

COMENTARIOS AL ARTÍCULO 2 DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Luis BERENGUER FUSTER
Vicepresidente del Tribunal de Defensa
de la Competencia

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) es uno de los más controvertidos del texto de la Ley, fundamentalmente en cuanto respecta al contenido de su número 1. Según este precepto las prohibiciones del artículo 1 no se aplicarán cuando una conducta, en principio prohibida, haya sido realizada al amparo de lo dispuesto en una Ley o en el reglamento de desarrollo de una Ley¹, en términos que han dado lugar a un gran número de interpretaciones.

La primera de las recientes reformas parciales de la Ley de Defensa de la Competencia, llevada a cabo por el Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, ha venido a introducir un segundo párrafo presuntamente aclaratorio, que puede dar lugar igualmente a controversias en cuanto a su significado y alcance.

Por su parte, el artículo 2 establece en su número 2 que el Tribunal de Defensa de la Competencia podrá formular propuesta motivada al Gobierno «de modificación o supresión de las situaciones de restricción de competencia establecidas de acuerdo con las normas legales», utilizando términos que no pueden considerarse como muy afortunados.

Como puede fácilmente comprenderse no existe un precepto similar en las normas sobre la competencia contenidas en el Tratado de Roma, si bien tiene precedentes en las normas de otros países miembros de la Comunidad e incluso en la Ley de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia de 1963.

¹ Este precepto contiene la primera de las excepciones a la aplicación del artículo 1 LDC; las otras excepciones están constituidas por las autorizaciones singulares y las exenciones por categorías (arts. 3.4 y 5 LDC).

1. EL ARTÍCULO 4 DE LA LEY DE 1963

El número 1 del artículo 4 de la Ley de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia de 1963 establecía que las prohibiciones establecidas en el artículo 1 de la misma Ley (es decir, las conductas colusorias) no serán de aplicación a las situaciones de restricción de competencia establecidas por el ejercicio de potestades administrativas en virtud de disposición legal. El número 2 del mismo artículo disponía que el Tribunal de Defensa de la Competencia o el ministro de Comercio podrán proponer y el Gobierno decidir la supresión o modificación de las situaciones de restricción de competencia a que se refiere el párrafo anterior². Finalmente el número 3 del artículo 4 establecía que en el futuro las situaciones de restricción de competencia sólo podrían establecerse en virtud de Ley aprobada en Cortes, mientras que en el número 4 se exceptuaban de la aplicación de la Ley los acuerdos, decisiones y prácticas de los empresarios agrícolas o sus asociaciones que, sin llevar aneja la obligación de practicar un precio determinado, se refieran a la producción o venta de productos agrícolas o ganaderos o a la utilización de instalaciones comunes para la realización de las actividades que le son propias.

El precepto incluido en el artículo 4.1 de la Ley de 1963 ha sido considerado, con absoluta razón, como uno de los más confusos de la Ley³ y planteó en su momento numerosos problemas interpretativos. Parece evidente que respondió a una necesidad coyuntural de la economía española en el año de promulgación de la Ley⁴, afirmación ésta que tiene su fundamento en el contenido de la Exposición de Motivos⁵.

² Esta redacción del número 2 del artículo 4 fue introducida por el artículo 4 del Real Decreto-Ley de 8 de octubre de 1976 sobre medidas económicas, pues la redacción dada por el legislador en el momento de la elaboración de la Ley de 1963, el artículo 4.2 se refería simplemente a las situaciones de restricción de competencia que existen en el abastecimiento de las poblaciones como consecuencia de concesiones, autorizaciones o licencias otorgadas por las autoridades locales.

³ GALÁN CORONA, E., *Acuerdos restrictivos de la competencia*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1977, pp. 108-109, nota 11.

⁴ SENÉN DE LA FUENTE, G. y otros, *Comentario a la Ley Española sobre represión de las prácticas restrictivas de la competencia*, Ed. Sociedad de Estudios y Publicaciones, Madrid, 1964, p. 110.

⁵ En el apartado 1.3 de la Exposición de Motivos bajo el epígrafe «La exclusión de las potestades administrativas en materia de prácticas restrictivas y naturaleza jurídica de la excepción», se establecía lo siguiente: «El antagonismo entre las técnicas administrativas de intervención y la utilización de la idea del orden público económico además de constituir la razón fundamental que establece la oportunidad en este momento de promulgación de la Ley, aparece reflejada en el artículo IV de la misma, ya que, como anteriormente se ha indicado, la 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 la 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».

El legislador de 1963, consciente de que se partía de una economía fuertemente intervenida y se iniciaba un camino hacia la liberalización, introdujo en el texto de la Ley un precepto que prevenía sobre los riesgos de un cambio excesivamente brusco. A tales efectos, dispuso que, en determinados campos, no comenzaría a regir la regla de la libre competencia sino que persistiría la intervención.

La técnica legislativa adoptada no puede ser más deficiente como se deduce de la ubicación del precepto y del conjunto de su contenido. Se tomó como modelo el establecido en otras legislaciones nacionales para excluir del ámbito de las reglas de la competencia los acuerdos, decisiones o prácticas llevadas a cabo en el sector agrícola (al que por otra parte se refiere el artículo 4.4 de la Ley) para amparar restricciones generales. La referencia al ejercicio de potestades administrativas es difícilmente comprensible, y cabe plantear si a lo que se está refiriendo este precepto es que la Ley de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia no se aplica a la actuación de las Administraciones Públicas, pues así se explicaría la referencia al «ejercicio de potestades administrativas». Si tal es así, la confusión no puede ser mayor, por cuanto que no se está exceptuando la actuación de la Administración de la aplicación de la totalidad de la Ley, sino simplemente de la prohibición de acuerdos colusorios, lo cual puede resultar ridículo porque no es normal que una potestad administrativa celebre convenios o adopte acuerdos con empresarios con el fin de restringir la competencia⁶.

2. OTROS PRECEDENTES LEGISLATIVOS

El artículo 42 del Tratado de Roma contiene la denominada «excepción agrícola» y establece que las disposiciones del Tratado referentes a la competencia serán aplicables a la producción y comercialización de los productos agrícolas solamente en la medida en que lo determine el Consejo. En uso de esas facultades el Consejo aprobó el Reglamento 26/1962, de 4 de abril⁷, en el que se excluye al sector agrícola de las normas de la competencia, en términos similares a los establecidos en el artículo 4.4 de la Ley de 1963.

Para conceder una cobertura similar a este sector, algunas de las legislaciones de los Estados miembros introdujeron en su legislación excepciones que permitían que determinadas conductas no estuvieran incluidas en la prohibición. Así, por ejemplo, en Francia la Ordennance de 1 de diciembre de 1986 establece, en su artículo 10.1, que no están sometidas a las disposiciones de los artículos 7 (ententes colusorias) y 8 (abuso de posición dominante) las prácticas que resulten de la aplicación de un texto legislativo o de un texto reglamentario adoptado en su apli-

⁶ SENÉN DE LA FUENTE, G. y otros, *op. cit.* p. 105.

⁷ DOCE n.º 30, de 20 de abril de 1962. Este Reglamento ha sido objeto de múltiples modificaciones.

cación. Este precepto, que tuvo su precedente en lo establecido en la anterior Ordenanza de 30 de junio de 1945, daba amparo a lo establecido en la Ley de 10 de julio de 1975 según la cual los acuerdos concluidos en el marco de las organizaciones agrícolas interprofesionales se encontraban excluidos de la prohibición de las conductas colusorias.

3. LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 4 DE LA LEY DE 1963 POR EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

La aplicación que el Tribunal de Defensa de la Competencia realizó del precepto contenido en el artículo 4.1 de la Ley de 1963 puede considerarse muy progresiva en orden a la ampliación de la aplicación del derecho de la competencia a la actividad de las Administraciones Públicas.

Es destacable la aplicación que se hizo del precepto del artículo 4.1 a una serie de supuestos en los que se planteaba la licitud de las ordenanzas municipales en materia de mercados, según las cuales se protegía a los comerciantes establecidos en dichos mercados mediante la prohibición de abrir establecimientos comerciales en sus alrededores. El Tribunal consideró que en esos supuestos existía una práctica restrictiva de la competencia, pero que no podía ser objeto de sanción porque se encontraba amparada por la potestad administrativa de los Ayuntamientos⁸. Ahora bien esta interpretación de este precepto, que en buena medida anunciaba una amplia y discutible aplicación del precepto contenido en el artículo 2.1 de la Ley de 1989 a las actuaciones de las Administraciones Públicas, lleva a una conclusión importante. De esa interpretación se deduce que las Administraciones Públicas, al aprobar determinados acuerdos, tienen la consideración de empresas, ya que la exclusión de la prohibición del artículo 1 a las conductas dictadas en ejercicio de potestades administrativas significa que previamente tales conductas han de estar incluidas en la prohibición⁹.

Como puede fácilmente observarse, con la apertura de esa corriente interpretativa, comenzó la aplicación del derecho de la competencia a las Administraciones Públicas, posiblemente algo que nunca había estado en la mente del legislador de 1963, si no era para rechazar tal posibilidad.

⁸ Sentencias de la Sección Segunda del TDC de 15 de febrero de 1968 (Ayuntamiento de Logroño) (Jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Competencia, 1965-1970, Ref. 34, rr. 729-745) y 23 de diciembre de 1968 (Ayuntamiento de Yecla) (Jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Competencia, 1965-1970, Ref. 59, rr. 1032-1048) y de la Sección Primera de 10 de octubre de 1968 (Ayuntamiento de Madrid) (Jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Competencia, 1965-1970, Ref. 50, rr. 943-952) y 14 de mayo de 1971 (Ayuntamiento de Baños de la Encina) (Jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Competencia, 1971-1975. Ministerio de Comercio 1976, Ref. 109, rr. 408-415).

⁹ GALÁN CORONA, E., «La empresa como destinataria de las normas de defensa de la competencia», en *Actas de Derecho Industrial*, 1975, rr. 340-341, y «Acuerdos restrictivos de la competencia» *op. cit.*, p. 196.

II. EL ARTÍCULO 2.1 DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Con estos antecedentes el legislador de 1989 introduce determinadas modificaciones en el anterior precepto que, aun cuando trataban de evitar algunos de los problemas detectados, en buena medida vinieron a introducir más confusión.

La persistencia, aun con determinadas modificaciones, de una norma que en el año 1963 tenía un simple carácter coyuntural¹⁰ iba a introducir nuevas distorsiones en la aplicación de la Ley.

El artículo 2.1 de la Ley de 1989 (en la actualidad en su párrafo primero, pues, como se ha indicado con anterioridad, en junio de 1996 se introdujo un segundo párrafo) establece que las prohibiciones del artículo 1 de la Ley no se aplican a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que resulten de la aplicación de una Ley o de las disposiciones reglamentarias que se dicten en aplicación de una Ley. Como señala Alfaro, se trata de excluir de la prohibición determinadas prácticas que resultan ilícitas si se examinan exclusivamente desde el punto de vista del Derecho de la competencia (ilicitud interna), pero cuya ilicitud decae por su conformidad con otras normas del ordenamiento¹¹.

Son varias las observaciones que se pueden realizar a este precepto.

1. UBICACIÓN DEL PRECEPTO

En primer lugar cabe preguntarse sobre la idoneidad de la ubicación del precepto. Puede observarse que, a diferencia de lo que ocurre en la norma francesa anteriormente citada, el artículo 2.1 dispone que tienen amparo legal los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que resultan de la aplicación de una Ley, pero no excluye de la prohibición establecida en la Ley a otras conductas que puedan ser consideradas como abusivas de una posición dominante (art. 6) o bien desleales (art. 7). Este hecho, que resulta paradójico, ha motivado que en alguna ocasión —si bien con referencia a la Ley de 1963 y a su artículo 4.1— el Tribunal de Defensa de la Competencia haya aplicado el precepto a supuestos de pretendido abuso de posición dominante. Así en la Sentencia de la Sección Primera del TDC de 2 de febrero de 1967¹² estableció que las Resoluciones de la Dirección General de Previsión del Ministerio de Trabajo relativas a las cuotas de la Seguridad Social no constituían una conducta abusiva ya que habían sido dictadas en el ejercicio de una potestad administrativa. Puede plantearse si de

¹⁰ Ver nota número 4.

