

El acto administrativo ante la legislación de Defensa de la Competencia

FERNANDO DE LEMUS CHÁVARRI*

A diferencia de la Ley 110/1963, la vigente Ley 16/1989, sobre todo después de la modificación operada por el RDL de 7 de junio de 1996, parece que deja dentro de su ámbito determinadas actuaciones de la Administración. La doctrina más reiteradamente mantenida por el Tribunal de Defensa de la Competencia, continúa declarando fuera de su ámbito de actuación a los actos administrativos si bien, en algún caso, se ha manifestado en un sentido distinto.

Nuestra tesis, apoyada en la experiencia de trabajo en la Abogacía del Estado ante la Audiencia Nacional, Organo revisor de las actuaciones del TDC, es la de que, en la realidad jurisprudencial, los actos administrativos que sean realmente tales, continúan al margen del ámbito de la competencia y, a esta tesis, se puede reconducir el criterio de «operador-regulador» de Mercado más recientemente utilizado por el Tribunal e, incluso, el propio texto del artículo 2º de la Ley de Defensa de la Competencia que dejaría, como único supuesto teórico de un acto administrativo residenciable ante el TDC, aquel que hubiera sido dictado manifestamente fuera de las potestades de la Administración autora del mismo.

Palabras clave: legislación, organización administrativa, Defensa de la Competencia.

Clasificación JEL: K51.



COLABORACIONES

1. Planteamiento: carácter del Tribunal de Defensa de la Competencia

Parece oportuno, como trámite previo al examen de la posición jurídica del acto administrativo ante la legislación sobre Defensa de la Competencia, determinar el carácter del órgano fundamental de aplicación de la misma, es decir, el del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante TDC). En este aspecto, llama la atención que, conforme va situándose este Tribunal dentro de la posición jurídica que de acuerdo con su naturaleza le corresponde, esto es, la de órgano administrativo, paralelamente, parece que el legislador intenta ampliar el ámbito de sus com-

petencias y, muy especialmente, en el tema referente al control de los actos administrativos que es el objeto del presente estudio.

El TDC se crea en virtud de lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 110/63, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia con «plena y absoluta independencia en su gestión» (artículo 7) y dotado de una competencia que «será privativa en cuanto a las declaraciones o intimaciones previstas en esta Ley, y las resoluciones que el mismo adopte en la materia gozarán de presunción legal de certeza sin posibilidad de prueba en contrario, y surtirán plenitud de efectos jurídicos en todos los ámbitos jurisdiccionales o administrativos, sin perjuicio de que las consecuencias civiles, penales o laborales que de ellas deriven sean deducidas en cada caso para la juris-

* Abogado del Estado. Inspector de Finanzas del Estado.

dicción que corresponda» (artículo 10). Es preciso subrayar el rango auténticamente extraordinario que el Legislador quiso atribuir a este Tribunal, ya que, sin perjuicio de que no se defina estrictamente su naturaleza, pues simplemente se determina en su artículo 7º que «en lo administrativo» estará adscrito al Ministerio de Comercio, es lo cierto que se le asigna una «competencia» privativa, teniendo sus resoluciones «presunción legal de certeza», expresión esta ya en su momento anacrónica al igual que la paralela del Código Civil, que en definitiva quiere poner de relieve que las resoluciones del Tribunal tendrían la doble cualidad de cosa juzgada material y cosa juzgada formal, ya que, de un lado «surtirán plenitud de efectos jurídicos en todos los ámbitos jurisdiccionales o administrativos» y, de otro, «quedarán excluidas de la vía contencioso-administrativa y contra las mismas solo se dará Recurso de Súplica para ante el Pleno del propio Tribunal» (artículo 29). Pues bien, el período durante el cual el Tribunal estaba investido de tan extraordinarias potestades coincide, como tendremos la ocasión de ver seguidamente, con una situación de imposibilidad de residenciar, ante el mismo, actuaciones de las Administraciones Públicas de cualquier tipo.

La situación descrita cambia radicalmente en virtud de la vigente Ley de Defensa de la Competencia 16/1989, de 16 de julio (en adelante, LDC). Esta norma, no duda en calificar al Tribunal, en su Exposición de Motivos, de órgano administrativo, sujetando sus resoluciones a la posibilidad de un Recurso Contencioso-Administrativo (artículo 49). En el mismo sentido, el Tribunal queda adscrito «orgánicamente», al Ministerio de Comercio (y no sólo en lo administrativo «como señalaba la legislación anterior») y no obstante proclamarse su independencia, la Ley vigente no contiene manifestaciones tan rotundas como las referentes a la «competencia privativa» y, mucho menos, a que sus resoluciones causasen estado, incluso en el ámbito jurisdiccional. Finalmente, resulta interesante citar, más bien por su específico contenido y pronunciamiento que por su relevancia dentro del Derecho Interno, la conceptualización efectuada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en relación con el Tri-

bunal de Defensa de la Competencia español, en la Sentencia de 16 de julio de 1992.

Esta resolución, partiendo de la independencia proclamada de los miembros del Tribunal, de su directa sujeción al Derecho y del carácter contradictorio de su actuación, llega a la conclusión de que este Órgano debe ser calificado como de Jurisdiccional. Realmente este concepto de jurisdiccional no compagina, en absoluto, con la «potestad jurisdiccional» a que se refiere el apartado 3 del artículo 100 de la Constitución Española y que se atribuye a los Juzgados y Tribunales. En efecto, los Jueces y Magistrados de acuerdo con el artículo 117 de la Constitución integran el Poder Judicial y tienen la cualidad de independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la Ley, agregando el apartado segundo del mismo artículo citado, que no podrán ser separados, suspendidos, trasladados o jubilados sino por alguno de las causas y con las garantías previstas en la Ley. Estas cualidades no parecen aplicables a los miembros del TDC que, en definitiva, ni están integrados en el Poder Judicial, pues son Altos Cargos de la Administración, dependiendo su regulación de la Administración misma, ni son inamovibles, salvo durante un período de cinco años lo que, en teoría podría coartar su independencia, sobre todo si se tiene en cuenta que la mayor parte de sus miembros pertenecen a carreras funcionariales, no obstante que en la realidad práctica este órgano administrativo haya hecho gala de estar totalmente por encima de cualquier presión de la Administración. En definitiva, no parece haber duda acerca del carácter de Entidad administrativa que tiene el TDC sin perjuicio de que, como ha declarado el Tribunal Constitucional, sea el único órgano competente para la aplicación de la LDC, cualidad esta que podrá servir de importante ayuda a los efectos de determinar los límites de su potestad enjuiciadora en relación con las actuaciones de la Administración, si bien no hasta el punto de ser un criterio absolutamente determinante, por cuanto que, no existiendo un obstáculo constitucional, es perfectamente posible que una Ley articule un sistema de control sobre los actos administrativos a un órgano también de esta naturaleza y que, en definitiva, será al texto legal al que habrá que atender



COLABORACIONES

para determinar la amplitud de la competencia a este respecto. Cosa distinta es el que, si efectivamente el Legislador quisiera otorgar al TDC la posibilidad de enjuiciar actos administrativos, no pudiese obviar la multitud de problemas que surgirían al respecto, sin que sea el de menor grado, como más adelante tendremos ocasión de ver, la posibilidad de actuaciones revisorias simultáneas sobre un mismo acto por parte de un órgano administrativo como el TDC y un órgano netamente jurisdiccional como los Juzgados o Tribunales de lo CA.

2. Evolución legislativa

Ley 110/1963 de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia

La Ley 110/1963, de 20 de julio, trataba de llenar un vacío legislativo, a consecuencia del cual, actos individuales o convenios bilaterales o plurilaterales de empresarios, resultaban para un tercero «res inter alios facta» y, no obstante la enorme trascendencia que podían tener sobre su actividad económica, no existía instrumento jurídico alguno para defenderse frente a las mismas, si respetaban, formalmente, los escasos límites existentes en el Ordenamiento Jurídico, básicamente constituidos por el Código Penal y la legislación sobre la Propiedad Industrial. Por esta razón, no existía duda alguna acerca de que era el ámbito mercantil, el que se encontraba huérfano de esta regulación, sin que el, ya en aquella época muy elaborado Derecho Administrativo, adoleciese de la misma falta de vías jurídicas a facilitar a los ciudadanos para defenderse de posibles abusos o ilegalidades de las Administraciones Públicas. En este sentido, el artículo 1 de la Ley referente a las denominadas prácticas colusorias así como el artículo 2 en el que se enumeran las denominadas prácticas abusivas, establecen, sin lugar a dudas, que los sujetos activos de las prácticas que se prohíben son exclusivamente las empresas. La Ley habla de «convenios entre empresas así como los acuerdos y decisiones de todo género de uniones, asociaciones o agrupaciones de *aquella*» (artículo 1) e, igualmente, proclama que «así mismo quedan prohibidas aquellas

prácticas abusivas mediante las cuales una o varias *empresas* exploten su posición de dominio en la totalidad o parte del mercado» (artículo 2) explicando el apartado dos de este mismo precepto, cuando una o varias empresas, término que repetitivamente se utiliza, puede considerarse que ostenta una posición de dominio. Por si quedase alguna duda, la Exposición de Motivos de la Ley proclama rotundamente que no es el objetivo de la misma el enjuiciamiento de los actos administrativos. En consecuencia, y aunque el Legislador partiese de un concepto no muy preciso desde el punto de vista jurídico como es el de «empresa», no cabe la menor duda de que tal denominación no es aplicable, en absoluto, a una Administración Pública que actúe investida de su potestad, por lo que, no obstante el que la normativa actual supere ampliamente a la Ley de 1963 tanto en técnica y precisión jurídica como en las garantías para los administrados, un importante extremo, que es precisamente el que nos ocupa, estaba resuelto de una manera indudablemente más clara bajo el imperio de la citada norma.

Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia

La normativa actual sobre la materia está constituida por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, modificada de manera importante en el extremo que nos ocupa, por el *Decreto Ley de 7 de junio de 1996* que añadió un nuevo párrafo segundo al artículo segundo de esta Ley. Pues bien, aunque la estructura e, incluso, el propio articulado no son radicalmente distintos en esta norma que en la del año 1963, en el tema que estamos ocupando, es decir, en la relación entre la actividad de la Administración y las normas sobre defensa de la competencia, si encontramos una modificación trascendental. De un lado, el artículo 1 ha eliminado la constante referencia a las empresas que se contenía en la Ley del año 1963 y, de otro, y lo que es más importante, el artículo segundo en la redacción dada a este precepto por el ya citado RDL de 7 de junio de 1996, señala que:

«Por el contrario, serán de aplicación a las situaciones de restricción de la competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades admi-



COLABORACIONES

nistrativas, o sean causadas por la actuación de las Administraciones Públicas, los entes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal.»

Sin perjuicio de que volvamos volver más adelante y de forma reiterada sobre este punto, creemos importante ya subrayar, desde este momento, el que el Legislador ha evitado la utilización de un término perfectamente acuñado por la doctrina administrativista desde hace un siglo, cual es el de «acto administrativo». Como acabamos de observar en el precepto transcrito, el Legislador no se refiere a «actos administrativos», sino «actuaciones administrativas», diferenciación que no podemos considerar que haya sido arbitraria, sino plenamente querida por el Legislador. De otra parte, la norma enumera de forma conjunta a unas personas jurídicas cuya sujeción a las normas sobre defensa de la competencia resulta indubitada, como son las empresas públicas, con unos sujetos no sólo heterogéneos, como son las Administraciones Públicas, sino que su relación con la normativa que estamos examinando suscita ya, de entrada, una cierta perplejidad, simplemente partiendo del dato ya consignado de que esta normativa venía a llenar un vacío legislativo, en tanto que la actividad de aquellas estaba taxativamente regulada por la norma, hasta el punto tal que no puede lícitamente llevar a cabo actividad alguna, si no existe una norma que haya atribuido, previamente, la potestad para realizarla. Así las cosas, la mención de las Administraciones como posibles entes sujetos a la LDC, no contiene la precisión que hubiese aclarado de forma definitiva el tema, cual es la exigencia de que las Administraciones actúasen, en el caso de que se trate con sujeción al Derecho Privado o en paridad de situaciones con los empresarios particulares, sino que el Legislador atiende, también de una forma novedosa, dentro de nuestro sistema jurídico, a la existencia de «un amparo legal» o «reglamentario» para la actividad de la que se trate. Como habremos de ocuparnos con mayor detenimiento más adelante de este tema específico, consideramos suficiente, en este momento, poner de manifiesto que el Legislador de 1989, que, contrariamente a lo que hizo el de 1963 proclama, sin lugar a dudas, el carácter administrativo del TDC y la sujeción de

sus actuaciones a la revisión de los Tribunales Contencioso-Administrativos (en adelante TCA), sin embargo, cuando parece que la lógica consecuencia, por lo menos desde el punto de vista teórico, sería la exclusión del ámbito de la ley de los actos administrativos sujetos al Derecho Público, evita la utilización de una terminología clara y unívoca y, por el contrario, establece la sujeción a las normas de la competencia de las actuaciones de la Administración, apelando a un criterio un tanto novedoso y de no fácil inteligencia, cual es el ya señalado de la cobertura legal o reglamentaria.

3. Postura del Tribunal de Defensa de la Competencia acerca de la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia a los actos administrativos

Durante la vigencia de la Ley 110/1963

Aunque la claridad de la normativa entonces vigente parece que habría evitado la necesidad de un pronunciamiento del Tribunal sobre la materia, es lo cierto que ya desde la iniciación de la actividad de los Organos de Defensa de la Competencia, no han dejado de llover, sobre los mismos, denuncias sobre existencia de supuestas prácticas prohibidas, realizadas por las Administraciones Públicas. Por esta razón, consideramos interesante citar alguna resolución jurisprudencial, como es la del Pleno del Tribunal de 25 de enero del año 1985 que estableció:

«Que de la apreciación conjunta de los hechos comprobados y de la acertada interpretación que de ellos hace la resolución recurrida, se deduce que aquellos no están comprendidos en la prohibición del artículo 1º de la Ley 110/1963, de 20 de julio, sobre represión de prácticas restrictivas de la competencia, por no resultar probada la existencia de convenio colusorio alguno, ya que falta la necesaria pluralidad de sujetos activos: las empresas, requisito indispensable en una correcta interpretación del mencionado artículo primero, pues nos hayamos ante un caso, no de convenio colusorio, sino de simple concesión administrativa, cuya legalidad no corresponde a este Tribunal examinar o revisar, y que pudo ser objeto de



COLABORACIONES

impugnación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.»

Así pues, ante una concesión administrativa, en la aplicación de la Ley 110/1963, el TDC no se planteaba si la Administración concedente había actuado dentro del mercado como un operador o bien como un regulador del mismo, sino que atendía al simple hecho de tratarse de un acto administrativo que, por no emanar de una empresa, hacía imposible la producción del tipo legal contemplado en el artículo primero de aquella norma, remitiendo acertadamente para su impugnación, a los Organos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Durante la vigencia de la Ley de 1989

Exclusión del enjuiciamiento de actos administrativos

Sin perjuicio de las matizaciones introducidas en las diversas resoluciones, y de las que nos debemos ocupar más adelante, podemos ya proclamar como un común denominador de la inmensa mayoría de las mismas, la declaración de que el acto administrativo, como tal, queda fuera del ámbito de la LDC, bien porque se considere que la Administración que lo dicta no actúa dentro del Mercado, bien porque se subraye que actúa con potestades públicas de naturaleza exorbitante, o bien porque, con referencia a los términos del artículo segundo de la Ley, se constate que toda actuación administrativa requiere una norma previa de atribución de potestad, norma legal o reglamentaria que la excluiría de la aplicación de la Legislación de la Competencia. Citamos, a este respecto, la resolución de 28 de julio de 1994 la cual señala, concretamente, que:

«Acto administrativo es la declaración de voluntad, de juicio o de conocimiento de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria. El sujeto de la declaración en que el Organismo administrativo consiste ha de ser una Administración a través de un órgano dotado de la competencia oportuna o una persona sin la condición subjetiva de Administración Pública, pero que actúe con poderes delegados por una Admi-

nistración. El acto administrativo, por tanto, se presenta como el ejercicio de una potestad administrativa, la cual ha de recaer sobre una materia cuyo contenido ha de ser administrativo (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1991), reduciendo los efectos jurídicos que la potestad tiene como propios. *No hay potestad sin norma previa y todas las potestades están tasadas, no existiendo potestades intermedias*».

En el sentido indicado y sin ánimo exhaustivo, podemos citar las resoluciones siguientes:

«La decisión es un acto administrativo del Ayuntamiento... su impugnación deberá seguir las reglas generales de impugnación de los actos de los Ayuntamientos, normas que no atribuyen competencia al Tribunal para decidir el recurso». (Resolución de 18 de octubre de 1993 (Expediente A-58/93). Asunto: «Ayuntamiento de Sabadell».)

«... fijación de los precios se realizó mediante un acto administrativo sometido a las normas de Derecho público no susceptibles de ser revisadas por el TDC ...». (Resolución de 17 de enero de 1995 (Expediente r-99/94). Asunto: Ayuntamiento de Sabadell».)

