

# ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Gonzalo SOLANA GONZÁLEZ

Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia

## 1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, al mismo tiempo que se viene desarrollando un importante proceso de privatizaciones de empresas estatales, estamos contemplando un incremento notorio en el número de empresas y entes públicos de carácter local.

Esta circunstancia está teniendo reflejo, además de en diversas estadísticas económicas, en las denuncias que se presentan contra Administraciones Públicas locales por actuaciones prohibidas en la Ley de Defensa de la Competencia (LDC).

La aplicación de la LDC, como reiteradamente ha señalado el Tribunal de Defensa de la Competencia, se extiende no sólo a los empresarios, sino a todas aquellas personas físicas o jurídicas que intervienen en el mercado, es decir, el ámbito subjetivo de su aplicación abarca también a profesiones liberales, asociaciones empresariales, sindicatos, colegios profesionales o Ayuntamientos.

Sin embargo, algunos autores han suscitado dudas sobre la intención del legislador en cuanto a la exención prevista por la LDC en su artículo 2.1, cuestión sobre la que se centra este artículo. El debate gira en torno a la interpretación que debe darse a dicha exoneración<sup>1</sup>.

Este precepto legal es el resultado de una serie de cambios de redacción cuyo origen se remonta a la Ley de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia de 1963. Mediante las sucesivas modificaciones, el legislador ha pretendido eliminar las incertidumbres que cupieron sobre esta cuestión que, si bien, en un principio puede parecer baladí,

<sup>1</sup> Artículo 2.1 LDC: «Sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia, las prohibiciones del artículo 1 no se aplicarán a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que resulten de la aplicación de una Ley.

Por el contrario, serán de aplicación a las situaciones de restricción de la competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal.»

no lo es tanto al observar el creciente carácter de operadores económicos que las diferentes Administraciones Públicas están adquiriendo.

Este carácter es perfectamente compatible con el esquema económico diseñado por nuestra Norma Constitucional, que faculta a los poderes públicos a concurrir libremente en el mercado con la iniciativa privada, bien mediante la creación de empresas de ellos dependientes o bien directamente<sup>2</sup>.

No obstante, de este reconocimiento constitucional no debe desprenderse que la intervención de las Administraciones Públicas en la actividad económica pueda suponer una alteración de las reglas que la rigen, salvo en los casos que exista un mandato expreso que justifique peculiaridades en el trato<sup>3</sup>.

## 2. APLICACIÓN DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA A LOS ACTOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

A finales del siglo XIX, la doctrina francesa acoge la noción de *servicio público* como el pilar fundamental que da sentido a la misión del Estado en la sociedad de la época. Este nuevo concepto justifica asimismo la existencia de un Derecho administrativo específico para las relaciones entre Estado y sociedad que otorga ciertas prerrogativas y, al mismo tiempo, es más exigente en la imposición de obligaciones al poder público.

De esta forma se explica la inicial exclusión de los actos de las Administraciones Públicas del ámbito de la jurisdicción ordinaria. En aquella época se extendió una peculiar interpretación de la separación de poderes según la cual «juzgar a la Administración era administrar».

Sin embargo, el concepto de servicio público como delimitador de la competencia jurisdiccional evoluciona y se transforma con el paso de los años hasta llegar a nuestros días. Actualmente está plenamente aceptado que no todos los servicios que prestan las Administraciones son servicios públicos. La doctrina mayoritaria señala que sólo aquellos servicios en los que las Administraciones Públicas mantienen exclusividad deberían ser considerados como tales. Quedan fuera, por tanto, todos aquellos en los que la actividad pública concurre con la iniciativa privada.

Esta evolución ha llevado a que, en nuestros días, el ordenamiento jurídico español sea unánime al considerar el criterio de competencia jurisdiccional básico el del acto administrativo.

<sup>2</sup> El artículo 128.2 de la Constitución reconoce expresamente «la iniciativa pública en la actividad económica».

<sup>3</sup> La reserva en favor del sector público de «recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio» del artículo 128.2 de la Constitución puede entenderse siguiendo esta línea como una excepción expresa.

Así, el artículo 1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LRJCA) señala:

«1. Los juzgados y tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones Públicas sujeta al Derecho Administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los Decretos Legislativos cuando excedan los límites de la delegación.»

