



**CEU**

*Instituto Universitario  
de Estudios Europeos*

*Universidad San Pablo*

**Documento de Trabajo**

**Serie Política de la Competencia**

Número 24 / 2007

La reforma del sistema español de defensa  
de la competencia

**El tratamiento de las restricciones  
públicas a la competencia**

La exención legal en la Ley 15/2007, de 3 de julio,  
de Defensa de la Competencia

---

**Francisco Marcos Fernández**

*CEU Ediciones*



**Documento de Trabajo**  
**Serie Política de la Competencia**  
Número 24 / 2007

La reforma del sistema español de defensa  
de la competencia

## **El tratamiento de las restricciones públicas a la competencia**

La exención legal en la Ley 15/2007, de 3 de julio,  
de Defensa de la Competencia

---

Francisco Marcos Fernández<sup>1</sup>

El Instituto Universitario de Estudios Europeos de la Universidad CEU San Pablo, Centro Europeo de Excelencia Jean Monnet, es un Centro de investigación especializado en temas europeos cuyo objetivo es contribuir a un mayor conocimiento y divulgación de los temas relacionados con la Unión Europea.

Los Documentos de Trabajo dan a conocer los proyectos de investigación originales realizados por los investigadores asociados del Instituto Universitario en los ámbitos histórico-cultural, jurídico-político y socio-económico de la Unión Europea.

El Centro de Política de la Competencia del Instituto Universitario de Estudios Europeos publica en su colección de Documentos de Trabajo estudios y análisis sobre competencia y regulación de los mercados con el fin de impulsar el debate público. Las opiniones y juicios de los autores no son necesariamente compartidos por el Centro.

Serie *Política de la Competencia* de Documentos de Trabajo del Instituto Universitario de Estudios Europeos

**La reforma del sistema español de defensa de la competencia**

**El tratamiento de las restricciones públicas a la competencia. La exención legal en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia**

No está permitida la reproducción total o parcial de este trabajo, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del copyright.

Derechos reservados © 2007, por Francisco Marcos Fernández

Derechos reservados © 2007, por Fundación Universitaria San Pablo-CEU

*CEU Ediciones*

Julián Romea, 18 - 28003 Madrid

<http://www.ceu.es>

Instituto Universitario de Estudios Europeos

Avda. del Valle, 21 - 28003 Madrid

<http://www.ideo.ceu.es>

ISBN: 978-84-96860-63-6

Depósito legal: M-53855-2007

Compuesto e impreso en el Servicio de Publicaciones de la Fundación Universitaria San Pablo-CEU

# Sumario

<b>1. Introducción</b> .....	5
<b>2. Antecedentes y evolución de la exención legal</b> .....	7
<b>3. Fundamentación constitucional de la exención legal</b> .....	10
<b>4. Configuración de la exención legal: Elementos y efectos</b> .....	12
4.1. Infracción de las prohibiciones del Capítulo I del Título I de la LDC .....	13
4.2. Norma con rango legal de cobertura .....	14
4.3. Efectos de la exención legal .....	16
<b>5. Ámbito de aplicación de la exención legal</b> .....	17
5.1. El mantenimiento de la exención legal de acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que restrinjan la competencia que resulten de la aplicación de una Ley .....	17
5.2. La ampliación de la exención legal al abuso de posición dominante y al falseamiento de la libre competencia por actos desleales .....	18
<b>6. La aplicación de las prohibiciones de la LDC a las restricciones de la competencia     derivadas de la actuación de las Administraciones públicas</b> .....	19
6.1. La aplicación de las prohibiciones de la LDC a las restricciones de la competencia introducidas por la Administración Pública cuando actúa como operador del mercado .....	20
6.2. La aplicación de las prohibiciones de prácticas anticompetitivas a las conductas que resulten de normas reglamentarias y del ejercicio de potestades administrativas sin amparo legal .....	21
6.2.1. La aplicación de las prohibiciones de prácticas anticompetitivas a las restricciones a la competencia introducidas por normas reglamentarias sin amparo legal .....	22
6.2.2. La aplicación de las prohibiciones de la LDC a las restricciones de la competencia causadas por actos administrativos carentes de amparo legal .....	23
6.3. La imposibilidad de que las autoridades de competencia declaren la nulidad de los reglamentos y actos administrativos que contengan restricciones a la competencia .....	24
<b>7. La aplicación de las prohibiciones de la LDC a las restricciones de la competencia causadas     por la actuación de empresas públicas sin amparo legal</b> .....	25
<b>8. La aplicación de las disposiciones comunitarias a las restricciones de la competencia que     resulten de aplicación de una Ley</b> .....	26
<b>9. Conclusión</b> .....	30
<b>10. Bibliografía</b> .....	31



# 1. Introducción

El artículo 4 de la nueva Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC)<sup>2</sup> constituye sin duda el “talón de Aquiles” del régimen prohibitivo de las prácticas anticompetitivas contenido en el Capítulo I del Título I de la LDC. En él se contiene una cláusula de excepción y justificación para ciertas restricciones de la competencia, que —en principio— estarían prohibidas, pero que no pueden ser perseguidas por las autoridades al gozar de amparo legal. En efecto, se trata de conductas que aunque se podrían encuadrar en alguna de las infracciones contenidas en la LDC —se trataría de conductas *típicas*— no se pueden perseguir ni sancionar por las autoridades al gozar de autorización en una ley o haber sido adoptadas de acuerdo con una ley —se trata de conductas *no antijurídicas*—<sup>3</sup>.

Como ocurre en otros Ordenamientos, y ocurría también bajo la vigencia de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (artículo 2.1)<sup>4</sup>, en el nuevo artículo 4 se establece un límite en la aplicación de las normas de defensa de la competencia derivada de la propia acción del Estado o de los organismos públicos. Con esta disposición el legislador reconoce la existencia de intervenciones públicas que distorsionan la competencia y establece los límites a las normas e intervenciones públicas que restringen o facilitan la restricción de la competencia<sup>5</sup>.

La relevancia de esta exención es mayúscula pues la experiencia demuestra cómo, a medida que aumenta la aplicación de las prohibiciones de defensa de la competencia, multiplicándose los procedimientos y las sanciones, las empresas se esfuerzan en conseguir que las restricciones al funcionamiento competitivo del mercado se introduzcan o incorporen en normas jurídicas o intervenciones públicas para evitar la aplicación de las prohibiciones. Estas estrategias han sido seguidas con éxito por las empresas en los países que cuentan con sistemas de defensa de la competencia más avanzados<sup>6</sup>. Se comprueba, además, que son más eficaces y efectivas para garantizar y asegurar el propósito anticompetitivo, sin suscitar los riesgos y los peligros que generan las restricciones privadas a la competencia<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> Director del Servicio de Defensa de la Competencia, Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid, [francisco.marcos.fernandez@madrid.org](mailto:francisco.marcos.fernandez@madrid.org). Las opiniones que se expresan en este artículo son fruto de una reflexión de carácter estrictamente personal y no representan necesariamente las del Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid.

<sup>2</sup> BOE nº 159, de 4 de julio de 2007 (págs. 28848-28872).

<sup>3</sup> El paralelismo con las causas de exclusión de la antijuridicidad penales es bastante ilustrativo, véase el magnífico trabajo de Manuel Rebollo Puig, “Reglamentos y Actos administrativos ante el Tribunal de Defensa de la Competencia”, en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje al prof. Dr. Sebastián Martín Retortillo*, Civitas, Madrid 2003, págs. 721-723.

<sup>4</sup> BOE nº 170, de 18 de julio de 1989 (págs. 22747-22753).

<sup>5</sup> Una buena visión general del problema en Deborah Platt Majoras, “State Intervention: A State of Displaced Competition.”, *George Mason Law Review*, vol. 13, nº 6 (2006) págs. 1175-1187 (que subraya la importancia de la labor de abogacía de la competencia y de promoción de una cultura de la libre competencia ante los poderes públicos para abortar y prevenir este tipo de intervenciones, *id.*, pág. 1182).

<sup>6</sup> Naturalmente también lo son, y aún en mayor medida, en los países en vías de desarrollo, cuando inicialmente instauran una política y legislación de competencia, véase Roger Alan Boner, “Antitrust and State action in transition economies”, *The Antitrust Bulletin*, vol. 43, nº 1 (primavera 1998) págs. 80-100.

<sup>7</sup> Véase Timothy J. Muris, “State Intervention/State Action – A U.S. Perspective”, 2003 *Fordham Corporate Law Institute*, International Antitrust Law & Policy (ed. Barry Hawk) Juris Publishing, Huntington (NY) 2004, págs. 518-519 (“as a competition system achieves success in attacking private restraints, it increases the efforts that firms will devote to obtain public restraints.[...] Indeed, rational firms are likely to prefer public, governmental restraints, assuming that they are confident in their ability to secure such restraints. In many ways, public restraints are far more effective an efficient at restraining competition”) y pág. 537 (“The struggle to forestall private trade restraints is unavailing if public measures to suppress rivalry are readily available, easily accessible substitute.”)

El objetivo del artículo 4 de la LDC, formulado en términos de exención de las prohibiciones de prácticas anticompetitivas contenidas en la LDC, es cohonestar la política de competencia con otras políticas, normas e intervenciones públicas que en su ejecución o consecución práctica causan o provocan incidental e ineludiblemente prácticas anticompetitivas de los agentes económicos o resultados anticompetitivos de sus conductas. Se trata, por tanto, de causas de exención o justificación que existen al margen de la LDC, en la que —como es sabido— se contempla un sistema propio de excepciones (véase artículo 1.3, 1.4 y 1.5 de la LDC)<sup>8</sup>.

La relevancia de la disposición salta a la vista dado que son muchas las normas jurídicas o intervenciones públicas en el sistema de mercado que pueden provocar restricciones a la competencia, por ínfimas que éstas sean, o que pueden inducir al comportamiento anticompetitivo de los agentes. El propósito del artículo 4 de la LDC es precisamente trazar los límites a la introducción de restricciones a la competencia por el Estado y los poderes públicos, con arreglo a criterios predominantemente formales (atendiendo al rango de la disposición en la que se contiene la restricción).

El fundamento último de la exención es que no puede pretenderse que los principios de libre competencia en el mercado que inspiran la LDC sean aplicables o exigibles a otras políticas o intervenciones públicas que se fundamentan o justifican en otros objetivos y valores constitucionales, distintos de la libre competencia, pero que son igualmente plausibles<sup>9</sup>. La lógica de la competencia en el mercado es saludable en muchas circunstancias, pero puede resultar errónea y profundamente distorsionadora en algunos casos. Por eso, las normas de defensa de la competencia y la hipotética actuación de las autoridades encargadas de su aplicación, constituyen una herramienta inapropiada para trazar los límites y corregir los eventuales excesos de las políticas e intervenciones públicas<sup>10</sup>. En efecto, el Derecho de defensa de la competencia tiene como objetivo prevenir la realización de prácticas restrictivas de la competencia por los operadores en el mercado, y no el control y la corrección de las normas jurídicas que restringen la competencia. Independientemente de la formulación concreta de la exención, no podría haber en ningún caso infracción de las prohibiciones cuando la restricción competitiva se produce directa y automáticamente por en una norma jurídica emanada del Estado o de las Comunidades autónomas. Para alcanzar ese resultado la exención no sirve<sup>11</sup>. En efecto, lo que la exención hace es amparar las conductas de los operadores de mercado que, siendo anticompetitivas (*rectius* estando inicialmente prohibidas de acuerdo con el Capítulo I del Título I de la LDC), son el resultado inmediato de la aplicación de una norma con rango de ley formal. Las restricciones que no se hallen cubiertas por leyes formales, o que no cumplan los requisitos previstos para la obtención de una exención, podrán ser consideradas violaciones de las prohibiciones del Capítulo I del Título I de la LDC.

En nuestro país el artículo 2 de la Ley 16/1989 ha amparado durante muchos años las conductas restrictivas de la competencia de las empresas que se hubieran introducido a través de las normas administrativas y reglamentarias. Por ello, durante los años noventa diversas reformas de la Ley 16/1989 han ido reduciendo progresivamente el ámbito de la posible “*exención de la acción o intervención estatal*” a aquéllas restricciones que se contenían en normas de rango legal.

---

<sup>8</sup> Véase Jesús Alfaró Águila-Real, “Competencia desleal por infracción de normas”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 202 (1991) págs. 668-669, que apunta cómo se trata de prácticas que son consideradas ilícitas si son examinadas exclusivamente desde el punto de vista del Derecho de la competencia (*ilicitud interna*), pero que resultan lícitas de conformidad a otras reglas del Ordenamiento (*licitud externa*).

