

# COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 208/1999 SOBRE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA 16/1989

Joaquín TORNOS MÁS

Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad de Barcelona

## 1. INTRODUCCIÓN

La Sentencia del Tribunal Constitucional 208/1999, de 11 de noviembre, ha resuelto los recursos de inconstitucionalidad promovidos respectivamente por el Gobierno vasco y el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña contra la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia<sup>1</sup>. La Sentencia estima parcialmente los recursos interpuestos y en su fallo dispone que debe «declarar inconstitucional la cláusula «*en todo o en parte del mercado nacional*», contenida expresamente o por remisión en los artículos 4, 7, 9, 10, 11 y 25.a) y c), en la medida en que desconoce las competencias ejecutivas de la legislación estatal sobre defensa de la competencia atribuidas a las Comunidades Autónomas recurrentes en sus respectivos Estatutos, difiriendo su nulidad hasta el momento en que, establecidos por ley estatal los criterios de conexión pertinentes, puedan las Comunidades Autónomas ejercitarlas»<sup>2</sup>.

La Sentencia contó con dos votos particulares. Uno, formulado por el Magistrado D. Julio González Campos, al que se adhirieron los Magistrados D. Manuel Jiménez de Parga y D. Vicente Conde Martín de Hijas, y otro, formulado como voto particular concurrente, a cargo del Magistrado D. Fernando Garrido Falla.

<sup>1</sup> El Gobierno vasco interpuso recurso frente a los artículos 4, 7, 9, 10.1 y 4, 11, 12.2, 20, 25.a) y c), 31.a) y b), 33.1, 34.2 y 3, título III, arts. 36 a 48 y disposición transitoria primera 1 de la Ley 16/1989. Por su parte el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña interpuso recurso contra los mismos artículos y además contra los artículos 30, 31 en su totalidad, 32.1, 49 y 53.

<sup>2</sup> Por lo que hace referencia a la disposición transitoria primera de la ley impugnada, el Tribunal declara en su fallo la pérdida sobrevenida del objeto del recurso. A esta cuestión se refiere la Sentencia en su FJ 7 *in fine*, en los términos siguientes: «en cuanto a dicha disposición, dadas las competencias que aquí se reconocen a las Comunidades Autónomas recurrentes y el hecho de que sus efectos se agotaron hace tiempo, cabe afirmar que el recurso ha perdido su objeto y, consecuentemente, dar por finalizado el proceso respecto a ella sin necesidad de realizar ningún otro pronunciamiento».

Los argumentos de las partes recurrentes coincidieron en lo sustancial. La Ley impugnada vulneraba el orden de distribución competencial establecido en el bloque de constitucionalidad, al desconocer las competencias ejecutivas que los Estatutos de Autonomía reconocen a las propias Comunidades Autónomas. Desconocimiento que se hace patente al atribuir todas las funciones ejecutivas sin exclusión al Servicio de Defensa de la Competencia y al Tribunal de Defensa de la Competencia, ambos órganos de la Administración del Estado.

Las dos partes recurrentes precisan, sin embargo, que las competencias ejecutivas que se reclaman se refieren a las prácticas que principalmente tengan lugar en el territorio de la Comunidad Autónoma o vayan dirigidas a alterar la libre competencia en el mercado intracomunitario<sup>3</sup>.

En razón del momento en que se dictó la Sentencia, la misma debió tener en cuenta que el Decreto Ley 6/1999, de 16 de abril, había modificado diversos preceptos de la Ley 16/1989. Bien es verdad que la modificación sólo afectó a uno de los preceptos impugnados, concretamente el 31<sup>4</sup>.

El Tribunal Constitucional, al considerar que el artículo 31, según la redacción dada al mismo por el Decreto-ley 6/1999, seguía atribuyendo al órgano estatal las funciones ejecutivas reivindicadas por las Comunidades Autónomas, estimó que persistía la controversia competencial en relación a dicho precepto (FJ 1, *in fine*).

Poco tiempo después de dictarse la Sentencia se reformó parcialmente la ley impugnada mediante la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, en la que, como veremos, se recoge ya en parte la doctrina del Tribunal Constitucional. Sobre este último aspecto volveremos más adelante.

Señalaremos, por último, que durante la tramitación del recurso (un recurso interpuesto el 17 y 18 de octubre de 1989 y resuelto el 15 de noviembre de 1999) todas las Comunidades Autónomas, salvo Extremadura, han asumido competencias ejecutivas en materia de defensa de la competencia<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Así se recoge en los Antecedentes, 7.d), y en el FJ 1 de la Sentencia: «las CCAA recurrentes recaban para sí la competencia respecto de las facultades ejecutivas que se regulan en los preceptos antedichos, sin desconocer que al Estado corresponde la dirección general de la economía, tal como aduce el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña; más concretamente, el Gobierno vasco limita su reivindicación a aquellas “prácticas que principalmente tengan lugar en territorio de la Comunidad Autónoma o vayan dirigidas a alterar la libre competencia en el mercado intracomunitario”, quedando fuera, por tanto, las supracomunitarias y las que, aún discurriendo en el territorio de la Comunidad, incidan sobre el conjunto del mercado nacional».

<sup>4</sup> El Decreto-ley 6/1999 no fue impugnado ante el Tribunal Constitucional.

<sup>5</sup> En la actualidad todos los Estatutos de Autonomía, salvo el de Extremadura, contienen la referencia a la competencia estatal de «legislación en materia de defensa de la competencia», siguiendo en la práctica totalidad la fórmula del artículo 12.1.5 EAC. Así, Galicia, artículo 30.1.4; Andalucía, artículo 18.1.6; Asturias, artículo 10.1.15; Cantabria, artículo 24.1.13; La Rioja, artículo 8.1.6; Murcia, artículo 10.34; Comunidad Valencia, artículo 34.1.5; Aragón, artículo 35.1.19; Castilla-La Mancha,

## 2. EL TÍTULO COMPETENCIAL AUTONÓMICO EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

La controversia competencial que plantean las Comunidades Autónomas se centra en la competencia ejecutiva en materia de defensa de la competencia. Las entidades recurrentes se oponen a la reserva que hace la Ley impugnada de todas las funciones ejecutivas en materia de defensa de la competencia a favor del Estado. No se discute la competencia normativa estatal sobre la misma materia, pero sí se niega que la Ley ignore las competencias ejecutivas autonómicas.

El dato relevante de la Sentencia que comentamos se encuentra precisamente en el anclaje normativo de la pretensión de los recurrentes.

El artículo 10 EAPV establece que:

*«La Comunidad Autónoma del País Vasco tiene competencia exclusiva en las siguientes materias... 27, comercio interior, sin perjuicio de la política general de precios, la libre circulación de bienes en el territorio del Estado y de la legislación sobre defensa de la competencia. Ferias y mercados interiores. Denominaciones de origen y publicidad, en colaboración con el Estado. 28. Defensa del consumidor y del usuario en los términos del apartado anterior.»*

Por su parte, el artículo 12.1 del EAC dispone que:

*«De acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general y la política monetaria del Estado, corresponde a la Generalidad, en los términos de lo dispuesto en los artículos 38, 131 y en los números 11 y 13 del apartado 1 del artículo 149 CE, la competencia exclusiva en las siguientes materias... 5. Comercio interior, defensa del consumidor y del usuario, sin perjuicio de la política general de precios y de la legislación sobre la defensa de la competencia. Denominaciones de origen en colaboración con el Estado.»*

Como se comprueba, en los dos preceptos estatutarios, la competencia autonómica aparece reconocida de forma indirecta, es decir, no a través de una asunción expresa de la competencia ejecutiva, sino mediante el reconocimiento al Estado de la función legislativa sobre la materia defensiva de la competencia. Pues bien, este hecho está en la base del conflicto competencial, y exige atender a tres cuestiones diversas: *a)* La naturaleza del título competencial autonómico. *b)* El elemento material de la competencia. *c)* El elemento funcional de la competencia.

Conforme acaba de exponerse la primera cuestión a la que debe atender el Tribunal Constitucional es la relativa a la propia naturaleza de la competencia autonómica, en razón de la forma en que la misma ha sido construida.

---

artículo 31.1.11; Canarias, artículo 31.13; Navarra (LORAFNA), artículo 56.1.d); Baleares, artículo 10.38; Madrid, artículo 26.3.1.2; Castilla-León, artículo 32.1.10.