¹¹ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Competencia desleal por infracción de normas», *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 202, octubre-diciembre de 1991, p. 669.

¹² «Hijos de Regino Rodríguez». *Jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Competencia 1965-1970*, Ref. 18, rr. 571-582.

la ubicación del artículo 2.1 se deduce que las conductas abusivas, aun cuando hayan sido realizadas en virtud de una disposición legal, siguen estando prohibidas, lo cual constituye una considerable paradoja. En favor de esta interpretación se puede aducir el argumento consistente en afirmar que si para excluir de la prohibición del artículo 1 a las conductas realizadas con amparo legal ha sido preciso establecerlo en el precepto del artículo 2.1, sería necesario otro precepto similar para excluir a las posibles conductas abusivas realizadas con idéntico amparo legal.

Esta interpretación no puede ser admisible, porque no parece lógico que el Tribunal de Defensa de la Competencia pueda sancionar por un abuso de posición dominante realizado en cumplimiento de una norma¹³. En ciertos supuestos, una conducta abusiva amparada por la Ley ha quedado sin sanción porque no puede considerarse que se trate de una conducta prohibida. Así en la Sentencia de la Sección Segunda del TDC de 4 de noviembre de 1976¹⁴ se declara abusiva una conducta consistente en la denegación de venta de determinados tipos de aceites, pero esa denegación era consecuencia de una decisión de la Delegación del Gobierno en CAMPSA, por lo que no existe infracción.

En la Resolución de 30 de octubre de 1993¹⁵ se formulan argumentos que equivalen a la aplicación del artículo 2.1 a las conductas prohibidas por el artículo 6. Se trataba de analizar la conducta de la Empresa que gestionaba en régimen de monopolio los servicios funerarios de Vigo que había subido sus tarifas en porcentajes presuntamente abusivos, pero la subida era la consecuencia de un acuerdo municipal. Consideró el Tribunal que cuando por una Ley o por una norma reglamentaria que la desarrolle, se ha establecido el marco en el que ha de moverse el monopolista, el control de las actividades se sustrae al conocimiento del TDC. Es evidente que la referencia a la Ley o a una norma reglamentaria que la desarrolle implica identificar los supuestos de amparo legal de las conductas abusivas a lo previsto en el artículo 2.1.

La Resolución de 30 de diciembre de 1993¹⁶ analizó un recurso contra un acto de archivo de una denuncia por abuso de posición de dominio contra una empresa pública de la Generalitat Valenciana encargada de los servicios de Inspección Técnica de Vehículos. En su Resolución el Tribunal, aunque citó en repetidas ocasiones la Resolución de 30 de octubre de 1993 (Emorvisa), aplicó unos criterios diferentes, ya que con-

¹³ ZAMBRINI, M., «El Tribunal de Defensa de la Competencia ante el fenómeno regulador (Análisis de algunas de las últimas Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia)», *Revista General de Derecho*, n.º 625-626, octubre-noviembre de 1996, p. 11769.

¹⁴ Proquintra/CAMPSA. Jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Competencia 1976-1980. Ministerio de Economía y Hacienda, 1986. Ref. 167, rr. 448-465.

¹⁵ Expte. 325/93, EMORVISA. Resoluciones del TDC 1993, Ref. 617, rr. 469-482 y B.O.M.E.H. n.º 43 (25-11-93).

¹⁶ Expte. A 64/93, ITV. Resoluciones del TDC 1993, Ref. 625, rr. 519-527 y B.O.M.E.H. n.º 5 (3 de febrero de 1994).

sideró que la empresa denunciada se adaptaba a la «trama administrativa» emanada de la Consellería de Industria y, por ello, no podía ser considerada responsable de su conducta. Como puede observarse, en esta Resolución el Tribunal no menciona las Leyes y reglamentos omitiendo de esa manera la referencia implícita al artículo 2.1 LDC.

El análisis de esta Resolución ha permitido afirmar que no cabe abuso de posición dominante si las conductas presuntamente abusivas son la consecuencia de la aplicación de normas, con independencia de su rango, o incluso de actos administrativos, siempre que sean de obligado cumplimiento¹⁷.

Del hecho que el amparo legal del artículo 2.1 esté previsto exclusivamente para las conductas tipificadas en el artículo 1 y no para las del artículo 6, y la necesidad de resolver los problemas que plantean las conductas abusivas realizadas con amparo legal, se pueden deducir algunas consideraciones. Según la primera de ellas podría pensarse que el artículo 2.1 de la Ley de Defensa de la Competencia es superfluo. Decir que no está prohibido aquello que permiten las leyes supone una obviedad que no precisa de precepto alguno que la establezca. En segundo término, si debe permanecer este precepto debe ser ubicado en otro lugar, para referir el amparo legal a la totalidad de las conductas prohibidas y evitar la paradoja que exista un diferente tratamiento para las conductas realizadas por amparo legal según se trate de conductas colusorias o abusivas¹⁸.

Cabe otra interpretación sobre el artículo 2.1 LDC, según la cual lo que ha querido indicarse en ese precepto es que las leyes anteriores a la Ley de Defensa de la Competencia que permitieran la realización de acuerdos, recomendaciones, decisiones o prácticas colusorias no han quedado derogadas por la promulgación de dicha Ley, evitando así estériles conclusiones acerca de si la Ley posterior deroga a la Ley anterior o bien se aplica la Ley especial ante la Ley general, pero la verdad es que para conseguir ese objetivo no se precisaba un precepto de las características del que está siendo comentado.

2. NORMAS A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 2.1 LDC

La referencia del artículo 2.1 a las Leyes o los reglamentos de desarrollo de una Ley plantea diversas cuestiones que deben ser analizadas.

A) *Características de las normas: normas estatales y normas autonómicas*

Se pueden analizar cuáles son las características de las normas legales a que se refiere el artículo 2.1 LDC. La primera cuestión al respec-

¹⁷ ZAMBRINI, M., *op. cit.*, p. 11771.

¹⁸ En realidad con la redacción actual de la Ley de Defensa de la Competencia, la absolución de las conductas abusivas realizadas por las empresas por responder a una norma o acto administrativo debería resolverse por el camino de la ausencia de responsabilidad.

to consiste en determinar si la Ley que ampara las conductas restrictivas ha de ser una Ley estatal o bien pueden ser normas de las Comunidades Autónomas.

Existen diversas opiniones que consideran que las Leyes a que se refiere el artículo 2.1 LDC incluyen las Leyes emanadas de los órganos legislativos de las Comunidades Autónomas¹⁹ y así lo ha considerado igualmente el Tribunal de Defensa de la Competencia en la Resolución de 10 de diciembre de 1992²⁰ en la que se considera que la Ley de cobertura que permite el amparo legal es la Ley de 19 de febrero de 1988 del Parlamento Vasco, de Cultura Física y Deportes.

La cuestión debe ser resuelta atendiendo a los títulos competenciales del Estado y las Comunidades Autónomas. La Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de noviembre de 1981²¹ rechaza la opinión del recurrente según la cual el artículo 53.1 de la Constitución dispone que la regulación de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del Título primero (entre los que se encuentra el artículo 38 relativo a la libertad de empresa) sólo puede ser realizada por ley del Estado. Según el Tribunal Constitucional, el artículo 53 CE exige que la regulación de los derechos y libertades allí citados requiere una norma legal y esa norma ha de ser emanada de las Cortes Generales cuando afecte a las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles. Por el contrario, cuando la norma legal, aunque con incidencia sobre el ejercicio de derechos, no afecte a condiciones básicas de tal ejercicio, puede ser promulgada por las Comunidades Autónomas si sus Estatutos le atribuyen competencia legislativa sobre la materia en cuestión.

De esta doctrina se deduce que la regulación de la libertad de empresa del artículo 38 de la Constitución puede ser realizada por Ley de las Comunidades Autónomas cuando afecta a las competencias de éstas. Como quiera que la defensa de la competencia forma parte del principio de libertad de empresa del artículo 38 de la Constitución²², cabe preguntarse a quién le corresponde la competencia en esa materia.

Sobre este extremo se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la Sentencia de 30 de noviembre de 1982²³ que considera que los artículos 10.27 y 10.28 del Estatuto de Autonomía del País Vasco excluyen de

¹⁹ VICIANO, J., *Libre competencia e intervención pública de la economía*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 493; ZAMBRINI, M., *op. cit.*, p. 11765.

²⁰ Expte. A 34/92, Federación Vizcaína de Kárate. Resoluciones del TDC 1992, Ref. 547, rr. 439-441 y B.O.M.E.H. n.º 4 (28 de enero de 1993).

²¹ Sentencia sobre la Ley Vasca de Centros de Contratación de cargas en transporte terrestre, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1981, n.º 7, rr. 491-507.

²² Así se reconoce en la Exposición de Motivos de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, y en la Sentencia del Tribunal Constitucional 88/1986, de 1 de julio —*Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1986, n.º 63, rr. 835-853.

²³ STC 71/1982, sobre el Estatuto Vasco del Consumidor, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1982, n.º 20, rr. 1006-1022.

la competencia de esa Comunidad, en el marco de lo previsto en el artículo 149.3 de la Constitución, la «legislación sobre defensa de la competencia» que queda atribuida al Estado. Dentro de ese concepto no se incluye exclusivamente la Ley 110/1963, entonces vigente, sino que debe entenderse que comprende toda la legislación ordenada a la defensa de la competencia, mediante la prevención y represión de las situaciones que constituyan obstáculos creados por decisiones empresariales para el desarrollo de la competencia en el mercado.

En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1986²⁴ en la que se considera que entre las competencias reservadas al Estado se encuentra «la legislación sobre defensa de la competencia».

En estos términos se puede afirmar que la posibilidad de que las leyes permitan la exclusión de la prohibición de las prácticas colusorias sean leyes emanadas de los órganos legislativos de las Comunidades Autónomas resulta más que dudosa, e incluso existen razones para negarla. En efecto, si la amplia competencia para desarrollar la legislación sobre defensa de la competencia corresponde al Estado, no parece lógico pensar que la regulación de las excepciones a las conductas contrarias a la competencia pueda corresponder a las Comunidades Autónomas.

También en apoyo de esta tesis se puede acudir al texto del artículo 2.2 de la Ley de Defensa de la Competencia. Este precepto, que obviamente constituye una secuencia del artículo 2.1, prevé que el Tribunal de Defensa de la Competencia podrá formular propuesta motivada al Gobierno de modificación o supresión de las situaciones de restricción de la competencia establecidas de acuerdo con las normas legales. De este apartado puede deducirse que las restricciones legales suficientes para exceptuar la aplicación del artículo 1 de la Ley solamente puede establecerse en virtud de normas estatales porque la propuesta de modificación que prevé el artículo 2.2 solamente se refiere a normas estatales.

Esta conclusión, que es la que se deduce de la doctrina del Tribunal Constitucional y de la interpretación de una Ley, no está exenta de riesgos. En efecto, cabe la posibilidad que, al regular determinada materia de su exclusiva competencia, una Comunidad Autónoma regule una excepción implícita —difícilmente podrá ser explícita— del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia. En esa situación, si se aplica el criterio aquí mantenido, el Tribunal de Defensa de la Competencia se verá obligado a no considerar que exista el amparo legal y, por lo tanto, a declarar prohibida —e incluso a sancionar— una conducta autorizada por una Ley autonómica. Ello implica una inseguridad para los operadores económicos al tiempo que un posible conflicto entre Administraciones.

²⁴ STC 88/1986, sobre la Ley del Parlamento de Cataluña de determinadas estructuras comerciales y ventas especiales. *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1986, n.º 20, rr. 835-853.

Para aclarar la cuestión caben dos soluciones: o se aclara que el amparo legal solamente puede venir establecido en una norma estatal, o bien se abre la puerta a la posibilidad de que tales excepciones puedan venir establecidas por normas autonómicas. Esta segunda posibilidad, además de sus dificultades de engarce constitucional, resulta paradójica, pues supone que en una Ley de Defensa de la Competencia se abran infinitud de posibilidades de comportamientos anticoncurrenciales ²⁵.