<sup>9</sup> El propio tenor de la Exposición de Motivos de la vieja LDC era especialmente claro en este sentido al afirmar que era «*compatible con las demás leyes que regulan el mercado conforme a otras exigencias jurídicas o económicas, de orden público o privado*». Con otras palabras, véase Sebastián Martín-Retortillo, *Derecho Administrativo Económico*, vol. I, La Ley, Madrid 1988, págs. 89-90.

<sup>10</sup> La tensión es particularmente significativa entre la política de competencia y otras políticas públicas el caso de los servicios públicos, donde se suscita una rica problemática, véase Tony Prosser, *The Limits of Competition Law. Markets and Public Services*, Oxford University Press, Oxford-Nueva York 2005, *passim* (“*This world has a complex mixture of competitive markets, competition law, and public service values, each with their own role and value*”, id., pág. 236)

<sup>11</sup> En tal supuesto se limita la intervención de las autoridades de competencia a la elaboración de informes donde se pongan de manifiesto estos excesos y se proponga su supresión - ex art. 26.1.c) *in fine* de la LDC.



La redacción del artículo 4 de la Ley 15/2007 reproduce sustancialmente la del artículo 2.1 de la Ley 16/1989. La única modificación que se introduce consiste en ampliar el ámbito de la exención legal a todas las infracciones previstas en la LDC (abuso de posición dominante y falseamiento de la competencia por actos desleales, además de los tradicionales acuerdos colusorios, sobre lo cual véase *infra* §5.2). Con anterioridad sólo las infracciones del artículo 1 que resultaran de la aplicación de una Ley eran objeto de la exención legal.

Por otro lado, el viejo artículo 2.2 de la Ley 16/1989, que facultaba al TDC para “*formular propuesta motivada al Gobierno, a través del Ministerio de Economía y Hacienda, para que adopte o inste a la autoridad pública competente, en su caso, la modificación o supresión de las situaciones de restricción de la competencia establecidas de acuerdo con las normas legales*” desaparece del texto de la LDC. Sin embargo, esta facultad sigue existiendo, formulándose incluso en términos más amplios, al enumerarse las funciones de la Comisión Nacional de Competencia (CNC) en el artículo 26. En efecto, en ese precepto se reconocen las facultades de la CNC de “*realizar informes generales sobre sectores, en su caso, con propuestas de liberalización, desregulación o modificación normativa*” y de “*realizar informes, en su caso con carácter periódico, sobre la actuación del sector público y, en concreto, sobre las situaciones de obstaculización del mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados que resulten de la aplicación de las normas legales*” [artículos 26.1. b) y c) de la LDC].

Con esta disposición se articula la principal estrategia que el sistema de defensa de la competencia contempla contra las intervenciones y restricciones públicas a la competencia. En efecto, al margen de la delimitación precisa del ámbito en el que las restricciones a la competencia de origen público son toleradas, se encarga a las autoridades de defensa de la competencia la función de promover la cultura de la competencia entre los poderes públicos. Esta “abogacía de la competencia” tiene una manifestación expresa en las indicadas funciones consultiva y de propuesta de modificación normativa contenidas en el artículo 26.1 de la LDC pero que, en la realidad, se traduce también (y sobre todo) en una labor activa de persuasión frente a los poderes públicos sobre los beneficios de la libre competencia y los costes de las normas y reglas anticompetitivas, suministrando argumentos y datos concretos que contrarresten los esfuerzos de las empresas u otros colectivos que persiguen la erección de obstáculos anticompetitivos por los poderes públicos<sup>12</sup>.

## 2. Antecedentes y evolución de la exención legal

La Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia (en adelante LRPRC)<sup>13</sup> excluía la aplicación de las prohibiciones de acuerdos y prácticas restrictivas de la competencia a las potestades administrativas en su artículo 4<sup>14</sup>. En esa disposición, adoptada en una coyuntura política, económica y jurídica muy distinta de la actual<sup>15</sup>, tiene sus orígenes el nuevo artículo 4 de la LDC. El artículo

---

<sup>12</sup> Véanse varios ejemplos de estas actividades a cargo de la Federal Trade Commission (FTC) en *Muris, en 2003 Fordham Corporate Law Institute*, (ed. B. Hawk) págs. 523-530.

<sup>13</sup> BOE nº175, de 23 de julio de 1963 (págs. 11144-11152).

<sup>14</sup> Antes, el artículo 75 in fine de la *Ley de Reforma Tributaria de 26 de diciembre de 1957* había establecido ya, como contrapeso a la acción sancionadora del gobierno contra los acuerdos y prácticas restrictivas de la competencia (a la sazón a través de un gravamen fiscal complementario) que esta sanción “[n]o tendrá aplicación [...] cuando las circunstancias a que el mismo se refiere provengan de convenios concertados por iniciativa de la Administración”.

<sup>15</sup> Véase Luis Berenguer Fuster, “Comentarios al artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia”, *Anuario de la Competencia 1997*, Fundación ICO-Marcial Pons, Madrid 1998, pág. 141 (“*El legislador de 1963, consciente de que se partía de una economía fuertemente intervenida y se iniciaba un camino hacia la liberalización, introdujo en el texto de la Ley un precepto que prevenía sobre los riesgos de un cambio excesivamente brusco. A tales efectos, dispuso que, en determinados campos, no comenzaría a regir la regla de la libre competencia sino que persistiría la intervención*”).

4 de la LRPRC respondía a un modelo de fuerte intervención del Estado en la actividad económica, en el que las actuaciones públicas eran esenciales y previas en la conformación y configuración del mercado y de la actividad económica.

En efecto, la exposición de motivos de la LRPRC contenía una inmejorable expresión de los principios que inspiraban la inaplicación de las prohibiciones de prácticas restrictivas a las acciones e intervenciones de la Administración pública, formulada en términos un tanto alambicados y oscuros: *“El antagonismo entre las técnicas administrativas de intervención y la utilización de la idea del orden público económico, a más de constituir la razón fundamental que establece la oportunidad en este momento de promulgación de la Ley, aparece reflejada en el artículo IV de la misma, ya que, como anteriormente se ha indicado, la técnica del orden público económico viene a salvar en cierto sentido el riesgo que plantea la progresiva desaparición de potestades administrativas. En tanto éstas subsistan, no entra en juego la Ley en cada sector concreto de actividad económica, puesto que no es aquí la iniciativa privada dentro del marco del orden público lo que estructura libremente la economía, sino que es la propia Administración quien la conforma, a través del ejercicio de sus potestades de intervención. Es por ello preciso hacer esta salvedad que configura claramente el ámbito de aplicación de la Ley”*.

A continuación, el confuso tenor del artículo 4.1 de la LRPRC establecía: *“Las prohibiciones contenidas en el artículo primero no serán de aplicación a situaciones de restricción de la competencia que se hallen expresamente establecidas por el ejercicio de potestades administrativas a virtud de disposición legal”*. La doctrina y la aplicación práctica de esta exención han considerado que la norma buscaba excluir la aplicación de la prohibición de acuerdos y prácticas restrictivas de la competencia a las restricciones introducidas por intervenciones administrativas o normas reglamentarias<sup>16</sup>. Se entendió, además, que la exención operaría respecto de las restricciones a la competencia establecidas mediante el ejercicio de potestades administrativas discrecionales cuyo ejercicio hubiera sido autorizado por una norma de rango legal<sup>17</sup>.

Para complementar el tratamiento de estas restricciones a la competencia derivadas de intervenciones administrativas y normas reglamentarias, y en clave de promover la eliminación de estas restricciones públicas a la competencia, el artículo 4.2 (de manera análoga a lo que luego dispondría el artículo 2.2 de la Ley 16/1989 y ahora lo hace el artículo 26 de la nueva LDC) establecía que *“el Tribunal de Defensa de la Competencia o el Ministro de Comercio podrán proponer y el Gobierno, en todo caso, decidir la supresión o la modificación de las situaciones de restricción de la competencia que existan en el abastecimiento de las poblaciones, como consecuencia de concesiones, autorizaciones o licencias otorgadas por Corporaciones o autoridades locales”*.

El precepto concluía con una previsión de carácter voluntarista e incumplida con posterioridad con arreglo a la cual la introducción de nuevas restricciones a la competencia por parte de los poderes públicos exigiría el refrendo legislativo (*“En lo sucesivo, las nuevas situaciones de restricción de la competencia a que se refieren los números uno y dos de este artículo, sólo podrán establecerse por medio de ley aprobada en Cortes”*). Esta

---

<sup>16</sup> Véanse Eduardo Galán Corona, *Acuerdos restrictivos de la competencia*, Montecorvo, Madrid 1977, pág. 108; Rebollo Puig, en *Homenaje a S. Martín-Retortillo*, pág. 724 (la LRPRC aceptaba y no derogaba las excepciones sin fundamento legal anteriores a ella). Aunque ciertamente con una técnica bastante defectuosa y de manera confusa, puesto que *“no se está exceptuando la actuación de la Administración de la aplicación de la totalidad de la Ley, sino simplemente de la prohibición de acuerdos colusorios, lo cual puede resultar ridículo porque no es normal que una potestad administrativa celebre convenios o adopte acuerdos con empresarios con el fin de restringir la competencia”* [Berenguer, “Comentarios al artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia”, en *Anuario de la Competencia 1997*, pág. 141].

<sup>17</sup> Guillermo Senén De La Fuente, *Comentario a la Ley Española sobre la Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia*, SEP, Madrid 1964, págs. 106-107. La disposición sirvió de cobertura, por ejemplo, a las ordenanzas municipales en materias de mercados por cuya virtud se protegía a los comerciantes establecidos en el municipio a cambio de la prohibición de ejercer su actividad en los alrededores, véase Berenguer Fuster, en *Anuario de la Competencia 1997*, pág. 142.

disposición pretendía limitar la introducción en el futuro de restricciones a la competencia por los poderes públicos, ciñendo su utilización a aquéllos casos en los que fueran establecidas a través de normas con rango de ley formal<sup>18</sup>.

El texto de la Ley 16/1989 es heredero del artículo 4 de la LRPRC, aunque se introducen en él algunas modificaciones que acomodan la disposición al marco constitucional y a las obligaciones derivadas de la incorporación de España a la CEE en 1986.

En su enunciación original el tenor del precepto era lacónico y su interpretación y aplicación podía suscitar algunas dudas. En efecto, se limitaba a eximir de la prohibición de acuerdos o prácticas prohibidas a las conductas realizadas al amparo de lo dispuesto en una Ley o en el reglamento de desarrollo de una Ley (*“Las prohibiciones del artículo 1 no se aplicarán a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que resulten de la aplicación de una ley o de las disposiciones reglamentarias que se dicten en aplicación de una ley”*).

A lo largo de los años, y muestra quizás de la creciente actividad e intervención de las Administraciones públicas de distintos niveles en el mercado y en la actividad empresarial, han aumentado los problemas para la aplicación y la interpretación de esta disposición. Se trata, por ello, de una de las más utilizadas y mencionadas por las autoridades de competencia en sus decisiones (al margen, claro está, de las normas sustantivas que contienen las prohibiciones de prácticas o conductas anticompetitivas).

Desde 1989 este precepto ha sido reformado en dos ocasiones. Aunque puede afirmarse que las modificaciones del artículo no han afectado al núcleo material de la causa de justificación que en él se contenía<sup>19</sup>, es cierto que las sucesivas reformas (de las que el nuevo artículo 4 es mero corolario) han contribuido a esclarecer el propósito y el ámbito de la exención legal, como atestigua la evolución en su aplicación por las autoridades de competencia nacionales. Ciertamente, las reformas y retoques en la redacción del precepto no constituyen una modificación radical de su contenido y propósito, pero responden a un claro y meridiano objetivo de constreñir y limitar las posibles distorsiones de la competencia introducidas por los poderes públicos.

La primera reforma del precepto se realizó en 1996, con el propósito de “clarificar” ciertos aspectos de la LDC (según la Exposición de motivos), por el artículo 15 del Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre Medidas Urgentes de carácter Fiscal y de Fomento y Liberalización de la Actividad Económica<sup>20</sup>, que añadía un nuevo párrafo al artículo 2.1 del siguiente tenor: *“Por el contrario, serán de aplicación a las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de las Administraciones Públicas, los entes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal.”*

La segunda reforma, que introdujo una nueva redacción en la disposición, fue realizada por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley de Defensa de la Competencia<sup>21</sup>. La exposición de motivos de esta última no realizaba ninguna alusión expresa a la reforma del artículo 2.1<sup>22</sup>, pero la modificación excluía de

<sup>18</sup> Al analizar la *ratio legis* del precepto Senén De La Fuente apuntaba que respondía a una necesidad coyuntural de la economía, concluyendo que se inspiraba en el *“deseo de mantener ciertas situaciones de privilegio que la Administración ha creado en el campo económico y cuya desaparición no se estima aún conveniente”* (véase *Comentario a la Ley Española sobre la Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia*, págs. 110-112).