Como sabemos, en nuestro sistema autonómico, en virtud de lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 149 CE, los Estatutos de Autonomía pueden asumir todas las competencias no reservadas expresamente al Estado (art. 149.1 CE), revirtiendo a este último aquellas que no se hayan reservado en el propio Estatuto. Es el juego de la doble remisión que se contiene en el citado precepto constitucional, artículo 149.3.

La singularidad de los preceptos estatutarios citados es que no asumen expresamente la competencia ejecutiva en materia de defensa de la competencia. Los citados artículos identifican una materia (sector de la realidad social), la defensa de la competencia, y establecen que la legislación sobre dicha materia corresponde al Estado. Al mismo tiempo asumen que esta competencia limita el ejercicio de la competencia exclusiva autonómica en materia de comercio interior.

Esta construcción estatutaria del título competencial plantea el primer motivo de discrepancia interpretativa al que debe hacer frente el Tribunal Constitucional.

Para el Abogado del Estado los Estatutos de Autonomía no contienen una asunción expresa de la función ejecutiva, pues sólo contienen una referencia a la competencia legislativa estatal. Por tanto, no se ha hecho uso de la posibilidad de asunción competencial prevista en el artículo 149.3 CE, con lo que entra en juego la segunda remisión del mismo precepto a favor de la competencia estatal<sup>6</sup>. La expresión sin perjuicio de la legislación en defensa de la competencia, añade el Abogado del Estado, no supone una exclusión clara de la función ejecutiva a favor del Estado, descartando que las competencias ejecutivas puedan basarse en atribuciones implícitas.

Esta tesis coincide con la que en su día sostuvo el Grupo Socialista en los debates parlamentarios de aprobación de la Ley de Defensa de la Competencia. El diputado Sr. Jover Presa manifestaba al respecto lo siguiente: «ustedes saben que las CCAA tienen las competencias que expresamente les atribuyen sus Estatutos. Si ustedes leen cualquiera de los Estatutos actualmente vigentes no encontrarán ningún precepto que diga que las CCAA tienen competencias ni legislativas ni ejecutivas en materia de defensa de la competencia. Ni uno sólo. Hay la referencia al comercio interior, pero obviamente el comercio interior no es defensa de la competencia, porque dentro de ésta estamos hablando también de actividades productivas, de actividades industriales, no solamente de actividades de

<sup>6</sup> Recordaremos que el artículo 149.3 CE contiene una doble cláusula de remisión de eficacia sucesiva. Así, se dice, que «las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos (primera remisión vinculada al principio dispositivo). La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderán al Estado (segunda remisión de cierre)».

Por tanto, al no estar atribuida expresamente al Estado la materia defensa de la competencia pudo asumirse por las Comunidades Autónomas. No obstante, los Estatutos no la asumen ni de forma plena ni directamente, sino de forma indirecta y limitada a la función ejecutiva, al reservar al Estado la función legislativa en relación a dicha materia.

comercio, y la rúbrica, el título competencial comercio interior, no puede hacerse equivalente con el de defensa de la competencia»<sup>7</sup>.

Frente a esta tesis, se alzó ya en su día el profesor CASES PALLARES, ofreciendo una primera argumentación contraria a lo sostenido en el debate parlamentario, en el texto de la Ley de 1989, y a lo argumentado posteriormente por el Abogado del Estado en la sustanciación del conflicto que ha dado lugar a la Sentencia que comentamos. Concretamente el profesor CASES<sup>8</sup> sostuvo que era posible reconocer competencias ejecutivas a las Comunidades Autónomas entendiendo que la defensa de la competencia era una más de las intervenciones públicas en el mercado, integrada en la acción en materia de comercio interior. A ello se añadía que «el bloque de constitucionalidad no atribuye en su totalidad la competencia a las CCAA, sino que excluye de la misma a la legislación. De ello deriva que hay una parte de la materia de defensa de la competencia que permanece atribuida a las CCAA, pues los preceptos únicamente han reservado al Estado central la legislación. Concretamente correspondería a las CCAA la ejecución de la regulación uniforme para todo el Estado».

En definitiva, se trataba de analizar el contenido del precepto estatutario, que forma parte del bloque de constitucionalidad, y deducir del mismo que se había singularizado una materia, la defensa de la competencia, atribuyéndose al Estado la función de legislar sobre la misma<sup>9</sup>, pero no la de ejecutar esta legislación, lo que suponía atribuir a la Comunidad Autónoma la función ejecutiva. Por tanto, en lugar de entender que la no referencia expresa a la función ejecutiva autonómica suponía que tal función pasaba a ser competencia estatal, se deduce que la referencia expresa a la función legislativa a favor del Estado comporta que

<sup>7</sup> Sobre este debate y en general las interpretaciones sobre la naturaleza de la competencia autonómica en materia de defensa de la competencia, *vid.* CASES PALLARES, *Derecho administrativo de la defensa de la competencia*, Madrid, Marcial Pons, 1995, pp. 420 ss.

<sup>8</sup> *Vid.* al respecto CASES PALLARES, *op. cit.*, p. 421. En este mismo sentido se había pronunciado ya el Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya en su Dictamen 163, de 8 de agosto de 1989, en relación a la Ley 16/1989. Concretamente en dicho Dictamen, en su FJ IV, 7, se concluye que «a la vista de tot el que hem exposat fins aquí, és lògic concloure que, des del punt de vista del repartiment constitucional de competències, la matèria de comerç interior abasta també aspectes de la defensa de la competència. Així, doncs, l'atribució de competències en materia de comerç interior a favor de la Generalitat implica apoderar-la per intervenir en l'àmbit material de protecció de la lliure competència. D'aquestes consideracions en resulta que l'article 12.1.5 EAC opera un repartiment de competències entre l'Estat i la Generalitat de Catalunya en matèria de defensa de la competència. Al primer li correspon la legislació i a la segona l'execució, en el seu territori, de la dita legislació, sense oblidar que les facultats de caràcter executiu estan limitades en virtut dels principis que deriven de la denominada Constitució econòmica, tal com hem posat abans en relleu».

<sup>9</sup> La atribución al Estado de la exclusiva función de legislar en materia de defensa de la competencia ya se había reconocido por el propio Tribunal Constitucional en la Sentencia 88/1986, FJ 4. en los términos siguientes: «la exclusividad, por tanto, con que la Comunidad Autónoma de Cataluña ha asumido esta competencia debe significar que es a ella a quien corresponde, en su ámbito territorial, la garantía del objetivo de la defensa del consumidor y del usuario con los límites derivados de la Constitución y del propio Estatuto, particularmente en la medida en que configuran competencias reservadas al Estado. Precisamente entre éstas se cuenta la legislación de defensa de la competencia».

la función ejecutiva es autonómica. Ciertamente, si se hubiera querido atribuir al Estado toda la materia, como competencia exclusiva, hubiera bastado con decir que se le reconocía la competencia sobre defensa de la competencia, sin la reducción funcional de la competencia a la legislación.

Este primer punto de discrepancia es resuelto por el Tribunal Constitucional a favor de la tesis favorable a la competencia ejecutiva autonómica. Para ello, en el FJ 5 se sigue el siguiente razonamiento:

1. La materia defensa de la competencia no está atribuida expresamente al Estado en la Constitución, por lo que procede examinar el contenido de los Estatutos de Autonomía.

2. La competencia sobre comercio interior se atribuye a las Comunidades Autónomas sin perjuicio de la legislación sobre defensa de la competencia.

3. Al reservarse al Estado en los Estatutos respectivos la legislación sobre defensa de la competencia, la ejecución queda atribuida a las Comunidades Autónomas.

Para el Tribunal Constitucional no cabe otra interpretación posible («realmente, de no leerse el precepto como proponen los recurrentes, no se entendería fácilmente»), si bien, se añade que la función ejecutiva estará sometida a algunas limitaciones en su ejercicio.

De esta forma la doctrina del Tribunal Constitucional recoge la postura antes expuesta favorable a reconocer que la referencia estatutaria a la competencia legislativa en materia de defensa de la competencia no supone atribuir al Estado una competencia exclusiva, sino una competencia compartida sobre esta materia, en la que la legislación pertenece al Estado y la ejecución a las Comunidades Autónomas.

Resuelta esta primera cuestión, sobre el valor general de los preceptos estatutarios para definir un título competencial autonómico de forma indirecta, se abren otros dos nuevos interrogantes, qué contenido tiene la materia defensa de la competencia y qué alcance tiene la función ejecutiva en relación a esta materia.