B) Interpretación restrictiva de la norma del artículo 2.1 LDC

La norma contenida en el artículo 2.1 de la Ley de Defensa de la Competencia supone, como se ha señalado, una excepción a la aplicación de una parte de la legislación de defensa de la competencia.

El principio de libre competencia tiene su engarce en la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, como reconocen tanto la Exposición de Motivos de la Ley como el Tribunal Constitucional ²⁶ y, por lo tanto, tiene un carácter supralegal que debe estar presente en la totalidad del ordenamiento jurídico y que no se agota con la promulgación de la Ley de Defensa de la Competencia ²⁷. Es cierto igualmente que el principio de libertad de competencia no constituye un absoluto ²⁸ y, por lo tanto, admite excepciones. Precisamente la existencia de esas excepciones justifica la existencia del artículo 2.1 LDC. Ahora bien, el hecho de que la norma de dicho artículo suponga una excepción a la aplicación de un principio que tiene engarce constitucional, obliga a una interpretación restrictiva ²⁹, tanto del artículo 2.1 LDC como de las normas que conceden el amparo legal a las conductas colusorias.

Ello significa que es preciso someter a consideración la norma de cobertura de la conducta colusoria, analizar cuál es su finalidad y determinar si tiene entre sus objetivos amparar tal conducta. En este sentido, la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 10 de noviembre de 1992 ³⁰ ha señalado que para interpretar el artículo 2.1 LDC no cabe hacer una interpretación laxa, según la cual las conductas pasarían de ser prohibidas a ser autorizadas en cuanto estuvieran amparadas

²⁵ ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (*op. cit.*, rr. 669-670), señala la paradoja que supone que el artículo 2.1, inserto en una Ley cuyo objetivo es la defensa de la concurrencia, refuerce situaciones anticoncurrenciales impuestas por normas ajenas al sistema. Esta paradoja quedaría reforzada por la posibilidad de que se incluyeran las normas autonómicas entre las normas a que se refiere el artículo 2.1 LDC.

²⁶ Ver Sentencias del Tribunal Constitucional de 16 de noviembre de 1981 y 1 de julio de 1986 citadas en las notas 22 y 24.

²⁷ Así lo reconoce la Sentencia del Tribunal Constitucional 71/1982, de 30 de noviembre, sobre el Estatuto Vasco del Consumidor anteriormente citada (ver nota 23).

²⁸ CASES PALLARÉS, LL., *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Madrid, 1995, p. 401.

²⁹ VICIANO, J., *op. cit.*, p. 486.

³⁰ Expte. A 30/92, Colegios de Agentes de la Propiedad de España. Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia, 1992, Ref. 538, rr. 383-388 y B.O.M.E.H. n.º 45 (3 de diciembre de 1992).

por cualquier tipo de norma, pues se exige que sean normas que estén directamente relacionadas con la conducta objeto de consideración.

La interpretación restrictiva ha sido asumida por el Tribunal de Defensa de la Competencia en una serie de Resoluciones que analizan si determinadas conductas de los Colegios Profesionales estaban amparadas por las disposiciones de la Ley de Colegios Profesionales.

Un ejemplo de esta afirmación se encuentra en la Resolución de 23 de noviembre de 1993³¹ en el que consideró que la fijación de honorarios de los arquitectos estaba regulada por el Real Decreto, y previamente amparada por lo dispuesto en la Ley de Colegios Profesionales, pero como la conducta que se enjuiciaba no consistía propiamente en una fijación de honorarios, sino en la aprobación de un cuadro de referencias, no se consideró que existiera cobertura legal a la conducta.

La afirmación de que el Tribunal haría siempre una interpretación estricta de las Leyes que amparan restricciones de la competencia se realizó en la Resolución de 28 de julio de 1994³² cuando señaló que según el Tribunal se deberían aplicar las reglas de la competencia a las actividades no administrativas de los Colegios Profesionales que no estén expresamente autorizadas por Ley en los términos estrictos del artículo 2.1.

En el mismo sentido de considerar necesaria una interpretación estricta de las normas de cobertura se pronunció el Tribunal en la Resolución de 12 de diciembre de 1994³³ en la que se consideró que la Ley de Colegios Profesionales vigente autorizaba a los Colegios a establecer tarifas de honorarios de carácter general, pero no autorizaba a aplicar honorarios mínimos a determinados colectivos ni mucho menos a empresas concretas.

De todo lo anteriormente expuesto cabe deducir que la interpretación de las normas que amparan restricciones de la competencia ha de ser realizada siempre de forma restrictiva y «pro competencia».

C) Algunos supuestos de normas que suponen la no aplicación de la prohibición del artículo 1 LDC

Se analizan a continuación algunos de los supuestos en los que las Leyes han previsto, de manera explícita o implícita, la excepción de la prohibición del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

En algunas ocasiones la Ley, cuya disposición viene a suponer una excepción a dicha prohibición, lo especifica expresamente. Entre éstos

³¹ Expte. A 62/93 Arquitectos de Asturias. Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia, 1993, Ref. 619, rr. 487-490 y B.O.M.E.H. n.º 46 (16 de diciembre de 1993).

³² Expte. 339/93 COAM. Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia, 1994, Ref. 694, rr. 241-258 y B.O.M.E.H. n.º 35 (29 de septiembre de 1994).

³³ Expte. R 92/94, ASISA. Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia, 1994, Ref. 730, rr. 372-380 y B.O.M.E.H. n.º 1 (5 de enero de 1995).

cabe señalar el artículo 24.3 de la Ley 30/1995, de 26 de noviembre, sobre Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, cuando dispone que en la fijación de primas no tendrá «*el carácter de práctica restrictiva de la competencia la utilización de tarifas de precios de riesgo basadas en estadísticas comunes*». El planteamiento legal es el siguiente: la utilización de estadísticas comunes para la fijación de las primas por parte de las compañías de seguros puede suponer una conducta prohibida por el artículo 1 LDC, pero en este caso no se produce la infracción porque se trata de una conducta autorizada por una Ley.

En ciertas ocasiones el propio Tribunal de Defensa de la Competencia ha analizado supuestos en los que la Ley prevé la no aplicación de la prohibición del artículo 1 LDC. Así en la Resolución de 7 de abril de 1997³⁴ se trataba de una denuncia por la concertación entre tres compañías de seguros para ofrecer conjuntamente, en un contrato de coaseguro, un único precio para el seguro de fianzas en materia de transportes. El Tribunal consideró que, tratándose el coaseguro de una modalidad de oferta de seguro amparado por la Ley 30/1980 de Regulación del Contrato de Seguro y por la Ley 21/1990 de adaptación del Derecho español a la Directiva 88/357/CEE sobre la libertad de servicios en seguros distintos al de vida, era una concertación de las compañías acorde con la propia naturaleza del seguro, y, por lo tanto, se trataba de una conducta autorizada por la Ley de conformidad con cuanto determina el artículo 2.1 LDC.

Se puede indicar en relación con las exenciones legales previstas para el sector de seguros que, en Derecho Comunitario, según determinadas opiniones sería exigible un tratamiento diferenciado para el sector asegurador que impidiera la aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado³⁵.

En la Resolución de 17 de septiembre de 1993³⁶ se hace mención a que la Ley de Puertos autoriza las conferencias marítimas que reúnen los requisitos que la Ley establece. A pesar de esta afirmación, el Tribunal consideró que la Conferencia sometida a autorización no estaba incluida en los supuestos incluidos en el artículo 84 de la Ley de Puertos, y, además, no era autorizable.

La Sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 28 de mayo de 1997 desestimó el recurso interpuesto contra esta Resolución, recurso que se basaba en el argumento según el cual las Conferencias Marítimas están autorizadas por Ley. De la interpretación que la Audiencia Nacional realiza del ar-

³⁴ Expte. 388/96, Seguros Empresas Transportistas, Resoluciones del TDC 1997, Ref. 977, rr. 217-222 y B.O.M.E.H. n.º 21 (22 de mayo de 1997).

³⁵ CABANILLAS ALONSO, P., «La aplicación del Derecho Comunitario de la Competencia al Sector de Seguros (I)», *Noticias CEE*, n.º 46, noviembre de 1988, p. 21 y nota 24 en la que el autor cita una serie de autores que han mantenido esa postura.

³⁶ Expte. 29/91, INTERCAN; Resoluciones del TDC 1993, Ref. 603, rr. 375-385 y B.O.M.E.H. n.º 36 (7 de octubre de 1993).

título 84 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, se deducen las siguientes consecuencias:

a) Las conferencias marítimas están autorizadas por Ley y quedan excluidas de la prohibición del artículo 1 LDC por aplicación de lo previsto en el artículo 2 de la misma Ley.

b) La autorización no es general e incondicionada, sino limitada porque la actuación de las conferencias no puede suponer la eliminación de la competencia sobre partes sustanciales del mercado, porque así se pueden crear situaciones dominantes.

c) El TDC tiene encomendada por Ley la garantía del orden económico constitucional desde la perspectiva del interés público.

d) El Tribunal es el encargado de controlar la condición impuesta por la Ley de no eliminar la competencia.

Esta misma doctrina se contiene en otra Sentencia de la misma Sala y de la misma fecha, que desestima el recurso interpuesto contra la Resolución de 13 de mayo de 1993³⁷.

De esta doctrina se deduce que el amparo legal a las Conferencias Marítimas es muy limitado, ya que están sometidas al control del Tribunal de Defensa de la Competencia, que puede afirmar, como hizo en la Resolución comentada, que la Conferencia no puede acogerse a la excepción del artículo 84 de la Ley de Puertos, porque su actuación elimina la competencia al crear posiciones dominantes.

Otro supuesto de amparo legal se encuentra en el artículo 14.1 de la Ley 27/1984, de 26 de julio, de Reconversión y Reindustrialización, que prevé que quedan excluidas del artículo 1 de la Ley 110/1963 las prácticas que, sin dar a los partícipes la posibilidad de excluir la competencia en precios, sean necesarias para la consecución de los objetivos perseguidos por la Reconversión³⁸.

En otros múltiples supuestos el Tribunal ha considerado si determinadas actuaciones de los Colegios Profesionales estaban o no amparadas por las disposiciones de la Ley de Colegios Profesionales a los efectos del artículo 2.1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

La Ley de Colegios Profesionales de 1974 incluía entre sus preceptos ciertas normas que concedían amparo legal a conductas colusorias

³⁷ Expte. 34/92, COPECAN. Resoluciones TDC 1993, Ref. 571, rr. 165-178 y B.O.M.E.H. n.º 22 (3 de junio de 1993).

³⁸ CASES PALLARÉS, LI., *op. cit.*, p. 394. Es de destacar que, al igual que otras normas, se prevén determinadas cautelas, tales como la necesidad de que tales prácticas sea declarada por los Ministerios de Economía y Hacienda e Industria (art. 14.2). Debe señalarse que esta medida parece incorrecta, por cuanto que esa declaración debería haberse sometido al control de los órganos encargados de la defensa de la competencia por el mecanismo de la declaración de práctica exceptuable (previsto en la LRPRC de 1963) o el de autorización singular (previsto en la LDC de 1989).

restrictivas de la competencia hasta el punto de motivar la realización de un informe del Tribunal de Defensa de la Competencia en el que se proponían modificaciones en la regulación legal³⁹. Entre estas excepciones se incluía (art. 5.1) la posibilidad de los Colegios de establecer honorarios mínimos, lo cual suponía una restricción de la competencia, pero que la Ley autorizaba y, por lo tanto, se aplicaba el artículo 2.1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

El Real Decreto-Ley 5/1996, de 7 de junio, posteriormente tramitado como Proyecto de Ley y convertido, con importantes modificaciones, en la Ley 7/1997, de 14 de abril, ha supuesto determinadas modificaciones suprimiendo ciertas normas que concedían amparo legal a decisiones colusorias, pero manteniendo o incluso introduciendo inexplicablemente otras. Entre las reformas introducidas se encuentra la derogación del artículo 5.ñ), por lo que ha quedado sin efecto la facultad de los Colegios de aprobar tablas de honorarios mínimos.