<sup>19</sup> Véase Rebollo, en *Homenaje a S. Martín-Retortillo*, págs. 725-727.

<sup>20</sup> BOE nº 139, de 8 de junio de 1996 (págs. 18977-18988).

<sup>21</sup> BOE nº 311, de 29 de diciembre de 1999 (págs. 45778-45787).

<sup>22</sup> Fuera de la referencia genérica a que: *“La profundización en el proceso de liberalización de los mercados que afronta la economía española hace necesario potenciar una política de defensa de la competencia, que garantice la efectividad del esfuerzo liberalizador, evitando que el comportamiento de los operadores económicos desvirtúe el adecuado funcionamiento de los mercados y prive a los consumidores de sus ventajas.”*

las posibles normas de cobertura la referencia a las “*disposiciones reglamentarias que se dicten en aplicación de una ley*” e introducía algunos cambios en la redacción, dando lugar al siguiente tenor:

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

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

El texto del nuevo artículo 4 reproduce, aunque dividido en dos apartados<sup>23</sup>, y con las modificaciones que se reseñarán en este trabajo el tenor literal del artículo 2.1 de la Ley 16/1989 tras la reforma de 1999.

### 3. Fundamentación constitucional de la exención legal

El derecho de propiedad privada, la libre iniciativa económica y la libertad de empresa son los principios fundamentales que inspiran el modelo económico contenido en la Constitución española de 1978. El constituyente reconoce y recrea el sistema de economía de mercado como una manifestación del capitalismo de mercado que descansa en la propiedad privada y la libertad de empresa como pilares para organizar la actividad de producción y distribución de bienes y servicios<sup>24</sup>.

El sistema de economía de mercado, como instrumento de coordinación de actividades humanas que interactúan mutua y libremente entre sí<sup>25</sup>, constituye el principal presupuesto de orden económico que se plasma en la Constitución. El intercambio voluntario de bienes y servicios en condiciones de libertad, garantizando cierta seguridad en las transacciones, tiene como principal manifestación el precio libremente acordado. El mecanismo de precios constituye la principal herramienta a través de la cual se realizan los intercambios en el mercado. En ese sistema la libre competencia se configura como un elemento inseparable del funcionamiento del mercado, postulado fundamental en la asignación de recursos<sup>26</sup>.

En efecto, la Constitución fundamenta el modelo económico del Estado sobre el principio general de favorecer la competencia y, en coherencia con dicho principio, se han de perseguir y sancionar cualesquiera intervenciones que distorsionen o restrinjan el libre juego de la competencia<sup>27</sup>. La LDC constituye la principal herramienta para ordenar y defender la competencia en los mercados españoles.

<sup>23</sup> El tenor del precepto, que aparece titulado “*Conductas exentas por ley*” es el siguiente: «1. Sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia, las prohibiciones del presente capítulo no se aplicarán a las conductas que resulten de la aplicación de una ley. [...] 2. Las prohibiciones del presente capítulo se aplicarán a las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal.»

<sup>24</sup> Véase, ampliamente, Antonio Cidoncha, *La libertad de Empresa*, IEE-Thomson Civitas, Cizur Menor 2006, pág.75.

<sup>25</sup> Sobre las características, virtudes y limitaciones del mercado como instrumento de organización, cooperación y coordinación social, ampliamente y con detalle, véase Charles E. Lindblom, *El sistema de mercado, Qué es, Cómo Funciona, Cómo Entenderlo*, trad. Fernando Esteve Mora (*The Market System. What it is, how it works, and what to make of it*, Yale U. Press, New Haven-Londres 2001), Alianza, Madrid 2002.

<sup>26</sup> Véase Cidoncha, *La libertad de empresa*, págs. 145-147 (con citas varias a doctrina y jurisprudencia, para concluir “*La competencia se erige así en un elemento esencial del mercado organizado por la Constitución*”). De hecho puede afirmarse incluso que “*las normas de defensa de la competencia no son sino la realización del mandato expreso que el artículo 38 CE impone a los poderes públicos de asegurar el ejercicio de la libertad de empresa*” (*id.*, págs. 374-375).

<sup>27</sup> Los poderes públicos deben garantizar el mercado como institución considerada de interés general. En esta exigencia, contenida en el art. 38 de la CE, hay un juicio constitucional explícito sobre el mercado como el instrumento principal elegido de asignación y transmisión de bienes y servicios, sin perjuicio de otras intervenciones estatales que pueden tener ese objetivo (y otros), que son complementarias y que no pueden, por imperativo constitucional, desplazarlo con carácter absoluto. Este planteamiento, en relación con la libre competencia, queda magníficamente plasmado en el fundamento jurídico cuarto de la STC 1986/88, de 1 de julio de 1986 (en el que el TC resolvió un recurso de inconstitucionalidad planteado contra la Ley 1/1983, de 18 de febrero, del Parlamento de

Aun así, las condiciones de competencia en el mercado pueden no ser las idóneas, de modo que no exista verdaderamente libre competencia, existan graves fallos o defectos en su funcionamiento, o incluso puede que ni siquiera exista un verdadero y genuino mercado<sup>28</sup>. En tales casos, son posibles y plausibles las intervenciones de los poderes públicos a través de normas destinadas a “crear” un mercado, “corregir” el funcionamiento del mercado o reservar o restringir el ejercicio de cierta actividad empresarial a ciertos sujetos (servicios públicos)<sup>29</sup>.

Pero, además, y esta es la cuestión especialmente relevante a los efectos del presente comentario, el texto constitucional contempla otros principios, de corte tanto económico como social, que pueden legitimar y justificar otras normas o intervenciones públicas orientadas a alcanzar objetivos distintos y que suponen excepciones al mercado y la libre competencia en el mercado<sup>30</sup>. La defensa de la competencia no constituye un fin absoluto que deba perseguirse en todo caso<sup>31</sup>. En efecto, sin ir más lejos, los propios artículos 128 y 131.1 de la CE contemplan, la posibilidad de intervenciones públicas en la actividad económica y empresarial y en los mercados no inspiradas en la libre competencia que son de carácter muy intenso<sup>32</sup>, al referirse a la planificación económica. Pero, al margen de esa mención, que jamás podría justificar una conversión del sistema económico español en una economía dirigida, la Constitución contempla y tolera distintos grados de intervención pública en la economía privada.

En principio, este tipo de intervenciones son plenamente compatibles con el modelo económico que dibuja nuestra Constitución. Para empezar, cualquier intervención pública en la economía, sea en virtud de las potestades ordenadoras o sea, de manera mucho más débil, como emprendedor/empresa pública, debe en todo caso hallarse inspirada en interés general (ex art. 103.1 CE)<sup>33</sup>.

La promoción y salvaguardia de otros derechos fundamentales reconocidos en la constitución y de otros bienes constitucionales relevantes pueden concretar ese interés general, de manera que “*la Constitución proporciona a los poderes públicos razones para la acción pública, pero también para la limitación de la actividad económica privada*”<sup>34</sup>.

---

Cataluña, de regulación administrativa de determinadas estructuras comerciales y ventas especiales): “*El reconocimiento de la economía de mercado por la Constitución, como marco obligado de la libertad de Empresa, y el compromiso de proteger el ejercicio de esta —art. 38, inciso segundo— por parte de los poderes públicos supone la necesidad de una actuación específicamente encaminada a defender tales objetivos constitucionales. Y una de las actuaciones que pueden resultar necesarias es la consistente en evitar aquellas prácticas que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es la concurrencia entre Empresas, apareciendo así la defensa de la competencia como una necesaria defensa, y no como una restricción, de la libertad de Empresa y de la economía de mercado, que se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias naturales de éste.*”

Como ha tenido, en efecto, ocasión de señalar este Tribunal, la defensa de la competencia, en un aspecto normativo «comprende toda la legislación ordenada a la defensa de la libertad de competencia, mediante la prevención y, en su caso, la represión, de las situaciones que constituyan obstáculos creados por decisiones empresariales para el desarrollo de la competencia en el mercado», siendo su objetivo la «defensa de los empresarios contra prácticas, acuerdos, conductas o actuaciones atentatorias de la libertad de competencia» (STC 71/1982). No debe, sin embargo, entenderse esta actuación como tendente a la eliminación de cualquier tipo de interferencia entre Empresas, lo que a la postre destruiría la posibilidad misma de competir en el mercado, sino, más bien, la de prevenir y, en su caso, corregir situaciones que afecten a la estructura del mismo.”

<sup>28</sup> Sobre alguno de estos aspectos, véanse Lindblom, *El sistema de mercado*, págs. 169-188 y Cidoncha, *La libertad de empresa*, págs. 139-144.

<sup>29</sup> Para una explicación de la imbricación de estas diferentes intervenciones públicas que por derivación constitucional han de garantizar, en diferente grado, el mercado y la competencia, véase Cidoncha, *La libertad de empresa*, pág. 150.

<sup>30</sup> Véase Martín Bassols Coma, *Constitución y Sistema Económico*, Tecnos, Madrid 1985, págs. 141-144. Es a lo que Lindblom alude cuando se refiere a la elección del ámbito del sistema o de los procesos de mercado (*El sistema de mercado*, págs. 115-120). De hecho, “*las administraciones estatales hacen que algunos precios sean arbitrarios en mayor o menor grado a través de procedimientos de fijación explícita de precios que se llevan a cabo con intención de alcanzar distintos objetivos*” (*id.*, págs. 181-182), y el corolario es que “[s]e puede en este punto reconocer que la intromisión por parte de la administración estatal fijando precios o vía subvenciones con frecuencia llega tan lejos como para que el sistema de mercado degenera en grado significativo.” (*id.*, pág. 182).

<sup>31</sup> Véase Lluís Cases Pallares, *Derecho administrativo de la defensa de la competencia*, Marcial Pons, Madrid Barcelona 1995, pág. 400 (“*la previsión del artículo 2 de la LDC deriva de que [...] la defensa de la competencia no constituye un absoluto. El propio sistema dispone ya sus propias correcciones a fin de evitar que la protección de la competencia se imponga en todo caso, de modo que no puedan ser atendidas otras circunstancias o perseguidos otros objetivos*”).

<sup>32</sup> Véase Cidoncha, *La libertad de empresa*, pág. 115 [“*la Constitución pone a disposición de los poderes públicos técnicas concretas de intervención que son claramente contra mercado (arts. 128.2 y 131)*”]. No obstante, aunque cierto grado de “no-mercado” sea posible, la Constitución exige la salvaguardia de la “imagen maestra” del mercado (*id.*, pág. 119).

<sup>33</sup> Así, respecto de la iniciativa empresarial pública ex art. 128. 2 CE (que, además, por derivación de otros preceptos constitucionales ha de seguir los principios de economicidad y eficiencia) véase Bassols Coma, *Constitución y Sistema Económico*, págs. 121-122.

<sup>34</sup> Cidoncha, *La libertad de empresa*, pág. 275.



El respeto a la libertad de empresa y a su concreción en el principio de libre competencia exige, sin embargo, que la intervención pública que pueda restringir la libre competencia sea necesaria, adecuada y proporcional<sup>35</sup>. Sólo las restricciones públicas a la competencia que cumplan esas condiciones pueden considerarse legítimas desde el punto de vista constitucional. Corresponde al legislador, único legitimado para introducir restricciones a la competencia de acuerdo con el artículo 4 de la LDC, la evaluación y ponderación del cumplimiento de esos requisitos. Las restricciones a la competencia que se introduzcan pueden incluso sacar del mercado determinadas actividades o sectores económicos<sup>36</sup>, pero han de cumplir también con esas condiciones.

Por tanto, se ha de tratar de restricciones a la competencia inspiradas en el interés general y que persigan un fin que sea constitucionalmente legítimo<sup>37</sup>. Las restricciones tienen que ser idóneas para alcanzar ese fin<sup>38</sup>, necesarias<sup>39</sup> y proporcionales<sup>40</sup>, de modo que sólo se ha de restringir la competencia lo estrictamente necesario para conseguir el objetivo marcado.