### 3. LA MATERIA DEFENSA DE LA COMPETENCIA

La delimitación del alcance material de la competencia sobre defensa de la competencia exige partir de su directa conexión con la materia comercio interior. De hecho, los preceptos estatutarios parten de la competencia exclusiva autonómica en materia de comercio interior para excepcionar una parte de la misma, la defensa de la competencia, y reconocer al Estado la competencia legislativa sobre el dicho ámbito material

(de la misma forma se diferencia la materia política general de precios y se atribuye al Estado)<sup>10</sup>.

Es preciso, pues, determinar el alcance de esta materia que se diferencia de la más amplia que es el comercio interior<sup>11</sup>.

Para ello el Tribunal Constitucional parte de su propia doctrina<sup>12</sup>, y recuerda que ya en la Sentencia 71/1982, FJ 15, se definió la defensa de la competencia como la materia que:

«comprende toda legislación ordenada a la defensa de la libertad de competencia, mediante la prevención y, en su caso, la represión, de las situaciones que constituyen obstáculos creados por decisiones empresariales para el desarrollo de la competencia en el mercado».

El Tribunal Constitucional añade en el mismo fundamento jurídico que:

«congruentemente, en las Sentencias 88/1986, FJ 4, y 264/1994, FJ 4, hemos caracterizado la defensa de la competencia y la protección de los consumidores como los dos aspectos de la ordenación del mercado, caracterización que comporta inmediatamente la definición de una y otra (defensa de la competencia y protección de los consumidores) como especies del género de las competencias de ordenación del mercado. Desde este punto de partida, y siendo el comercio un elemento esencial e ineludible del mercado, parece claro que una competencia de ordenación del mercado habrá de constituir, al menos parcialmente, un modo de intervención pública en el comercio y ser, sólo en esa medida, conceptualmente comercio».

De lo expuesto cabe concluir que el Tribunal Constitucional sigue el siguiente esquema lógico en su razonamiento:

1. El comercio es un elemento ineludible del mercado.
2. La defensa de la competencia es un modo de intervención pública en el comercio, es una especie del género de las competencias de ordenación del mercado.
3. La defensa de la competencia es una submateria de la materia comercio interior.

<sup>10</sup> Como dice el Tribunal Constitucional, en el FJ 5 de la Sentencia comentada, «la incidencia potencial de la atribución de la competencia de comercio interior, que lleva a efectuar la salvedad a la que nos estamos refiriendo, es distinta según se trate de la libre circulación de bienes en el territorio del Estado (donde, de no existir la cláusula de salvaguarda, pudiera consistir en una transgresión) o de la política general de precios o la defensa de la competencia. Por lo que se refiere a estos dos últimos supuestos, el conflicto se plantea, no entre una materia y un principio estructural, sino entre materias y, por tanto, sólo puede radicar en que, al menos en el plano conceptual o abstracto, se solapen, siquiera sea parcialmente, sus ámbitos de aplicación respectivos».

<sup>11</sup> Sobre el alcance del título competencial «comercio interior», *vid.* J. TORNOS MÁS, «Comercio interior y exterior», en la obra colectiva dirigida por S. MARTÍN RETORTILLO, *Derecho Administrativo económico*, II ed., Madrid, La Ley, 1991, pp. 558 ss.

<sup>12</sup> Un análisis de esta doctrina del Tribunal Constitucional puede encontrarse en CASES PALLARES, *op. cit.*, pp. 416 ss.

4. Legislación mercantil no forma parte de la defensa de la competencia por ser Derecho privado.

La conclusión final es que la materia defensa de la competencia incluye, como dijo la Sentencia del Tribunal Constitucional 71/1982, la actividad ordenada a la defensa de la libertad competencial, mediante la prevención y, en su caso, la represión de las situaciones que constituyen obstáculos creados por decisiones empresariales para el desarrollo de la competencia en el mercado. Y esta materia forma parte de la materia más amplia, ordenación del comercio interior. Los Estatutos ponen en conexión ambas materias, atribuyendo al Estado la legislación sobre la defensa de la competencia, y reconociendo el resto de las intervenciones funcionales a las Comunidades Autónomas.

#### 4. LA FUNCIÓN EJECUTIVA EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

En el segundo párrafo del FJ 6 de la Sentencia que comentamos, el Tribunal Constitucional resume la doctrina que ha elaborado hasta este momento en los términos siguientes:

«establecido que la materia defensa de la competencia puede quedar, al menos en parte, incluida en la de comercio interior y destacado el hecho de que, en tal materia, los Estatutos de Autonomía reconocen al Estado (como no podía ser menos según más adelante se dirá), la competencia de legislación, ha de concluirse nítidamente que, con ello, las Comunidades Autónomas recurrentes han asumido competencias ejecutivas en la materia, cuestión que, a tenor de las consideraciones anteriores, ha quedado zanjada desde el momento en que tales competencias han quedado, al menos en parte, incluidas en la de comercio interior».

Pero inmediatamente después el propio Tribunal añade:

«sin embargo, sentado lo anterior, no queda con ello resuelto el conflicto que se nos plantea».

La cuestión a resolver es ahora la relativa al alcance de la función ejecutiva que corresponde a las Comunidades Autónomas en relación a la materia de defensa de la competencia.

El Tribunal Constitucional parte para resolver este último punto de la distinción tradicional entre las funciones «legislación» y «ejecución». Siguiendo el criterio ya establecido en la Sentencia 18/1982 se entiende que el concepto de legislación debe interpretarse en sentido material, integrando, por tanto, las leyes y su desarrollo reglamentario, esto es, toda la función normativa. De este modo la función ejecutiva se reduce a los actos administrativos de aplicación o a los reglamentos organizativos,



en tanto que estos últimos se limitan a estructurar el aparato administrativo que ha de ejercer las funciones ejecutivas<sup>13</sup>.

En la sentencia que comentamos se hace expresa remisión a la propia doctrina del Tribunal Constitucional y en concreto a la Sentencia 103/1997, FJ 4, para señalar que:

«se parte de entender legislación como regulación material y no se pone en duda, de otro lado, que la función ejecutiva atribuida a las Comunidades Autónomas por sus respectivos Estatutos de Autonomía cuando al Estado corresponde la legislación sobre una materia comprenda, en principio, los actos administrativos de ésta (es decir, la potestad de administrar, así como, en su caso, la de dictar en reglamentos internos de organización de los correspondientes servicios como hemos declarado tempranamente SSTC 18/1982, 35/1982 y 39/1982), ya que se admite pacíficamente por las partes que las facultades de inspección, control y sanción así como la ordenación de la actividad de los servicios en materia de defensa de la competencia pertenecen al ámbito de la función ejecutiva».

Ésta clara delimitación de los ámbitos de la función legislativa y la función ejecutiva dentro del sistema de distribución competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas se va a modular para reconocer también al Estado la posibilidad de ejercer funciones ejecutivas en materia de defensa de la competencia. Como vimos, esta posibilidad había sido admitida por los propios recurrentes, ya que limitaban el objeto de su pretensión al reconocimiento de funciones ejecutivas en relaciones económicas intracomunitarias o que no afectaran al funcionamiento del mercado nacional en su conjunto.

El Tribunal Constitucional, en el FJ 6 de su Sentencia, construye la justificación de esta competencia ejecutiva a favor del Estado señalando que los Estatutos de Autonomía han de interpretarse en el marco constitucional, lo que le lleva a analizar las competencias que al Estado le corresponden en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.13 (bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica).

El Tribunal recoge en este punto una doctrina propia también ya clásica en relación a la interpretación de las competencias en materia económica, y al valor que se ha dado al artículo 149.1.13 CE. Como ya hemos dicho en otra ocasión<sup>14</sup>, el título competencial atribuido al Estado en el artículo antes citado ha sido reelaborado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a partir de la remisiones contenidas en los Esta-

<sup>13</sup> En relación a las competencias ejecutivas de las Comunidades Autónomas, *vid.* por todos, JIMÉNEZ ASENSIO, *Las competencias autonómicas de ejecución de la legislación del Estado*, Madrid, Civitas, 1993.