Tras la reforma de 1997, el artículo 2.1 de la Ley de Colegios Profesionales establece que el ejercicio de las profesiones colegiadas se realizará en régimen de libre competencia y estará sujeto a las Leyes de Defensa de la Competencia y Competencia Desleal. Por su parte, el artículo 2.4 de la misma Ley establece que los acuerdos, decisiones y recomendaciones de los Colegios con trascendencia económica observarán los límites del artículo 1 LDC sin perjuicio de que los Colegios puedan solicitar la autorización singular prevista en el artículo 3 LDC, lo cual resulta coherente con lo anteriormente establecido en el artículo 2.1 de la Ley de Colegios Profesionales. Sin embargo, no resulta admisible un segundo párrafo añadido en este precepto según el cual se exceptúan de la autorización singular los convenios que puedan establecer los Colegios Profesionales de Médicos con los representantes de las entidades de seguro libre de asistencia sanitaria para la determinación de los honorarios aplicables a la prestación de determinados servicios. Como puede observarse este precepto, introducido por presiones corporativistas durante la tramitación del Decreto-Ley como Proyecto de Ley, concede amparo legal a unos acuerdos anticompetitivos muy especiales a los que exceptúa de ser sometidos a balance concurrencial a través del procedimiento de la autorización singular.

Otro supuesto de amparo legal es el contenido en el Ley 9/1975, de 12 de mayo, de Régimen especial para la Promoción, Producción y Difusión de Libros, que establece en su artículo 33 que el precio de venta de los libros se realizará al precio fijo que figura impreso en cada ejemplar, dando así amparo a una de las conductas que están incluidas en la prohibición del artículo 1 LDC como es la fijación vertical de precios.

³⁹ «Informe sobre el libre ejercicio de las profesiones. Propuesta para adecuar la normativa sobre las profesiones colegiadas al régimen de la libre competencia vigente en España», Tribunal de Defensa de la Competencia, junio de 1992.

En el mes de septiembre de 1997, el Tribunal de Defensa de la Competencia aprobó un informe remitido al Gobierno en el que se proponía la derogación de este precepto y, por lo tanto, la derogación del amparo legal a esta conducta restrictiva de la competencia.

D) Las Normas reglamentarias

El amparo legal contenido en el artículo 2.1 de la Ley de Defensa de la Competencia no sólo puede ser concedido por una Ley, sino también por «disposiciones reglamentarias que se dicten en aplicación de una Ley».

Esta mención plantea al menos dos problemas que es preciso resolver. En primer lugar cabe preguntarse cuáles son los reglamentos a que se refiere la Ley, y en segundo lugar si los reglamentos pueden amparar de forma autónoma una restricción a la competencia o, por el contrario, para que un reglamento contemple excepciones a la aplicación del artículo 1 LDC, se precisa que la restricción de la competencia esté prevista en la Ley.

La primera de las cuestiones consiste en determinar si solamente conceden amparo legal las disposiciones contenidas en reglamentos ejecutivos, es decir, los dictados en aplicación de una Ley, o bien también han de incluirse los denominados reglamentos independientes. La cuestión se planteó con claridad en el voto particular emitido por el vocal del TDC José Eugenio Soriano a la Resolución de 10 de noviembre de 1992⁴⁰. En esta Resolución se trataba de una denuncia de la Asociación Profesional de Expertos Inmobiliarios contra el Consejo General de Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de España por realizar actos de acusación de intrusismo a quienes se dediquen a la mediación inmobiliaria y no tengan la condición de miembros de esos Colegios. El Servicio de Defensa de la Competencia archivó la denuncia porque consideró que los Colegios de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria están regulados en el Decreto de 4 de diciembre de 1969 y que la Disposición Transitoria Primera de la Ley de Colegios Profesionales de 1974 estableció que continuarían vigentes las disposiciones reguladoras de los Colegios promulgadas con anterioridad. En el Decreto de 1969 se reservaba a los agentes de la Propiedad Inmobiliaria el monopolio de la intermediación inmobiliaria.

El denunciante interpuso recurso contra el Acuerdo de archivo, y el Tribunal estimó el recurso porque consideró que el Decreto de 1969 no era un «reglamento en aplicación de una Ley» porque la Ley de Colegios Profesionales no les permite a éstos determinar qué clase de actividades han de realizar, «sino sólo la forma de realizar su ejercicio» y en el Decreto se reservaban ciertas actividades a determinados profesionales, lo cual no estaba previsto en la Ley.

⁴⁰ Expte. A 30/92, Colegios de Agentes de la Propiedad de España. Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia. 1992, Ref. 538, rr. 383-388 y B.O.M.E.H. n.º 45 (3 de diciembre de 1992).

Ante esta argumentación, el vocal discrepante consideró que el artículo 2.1 LDC, al referirse a los reglamentos ejecutivos, la Ley se ha limitado a especificar un tipo de reglamento, por ser el que más se utiliza para cubrir una conducta anticompetitiva, pero no dice la Ley, porque constitucionalmente no puede hacerlo, que cuando un reglamento orgánico o independiente ampare una conducta anticompetitiva, el TDC pueda ignorarlo ya que es un órgano administrativo y como tal ha de aplicar las normas vigentes.

La cuestión planteada en ese expediente ha sido resuelta por la Sentencia de la Sala Sexta de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 6 de octubre de 1997, en la que se considera que el Decreto que amparaba la conducta sometida a consideración no encuentra cobertura en la Ley de la que se trata (Ley de Colegios Profesionales) y, por lo tanto, no es suficiente para conceder el amparo legal. Considera esta Sentencia que no resulta admisible que la existencia de una norma jurídica, con apariencia de validez, sea suficiente para la aplicación del artículo 2.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, pues ello supondría tanto como admitir la inaplicación del ordenamiento jurídico según el principio de jerarquía normativa.

La aplicación de este precepto, en los términos en los que lo ha hecho el Tribunal de Defensa de la Competencia, avalados por la interpretación de la sentencia de la Audiencia Nacional anteriormente mencionada, permite que sea posible que el Tribunal de Defensa de la Competencia pueda llegar a revisar la aplicación de los Reglamentos, y, por lo tanto, puede considerar no aplicables reglamentos que amparen conductas restrictivas de la competencia cuando, en su interpretación, no hayan sido dictados en aplicación de lo dispuesto en una Ley. Esta afirmación, que personalmente no sólo comparto sino que estimo como la única admisible, plantea algunos problemas que han sido puestos de manifiesto en el voto particular del vocal señor Soriano.

La cuestión evidencia una cierta complejidad. Los argumentos relativos a que el Tribunal de Defensa de la Competencia es un órgano de carácter administrativo que no está legitimado para no aplicar disposiciones que están vigentes es cierto, pero frente a esta afirmación hay que afirmar que el artículo 2.1, siguiendo el modelo francés en el que evidentemente se inspira, dispone que solamente pueden gozar de amparo legal las conductas que resulten de la aplicación de una Ley o de las disposiciones reglamentarias que se dicten en aplicación de una Ley, lo cual viene a excluir expresamente a los reglamentos distintos de los ejecutivos.

El segundo problema que se deriva de la mención a las normas reglamentarias consiste en determinar si la restricción de la competencia ha de resultar de la voluntad explícita del legislador o basta que se encuentre en un reglamento ejecutivo. En este orden de cosas es necesario señalar que en la Ley de 1989 ha desaparecido el precepto incluido en el artículo 4.3 de la Ley de 1963, según el cual en el futuro las restriccio-

nes de la competencia solamente podrían establecerse por medio de Ley votada en Cortes.

La desaparición de ese precepto puede llevar a la conclusión de que caben restricciones de la competencia que no respondan a la voluntad del legislador y que basta que se encuentren contenidas en un reglamento ejecutivo para que se pueda considerar que existe una excepción a la aplicación de la prohibición del artículo 1 LDC. Esta interpretación no parece admisible. El principio de la libre competencia, según ha señalado el Tribunal Constitucional ⁴¹ es equivalente al principio de libertad de empresa y de economía de mercado y, por ello, tiene incardinación en el artículo 38 de la Constitución. Por lo tanto, su desarrollo ha de realizarse por medio de Ley ⁴².

En este punto se ha planteado si hay que realizar una interpretación amplia o estricta del contenido de los Reglamentos referidos en el artículo 2.1. LDC ⁴³. El Tribunal de Defensa de la Competencia ha adoptado hasta el momento Resoluciones en las que se acoge a la interpretación amplia frente a otras en las que acepta la interpretación estricta.

Por una parte, se señala que el TDC ha adoptado la interpretación estricta en la Resolución de 11 de diciembre de 1991 ⁴⁴, en la que considera que una adjudicación directa de una línea marítima y el favorecimiento de un acuerdo entre empresas no se sujeta a las previsiones de la Ley, por lo que el acuerdo no puede considerarse amparado en el artículo 2.1 LDC. La misma interpretación se realiza en la Resolución de 3 de febrero de 1992 ⁴⁵, en la que se exige una conexión cierta entre la conducta restrictiva de la competencia y la disposición normativa.

Por el contrario, el Tribunal ha admitido una interpretación más amplia en la Resolución de 10 de diciembre de 1992 ⁴⁶ al considerar cubiertas por el artículo 2.1 conductas que si bien tienen su origen en una disposición normativa, no se ha determinado si era voluntad del legislador su existencia.

También en otras Resoluciones el Tribunal se ha inclinado por una interpretación amplia, es decir, que basta que la restricción de la compe-

⁴¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 88/1986, de 1 de julio. *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1986, n.º 20, rr. 835-853.

⁴² VICENT CHULIÁ, F., *op. cit.*, p. 3314, nota 1; VICIANO, JAVIER, *op. cit.*, p. 429.

⁴³ CASES PALLARÉS, Ll., *op. cit.*, p. 394.

⁴⁴ Expte. 25/91, Conferencia Marítima Algeciras-Ceuta. Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia, 1991. Centro de Publicaciones y Documentación del Ministerio de Economía y Hacienda, 1996, Ref. 464, rr. 958-982 y B.O.M.E.H. n.º 2 (9 de enero de 1992).

⁴⁵ Expte. 24/91, Vendedores de Automóviles de Barcelona. Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia, 1992. Centro de Publicaciones y Documentación del Ministerio de Economía y Hacienda, Ref. 481, rr. 79-91 y B.O.M.E.H. n.º 9 (27 de febrero de 1992).

⁴⁶ Expte. A 34/92, Federación Vizcaína de Kárate. Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia, 1992. Centro de Publicaciones y Documentación del Ministerio de Economía y Hacienda, Ref. 547, rr. 439-441 y B.O.M.E.H. n.º 4 (28 de enero de 1993).

tencia se establezca en un reglamento ejecutivo para que pueda hablarse de la existencia de un amparo legal. Así en la Resolución de 2 de noviembre de 1994⁴⁷ se analizaba la pretensión de que se declarara contrario al principio de la libre competencia el mantenimiento del artículo 31 del Estatuto de la Abogacía, aprobado por Real Decreto de 24 de julio de 1982 dictado en desarrollo de la Ley de Colegios Profesionales, en cuyo precepto se prohíbe a los abogados la realización de publicidad de sus actividades. El TDC consideró que la restricción de publicidad gozaba de un «meridiano pabellón legal», y correspondía, por lo tanto, al poder legislativo introducir la correspondiente modificación legal. Más adelante se analiza si el contenido del Estatuto General de la Abogacía vulnera o no otra norma de rango superior, pregunta a la que responde con la afirmación de que corresponde decidir la cuestión a la jurisdicción contencioso-administrativa. Esta Resolución se inclina por la interpretación amplia, ya que la Ley de Colegios Profesionales no prevé la prohibición de publicidad, que está establecida en un Reglamento dictado en desarrollo de dicha Ley. Por ello no cabe decir que la restricción de la competencia sea producto de la voluntad del legislador, ni tan siquiera —como hace la Resolución del TDC— que sea precisa la voluntad del legislador para eliminar tal restricción.

Esta interpretación ha sido criticada por considerar que la prohibición de publicidad a los abogados no está prevista en la Ley de Colegios Profesionales y aunque se encontrara en un Reglamento dictado en desarrollo de esa Ley, no responde a la voluntad del legislador⁴⁸.