«... la constante doctrina del Tribunal expresada en Resoluciones de 28 de julio de 1994 (Expte. 339/93, COAM), de 4 de marzo de 1994 (Expte. r-71/94, Farmacias de Canarias) y de 17 de enero de 1995 (Expte. R 99/94, Ayuntamiento de Sabadell), que afirma su falta de competencias para revisar la actividad administrativa y que se puede resumir así:

1. El TDC no es competente para proceder a la revisión de los actos administrativos. Estos deben ser recurridos en vía administrativa e impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

... aunque la consecuencia del ejercicio de una potestad administrativa por la Delegación del Gobierno denegando una autorización, sea restrictiva de la competencia, no puede el Tribunal analizar dicho ejercicio que habrá de ser impugnado en la vía administrativa o contencioso-administrativa. (Resolución de 24 de abril de 1995 (Expediente r-102/94). Asunto «Monopolio de Tabacos I».)

«El hecho denunciado por el Sr. Anca es, pues, un acto administrativo del Colegio Oficial de Far-



COLABORACIONES

macéuticos de Cantabria, que no puede ser revisado por el Tribunal de Defensa de la Competencia. (*Resolución de 3 de julio de 1995 (Expediente r-108/95). Asunto: «Farmacia de Santander».*)

«La incompetencia del Servicio y del Tribunal para tramitar y resolver la pretensión de que se revise la decisión del la Delegación del Gobierno... (*Resolución de 23 de octubre de 1995 (Expediente r-105/94). Asunto: «Monopolio de Tabacos II».*)

«4. Las decisiones o acuerdos de las Corporaciones Locales sobre concesión o denegación de tales licencias o autorizaciones, constituyen actos administrativos...

En consecuencia, su actividad no puede analizarse ni ser revisada por el Tribunal... (*Resolución de 1 de abril de 1996 (Expediente r-145/96). Asunto «Denegación de Venta Ambulante».*)

«... el Tribunal de Defensa de la Competencia no puede, tal y como pretende la recurrente, revisar actuaciones del Ayuntamiento de Madrid... pues si lo hiciera vulneraría el artículo 2º de la Ley de Defensa de la Competencia. (*Resolución de 19 de abril de 1996 (Expediente r-151/96). Asunto: «Ayuntamiento de Madrid».*)

«... El Servicio ha entendido que no es competencia suya ni del Tribunal decidir la nulidad o validez de las normas y de los actos administrativos... (*Resolución de 16 de enero de 1997 (Expediente r-173/96). Asunto: «Instituto Catalán de Inspección y Control».*)

«... Se trata, por tanto, de actos administrativos cuya impugnación debe realizarse ante el Gobierno de Navarra, ...cuya resolución desestimatoria debió ser impugnada ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa...» . (*Resolución de 19 de febrero de 1997 (Expediente r-186/96). Asunto: «Servicio Navarro de Salud».*)

También mantienen la misma doctrina las siguientes Resoluciones:

Resolución de 21 de septiembre de 1993 (Expediente 334/93). Asunto: «Marmolistas de Fuengirola». Resolución de 17 de diciembre de 1996 (Expediente r-175/96). Asunto: «Farmacias de Alicante». Resolución de 20 de marzo de 1998 (Expediente 419/97). Asunto: «Cruz Roja de Fuengirola».

Con independencia de la ininterrumpida línea

doctrinal del TDC inhibiéndose del enjuiciamiento de actos administrativos, el Tribunal, en cualquier caso, ha dejado constancia de que no procede aplicar la LDC a una determinada actuación cuando esta quede amparada por una norma legal o reglamentaria. Así ha establecido, por ejemplo, que aunque determinados profesionales (los Corredores de Comercio) tengan la cualidad inducta de operadores económicos, no resulta posible al Tribunal enjuiciar posibles prácticas anti-competitivas de los mismos, por venir amparadas en su reglamento. En este sentido, podemos citar las siguientes resoluciones:

Resolución de 30/10/93 (Expte. 325/92). Asunto: «Emorvisa». Resolución de 02/11/94 (Expte. 83/94). Asunto: «Publicidad de Abogados». Resolución de 28/06/96 (Expte. 141/96). Asunto: «Corredores de Comercio II». Resolución de 16/05/97 (Expte. 199/97). Asunto: «Corredores de Comercio 3».

Tratamiento de los actos de Corporaciones Profesionales

La misma tesis, reiteradamente mantenida por el TDC, de su falta de competencia para enjuiciar actos administrativos, ha sido proclamada en aquellos casos en que ha entrado a juzgar conductas de Colegios Profesionales estableciendo, con toda rotundidad que, de haber sido una Administración Pública la autora del acto, no procedería que el Tribunal a pasara conocer del mismo. Recordemos al efecto las siguientes Resoluciones:

Resolución de 20/11/92 (Expte. 313/92). Asunto: «Colegio de Arquitectos Vasco-Navarro». Resolución de 21/09/93 (Expte. 334/93). Asunto: «Parcesam». Resolución de 23/11/93 (Expte. 62/93). Asunto: «Colegio Oficial de Arquitectos de Asturias». Resolución de 30/12/93 (Expte. 333/93). Asunto: «Plancosa». Resolución de 28/07/94 (Expte. 339/93). Asunto: «C.O.A.M.». Resolución de 12/09/94 (Expte. 310/92). Asunto: «Retransmisión por TV de fútbol extranjero». Resolución de 05/06/97 (Expte. 372/96). Asunto: «Arquitectos de Madrid».

Sin embargo, existe una reciente resolución, que consideramos interesante examinar porqué,



COLABORACIONES

aún refiriéndose a un Colegio Profesional, aparece implicada aunque, si bien como veremos más adelante de una manera más aparente que real, una Corporación con el indubitado carácter de Administración Pública: el Ayuntamiento de Conil de la Frontera (Resolución de 29 de diciembre de 1998). Los antecedentes de la cuestión pueden resumirse en el hecho de que, en el término municipal citado, existían determinadas edificaciones humildes realizadas sin licencia municipal alguna. El Ayuntamiento, arbitró un procedimiento de legalización de estas construcciones exigiendo, como requisito indispensable, la incorporación de un informe emitido por un Arquitecto superior. Hasta ese momento no aparece problemática alguna ligada con la LDC, con la que se produce colisión, por el hecho de formularse un denominado Protocolo, en virtud del cual, el Colegio de Arquitectos de Andalucía Occidental, se comprometía a establecer unos honorarios que consideraba reducidos por la emisión de los informes de referencia, protocolo que fue también, formalmente, suscrito por la representación del Ayuntamiento de Conil. Pues bien, el TDC consideró, acertadamente, que el CAAO no podía fijar, unilateralmente, unos honorarios para una actividad en la que, el ejercicio profesional no estaba ya sujeto a la aplicación de aranceles inamovibles, sino que podían ser modificados en la negociación entre el profesional Arquitecto y el dueño de la obra. Sin embargo, a los efectos que interesan en nuestro examen, el extremo más importante estaba constituido por el hecho de que, el TDC, aun reconociendo que el Protocolo en cuestión no vedaba el acceso de profesionales de cualquier otro Colegio a la actividad en cuestión, vino a considerar que, en cierto modo, el Ayuntamiento de Conil de la Frontera, había convenido unos honorarios mínimos aplicables a terceros, con determinado Colegio de Arquitectos y, en definitiva, condenó a ambas Corporaciones, si bien la condena fue más bien teórica que real ya que se limitó a intimarles a abstenerse de realizar en el futuro prácticas de este tipo así como a publicar, en el BOE, la parte dispositiva de la resolución. Pues bien, a nuestro juicio, el TDC actuó con toda corrección jurídica, y dentro del ámbito de sus competencias, al proclamar que,

los informes técnicos necesarios para la legalización de las viviendas antes aludidas situadas en el término municipal de Conil, podían ser emitidos por cualquier profesional legalmente habilitado para ello y que, los honorarios serían los que se conviniesen, individual o colectivamente, entre los propietarios afectados y el profesional o profesionales que se encargasen de esta actuación técnica. Igualmente, la actuación del Tribunal sirvió para desvelar cualquier duda que pudiese derivar de la intervención municipal en este asunto, en especial sobre personas de escaso nivel cultural, acerca de la libertad de los interesados, tanto para la elección de arquitecto como para negociar los correspondientes honorarios. Ahora bien, ¿quiere esto decir que el Tribunal de Defensa de la Competencia sancionó un acto administrativo emanado del Ayuntamiento de Conil de la Frontera? A nuestro juicio, la repuesta debe ser negativa. En efecto, no parece difícil constatar que, en la firma del Protocolo anteriormente aludido, no existe manifestación alguna de voluntad administrativa ni, mucho menos, que tenga el efecto de atribuir, no ya derechos u obligaciones, sino ni siquiera facultades o deberes a persona alguna: el Ayuntamiento no obliga a los vecinos a dirigirse al CAAO ni a satisfacer los honorarios señalados en los mismos ni, correlativamente, el Colegio mencionado ni los profesionales que lo integran quedan obligados ante el Ayuntamiento a no poder exigir honorarios superiores a los que figuran en dicho Protocolo. La firma del referido convenio no es sino una de tantas situaciones en las, que las Administraciones Públicas, realizan una especie de tarea de «buena vecindad» a veces de tan poca entidad como limitarse a facilitar una información o el uso de locales municipales. Por el contrario, no es imaginable que un Ayuntamiento de cierta importancia, como es el caso de Conil de la Frontera, dictase una Ordenanza recogiendo los términos del Protocolo anteriormente señalados, y sancionando o privando de algún derecho o facultad a quien no se acogiese al mismo. En otras palabras, la actuación sancionada procedía únicamente del CAAO, sin perjuicio de que un acuerdo colegial en los términos citados pudiera ser, efectivamente, lesivo para la LDC, y sin que la intervención del Ayuntamiento



COLABORACIONES

se plasmase en acto administrativo alguno sino, exclusivamente, en una celebración de carácter, a nuestro juicio, publicitaria.