<sup>14</sup> Sobre la construcción constitucional del título ordenación general de la economía, a partir del artículo 149.1.13 CE y de lo establecido en los Estatutos de Autonomía, *vid.* GARCÍA TORRES, «La ordenación general de la economía, título sustantivo competencial estatal», *REDC*, núm. 17, 1986; J. TORNOS MÁS, *Régimen especial de las competencias económicas*, en vol. col. *Comentarios al Estatuto de Autonomía de Cataluña*, vol. II, Barcelona, IEA, 1990, p. 475, y PULIDO QUECEDO, «La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de competencias económicas», *RVAP*, núm. 19, 1987.

tutos de Autonomía al definir sus competencias en materia económica. Si tomamos ahora como ejemplo lo dispuesto en el artículo 12.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña <sup>15</sup> comprobamos cómo en dicho precepto las competencias exclusivas en materia económica se asumen «de acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general y la política monetaria del Estado, en los términos de lo dispuesto en los artículos 38, 131 y en los números 11 y 13 del apartado 1.º del artículo 149 de la Constitución».

La asunción de competencias de índole económica se ha efectuado, por tanto, con importantes modulaciones en los propios Estatutos de Autonomía reconociendo al Estado una genérica capacidad de intervención para ordenar la actividad económica en todo el país en garantía de la unidad del mercado interno. Se ha creado de hecho de este modo un título competencial a favor del Estado en materia de ordenación general de la economía cuyo contenido, como ha establecido el Tribunal Constitucional, entre otras, en la Sentencia 186/1988, FJ 2, responde:

«al principio de unidad económica y abarca la definición de las líneas actuación tendentes a alcanzar los objetivos de política económica global sectorial fijados por la propia Constitución, así como la adopción de las medidas precisas para garantizar la realización de los mismos. La necesaria coherencia de la política económica exige decisiones unitarias que aseguren un tratamiento uniforme de determinados problemas en orden a la consecución de dichos objetivos y evite que, dada la estrecha interdependencia de las actuaciones llevadas a cabo en las distintas partes del territorio, se produzcan resultados disfuncionales y disgregadores».

Mediante el recurso a este título competencial a favor del Estado en materia de ordenación general de la economía de hecho se ha establecido un principio general interpretativo de las competencias autonómicas en materia económica según el cual, el ejercicio de dichas competencias, no puede atentar contra la unidad del mercado. Por ello se reconoce de forma complementaria que el Estado debe disponer de los mecanismos suficientes para garantizar la ordenación de la actividad económica general y la unidad del mercado.

La doctrina que acabamos de exponer en relación al artículo 149.1.13 CE, y el título competencial ordenación general de la economía, supone reconocer al Estado, en garantía de la unidad del mercado, el ejercicio de funciones ejecutivas compartidas con las funciones ejecutivas autonómicas en materia de defensa de la competencia. Cuando la unidad del mercado nacional requiere una intervención no sólo normativa sino

<sup>15</sup> La referencia a los principios y preceptos constitucionales que aparece en el núm. 1 del artículo 12 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, y que aparece también en los restantes Estatutos de Autonomía, no se contiene, sin embargo, en el artículo 10 del Estatuto de Autonomía del País vasco. No obstante, la interpretación sobre el alcance de las competencias económicas del País vasco se lleva a cabo siguiendo el mismo razonamiento, es decir, reconociendo al Estado la competencia sobre la ordenación general de la economía, a partir de una interpretación conjunta del Estatuto y de la Constitución.

también ejecutiva del Estado, esta intervención ejecutiva se legitima desde el punto de vista del sistema competencial en virtud de los títulos competenciales antes señalados <sup>16</sup>.

La doctrina que acabamos de resumir se aplica íntegramente en la Sentencia que comentamos. En su FJ 6 se afirma que:

«parece, pues, innecesario destacar el carácter básico que, desde la competencia estatal ex artículo 149.1.13, reviste cuanto a la defensa de la competencia se refiere, pues nos hallamos ante un elemento definitorio del mercado. De modo que no sólo la normación, sino todas las actividades ejecutivas que determinen la configuración real del mercado único de ámbito nacional habrán de atribuirse al Estado, al que corresponderán, por tanto, las actuaciones ejecutivas en relación con aquellas prácticas que puedan alterar la libre competencia en un ámbito supracomunitario o en el conjunto del mercado nacional, aunque tales actos ejecutivos hayan de realizarse en el territorio de cualquiera de las Comunidades Autónomas recurrentes».

Afirmación que como reconoce el propio Tribunal Constitucional había sido admitida expresamente en su recurso por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

La conclusión, es que:

«la competencia ejecutiva que, en materia de defensa de la competencia, cabe atribuir a las Comunidades Autónomas, en virtud de la asunción de comercio interior se halla, pues, limitada a aquellas actuaciones ejecutivas que hayan de realizarse en su territorio y que no afecten al mercado supracomunitario. De modo que no sólo la normación, sino todas las actividades ejecutivas que determinen la configuración real del mercado con trascendencia extracomunitaria habrán de atribuirse al Estado, al que corresponderán, por tanto, las actuaciones ejecutivas en relación con aquellas prácticas que puedan alterar la libre competencia en un ámbito supracomunitario o en el conjunto del mercado nacional aunque tales actuaciones se realicen en el territorio de cualquiera de las Comunidades Autónomas recurrentes; pero, con estas limitaciones, la competencia ejecutiva atribuida a las Comunidades Autónomas por sus respectivos Estatutos no puede resultar enervada por la legislación del Estado».

Afirmación, por tanto, clara a favor de las competencias ejecutivas autonómicas atribuidas a las entidades recurrentes en sus respectivos Estatutos de Autonomía, si bien el ejercicio de estas competencias queda condicionado al ejercicio por parte del Estado de sus competencias ejecutivas en la misma materia cuando se trate de prácticas que puedan alterar la libre competencia en un ámbito supracomunitario o en el conjunto del mercado nacional <sup>17</sup>.

<sup>16</sup> Vid. CASES PALLARES, *op. cit.*, pp. 432-433 y 437 ss.

<sup>17</sup> En este sentido, CASES PALLARES, *op. cit.*, p. 443, y también el Dictamen del Consell Consultiu 163/1989, que en su FJ III, núm. 5, tras analizar el alcance genérico de las funciones ejecutivas

## 5. EL CONTENIDO DE LA SENTENCIA

El contenido del fallo se construye teóricamente en el fundamento jurídico séptimo de la sentencia, en el que se justifica la estimación parcial del recurso planteado<sup>18</sup>. Estimación parcial que viene determinada por la pretensión de las entidades recurrentes, ya que las mismas habían impugnado diversos preceptos de la Ley 16/1989 por no reconocer las competencias ejecutivas autonómicas, si bien al mismo tiempo admitían que el Estado pudiera ejercer en determinadas circunstancias estas mismas competencias ejecutivas. Admitiendo el planteamiento del recurso efectuado por las entidades recurrentes, la inconstitucionalidad se predica por el olvido de las competencias ejecutivas autonómicas, pero no por el hecho de reconocer dichas competencias al Estado.

Por esta razón el Tribunal Constitucional comienza por reconocer en el FJ 7 de la Sentencia que comentamos que:

«la ley impugnada es conforme a la Constitución en tanto representa un ejercicio de la competencia estatal sobre legislación en defensa de la competencia y en tanto, además, atribuye al Estado la ejecución respecto de prácticas restrictivas de la competencia que, teniendo lugar en un ámbito territorial no superior al de la Comunidad Autónoma, puedan afectar a la libre competencia en el conjunto del mercado nacional o en ámbitos supracomunitarios».

Afirmación a la que de inmediato se añade lo siguiente:

«su inconstitucionalidad, en cambio, habrá de declararse en la medida en que atribuya al Estado la totalidad de la competencia ejecutiva, invadiendo, de este modo, las competencias de tal índole que, a tenor de cuanto se ha dicho, han de reconocerse a las Comunidades Autónomas recurrentes».

En definitiva, el fallo de la sentencia es consecuencia de la existencia de una competencia compartida en ejercicio de funciones ejecutivas, y por ello la inconstitucionalidad reside en el desconocimiento de la posi-

de las Comunidades Autónomas, sostuvo que «en el supòsit objecte del present Dictamen, en què l'acció legislativa i administrativa de protecció de la lliure competència s'enmarca en un mercat regit pel principi d'unicitat, l'admissió de determinades facultats executives en poder de les institucions centrals de l'Estat s'ha de reputar raonable, ja que només aquestes podran actuar eficaçment per a la prevenció i la repressió d'aquelles pràctiques que posin en perill la lliure competència en porcions del mercat que superin el territori d'una determinada Comunitat Autònoma o que, fins i tot en el cas que no el superin, tinguin una clara transcendència per el funcionament del mercat nacional».