En el mismo sentido se pronunció el Tribunal en las tres Resoluciones en que consideró que los convenios entre corredores de comercio de la misma plaza se encontraban regulados en el artículo 46 del vigente Reglamento de los Corredores de Comercio⁴⁹, que se dictó en uso de las facultades concedidas al Gobierno por la Ley de 26 de julio de 1957 y que encuentra amparo legal en el Código de Comercio y en las Leyes de 23 de febrero de 1940 y 9 de marzo de 1950. Ahora bien, estos convenios, que podrían considerarse restrictivos de la competencia, no están expresamente previstos en una Ley, sino en un Reglamento de desarrollo, por lo que el Tribunal, en este supuesto, asumió la interpretación amplia. La primera de estas Resoluciones (la doctrina se mantiene en las dos siguientes) ha sido objeto de críticas por considerar que el Reglamento de los Corredores de Comercio carece de nor-

⁴⁷ Expte. r 83/94, Publicidad Abogados. Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia 1994, Ref. 720, rr. 339-342 y B.O.M.E.H. n.º 43 (23 de noviembre de 1994).

⁴⁸ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *op. cit.*, rr. 722-723; ZAMBRINI, M., *op. cit.*, rr. 11775-11776.

⁴⁹ Resolución de 22 de mayo de 1992 (Expte. A 22/92, Corredores de Comercio), Resoluciones del TDC 1992, Ref. 503, rr. 199-201 y B.O.M.E.H. n.º 24 (11 de junio de 1992); Resolución de 28 de junio de 1996 (Expte. r 141/96, Corredores de Comercio-2), Resoluciones del TDC 1996, Ref. 882, rr. 213-218 y B.O.M.E.H. n.º 30 (25 de julio de 1996) y Resolución de 16 de mayo de 1997 (Expte. r. 199/97, Corredores de Comercio-3), Resoluciones del TDC 1997, Ref. 987, rr. 258-261 y B.O.M.E.H. n.º 23 (5 de junio de 1997).

ma de cobertura que prevea esos convenios que se consideran restrictivos de la competencia⁵⁰.

En este apartado he de mostrarme partidario de la tesis que defiende que la aplicación del artículo 2.1 requiere que la restricción de la competencia sea en todo caso consecuencia de la voluntad del legislador, voluntad que puede consistir en una declaración expresa, o ser inherente a la aplicación de las previsiones legales. Hay que considerar en este punto que se trata de exceptuar la aplicación de una norma legislativa y, por lo tanto, es necesario que esa excepción sea consecuencia de la voluntad del legislador, no de la de un órgano administrativo⁵¹. Cuando no concurra esa voluntad del legislador, no podrá hablarse de la existencia de amparo legal.

3. EL ARTÍCULO 2.1 LDC Y LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA SEGÚN LAS RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Desde las primeras Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia en las que se aplicaba el artículo 4.1 de la Ley 110/1963 ha existido una marcada tendencia a considerar que las actuaciones administrativas se incluían dentro de la prohibición de conductas colusorias, pero si respondían a lo previsto en una norma, quedaban excluidas de la prohibición por aplicación del indicado precepto⁵². Esa tendencia ha estado presente en un buen número de Resoluciones dictadas en aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia de 1989. En este orden de cosas se puede señalar que la relación entre la aplicación del artículo 2.1 de la Ley y el sometimiento de las Administraciones Públicas al Derecho de la Competencia aparece con claridad en el marco de la aplicación de las normas de la competencia a los Colegios Profesionales, y fundamentalmente en la Resolución de 28 de julio de 1994⁵³. Esta Resolución,

⁵⁰ VICENT CHULIÁ, F., *op. cit.*, p. 3330, nota 26, señala que no se puede saber qué Ley es la de 26 de julio de 1957, pues no ha hallado norma alguna que sirva de apoyo a ese Reglamento y no viene invocada en el Real Decreto que carece de Exposición de Motivos (la Ley citada es la de Régimen Jurídico de la Administración del Estado que, como es lógico, no contiene ninguna previsión específica respecto de los Corredores de Comercio y mucho menos de los convenios que éstos puedan establecer para el reparto de gastos); ZAMBRINI, M., *op. cit.*, p. 11774, critica la Resolución no tanto porque esa Ley no prevea la restricción de competencia, sino porque se trata de un Reglamento independiente que no está dictado en desarrollo de una Ley. Se puede interpretar que el Código de Comercio al regular las funciones de los Corredores de Comercio permite un desarrollo reglamentario implícito. VICIANO, J., *op. cit.*, p. 545, se une a las críticas a esta Resolución.

⁵¹ CASES PALLARÉS, LL., «Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia», *op. cit.*, rr. 390 y 391; «La ejecución de obras por la propia Administración Pública y el Derecho de la Competencia», *Revista General de Derecho*, n.º 639, diciembre de 1997, rr. 14370 y 14371; ZAMBRINI, M., *op. cit.*, rr. 11772 y 11775.

⁵² Ver las Sentencias en materia de Ordenanzas Municipales de Mercados, nota n.º 8.

⁵³ Expte. 339/93, C.O.A.M.; Resoluciones del TDC 1994, Ref. 694, rr. 241-258 y B.O.M.E.H. n.º 35 (29 de septiembre de 1994).

que resuelve en sentido similar a como lo había hecho en otros precedentes respecto de la calificación como actos contrarios a la competencia de ciertas decisiones de Colegios de Arquitectos decretando órdenes de abstención respecto a determinados concursos⁵⁴ sirve como paradigma de una tesis mantenida por el Tribunal de Defensa de la Competencia: dejar los actos administrativos fuera de la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia, pero acudir al artículo 2.1 LDC para justificar su exclusión⁵⁵.

El supuesto de hecho consistió en el conflicto surgido entre el Colegio Oficial de Peritos e Ingenieros Técnicos Industriales y el Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid. La primera de estas Corporaciones convocó un concurso de ideas para la redacción de un proyecto arquitectónico para la construcción de su sede colegial en Madrid, con unas bases que no fueron aceptadas por el Colegio de Arquitectos. Como consecuencia de esta no aceptación, se decretó una orden de abstención para todos los arquitectos de Madrid. Por unos afectados se presentó una denuncia por estos hechos y se siguió un expediente sancionador contra el C.O.A.M. En la Resolución dictada por el Tribunal se planteó (FJ 2.1) la cuestión relativa a si en «los casos previstos en el artículo 2.1 de la LDC, la prohibición del artículo 1 de la misma no se aplique a las prácticas anticompetitivas y que la actividad administrativa de los Colegios Profesionales pueda quedar al margen de la prohibición del artículo 1 de la LDC». Ante tal cuestión corresponde al Tribunal analizar el caso para determinar si existe «un acto administrativo al margen de las normas de la competencia y si existe o no autorización legal».

En la Resolución aparecen plenamente relacionadas las cuestiones relativas a la consideración o no de las actividades de los Colegios como actos administrativos y la aplicación del artículo 2.1. Aunque se señala que se analizarán por separado, es lo cierto que al resolver se entremezclan ambas cuestiones, y el análisis del artículo 2.1 en relación con su precedente legislativo (art. 4.1 de la Ley de 1963) se realiza en el Fundamento Jurídico relativo al análisis de si se trata o no de una cuestión administrativa.

En la Resolución, tras analizar las cuestiones relativas a si se trata de un acto administrativo y si tiene amparo legal, se llega a la conclusión de que la orden de abstención constituye una conducta contraria a la competencia dictada sin amparo legal.

A esta Resolución, el vocal señor Bermejo Zofío formuló un voto particular en el que expresaba su opinión que la totalidad de la actividad administrativa está excluida del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, y no cabe en consecuencia realizar análisis alguno a tenor

⁵⁴ Resolución de 20 de noviembre de 1992, Expte. 313/92, Colegio Oficial de Arquitectos Vasco-Navarro; Resoluciones del TDC 1992, Ref. 541, nr. 399-405 y B.O.M.E.H. n.º 47 (17 de diciembre de 1992).

⁵⁵ ZAMBRINI, M., *op. cit.*, p. 11777.

de lo preceptuado en el artículo 2.1 porque el examen de legalidad del indicado precepto solamente tiene sentido de las conductas previamente incluidas en el artículo 1, cosa que, en su opinión no concurre en el supuesto sometido a consideración.

Esta Resolución ha sido confirmada parcialmente por la Sentencia de la Sala Sexta de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 23 de febrero de 1998. En la Sentencia se analizan por separado tres cuestiones:

- a) Naturaleza de los Colegios Oficiales y de su actividad.
- b) Contenido y ejercicio de sus competencias.
- c) Alcance del artículo 2.1 de la Ley 16/1989.

A pesar del intento de la Sala de diferenciar las cuestiones relativas al carácter o no de actos administrativos de las conductas sometidas a consideración y al amparo legal, no se sustrajo del sistema seguido por la Resolución recurrida, y mezcla ambas cuestiones⁵⁶. En definitiva se sigue partiendo de un argumento que viene a indicar que si los Colegios Profesionales (o cualquier otra Administración) actúa dentro de aquello que le marca la Ley, es decir, con amparo legal según el artículo 2.1 LDC, está actuando como Administración, es decir, al amparo de la actuación de las Autoridades de la Competencia. Frente a esta tesis, parece más adecuado analizar, en primer lugar, la naturaleza de la actividad que se realiza, para después comprobar si existe o no amparo legal. Si se trata de una actividad como Administración reguladora, aunque actúe sin amparo legal, la revisión de sus actuaciones no podrá ser realizada por los organismos encargados de la defensa de la competencia, sino por la jurisdicción contencioso administrativa. Si por el contrario se trata de una actuación como operador económico y supone una conducta colusoria, habrá que analizar si goza de amparo legal. La actividad estará exenta de la prohibición si goza de tal amparo por lo dispuesto en el artículo 2.1 LDC, y si carece de él, podrá tratarse de una conducta prohibida por el artículo 1 LDC.

En apoyo de esta tesis y sin salir del ejemplo de los Colegios Profesionales (antes de las reformas efectuadas por el Real Decreto-Ley 5/1996 y la Ley 7/1997) las cuestiones relativas a la fijación de honorarios no son cuestiones que puedan ser calificadas como cuestiones que respondan al ejercicio de funciones públicas, por cuanto que suponen simplemente un apartado relativo al ejercicio económico de una profesión que afecta a quienes pertenecen a ella y a quienes con ellos contra-

⁵⁶ En el Fundamento Jurídico 4 señala: «Pues bien, lo esencial en la cuestión que se examina no es determinar la naturaleza jurídica de las actoras, sino determinar qué competencias actúan, esto es, debe establecerse si la conducta sancionada se siguió en el ejercicio propio de la Administración, o bien las facultades actuadas quedaban fuera del Derecho Público, y ello, porque en el primer caso nos encontraríamos ante una habilitación legal que justificaría la conducta».

tan. Según esta interpretación las decisiones en materia de honorarios serían decisiones de asociaciones de empresarios que revisten la forma de Colegios Profesionales. Cabe otra interpretación —menos admisible— según la cual se trata de actos de regulación de una Administración.

Si se admite la primera de las interpretaciones, las cuestiones relativas a los honorarios serán decisiones que en principio estarían incluidas dentro de las conductas prohibidas por el artículo 1 LDC. En tal supuesto si la fijación estaba autorizada por la Ley (como ocurría antes de la reforma de la legislación de los Colegios Profesionales) se aplicaría el precepto del artículo 2.1, mientras que si se salía del estricto ámbito de ese amparo legal, podría tratarse de una conducta prohibida y, por lo tanto, ser sancionada.

Por el contrario, de ser admitida la segunda de las opciones, es decir, si se trata del ejercicio de funciones públicas, aunque carezca de amparo legal, no podría ser objeto de enjuiciamiento por los organismos de la competencia.

En todo caso parece obvio señalar que se trata de una materia de perfiles poco precisos. La sentencia de la Audiencia Nacional que viene siendo comentada tiene en consideración este hecho, es decir, que existe una cierta confusión normativa en esta materia, como se manifiesta por la existencia de un voto discrepante en la Resolución del Tribunal, y aun cuando confirma ésta en cuanto a los extremos que se refieren a la constatación de una conducta prohibida y a la publicación de la Resolución, la anula en la multa impuesta.