*El criterio operador-regulador:
el asunto Cruz Roja de Fuengirola.*

Un criterio que en las sentencias más recientes aparece con frecuencia invocado, a efectos de determinar la aplicación de la LDC y, en su consecuencia, la competencia del TDC, es el de la determinación si la Administración Pública autora de la actuación supuestamente vulneradora de la normativa que citamos, ha actuado como reguladora o como operadora del Mercado. A estos efectos, consideramos sumamente interesante la resolución denominada Cruz Roja de Fuengirola, que corresponde a expediente 419/97 y que lleva fecha de 20 de marzo de 1998. En resumen, la cuestión debatida en el caso que citamos, consistía en que se denunció que el Ayuntamiento de Fuengirola hubiese suscrito, con fecha 2 de enero de 1996, un «Convenio de Colaboración entre el Ayuntamiento y la Asamblea de Cruz Roja en Fuengirola», en el que, como contraprestación por los servicios prestados por la Cruz Roja y, a modo de subvención y ayuda del Ayuntamiento, este se compromete a conceder treinta licencias de ocupación de vía pública para máquinas de refrescos, habiéndose aprobado el correspondiente Convenio por la Comisión Municipal de Gobierno. Pues bien, la resolución comentada contiene, entre otros extremos, un resumen de las posturas mantenidas por el TDC cuando se trataba de enjuiciar actuaciones de las Administraciones Públicas, señalando a este efecto que, en ocasiones, se ha hecho referencia al carácter de sujeto diferenciando si se trataba de una Administración Pública propiamente tal, o si había constituido una sociedad de Derecho Privado para llevarla a efecto, en otras se atendía al criterio del acto administrativo como límite de la actuación del TDC al considerar que los Organos de Defensa de la Competencia no pueden enjuiciar los Organos Administrativos y, finalmente, a considerar que:

«... cuando las Administraciones Públicas actúan sometidas a Derecho, no pueden ser some-

tidas a enjuiciamiento concurrencial por actuar bajo el amparo legal a que se refiere el mencionado precepto».

Seguidamente, la resolución señala que la interpretación que va abriéndose paso consiste en considerar que:

«... el límite a la actuación de las Autoridades de la Competencia hay que establecerlo en el hecho de que las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la forma que adopten *actúen como operadores económicos cuya conducta incida en la estructura y el funcionamiento del mercado* ... esta interpretación orientativa resulta adecuada para delimitar el alcance de la intervención de las Autoridades encargadas de la Competencia para enjuiciar cuándo las Administraciones Públicas puedan convertirse en sujetos de las conductas prohibidas por la Norma reguladora de la libre competencia, al establecer el límite en el hecho de que actúe, o no, como operador económico».

Como señalamos anteriormente, ante la indefinición del Legislador que ha huido claramente de utilizar el término «acto administrativo» y lo ha sustituido por el de «actuaciones administrativas», el Tribunal ha dado una respuesta notablemente imaginativa, consistente en buscar, asimismo, conceptos nuevos y diferentes de los que está acuñados, hace largo tiempo, por el Derecho Administrativo y, en ese sentido, ha acudido al de «regulador» del mercado o bien de «operador» del Mercado. Evidentemente, estos conceptos no son radicalmente diferentes de los existentes en Derecho Administrativo, y no podía ser de otra forma, pareciendo que, en principio, puede entenderse que regula el Mercado quien actúa investido de una potestad pública, es decir, quien dicta actos administrativos y que, por el contrario, actúa como operador del Mercado, cuando se convierte en un sujeto de esta institución económica lo que, lógicamente, reclama la aplicación del Derecho Privado puesto que las normas por las que se disciplina la figura del Mercado no son otras que las de la oferta y la demanda, figuras económicas estas, absolutamente contrarias al criterio de potestad pública que se ejerce cuando la Administración utiliza sus prerrogativa, es decir, repetimos de nuevo, cuando emana actos administrativos propiamente dichos. Sin embargo, el



COLABORACIONES

criterio citado no creemos que haya resuelto gran cosa en el problema que debatimos, por cuanto que, en definitiva, y aunque sea sobre argumentaciones que estamos muy lejos de compartir, la resolución citada afirma:

«... por el contrario, no resulta posible realizar la misma afirmación (que actúa como un operador económico) respecto de la actuación del Ayuntamiento de Fuengirola. Es preciso realizar un esfuerzo para evitar que la firma de un Convenio con quien actúa como operador económico y el hecho de que existan contraprestaciones al mismo, produzca confusión sobre el carácter con el que actúa el Ayuntamiento. En la firma de este Convenio, el Ayuntamiento no asume obligaciones que supongan una actuación como operador económico, pues otorga a Cruz Roja determinadas licencias para poder actuar esta como una empresa, pero aquello que concede *no supone ni un bien ni un servicio sino, simplemente, una autorización administrativa*. Está, en consecuencia, actuando como regulador y no como operador económico y la actividad que desarrolla es una actividad regulatoria que no puede ser enjuiciada de acuerdo con las normas de Competencia. Un análisis más detallado de la actividad del Ayuntamiento —concesión de licencias para la instalación en la vía pública de máquinas de bebidas refrescantes— para tratar de averiguar si bajo la apariencia de actividad reguladora se esconde alguna actividad económica, no modifica la conclusión anteriormente apuntada. Se trata de una actuación de la autoridad local en la que actúa como regulador sin que sea posible entrever actividad económica alguna. *Si esta actividad se ha realizado o no de acuerdo con las leyes, es una cuestión ajena a la actividad de este Tribunal que no está llamado a revisar la actividad reguladora de las Administraciones Públicas*».

En consecuencia, como claramente puede advertirse, no obstante la brillante argumentación que contiene la resolución y las categorías de naturaleza económica que invoca, sin embargo la conclusión que alcanza es la de dejar al margen de la LDC y de la potestad de enjuiciamiento del correspondiente Tribunal a los actos administrativos, puesto que no es otra cosa lo que, en definitiva, dictó la Comisión de Gobierno del Ayunta-

miento de Fuengirola al aprobar un Convenio mediante el que se otorgaban determinadas licencias administrativas. Por esta razón, hemos incluido la cita de esta resolución entre aquellas en las que el Tribunal no se declara competente para el enjuiciamiento de actos administrativos. Así pues, el razonamiento del TDC, aunque brillante, no añade mucho desde el punto de vista jurídico, y esto se debe a la utilización alternativa de términos jurídicos y económicos dentro de la misma argumentación. En efecto, y con independencia de las observaciones que hacíamos anteriormente acerca de la similitud entre los conceptos de regulador y ente que actúa con potestad y el de operador y ente que actúa con sujeción a las reglas del mercado, no creemos que pueda admitirse la afirmación de que el otorgamiento de determinadas licencias *«no supone ni un bien ni un servicio sino, simplemente, una autorización administrativa»*. En primer lugar creemos que el TDC incurre en un cierto error de matiz, por cuanto que las licencias otorgadas eran de un doble carácter, no solamente para actuar, sino que al mismo tiempo comportaban una autorización demanial, es decir, un acto administrativo en virtud del cual se concede el derecho a un uso privativo y excluyente de una determinada porción del dominio público municipal —en este caso de las vías públicas de Fuengirola— que, solo se diferencia de la concesión de dominio público por el hecho de la menor duración de las primeras y el que no comportan la realización de obras de alteración o de carácter permanente. Así, el otorgamiento de un derecho de utilización de una porción de terreno, desde el punto de vista económico es absolutamente igual si se instrumenta como una concesión de dominio público por tratarse de un espacio de esta naturaleza o como un arrendamiento o un derecho de uso, si se trata de la ocupación de un local o espacio de carácter privado. Por ello, siguiendo el argumento que establece la resolución comentada, de que no es el carácter del acto, ni el que su autor actúe con sujeción al Derecho Administrativo o al Derecho Privado lo que posibilita la aplicación de la LDC, es lo cierto que al otorgar concesiones o autorizaciones de dominio público el Ente titular de los mismos actúa de una forma similar, desde el punto de vista económico, a la del propietario de un