<sup>18</sup> El fallo de la Sentencia establece que procede «estimar parcialmente los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Gobierno vasco y el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña y, en consecuencia, declarar inconstitucional la cláusula «en todo o en parte del mercado nacional», contenida expresamente o por remisión en los artículos 4, 7, 9, 10, 11 y 25.a) y c), en la medida en que desconoce las competencias ejecutivas de la legislación estatal sobre defensa de la competencia atribuidas a las Comunidades Autónomas recurrentes en sus respectivos Estatutos, difiriendo su nulidad hasta el momento en que, establecidos por la Ley estatal los criterios de conexión pertinentes, puedan las Comunidades Autónomas ejercerlas».

bilidad de funciones ejecutivas autonómicas. Desconocimiento que se hace patente en la redacción de los preceptos que atribuyen, sin matización alguna, todas las competencias ejecutivas a los órganos estatales. Esta atribución excluyente de toda presencia autonómica se concreta en los preceptos que atribuyen las competencias de ejecución a los órganos estatales en relación a los actos contrarios a la libre competencia «en todo o en parte del mercado nacional». Al no establecer distinción alguna sobre la incidencia territorial de la actividad contraria a la libre competencia se excluye la presencia de órganos autonómicos en ejecución de la legislación estatal.

La declaración de inconstitucionalidad se proyecta, por tanto, sobre aquellos preceptos que al regular funciones ejecutivas, en virtud de su referencia a la cláusula en todo o en parte del mercado nacional, niegan de facto que la ejecución pueda corresponder a las Comunidades Autónomas. Así, dice el Tribunal Constitucional:

«en esta medida, y sólo en cuanto suponen desconocimiento de las competencias autonómicas, las cláusulas en todo o en parte del mercado nacional, que dichos preceptos contienen expresamente o por remisión han de ser declaradas contrarias al orden constitucional de competencias».

De esta forma no se niega la competencia ejecutiva estatal en relación a los mismos actos de intervención. Lo que es inconstitucional es negar que cuando se trate de actos realizados dentro del territorio de una Comunidad Autónoma y que carezcan de trascendencia sobre el mercado supraautonómico, la función ejecutiva en aplicación de la normativa estatal en materia de defensa de la competencia pueda corresponder a las Comunidades Autónomas.

## 6. LA NULIDAD DIFERIDA DE LOS PRECEPTOS DECLARADOS INCONSTITUCIONALES Y LA LEY 52/1999, DE 28 DE DICIEMBRE, DE REFORMA DE LA LEY 16/1989 DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Sin duda alguna, uno de los contenidos más relevantes de la Sentencia 208/1999 es el que hace referencia a los efectos que se vinculan a la declaración de inconstitucionalidad acordada en relación a los preceptos impugnados.

El FJ 8 de la Sentencia establece que:

«dados los términos en que se declara la inconstitucionalidad de los preceptos a que se hace referencia en el fundamento jurídico anterior, ha de diferirse la nulidad de los mismos hasta el momento en que, establecidos por el Estado los criterios de conexión pertinentes, puedan las Comunidades Autónomas recurrentes ejercer las competencias ejecutivas que aquí se les reconocen. Pues, de lo contrario, se produciría en la defensa de la competencia un vacío no conforme con la Constitución, pues los intereses

constitucionalmente relevantes que con ella se tutelan podrían verse desprotegidos en el ámbito en el que la potestad ejecutiva correspondiese a las Comunidades Autónomas».

El contenido del fallo, que podríamos calificar de decisión responsable para evitar la creación de vacíos normativos<sup>19</sup>, no deja de plantear algún problema en relación al contenido de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de la propia Constitución. Como se ha dicho<sup>20</sup>:

«al margen los fallos interpretativos, la declaración de inconstitucionalidad ha de ir acompañada, en nuestro Derecho, de la eliminación del ordenamiento de la regla viciada. Esto es así no sólo porque la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional enlace, sin excepción aparente, declaración de inconstitucionalidad y declaración de nulidad (art. 39.1), si no, antes aún, porque la propia Constitución prescribe ya, aunque de muy rodeada manera, la expulsión —dicho ahora de manera abierta— del precepto juzgado inconstitucional (pérdida de vigencia, según el art. 164,1). La anulación es, en la actualidad, la consecuencia típica de la declaración de inconstitucionalidad en nuestro Derecho y la única, desde luego, que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional previó de modo expreso».

Nuestro sistema de justicia constitucional no parece, pues, en principio, admitir soluciones razonables como las establecidas en otros ordenamientos para evitar los efectos negativos derivados de la nulidad de los preceptos declarados inconstitucionales. Así, por ejemplo, en el sistema austríaco está previsto, para evitar los problemas derivados de la creación de vacíos normativos por parte del Tribunal Constitucional, que este último mantenga en vigor la norma declarada inconstitucional hasta tanto el legislador la derogue. El artículo 140.5 de la Constitución austríaca faculta al Tribunal Constitucional para establecer un plazo, que no podrá exceder de 18 meses, dentro del cual el legislador apruebe la nueva Ley que derogue la Ley inconstitucional. De este modo no se crea un vacío normativo, ni se obliga al Tribunal Constitucional a fijar el nuevo criterio de actuación para cubrir el vacío normativo que el mismo crearía con una declaración de nulidad de la norma impugnada<sup>21</sup>.

Sin embargo, lo cierto es que nuestro Tribunal Constitucional, para evitar los efectos negativos de sus propias declaraciones de inconstitucionalidad se ha considerado habilitado para dictar sentencias de mera inconstitucionalidad, aunque no admitía hasta el presente las sentencias

<sup>19</sup> Tomamos la expresión «decisión responsable» del interesante trabajo de J. JIMÉNEZ CAMPO, «Sobre los límites del control de constitucionalidad de la ley», en la obra dirigida por E. AJA, *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel, 1998, p. 194.

<sup>20</sup> Vid. J. JIMÉNEZ CAMPO, *op. cit.*, p. 194.

<sup>21</sup> Sobre el sistema austríaco, *vid.* el trabajo de H. SCHAFFER, en la obra citada en nota 19, p. 38. También son de interés las referencias a los sistemas alemán, p. 77; italiano, p. 118, y portugués, p. 251, contenidas en la misma obra colectiva, así como las conclusiones finales del mismo libro, pp. 280 ss.

en las que se eliminara de forma diferida el precepto declarado inconstitucional<sup>22</sup>.

La doctrina sobre los propios fallos del Tribunal Constitucional parece cambiar en la Sentencia que comentamos, pues en la misma se acude directamente a la técnica de los efectos diferidos de la inconstitucionalidad, con el fin de evitar un vacío legal y los efectos perniciosos que ello comportaría sobre el sistema general de protección del buen funcionamiento del mercado. Como dice la Sentencia comentada, de no establecerse esta eficacia diferida de la declaración de inconstitucionalidad:

«se produciría en la defensa de la competencia un vacío no conforme con la Constitución, pues los intereses constitucionalmente relevantes que con ella se tutelan podrían verse desprotegidos en el ámbito en el que la potestad ejecutiva correspondiese a las Comunidades Autónomas».

En efecto, si a la declaración de inconstitucionalidad se anudase el efecto en principio querido por la LOTC de la nulidad de los preceptos declarados inconstitucionales (con el matiz de que lo que se declara inconstitucional es el ejercicio de competencias ejecutivas estatales allí donde fuera posible la ejecución autonómica), se plantearía de inmediato el problema de saber cuándo es posible la intervención autonómica, y qué ocurre en estos casos con las actuaciones contrarias a la libre competencia hasta tanto no intervenga la Comunidad Autónoma competente.

Por esta razón el contenido del fallo parece razonable, al incorporar a nuestro sistema las técnicas ya existentes en otros ordenamientos en aras a evitar los mismos problemas que planteaba la Sentencia dictada. Razonabilidad en virtud del fin perseguido, y proporcionalidad por la adecuación entre dicho fin y la medida adoptada para conseguirlo. Pero, lo razonable y proporcionado de la medida no oculta las dudas sobre su adecuación al marco jurídico que rige la actuación del propio Tribunal Constitucional (el art. 39.1 LOTC).

