INTERVENCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN Y SU RESPONSABILIDAD EN LOS ILÍCITOS CONCURRENCIALES

En un Estado social y democrático como es España, la Administración tiene asignada unas competencias que le habilitan y, en muchos casos, le obligan a intervenir en el mercado. A los efectos de revisar las obligaciones de la Administración desde el punto de vista de la competencia, se pueden diferenciar tres modos de intervención de los entes públicos en los mercados. En primer lugar, la Administra-

la competencia y regulación en la actividad de las administraciones públicas, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 197 y ss.

¹⁵ Véase, *per omnia*, CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Madrid, 2003, pp: 329-368.

¹⁶ Véanse, además de las resoluciones de la Comisión Europea y las sentencias citadas en CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Mercado único...*, p. 329, las resoluciones de las autoridades de competencia citadas en este trabajo.

ción puede influir mediante su actuación reguladora en el marco en el que se desarrollan las actividades del entretenimiento (1). En segundo lugar, la Administración de cualquier nivel, en su actuación como poder público y ejerciendo sus competencias de fomento, puede destinar dinero público para la organización de los eventos, seleccionar (contratando a los oferentes de determinados espectáculos) (2). En tercer lugar, puede, ejerciendo sus competencias, actuar en el mercado o influir en él y ser considerado responsable de un ilícito concurrencial estando su actuación sometida a los tipos de Ley de Defensa de la Competencia (3).

1. La Administración como regulador

Las Administraciones públicas en ejercicio de su potestad normativa producen disposiciones que regulan la actividad económica, estableciendo las reglas de juego de los operadores económicos.

Fijando el marco jurídico de actuación, puede crear barreras de entrada y barreras al ejercicio de las actividades económicas. Mediante las primeras limita las empresas que pueden ofertar esos bienes y servicios y, erigiendo las segundas, constriñe la libertad de las empresas instaladas en el mercado, condicionando su margen de actuación.

Tal intervención, en algunos casos, puede obstaculizar el desarrollo de las actividades objeto de regulación¹⁷.

La regulación de actividades de ocio, como la celebración de los espectáculos taurinos, las corridas de toros y otros eventos como los encierros, están profusamente regulados. Las razones alegadas para justificar esta profusa regulación son muy variadas, como el mantenimiento de las tradiciones o la seguridad¹⁸.

Por ello, antes de regular una determinada actividad económica la Administración debe, en primer lugar, identificar el fallo de mercado existente o la consecución de un objetivo de interés general¹⁹. Salvo que se verifique la necesidad de una intervención limitativa de la libertad de empresa en un sector de actividad determi-

¹⁷ A este respecto, COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. Recomendaciones a las Administraciones públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia. http://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Promocion/Guias_y_recomendaciones/recomendaciones.pdf.

¹⁸ Vid. MARCOS, P., "Entertainment made in Spain:..." *op. cit.*

¹⁹ COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, Documento metodológico para la evaluación de ayudas públicas, de 9 junio 2016, PRO/CNMC/001/16 https://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Promocion/Informes_y_Estudios_Sectoriales/2016/160727_PRO_CNMC_001_16_Doc_metod_evaluación%20ayudas%20públicas.pdf

nado, la Administración debe garantizar esta última y con ella la libertad del usuario de acceder a ofertas diferenciadas en calidad, precio y demás características.

En la medida en que la regulación del ente local afecta a sujetos domiciliados o que presten principalmente sus servicios en la Unión Europea pudiendo ser nacionales de los estados miembros de la UE, la regulación sobre libre prestación de servicios ha condicionado el desarrollo de la regulación interna²⁰.

Por su parte, la llamada Ley paraguas exige que toda intervención restrictiva de la libertad de los operadores en el mercado debe ser analizada con tres criterios²¹:

- La necesidad implica que estén justificadas por razones de orden público, seguridad pública, salud pública, protección del medio ambiente, o cuando la escasez de recursos naturales o la existencia de inequívocos impedimentos técnicos limiten el número de operadores económicos del mercado. Únicamente una razón imperiosa de interés general puede justificar la limitación de la libertad de empresa.
- Debe haber un nexo causal entre la necesidad detectada por la Administración y las medidas previstas por esta. Esta causalidad exige que la medida propuesta sea adecuada para afectivamente satisfacer la necesidad detectada. La proporcionalidad implica que la medida propuesta sea el instrumento más adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se persigue, porque no existen otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado.
- En todo caso, el Derecho de la UE exige que la medida no introduzca discriminación en función de la nacionalidad o de ubicación del establecimiento o del domicilio social de las empresas;

Por tanto, cuando una norma establezca una medida restrictiva de acceso al mercado, deberá acreditar de manera motivada que cumple las condiciones de necesidad, proporcionalidad y no discriminación.