COLABORACIONES

inmueble que lo arrienda o cede por precio y que, mediante esta operación, sin perjuicio de respetar los fines de interés público que toda Administración debe proteger, aspira a obtener determinados ingresos como consecuencia de la cesión o bien, como en el caso que nos ocupa en el que la cesión era de naturaleza gratuita, a otorgar una subvención o ayuda económica que incide, sin lugar a dudas, en el mercado, por cuanto que supone una competencia para quienes, mediante máquinas automáticas o en establecimientos de bebidas, proceden a ofertar al público los mismos productos que las máquinas propiedad de la Cruz Roja. A mayor abundamiento, y sin perjuicio de la facilidad que existe para comparar las autorizaciones y concesiones de dominio público con los contratos paralelos de Derecho Privado, no cabe la menor duda que, desde el punto de vista económico, una licencia de actividad tiene la consideración de bien y, salvo que exista una prohibición expresa, puede y es objeto de tráfico de mercado alcanzando, a veces, un valor muy superior al de los restantes elementos afectos a la actividad que se autoriza. ¿Significa esto que entendamos que debía haber sido sometido a enjuiciamiento el Convenio entre la Cruz Roja y el Ayuntamiento de Fuengirola? Rotundamente no. Ahora bien, lo que pretendemos en este comentario, es poner de manifiesto la inaplicabilidad de los conceptos de operador o regulador del mercado para delimitar el ámbito de aplicación de la LDC, no sólo por las dificultades de matiz para dilucidar en un caso concreto un tema jurídico basándose en conceptos de naturaleza económica y evitando otros que son de general aplicación y de tratamiento intensivo por parte de la doctrina y la jurisprudencia, sino porque aún atendiendo a criterios de mercado, parece evidente que, sin perjuicio de que repitamos una vez más, el acto de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Fuengirola era un acto administrativo y, por lo tanto, no residenciable ante el TDC, predomina en la actuación enjuiciada el carácter de operador del mercado sobre el de regulador del mismo. Complementando lo que señalábamos anteriormente acerca de las características de las autorizaciones y licencias municipales, entendemos también que al permitir a un administrado y no a otro el desarrollar una actividad o bien el per-

mitir que ocupe una porción de dominio público determinada persona o entidad y no otra, no se está regulando el mercado inmobiliario, lo que sucedería mediante la aplicación de la correspondiente ordenanza municipal, sino que se está realizando lo que ya hace decenios se admitió en la doctrina administrativista española como actividad de «dación de bienes al mercado».

Concluimos pues este apartado, señalando que, pese a las manifestaciones contenidas en la Resolución comentada, el TDC mantiene, a nuestro juicio, correctamente, el criterio de no enjuiciar actos administrativos, principio este reiterado también en la resolución comentada cuando señala que:

«... si esa actividad se ha realizado, o no, de acuerdo con las Leyes es una cuestión ajena a la actividad de este Tribunal que no está llamado a revisar la actividad reguladora de las Administraciones Públicas».

Una posible excepción que confirmaría la regla: el asunto Tragsa

El asunto que señalamos se originó como consecuencia de la denuncia presentada por la Agrupación de Contratistas Aragoneses de Obras Públicas, ante el Servicio de Defensa de la Competencia, acerca de que la repetida Sociedad Pública llevaba a cabo, directamente y sin licitación, un número apreciable de obras públicas, en especial en relación con actuaciones de defensa de la naturaleza, sin excluir otras relacionadas con comunicaciones, etc. El Servicio de Defensa de la Competencia (en adelante SDC), acordó el archivo de las actuaciones, por entender que, fundamentalmente, que las obras desarrolladas por al empresa pública en cuestión se encontraban enmarcadas en el supuesto del artículo 153 de la Ley de Contratos del Estado, es decir, de ejecución por la Administración de obras a través de una sociedad íntegramente pública. Esto no obstante, el TDC, en resolución de fecha 30 de abril del año 1996, intenta, de una manera auténticamente excepcional, llevar a sus últimas consecuencias el criterio de que la LDC puede aplicarse, incluso, a actos de la Administración Pública sujetos a Derecho Administrativo. En este senti-



COLABORACIONES

do, el TDC afirma, en primer lugar, que el acuerdo celebrado entre la Diputación General de Aragón y la Empresa Pública Tragsa, a efectos del desarrollo de las obras y servicios de carácter agrario, mejora del medio rural, etc., no puede considerarse una disposición reglamentaria, afirmación esta que es absolutamente evidente, puesto que se trata de un pacto entre dos entidades y no pretende, en modo alguno, reglar una sucesiva e indeterminada serie de situaciones que es lo que constituye el objeto normal de las disposiciones jurídicas. Seguidamente, pasa al examen de la argumentación de que, en aplicación del artículo 153.1.a) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, las obras ejecutadas por Tragsa deban considerarse como efectuadas por la Administración directamente y mediante la utilización de medios propios y, por lo tanto, exento de la obligación de licitación. A este respecto, de una manera que consideramos plenamente correcta, el TDC, sin plantearse si el Convenio impugnado constituye un Contrato Administrativo o bien si se encontraba ante una ejecución de obras directamente por la Administración, establece que el Convenio en cuestión:

«... convierte en habitual un procedimiento excepcional y va más allá del mandato contenido en el Real Decreto en el que se procedió a una selección conjunta de los tipo de obra que serán objeto de régimen excepcional, convirtiendo una obligación impuesta a Tragsa en la concesión de facto a la misma de un derecho exclusivo que de acuerdo con lo previsto en el artículo 128.2 CE de iure solamente pueden concederse mediante Ley».

Como consecuencia de lo anteriormente dicho, la resolución examinada estima el recurso interpuesto por la Agrupación de Contratistas de Aragón y ordena al S.D.C. completar la investigación a efectos de si los hechos denunciados podrían ser constitutivos de infracción de la LDC y del artículo 85 de TUE. Pues bien, el texto de la resolución que hemos comentado viene, a nuestro parecer, a confirmar la imposibilidad de aplicar los que parecen ser criterios orientativos del Legislador sobre límites a la aplicación de la LDC, excluyendo un concepto tan claro y delimitado doctrinalmente como es el de acto administrativo. En efec-

to, aunque es evidente que la realización obras por parte de una empresa totalmente pública no constituye un supuesto de un Contrato Administrativo, tampoco resulta dudoso que la manifestación de la voluntad de la Administración, sea a través del denominado Convenio, o sea a través de una resolución unilateral en virtud de la cual se encomienda a una sociedad, íntegra o mayoritariamente pública, la realización de una serie de obras constituya acto administrativo sujeto a Derecho Público y, por lo tanto, residenciable entre los TJCA. Ahora bien, si contra lo que sostenemos se considerase que un acto de la Administración podría quedar sometido a la LDC, es también evidente que existen razones de naturaleza económica suficientes y expuestas, en el caso que nos ocupa que avalarían la aplicación de dicha normativa. En efecto, y señalamos esto, no ya desde el ámbito de la LDC, sino de la legislación administrativa en general e, incluso de los principios Constitucionales, la posibilidad de que la Administración Pública encomiende la realización de determinadas obras a empresas íntegramente públicas rehusando la vía del contrato administrativo, y que esta actuación se convierta en práctica habitual, supondría una vulneración del principio de libertad de empresa e, incluso, de la vocación genérica de la Administración para encargar la realización de sus obras a contratistas particulares y de acuerdo con las normas de la legislación de contratos. Este defecto podría, como acabamos de señalar, ser invocado ante la JCA, argumentando que, sin perjuicio de que la determinación cuantitativa de los encargos exija una ponderación muy difícilmente mensurable, es lo cierto que llevada al límite o, por lo menos, a extremos importantes, la realización directa de obras por la Administración implicaría dejar fuera del mercado y, por lo tanto, de la iniciativa particular una porción muy sustancial de la actividad de las obras o construcción en general en nuestro país que está constituía, precisamente, para las obras públicas. Con independencia de que los fines perseguidos por esta actuación fuesen correctos y la forma de llevarse a cabo las obras y su facturación resultasen impecables, es lo cierto que existiría un abuso de una facultad administrativa que, incluso, podría haber sido utilizada para



COLABORACIONES

rehuir la legislación de contratos de manera que la empresa de Derecho Privado adjudicataria como *longa manu* de la Administración a su vez subcontratase libremente la realización parcial o, incluso total, de estas obras.

La evolución posterior del caso, creo que contribuye a aclarar la recta interpretación del asunto, a nuestro juicio, en el mismo sentido que venimos señalando. En efecto, después de la correspondiente instrucción por el SDC, este acordó, nuevamente, el sobreseimiento del expediente. Llamamos la atención, precisamente a los efectos que examinábamos en el apartado anterior, que la fundamentación del acuerdo de sobreseimiento es, nada menos, que:

«... el artículo 1º de la LDC requiere la existencia de un acuerdo entre operadores económicos, presupuesto que no se da en la presente situación. El Convenio denunciado lo es entre Administraciones Públicas...».