El fallo presenta otros puntos de interés. La declaración diferida de inconstitucionalidad exige una actuación normativa de adecuación al sentido del fallo, tanto por parte del Estado como de la Comunidad Autónoma. Al Estado corresponde fijar los puntos de conexión pertinentes que determinen en qué casos es posible el ejercicio de las competencias ejecutivas autonómicas (supuestos en que no se incide sobre el mercado nacional en su conjunto). Fijados estos criterios por la ley estatal (el Estado posee en esta materia la competencia legislativa en exclusiva), la Comunidad Autónoma podrá ejercer sus competencias ejecutivas, y para ello deberá crear normativamente sus instrumentos de actuación.

<sup>22</sup> Vid. J. JIMÉNEZ CAMPO, *op. cit.*, p. 194, autor que critica la interpretación del artículo 39.1 LOTC que comporta no admitir una eliminación diferida de la norma. Para el citado autor «tal vez sea así, aunque no se me alcanza del todo por qué cabe hoy, con el texto vigente de la LOTC, soslayar a veces, pero nunca posponer la anulación de la regla constitucional. Sean cuales sean, en todo caso, las posibilidades interpretativas que admita hoy la LOTC, no creo —en términos ya de *lege ferenda*— que la Constitución impida, de modo inequívoco, una técnica semejante».

El ejercicio de las competencias ejecutivas requiere disponer de los medios organizativos adecuados a la nueva función. Por ello las Comunidades Autónomas podrán dictar las normas organizativas que se integran en el concepto de función ejecutiva en tanto crean los medios necesarios para actuar. Estas normas organizativas pueden incluso aprobarse antes de que el Estado elabore su ley en cumplimiento de la Sentencia del Tribunal Constitucional. De este modo las Comunidades Autónomas podrán tener articulado el aparato administrativo necesario para que, tan pronto se fijen los puntos de conexión por el legislador estatal, pueda iniciar el ejercicio de sus competencias ejecutivas.

El fallo no predetermina el plazo dentro del cual el Estado debe fijar los nuevos puntos de conexión. La Ley 16/1989 no tiene, pues, una fecha de nulidad previamente conocida en relación a sus preceptos declarados inconstitucionales. El Tribunal Constitucional se limita a decir que:

«del hecho de que no se acuerde la nulidad inmediata de aquellos preceptos de la Ley que se declaran inconstitucionales se infiere la persistencia de una situación anómala, en la que las competencias controvertidas pueden seguir siendo ejercitadas por el Estado. *Esta situación es, desde luego, provisional y, por supuesto, debe acabar cuanto antes.* La lealtad constitucional obliga a todos (STC 201/1990, FJ 4), y en este caso especialmente al Estado, a ponerle fin en el plazo más breve posible».

La propia indeterminación del fallo (la situación debe acabar cuanto antes) deja abiertos los interrogantes sobre cómo solucionar una hipotética inactividad del legislador estatal, y en qué momento se entendería que esta inactividad contraria al mandato del fallo se ha producido.

La publicación de la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, posterior por tanto a la Sentencia del Tribunal Constitucional, no da respuesta a los requerimientos del Tribunal Constitucional, aunque sí que los tiene presentes. Al haberse publicado de forma inmediatamente posterior a la Sentencia, en virtud de un proyecto de ley que no pudo tener en cuenta su contenido, se recoge en el último momento la doctrina del Tribunal Constitucional en una disposición final, pero no se lleva al texto la fijación de los puntos de conexión. De esta forma, aunque seguramente no podía actuarse de otro modo, no se resuelve el problema y se crean otros.

La nueva Ley se limita a establecer en la disposición final segunda que:

«antes del 1 de octubre del año 2000, el Gobierno presentará en el Congreso de los Diputados un proyecto de ley por el que se regulen los criterios de conexión determinantes de la atribución al Estado y a las Comunidades Autónomas de competencias, previstas en el marco legal defensa de la competencia, referidas al conocimiento y aplicación de la normativa estatal



relativa a conductas prohibidas y autorizadas, en cumplimiento de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1999»<sup>23</sup>.

La solución legislativa, como hemos dicho, no deja de plantear algunos problemas en relación a la constitucionalidad del nuevo texto legal.

En efecto, la introducción en el fallo de la Sentencia del Tribunal Constitucional de la técnica de diferir los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de determinados preceptos de la Ley impugnada al futuro, hasta tanto el legislador adopte las medidas oportunas, no creemos que permita que el mismo legislador, una vez dictada la Sentencia, dicte textos de idéntico contenido competencial a los declarados inconstitucionales, durante el período abierto por el Tribunal Constitucional para aprobar una nueva ley en la que se recojan los criterios establecidos en su sentencia.

De hecho esto último es lo que ocurre con la Ley 52/1999. Esta Ley, dictada con posterioridad a la Sentencia del Tribunal Constitucional, no fija los criterios de conexión determinantes de la atribución al Estado y a las Comunidades Autónomas de sus respectivas competencias. Se limita a exigir al Gobierno que presente un proyecto de ley con este contenido antes del 1 de octubre del año 2000, sin fijar, por tanto, tampoco un plazo dentro del cual la Ley deberá ser aprobada (bien es verdad que este mandato, que hubiera dirigirse a las Cortes, no podía establecerse). Pero al mismo tiempo la Ley 52/1999 mantiene el esquema competencial de la vieja Ley, y se remite a preceptos de la Ley 16/1989 que fueron declarados inconstitucionales. Así, por ejemplo, del nuevo artículo 7 desaparece la referencia a «en todo o en parte del mercado nacional», pero ahora se atribuye la competencia al Tribunal de Defensa de la Competencia cuando se distorsionen gravemente las condiciones de competencia en el mercado, sin más precisión, sin admitir, por tanto, tampoco la intervención de los órganos autonómicos. O el nuevo artículo 25.b), que establece que es competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia autorizar los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas a que se refiere el artículo 1, en los supuestos y con los requisitos previstos en el artículo 3. Precepto que coincide con el artículo 25.c) de la vieja Ley, declarado inconstitucional, y que se remite al artículo 1 en donde

<sup>23</sup> Esta solución trata de justificarse en la exposición de motivos de la Ley en los términos siguientes: «los aspectos sustantivos de la reforma únicamente se refieren a aspectos integrantes del régimen jurídico de defensa de la competencia que en su momento, una vez se haya procedido conforme indica el alto Tribunal a tramitar y aprobar la correspondiente Ley que regule los criterios de conexión determinantes de las atribuciones al Estado y a las Comunidades Autónomas de competencias en la materia, podrán ser aplicados por unos órganos integrados en una u otra Administración conforme a lo que se establezca en el citado texto legal. Por ello, y cumpliendo lo establecido por el Tribunal Constitucional, que declara entre tanto la validez del sistema actual, se introduce un mandato al Gobierno para que presente al Congreso de los Diputados un proyecto de ley por el que se regulen los criterios de conexión determinantes de la atribución al Estado y a las Comunidades Autónomas de competencias, previstas en el marco legal de defensa de la competencia, referidas al conocimiento y aplicación de la normativa estatal relativa a conductas prohibidas y autorizadas».

aparece la cláusula «en todo o en parte del mercado nacional» declarada también inconstitucional.

Por tanto, la nueva Ley reincide en su contenido en una inconstitucionalidad ya declarada. La técnica de la inconstitucionalidad con efectos diferidos permite que siga produciendo efectos la norma inconstitucional hasta tanto se derogue por la nueva Ley conforme a la Constitución, pero difícilmente puede amparar la inconstitucionalidad de una Ley dictada con posterioridad a la Sentencia del Tribunal Constitucional durante el período en que se da cumplimiento al fallo. El plazo para la entrada en vigor de la derogación no puede entenderse como un plazo de exención constitucional, en el que pueda seguirse actuando y, por tanto, legislando, al margen de la Constitución, pues es tan sólo un plazo de validez diferida de la Ley declarada inconstitucional.