La unanimidad en cuanto al papel del acto administrativo como criterio competencial básico no se extiende a su conceptualización. Existen, al menos, tres posiciones distintas en cuanto al modo de interpretar y al significado del término acto administrativo.

Según la visión jurídico-formal, se entiende por acto administrativo la declaración de voluntad del poder administrativo que crea unilateralmente e impone consecuencias jurídicas a un sujeto o sujetos por presumirse *iuris tantum* su legalidad.

Por su parte, para la concepción subjetiva, de gran acogida por autores franceses, todos los actos de las Administraciones Públicas, entendido como todo aquello que hace, son actos administrativos. De esta forma, para definir qué son actos administrativos simplemente tendremos que determinar qué se entiende por Administraciones Públicas. El problema de esta concepción radica en que a idéntica calificación debe corresponder el mismo régimen jurídico y es indudable que esto no es así, puesto que actuaciones consideradas por esta concepción como actos administrativos tienen necesariamente un tratamiento jurídico distinto (por ejemplo, la expresión de un sentimiento de pesar del Consejo de Ministros a las Víctimas del Terrorismo frente a la imposición de una sanción a quien adultera alimentos).

Por último, existe una concepción mixta, seguida sobre todo en Italia y España, que se basa en la combinación de la perspectiva subjetiva con un criterio funcional. Partiendo de que en la realidad jurídico-positiva no todo lo que hacen las Administraciones Públicas queda sometido a la misma clase de normas jurídicas, esta concepción señala que sólo cuando la Administración ejercita una potestad administrativa, entendida como manifestación de un poder público, sus actos deben ser entendidos como actos administrativos.

Si acudimos al tenor literal de la legislación, nos encontramos con términos en lugar de conceptos, con lo cual siguen sin resolverse las dudas. Ni la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LRJCA) ni la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAEPAC) definen con precisión el concepto de acto administrativo, pero podemos tratar de bucear en su articulado para intentar conocer la intención del legislador.

Así, de la lectura *a sensu contrario* del artículo 1 de la LRJCA se extrae que existen actos de las Administraciones Públicas no sujetos al Derecho

administrativo o, con otras palabras, que el Derecho administrativo no es el Derecho regulador de toda la actividad de las Administraciones Públicas. En el mismo sentido, del artículo 1 de la LRJAEPAC<sup>4</sup> tampoco se desprende exclusividad alguna.

No obstante, la ausencia de declaraciones expresas ha propiciado que alguna corriente doctrinal reclame la exclusividad de la jurisdicción contencioso-administrativa en lo que concierne a la evaluación de la actuación de las Administraciones Públicas, incluso en el ámbito de las prácticas restrictivas de la competencia.

Considero que estas incertidumbres no están fundamentadas. La LDC, cuyos principios emanan directamente del artículo 38 de la Constitución, nace con carácter especial y en su propia Exposición de Motivos es tajante al encomendar su aplicación en exclusiva a dos órganos administrativos: el Tribunal de Defensa de la Competencia y el Servicio de Defensa de la Competencia, sin perjuicio del posterior control judicial establecido en el artículo 49<sup>5</sup>.

Esta filosofía se incorpora al articulado tras la reforma de la Ley 52/1999 en forma de artículo 51 bis que en su primer apartado señala:

«Los órganos previstos en la presente Ley son los únicos competentes para la instrucción y resolución de los procedimientos que en ella se regulan en materia de defensa de la competencia.»

En esa misma reforma de 1999, se dota de una nueva redacción al artículo 50<sup>6</sup> para despejar cualquier duda sobre la supletoriedad de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, respecto a los procedimientos administrativos en materia de defensa de la competencia.

Así se confirma la imposibilidad de presentar una denuncia contra actos de las Administraciones Públicas por incumplimiento de la LDC ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Las denuncias por incumplimiento de la LDC deben ser instruidas y resueltas exclusivamente por el Servicio y el Tribunal y sólo cuando este último haya tomado su decisión poniendo fin a la vía administrativa, cabe interponer recurso contencioso-administrativo.

Respecto a las cuestiones sustantivas, la conclusión debe ser la misma. En este caso y sin ánimo de ser exhaustivo, sí considero de interés dete-

<sup>4</sup> Artículo 1 de la LRJAEPAC: «La presente Ley establece y regula las bases del régimen jurídico, el procedimiento administrativo común y el sistema de responsabilidad de las Administraciones Públicas, siendo aplicable a todas ellas.»