En suma, la exención legal contenida en el artículo 4 de la LDC desempeña la función de servir de cauce a las normas e intervenciones públicas que introducen restricciones a la libre competencia que se fundamentan en otros valores o bienes de relevancia constitucional, siempre que se trate de medidas idóneas, indispensables y proporcionales para alcanzar esos objetivos, y se instrumenten a través de una norma con rango de ley formal<sup>41</sup>.

## 4. Configuración de la exención legal: Elementos y efectos

La exención legal prevista en el artículo 4 supone la realización de una conducta que infringe alguna de las prohibiciones de conductas o prácticas anticompetitivas contenidas en la LDC, es antijurídica, y a la que, sin embargo, la LDC no resulta aplicable por su propia disposición (i.e. no es sancionable o perseguible por las autoridades). En efecto, la norma de exención enerva para ciertos supuestos los efectos que normalmente van anejos a la realización del hecho anticompetitivo. Se produce una suerte de derogación singular de la prohibición.

Frente a la alternativa empleada en otros Ordenamientos, con arreglo a la cual la propia legislación de defensa de la competencia establece y enumera los sectores o industrias en los que no se aplicará o las normas legales que, en caso de conflicto, han de prevalecer frente a las prohibiciones de prácticas restrictivas, la LDC configura la exención legal en términos amplios, dando carta de naturaleza a la posibilidad de que el legislador excluya en otras disposiciones legales la aplicación de la LDC (exención legal “en blanco” o por remisión)<sup>42</sup>.

<sup>35</sup> Véanse Jesús Alfaro Águila-Real y Cándido Paz-Ares, “Ensayo sobre la Libertad de Empresa”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Díez-Picazo*, tomo IV, Thomson Civitas, Cizur Menor 2003, págs. 6015-6020 y Cidoncha, *La libertad de empresa*, pág. 278.

<sup>36</sup> Véanse Alfaro Águila-Real y Paz-Ares, en *Estudios Homenaje Díez-Picazo*, tomo IV, pág. 5996 y Cidoncha, *La libertad de empresa*, pág. 311.

<sup>37</sup> Véanse Alfaro Águila-Real y Paz-Ares, en *Estudios Homenaje Díez-Picazo*, tomo IV, págs. 6023-6025 y Cidoncha, *La libertad de empresa*, págs. 318-320.

<sup>38</sup> Véanse Alfaro Águila-Real y Paz-Ares, en *Estudios Homenaje Díez-Picazo*, tomo IV, págs. 6025-6029 y Cidoncha, *La libertad de empresa*, pág. 320-322.

<sup>39</sup> Véanse Alfaro Águila-Real y Paz-Ares, en *Estudios Homenaje Díez-Picazo*, tomo IV, págs. 6029-6033 y Cidoncha, *La libertad de empresa*, pág. 322-324.

<sup>40</sup> Véanse Alfaro Águila-Real y Paz-Ares, en *Estudios Homenaje Díez-Picazo*, tomo IV, págs. 6033-6040 y Cidoncha, *La libertad de empresa*, pág. 325-329.

<sup>41</sup> Aunque no falta quien la considera como un “vestigio monopolístico y, por tanto, anacrónico, del periodo de autarquía económica, de difícil justificación en la época de la privatización de la actividad empresarial y de la desregulación normativa”, De Eizaguirre, en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, tomo XXVI (2005-2006) pág. 131.

<sup>42</sup> Véase De Eizaguirre, en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor* 26 (2005-2006) pág. 132, quien sugiere la conveniencia de que las exenciones o

La configuración de la exención legal requiere la presencia de dos elementos: la infracción de una de las prohibiciones contenidas en el Capítulo I del Título I de la LDC (*infra* §4.1) y la existencia de una norma de rango legal que ampare o dé cobertura a esa conducta anticompetitiva (*infra* §4.2).

Sin embargo, la formulación de la disposición legal dista mucho de ser un modelo de calidad en la técnica jurídica, e incurre en los defectos que caracterizan a este tipo de cláusulas en otros Ordenamientos<sup>43</sup>. En efecto, mezcla la aplicación de la exención a las decisiones o intervenciones normativas de los poderes públicos y de la Administración que son anticompetitivas (*preemption*) con la aplicación a las prácticas de agentes económicos (públicos o privados) inducidos o forzados por los poderes públicos o por las normas jurídicas (*antitrust violation*). Y, además, en claro corolario con dicha confusión, se subraya la aplicación de la exención al primer grupo de casos al declarar la aplicación de las prohibiciones contenidas en la LDC a las situaciones de “*restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas*”, carentes de amparo legal (art. 4.2 de la LDC).

## 4.1. Infracción de las prohibiciones del Capítulo I del Título I de la LDC

Obviamente para que exista una conducta exenta con carácter previo se ha de tratar de una conducta prohibida de acuerdo con los artículos 1, 2 o 3 de la LDC. Ha de cumplir, por tanto, los requisitos que en esas normas se establecen para que exista infracción. Las infracciones a las que el artículo 4 LDC alude pueden cometerse tanto por sujetos privados como por entes públicos. Como se verá más adelante (*infra* § 4.2), lo relevante es que su realización encuentre amparo en una norma de rango legal.

En términos generales puede decirse que ha de tratarse de un acuerdo o de una conducta que se realiza *en el mercado*. Por tanto, la exigencia de infracción de una de las prohibiciones contenidas en la LDC supone la necesidad de que se cumplan los elementos que caracterizan los distintos ilícitos; de modo que en puridad la exención no ampara, porque no resulta de aplicación la LDC, a aquéllas normas o intervenciones administrativas que introduzcan o impongan condiciones contrarias a la libre competencia en el mercado (si la restricción o limitación de la competencia se encuentra insita en la norma y no requiere de la actuación de ningún agente económico para desplegar sus efectos). Obsérvese el absurdo y la inutilidad que supondría eximir de la aplicación de las prohibiciones de la LDC a las normas, que por su naturaleza, no entrarían en el ámbito de aplicación de las prohibiciones<sup>44</sup>. En efecto, las actuaciones de la Administración fundadas en el *ius imperii*, las intervenciones normativas y las decisiones administrativas no constituyen prácticas prohibidas por la Ley, independientemente de su contenido. Solamente cabría afirmar la vigencia y operatividad de la exención respecto de conductas o prácticas de agentes económicos, o de los propios poderes públicos cuando actúen como operadores o agentes de mercado (*infra* §6.1).

Por tanto, las actuaciones y decisiones administrativas realizadas en el mercado que infrinjan las prohibiciones de prácticas anticompetitivas sin amparo legal no se encontrarán cubiertas por la exención legal. La infracción puede cometerla un ente local, incluso una agencia u organismo público, o naturalmente

---

limitaciones a la aplicación de la LDC figurasen en la propia Ley, como ocurre con el vigente Capítulo 5 (disposiciones especiales para ciertos sectores de la economía) de la Parte I de la *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)* alemana para el sector agrícola (§28) y la fijación de precios de reventa de prensa y revistas (§30), ya que “[d]e lo contrario se confiere al poder público un cheque en blanco para eliminar la competencia en fuentes legales externas a la LDC”.

<sup>43</sup> Véase, por ejemplo, Richard Squire, “Antitrust and the Supremacy Clause”, *Stanford Law Review* 59/1 (2006) págs. 80-99.

<sup>44</sup> En otras palabras, una disposición que *per se* restrinja la competencia sólo se vería afectada por la prohibición si se enmarca en los supuestos contemplados en los arts. 1, 2 y 3 (véase, aunque referido al texto de la LRPRC, Galán Corona, *Acuerdos restrictivos de la competencia*, págs. 190 y 196).

una empresa pública que realicen una actuación anticompetitiva en el mercado sin el refrendo de una norma de rango legal.

## 4.2. Norma con rango legal de cobertura

Para que la conducta antijurídica, prohibida por la LDC esté exenta y no sea susceptible de sanción, ha de contenerse o preverse en una norma con rango de ley formal<sup>45</sup>. Con el propósito de acabar con las intervenciones anticompetitivas de raíz pública o administrativa, se limita el ámbito de la exención a las leyes, y no es suficiente con que se trate de normas reglamentarias. Estarán prohibidas por la LDC las conductas anticompetitivas que se deriven de normas reglamentarias o intervenciones administrativas carentes de amparo o cobertura legal (*infra* §§ 6.2.1 y 6.2.2).

Además, la exigencia de rango de ley formal tiene relevancia sustantiva y es significativa por dos razones. En primer lugar, porque la limitación de la exención a las restricciones a la competencia derivadas de normas legales pretende limitar su virtualidad y eficacia a aquéllos supuestos que sean manifestación de una intención soberana —principalmente por el Parlamento— de desplazar el principio de libre competencia en un concreto y determinado ámbito de actividad<sup>46</sup>. La exigencia de cobertura legal supone, en el fondo, el reconocimiento de la legitimidad democrática que inspira la restricción a la competencia contenida en la norma, y es evidente que ese elemento no está presente o lo está mucho menos en las actuaciones de las Administraciones Públicas (salvo que, como se verá más adelante, se trate de un desarrollo o ejecución de una previsión contenida en una Ley). En segundo lugar, la reserva de ley para la introducción de restricciones a la competencia legítimas ex art.4 de la LDC es, por lo demás, plenamente coherente con el modelo constitucional, en el que se encarga precisamente a las Leyes la regulación de la libre competencia como manifestación de la libertad de empresa (ex art. 53.1 CE) y la reserva al sector público de ciertas actividades económicas (art. 128.2 CE)<sup>47</sup>.

Por lo demás, puede tratarse de normas con rango legal que emanen tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas<sup>48</sup>, en el bien entendido de que las leyes autonómicas versarán siempre sobre las competencias que, en cada caso, se reconozcan en sus Estatutos de autonomía y en el marco de lo previsto en la Constitución<sup>49</sup>.

Por otro lado, a diferencia de la LRPRC que exigía que la restricción de la competencia fuera *expresamente* prevista por la norma legal, ahora no se establece este requisito, lo cual da a entender que es posible que

<sup>45</sup> Sin que sean relevantes las dudas sobre su posible inconstitucionalidad, véase EJº 4.I de la RTDC de 30 de mayo de 2007 [R688/06 SGAE/ASIMELEC 3 y R692/06 SGAE/ASIMELEC 4 (Acumulados), ponente Núñez Sánchez].

<sup>46</sup> La vocación de desplazar la libre competencia como principio rector de cierta actividad o sector de actividades no permite realizar un juicio sobre si la restricción adoptada es la mejor manera de alcanzar o conseguir el objetivo que persigue la política pública en conflicto, sobre este particular, véase *supra* §3.

<sup>47</sup> Sobre este particular véase Jose Mª Gimeno Feliú, “Sistema económico y derecho a la libertad de empresa versus reservas al sector público de actividades económicas”, *Revista de Administración Pública*, nº 135 (septiembre-diciembre 1994) págs. 172-211 (aunque en ese caso, el texto constitucional rodea la reserva de condiciones y requisitos más estrictos y rigurosos en atención a la relevancia e impacto de este tipo de intervención en el mercado y en la actividad económica).

<sup>48</sup> Véase, por ejemplo, RTDC de 10 de diciembre de 1992 (A34/92, Federación Española de Karate Profesional y S.L., ponente Torrès Simó) en el que es la Ley 5/1988, de 19 de febrero de 1988 del Parlamento Vasco, de Cultura Física y Deportes, la que proporciona el amparo legal y Resolución del TDC catalán RC 7/04 (Colegio Oficial de Detectives Privados de Cataluña) sobre el posible amparo legal de algunas de las prácticas denunciadas (principalmente la exigencia de la obtención de una habilitación temporal a los no residentes en Catalunya) en la Ley de la Generalitat de Catalunya 2/1999, de 20 de marzo, de creación del Col·legi Oficial de Detectius Privats de Catalunya, a falta de una mención expresa en esta norma.