En ejecución de estos principios en el año 2009, la conocida como Ley Ómnibus modificó la Ley 30/1992 –recientemente derogada–, para exigir a todas las Administraciones públicas que, cuando al adoptar una medida limitadora de la competencia o que imponga barreras a la prestación de servicios eligieran la medida menos restrictiva, motivaran su necesidad para la protección del interés público y

²⁰ Véanse los artículos 26 (mercado interior), 49 a 55 (establecimiento) y 56 a 62 (servicios) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), así como la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, *DOUE*, L 376 de 27 de diciembre de 2006, p. 36/68.

²¹ Artículo 5 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, *BOE* nº 283, de 24 de noviembre de 2009. Redacción dada por la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, *BOE* nº 295, de 10 de diciembre de 2013.

justificaran su adecuación para lograr los fines que persiguen, sin que, en ningún caso, se puedan producir diferencias de trato discriminatorias²².

La Ley 39/2015, que ha venido a sustituir a la anterior, exige que la iniciativa legislativa y reglamentaria de las Administraciones se realice de acuerdo con los principios de buena regulación²³. Esta norma, que también se aplica a la actuación de las entidades locales, define en el artículo 129 estos principios de buena regulación ya mencionados y establece la obligación de cualquier Administración de cumplir con ellos en su actuación²⁴.

La nueva regulación da un paso más, estableciendo una herramienta concreta para la aplicación adecuada de estos principios de nueva regulación, exigiendo que en la exposición de motivos o en el preámbulo de las normas deba quedar suficientemente justificada la adecuación a los principios mencionados. Esta oportunidad puede ser utilizada por la autoridad pública que tiene la iniciativa normativa aplicando las herramientas que los organismos especializados han puesto a disposición de los poderes públicos para racionalizar el ordenamiento jurídico²⁵. Las autoridades de competencia y la OCDE llevan años realizando estos análisis y haciendo recomendaciones a las distintas Administraciones para el cumplimiento de estos principios²⁶. Por ello no se comparte la opinión de quien afirma que no es posible cumplir con estos principios más que realizando afirmaciones apodícticas²⁷. Tampoco se comparte la idea de que estos principios hagan referencia a valoraciones políticas o cuestiones de grado, más bien al contrario, la aplicación de estos princi-

²² La Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, *BOE* n° 308, de 23 de diciembre de 2009 introdujo varias modificaciones en la regulación con vistas a la liberalización de los servicios, entre ellas el artículo 39 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común, *BOE* n° 285, de 27 de noviembre de 1992.

²³ Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, *BOE* núm. 236, de 2 de octubre de 2015. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “Un nuevo modo de ejercicio de las potestades normativas”, *REDA*, n° 175, 2016, pp. 32-55.

²⁴ Esta norma ha derogado los artículos 4-7 de la Ley de Economía Sostenible que ponía el foco en la productividad. Esta norma requería al conjunto de las Administraciones públicas la obligación de impulsar la competitividad de las empresas mediante marcos regulatorios que favorecieran la competencia y la eficiencia en los mercados, facilitando la asignación de los recursos productivos y la mejora de la productividad. Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, *BOE* n° 55, de 5 de marzo de 2011.

²⁵ Véanse los documentos citados en nota 19 y 27 elaborados por la CNC y CNMC respectivamente.

²⁶ Véanse los informes sobre las iniciativas normativas publicados en las páginas web de las distintas autoridades de competencia existentes en España.

²⁷ Las autoridades de competencia y la OCDE han puesto a disposición de las autoridades públicas herramientas Véase un comentario sobre la aplicación de estos principios, SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “Un nuevo modo de ejercicio...”, p. 37.

pios sirviéndose para ello de los resultados de la ciencia y el análisis de la evidencia empírica, sirven para desvelar el verdadero propósito de la iniciativa normativa y prever las consecuencias en términos de perjuicio para el bienestar de los ciudadanos con su aprobación.

Finalmente, la Ley de Garantía de Unidad de Mercado se fundamenta en la libre circulación y establecimiento de los operadores económicos; en la libre circulación de bienes y servicios, sin que ninguna autoridad pueda obstaculizarla directa o indirectamente y en la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica²⁸.

Dicha Ley es de aplicación al acceso a actividades económicas en condiciones de mercado legalmente establecidas y conforme a su articulado, todos los operadores económicos tendrán los mismos derechos, sin discriminación alguna por razón del lugar de residencia o establecimiento en el territorio del Estado. En su virtud, ninguna disposición de carácter general, actuación administrativa o norma de calidad que se refiera al acceso o al ejercicio de actividades económicas podrá contener condiciones ni requisitos que tengan como efecto directo o indirecto la discriminación por razón de establecimiento o residencia del operador económico.

Este cúmulo de obligaciones legales y principios son sistemáticamente incumplidos por las distintas Administraciones. En muchos casos por mero desconocimiento de los perjuicios que sobre el bienestar de los ciudadanos produce este incumplimiento y, en otros, por la cesión ante las presiones de los operadores ya instalados, muchas veces locales o cercanos al poder que reclaman esas medidas de protección. En la toma de decisiones en la que están implicadas restricciones a la competencia, la Administración debe considerar cuál es la opción alineada con la consecución del interés general.