<sup>5</sup> Artículo 49 LDC: «Contra la adopción de medidas cautelares y las resoluciones definitivas del Tribunal de Defensa de la Competencia no cabe ningún recurso en vía administrativa y sólo podrá interponerse recurso contencioso-administrativo.»

<sup>6</sup> Artículo 50 LDC: «Los procedimientos administrativos en materia de defensa de la competencia se regirán por su normativa específica y, supletoriamente, por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.»

nerse en una de las normas que genera mayores incertidumbres en la práctica, como es la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP). De nuevo es obligado decantarse por la compatibilidad de ambas normas tanto por el carácter especial de la LDC como por las diferencias entre ambas respecto a principios inspiradores y ámbito objetivo de aplicación.

El principio inspirador de la LDC, según su Exposición de Motivos, es la consideración de la competencia como el principio rector de toda economía de mercado, constituyendo la primera y más importante forma en que se manifiesta el ejercicio de la libertad de empresa.

Asimismo, el objetivo de la Ley se centra en «garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público, siendo asimismo compatible con las demás leyes que regulan el mercado conforme a otras exigencias jurídicas o económicas, de orden público o privado»<sup>7</sup>. Para lograr este objetivo, los artículos 1, 6 y 7 prohíben una serie de conductas que se considera vulneran la libre competencia agrupándose, fundamentalmente, en pactos o acuerdos colusorios, abusos de posición de dominio o prácticas desleales.

Por su parte, la Exposición de Motivos de la LCAP señala como sus principios inspiradores los de igualdad, no discriminación y libre competencia. En línea con estos principios, el objetivo marcado por la propia Ley es «asegurar, de manera unitaria y en condiciones de igualdad, los intereses generales de todos los españoles»<sup>8</sup>. En aras de alcanzar este objetivo, la LCAP desarrolla un texto normativo que hace especial hincapié en los preceptos de publicidad de licitaciones y adjudicaciones, en la regulación detallada de las causas que constituyen prohibición de contratar y en el carácter público del Registro de Contratos.

Las diferencias entre ambas Leyes son notorias y, en ningún caso, debería plantearse la supletoriedad de una a la otra. Teniendo estas circunstancias en cuenta y la exclusividad del Servicio y el Tribunal en la aplicación de la LDC, el no sometimiento de las actuaciones de las Administraciones Públicas a esta Ley infringiría un precepto constitucional fundamental: el artículo 106.1 que proclama el sometimiento pleno de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho.

Esta doctrina es la que ha mantenido de manera constante el Tribunal y queda perfectamente detallada en la Resolución de 30 de abril de 1996<sup>9</sup>:

«El Tribunal ha mantenido en numerosas ocasiones que no es el órgano de revisión de normas y actos administrativos, pero sí es el competente —el único órgano administrativo competente— para determinar si una

<sup>7</sup> Segundo párrafo de la Exposición de Motivos de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

<sup>8</sup> Segundo párrafo de la Exposición de Motivos de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.

<sup>9</sup> Expte. R 148/96, TRAGSA.

práctica presente en el mercado es restrictiva de la competencia, si puede ser calificada como un acuerdo en los términos del artículo 1 de la LDC y si, en caso afirmativo, goza de la excepción de su artículo 2. No se trata de que el Tribunal vaya a sustituir a los órganos jurisdiccionales de lo contencioso en la revisión de la actuación administrativa, sino de ejercer sus competencias, que son irrenunciables, consistentes en la adopción de resoluciones relativas a las conductas anticompetitivas en el mercado en aplicación de las normas nacionales y comunitarias de Defensa de la Competencia que pueden ser, naturalmente, objeto de control jurisdiccional precisamente por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. No hay riesgo, por tanto, de que, acudiendo a los órganos de Defensa de la Competencia para combatir una conducta restrictiva de la competencia en aplicación de la LDC, un denunciante pueda sustraer de los tribunales contencioso-administrativos el juicio sobre la actuación de uno o varios órganos administrativos en los extremos para los que dichos tribunales son competentes.»