<sup>49</sup> Véanse Cidoncha, *La libertad de empresa*, pág. 353 y Manuel Rebollo Puig, “Competencia sobre competencia”, en *Estudios de Derecho de la Competencia* (coords. Font Galan/Pino Abad, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, págs. 77-78 (nota 1). No son convincentes, ni están fundamentadas las razones que utiliza Berenguer para concluir que “si la amplia competencia para desarrollar la legislación sobre defensa de la competencia corresponde al Estado, no parece lógico pensar que la regulación de las excepciones a las conductas contrarias a la competencia pueda corresponder a las Comunidades Autónomas” (en *Anuario de la Competencia 1997*, pág. 147), y es que la competencia legislativa en cuestión no atañe a la defensa de la competencia, sino precisamente cualquier otra. La paradoja a la que, según Berenguer, se llegaría si así fuera (“que en una Ley de Defensa de la competencia se abran infinitas posibilidades de comportamientos anticompetenciales”), no es tal, es precisamente la derivada del Estado de Derecho social y descentralizado que construye nuestra Constitución.



la restricción derive tácita o incluso indirectamente de la previsión contenida en la norma de rango legal<sup>50</sup>. Por ello, en estos casos, es conveniente que el intérprete trate de identificar la política o el objetivo público que se pretende alcanzar con la disposición legal y que previsiblemente provocará la restricción, resultando imposible anclar en la norma legal una práctica restrictiva que en modo alguno esté relacionada con la política pública que ha inspirado su adopción.

En efecto, la LDC se limita a exigir que el resultado anticompetitivo *resulte* de la Ley. Por ello, es necesario que la norma legal fuerce a los operadores a la conducta anticompetitiva, sin que sea suficiente con que les permita o autorice a realizarla, o induzca o facilite su realización, pues en tal caso tendrían margen para hacerlo y no incurrir en las infracciones previstas en la LDC. Además, el tenor literal del artículo 4.1 permite pensar que el contenido de la exención legal pueda concretarse a través de normas reglamentarias, esto es, reglamentos que se dicten en ejecución de la Ley. De este modo, un precepto legal que prevea ciertas prácticas anticompetitivas puede luego ser desarrollado a través de una norma reglamentaria (aunque el desarrollo reglamentario ha de respetar de manera estricta la Ley y no puede ser *extra legem* o *contra legem*)<sup>51</sup>.

La previsión del artículo 4.1 conforme a la cual las conductas descritas resulten de la aplicación de una ley exige que la norma en cuestión esté “*regulando expresamente el funcionamiento de un mercado determinado en el que se permite la restricción o impedimento de la competencia en atención a otros intereses generales protegidos por esas normas y en las circunstancias y con los requisitos que en las mismas se determinen*”<sup>52</sup>. O, dicho en otras palabras, la previsión legal de cobertura debe expresamente dar lugar “*un comportamiento que por sí mismo incurra en las prohibiciones del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia*”<sup>53</sup>.

Y es que, en caso contrario, cualquier previsión legal relativa a un determinado pacto o contrato podría ser interpretada en el sentido de amparar conforme a la exención legal prevista en este precepto un acuerdo anticompetitivo<sup>54</sup>.

Por esta razón, el TDC ha establecido que no cabe deducir de la previsión contenida en la Ley de Contrato de Seguro de 1980 sobre el coaseguro (art. 33 de la LCS) que no estén prohibidos los contratos de coaseguro susceptibles de producir efectos anticompetitivos en función del contenido del contrato y de la posición en el mercado de las aseguradoras en el servicio de seguro de fianzas en materia de transporte<sup>55</sup>.

En términos parecidos, el TDC ha considerado que no cabe extraer de la legislación vigente en materia de cooperativas el amparo legal a la decisión de una cooperativa de elevar del 35% al 50% la obligación de compra mínima establecida en los estatutos [fundada en el art. 15.2.b) de la Ley 27/1999, de Cooperativas, que establece la obligación de los socios de participar en las actividades cooperativizadas que desarrolla la cooperativa para el cumplimiento de su fin social en la cuantía mínima obligatoria establecida en sus Estatutos] cuando, por otras circunstancias en las que se establece constituye una restricción indebida de la competencia<sup>56</sup>.

<sup>50</sup> Véase Berenguer, en *Anuario de la Competencia* 1997, pág. 157.

<sup>51</sup> Véanse Cases Pallares, *Derecho administrativo de la defensa de la competencia*, págs. 390-311; Rebollo Puig, en *Estudios homenaje S. Martín Retortillo*, pág. 726 (“*nada impide que la Ley remita al reglamento la efectiva consagración de la restricción a la competencia*”).

<sup>52</sup> E.Jº 2º de la RTDC 16 de enero de 1995 (r 98/94, Seguros a empresas transportistas, ponente Menéndez Rexach).

<sup>53</sup> Por eso, según el Tribunal Supremo, erraba la interpretación que la Audiencia Nacional hace del artículo 11 de la Ley Orgánica 11/1983, de Reforma Universitaria, que no es una norma con esas características (“*su alcance es autorizar dichos contratos en términos generales, por ejemplo a los efectos de la compatibilidad de la actividad de los profesores con su dedicación académica [...], pero] tiene un objetivo distinto al de una Ley que autorice una conducta en principio prohibida por el derecho de la competencia y es, por consiguiente, neutro desde esta perspectiva*” [E.Jº 5º. 2º párrafo de la STS de 27 de octubre de 2005, aunque confirma la SAN de 22 de octubre de 2002 (sobre la RTDC r281/97, Universidad Politécnica de Valencia, ponente Castañeda Boniche)]).

<sup>54</sup> Llevado a sus últimas consecuencias “*[l]o contrario supondría admitir que cualquier pacto acogido a una de las múltiples figuras contractuales previstas en nuestro ordenamiento jurídico o a cualquiera que los intervinientes pudiesen establecer al amparo del principio general de libertad consagrado en el artículo 1.255 del Código civil estaría amparado por la exención*”. E.Jº 2º de la Resolución del TDC 16 de enero de 1995 (r 98/94, Seguros a empresas transportistas).

<sup>55</sup> Véase RTDC 16 de enero de 1995 (r 98/94, Seguros a empresas transportistas).

<sup>56</sup> Véase RTDC 26 de marzo de 2001 (A 277/00, Compra Mínima COFAS, ponente Comenge Puig) confirmada por SAN de 10 de diciembre de 2003 (JUR 2004\144696).

En cambio, en materia de servicios profesionales, las autoridades de competencia han considerado que la existencia de una previsión legal sobre la subordinación de los protésicos a los médicos estomatólogos y odontólogos<sup>57</sup>, considerando las normas de desarrollo (arts. 5 y 7 del Real Decreto 1594/1994, de 15 de julio, por el que se desarrolla lo previsto en la Ley 10/1986, que regula la profesión de Odontólogo, Protésico e Higienista dental), impedía el análisis del posible carácter anticompetitivo de ciertas circulares remitidas por los Colegios de Odontólogos y Estomatólogos a sus miembros<sup>58</sup>.

Desde el punto de vista de la política legislativa es aconsejable que la norma legal describa de la manera más concreta y aproximada posible las conductas presuntamente anticompetitivas que quedarían cubiertas por la norma, y que preferiblemente se adopte una vez concluido un análisis exhaustivo del impacto en la realidad y de su coste. No cabe amparar una exención ambigua o en términos excesivamente amplios, siendo deseable que la norma legal describa de manera clara la conducta exenta. La norma legal tampoco debe dejar demasiado abierta a los poderes públicos la posibilidad de introducir restricciones. Así, por ejemplo, debe entenderse que la delegación legislativa de discrecionalidad total en un organismo o agencia de regulación resultará demasiado amplia para quedar cubierta por la exención legal.

Fuera de la exigencia formal de que la práctica anticompetitiva a la que se aplica la exención resulte de la aplicación de una Ley, no hay ningún criterio o principio material que limite o atenúe el carácter anticompetitivo de la conducta exenta. La vinculación de la exención al rango de la norma en la que se contiene o de cuya aplicación deriva introduce el criterio general y abstracto que necesariamente ha de inspirar la labor legislativa: el *interés general*. Ese es el principio que ha de justificar la adopción o facilitación de la medida anticompetitiva en cuestión. Sólo si el interés general, representado en la soberanía popular en el Parlamento, fundamenta la intervención pública que restringe o falsea la competencia a través de una norma con rango de ley formal, se plantea la aplicación de la exención legal.

### 4.3. Efectos de la exención legal

Por virtud de la exención legal, una conducta que estaría inicialmente prohibida por la LDC pasa a ser considerada exenta. Se trataría de una conducta típica que no es antijurídica gracias a la exención legal. Y al no ser considerada prohibida, es plenamente lícita, sin que puedan predicarse ninguna de las consecuencias típicamente derivadas de las prohibiciones<sup>59</sup>. No será susceptible de sanción por la CNC y tampoco será susceptible de considerarse causa de un daño a terceros que sea susceptible de indemnización tras una acción por responsabilidad civil, salvo que los reclamantes puedan fundamentar su reclamación otros preceptos diferentes de los contenidos en la LDC.

---

<sup>57</sup> Artículo 2.1 de la Ley 10/1986 de 17 de marzo de 1986, que regula la profesión de Odontólogo y las de otros profesionales relacionados con la salud dental (“Se reconoce la profesión de Protésico dental, con el correspondiente título de Formación Profesional de Segundo Grado, cuyo ámbito de actuación se extiende al diseño, preparación, elaboración, fabricación y reparación de prótesis dentales, mediante la utilización de los productos, materiales, técnicas y procedimientos conforme a las indicaciones y prescripciones de los Médicos Estomatólogos u Odontólogos”).

<sup>58</sup> Véase F. Jº 1º de la SAN de 10 de febrero de 2005 (confirma RTDC R446/00, Protésicos/Odontólogos, ponente Hernández Delgado).

<sup>59</sup> Véase Rebollo Puig, en *Estudios homenaje S. Martín Retortillo*, pág. 722.

# 5. Ámbito de aplicación de la exención legal

Frente a la limitación del ámbito de la exención del artículo 4 de la LRPRC y del artículo 2 de la Ley 16/1989 a los acuerdos o prácticas anticompetitivos, la nueva LDC amplía su ámbito de aplicación a todas las conductas anticompetitivas prohibidas por la LDC.

La ampliación del ámbito de la exención legal se declara de manera lacónica en la exposición de motivos (que afirma que “*se extiende a todos los tipos de infracción previstos en este capítulo la exención de las conductas que resulten de la aplicación de una norma con rango de Ley*”). Esta ampliación del ámbito de la exención debe valorarse positivamente pues no existen razones que expliquen una limitación de la exención legal y un tratamiento diferente para las infracciones del art. 1, 2 o 3 de la LDC. Es más, como se verá a continuación, a pesar de la literalidad del precepto y como ocurría en la vigencia de la Ley 16/1989, desde un punto de vista valorativo carece de sentido considerar que las prohibiciones de abuso de posición dominante y de prácticas desleales con relevancia *antitrust* fueran perseguibles y sancionables por las autoridades de defensa de la competencia cuando tuvieran amparo en una norma de rango legal<sup>60</sup>.

Dado que la norma contenida en el artículo 2.1 de la LDC se limitaba a reconocer y apuntar la necesaria solución de los conflictos de la LDC con otras disposiciones legales, en el fondo se trataría de un precepto innecesario o superfluo: “[d]ecir que no está prohibido aquello que permiten las leyes supone una obviedad que no precisa de precepto alguno que lo establezca”<sup>61</sup>.

En fin, esta incoherencia del régimen anterior había dado lugar ya a que el TDC extendiera la eficacia de la exención más allá del artículo 1 para cubrir abusos de posición de dominio amparados por normas de rango legal (*infra* §5.2)<sup>62</sup>.

## 5.1. El mantenimiento de la exención legal de acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que restrinjan la competencia que resulten de la aplicación de una Ley

La formulación vigente del artículo 4 trae su causa última en la redacción que a su predecesor en la vieja LDC dio el artículo segundo de la Ley 52/1999, de 28 de diciembre. Las conductas comprendidas conforme a esta previsión serían los acuerdos entre empresas, las recomendaciones y decisiones empresariales y las prácticas empresariales que tuvieran el objeto o el efecto de restringir la competencia (art. 1 de la LDC), siempre y cuando su celebración o adopción estuviera prevista en una norma de rango legal.

---

<sup>60</sup> De paradoja habla Berenguer, en *Anuario de la Competencia 1997*, págs. 143-145, para quien no es admisible y es contraria a la lógica que las autoridades de competencia puedan sancionar por abuso de posición dominante una conducta realizada en cumplimiento de una norma, que concluía que el ámbito de aplicación de la exención debería ampliarse “*para referir[se] [...] a la totalidad de las conductas prohibidas y evitar la paradoja de que exista un diferente tratamiento para las conductas realizadas por amparo legal según se trate de conductas colusorias o abusivas*” (*id.*, pág. 145).

<sup>61</sup> Véase Berenguer, en *Anuario de la Competencia 1997*, pág. 145.