2. Otras formas de incidir en el mercado

Aceptando que es el mercado el mejor mecanismo de asignación de los recursos, porque así se garantiza cotas máximas de bienestar y eficiencia, cualquier intervención de la Administración (sea o no en forma de ayuda) debería justificarse en alguna de estas razones²⁹:

- La existencia de fallos del mercado, es decir, situaciones donde el mercado deja de ser necesariamente el mecanismo óptimo para la asignación de los recursos.

²⁸ Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de unidad de mercado. *BOE* n° 296, de 10 de diciembre de 2013.

²⁹ COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA. PRO/CNMC/001/16 Documento metodológico para la evaluación de ayudas públicas. 9 de junio de 2016.

- La búsqueda de otros objetivos como una mejora de los resultados del mercado en términos de redistribución o la consecución de fines no económicos.

Alegando razones de utilidad pública la Administración interviene ofreciendo directamente bienes y servicios de carácter cultural o deportivo, otorgando subvenciones directas a entidades que prestan estos servicios o extrayendo del mercado parte de la demanda al crear medios propios y hacer encomiendas de gestión³⁰.

El sector del entretenimiento es especialmente vulnerable a la intervención de la Administración local por la decisión de algunos ayuntamientos que están modificando la forma de gestionar parte de sus servicios públicos, asumiéndolos a través de sociedades municipales.

3. Los poderes públicos cómo infractores de la LDC

Aunque es consustancial a la idea de que España es un Estado de Derecho, no viene de más recordar que las Administraciones públicas, en el ejercicio de sus funciones, están sometidas a la Ley por mandato constitucional (artículo 9.1 CE). El Derecho de la Competencia forma un marco legal sistemático que pone límites al poder económico, sea éste público o privado, para garantizar la libertad y la igualdad de oportunidades, además del bienestar de los ciudadanos³¹.

Las autoridades de competencia han afirmado desde hace más de una década que “el Derecho administrativo no es el único derecho que regula toda la actividad de la Administración pública”, así como que “la Ley 16/1989 –antigua Ley de Defensa de la Competencia– es una Ley de aplicación general, sin excepciones sectoriales, que obliga a todos los operadores públicos y privados y que ha de respetarse por todos ellos en sus actuaciones en el mercado, sin que siquiera exista una exoneración genérica de los actos de la Administración pública respecto de las prohibiciones que establece” dicha Ley³².

³⁰ Véase Informe de la CNC, *Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia*, https://www.cnmec.es/Portals/0/Ficheros/Promocion/Informes_y_Estudios_Sectoriales/2013/CNC_MEDIOS%20PROPIOS%20Y%20ENCOMIENDAS_rev.pdf

³¹ Sobre la relación entre la libre competencia y la democracia véase, DEUTSCHER, E. y STAVROS, M. “Exploring the Ordoliberal Paradigm: The Competition-Democracy Nexus”, *The Competition Law Review*, 2016, Vol. 11, Issue 2, pp: 181-214.

³² Resolución TDC de 18 de diciembre de 2003, Servicios Deportivos Logroño, Expte. r 572/03 y Resolución TDC de 7 de noviembre de 2006, Deportes Valladolid, Expte. r 673/05, respectivamente.

3.1. La administración como operador económico

Todos los poderes públicos están plenamente sometidos a las normas de competencia cuando actúan como operadores económicos³³. No existiendo esa exoneración genérica de los actos de la Administración respecto de la aplicación LDC, las autoridades de competencia y los tribunales dictando jurisprudencia sobre la materia han entendido que también las entidades locales están totalmente sujetas a la normativa de defensa de la competencia cuando actúan como operadores económicos; esto es, cuando ofrecen o adquieren bienes y servicios en los mercados, incidiendo con su comportamiento en la estructura y funcionamiento de aquellos³⁴.

La consideración de las entidades locales como operadores económicos depende de las circunstancias que rodeen el caso concreto, de la naturaleza de la actividad y del marco normativo y económico³⁵.

La cuestión se planteó en los siguientes términos cuando estaba vigente la Ley de 1989: la aplicación de la LDC depende de si la actuación de la entidad local constituye un ejercicio del imperio propio de la Administración, o bien es una actividad plenamente sometida al Derecho privado; en el primer caso existiría habilitación legal que justificaría la conducta, aun siendo esta subsumible en el tipo infractor³⁶.

³³ La Disposición adicional cuarta de la LDC establece que se entiende por empresa, a los efectos de esta Ley “cualquier persona o entidad que ejerza una actividad económica con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación”.