Ahora bien, ¿qué debemos entender que ocurre en la situación actual, una vez se ha dictado la Ley 52/1999? A nuestro entender, los nuevos preceptos contrarios al sistema competencial, por seguir ignorando las competencias ejecutivas de las Comunidades Autónomas, son inconstitucionales, pero podrán ser interpretados conformes a la Constitución una vez se dicte la norma prevista en la disposición final segunda. Dado que su inconstitucionalidad es por omisión, por no prever la intervención de las Comunidades Autónomas, una vez se reconozca esta intervención, podrán subsistir interpretándose en el sentido de que regulan las competencias ejecutivas del Estado sin perjuicio de la intervención de los órganos autonómicos en los supuestos establecidos en la nueva Ley. La nueva Ley, sin embargo, haría bien en declarar de forma expresa esta nueva interpretación de los mismos, esto es, que su referencia a las funciones ejecutivas de los órganos estatales no impide la actuación de los órganos autonómicos en los mismos supuestos si se cumple el criterio de conexión fijado en la propia norma legal.

Por otro lado, como las competencias ejecutivas reconocidas a las Comunidades Autónomas no pueden ejercerse hasta tanto se fijen los puntos de conexión por el legislador estatal y se creen los órganos autonómicos internos de actuación, puede concluirse que la nueva Ley ha dejado inalterado el problema competencial, con la única novedad que se ha precisado el contenido del fallo de la Sentencia del Tribunal Constitucional en el sentido de fijar un plazo al Gobierno para presentar el proyecto de ley que establezca los puntos de conexión (autofijación de un plazo ciertamente generoso).

## 7. LOS VOTOS PARTICULARES

El voto particular formulado por el Magistrado D. Julio González Campos, al que se adhieren los Magistrados D. Manuel Jiménez de Parga y D. Vicente Conde Martín de Hijas, discrepa de los razonamientos con-

tenidos en los fundamentos jurídicos 5 y siguientes de la Sentencia, así como del fallo, al entender que debieron desestimarse los recursos por corresponder al Estado tanto la potestad normativa como la ejecutiva. Es decir, entienden los Magistrados discrepantes que el Estado posee una competencia exclusiva en materia de defensa de la competencia, sin que deba reconocerse a las Comunidades Autónomas función ejecutiva alguna, ni siquiera la limitada a las intervenciones con efectos reducidos a su ámbito territorial y sin incidencia en el mercado nacional.

El núcleo del razonamiento discrepante se contiene en el punto 1.A del voto particular. Para los Magistrados discrepantes la Sentencia lleva a cabo una interpretación novedosa de la cláusula «sin perjuicio» de los artículos 10.27 EAPV y art. 12.1.5 EAC, interpretación, como vimos, consistente en estimar que mediante dicha cláusula se identifica una materia, la defensa de la competencia, materia que forma parte de la materia más amplia comercio interior, y sobre la que se atribuye a las Comunidades Autónomas la función ejecutiva, si bien limitada al control de las actuaciones que no inciden en el mercado nacional en su conjunto.

Frente a la línea argumental contenida en la Sentencia los firmantes del voto particular estiman que debió seguirse el razonamiento contenido en la STC 88/1986, según el cual:

«en orden a la determinación de la identidad o naturaleza de una intervención de los poderes en la disciplina del libre mercado y su consiguiente adscripción a uno y otro título competencial, resulta particularmente necesario acudir a criterios teleológicos, precisando el objeto predominante de la norma» [doctrina reiterada en la STC 264/1993, FJ 4.a)].

A partir de este principio interpretativo, se estima que la materia defensa de la competencia no podía quedar integrada en la materia comercio interior, por tener una finalidad propia y diferenciada, y estar vinculada al principio constitucional de libertad de empresa en el marco de la economía del mercado (art. 38 CE).

A este primer motivo de discrepancia se añade a continuación que la función ejecutiva reconocida a las Comunidades Autónomas no podía delimitarse por aplicación del artículo 149.1.13 CE. Así, se dice que si la Sentencia estima que las Comunidades Autónomas poseen la función ejecutiva en materia de defensa de la competencia en base al título estatutario, dicha función ejecutiva debería poder ejercitarse en relación con las conductas restrictivas o vulneradoras de la libre competencia con independencia del lugar donde se produzcan, afecten en todo o en parte al mercado nacional.

Por último se afirma que la cláusula sin perjuicio contenida en los Estatutos supone el reenvío a una Ley estatal, la Ley de Defensa de la Competencia, que será la que definirá el alcance de la competencia estatal sin límite alguno.

Como consecuencia de esta línea argumental se concluye que la legislación de defensa de la competencia, que se reconoce al Estado en virtud de la cláusula sin perjuicio, debía interpretarse de conformidad con los principios constitucionales a que se hace expresa referencia en el encabezamiento del artículo 12 EAC. Estos principios, unidad de mercado y competencia estatal para la ordenación general de la economía, suponen, según los firmantes del voto particular, que la competencia legislación de defensa de la competencia excluye la separación entre legislación y ejecución,

«porque sólo mediante la reserva en favor del Estado tanto de la competencia normativa como de la ejecución en materia de defensa de la competencia podía quedar asegurada la tutela de uno de los aspectos fundamentales del orden económico».

Personalmente discrepamos del razonamiento del voto particular. En primer lugar, su referencia al criterio teleológico recogido en la STC 88/1986 debe situarse en el contexto del conflicto relativo a aquella y otras sentencias en donde se recurre a este tipo de argumento. Dicho criterio puede ser utilizado cuando el conflicto competencial se produce en relación a una determinada actuación normativa o administrativa que debe encuadrarse en un ámbito material concreto. Atendiendo entonces a la finalidad de la norma o del acto podrá determinarse si forma parte de una u otra materia. Así ocurre en la STC 88/1986, pues en la misma se trataba de determinar si el contenido de una determinada norma (regulación de determinadas estructuras comerciales y ventas especiales) formaba parte de la materia defensa de la competencia o protección de los consumidores. Por ello el FJ 4 de la citada Sentencia afirma que:

«dadas las muchas de las veces inevitable conexión entre las normas de defensa de la competencia y de la protección de los consumidores, los criterios antes señalados —el de la materia regulada y el de la orientación o vocación predominante de la norma de que se trate— serán el determinante para la precisión de la atribución de la competencia».

Pero en la STC 208/1999 el conflicto competencial era de otra naturaleza. Se impugnó una Ley estatal por entender que desconocía una competencia autonómica, y para resolver el conflicto planteado era preciso resolver la cuestión relativa a si existía o no el título competencial alegado por las Comunidades Autónomas en virtud de lo establecido en sus propios Estatutos. Por ello entendemos que el razonamiento de la Sentencia es correcto, al afirmar primero que sí existe este título, limitado a la función ejecutiva en materia de defensa de la competencia, para a continuación identificar las actividades que forman parte de esta materia, como un tipo de intervención pública en la ordenación del mercado diversa de la más genérica ordenación del comercio interior (del mismo modo que la política de precios es un tipo de intervención que forma parte de la ordenación del comercio).

Fijado el alcance de la materia, la defensa de la competencia (lo que constituía el objeto del conflicto competencial) y la distribución competencial de las funciones sobre la misma (lo legislativo y lo ejecutivo), es cuando podrá acudir, ulteriormente, al criterio teleológico. Así, cuando se apruebe una norma o se dicte un acto y se deba decidir si tal norma o acto forman parte de dicha materia o de la ordenación del comercio o de la política de precios, para en base a esta adscripción resolver el conflicto competencial. Pero previamente se debía establecer si existía tal materia como una realidad diferenciada y cuál era su contenido, y para ello no podía acudir al criterio teleológico.

La delimitación que se hace en la Sentencia del alcance de la función ejecutiva autonómica, es decir, el determinar que sólo corresponderá a la Comunidad Autónoma la intervención sobre las actuaciones que no incidan en el mercado nacional en su conjunto (lo que requiere una nueva ley estatal que fije los puntos de conexión), también nos parece correcta. El recurso al artículo 149.1.13 CE, interpretado por la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional como un precepto que reconoce al Estado la competencia de ordenación general de la economía, justifica la delimitación de la función ejecutiva autonómica. Del mismo modo que las bases estatales pueden llegar a integrar actos de ejecución si ello es necesario para garantizar la unidad del mercado, la función ejecutiva en aplicación de la legislación propia puede corresponder al Estado con el mismo objetivo. Y esto es lo que nos dice la Sentencia.

En definitiva, la línea argumental de la Sentencia es correcta, mientras que lo que no demuestra el voto particular es que para conseguir los fines propios de la defensa del mercado sea en todo caso necesario mantener la unidad de la competencia legislativa y ejecutiva en manos del Estado.