<sup>62</sup> Véanse Marco Zambrini, “El Tribunal de Defensa de la Competencia ante el fenómeno regulador (Análisis de algunas de las últimas resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia)”, *Revista General del Derecho*, nº 625-626 (octubre-noviembre 1996) págs. 11768-11769 y Gonzalo Solana González, “Administraciones públicas y Defensa de la Competencia”, en *Anuario de Derecho de la Competencia 2000*, Fundación ICO-Marcial Pons, Madrid Barcelona 2001, págs. 46-47.

## 5.2. La ampliación de la exención legal al abuso de posición dominante y al falseamiento de la libre competencia por actos desleales

La asimetría que existía en la Ley 16/1989 y en la LRPRC en el tratamiento de la exención legal de las prohibiciones del Capítulo I del Título I se corrige ahora mediante la extensión de su ámbito de aplicación al abuso de posición dominante (art. 2 de la LDC) y a las prácticas desleales con relevancia *antitrust* (art. 3 de la LDC).

En efecto, ya bajo la vigencia de la LRPRC se suscitó la duda de la posible extensión de la exención al abuso de posición dominante, existiendo propuestas doctrinales dirigidas a que así fuera<sup>63</sup>. La no comprensión de la posición dominante y el falseamiento de la competencia mediante prácticas desleales entre las prácticas que podrían ser objeto de la exención legal resultaba bastante incoherente<sup>64</sup>. A pesar de ello, durante la vigencia de la Ley 16/1989 hubo en la praxis del TDC división de pronunciamientos. En efecto, mientras algunas resoluciones del TDC interpretaban la exención de manera literal y estricta<sup>65</sup>; otras extendían la exención del viejo artículo 2 al abuso de posición dominante, a pesar de que no estuviera expresamente previsto en la misma<sup>66</sup>.

La cuestión ha sido discutida en la tramitación de la nueva Ley de Defensa de la Competencia<sup>67</sup>, multiplicándose los pronunciamientos (incluido el del propio TDC<sup>68</sup>) contra la ampliación del ámbito de aplicación de la exención<sup>69</sup>.

Sin embargo, esta oposición carece de fundamento. No se entiende por qué si una Ley puede amparar un acuerdo o una práctica anticompetitiva no pueda hacerlo también con el abuso de dominio (y la misma argumentación vale para los actos de competencia desleal previstos en el artículo 3). La situación es análoga en uno y en otro caso, ya que se trata de conductas prescritas o autorizadas por el Ordenamiento jurídico<sup>70</sup>. Por otro lado, las razones de interés general que justificarían la intervención pública restrictiva de

<sup>63</sup> Véase Senén De La Fuente, *Comentario a la Ley Española sobre la Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia*, págs. 95-96 y 105-106.

<sup>64</sup> Véase Solana González, en *Anuario de Derecho de la Competencia 2000*, pág. 46, que podría dar lugar a que “[d]e hecho, una interpretación literal puede derivar en la paradoja de que cualquier conducta abusiva de las Administraciones Públicas está prohibida aun estando amparadas legalmente”.

<sup>65</sup> El Tribunal había dicho ya en algún expediente que “*las exenciones legales reconocidas en el artículo 2.1 LDC lo son respecto de las prohibiciones del art. 1 LDC, no de las que resultan de la aplicación de los arts. 6 y 7 de la misma LDC*” (F. Jº 7 in fine, RTDC 26 de noviembre de 2001, r. 477/01, Centros Deportivos Almazora, ponente Pascual y Vicente).

<sup>66</sup> De modo que no constituía un abuso de posición dominante prohibido por la LDC la conducta empresarial que estuviera amparada o comprendida en una norma de rango legal. Véanse, por ejemplo, FJº4.d)II de la Resolución de 30 de octubre de 1993 (325/92, EMORVISA, ponente Alonso Soto: “*cuando por una ley, en el sentido estricto de la expresión, o por una norma reglamentaria que la desarrolla, se ha establecido un marco en el que necesariamente ha de moverse el monopolista, el control de la actividad que éste desarrolle al amparo de dichas normas quedará bajo la tutela del regulador y se sustraerá, por tanto, al conocimiento del TDC*”) y F. Jº 7º de la RTDC de 30 de diciembre de 1993 (A63/93, ITV, ponente Petitbó Juan: “*Del contenido del expediente queda claro que la conducta de SEPIVA se ha ajustado a las disposiciones de la Generalitat Valenciana. Tales disposiciones han limitado las posibilidades de negocio de PISA y de otros competidores potenciales, pero dicha limitación en modo alguno es imputable a SEPIVA*”).

<sup>67</sup> Las enmiendas nº 89 y nº 116 presentadas en el Congreso de los Diputados respectivamente por el grupo Popular y por el grupo Parlamentario Catalán (CIU) proponen con motivaciones insuficientes la vuelta al tenor del viejo artículo 2.1, de modo que la exención legal sólo cubra las infracciones del artículo 1 de la LDC. El Grupo popular se limita a defender que su enmienda constituye una mera mejora en la redacción del precepto, mientras que el grupo catalán afirma que “*Una exención de carácter legal no debería abarcar nunca el supuesto de abuso de posición de dominio*” [BOCG, Congreso de los Diputados, VIII, Serie A, 26 de febrero de 2007, nº 100.-18, págs. 95-96 y 105]. En términos idénticos a esta última, véase enmienda nº 79 del Grupo parlamentario catalán CIU en el Senado [BOCG, Senado, VIII, Serie II, 24 de abril de 2007, nº 90 (c), pág. 59].

<sup>68</sup> Véase Tribunal de Defensa de la Competencia, *Observaciones al Borrador de Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia*, 6 de abril de 2006, §61 (donde lacónicamente se afirma “*este Tribunal cree que la exención prevista en el art. 4.1 del anteproyecto no puede extenderse a los supuestos de abuso de posición de dominio*”).

<sup>69</sup> Por ejemplo, la considera incoherente Ana Mª Tobío Rivas, “El proceso de reforma de la normativa antitrust española: Panorámica del Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, tomo XXVI (2005-2006) pág. 566. En términos parecidos se pronuncia De Eizaguirre, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, tomo XXVI (2005-2006) pág. 132 (para quien “*supone desconocer que el abuso, prohibido por el artículo 2 [...] en ningún caso puede ser excusado, porque de lo contrario se contradice frontalmente lo dispuesto en el artículo 7.II del Código Civil. Por tal razón, a renglón seguido, el legislador se ve obligado a retractarse mediante la adición de una segunda frase, que tiene su antecedente en el vigente artículo 6.III LDC, y que se presta a confusión. Se trata de un vicio de técnica legislativa inexcusable, que por sí solo, aunque las anteriores consideraciones no fueran suficientes, obliga a eliminar el apartado I del artículo 4 [...]*”).

<sup>70</sup> Véanse Rebollo Puig, en *Estudios homenaje S. Martín Retortillo*, pág. 721 (“*el que no haya nada similar al artículo 2 ni se refiera de ninguna forma a la*

la competencia, exenta a través de una norma de rango legal, que existan en un caso también pueden existir en otras conductas que sean consideradas infracciones de los artículos 2 y 3 de la LDC.

Sin embargo, y especialmente por lo que atañe al abuso de posición dominante (los supuestos del artículo 3 quedan reservados a meras “hipótesis de escuela”), tanto bajo la vigencia de la LRPRC como bajo la vigencia de la Ley 16/1989 la extensión de la exención al abuso de posición de dominio planteaba el problema del encaje de una eventual exención con la previsión legal conforme a la cual la prohibición del abuso de posición dominante también “*será de aplicación a las prácticas abusivas que se realicen al amparo de una posición de dominio en el mercado establecida por disposición legal*” (artículo 2.3 LRPRC de 1963, el tenor del artículo 6.3 de la Ley 16/1989 es análogo), y que ahora se mantiene en el artículo 2.3 de la LDC, “*La prohibición prevista en el presente artículo se aplicará en los casos en los que la posición de dominio en el mercado de una o varias empresas haya sido establecida por disposición legal*”. Obsérvese en cualquier caso, que esta disposición se refiere exclusivamente a la posición de dominio, y no al abuso de la misma. En este sentido, el que la LDC afirme su aplicación a las posiciones de dominio conferidas a través de una ley nada tiene que ver con la extensión a los abusos de dominio de la exención legal. Son dos cosas distintas. En otras palabras, la concesión o el reconocimiento legal de una posición de dominio (lo que vulgarmente podría llamarse un “monopolio legal”) no legitimaría los abusos por parte del beneficiario de esa disposición, salvo que una norma de rango legal así lo dispusiera. Ninguna especialidad se suscita, por tanto, respecto de la tradicional aplicación de la exención legal a la prohibición de prácticas restrictivas del art. 1 de la LDC, lo único que ocurre es que la configuración del tipo de ilícito previsto en el art. 2 conjuga dos elementos (posición de dominio y conducta abusiva) y la previsión del art. 2.3 se refiere exclusivamente a la posición de dominio conferida a través de una norma legal (no al abuso de posición de dominio impuesto o permitido por la ley).

## 6. La aplicación de las prohibiciones de la LDC a las restricciones de la competencia derivadas de la actuación de las Administraciones públicas

El art. 4 de la LDC introduce un claro principio general de carácter material, con arreglo al cual, las restricciones a la competencia que no tengan amparo legal estarán prohibidas. Y eso incluye también aquellos supuestos en los que las restricciones se derivan de normas o actos administrativos. En efecto, el corolario necesario de la falta de amparo en una norma de rango legal (contenida en el artículo 4.1) es la aplicación de la LDC a cualesquiera conductas anticompetitivas que resulten del ejercicio de potestades administrativas o de actuaciones de los poderes públicos.

Lo anterior no supone afirmar que la actuación de las Administraciones públicas se someta a la LDC. Las decisiones de la Administración pública y el ejercicio de las potestades administrativas se regirán por el Derecho administrativo, principalmente por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común<sup>71</sup> y otras normas de desarrollo, con respeto al resto Ordenamiento jurídico. En términos generales, el mandato constitucional es claro

posibilidad de que otras leyes permitan o impongan realizar lo que el artículo 6 considera abuso de posición dominante no excluye ni puede excluir esa posibilidad porque no abusa de su derecho ni de su posición de dominio quien hace exactamente lo que le permite o impone el Derecho”) y, en similares términos, José M<sup>a</sup> Baño León, *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la competencia*, McGraw-Hill, Madrid 1996, pág. 150.

<sup>71</sup> BOE nº285, de 27 de noviembre de 1992 (págs. 40300-40319), aunque ha experimentado sucesivas modificaciones desde su aprobación.



(art. 103.1): “La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho”. Entre esas normas se encuentra la LDC, que contiene en su art. 4 una exigencia formal para las potestades administrativas y actuaciones de las Administraciones públicas que introduzcan o de las que se pueda derivar una restricción de la competencia. Con arreglo a este precepto, aquéllas que no resulten de la aplicación de una ley no serán válidas, y las conductas de los operadores privados serán consideradas prohibidas por la LDC como cualesquiera otras infracciones (*infra* § 6.2). Resta, sin embargo, el problema de la imposibilidad de que la CNC y las autoridades autonómicas de competencia enjuicien la validez de las normas reglamentarias y de los actos y potestades administrativos que, sin amparo legal, introdujeran restricciones a la competencia prohibidas por la LDC (*infra* §6.3).

Además, ineludiblemente unido a lo anterior, se suscita el problema de la aplicación de las prohibiciones de la LDC a las conductas anticompetitivas prohibidas por la LDC que realice o en las que colabore la Administración pública cuando actúa como un agente más en el mercado (*infra* §6.1).

## 6.1. La aplicación de las prohibiciones de la LDC a las restricciones de la competencia introducidas por la Administración Pública cuando actúa como operador del mercado

En efecto, de la previsión del art. 4.2 puede deducirse de manera indirecta también la aplicación de las prohibiciones contenidas en la LDC a las actuaciones de las Administraciones públicas como agente y operador<sup>72</sup>. Así lo ha hecho el TDC en la práctica en innumerables resoluciones, en las que ha aplicado las prohibiciones de la LDC a las actuaciones anticompetitivas de la Administración pública que no se realizaban en ejercicio de su *ius imperii* y que carecían de amparo legal. En estos supuestos, de acuerdo con la doctrina del TDC, la clave radica, por tanto, en si la Administración actúa o no como operador económico, aplicándosele las normas de defensa de la competencia en caso de que lo haga.

En este sentido, al Ayuntamiento que otorga autorizaciones administrativas para la instalación de máquinas de venta de refrescos y de un bar en el recinto ferial de Fuengirola en el marco de un convenio con la Cruz Roja<sup>73</sup>. La limitación en el número de licencias y el procedimiento a través del cual se otorgan las mismas constituyen manifestaciones del ejercicio de potestades públicas, que no pueden ser enjuiciadas por las autoridades de competencia<sup>74</sup>.