³⁴ Esta doctrina ha sido constante en todas las autoridades de competencia, véase al respecto, Resoluciones de la Autoridad Vasca de la Competencia (Resolución 11 noviembre de 2015, Obras Públicas Álava, Expte. 7/2013, Resolución 4 de septiembre de 2014, Servicios Farmacéuticos Residencias 2, Expte. 10/2012), Resoluciones de la Autoridad Catalana de la Competencia (Resolución del TCDC de 17 de abril de 2013, Sistemas de Externalización de Otorgamiento de Licencias Municipales, Expte. 30/2011) y Resoluciones del Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía (Resolución S/06/2011, de 21 de julio de 2011, Expte. Ayuntamiento de Marbella o en la Resolución S/05/2011, de 20 de junio de 2011 Expte. Universidad Internacional de Andalucía, Resolución S/12/2014 Inspección Técnica de Edificios de Granada, de 18 de junio de 2014). Resolución CNC de 20 de septiembre de 2010, Ayuntamiento de Calviá, Expte. S/0236/10 y Resolución TDC de 7 de noviembre de 2006, Deportes de Valladolid, Expte. 673/05. Igualmente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en numerosas sentencias en las que sostiene que: “constituye una actividad económica cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado y que el hecho de que una actividad sea ejercida por una empresa privada constituye un indicio suplementario que permite calificar la actividad en cuestión como actividad empresarial”. El Tribunal Supremo también ha consolidado la aplicación de la LDC a las Administraciones públicas, véase, STS 19 junio 2007 RJ/2007/5266 y STS de 4 de noviembre de 2008, RJ/2009/338.

³⁵ Resolución CNC de 20 de septiembre de 2010, Ayuntamiento de Calviá, Expte. S/0236/10 y Resolución TDC de 7 de noviembre de 2006, Deportes de Valladolid, Expte. 673/05.

³⁶ Resolución CNC de 20 de marzo de 1998, Cruz Roja de Fuengirola, Expte. 419/97.

Pero este discernimiento requiere un análisis más profundo por parte de las autoridades de la competencia ya que, “en ocasiones será necesario hacer un mayor esfuerzo interpretativo para «levantar el velo» de la actuación de las Administraciones y determinar si bajo la apariencia de actuaciones regulatorias se ocultan actividades económicas...”³⁷. Por ello, el hecho de que la conducta de la Administración se presente aparentemente cubierta de la forma administrativa, no es impedimento para calificar a su autor como operador económico sometido a la LDC, si su actividad tiene, desde una perspectiva funcional o material, naturaleza económica. Y a este respecto cabe recordar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha manifestado en numerosas sentencias que, “constituye una actividad económica cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado y que el hecho de que una actividad pueda ser ejercida por una empresa privada constituye un indicio suplementario que permite calificar la actividad en cuestión como actividad empresarial”³⁸.

El hecho de que los poderes públicos persigan la satisfacción de un interés público no impide esta calificación jurídica. La ausencia de ánimo de lucro en el ejercicio de una actividad no obsta a su calificación como económica. Tampoco lo es la circunstancia de que una Administración local goce de amparo legal para la realización de estas actividades o, incluso que estén obligadas a realizar esta actividad económica, por ejemplo en la oferta deportiva³⁹.

La firma de un acuerdo con una empresa y la existencia de contraprestaciones al mismo no es determinante del carácter con el que actúa una entidad local. Es necesario determinar si el ayuntamiento, con la firma de ese convenio asume obligaciones que supongan una actuación como operador económico. El TDC ha entendido que una entidad local no actúa como operador económico cuando éste otorga licencias, ya que otorga una autorización administrativa para que otro actúe como una empresa, pero no concede ni un bien ni un servicio⁴⁰.

Sin embargo, la Administración puede ir más allá de la regulación de una actividad, por ejemplo, la actividad ferial, sustituyendo la libertad de competencia en una localidad para el ejercicio de esta actividad económica por una concesión en exclusiva, a través de un acuerdo. La Administración se comporta como un operador económico cuando en el ejercicio de sus funciones –la defensa y promoción de una actividad comercial– se excede, reservando el mercado a una sola empresa o asociación de empresas privadas, sin tener en cuenta el posible interés de otras entidades. Cuando la actuación de los poderes públicos locales consiste en conceder

³⁷ Véase la resolución citada en la nota anterior.

³⁸ STJCE de 19 de marzo de 1991, República francesa contra Comunidades Europeas, asunto 202/88.

³⁹ Resolución TDC de 7 de noviembre de 2006, Deportes de Valladolid, Expte. 673/05.

⁴⁰ Resolución TDC 20 marzo 1998, Cruz Roja de Fuengirola, Expte. 419/97.

un contrato en exclusiva está contratando la provisión de un servicio y lo hace de manera que incide de forma determinante en la estructura y funcionamiento de la oferta de servicios⁴¹.

En ocasiones la actuación de la Administración puede implicar la fijación de precios públicos, aprobados por una entidad local que, conforme a la normativa de régimen local, pueden ser inferiores a los costes por razones de interés público siendo competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa la acreditación de la necesaria “utilidad pública” declarada para aquellos servicios que la administración pública puede prestar en régimen de concurrencia con la iniciativa privada...⁴².