Igual de tajante es la Resolución de 29 de octubre de 1999 <sup>10</sup>:

«La Ley de Defensa de la Competencia se concibe en su Exposición de Motivos como un mandato a los poderes públicos que entronca directamente con el artículo 38 de la Constitución relativo a la protección y desarrollo de la libre función empresarial, e inspirándose además en las normas comunitarias de política de competencia que han desempeñado y desempeñan un papel trascendental en la creación y funcionamiento del mercado común y de la actual Unión Europea. Es una ley general, sin excepciones sectoriales, que obliga a todos los sujetos públicos y privados y ha de ser respetada por todos ellos en sus actuaciones.»

Por último, también es de destacar la claridad de la Resolución de 20 de marzo de 1998 <sup>11</sup>:

«... el límite a la actuación de las Autoridades de la competencia hay que establecerlo en el hecho de que las Administraciones públicas, cualquiera que sea la forma que adopten, actúen como operadores económicos cuya conducta incida en la estructura y el funcionamiento del mercado.»

### 3. APLICACIÓN DEL AMPARO LEGAL DEL ARTÍCULO 2.1 LDC A LOS ACTOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Una vez reconocido que no existe una exoneración genérica de los actos de las Administraciones Públicas respecto de la aplicación de la LDC, que el Servicio y el Tribunal son los únicos órganos encargados de su aplicación y que la LDC es perfectamente compatible en términos sustantivos con la aplicación de otras leyes administrativas, es preciso concretar los límites de la interpretación del término «amparo legal» del artículo 2.1 de la LDC.

<sup>10</sup> Expte. 444/98, Colegio Arquitectos Vasco-Navarro.

<sup>11</sup> Expte. 419/97, Cruz Roja de Fuengirola.

Para empezar, es necesario recordar la evolución que ha tenido la redacción de este artículo. Su origen se remonta al artículo 4.1 de la Ley de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia de 1963 que señalaba:

«Las prohibiciones contenidas en el artículo primero no serán de aplicación a las situaciones de restricción de la competencia que se hallen expresamente establecidas por el ejercicio de potestades administrativas a virtud de disposición legal.»

El apartado cuarto del mismo artículo incluía una serie de supuestos en los que se determinaba una exoneración de la aplicación de la Ley para los sectores agrícola y ganadero <sup>12</sup> en línea con lo establecido a nivel comunitario por el Reglamento 26/1962 <sup>13</sup>.

La confusión generada por la redacción de ese artículo 4.1 y la incongruencia de su apartado cuarto con los principios generales de la Ley intentaban explicarse en la propia Exposición de Motivos:

«[L]a técnica del orden público económico viene a salvar en cierto sentido el riesgo que plantea la progresiva desaparición de potestades administrativas. En tanto éstas subsistan no entra en juego la Ley en cada sector concreto de actividad económica, puesto que no es aquí la iniciativa privada dentro del marco del orden público lo que estructura libremente la economía, sino que es la propia Administración quien lo conforma a través del ejercicio de sus potestades de intervención. Es por ello preciso hacer esta salvedad que configura claramente el ámbito de aplicación de la Ley.»

Sin embargo, este texto, más que aclaratorio, ponía de manifiesto la dificultad de adecuar los principios inspiradores de la libre competencia a una economía fuertemente intervenida y que iniciaba lentamente su camino hacia la liberalización y desregulación. Esta situación se plasma en la escasa aplicación práctica de este precepto e, incluso, del conjunto de la Ley.

A pesar de todo, es indudable que el artículo 4 de la Ley de 1963 es el germen del actual artículo 2.1 de la LDC. El legislador buscó eliminar las confusiones anteriores con una nueva redacción que, a su vez, ha ido modificándose hasta alcanzar su versión actual tras la reforma de 1999:

---

<sup>12</sup> Artículo 4.4 Ley de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia de 1963: «No se aplicarán los preceptos de esta Ley particularmente a los acuerdos, decisiones y prácticas de empresarios agrícolas, de asociaciones de éstos o de federaciones de estas asociaciones, en la medida en que, sin llevar aneja la obligación de aplicar un precio determinado, se refieren a la producción o a la venta de productos agrícolas o ganaderos o a la utilización de instalaciones comunes de almacenamiento, de manipulación o de transformación de productos agropecuarios.»

<sup>13</sup> Este Reglamento daría pie posteriormente a la Ley de 10 de julio de 1975 según la cual los acuerdos concluidos en el marco de las organizaciones agrícolas profesionales se excluían de la prohibición de las conductas colusorias.

«Sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia, las prohibiciones del artículo 1 no se aplicarán a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que resulten de la aplicación de una ley.