Cuando se trata de actuaciones o decisiones administrativas que se realizan por la Administración como un participante más en el mercado, la aplicación de la LDC no plantea dudas<sup>75</sup>. No obstante, tampoco esta

<sup>72</sup> Sobre la discusión de si se ha de aplicar a la actividad de la Administración en el tráfico económico (según emplee instrumentos o negocios de Derecho Público o de Derecho Privado), con alusiones a la doctrina alemana, véase Galán Corona, *Acuerdos restrictivos de la competencia*, págs. 188-201.

<sup>73</sup> Véase F.º 3 de la RTDC de 20 de marzo de 1998 (419/97, Cruz Roja de Fuengirola): “Se trata de una actuación de la autoridad local en la que actúa como regulador sin que sea posible entrever actividad económica alguna. 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”.

<sup>74</sup> Véase F.º 4 de la RTDC de 20 de marzo de 1998 (419/97, Cruz Roja de Fuengirola), con lo que difícilmente puede estimarse que el Ayuntamiento tenga una posición de dominio en el mercado de la que esté abusando (“Si el Ayuntamiento limita o dificulta la concesión de dichas licencias puede considerarse que está estableciendo barreras de entrada, pero no está actuando abusivamente en un mercado en el que no actúa como operador”). En términos parecidos, respecto al carácter presuntamente abusivo y desleales restrictivos de la competencia de las condiciones de disfrute y ejercicio de las autorizaciones administrativas concedidas por el ayuntamiento en la playa de Moncofar, véase RTDC de 17 de julio de 1996 (R152/96, Quioscos Moncofar, ponente Hernández Delgado), dado que “Los Ayuntamientos, al igual que el resto de las Administraciones Públicas, están sometidos a las normas de defensa de la competencia, pero en el caso de las cuestiones planteadas en este expediente, el Ayuntamiento, al no actuar como operador económico, no puede incurrir en abuso de posición de dominio ni en actos desleales restrictivos de la competencia” (F.º 4º).

<sup>75</sup> De manera que, “se ha ido produciendo progresivamente una ampliación del ámbito de aplicación de tales normas hasta el punto de llegar a considerar que entre los destinatarios de las normas de competencia se encuentran los entes y empresas públicas, e incluso las Administraciones Públicas cuando actúan como operadores económicos”, [voto particular de Berenguer a Resolución de 23 de junio de 1998 (r287/97, Microordenadores)]. Como el propio Tribunal reconoce, en la práctica, “es preciso delimitar, caso a caso, cuándo una actuación del sector público vulnera las normas de la competencia y cuándo no lo hace, siempre

última afirmación debe tomarse en términos absolutos, pues el amplio ámbito de la actuación administrativa en materia de contratación pública la aplicación de la LDC no es automática. En efecto, aunque la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se inspire en la garantía de la libre concurrencia<sup>76</sup>, los procesos de contratación pública se realizan de acuerdo a procedimientos y con condiciones regladas, que pueden ocasionalmente limitar o condicionar severamente la competencia.

En suma, las Administraciones Públicas deben actuar sometidas a la LDC cuando actúan en el mercado como receptoras o suministradoras de bienes o servicios: *“la afirmación de que el comportamiento de la recurrente lo fue en el ejercicio de funciones propias de su ámbito administrativo, nos llevaría a la ineludible conclusión, dado el principio de habilitación legal, de que opera el artículo 2 de la Ley 16/1989, y por ello que la conducta no podría ser sancionada ni prohibida por el Tribunal de Defensa de la Competencia. Pero si la actuación discutida se encuentra fuera del contenido de las funciones públicas, tal conducta carecería de la cobertura del precepto citado”*<sup>77</sup>.

## 6.2. La aplicación de las prohibiciones de prácticas anticompetitivas a las conductas que resulten de normas reglamentarias y del ejercicio de potestades administrativas sin amparo legal

Las prohibiciones de prácticas anticompetitivas sí son aplicables a las conductas de los operadores privados que resulten del cumplimiento de normas reglamentarias o del ejercicio de potestades administrativas carentes de amparo legal. Se trata, de normas y de potestades que son contrarias a la LDC, pero naturalmente no se encuentran prohibidas por la LDC. En otras palabras, no cabe considerar tales normas o actuaciones administrativas como posible restricción a la competencia *stricto sensu*, aunque en su caso podrían cuestionarse en vía contencioso-administrativa<sup>78</sup>. Y, es que, en la medida en que en estos supuestos la Administración no actúa como operador económico no puede, por ende, aplicarse la prohibición de acuerdos o prácticas restrictivas.

Sí serían enjuiciables, en cambio, a pesar de la notable inseguridad jurídica que introduce esta previsión del art. 4.2 de la LDC, las conductas de los operadores privados que resultaran de la aplicación del reglamento o del ejercicio de la potestad legislativa. El problema que aquí se suscita es la dificultad para los operadores económicos de deslindar qué reglamentos o potestades administrativas de los que resulten potenciales restricciones a la competencia tienen cobertura legal, para desobedecerlos en caso contrario. Puede

---

en el bien entendido supuesto de que se trata de aplicar a las Administraciones Públicas normas que en principio estuvieron pensadas para las empresas, lo cual produce ciertas dificultades interpretativas y de fijación de límites”. FJº 1 *in fine*, RTDC de 20 de marzo de 1998 (419/97, Cruz Roja Fuengirola, ponente Berenguer Fuster).

<sup>76</sup> En este punto, debe tenerse en cuenta el criterio general establecido en el Art. 11 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas - en cuanto a los requisitos de los contratos (*rectius* del procedimiento de contratación administrativa): “1. Los contratos de las Administraciones Públicas se ajustarán a los principios de publicidad y concurrencia, salvo las excepciones establecidas por la presente Ley y, en todo caso, a los de igualdad y no discriminación”. Esta previsión aparece reforzada en el Artículo 1 (Objeto y finalidad) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (BOE nº 261, de 31 de octubre de 2007, págs. 44336-44436): “La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.”

<sup>77</sup> Véase F. Jº 4º de la SAN de 19 de diciembre de 2001 (que considera que el establecimiento de normas técnicas en un contrato de suministro no constituye el ejercicio de potestades administrativas).

<sup>78</sup> Así, frente a la denuncia por abuso de posición dominante al Ayuntamiento de Madrid por la negativa a conceder al denunciante una licencia para la instalación de una gasolinera (actuación amparada en las competencias municipales en materia de ordenación y disciplina urbanística que le otorga la Ley de Bases de Régimen Local) véase RTDC de 19 de abril de 1996 (R151/96, Ayuntamiento de Madrid, ponente Berenguer Fuster). De igual modo, frente a la denuncia a los Ayuntamientos de Fuenterrabía, Irún, San Sebastián, Azpeitia, Guetaría, Pasajes Ancho, Alegia, Ondarróa, Bilbao, Victoria y La Coruña por denegación de licencias para la venta ambulante (actuación amparada en las competencias municipales en materia de ferias y mercados y de sometimiento a licencia de dicha actividad de acuerdo con la Ley /17987, de 2 de abril de Bases de Régimen Local, y de acuerdo con la LOCM 7/1996 y demás legislación autonómica), véase RTDC de 1 de abril de 1996 (R145/96, Denegación de Venta Ambulante, ponente Rubí Navarrete).

anticiparse la dificultad de trazar esas diferencias para el justiciable, que actúa vinculado al Ordenamiento jurídico en su totalidad<sup>79</sup>. Y las consecuencias no son desdeñables: en caso de que la conducta se estime incurso en la prohibición será ilícita y sancionable por las autoridades.

A pesar de estas dificultades, la praxis del TDC en aplicación de esta disposición ha sido muy fructífera. Ha sido especialmente rica en lo atinente a los colegios profesionales, materia en la que se han declarado prohibidas, y se han sancionado, las normas y actuaciones colegiales que introducían restricciones a la competencia sin amparo legal<sup>80</sup>. También se ha utilizado la disposición frente las actuaciones de las administraciones locales o municipales, que muestran una especial inclinación a combinar la adopción de regulaciones económicas que falsean la competencia con su participación directa o indirecta en el mercado, y en otros sectores regulados, que han sido liberalizados y desregulados<sup>81</sup>.

### 6.2.1. La aplicación de las prohibiciones de prácticas anticompetitivas a las restricciones a la competencia introducidas por normas reglamentarias sin amparo legal

De acuerdo con la LDC las restricciones a la competencia que resulten o deriven de normas reglamentarias dictadas sin fundamento legal no están amparadas por la exención. Este postulado es claro. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con las conductas de los particulares y agentes de mercado que cumplen con lo dispuesto en el reglamento, la restricción contenida en un reglamento debería conducir a la nulidad del reglamento conforme a la LDC (*i. e.*, un reglamento que introduce una restricción a la competencia sin amparo legal sería un reglamento nulo por infringir la LDC—y, probablemente, por excederse en el desarrollo de la norma legal afectada: desarrollo *extra legem*). Y, por ello, respecto de los operadores económicos cuyo comportamiento se ve afectado por esa norma reglamentaria, que fuerza o promueve su comportamiento anticompetitivo, se suscita la duda sobre qué ocurriría en caso de que desobedecieran lo dispuesto en esa disposición.

El problema radica en la aplicación práctica del anterior postulado. En efecto, puede ser difícil hacer valer la pretensión de nulidad del reglamento si se insta ante las autoridades de la competencia (sea la CNC, las autoridades autonómicas o los juzgados de lo mercantil) que no pueden inaplicar el reglamento y que carecen de competencia para declararlo nulo (véase *infra* § 6.3). Las disposiciones reglamentarias, dictadas por el Gobierno en cumplimiento de las prerrogativas reconocidas constitucionalmente en el art. 97 CE, deben considerarse lícitas y cumplirse mientras estén vigentes, y el análisis de su validez y posible derogación sólo es posible por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa (según la propia CE dictamina en los arts. 106.1 y 117.3, y de acuerdo con el art. 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora

---

<sup>79</sup> Anticipa esta problemática, y sugiere la no imposición de multa (aunque los problemas no terminan ahí) por falta de culpabilidad, Rafael Allendesalazar Corcho, “Las conductas prohibidas en el Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia”, *Gaceta Jurídica de la Competencia* nº 241 (enero/ abril 2006) págs. 10-11. Parece sugerir la no imposición de multa si la conducta anticompetitiva es impuesta por la norma, pero lo contrario si la empresa va más allá, Adriana Pascual Sequeros, “Poderes Públicos y Abuso de Posición Dominante en el Derecho Español de la Competencia”, en *Curso de Derecho de la Competencia Europeo y Español*, Vol. II, Madrid 2001, págs. 219-221.

<sup>80</sup> Después de la reforma de la Ley de Colegios Profesionales en 1997 (por Real Decreto Ley 5/1996, de 7 de junio, después Ley 7/1997, de 14 de abril, véanse, con referencias múltiples, Francisco Marcos, “La lucha contra las restricciones a la competencia en el mercado de servicios profesionales”, *Gaceta Jurídica de la competencia*, nº 219 (mayo-junio 2002) págs. 28-35; Zambrini, *Revista General del Derecho*, nº 625-626 (octubre-noviembre 1996) págs. 11772-11780 y, especialmente, Germán Fernández Farreres et al., *Colegios Profesionales y Derecho de la Competencia* (dir. G. Fernández Farreres), Civitas-UP, Madrid 2002, págs. 95-147.

<sup>81</sup> Frecuentemente los poderes públicos y los organismos de regulación sectorial intervienen e introducen restricciones en la actividad y conducta de los agentes en estos sectores, suprimiendo el juego de la libre competencia [véanse, ampliamente, Darren Bush, “Mission Creep: Antitrust Exemptions and Immunities as Applied to Deregulated Industries”, *Utah Law Review* 2006, 613-662 y Elizabeth Trujillo, “State Action Antitrust Exemption Collides with Deregulation: Rehabilitating the Foreseeability Doctrine”, *Fordham Journal of Corporate and Financial Law* 11 (2006) 349-411 (que subraya la conveniencia de afirmar el criterio de la “previsibilidad” del efecto anticompetitivo derivado de una política estatal que esté claramente articulada como solución para superar las inconsistencias de la jurisprudencia norteamericana sobre el particular)].



de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa<sup>82</sup>) y, como veremos, a la CNC y a las autoridades autonómicas sólo les cabe emplear las facultades que la nueva LDC le confiere en el art. 12.2 para instar su derogación. Sostener la posible inaplicación de la norma reglamentaria por la CNC supone contravenir el sistema constitucionalmente establecido<sup>83</sup>.