En las festividades locales, los ayuntamientos ejercen su competencia en la concesión de licencias de ocupación de suelo público. En el ejercicio de estas competencias las entidades locales pueden ir más allá de su estricto cumplimiento, celebrando acuerdos cuyo contenido suponga la contratación de la provisión de un servicio. En este caso el acto administrativo deja de estar sometido exclusivamente al Derecho público para caer en el ámbito del Derecho privado⁴³. Las entidades locales, al ejercer sus funciones de regulación de la actividad ferial, están sometidas al Derecho de la Competencia. Una Administración local actúa como operador económico cuando en el ejercicio de sus funciones, la defensa y promoción de una actividad comercial, reserva ese mercado a una sola empresa o asociación de empresas sin considerar el posible interés de otras empresas en participar en dicha actividad. Una autoridad pública que suscribe un acuerdo con el fin de excluir la libre competencia en un mercado para el ejercicio de las actividades relacionadas con el ocio, mediante, por ejemplo la concesión en exclusiva, actúa como operador económico⁴⁴.

3.2. La administración como facilitador

Una entidad puede ser responsable de un ilícito concurrencial cuando, sin actuar directamente en el mercado afectado, su comportamiento contribuye a la ejecución del ilícito.

⁴¹ Resolución CNC de 7 de mayo de 2008, Feriantes Ayuntamiento de Peralta, Expte. 632/07. En la Resolución de 11 de noviembre de 2015 de la AVC se considera responsable a un número importante de Entes Locales, ayuntamientos y la Diputación de Álava, por suscribir un acuerdo en virtud del cual se concede en exclusiva a una empresa pública, medio propio de la Diputación, los servicios de redacción de proyecto constructivo, preparación de la licitación; dirección facultativa de las obras, coordinación de seguridad y salud y cuantas gestiones fuesen necesarias para llevar a buen fin el encargo realizado en todas las obras públicas encomendadas en su territorio.

⁴² Resolución TDC de 4 de noviembre de 2005, Deportes Álava, Expte. r 653/04.

⁴³ Resolución de 20 de marzo de 1998, Cruz Roja de Fuengirola, Expte. 419/97

⁴⁴ Resolución CNC de 7 de mayo de 2008, Feriantes Ayuntamiento de Peralta, Expte. 632/07.

El concepto de facilitador de una conducta colusoria ha sido creado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el caso *Treuhand*⁴⁵.

El Tribunal de Justicia sostuvo en este asunto que la imputación a una empresa de la infracción en su conjunto es conforme con las exigencias del principio de responsabilidad personal cuando cumple dos requisitos: uno objetivo y otro subjetivo. El primero exige que la empresa de que se trate haya contribuido a la puesta en práctica del cártel, aun de forma accesoria o pasiva. El segundo requisito exige que la empresa debe haber manifestado su propia voluntad de aceptación de los objetivos del cártel, siquiera tácitamente. El Tribunal europeo considera que estos requisitos son suficientes para considerarla corresponsable, “ya que pretende contribuir con su propio comportamiento a la consecución de los objetivos comunes perseguidos por el conjunto de los participantes y tiene conocimiento de los comportamientos ilícitos de los demás participantes o puede, de forma razonable, haberlos previsto y está dispuesta a asumir el riesgo”, aunque la empresa en cuestión no realice actuaciones en el mercado afectado por la práctica.

La CNC extendió el concepto de facilitador a una Administración pública, considerándola responsable de un ilícito de competencia cuando, no actuando como operador económico, ha intervenido con su comportamiento como facilitador de la conducta⁴⁶.

La Administración puede incidir en el mercado, aunque no actúe en el mismo ofreciendo o demandando bienes y servicios. Este sería el caso cuando adopta “un papel activo en la organización y vigilancia de la adecuada ejecución de un acuerdo de fijación de precios, contribuyendo considerablemente a su mantenimiento en vigor y, por lo tanto, a restringir grave y prolongadamente la competencia en dicho mercado”⁴⁷.

La intervención de la Administración en el caso de *los Vinos de Jerez* no se limitó a consentir o a amparar un acuerdo ilícito, sino que veló por el cumplimiento del mismo, proponiendo su revisión una vez constatado el incumplimiento de alguno de los participantes.

⁴⁵ Sentencia del TPI 8 julio 2008, Asunto T-99/04, AC-Treuhand AG contra Comisión de las Comunidades Europeas.

⁴⁶ Resolución CNC 6 octubre 2011, Productores de Uva y Vinos de Jerez, Expte. S/0167/09. La Resolución tiene un voto particular disidente sobre esta cuestión. La Audiencia Nacional, estimando el recurso de la CAP, ha entendido que para considerar responsable de un ilícito de competencia a una entidad debe haber actuado, en cualquier caso, como operador económico. Un análisis de la postura de la extinta CNC sobre esta cuestión en COSTAS Y COMESAÑA, J.; HORTALÁ I VALLVE, J., “La tipificación de la actividad de la Administración como facilitadora de cárteles”, dirigido por Lluís CASES, *Anuario de la Competencia 2003*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 13 y ss.