Es decir, que el propio Servicio pone de manifiesto que para poder ser aplicado, el criterio operador regulador, deba reconducirse a las categorías de Derecho Administrativo para negar tal cualidad, la de operador de mercado, a las Administraciones públicas. Recurrido este acuerdo de sobreseimiento, el TDC, en resolución de 30 de abril del año 1998, otorga la mejor y, a nuestro juicio, la única solución al problema así determinado. Entiende en TDC que:

«... cuando Tragsa ejecuta obras por orden de las Administraciones Públicas, incluidas en el ámbito de aplicación de aquellas disposiciones, la calificación jurídica competente es la de considerar que se trata de supuesto de obras ejecutadas directamente por la Administración, contemplada en el artículo 153 de la LCAP. En tales casos, es la norma la que restringe la competencia y las prácticas realizadas al amparo de aquella no pueden ser perseguidas ni sancionadas por este Tribunal porque tienen amparo legal».

Es decir, el Tribunal afirma lo que ya hemos considerado que es evidente, que la ejecución de obras públicas por una sociedad íntegramente pública, no es un supuesto de Contratos Administrativos y que quedan, por lo tanto, al margen de la legislación de este tipo.

Ahora bien, lo que no resulta tan claro es que,

por el hecho de tratarse de un supuesto enmarcable, en principio, dentro de la previsión legal, esto signifique que quede al margen de la LDC insistimos en que el hecho de que se actúe dentro del ámbito previsto por una norma, no significa, en principio, que se encuentre amparado por ella. De la misma manera que si se encarga un contrato de obras a una determinada sociedad se trataría de un supuesto previsto en la Ley, el contrato de obras, pero pueden haber existido multitud de infracciones que hagan que la adjudicación sea improcedente o ilegal, igualmente puede existir un supuesto de ejecución directa de obras por la Administración, sea por los propios Organos técnicos de la Administración o por una Sociedad Pública creada al efecto en la que se produzcan vulneraciones legales.

No queremos concluir este apartado sin señalar un argumento auténticamente trascendental y que avala lo señalado en la resolución de 30 de abril del año 1998 que estamos comentando y, decimos que es trascendental, porque pone de relieve la absoluta confusión que reina sobre esta materia y a la que, se intentó dar una solución puntual que no es trasladable a otros supuestos paralelos. Esta solución está constituida por el artículo 88 de la Ley de Medidas Fiscales y Administrativas y de Orden Social de 30 de diciembre de 1997, número 66/1997. El precepto citado, después de enumerar detalladamente las finalidades, naturaleza, etc. De Tragsa y de fijar cual será su objeto social señala rotundamente en su apartado cuarto lo siguiente:

«Tragsa, como medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración está obligada a realizar con carácter exclusivo, por sí misma o sus filiales, los trabajos que le encomiende la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los Organismos Públicos de ellas dependientes, en las materias que constituyen el objeto social de la empresa y, especialmente, aquellos que sean urgentes o que se ordenen como consecuencia de situaciones de emergencia que se declaran».

Así pues, tuvo el Legislador que acudir a remediar la propia indeterminación en que había incurrido en la Ley de 1989, dictando una Ley ad hoc que amparase el supuesto de la actuación de



COLABORACIONES

Tragsa y que, en definitiva, determinase el apartamiento del TDC del conocimiento de esta materia. Este criterio ha sido confirmado por la Audiencia Nacional, en Sentencia de 29 de septiembre del año 2000, si bien invocando, además, fundamentos tales como que el Convenio no había sido recurrido en vía administrativa y que el régimen jurídico de Tragsa había sido reforzado por el artículo 88 de la Ley 66/97. Sin embargo, el problema subsiste y, como decíamos, la propia intervención del Legislador para solucionar el problema, pone bien a las claras la posibilidad de que la aplicación no ponderada de los términos de la LDC y, especialmente, después de la modificación introducida en 1996, pueda conducir a resultados indeseados.

Un supuesto particular: el abuso de posición de dominio

Sabido es que el objeto de la LDC se articuló en dos grupos fundamentales: las determinadas prácticas prohibidas y las prácticas abusivas. Así como las primeras vienen contempladas en el artículo 1º de la Ley reguladora, las segundas se recogen en el artículo 6º. Por esta razón y, teniendo en cuenta la dicción legal del párrafo primero del artículo 2º, las excepciones contenidas en este último precepto no resultarían de aplicación al artículo 6º. Ahora bien, consideramos que, este supuesto normativo no significa una excepción a la tesis del tratamiento específico, o más bien diríamos exclusión, de las actuaciones sujetas al Derecho Público en cuanto a la LDC. En efecto, el artículo 6º de la Ley 16/1989 señala expresamente que: «queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio, en todo o en parte, del mercado nacional». Además, el apartado 3 de este mismo artículo vuelve a contener una específica mención a las empresas. A la vista de este precepto, entendemos que no existe problema alguno en cuanto a la imposibilidad de aplicación a actos de una Administración Pública de la sanción prevista en el precepto transcrito para aquellos actos que se considere ponen de manifiesto un abuso de una posición de dominio. El hecho de que se utilice el término «empresas» como sujeto de la actividad

que se proscribe, no deja lugar a ningún tipo de disquisición acerca de si este precepto es susceptible de aplicarse a una Administración Pública. Desde luego, no cabe la menor duda de que puede existir una, hoy denominaríamos Sociedad Estatal, sujeta a Derecho Privado a la que convenga el calificativo de «empresa» y que pueda incidir en una actividad susceptible de clasificación como práctica abusiva. Ahora bien, esto no supone ninguna peculiaridad por cuanto que consideramos un tema absolutamente diáfano el que la cualidad del titular del capital de una sociedad mercantil no puede implicar un tratamiento específico para la misma. Por el contrario, como tiene reiteradamente establecido el TDC, si la Administración se ha despojado de su rango para seguir las líneas de actuación propias del Derecho Privado, es obvio que tienen que estar sujeta al mismo tratamiento que cualquier otra sociedad mercantil, no solamente en lo que supone una mayor agilización para los procedimientos administrativos, sino lo que también implica la necesidad de respeto de la normativa específica, constituida en este caso por la LDC. Insistimos una vez más, una Administración Pública propiamente tal y ejerciendo potestades de Derecho Público, no puede considerarse un sujeto que lleva a cabo una práctica abusiva de una posición dominante por no ser posible subsumir este supuesto dentro del precepto básico sobre la materia constituido por el repetido artículo 6º de la Ley 16/1989.

Para concluir este apartado, parece que podría ser interesante el hacer una brevísima consideración a la última mención del precepto que hemos comentado, que, contenida en el apartado 3 del repetido artículo seis, se pronuncia en los siguientes términos:

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

Queremos decir a este respecto que, posiblemente, el precepto citado resulta innecesario porque, y es esta una cuestión no siempre bien entendida por quienes residencian sus reclamaciones ante el TDC, la Ley no proscribe, en absoluto, la existencia de una posición dominante, sino el que se abuse de ella, de una de las maneras que el



COLABORACIONES

propio artículo 6 especifica. En consecuencia, puede existir una posición de dominio a favor de una o varias empresas en virtud de una Ley, y esa Ley no queda en absoluto alterada por la publicación y entrada en vigor de la Ley 16/1989, pero, quien ostente dicha posición privilegiada, está sujeto en su actuación a los dictados de la misma, de forma que en el supuesto de desarrollar actividades como las que se enumeran en el apartado 2 del repetido precepto, quedará sujeta a la sanción prevista al efecto, de la misma manera, que si la posición de dominio se hubiese adquirido en virtud de prácticas de mercado, por muy lícitas que estas pudiesen ser.

4. Un posible intento de explicación de la terminología legal: los actos administrativos contrarios a la Ley o dictados sin habilitación normativa, quedarían sujetos a la Legislación sobre Defensa de la Competencia



COLABORACIONES

Actos administrativos contrarios al Ordenamiento Jurídico

Con el fin de no dejar sin examinar ninguna de las posibles interpretaciones que es posible dar a los términos utilizados por el Legislador y que tantas veces hemos repetido, pasamos ahora a examinar acerca de si las actuaciones administrativas que pueden quedar sujetas a la aplicación de la LDC son aquellas que han sido desarrolladas vulnerando lo dispuesto en la Ley o en los Reglamentos dictados para su aplicación. En realidad, este supuesto nos parece absolutamente irreal y, como decíamos, la única razón de mencionarlo es la de no dejar sin considerar ninguna de las posibles interpretaciones del poco afortunado Texto Legal. En efecto, aunque es evidente que un acto administrativo ilegal no se puede considerar amparado por la Ley o sus Reglamentos Ejecutivos, es lo cierto que esta interpretación resulta la menos lógica de las que, en principio, pudieran caber dentro del controvertido artículo 2º de la LDC, la posible vulneración legal que haría que un acto administrativo pudiera ser residenciado ante el TDC, no se referiría a la LDC puesto que, precisamente, se trata de una cuestión previa a la actuación del propio TDC.