Por el contrario, serán de aplicación 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.»

Las primeras dudas surgen en lo que se refiere al tipo de conductas que se incluyen en este artículo. El tenor literal es tajante al referirse exclusivamente a las conductas señaladas en el artículo 1 y dejando, por lo tanto, fuera los abusos de posición de dominio del artículo 6 y las prácticas desleales del artículo 7. Sin embargo, no es fácilmente comprensible cuál ha podido ser la intención y el espíritu del legislador al no incluir estos últimos supuestos contemplados por la LDC también como prácticas restrictivas de la competencia. De hecho, una interpretación estrictamente literal puede derivar en la paradoja de que cualquier conducta abusiva de las Administraciones Públicas está prohibida aun estando amparadas legalmente.

Lo curioso es que esta interpretación sería incluso congruente con el texto del apartado tercero del artículo 6 de la LDC, que señala:

«Se aplicará también la prohibición a los casos en que la posición de dominio en el mercado de una o de varias empresas haya sido establecida por disposición legal.»

El Tribunal ha optado, desde mi punto de vista, por una interpretación más congruente con el espíritu global de la Ley introduciendo algunos matices. A este respecto son especialmente sintomáticas dos Resoluciones.

La primera es de 30 de diciembre de 1993<sup>14</sup>, en la que se reconoce que la empresa Seguridad y Promoción Industrial Valenciana, S. A. (SEPIVA), siendo una empresa pública, detenta una posición de dominio en el mercado de la ITV correspondiente al área de influencia de la Comunidad Valenciana. Sin embargo, el Tribunal señala que «no consta en el Expediente que la conducta de SEPIVA se haya alejado de aquella que ha sido regulada».

Más contundente y clara desde un punto de vista doctrinal es la Resolución de 30 de octubre de 1993<sup>15</sup> en cuyo Fundamento Jurídico Cuarto se señala:

«En efecto, cuando por una Ley, en el sentido estricto de la expresión, o por una norma reglamentaria que la desarrolla se ha establecido un marco en el que necesariamente ha de moverse el monopolista, el control

<sup>14</sup> Expte. A 64/93 ITV.

<sup>15</sup> Expte. 325/92, EMORVISA.



de la actividad que éste desarrolle al amparo de dichas normas quedará bajo la tutela del regulador y se sustraerá, por tanto, al conocimiento del Tribunal de Defensa de la Competencia. Asimismo la infracción de dichas normas deberá ser sancionada por la Administración Reguladora o por la jurisdicción contencioso-administrativa.»

Así, la jurisprudencia del Tribunal no deja lugar a dudas al reconocer que en situaciones de monopolio ostentado por las Administraciones Públicas y regulados expresamente será esta regulación la aplicable a cada caso.

Sin embargo, esta regla no valdrá cuando «no existan normas específicas que regulen el comportamiento del monopolista o cuando éste actúa al margen de las mismas, puesto que en ninguno de ellos existen obstáculos normativos ni de otro tipo que impidan la actuación del Tribunal frente a dichos comportamientos»<sup>16</sup>.

En fin, el Tribunal opta por una interpretación restrictiva de la Ley según la cual sólo quedarán exonerados del cumplimiento de la LDC los casos de monopolios públicos en los que la Ley ampare expresamente la conducta correspondiente.

Esta misma línea de argumentación es la que se sigue en la interpretación del amparo legal recogido por el artículo 2.1 en lo referido a las conductas prohibidas del artículo 1, aplicando la exclusión sólo a aquellos casos en los que la Ley de cobertura correspondiente prevea la adopción o dé lugar a los acuerdos restrictivos de la competencia que serían susceptibles de ser sancionados.

En diversas Resoluciones, el Tribunal ha dejado clara constancia de esta doctrina. La más antigua quizá sea la Resolución de 10 de noviembre de 1992<sup>17</sup>, que establece de manera acertada una pauta general de interpretación afirmando que:

«... en aplicación de la Ley 16/1989, está obligado a considerar prohibidas todas las conductas descritas en el artículo primero de la misma, y sólo aceptar como autorizadas aquellas conductas que, como dice el artículo 2.1, resulten de la aplicación de una Ley o de las disposiciones reglamentarias que se dicten en aplicación de una ley. En consecuencia, el Tribunal considera que las conductas descritas en el artículo 1 están prohibidas, incluso aunque estén amparadas por normas administrativas, salvo que éstas cumplan con los requisitos descritos en el artículo 2.1. Entiende el Tribunal que no cabe hacer una interpretación laxa, según la cual las conductas pasarían de ser prohibidas a ser autorizadas en cuanto estuvieran amparadas por cualquier tipo de norma, han de ser normas que estén directamente relacionadas con la conducta objeto de consideración.»