⁴⁷ La consejería de agricultura asumió la presidencia de un acuerdo sectorial de las organizaciones de productores y bodegueros que fijaban los precios de la uva y del mosto de los vinos de Jerez para los siguientes cuatro años, *Ibidem*.

La CNC apreció que la Administración, excediéndose en el ejercicio de las competencias que tiene atribuidas sobre el sector, promueve una conducta anticompetitiva de fijación de precios, y vela por su correcta aplicación⁴⁸. La CNC considera que la sentencia *Treuhand* 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 operador económico de quien la realiza. Esto le lleva a afirmar que, en aplicación de la LDC, no hace falta que un poder público actúe como operador económico para considerarla facilitador de la infracción⁴⁹.

Esta interpretación del concepto de facilitador permitiría a las autoridades de competencia considerar responsables a los entes públicos que, en el ejercicio de sus funciones y sin actuar en el mercado, inciden en él cuando su comportamiento “*constituye el medio sobre el que se soporta e instituye la colaboración y su intervención resulta decisiva y tiene entidad propia en el desarrollo de la conducta*”. O, en los términos del asunto UNESA cuando el ente “*además de colaborar activamente en la infracción, mostró su voluntad de colaboración en la práctica*”⁵⁰.

Asimismo, supone una evolución en la consideración del ámbito de aplicación subjetivo de la LDC por considerar que ésta es aplicable a entes que no actúan como operadores económicos⁵¹.

La cuestión ha sido resuelta por el Tribunal Supremo tras haber entendido la Audiencia Nacional que la sentencia *Treuhand* 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 el caso resuelto por la CNC se niega al organismo público interviniente.

⁴⁸ Resolución CNC de 28 de julio de 2010, Vinos Finos de Jerez, Expte. S/0091/08.

⁴⁹ Los mismos razonamientos han sido utilizados por las autoridades de competencia para sancionar a asociaciones de empresas en cuyo seno se desarrollaron las conductas restrictivas de la competencia Resolución CNC de 2 de marzo de 2011, Peluquería Profesional Expte. S/0086/08 y Resolución CNC de 13 de mayo de 2011, UNESA y asociados Expte. S/0159/09 y a corporaciones de derecho público Resolución CNC de 28 de julio de 2010 Expte. S/0091/08 Vinos de Jerez. Una visión crítica sobre esta postura en MARCOS, F., “El ámbito de aplicación subjetivo de la Ley de Defensa de la Competencia”, *Revista de Derecho Constitucional, Civil y Mercantil*, Vol. 142, 2012.

⁵⁰ Resolución CNC de 13 de mayo de 2011, UNESA y asociados Expte. S/0159/09. Una visión crítica de la forma de sancionar a las asociaciones de empresas se presenta en GONZÁLEZ-PÁRAMO RODRÍGUEZ, C.; GÓMEZ ÁLVAREZ, A., “La aplicación del Derecho de la Competencia a las asociaciones empresariales. Análisis de la Resolución de la CNC en el expediente S/314/10 Puerto de Valencia”, coordinado por Miguel Ángel RECUERDA GIRELA, *Problemas prácticos y actualidad del Derecho de la Competencia. Anuario 2014*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2014, pp. 257 y ss.

⁵¹ En la Resolución de 20 de marzo de 1998, Cruz Roja de Fuengirola, Expte. 419/97 se excluye la aplicación del Derecho de la Competencia a un ente local por no intervenir en el mercado. En el ámbito europeo, en la STJCE 17 febrero 1993, *Poucet et Pistre*, C-159/91 y C-160/91, Rec. 637 el Tribunal de Justicia no considera empresa y, por tanto, sometida al entonces artículo 85 TCEE, a una entidad encargada de gestionar los regímenes de la Seguridad Social por desempeñar una función exclusivamente social y basar su actividad en el principio de solidaridad nacional.

El Tribunal Supremo afirma que “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.”⁵². Tras haber considerado el Tribunal Supremo acreditado que la conducta de la Administración ha causado o era apta para causar un resultado económicamente dañoso o restrictivo de la competencia en el mercado afirma el pleno sometimiento a la LDC.

Esta jurisprudencia abre la posibilidad de que ciertos actos materiales llevados a cabo por los poderes públicos en su intervención en el sector del entretenimiento, por ejemplo, como poderes adjudicadores en supuestos de contratación pública podrían ser sancionados como infracciones de la LDC.

Todo ello sin perjuicio de que contra un acto administrativo formalmente adoptado queda libre la vía de la impugnación ante los órganos jurisdiccionales.

V. LA APLICACIÓN DE LOS TIPOS DE LA LDC AL ENTRETENIMIENTO

La LDC tipifica tres supuestos de restricción de la competencia y los tres pueden ser aplicados a las actividades económicas llevadas a cabo con ocasión de las fiestas locales.

1. Acuerdos restrictivos

La organización de eventos culturales o festivos puede requerir la celebración de acuerdos entre las empresas implicadas entre sí, o entre ellas y la Administración. Estos contratos, necesarios y legítimos, no pueden, sin embargo, incurrir en una restricción de la libre competencia contraria a la Ley. El artículo 1 LDC prohíbe los acuerdos que tienen aptitud para restringir la competencia que se refieren a la fijación de los precios y/o de otras condiciones de prestación de servicios o de oferta de productos.