En las Resoluciones de 11 de julio de 1994⁵⁷ y 26 de julio de 1995⁵⁸ se analizaron las cuestiones derivadas de la denuncia presentada por la Unión de Cirujanos Taurinos contra el Colegio Oficial de Médicos de Ávila por exigir la colegiación de los médicos que se dedican a prestar asistencia sanitaria en los festejos taurinos y posteriormente negarles la doble colegiación. El Servicio de Defensa de la Competencia archivó la denuncia sin haberla investigado. Recurrido el Acuerdo de Archivo, el Tribunal estimó el recurso y ordenó al Servicio investigar los motivos por los que se había denegado la doble colegiación por la Resolución de 11 de julio de 1994, que fue confirmada por la Sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 11 de diciembre de 1997.

El Servicio, tras la oportuna tramitación, volvió a archivar el expediente por considerar que la negativa de la doble colegiación, aunque se tratara de un acto restrictivo de la competencia, era un acto administrativo

⁵⁷ Expte. r 74/94, Cirujanos Taurinos; Resoluciones del TDC, 1994, Ref. 686, rr. 219-223 y B.O.M.E.H. n.º 32 (8 de septiembre de 1994).

⁵⁸ Expte. r 122/95, Cirujanos Taurinos-II; Resoluciones del TDC, 1995, Ref. 796, rr. 297-302 y B.O.M.E.H. n.º 31 (7 de septiembre de 1995).

que debería ser recurrido ante la jurisdicción contencioso-administrativa. El nuevo recurso fue nuevamente estimado en la Resolución de 26 de julio de 1995, que interpretó que el Colegio de Médicos de Ávila, al exigir la colegiación en una circunstancia en la que no era exigible legalmente, actuó como cualquier agente económico o federación de los mismos.

A esta Resolución formuló un voto particular el vocal señor Bermejo Zofío en el que se consideraba que el hecho denunciado constituía un acto administrativo no incluido en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia. La tesis mantenida en el voto particular ha sido asumida por la sentencia de 16 de mayo de 1998 de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que considera que cuando la Administración Pública actúa sometida al derecho administrativo no se encuentra sometida al principio de libre competencia dada la habilitación legal de las potestades actuadas y la posición de derecho público que ocupa ⁵⁹.

La relación entre el concepto de acto administrativo y el amparo legal está presente de manera implícita en otras varias Resoluciones del Tribunal, que acostumbran a realizar un análisis de la existencia de amparo legal al mismo tiempo que analizan si se trata de un acto administrativo o no. Así, por ejemplo, en la Resolución de 19 de abril de 1996 ⁶⁰ en la que al resolver sobre un recurso relativo a determinada actuación del Ayuntamiento de Madrid consistente en la aprobación de un Plan de instalación de gasolineras, señala que el TDC no puede entrar a revisar algunas actuaciones del Ayuntamiento de Madrid en materia de ordenación del territorio, *«pues si así lo hiciera vulneraría el artículo 2 de la LDC»*.

Esa misma tesis es mantenida en la Resolución de 30 de octubre de 1997 ⁶¹ al aceptar la tesis del Servicio según la cual la concesión a una sola empresa de la autorización para el transporte, recepción y transformación de las pastas de refinación de aceites constituye una importante restricción de la competencia, pero existe amparo legal para esa actuación de la Generalitat de Cataluña, así como la de 30 de enero de 1998 ⁶², en la que se estima que el Ayuntamiento de Albacete, si actúa en el ámbito de sus competencias que le otorga la Ley de Bases de Régimen Local, goza de amparo legal.

Una cierta ruptura con esta línea argumental se produce en la Resolución de 20 de marzo de 1998 ⁶³ en la que se somete a juicio una actuación del Ayuntamiento de Fuengirola y se considera que actúa como re-

⁵⁹ Como puede observarse por este razonamiento, la Audiencia Nacional mezcla nuevamente las cuestiones relativas a la existencia de un acto administrativo y al amparo legal.

⁶⁰ Expte. r 151/96, Ayuntamiento de Madrid; Resoluciones del TDC, 1996, ref. 862, rr. 141-143 y B.O.M.E.H. n.º 21 (23 de mayo de 1996).

⁶¹ Expte. r 241/97, GRICASA; Resoluciones del TDC, 1997, Ref. 1.068, rr. 623-626 y B.O.M.E.H. n.º 45 (4 de noviembre de 1997).

⁶² Expte. r 271/97, Aquagest; B.O.M.E.H. n.º 10 (5 de marzo de 1998).

⁶³ Expte. 419/97, Cruz Roja de Fuengirola; B.O.M.E.H. n.º 18 (30 de abril de 1998).

gulador y la consideración de si en esa actividad ha actuado o no de acuerdo con las Leyes es una cuestión ajena a la actividad del Tribunal de Defensa de la Competencia, que no está llamado a revisar la actividad reguladora de las Administraciones Públicas.

En resumen, en este apartado se señala una marcada tendencia del Tribunal de Defensa de la Competencia a ligar la cuestión relativa al sometimiento de las Administraciones Públicas al derecho de la competencia con el contenido del artículo 2.1, tendencia que ha estado presente, como se señalará más adelante, en la reforma introducida en la LDC en junio de 1996. Ahora bien, puede afirmarse que una cosa es el amparo legal y otra diferente quién debe ser el sujeto de las conductas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia. La cuestión relativa al sujeto debe plantearse en un precepto de carácter general para que se extienda a todos los supuestos de conductas, es decir, tanto a las incluidas en el artículo 1, como en el 6 y el 7, todos ellos de la Ley de Defensa de la Competencia. Por el contrario, la cuestión relativa al amparo legal constituye una cuestión muy debatida pero que solamente cabe referirla a las conductas prohibidas por el artículo 1 LDC.

4. AMPARO LEGAL Y EXENCIONES POR CATEGORÍAS

El artículo 2.1 de la Ley de Defensa de la Competencia contiene la primera de las excepciones a la aplicación de la prohibición del artículo 1 de la misma Ley. Pero la propia Ley prevé otras dos excepciones, que son las autorizaciones singulares y las exenciones por categorías. Mientras que el artículo 2.1 no tiene un precepto equivalente en el Tratado de Roma, estas otras dos excepciones tienen su equivalente en lo previsto en el artículo 85.3 del Tratado.

Las autorizaciones singulares (arts. 3 y 4 de la Ley) suponen una exención individualizada y para un supuesto concreto concedida por el Tribunal de Defensa de la Competencia, por lo que no se asemejan al supuesto previsto en el artículo 2.1. No ocurre otro tanto con las exenciones por categorías. El artículo 5 LDC dispone que, mediante reglamentos de exención, el Gobierno podrá autorizar determinadas categorías de acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas.

En uso de esta facultad, el Gobierno aprobó el Real Decreto 157/1992, de 21 de febrero, en cuyo artículo 1 recogió las exenciones por categorías mediante la técnica de interiorizar lo dispuesto en determinados Reglamentos Comunitarios de exención por categorías, mediante una técnica que se ha demostrado como totalmente insatisfactoria, máxime cuando estos Reglamentos Comunitarios han sido derogados o han terminado su vigencia⁶⁴.

⁶⁴ El problema radica en el hecho de que los Reglamentos Comunitarios tienen una vigencia temporal, y cuando éstos terminan su vigencia o bien son derogados, hay que preguntarse cuál

Los supuestos contemplados en los artículos 2.1 y 5 de la Ley de Defensa de la Competencia presentan ciertas similitudes y ciertas divergencias.

Como similitudes se puede señalar que en ambos casos se trata de excepciones a la aplicación de la prohibición del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia. Una segunda similitud es que en ambos supuestos se trata de excepciones de carácter general. Un tercer aspecto merece ser destacado, y es el consistente de que en uno y otro caso las excepciones responden a la voluntad del legislador, pues en el caso de la exención por categorías la norma habilitante la constituye el propio artículo 5 de la Ley de Defensa de la Competencia. La exención puede ser concedida en ambos supuestos por un Reglamento, pero este Reglamento ha de seguir los criterios establecidos en una Ley.

Las diferencias también son evidentes y se derivan del diferente origen de una y otra disposición. Mientras que el artículo 2.1 tiene su origen en un precepto coyuntural de la Ley de 1963 y, por lo tanto, está redactado en términos genéricos, el artículo 5 supone la aplicación de la técnica comunitaria de exenciones por categorías, y tiene un mayor nivel de concreción. Otra diferencia consiste en que mientras el amparo legal se aplicará mientras no se derogue la norma que lo concede, la exención por categorías puede ser retirada por acuerdo del Tribunal de Defensa de la Competencia cuando se compruebe que, en un caso determinado, un acuerdo exento produce efectos incompatibles con las condiciones previstas en el artículo 3 de la Ley⁶⁵.

Ahora bien, las coincidencias entre uno y otro precepto, el hecho de que se trate de excepciones generales y que respondan al mismo principio de respeto al principio de jerarquía normativa, se puede sugerir un tratamiento conjunto de ambos supuestos, unificando a tales efectos los preceptos contenidos en los artículos 2.1 y 5 de la Ley de Defensa de la Competencia.

En las exenciones por categorías el sistema seguido hasta el momento por el legislador español ha supuesto una interiorización del derecho

es la norma que se aplica en Derecho español, si se aplica lo previsto en el Reglamento derogado, si se aplica el nuevo Reglamento que lo sustituye o bien se considera que cuando se derogue un Reglamento de los incluidos en el artículo 1 del Real Decreto 157/1992 no existe la exención por categorías allí prevista. El problema se planteó en la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 23 de mayo de 1996 (Expte. A 177/96, La Casera. Resoluciones del TDC, 1996. Ref. 870, rr. 168-171 y B.O.M.E.H. n.º 24 (13 de junio de 1996)) en la cual la solución adoptada fue la de conceder la autorización singular a un contrato que cumplía las condiciones de un Reglamento (el 240/96) que no estaba incluido entre los mencionados en el artículo 1 del Real Decreto 157/1992, pero que había sustituido a dos Reglamentos (2349/84 y 556/89) que sí se encontraban incluidos. Junto a esta solución, el Tribunal manifestaba que autorizaría los contratos que se ajustaran al Reglamento vigente y no impondría multas a los operadores económicos que suscriban contratos que, sin ser de dimensión comunitaria, cumplan los requisitos establecidos en los Reglamentos Comunitarios.

⁶⁵ Artículo 2 del Real Decreto 157/1992 de 21 de febrero.

comunitario y, por lo tanto, las exenciones por categorías siguen —con los inconvenientes que se han puesto de manifiesto— los reglamentos comunitarios, pero hay que tener en cuenta que toda la técnica de exención por categorías está siendo objeto de revisión, lo cual implicará también modificaciones del derecho español⁶⁶. Con todo ello se quiere significar que en esta materia se están produciendo cambios acelerados y, por lo tanto, sería conveniente adoptar fórmulas legales más flexibles que permitieran una más rápida adaptación a una realidad cambiante.

Una aproximación entre el tratamiento legal de las exenciones por amparo legal y por categorías tendría efectos beneficiosos. Por ejemplo, implicaría que todas las posibilidades de excepciones de carácter general deberían respetar ciertos límites tales como los recogidos en el artículo 3.1, lo cual contribuiría a cerrar las posibilidades de derogación del artículo 1 LDC. Por otra parte, podría permitir un cierto control de esos supuestos por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia, mediante el mecanismo de la retirada de la exención.

Para reforzar esta propuesta hay que tener en cuenta que, en algunos sectores en los que se ha planteado la posibilidad de aprobar un Reglamento de exención por categorías como es el caso del sector de seguros, al no haberse optado por esa posibilidad, se ha procedido a conceder por leyes sectoriales amparo legal a determinadas conductas (tales como la utilización de estadísticas comunes para el cálculo de primas).