<sup>16</sup> Fundamento Jurídico 4.º de la Resolución de 30 de octubre de 1993 (Expte. 325/92, EMORVISA).

<sup>17</sup> Expte. A 30/92.

Es igualmente claro el texto de la Resolución de 16 de enero de 1995<sup>18</sup>:

«[E]sta previsión legal no puede dar lugar sin más al juego del artículo 2.1 LDC que declara inaplicables las prohibiciones de su artículo 1 cuando las conductas en él descritas resulten de la aplicación de una Ley o un Reglamento de aplicación de la Ley; por el contrario, el artículo 2 hay que entenderlo de aplicación cuando la Ley o Reglamento a que se refiere está regulando expresamente el funcionamiento de un mercado determinado en el que se permite la restricción o impedimento de la competencia en la atención a otros intereses generales protegidos por esas normas y en las circunstancias y con los requisitos que en las mismas se determinen. Lo contrario supondría admitir que cualquier pacto acogido a una de las múltiples figuras contractuales previstas en nuestro ordenamiento jurídico o a cualquiera que los intervinientes pudiesen establecer al amparo del principio general de libertad consagrado en el artículo 1.255 del Código Civil estaría amparado por la excepción.»

De carácter más reciente, pero sin desviarse de la jurisprudencia anterior, es la Resolución de 24 de julio de 1997<sup>19</sup>, confirmada por la Audiencia Nacional, en la que se reconoce que la forma de fijar unas tarifas facultativas menores que las legales entre el Ayuntamiento de San Fernando (Cádiz) y el Colegio Oficial de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de Cádiz y Ceuta no se puede entender amparada por el Decreto 314/1979, de 19 de enero, sobre Tarifas de Honorarios de Aparejadores y Arquitectos Técnicos, puesto que son distintas de las específicamente prescritas en dicho Decreto.

La interpretación seguida en todas estas Resoluciones es congruente y, de hecho, enlaza con el propio origen de este precepto normativo, puesto que, como hemos señalado anteriormente, el artículo 4 de la Ley de 1963 era categórico al recoger el carácter expreso del amparo legal:

«Las prohibiciones contenidas en el artículo primero no serán de aplicación a las situaciones de restricción de la competencia que se hallen *expresamente* establecidas en el ejercicio de potestades administrativas a virtud de disposición legal». (*Énfasis del autor*)

La exigencia de un carácter expreso a la cobertura legal correspondiente para considerar aplicable la exclusión del artículo 2.1 de la LDC no despeja, sin embargo, las complejidades propias de definir caso por caso la existencia o no de dicho “carácter expreso”.

El establecimiento de unas líneas generales de interpretación de este término no es sencillo. El Tribunal, mediante sus Resoluciones, trata de fijar pautas comunes en cuanto a la interpretación de determinados artículos reclamados habitualmente como cobertura legal. Es el caso de los

<sup>18</sup> Expte. R 98/94.

<sup>19</sup> Expte. 393/96.

artículos 5 de la Ley de Colegios Profesionales y 15 de la Ley de Cooperativas.

En este sentido, en la Resolución del Expediente 445/1998, Colegio de Ingenieros Técnicos Industriales de Burgos, el Tribunal considera que la emisión por parte de la denunciada de una circular en la que se establecen los presupuestos mínimos de determinados proyectos no está amparada por lo establecido en el artículo 5 de la Ley 2/1974, de Colegios Profesionales, y, por lo tanto, no da pie a la exclusión prevista por el artículo 2.1 de la LDC.

En la misma línea se manifiesta el Tribunal en la Resolución del Expediente 446/1998, Arquitectos Madrid, considerando que la posibilidad que introducía el artículo 5.ñ) de la Ley 2/1974 de que «corresponde a los Colegios, en su ámbito territorial, la regulación de los honorarios mínimos cuando aquéllos no se devenguen en forma de aranceles, tarifas o tasas» no amparaba, a efectos del artículo 2.1 de la LDC, la negativa de visado hasta que se depositaran o afianzaran las cantidades reclamadas por un arquitecto contratado anteriormente por la empresa denunciada.