En este tipo podrían subsumirse los acuerdos entre competidores oferentes de productos o servicios para fijar el precio de los productos, o de los derechos de imagen de artistas o las condiciones de prestación, el reparto de espacios destinados a la instalación de atracciones, *piperos* o *txoznas*, la limitación de la competencia entre toreros o los acuerdos de boicot para excluir del mercado a otras empresas del sector⁵³.

⁵² STS, Sección 3, Sala de lo Contencioso, de 18 de julio de 2016, Fd.

⁵³ Resolución TDC de 1 de diciembre de 1998, Hostelería Vizcaya, Exp.r 300/98 y Resolución CNC de 7 de mayo de 2008, Feriantes Ayuntamiento de Peralta, Expte. 632/07 y Resolución CNC de 22 de marzo de 2013, ALL SPORTS MEDIA 66, Expte. S/0418/12.

Como ya se ha analizado más arriba, estas prácticas colusorias dañan el desarrollo económico y afectan al normal desarrollo del mercado y, por ello, están prohibidas, con independencia de que en ellas haya participado una autoridad pública en el ejercicio de sus competencias de ordenación y planificación de un sector⁵⁴.

2. El abuso de posición de dominio

Con ocasión de la celebración de festividades en las localidades las actuaciones llevadas a cabo unilateralmente tanto por los poderes públicos como por las empresas privadas pueden también afectar al mercado –normalmente local–. Algunos supuestos podrían ser subsumibles dentro del tipo del abuso de posición de dominio prohibido en el artículo 2 de la LDC.

La regulación del sector puede producir que ciertas entidades puedan ostentar una posición de dominio, porque, por ejemplo, se les concede, por parte del ente local en exclusiva, la posibilidad de asignar los espacios de instalación de los oferentes de ciertos productos o servicios, o la exclusividad de gestión y explotación de un recinto ferial o de un local. La libre competencia exige que las entidades con poder de dominio actúen con una especial responsabilidad, así las entidades con posición de dominio tienen la obligación de actuar de manera objetiva, no arbitraria ni discriminatoria.

Una entidad, pública o privada, que de forma discriminatoria o arbitraria decidiera la ocupación de espacios públicos o impidiera el acceso a un mercado a determinadas empresas en un mercado determinado podría incurrir en un abuso de posición de dominio prohibido por el artículo 2 de la LDC⁵⁵.

Más difícil de apreciar es la actuación de la Administración en la prestación de servicios públicos desde el punto de vista de su compatibilidad con la normativa de competencia o simplemente desde el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados⁵⁶.

Ha llegado incluso a plantearse la posibilidad de considerar como precios predatorios la oferta deportiva auspiciada por un ayuntamiento⁵⁷.

⁵⁴ Resoluciones AVC de 4 de septiembre de 2014, Expte. 10/2012, Servicios Farmacéuticos Residencias 2 y de 11 de noviembre de 2015, Expte. 7/2013, Obras Públicas Álava.

⁵⁵ Resolución CNC de 7 de mayo de 2008, Feriantes Ayuntamiento de Peralta, Expte. 632/07.

⁵⁶ ESPINOSA GARCÍA, J. “Servicios públicos locales y competencia” dirigido por Javier GUILLÉN CARAMÉS, *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las Administraciones públicas*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 197 y ss.

⁵⁷ Resolución TDC de 7 de noviembre de 2006, Deportes Valladolid, Expte. r 673/05.

Para que exista esta práctica abusiva de precios predatorios deben cumplirse dos condiciones: que la entidad ofrezca el producto o el servicio a precios por debajo de costes y que éstos se establezcan con la intención de excluir a los competidores.

Respecto del primer requisito, hay que tener en cuenta que si se trata de precios públicos aprobados por la entidad local, conforme a la normativa de régimen local, pueden ser inferiores a los costes por razones de interés público y que “corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa la acreditación acerca de la necesaria «utilidad pública» declarada para aquellos servicios que la Administración Pública puede prestar en régimen de concurrencia con la iniciativa privada...”⁵⁸.

Respecto al segundo requisito, puede resultar difícil, si no imposible, de apreciar el interés económico que puede tener una Administración en eliminar a un competidor privado aplicando precios por debajo de coste⁵⁹. En todo caso, cuando aplique esos precios con el propósito de cumplir los objetivos de interés general que sean de competencia municipal, debe tener en cuenta el perjuicio que puede ocasionar sobre los prestadores privados intentando minimizarlos.

3. Conducta desleal con afectación del interés general

Cuando una entidad realice un comportamiento que se puede calificar como un acto de competencia desleal conforme a la Ley de Competencia Desleal (LCD), tanto porque sea objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe (art. 5 LCD) como por constituir una conducta contraria a la normativa de contratos de las administraciones públicas (art. 15 LCD)⁶⁰; y dicho acto de competencia desleal tenga entidad suficiente para afectar al interés público puede constituir un ilícito en el sentido del art. 3 LDC⁶¹.