En otro supuesto se ha aplicado sucesivamente la técnica del amparo legal y la de la exención por categorías lo constituye el supuesto de las licencias de patentes que gozaban de amparo legal en las cláusulas permitidas por el artículo 75 de la Ley de Patentes. En este precepto se autorizan algunas cláusulas en esos contratos que pueden estar incluidas en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia: limitación de facultades y actos de explotación de la patente licenciada, limitación territorial, obligación de exclusividad y prohibición de la cesión del contrato de licencia y de la sublicencia pero, al estar permitidos por el artículo 75 de la Ley de Patentes, gozan del amparo legal del artículo 2 LDC⁶⁷. Pues bien, la exención de los acuerdos de licencias de patentes y acuerdos mixtos de licencia de patente y comunicación de *know-how* fue incluida en el artículo 1.1.c) del Real Decreto 157/92 al regular las exenciones

⁶⁶ En la actualidad la DG IV de la Comisión Europea trabaja con la idea de no renovar los reglamentos de exención por categorías de distribución exclusiva, compra exclusiva y franquicia; en segundo término proponer la adopción de exenciones más amplias y simples basado simplemente en una lista de cláusulas inadmisibles (lista negra) y, finalmente, adoptar un reglamento único aplicable a todos los tipos de restricciones verticales (PEÑA CASTELLOT, M.A., «La reforma de la política comunitaria de competencia en lo referente a las restricciones verticales de la competencia: el Libro Verde y después», ponencia presentada en las *XI Jornadas del TDC* celebradas en Madrid el 12 de marzo de 1998, pendiente de publicar).

⁶⁷ MASSAGUER, J., «Antitrust y licencia de patente y know-how tras la reforma del Derecho español de defensa de la competencia», *Derecho de los Negocios*, año 3, n.º 19, abril de 1992, p. 25.

por categorías, interiorizando el Reglamento 2349/84 CEE de la Comisión, posteriormente sustituido por el Reglamento 240/96⁶⁸.

Estos ejemplos evidencian una situación que denota que, tanto por el sistema de exención por categorías como por la exención legal prevista en el artículo 2.1, se pretende cumplir similares objetivos y, por lo tanto, sería conveniente un tratamiento similar de ambos.

5. EL ARTÍCULO 2.1 Y EL DERECHO COMUNITARIO

Otra de las cuestiones que pueden plantearse al aplicar el artículo 2.1 consiste en determinar qué ocurre si la conducta que tiene amparo legal es susceptible de vulnerar no solamente el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, sino también el artículo 85.1 del Tratado de Roma. Las autoridades nacionales de la competencia pueden aplicar el artículo 85.1 del Tratado. En tal supuesto cabe plantearse qué ocurre si una norma ampara situaciones de restricción de la competencia que dificulten el comercio entre los Estados Miembros y, por lo tanto, constituyan también la infracción del artículo 85.1 del Tratado.

Parece evidente afirmar que la existencia de una norma nacional que ampare ententes colusorias no puede impedir la aplicación del Derecho Comunitario por cuanto que lo impediría el principio de supremacía y supondría abrir una peligrosa vía de inaplicación de ese Derecho comunitario. Si la autoridad española se encuentra con una norma legal que ampara situaciones de restricción de competencia y que vulnera el artículo 85 del Tratado, no puede, en principio, aplicar la norma nacional. Otra alternativa que consistiría en plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, posiblemente retrasaría considerablemente la solución.

Para resolver la cuestión, es preciso tener en cuenta la doctrina emanada de las Decisiones de la Comisión y la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre las normas internas de los Estados que son contrarias a las normas sobre la competencia⁶⁹. A tales efectos el Tribunal de Justicia ha recordado en la Sentencia INNO/AJAB⁷⁰ que «los Estados miembros no pueden promulgar disposiciones que permitan a las empresas privadas eludir las limitaciones impuestas por los artículos 85 a 94 del Tratado». Resulta claro que la norma nacional no otorga amparo que permita el incumplimiento de las normas del Tratado, lo cual supone una limitación de su poder legislativo que le viene impuesta por el artículo 5 del Tratado⁷¹.

⁶⁸ Ver nota 64 y la Resolución de La Casera allí comentada.

⁶⁹ FERNÁNDEZ-LERGA GARRALDA, C., *Derecho de la Competencia. Comunidad Europea y España*, Aranzadi Editorial, Madrid, 1994, p. 164.

⁷⁰ Sentencia de 16 de noviembre de 1977, asunto 13, 77, Rec. 1977, pp. 2115 y ss.

⁷¹ VICENT, F. (*op. cit.*, pp. 3335-3336), siguiendo a Van Bael y Bellis pueden incurrir en tres posibles conductas contrarias al Tratado: 1.^ª Imponer o favorecer la adopción de acuerdos, decisiones o prácticas concertadas contrarios al artículo 85; 2.^ª Reforzar los efectos anticompetitivos

Ahora bien, la cuestión no se resuelve exclusivamente recordando que los Estados tienen contraída por el Tratado la obligación de no adoptar disposiciones contrarias a la libre competencia en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 del mismo, cuestión que supone uno de los pilares del proceso de construcción de un mercado único. Hay que tener en cuenta que el problema que se puede plantear a las autoridades españolas de la competencia es resolver acerca de una conducta que infrinja el artículo 85.1 del Tratado, pero que esté amparada por una norma nacional.

En esa situación, la alternativa más adecuada puede consistir en analizar la norma nacional y su posible contradicción con el artículo 85.1 del Tratado. Si la contradicción resulta clara (es decir, es evidente e incontestable) o bien aclarada (esto es, ha sido resuelta en términos similares por una sentencia del Tribunal de Justicia), el Tribunal de Defensa de la Competencia no debe aplicar la norma nacional por ser contraria al Tratado CEE. Si por el contrario la contradicción entre la norma española y el Tratado no tiene tal grado de claridad ni ha sido previamente aclarada por una sentencia, en ese supuesto, debe plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia a tenor de lo previsto en el artículo 177 del Tratado de Roma.

6. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 2.1 LDC INTRODUCIDA POR EL REAL DECRETO-LEY DE 7 DE JUNIO DE 1996

En el Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, se introdujo una modificación al artículo 2.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, consistente en introducir un segundo párrafo del siguiente tenor literal:

«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 las Administraciones Públicas, los entes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal.»

de tales acuerdos, decisiones o prácticas ya preexistentes; 3.^º Conceder a las empresas (públicas y privadas) facultades de autoridad pública, suprimiendo así el carácter de legislación estatal y dotando a las empresas de un poder ilimitado en el mercado. FERNÁNDEZ-LERGA, C. (*op. cit.*, p. 97), recuerda que los Estados vienen obligados a no adoptar medidas contrarias a la competencia respecto de las empresas públicas y aquéllas a las que conceden derechos exclusivos (art. 90.1 del Tratado) ni tampoco respecto de las privadas. El artículo 5 del Tratado impone a los Estados determinadas obligaciones, entre ellas las de llevar a cabo las medidas recogidas en el artículo 3, entre las que se encuentran las del apartado l) en la actualidad es el g) que impone asegurar el establecimiento de un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el Mercado Común. En este orden de cosas, en el asunto Bureau National Interprofessionnel du Cognac/Aubert Yves, de 3 de diciembre de 1987, asunto 136/86, Rec. 1987, rr. 4808 y ss.) el TJCE declaró que un acuerdo interprofesional de fijación de cuotas máximas de producción que estaba amparado por una Orden Ministerial era contrario al artículo 85.1 y la Orden Ministerial era contraria a las obligaciones impuestas a los Estados por el artículo 5 del Tratado en relación con el artículo 3.1) y el artículo 85.

Esta modificación ha sido generalmente considerada como aclaratoria del primer párrafo e incluso innecesaria⁷². Una explicación de la razón de esta modificación resulta imposible sin tener en cuenta las serie de Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia anteriormente mencionadas, en las que se plantea la cuestión del sometimiento de las actividades de las Administraciones Públicas a las normas de la competencia en relación con lo previsto en el artículo 2.1 LDC⁷³. Esta doctrina viene a poner el acento en que el derecho de la competencia no se aplica a los actos administrativos cuando han sido realizados al amparo de una norma legal o reglamentaria, lo cual implica «contrario sensu» que sí se aplican cuando carezcan de tal amparo. Sin la referencia a esa doctrina no es posible entender qué es lo que ha pretendido regular el nuevo párrafo.

Parece que con este nuevo párrafo se está ratificando la doctrina anterior en un doble sentido; en primer lugar se quiere resaltar que el amparo legal solamente puede venir determinado por una Ley o bien una norma reglamentaria de desarrollo de una Ley y en segundo lugar se desea ratificar que las normas de la Ley de Defensa de la Competencia (aun cuando solamente se esté refiriendo al artículo 1 de la misma) se aplican también a la actuación de las Administraciones Públicas cuando se realice sin amparo legal.

Como puede fácilmente comprenderse, la norma no es simplemente aclaratoria; puede ser aclaratoria de determinada interpretación del primer párrafo del artículo 2.1, pero no de su tenor literal. La finalidad del artículo 2.1 es la de exceptuar de la prohibición del artículo 1 LDC determinadas conductas de empresas porque tales conductas están autorizadas por una norma de rango legal o reglamentario de desarrollo de una Ley, y no la de plantear la aplicación de las normas de la competencia a las Administraciones Públicas. Sin embargo parece que se ha querido señalar que, a partir de ese momento, no será posible discutir sobre la aplicación de las normas sobre la competencia a las actuaciones de las Administraciones Públicas.

Son dos los extremos que regula el párrafo segundo del artículo 2.1 LDC. El primero de ellos supone declarar que la prohibición de las conductas incluidas en el párrafo primero será de aplicación «a las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras

⁷² ALONSO SOTO, R., «La modificación de la Ley Española de Defensa de la Competencia», *Boletín de la Gaceta Jurídica de la CEE y de la competencia*, n.º 120, enero-febrero de 1997, p. 2. COSTAS COMESAÑA, J., «Medidas de liberalización de la economía y modificaciones del Derecho español de defensa de la competencia», en *Actas de Derecho Industrial y de Derecho de Autor*, tomo XVII, 1996, p. 1021. SORIANO GARCÍA, J. E., *Derecho Público de la Competencia*, Marcial Pons, Madrid, 1998, considera que la aportación resulta «muy innovadora» (p. 368) para afirmar más adelante que en el párrafo segundo del artículo 2.1 no existe novedad, sino continuación y aclaración de lo que se dice en el párrafo primero (p. 419).

⁷³ Ver apartado II.3.

potestades administrativas» distintas a la reglamentaria. El segundo extremo consiste en declarar que la prohibición del artículo 1 LDC será aplicable a las situaciones de restricción de competencia causadas por la actuación de las Administraciones Públicas, los entes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal».

En el primer supuesto se vuelve a la técnica utilizada por el artículo 4.1 de la Ley de 1963 en la que se utilizaba la expresión «potestad administrativa». Esta vuelta supone un paso atrás⁷⁴, y ello porque no se entiende claramente qué alcance tiene aquí hablar de potestades administrativas. Si se quiere insistir en que las actuaciones de la Administración diferentes de las derivadas de la potestad reglamentaria no excluyen la prohibición del artículo 1 LDC, es un precepto totalmente superfluo. Por otra parte, hablar de potestades administrativas sin amparo legal supone una contradicción, ya que la atribución de potestades administrativas ha de ser realizada necesariamente por una Ley. La Administración no puede actuar sin una atribución legal previa de potestades administrativas⁷⁵.

La segunda afirmación que se contiene en la reforma del artículo 2.1 es que será de aplicación la prohibición establecida en el artículo 1 a las situaciones de restricción de competencia causadas por la actuación de las Administraciones Públicas, los Entes Públicos o las Empresas Públicas sin amparo legal. Parece que, en buena medida, el Decreto-Ley de 1996 haya querido acudir en apoyo de las tesis del Tribunal de Defensa de la Competencia cuando se sostiene que el derecho de la competencia se aplica a las actuaciones de las Administraciones Públicas cuando se efectúan sin amparo legal⁷⁶.

Ahora bien, la fórmula elegida no puede ser considerada precisamente como afortunada. No es posible una afirmación genérica de que se aplican las normas sobre la competencia a las Administraciones Públicas, además, realizada en un lugar inconveniente. En primer lugar, si se pretende hacer una afirmación general de ese calibre, debería ser efectuada en un precepto general y no en uno que solamente se refiere al artículo 1, como es el artículo 2.1. En segundo término, no es posible hacer una afirmación general de que las normas sobre la competencia se aplican a las actividades de la Administración, pues ello significa hacer una manifestación rotunda en una materia en la que las aproximaciones han de ser realizadas con gran número de matices.