Fuera del ámbito de las actuaciones de las Administraciones Públicas, pero de gran utilidad para conocer la extensión de la interpretación del amparo legal, en la Resolución del Expediente A 277/00, Compra Mínima COFAS, el Tribunal no considera que el artículo 15 de la Ley de Cooperativas, que establece como obligación de los socios el «participar en las actividades cooperativizadas que desarrolla la cooperativa para el cumplimiento de su fin social en la cuantía mínima obligatoria establecida en sus Estatutos», ampare en los términos del artículo 2.1 de la LDC una modificación de los Estatutos Sociales de la cooperativa elevando la cantidad mínima que los socios deben adquirir a COFAS desde el 35 al 50 por 100 de sus posibilidades totales de compra en cada ejercicio.

En fin, la doctrina del Tribunal busca concretar al máximo esta cuestión, partiendo de la base de que las normas cuya cobertura se reclama deberán estar directamente relacionadas con la conducta objeto de consideración.

#### 4. TRATAMIENTO COMUNITARIO

Las complejidades de esta cuestión se extienden al marco comunitario en los casos en los que la práctica contraria a la competencia no sólo se inscriba en el ámbito del artículo 1 de la LDC, sino también en el artículo 85.1 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE)<sup>20</sup>.

<sup>20</sup> Artículo 85.1 del TCE: «Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto, impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común...».

El artículo 90 del Tratado se encarga de solventar esta cuestión al señalar que:

«1. Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan contratos exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 6 y 85 a 94, ambos inclusive.

2. Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial, a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectada en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad.»

Teniendo en cuenta que el propio Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha reconocido la aplicación directa de este artículo, sin necesidad de Directivas del Consejo ni de la Comisión, su elocuencia no deja lugar a dudas sobre el deber de las empresas públicas de cumplir las normas de defensa de la competencia tanto nacionales como comunitarias, así como la obligación de las autoridades españolas de defensa de la competencia de aplicar la normativa comunitaria. Todo ello, sin perjuicio de la salvaguarda que se incluye en el apartado segundo del propio artículo 90 del Tratado que, considero, debe entenderse en línea con la interpretación que hacíamos del amparo legal del artículo 2.1 de la LDC.

Este artículo es también clarificador en el sentido de incluir expresamente en el deber de cumplimiento de las normas de defensa de la competencia a las empresas públicas o privadas que tengan concedidos «derechos especiales o exclusivos». En esta situación encontramos multitud de supuestos, como son las concesiones de obras y suministros públicos, la organización de los servicios de un puerto, la administración de redes telefónicas o los servicios de televisión por cable o satélite.

## 5. EL PAPEL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN LA ECONOMÍA DE MERCADO DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Una vez analizadas las cuestiones jurídicas, no quiero dejar pasar la oportunidad para hacer unas breves reflexiones desde una perspectiva meramente económica.

Al mismo tiempo que la Constitución ampara a las Administraciones Públicas en su papel de operadores económicos, desde determinados planteamientos ideológicos su participación se justifica en base a la necesidad de suplir fallos del mercado tales como las externalidades negativas ocasionadas por algunas actividades empresariales, las asimetrías de información o por el propio carácter de monopolio natural de algunos sectores.

Sin entrar a valorar lo acertado o no de estos planteamientos desde un punto de vista teórico, sí es cierto que amparándose en los hipotéticos fallos del mercado se justifican intervenciones públicas que provocan una disfunción mayor, en muchos casos, de aquella que se pretendía prevenir.

La evolución reciente de la economía española ha convivido con dos realidades contradictorias. Por un lado, el proceso de liberalización, desregulación y privatización de empresas públicas ha recibido un impulso notable disminuyendo el déficit fiscal del Estado y, sobre todo, introduciendo competencia en sectores dominados tradicionalmente por monopolios públicos. Los efectos de este proceso no sólo han permitido a nuestra economía cumplir con los criterios de Maastricht, sino que han favorecido una mayor convergencia en términos reales con el resto de países europeos.