La infracción del art. 3 de la LDC puede también ser cometida por un organismo público en el ejercicio de sus competencias, aunque parece más apto para juzgar el comportamiento de operadores privados que deben ajustar su comportamiento a la lógica competitiva de los mercados. De hecho la inmensa mayoría de los asuntos denunciados por los particulares ante las autoridades de competencia han sido archivados⁶².

⁵⁸ Resolución de 4 de noviembre de 2005, Deportes Álava, Expte. r 653/04.

⁵⁹ SAN de 10 de julio de 2006.

⁶⁰ Resolución TDC, Eléctrica Eriste, Expte. 535/02.

⁶¹ Resolución CNC 4 de septiembre de 2008, IMSERSO-ONCE, Expte. S/0015/07.

⁶² Resolución TGC, 4 enero 2010, (Expte. RA 26/2009), GIMNASIO DE FERROLTERRA.

Al margen de los tipos infractores previstos en la LDC, las entidades locales tienden a ofrecer servicios de forma gratuita, por ejemplo, la posibilidad de aparcamiento o el transporte con ocasión de la aglomeración de personas en fechas determinadas.

Igualmente pueden, en un intento de satisfacer necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal, no actuar por la lógica del mercado, incluso cuando se trate de servicios no esenciales. La actuación de la Administración puede responder a su obligación de prestar unos servicios, que sean de interés para la comunidad y cumplan la función social integradora que le es propia, pero ello exigiría que su oferta fuera dirigida a todos los grupos sociales⁶³. La Administración puede legalmente, por tanto, prestar servicios en régimen de concurrencia con la iniciativa privada, siempre que sean de utilidad pública, se presten dentro del término municipal correspondiente y en beneficio de sus habitantes. Sin embargo, estas actuaciones pueden afectar a las condiciones de competencia efectiva en los mercados por su capacidad de afectar a la neutralidad competitiva de los mismos⁶⁴.

VI. CONCLUSIONES

Primera. Las actividades económicas relacionadas con el entretenimiento están plenamente sometidas a la LDC aunque su profusa regulación restringe la libertad con que las empresas pueden desempeñar su labor. La intensa intervención de las Administraciones públicas en estos mercados a través de actuaciones materiales también afecta a las condiciones de competencia.

Segunda. La aplicación de las normas de competencia a las actividades de este sector requiere que actividades como las feriales, los piperos, la oferta deportiva de un ayuntamiento o la ocupación de un espacio público donde ofrecer productos o servicios durante escasos días, se reconozcan como mercados susceptibles de ser falseados y que la determinación del mercado relevante sea tal que la conducta pueda ser considerada sensible.

Tercera. La participación en estos mercados de entidades sin ánimo de lucro, organizaciones que pueden perseguir fines de interés general o actuar en el ejercicio de potestades públicas, no impide la aplicación de las normas y los principios de competencia a las actividades que se llevan a cabo por ellas. El concepto extremadamente amplio de operador económico y la consideración de la figura del facilitador permite considerar infractor de la LDC a todas estas entidades.

⁶³ Resolución TDC de 10 de marzo de 2006, Centros Deportivos Benicarló, Expte. r 648/05.

⁶⁴ ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO, “Competitive Neutrality and State-Owned Enterprises: Challenges and Policy Options”, Corporate Governance Working Papers, No. 1, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/5kg9xfjdhg6-en>.

Cuarta. La frecuente intervención de la Administración en el sector del entretenimiento y en la organización de las festividades locales es un riesgo para el mantenimiento de la competencia en los mercados relacionados. El ordenamiento jurídico español tiene las herramientas precisas para garantizar la libre competencia en este sector tanto mediante la incoación de expedientes sancionadores cuando se incurra en un ilícito concurrencial de la LDC como mediante los instrumentos de asesoramiento a la Administración emitidos por las autoridades de competencia.

RESUMEN: Las actividades económicas relacionadas con el ocio suponen una parte importante de la industria Española. Este trabajo analiza su sometimiento a la Ley de Defensa de la Competencia comenzando por los presupuestos necesarios para su aplicación. Se trata de un mercado intensamente regulado y en el que por, distintas razones, intervienen organizaciones de naturaleza muy variada. Analizar el sometimiento de las conductas de este tipo de organizaciones y la intervención de la Administración es clave para el mantenimiento competitivo de este sector económico.

PALABRAS CLAVE: actividades relacionadas con el ocio, derecho de la competencia, festividades locales, infracción de los poderes públicos.

SUMMARY: Entertainment activities have economic significance in Spanish industry. This article analyses the application of competition law to leisure markets and the requirements for that applicability. Broad regulatory, public intervention and non profit bodies involvement don't impede the application of competition law to those markets.

KEY WORDS: entertainment activities, competition law, local festival, public power infringements.