Por ello, el supuesto que hemos planteado no solo resulta extremadamente retorcido, sino que en todos sus planteamientos choca con las características de la norma que se trata de aplicar y, sobre todo, de los Organos encargados de su aplicación, a menos que se tratase de un acto viciado de una ilegalidad, más que manifiesta, grosera. Si, como ya hemos tenido ocasión de observar, resulta prácticamente insólito el que el TDC proclame que ostenta potestades para proceder al enjuiciamiento de actos administrativos y que, efectivamente, lo haga, lo que resulta realmente imposible es que, sin contar con habilitación legal alguna para ello, realice un juicio previo de la corrección jurídica del acto administrativo contrastándolo, no con la LDC, sino con cualquier otra del Ordenamiento Jurídico y, sólo una vez constatada, a su juicio, la ilegalidad de dicho acto, proceda a una segunda fase del enjuiciamiento aplicando, en este caso, la repetida LDC.

Actos Administrativos dictados sin habilitación normativa

La comprobación de si existe una Norma Legal o un Reglamento Ejecutivo que ampare determinada actuación administrativa, implica un examen jurídico de parcelas del Ordenamiento distintas de la LDC, examen que el Legislador encomienda al TDC, puesto que es la única manera de determinar si existe, o no, una la Ley o Reglamento Ejecutivo que ampare la actividad de que se trate. A este respecto, la terminología actual de la Constitución, no deja lugar a dudas, a la tesis, por otra parte igualmente admitida en período preconstitucional, de que la Administración no puede realizar actuación alguna si no existe una norma que previamente la habilite para realizar la actividad de que se trate. Pues bien, este supuesto podría constituir una posible explicación teórica al difícilmente comprensible mandato del Legislador a que tantas vueltas estamos dando. Es decir, que una actuación de una Administración Pública que vulnerase la LDC y se realizase fuera del ámbito para el que la Ley le concede potestades de actuación, podría ser reprobada por el TDC. Ahora bien, en tal caso, la previsión legal no resultaría necesaria por cuanto

que cualquier actividad de la Administración fuera del ámbito de potestades que le ha conferido el Ordenamiento Jurídico, sería susceptible de impugnación ante la LJCA, por abuso, exceso o desviación de poder.

Y sobre todo, parece de imposible localización, al menos en la práctica, un acto de la administración que esté radicalmente fuera de las potestades que le ha conferido el Ordenamiento Jurídico. Desde luego, la ausencia de atribución legal de potestad administrativa para la actuación que se pretende reprobar, habría de ser patente puesto que, a la vista de la regulación del TDC no parece legalmente posible que este Organismo efectúe un pronunciamiento sobre Derecho Administrativo en relación con un supuesto dudoso que exija matizaciones o la elección entre diversas opciones jurídicas, sino solo en el caso de que constituya un desafuero de tal naturaleza, que no de lugar a duda alguna acerca de la extralegalidad de los hechos y que puedan, sobre la base de esta verificación, ser contrastados con la LDC.

Así pues, aunque repetimos que tal supuesto teórico parece muy difícilmente realizable y, en todo caso, que la eliminación del mundo jurídico de unos actos de tal índole sería una función que puede y debe llevar a cabo la JCA, cabría pensar en una intervención al respecto, del TDC, en relación con tales actos administrativos, lo que daría algún sentido al difícil artículo 2º de la LDC.

5. Única conclusión posible: el acto administrativo como límite para la aplicación de la Legislación sobre Defensa de la Competencia

A la vista de las consideraciones que hemos hecho anteriormente, no podemos menos de recordar el célebre axioma tan manejado por la doctrina francesa de primeros de siglo XX, en relación con un supuesto de exclusión de conocimiento, en aquel caso, de los Tribunales Contencioso-Administrativos, constituido por los llamados actos políticos o de Gobierno, cuestión esta a la que la citada doctrina venía refiriéndose con cierto humorismo como «l'introuvable acte de gouvernement». Pues bien, nos vemos tentados a

hablar a nuestra vez de «las ilocalizables actuaciones de las Administraciones Públicas en el ejercicio de potestades administrativas que no resulten de la aplicación de la Ley o de las disposiciones reglamentarias que se dicten en aplicación de una Ley».

Ante todo, y en forma paralela a aquella en que en los apartados anteriores nos referimos al supuesto teórico de actos administrativos dictados fuera o en contra de la Ley, hemos de poner de manifiesto, ahora, la absoluta falta de necesidad de la declaración de que una actuación amparada por la Ley no puede ser reprobada por el TDC, ya que la LDC es una ley ordinaria y solo el Tribunal Constitucional podría tachar de antijurídico el mandato del Legislador. Pues bien la mención de los Reglamentos como límite a la aplicación de las normas sobre Defensa de la Competencia, resulta reveladora a los efectos del estudio que estamos tratando de llevar a cabo. Resulta, en efecto, insólito que una Ley, dentro de su mismo articulado, venga a decir que subordina su mandato a lo que se establezca por precepto reglamentario y, por cruda que parezca la afirmación que acabamos de hacer, no es otra cosa lo que proclama el repetido artículo 2º de la LDC. Quedan claros, en consecuencia dos extremos: uno que el amparo de una práctica prohibida por la LDC, pueda resultar de una mera disposición reglamentaria, a la que ningún rango añade el que se haya dictado en aplicación de una Ley. Y segundo, que la falta de delimitación del concepto de Reglamento, obliga a incluir dentro del mismo, tanto los reglamentos dictados por la Administración del Estado, como los que emanen de las Comunidades Autónomas e, incluso, de las Corporaciones Locales, dentro del margen que les otorguen al efecto las normas estatales o autonómicas. El aparente absurdo jurídico que hemos señalado no tiene, a nuestro juicio, más que una explicación: el deseo del Legislador de dejar al margen de la LDC a las Administraciones Públicas, no obstante los poco afortunados términos, con los que a veces parece que quiere amagar una aplicación omnicompreensiva de la Ley, que inmediatamente es dejada sin efecto por otro precepto de la misma norma.

El fundamento de este mandato legal residiría



COLABORACIONES

en la naturaleza claramente administrativa del TDC, porque resultaría auténticamente impensable que un órgano situado fuera de la línea jerárquica de la Administración y cuyas resoluciones tienen un tratamiento procesal, ante la JCA, similar al de los actos emanados de Ministros y Secretarios de Estado, pudiese tachar de ilegal un Reglamento aprobado por el Consejo de Ministros o por el Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma. Pero volviendo al punto que nos interesa, ¿resulta explicable que se excluya de la aplicación de una norma, la repetidísima Ley 16/1989, a los actos normativos de la Administración y, sin embargo, se sujeten a ella los actos de naturaleza no normativa?. En teoría una Ley puede establecer cualquier mandato pero, uno concebido en los términos que acabamos de señalar, resultaría sorprendente en grado sumo. También, hemos podido observar la poca virtualidad de los criterios de la actuación de la Administración como operador o regulador puesto que, en los escasos expedientes en los que el TDC se ha manifestado dispuesto a enfrentarse con un acto administrativo propiamente dicho, es lo cierto que, y citamos supuestos paradigmáticos, al final, o ha declarado que cuando la Administración pone a disposición de los particulares un terreno de su propiedad, no actúa en el mercado inmobiliario, sino que, como regulador del mismo (caso Cruz Roja de Fuengirola) o bien que, cuando utiliza los servicios de un contratista, se está moviendo dentro de un supuesto legal, aunque (esto no lo dice el Tribunal) sea para abusar de él, como fue el caso denominado Tragsa. También, precisamente en el último supuesto citado, parece que el Legislador detectó la imposibilidad de aplicar el artículo 2 de la Ley en los términos que estaba redactado, pero, prefirió, en lugar de delimitar y resolver la cuestión con carácter general, acudir al más fácil expediente de dictar una norma específica para salvar el conflicto creado por la intervención de un Órgano de la Administración Central del Estado, en el actuar de la Administración de una Comunidad Autónoma.

En definitiva, pues, el Legislador se ha visto o se a creído obligado a no excluir las actuaciones administrativas de la normativa sobre Defensa de la Competencia y, sin embargo, no ha entendido

oportuno el someter al mismo tratamiento que los actos y contratos de los empresarios particulares, al actuar administrativo. Esta exclusión si es efectivamente el objetivo perseguido por el Legislador, la consideramos plenamente justificada por cuanto que, la normativa sobre Defensa de la Competencia vino a llenar un vacío legal que no existe, en absoluto, dentro del ámbito del Derecho Administrativo. Recordemos que, las Administraciones Públicas son los sujetos jurídicos más estrictamente controlados, tanto por el Ordenamiento, desde el punto de vista teórico, como por los instrumentos procesales para hacerlo efectivo. Solo pueden actuar cuando tengan una habilitación de potestad para realizar determinados actos y están sujetas, además, a que sus actos o actuaciones, en general, sean anuladas por cualquier infracción del Ordenamiento Jurídico «incluso por la desviación de poder».