A nuestro entender lo cierto es que en muchas ocasiones la aplicación de la norma estatal no requiere esta unidad de aplicación. Muchas son las actuaciones del Servicio de Defensa de la Competencia y del Tribunal de Defensa de la Competencia que se refieren a conductas de escasa relevancia territorial, que, por ejemplo, pueden responder a acuerdos de empresas de un mismo municipio. En estos casos, que son los que deberán ahora determinarse por el legislador estatal, la reserva estatutaria al Estado de la función legislativa en materia de defensa de la competencia permite reconocer a las Comunidades Autónomas la función ejecutiva. Legislación y ejecución son dos funciones claramente separadas en nuestro sistema de distribución competencial.

Por otra parte existen experiencias de Derecho comparado en las que estas funciones ejecutivas son compartidas entre el Estado central y los Estados miembros<sup>24</sup>, y el mismo modelo comunitario nos ofrece

<sup>24</sup> Una clara exposición del modelo alemán, de ejercicio compartido de competencias ejecutivas, la encontramos en la obra de CASES PALLARES, *op. cit.*, pp. 657 ss.

un claro ejemplo de separación en esta materia entre la legislación y la ejecución <sup>25</sup>.

El otro voto particular corresponde al Magistrado D. Fernando Garrido Falla, voto concurrente, ya que quien lo formula votó a favor de la Sentencia.

El Magistrado firmante del voto plantea observaciones en relación a algunas de las líneas argumentales de la Sentencia. La de mayor relevancia es la que le lleva a afirmar que la materia defensa de la competencia no es una submateria de comercio interior, sino una actividad que cabe integrar dentro de la materia del artículo 149.1.13 CE. Si se coincide con el fallo de la Sentencia es por entender que en base a este título competencial era posible reconocer funciones ejecutivas a las Comunidades Autónomas para actos realizados dentro de su territorio y sin trascendencia supraautonómica (en este punto, se dice, siempre que se trate, por tanto, de comercio interior, es decir intracomunitario y sin repercusión exterior. Concepto de comercio interior que utilizado en este sentido crea, a nuestro juicio, confusión, ya que las referencias estatutarias al comercio interior tratan de diferenciar esta materia del comercio exterior, sin hacer referencia al intracomunitario sino al intraestatal).

## 8. CONCLUSIONES

A la vista de todo lo expuesto podemos concluir que, a nuestro juicio, la Sentencia 208/1999 resuelve acertadamente el conflicto planteado en su día por las Comunidades Autónomas del País Vasco y Cataluña en defensa de sus competencias ejecutivas en materia de defensa de la competencia.

El conflicto planteado tenía como singularidad el modo a través del cual se había asumido en los Estatutos de Autonomía la competencia reivindicada. La singularidad reside en el hecho de que los Estatutos de Autonomía, en relación a la materia defensa de la competencia, no asumen como propia una materia no reservada expresamente al Estado en el artículo 149.1 CE, sino que establecen que la competencia exclusiva sobre comercio interior se ejercerá sin perjuicio de la competencia estatal en materia de legislación sobre defensa de la competencia. Es decir, de hecho lo que hacen es reconocer al Estado una parte de la competencia

---

<sup>25</sup> La referencia al modelo comunitario aparece en la argumentación del recurso presentado por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, y se recoge en el FJ 4 de la Sentencia. Si bien el Tribunal Constitucional recoge la doctrina ya consolidada sobre la autonomía institucional en la aplicación interna del Derecho comunitario, esto es, que la aplicación de dicho Derecho no altera el sistema interno de competencias, señala al final de su razonamiento que «no cabe ignorar que la propia interpretación del sistema de distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas no se produce en el vacío y, por tanto, no sólo es útil sino también obligado para su correcta aplicación el prestar atención al modo en que una determinada institución jurídica ha sido configurada por la normativa comunitaria».

en materia de defensa de la competencia, la función legislativa, creando una competencia compartida Estado-Comunidad Autónoma.

A partir de esta formulación estatutaria se concluye que la materia defensa de la competencia tiene una sustantividad propia, y que constituye un ámbito material integrado en la materia más amplia que es el comercio interior. La función que corresponde a las Comunidades Autónomas en relación a esta materia es la ejecutiva. Pero esta función ejecutiva no se posee en exclusiva, ya que puede también corresponder al Estado cuando las actuaciones a controlar incidan en el funcionamiento del mercado nacional. Por tanto, se define una función ejecutiva compartida en razón de la incidencia de la actividad sobre la que se debe intervenir.

La doctrina del Tribunal Constitucional se sostiene sobre criterios ya elaborados por el mismo Tribunal en relación al significado de las competencias ejecutivas y la distinción entre las funciones legislativas y ejecutivas, así como sobre el significado del título competencial ordenación general de la economía, título que en este caso permite extender la competencia legislativa del Estado hasta la función de dictar actos concretos si la aplicación de lo previsto en la Ley no permite otra solución diversa. Insistimos, pues, en que a nuestro entender la única novedad del caso enjuiciado es el análisis de la construcción estatutaria de la competencia autonómica para la ejecución de la legislación sobre defensa de la competencia.

Resuelto el tema competencial a favor de la pretensión de las Comunidades Autónomas, la Sentencia no niega las competencias ejecutivas estatales, ya que reconoce también al Estado la posibilidad de dictar actos ejecutivos en materia de defensa de la competencia.

La declaración de inconstitucionalidad se limita a aquellos preceptos en los que de forma indirecta se venía a negar toda posible actuación a las Comunidades Autónomas, al atribuir todas las competencias de intervención a los órganos estatales. Pero esta declaración de inconstitucionalidad introduce como novedad destacable el hecho de configurarse como una declaración con efectos diferidos, de modo que, atendiendo a los perjuicios que provocaría una nulidad inmediata de los preceptos declarados inconstitucionales, se mantiene su validez hasta tanto el legislador derogue estos preceptos mediante una nueva Ley adecuada a los mandatos competenciales contenidos en la Sentencia.

Este contenido del fallo traslada a la futura Ley la resolución del problema central que plantea el ejercicio de las competencias ejecutivas en la materia defensa de la competencia, esto es, determinar cuándo es preciso que intervengan los órganos estatales en garantía de la unidad del mercado nacional. La fijación de los criterios de conexión pertinentes deberá dar respuesta a esta cuestión. Por el momento, la Ley 52/1999 ha impuesto al Gobierno un límite temporal, el primero de octubre de 2000, para que presente el proyecto de ley en que deberá abordarse esta cuestión.

El contenido de la Sentencia fuerza, por tanto, a definir los respectivos campos de actuación en el ejercicio de la función ejecutiva, tarea que deberá ser acometida «cuanto antes» por el legislador estatal. Pero el contenido de la Sentencia obligará a su vez a las Comunidades Autónomas a asumir su responsabilidad, creando los órganos internos necesarios y eficaces para que apliquen lealmente el marco normativo estatal.

En relación con este último punto, y recogiendo la observación que formula al final de su voto particular el Magistrado D. Fernando Garrido Falla<sup>26</sup>, apuntamos dos últimas consideraciones. Por un lado, creemos que sería factible que las Comunidades Autónomas que lo estimaran conveniente atribuyeran el ejercicio de sus competencias ejecutivas a los órganos estatales, mediante un acto de traslado voluntario de tal ejercicio, formalizado como una delegación competencial ascendente, que podría incluirse en un convenio de colaboración.

Por otro lado, como reflexión final de carácter mucho más general, entendemos también que si bien la solución a la que llega la Sentencia es la que deriva del bloque de constitucionalidad, la aplicación de la política de defensa de la competencia podría haberse articulado en base a un modelo de integración de las Comunidades Autónomas en órganos de ámbito estatal. Es decir, en lugar de separar la función ejecutiva en dos niveles competenciales, se podría haber definido un modelo de órganos unitarios con participación en su composición de las Comunidades Autónomas. Pero este modelo, que no responde a la previsión del bloque constitucional al asignar las competencias en esta materia, ya sólo podría surgir de un acuerdo general Estado-Comunidades Autónomas.

---

<sup>26</sup> En el voto particular citado se contiene la siguiente afirmación: «en cuanto al fallo (que he votado) mis reservas mentales tienen que ver con el hecho de que, por la vía de un recurso de inconstitucionalidad, hemos resuelto, en puridad, un conflicto de competencias planteado por dos singulares Comunidades Autónomas que ha de tener inevitablemente, sin embargo, efectos *erga omnes*».