En el mismo espacio de tiempo, pero desde una perspectiva y con unos objetivos distintos, las Administraciones Públicas a nivel autonómico y local han incrementado su actividad como operadores económicos creando empresas y participando en mercados en competencia con compañías privadas. Esta circunstancia se pone de manifiesto en diversos estudios<sup>21</sup> en los que se señala que durante el período 1993-1999 mientras el Estado reducía el número de sus empresas públicas de 463 a 297, las Administraciones territoriales las aumentaban de 485 a 1.178<sup>22</sup>.

Esta situación, perfectamente compatible con nuestra Constitución y más allá de sus consecuencias en términos de endeudamiento, está generando disfunciones en los mercados y distorsionando los mecanismos de libre competencia al confundirse la actuación de las Administraciones Públicas entre el ámbito regulador y el estrictamente de operador económico. Precisamente esta confusión es la que dificulta, en ocasiones, la tarea de las autoridades de defensa de la competencia, puesto que una determinada conducta planteada en términos de regulación propia de la Administración correspondiente queda fuera del ámbito de aplicación de nuestra legislación a pesar de poder generar distorsiones en la competencia efectiva del mercado.

Ya hemos comentado el carácter expreso que exige la jurisprudencia comunitaria y española respecto al amparo legal del artículo 2 de la LDC; pero, incluso, este carácter es congruente con la realidad de la evolución económica española y europea que avanzando en los procesos de liberalización e introducción de mayores niveles de competencia en todos los sectores, debe evitar las distorsiones ocasionadas por una participación indiscriminada de las Administraciones Públicas en los mercados.

No pretendo poner en duda el derecho de estas Administraciones, que emana directamente de la Constitución, para actuar en los mercados, pero sí creo que es conveniente que el ejercicio de este derecho se haga

<sup>21</sup> Círculo de Empresarios: *El renacimiento del IM. Situación y perspectivas del sector público autonómico y local*, 2000.

<sup>22</sup> A esta cifra habría que añadir otras 300 empresas mixtas.

aplicando la máxima congruencia con los objetivos globales de la política económica española. Esta visión se acentúa si tenemos en cuenta que en breve las Comunidades Autónomas podrán contar con autoridades de defensa de la competencia propias que se encargarán de aplicar la Ley en sus respectivos territorios.

Todo ello no impide que, en ocasiones, la empresa pública territorial juegue un papel importante en la gestión de determinados servicios municipales y autonómicos y otras actividades basadas en espacios públicos. Su cercanía al ciudadano y el mejor conocimiento de las necesidades a este nivel pueden suponer una garantía de eficiencia.

## 6. CONCLUSIONES

La delimitación del régimen jurídico de las actuaciones económicas de las Administraciones Públicas tiene enorme trascendencia para el correcto funcionamiento de la economía de mercado. Por lo que se refiere a la defensa de la competencia, esta delimitación es asimismo clave para la fijación del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley.

Tanto del tenor literal de las leyes administrativas como de la propia LDC, no caben resquicios para dudar de la absoluta sujeción de las actuaciones de las Administraciones Públicas en cuanto operadores económicos a estas normas, así como de la exclusividad del Servicio y el Tribunal como órganos administrativos competentes para la aplicación de la LDC tanto a empresas privadas como públicas.

Sin embargo, en ocasiones, la actividad reguladora de las Administraciones Públicas se confunde con su faceta de operador económico. Es en estos casos en los que se señala que determinadas actuaciones administrativas cuentan con respaldo legal y, por lo tanto, no están sujetas al cumplimiento de otras leyes especiales. En lo que se refiere a la defensa de la competencia, esta cuestión se enmarca en la exclusión contemplada por el artículo 2.1 de la LDC para aquellas actuaciones de las Administraciones Públicas que, si bien se encuentran prohibidas por el artículo 1 de la LDC, cuentan con amparo legal.

En línea con el espíritu del legislador, el origen del propio precepto y la doctrina comunitaria, el Tribunal de Defensa de la Competencia ha interpretado reiteradamente el contenido de este amparo legal de manera restrictiva, exigiendo que la Ley de cobertura reconozca expresamente las conductas correspondientes.

Todas estas cuestiones son de gran trascendencia para el desarrollo de la defensa de la competencia en nuestro país, no sólo por la importancia de la correcta delimitación del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley, sino, sobre todo, porque son básicas para el correcto funcionamiento de la economía de mercado. A este respecto, es esencial que la actuación de las distintas Administraciones Públicas sea la más exquisita posible y se enmarque en un ánimo de preservación de las reglas de la libre competencia.