Así las cosas, no resulta necesario, en modo alguno, el que exista un instrumento de control añadido sobre un acto administrativo potencialmente antijurídico.

Llegados a esta situación, creemos necesario proclamar como conclusión, que el único criterio jurídicamente válido y de clara aplicación práctica para delimitar el campo de aplicación de la LDC en la realidad teórica y práctica, es el del concepto del «acto administrativo» propiamente tal, delimitado por la doble cualidad de emanar de una Administración Pública y que lo dicte en el ejercicio de una potestad administrativa. Este concepto cabe perfectamente, tanto dentro de los límites establecidos por el Legislador, puesto que a menos que se trate de un acto administrativo inexistente o manifiestamente nulo, contará con el respaldo, al menos formal, de una Ley o de un Reglamento, como dentro de los criterios interpretativos del TDC puesto que, aunque dudamos que, como en ocasiones ha señalado este Órgano, pueda entenderse que determinados actos administrativos implican la actuación de la Administración respectiva como «reguladora» del mercado, desde luego, lo que resulta absolutamente imposible admitir es que quien actúa investido de una supremacía administrativa, pueda ser calificado de «operador del mercado».

La fundamentación teórica de esta postura, así



COLABORACIONES

como sus ventajas prácticas, se ponen de relieve, aún más, en este último aspecto, si se tiene en cuenta que ante un acto administrativo propiamente tal, además de intentar su enjuiciamiento por el TDC, cualquier recurrente avisado, se dirigirá, simultáneamente, al Órgano competente de la JCA. Pues bien, esta actuación, que existiría en todos los casos de impugnación de un acto administrativo, y como una manifestación de la lógica decisión de cualquier interesado de apurar los medios procesales en su defensa, podría conducir, si efectivamente se pretendiese mantener la posibilidad de enjuiciamiento por el TDC de un acto administrativo propiamente tal, a que un Órgano de la JCA estuviese conociendo, simultáneamente, del mismo tema que el Órgano Administrativo especializado y cuasi-jurisdiccional del que tantas veces nos hemos ocupado. Y aún más, que contra las resoluciones del TDC se podría alzar ante la Sección Sexta de la Sala Tercera de la Audiencia Nacional, que podría seguir conociendo en paralelo de un tema, mientras otro Tribunal CA posiblemente hubiese resuelto ya sobre el asunto y llegando, incluso, a existir la posibilidad de que, según la jerarquía del órgano Administrativo que dictó el acto, se encontraran conociendo simultáneamente del mismo recurso por vías procesales distintas dos Secciones de la misma Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. No otra cosa es lo que, en definitiva, vino a declarar el propio TDC cuando, en su resolución de 16 de enero del año 1997 utilizó, como un criterio definitivo para determinar la falta de competencia para enjuiciar una actuación administrativa que: «Por otra parte, según la denunciante, han sido objeto de impugnación contencioso-administrativa».

Para concluir, creemos que resulta adecuado, citar una reciente Sentencia de la Audiencia Nacional sobre la materia, en la que, sin ningún tipo de empacho y con perfecta técnica jurídica,

se consagra, una vez más, la tesis de la irrecorribilidad ante el Tribunal de Defensa de la Competencia de los actos administrativos. Señala, en efecto, la Sentencia número 243 de 23 de marzo del año 1998, en su Fundamento de Derecho cuarto que: «*En relación con la naturaleza de la actividad prestada, que de ser en el ejercicio de potestades administrativas quedaría excluida de la Ley 16/1989, lo esencial en la cuestión que se examina, no es determinar la naturaleza jurídica de Servicios de Estado, sino determinar que competencias se actúan en su prestación, esto es, debe establecerse si la conducta investigada se siguió en ejercicio de imperio 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 aún siendo esta subsumible en un tipo infractor. Podemos afirmar como en un primer momento que la Administración Pública actuando como tal no se encuentra sometida al principio de libre competencia. Y ello dada la habilitación legal de las potestades actuadas y la posición de Derecho Público que ocupa, pero otra cosa es cuando presta sus servicios en régimen de Derecho Privado, como ocurre cuando la gestión de Servicio Público se realiza mediante la gestión indirecta, encargando su prestación a sujetos de Derecho Privado y al margen de la habilitación legal de potestades*».

Y, quizá con mayor claridad todavía, la también Sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de marzo de 1998, señala que: «... el Tribunal de Defensa de la Competencia no tiene atribución legal para el control de actos administrativos, dimanantes de un Órgano Administrativo y sujetos al Derecho Público, aunque sean restrictivos de la competencia, porque el artículo primero, número 1 del Tribunal de Defensa de la Competencia lo impide».



COLABORACIONES

Todas las publicaciones de
INFORMACION COMERCIAL ESPAÑOLA
se pueden adquirir en

Ministerio de Economía

Paseo de la Castellana, 162, vestíbulo. 28071 MADRID

Teléfono: (91) 349 36 47 - Fax: (91) 349 36 34

PUNTOS DE INFORMACION DE LAS PUBLICACIONES ICE

03002 ALICANTE

Rambla Méndez Núñez, 4

Teléfono: (96) 514 52 89 - Fax: (96) 520 31 66

04071 ALMERIA

Hermanos Machado, 4, 2.º

Teléfonos: (950) 24 38 88 y (950) 24 34 76

Fax: (950) 25 85 48

06002 BADAJOZ

Ronda del Pilar, 4, 3.º dcha.

Teléfono: (924) 22 92 12 - Fax: (924) 23 96 52

08028 BARCELONA

Diagonal, 631, Letra K

Teléfono: (93) 409 40 70 - Fax: (93) 490 15 20

48009 BILBAO

Plaza Federico Moyúa, 3, 5.º

Teléfonos: (94) 415 53 05 y (94) 415 53 00

Fax: (94) 416 52 97

39001 CANTABRIA

Juan de Herrera, 19, 6.º

Teléfono: (942) 22 06 01 - Fax: (942) 36 43 55

51001 CEUTA

Agustina de Aragón, 4

Teléfono: (956) 51 29 37 y (956) 51 17 16

Fax: (956) 51 86 45

26003 LA RIOJA

Villamediana, 16

Teléfono: (941) 27 18 90 - Fax: (941) 25 63 53

35007 LAS PALMAS

Franchy Roca, 5, 3.º

Teléfono: (928) 47 26 55 - Fax: (928) 27 89 75

28001 MADRID

Recoletos, 13, 1.º Dcha.

Teléfono: (91) 781 14 20 - Fax: (91) 576 49 83

30008 MURCIA

Alfonso X El Sabio, 6, 1.ª

Teléfono: (968) 27 22 00 - Fax: (968) 23 46 53

33007 OVIEDO

Plaza de España, s/n.

Teléfono: (985) 96 31 19 - Fax: (985) 27 24 10

07007 PALMA DE MALLORCA

Ciudad de Querétaro, s/n.

Teléfono: (971) 77 49 84 - Fax: (971) 77 18 81

20005 SAN SEBASTIAN

Guetaria, 2, triplicado, entresuelo izqda.

Teléfono: (943) 43 35 92 - Fax: (943) 42 68 36

38002 SANTA CRUZ DE TENERIFE

Pilar, 1 (Apdo. Correos, 54 - 38080)

Teléfono: (922) 53 40 10 - Fax: (922) 27 19 02

41013 SEVILLA

Plaza de España. Puerta de Navarra

Teléfono: (95) 429 80 70 - Fax: (95) 423 21 38

45071 TOLEDO

Plaza Alfonso X el Sabio, 1

(Atención al público por Plaza de las Tendillas, 1)

Teléfono: (925) 28 53 90 - Fax: (925) 22 11 10

46002 VALENCIA

Pascual y Genis, 1, 4.º

Teléfono: (96) 350 91 48 - Fax: (96) 351 18 24

47014 VALLADOLID

Jesús Rivero Meneses, 2, 3.º

Teléfono: (983) 36 03 40 - Fax: (983) 34 37 67

36201 VIGO

Plaza de Compostela, 29, 2.º

Teléfono: (986) 44 12 40 - Fax: (986) 43 20 48

50004 ZARAGOZA

Paseo Independencia, 12, 2.º

Teléfono: (976) 48 28 30 - Fax: (976) 21 41 15

Y también en el Centro de Publicaciones

del Ministerio de Economía

Plaza del Campillo del Mundo Nuevo, 3. 28005 Madrid

Teléfono: (91) 506 37 40 - Fax: (91) 527 39 51.