⁷⁴ En la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 28 de julio de 1994 (Expte. 339/93 COAM; Resoluciones del TDC 1994, Ref. 694, rr. 241-258 y B.O.M.E.H. n.º 35 [29 de septiembre de 1994]) al comparar el precepto contenido en el artículo 2.1 LDC con el del artículo 4.1 de la Ley de 1963 señala que el énfasis antiguamente puesto en el ejercicio de las potestades administrativas para la exención de las prácticas restrictivas de la competencia se ha trasladado hacia la existencia o no del amparo legal.

⁷⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo I*, 6.ª edición, Editorial Civitas, Madrid, 1993, p. 429.

⁷⁶ *Vide supra*, apartado II.3.

No es posible realizar una afirmación global de que las normas de la competencia se aplican a la actuación de las Administraciones Públicas en cualquier caso. Se puede asumir en esta materia la tesis funcionalista, según la cual cuando una Administración Pública actúa como empresario en el sentido funcional del término, es decir, como oferente o demandante en el mercado, puede ser considerada como sujeto de la normativa de la competencia⁷⁷.

Por todo lo anterior se puede llegar a la conclusión de que la reforma del artículo 2.1 ha pretendido incidir en que la legislación de defensa de la competencia se aplica a las Administraciones Públicas, pero lo ha realizado de forma poco afortunada, tanto por la ubicación del precepto, como porque realiza una afirmación general sin delimitar los supuestos en que se produce tal aplicación y aquellos otros en los que no puede producirse.

III. EL ARTÍCULO 2.2 DE LA LEY 16/1989

El artículo 2.2 de la Ley de Defensa de la Competencia faculta al Tribunal para formular propuestas motivadas al Gobierno de modificación o supresión «de situaciones de restricción de la competencia establecidas de acuerdo con las normas legales».

La primera observación que debe realizarse a este precepto consiste en resaltar que las expresiones utilizadas implican una cierta confusión. En efecto, las propuestas deben referirse a la modificación de las normas legales que permitan situaciones de restricción de competencia, y no de las situaciones restrictivas que constituyen el resultado fáctico de aquello que la norma permite.

Una segunda consideración sobre este precepto puede referirse a sus relaciones con las funciones consultivas y de emisión de informes del Tribunal de Defensa de la Competencia que se regulan en el artículo 26 de la misma Ley. Cabe plantearse si se trata de dos supuestos diferentes o bien se trata de dos formulaciones diferentes de la misma facultad. En

⁷⁷ BAÑO LEÓN, J. M.^a, *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la competencia*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pp. 64-66. El criterio funcional, es decir, atender al tipo de actuación y no al sujeto que la realiza ha sido admitido también por GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., *El Derecho Administrativo Privado*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1996, p. 311, al comentar las Resoluciones del TDC de 11 de abril de 1978 y de 14 de junio de 1984, si bien considera (rr. 316-317) que los límites del enjuiciamiento del TDC son, en primer lugar, la presencia de un acto administrativo; en segundo lugar, la existencia de una norma en la que se amparen las prácticas anticompetenciales y, finalmente, la posibilidad de autorizar singularmente la práctica anticompetencial. En el mismo sentido analiza la cuestión el TJCE al considerar que para determinar si el sujeto puede ser autor de las conductas de los artículos 85.1 y 86 del Tratado, lo esencial es su intervención en el mercado y no el título o personificación con que lo hace (CASES PALLARÉS, Ll., *La ejecución de obras por la propia Administración Pública y el Derecho de la Competencia*, op. cit., rr. 14368-14369).

respuesta a esta cuestión puede señalarse que con independencia de que la facultad consultiva del artículo 26.b) es más amplia en cuanto a los órganos a los que va dirigida⁷⁸ y menos intensa en su contenido⁷⁹, se trata de dos especialidades de la misma facultad y así lo ha venido entendiendo el Tribunal de Defensa de la Competencia al emitir sus informes elevados al Gobierno⁸⁰.

Habida cuenta que el Tribunal no solamente está facultado para dirigir informes a cualquier poder del Estado [art. 26.b) LDC], sino también para someter al Gobierno cualquier propuesta de modificación de la Ley [art. 26.c) LDC], y que, además, estas facultades están establecidas en un precepto genérico, se puede preguntar qué añade el artículo 2.2. Es indudable que este precepto añade más intensidad al enjuiciamiento concurrencial de una norma de la que suponen las genéricas facultades de formular propuestas e informes.

En buena medida se puede afirmar que las facultades del artículo 2.2 son consecuencia del carácter supralegal que tienen el principio de defensa de la competencia, y de la necesidad de someter a un cierto enjuiciamiento concurrencial las normas, incluso de carácter legal, que restrinjan ese principio. Como quiera que el Tribunal de Defensa de la Competencia es un órgano administrativo que ni puede anular normas, ni tan siquiera con la actual regulación plantear cuestiones de constitucionalidad⁸¹, se le concede la facultad de realizar propuestas de modificación de las normas. Si bien es cierto que esta norma puede ser considerada como insuficiente para realizar un auténtico juicio concurrencial de la norma, no es menos cierto que se trata de facultades significativas para un órgano administrativo como es el Tribunal de Defensa de la Competencia⁸².

⁷⁸ SORIANO GARCÍA, J. E., *op. cit.*, p. 626.

⁷⁹ VICIANO, J., *op. cit.*, p. 565.

⁸⁰ ALONSO SOTO, R., «Competencia y desregulación económica: los informes del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre la liberalización de los servicios», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, separata, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1993, p. 654. En el año 1992, el Tribunal elaboró el «Informe sobre el libre ejercicio de las profesiones»; en el año 1993, el titulado «Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia y atajar el daño causado por los monopolios», y en 1995, el denominado «La competencia en España: balance y nuevas propuestas». A partir de esa fecha no se ha editado ningún nuevo informe, si bien ha elaborado informes sobre los sectores del libro y del gas que, en su momento, se integrarán en un informe único.

⁸¹ VICENT CHULIÁ, F., *op. cit.*, p. 3329, considera que el juicio de constitucionalidad corresponde a todo intérprete de las normas jurídicas, incluido el Tribunal de Defensa de la Competencia, y en caso de duda se podrá plantear la cuestión de inconstitucionalidad. Para admitir esta posibilidad se debería modificar la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

⁸² CASES PALLARÉS, LL., *Derecho Administrativo de Defensa de la Competencia*, *op. cit.*, p. 399, afirma tras recoger algunas propuestas de supresión de este párrafo que se realizaron durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley, indica que esta facultad implica que un órgano administrativo se pronuncia sobre decisiones adoptadas por el poder legislativo, estimando su procedencia o incorrección.

La facultad de realizar propuestas al Gobierno corresponde exclusivamente al Tribunal, sin que exista ningún derecho de los particulares a promover esta iniciativa⁸³.

Si el Servicio de Defensa de la Competencia se encuentra con normas que amparan restricciones de la competencia, puede dirigirse al Tribunal solicitando que haga uso de la facultad del artículo 2.2⁸⁴.

La facultad de realizar propuestas del Tribunal de Defensa de la Competencia contenida en el artículo 2.2 constituye una secuencia del precepto contenido en el artículo 2.1, por lo que, en principio, cabe pensar que esta específica modalidad de propuesta ha de estar referida exclusivamente a las normas legales a las que se refiere el artículo 2.1⁸⁵. El Tribunal de Defensa de la Competencia no lo ha venido entendiendo así, ya que ha considerado que este precepto le habilitaba para realizar propuestas no sólo de normas que amparaban conductas en principio prohibidas (y no sólo por el art. 1 LDC), sino para realizar todo tipo de propuestas acerca de la reforma de las Leyes que contuvieran limitaciones a la libre competencia, y ello no sólo en sus Informes⁸⁶, sino también en sus Resoluciones⁸⁷.

Finalmente, cabe plantear quién ha de ser el destinatario de estos informes, que ha de ser necesariamente el Gobierno, a través del Ministerio de Economía y Hacienda. Esta taxativa mención del precepto excluye que se puedan dirigir propuestas a otras Administraciones promotoras de normas, tales como las Comunidades Autónomas, aunque el Tribunal ha admitido implícitamente esta posibilidad en la Resolución de

⁸³ Resoluciones de 17 de septiembre de 1993 (Expte. 29/91, INTERCAN; Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia, 1993, Ref. 603, rr. 375-385 y B.O.M.E.H. n.º 36 [7 de octubre de 1993]); de 23 de octubre de 1995 (Expte. r 105/94, Monopolio de Tabacos-2; Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia, 1995, Ref. 814, rr. 373-377 y B.O.M.E.H. n.º 41 [16 de noviembre de 1995]) y 30 de octubre de 1997 (Expte. r. 241/97, GRICASA; Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia, 1997, Ref. 1.068, rr. 623-626 y B.O.M.E.H. n.º 45 [4 de noviembre de 1997]).

⁸⁴ Resoluciones de 26 y 28 de enero y 5 de febrero de 1998 (Exptes. r. 269/97, r. 270/97 y r. 272/97, TRAGSA-4, 5 y 6; B.O.M.E.H. n.º 10 [5 de marzo de 1998] y n.º 11 [12 de marzo de 1998]).

⁸⁵ VICIANO, J., *op. cit.*, rr. 565-566.

⁸⁶ Ver nota n.º 80.

⁸⁷ En la Resolución de 3 de julio de 1995 (Expte. r. 108/95, Farmacia Santander; Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia, 1995, Ref. 786, rr. 263-265 y B.O.M.E.H. n.º 31 [7 de septiembre de 1995]) se indica que el art. 2.2 LDC faculta al Tribunal para elevar propuestas al Gobierno de modificación de las situaciones de restricción de la competencia establecidas de acuerdo con las normas legales o reglamentarias, y considera que ha hecho uso de esa facultad al proponer la modificación de la legislación que limita la apertura de las farmacias. Como puede comprenderse se trata de una legislación que establece barreras de entrada para el ejercicio de una profesión, pero no ampara conductas incluidas en la LDC. La Resolución de 23 de octubre de 1995 (Expte. r. 105/94, Monopolio de Tabacos-2; Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia, 1995, Ref. 814, rr. 373-377 y B.O.M.E.H. n.º 41 [16 de noviembre de 1995]) adelanta un ejercicio de la facultad concedida por el artículo 2.2 que elevará al Gobierno una propuesta que versará sobre la modificación del R.D. 2738/86, de 12 de diciembre, y sobre la determinación del órgano apropiado para la concesión de autorizaciones en materia de tabacos, lo cual tampoco significan normas que amparen conductas, en principio, prohibidas.

30 de octubre de 1997⁸⁸. En realidad, la cuestión carece de trascendencia real, ya que si el Tribunal se encuentra con restricciones anticompetitivas establecidas en normas autonómicas puede perfectamente dirigir un informe a cualquier Comunidad Autónoma, haciendo uso de la facultad del artículo 26.1.b), ya que en este precepto se incluye entre los destinatarios a todos los poderes y órganos del Estado⁸⁹.

IV. CONCLUSIONES

Las cuestiones que pueden plantearse del análisis del artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia son múltiples y variadas como se desprende de las aplicaciones que el Tribunal de Defensa de la Competencia ha realizado de ese precepto. Posiblemente como resumen de cuanto anteriormente ha sido expuesto se deban destacar algunas consideraciones.

En primer lugar, debe señalarse la incongruencia que resulta que las conductas prohibidas por el artículo 1 puedan considerarse autorizadas cuando exista amparo legal, mientras que no hay una norma similar para las conductas abusivas.

En segundo lugar, las cuestiones relativas a si la actividad de las Administraciones Públicas se someten o no a las normas de la competencia deben enfocarse en otro precepto diferente al que regula el amparo legal.

En tercer término, debería aclararse que no caben autorizaciones de conductas anticompetitivas que no respondan a la voluntad del legislador.

Finalmente, en cuanto al precepto contenido en el artículo 2.2 deberán acentuarse los poderes del Tribunal de Defensa de la Competencia con la finalidad de poder bien realizar, bien instar, el enjuiciamiento concurrential de cualesquiera normas.

⁸⁸ Expte. r. 241/97, GRICASA; Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia 1997, Ref. 1.068, rr. 623-626 y B.O.M.E.H. n.º 45 (4 de noviembre de 1997).

⁸⁹ SORIANO GARCÍA, J. E., *op. cit.*, p. 627.