## 6.2.2. La aplicación de las prohibiciones de la LDC a las restricciones de la competencia causadas por actos administrativos carentes de amparo legal

De acuerdo con el artículo 4.1 de la LDC, ante la falta de una disposición legal de cobertura, cabría aplicar la LDC a una restricción de la competencia introducida a través del ejercicio de una potestad administrativa o de un acto administrativo que carezca de fundamento legal<sup>84</sup>.

También en este caso nos encontraríamos con que los actos administrativos que introduzcan restricciones a la competencia que no son aplicación de una norma de rango legal serían contrarios a la LDC (i.e. a su artículo 4) y, por ende, nulos de pleno derecho conforme al artículo 62.1.g) de la Ley 30/1992.

Como hemos visto antes, no toda actuación de las Administraciones públicas constituye un acto administrativo. Sólo es así cuando se ejercitan potestades administrativas y se hacen sobre materia cuyo contenido ha de ser administrativo<sup>85</sup>. La actuación de las administraciones públicas en el mercado como un operador más, que demanda u ofrece bienes o servicios, no es un acto administrativo y está plenamente sometida a la LDC (*supra* § 6.1). Esto resulta especialmente claro en el caso de los colegios profesionales, que son corporaciones de derecho público sometidas al Derecho administrativo. Sin embargo, no todas las actuaciones colegiales son consideradas un acto administrativo<sup>86</sup>: “*so capa de las facultades administrativas otorgadas a los Colegios Profesionales para la ordenación y control de las profesiones tituladas, puede suceder que tengan la apariencia de actos administrativos actuaciones que no cuentan con los requisitos exigibles a todo acto administrativo*”<sup>87</sup>.

Al margen, sin embargo, de la posible nulidad, como ocurre con los reglamentos (*supra* §6.1) no pueden las autoridades de competencia declarar la nulidad del acto o inaplicarlo (*infra* §6.3) y deben emplear la vía contencioso-administrativa para impugnarlo y conseguir así su nulidad.

<sup>82</sup> BOE nº 167, de 14 de julio de 1998 (págs. 23516-23551), aunque ha experimentado sucesivas modificaciones desde su aprobación.

<sup>83</sup> “[I]mplica, a mi juicio, colocar al administrado ante una disyuntiva irresoluble: o acomoda su conducta a lo dispuesto en el Reglamento, en cuyo caso podrá resultar sancionado por este Tribunal, o tiene que incumplir lo establecido en el Reglamento, en cuyo caso por definición infringe esa norma reglamentaria.” [Fdo. Jº 4, voto particular de Soriano García a RTDC de 10 de noviembre de 1992 A30/92. Y es que, no cabe sostener que el precepto afirme, “*porque constitucionalmente no lo puede decir, que, cuando un reglamento orgánico o independiente ampare una conducta anticompetitiva, este Tribunal de Defensa de la Competencia lo pueda desconocer*” [Fdo. Jº 6, voto particular de Soriano García a RTDC de 10 de noviembre de 1992, A30/92).

<sup>84</sup> Como se sostiene, respecto del posible carácter anticompetitivo de las acusaciones de intrusismo a los expertos inmobiliarios por parte de los colegios de Agentes de la propiedad inmobiliaria, amparados en la atribución de funciones que a estos últimos se realiza a través Real Decreto 3248/1969, de 4 de diciembre, en la RTDC de 10 de noviembre de 1992 (A 30/92, ponente Martín Canivell).

<sup>85</sup> Ampliamente, revisando la no siempre clara doctrina del TDC sobre el particular, José Eugenio Soriano García, *Derecho Público de la Competencia*, IDELCO-Marcial Pons, Madrid 1998, págs 369-419.

<sup>86</sup> Véanse, entre otras muchas, RTDC de 20 de noviembre de 1992 (313/92, Colegio Oficial de Arquitectos Vasco-Navarro, ponente Soriano García), de 30 de diciembre de 1993 (333/93, PLACONSA, ponente Torres Simó), de 25 de junio de 1996 (r160/96, Aparejadores de Madrid, ponente Berenguer Fuster) y 5 de junio de 1997 (372/96, Arquitectos Madrid, ponente Hernández Delgado).

<sup>87</sup> Véase FJº 4 de la RTDC de 28 de julio de 1994 (339/93 COAM); también FJº 4 de la RTDC de 5 de junio de 1997 (372/96, Arquitectos Madrid).

### 6.3. La imposibilidad de que las autoridades de competencia declaren la nulidad de los reglamentos y actos administrativos que contengan restricciones a la competencia

Independientemente de la cuestión relativa a la norma material, que resulta bastante clara tras el análisis de la evolución del precepto y de la praxis del TDC, se suscita una cuestión de procedimiento de enorme trascendencia. El artículo 4 de la LDC, como su predecesor, afirma la aplicación de las prohibiciones a las actuaciones de las Administraciones públicas, sea mediante disposiciones generales de rango inferior a la Ley (i.e. normas reglamentarias), sea mediante actos administrativos. La regla de derecho material no suscita dudas. El problema radica en la imposibilidad de que las autoridades encargadas de aplicar la LDC declaren la ilicitud de la norma reglamentaria o del acto administrativo que introduzca una restricción a la competencia prohibida por la LDC sin fundamento legal<sup>88</sup>. La cuestión se suscita en términos análogos tanto respecto de la CNC como respecto de las autoridades autonómicas de defensa de la competencia y de los juzgados de lo mercantil.

Sin embargo la praxis del TDC hasta la fecha ha ignorado este planteamiento en la mayoría de sus resoluciones y pese a carecer de potestad y competencia para ello, ha procedido a inaplicar las normas reglamentarias restrictivas de la competencia que carecían de fundamento legal y a cuestionar la validez de los actos administrativos restrictivos de la competencia sin fundamento legal<sup>89</sup>. Esta tesis choca con la presunción de legalidad y validez de los reglamentos administrativos que, aunque no rige para los órganos judiciales, si lo hace para la CNC y las autoridades autonómicas (de acuerdo con el artículo 18.2 de la Ley 30/1992: “*Las normas y actos dictados por los órganos de las Administraciones Públicas... deberán ser observados por el resto de los órganos administrativos, aunque no dependan jerárquicamente entre sí o pertenezca a otra Administración*”)<sup>90</sup>.

Las autoridades administrativas de competencia no pueden tener facultad para anular o prescindir de los reglamentos y actos que introduzcan restricciones a la competencia, mientras no se destruya la presunción de legalidad de la que se benefician. El derecho previgente contenía en este punto una laguna notable, al no proporcionar instrumentos dirigidos a instar por las autoridades de competencia la anulación de esos reglamentos y actos<sup>91</sup>. Por eso, la previsión en la nueva LDC de un la legitimación de la CNC y de las autoridades autonómicas para impugnar ante la jurisdicción competente actos administrativos y disposiciones reglamentarias de las que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados sin fundamento legal (artículo 12.3 de la LDC<sup>92</sup>) supone el reconocimiento del error en la postura y actuación previa del TDC.

<sup>88</sup> Aunque la cuestión se apuntaba en trabajos previos, es Rebollo Puig quien formula esta tesis con mayor rotundidad: “*el TDC no puede adoptar ninguna medida frente a la conducta anticompetitiva. No es que no tenga competencia [...]. Es simplemente que se encuentra ante una conducta perfectamente lícita frente a la que, sólo por eso, no puede adoptar ninguna medida*” (en *Estudios homenaje S. Martín-Retortillo*, pág. 728). Véanse también Fernando De Lemus Chavarrí, “El acto administrativo ante la legislación de Defensa de la Competencia”, *Boletín Económico del ICE*, nº 2720 (18 de febrero a 3 de marzo de 2002) págs. 33-35 y Soriano García, *Derecho Público de la Competencia*, págs.366-367

<sup>89</sup> Esta es la tesis doctrinal mayoritaria y también del TDC, que no anula los actos y reglamentos, sino que se limita a prescindir de ellos, recoge estos planteamientos (para luego responder críticamente) Rebollo Puig en *Estudios homenaje S. Martín-Retortillo*, págs. 730-731. Sobre la falta de apoyo positivo a la facultad que el TDC se reconoce a sí mismo, *id.*, págs.736-738.

<sup>90</sup> *In extenso* Rebollo Puig en *Estudios homenaje S. Martín-Retortillo*, págs. 731-732.

<sup>91</sup> Apuntaba la carencia y la necesidad de corregirla Luis Berenguer Fuster, *Sistema de Defensa de la Competencia*, Documento de Trabajo 54/2004, Fundación Alternativas, 1 de marzo de 2003, pág. 26 (disponible en [http://www.falternativas.org/base/download/5901\\_12-09-05\\_54\\_2004.pdf](http://www.falternativas.org/base/download/5901_12-09-05_54_2004.pdf), visitada el 31.08.07): “*En una nueva legislación debería darse un paso más en tal sentido y, por ello, debería dotarse al organismo encargado de la necesaria competencia para impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa las normas de rango inferior a ley que permitan restricciones a la competencia.*”

<sup>92</sup> Extremo este que parece desconocer las Enmiendas nº 47 presentada en el Congreso por el Grupo Parlamentario ERC, y nº 32 presentada en el Senado por el Grupo Mixto (BNG), *BOCG, Senado*, VIII, Serie II, 24 de abril de 2007, nº 90 (c), pág. 46, pues proponen la inclusión del apartado 3 del artículo 12 como apartado 3 del artículo 4 desconociendo la existencia del propio artículo 12.3 (“*Esta previsión del anteproyecto no se contempla en el proyecto de Ley...*”). Al margen del *lapsus legislatoris*, es discutible si la ubicación de la previsión en el artículo 4.3 es preferible a la del art. 12.3.

## 7. La aplicación de las prohibiciones de la LDC a las restricciones de la competencia causadas por la actuación de empresas públicas sin amparo legal

La aplicación de las prohibiciones de la LDC a las restricciones provocadas por empresas públicas se deriva de la consideración de éstas como empresas que compiten en igualdad de condiciones con las empresas privadas. La empresa pública es destinataria de las prohibiciones del Capítulo I del Título I de la LDC como lo es la empresa privada, y ambas encajan perfectamente en el concepto de “empresa” que se formula en la Disposición Adicional 3ª de la LDC.

La creación o constitución de una empresa pública no es una actuación de los poderes públicos que pueda constituir una infracción de las normas de defensa de la competencia. La iniciativa pública empresarial tiene reconocimiento en el propio texto constitucional y en otras disposiciones legales<sup>93</sup>, sin que su ejercicio sea —en principio— susceptible de control por las autoridades de competencia<sup>94</sup>. Por ello, la decisión por parte de un Ayuntamiento de emprender una actividad empresarial no puede considerarse anticompetitiva, aunque naturalmente deberá someterse a las normas administrativas previstas para el comienzo y realización de dicha actividad (sometiéndose el control del cumplimiento de esas normas a los tribunales contencioso-administrativos), pero más tarde rigen respecto de su comportamiento las prohibiciones en materia de defensa de la competencia contenidas en la LDC<sup>95</sup>.

Además, cuando la actuación de la empresa pública se verifica y sigue lo establecido en una norma de rango legal o en una previsión reglamentaria que la desarrolle, en tal caso la existencia de esa legislación y regulación específica impide el enjuiciamiento por las autoridades de competencia, desplazándose el control de la regularidad y legalidad de la actuación de las empresas en ese ámbito a la Administración reguladora o a la jurisdicción contencioso administrativa<sup>96</sup>.

Ya se ha apuntado que la creación de empresas públicas debe responder al interés general, sometiéndose después el ejercicio de la actividad empresarial “*sin excepción ni privilegio alguno directo o indirecto a las mismas reglas de libre competencia que rigen en el mercado*”<sup>97</sup>.

---

<sup>93</sup> Arts. 86 de la Ley 7/1985, de 2 de abril de Bases de Régimen Local (BOE nº 80, de 3 de abril de 1985, págs. 8945-8964) y arts. 96-97 del Real Decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local (BOE nº 96, de 22 de abril de 1986, págs. 14282-14295).

<sup>94</sup> Véase, respecto de la sociedad municipal de Zumaia Lantzen el F. Jº 1º de la RTDC de 26 de mayo de 1997 (R 193/96, Suelo Municipal Zumaia, ponente Rubí Navarrete), en el que además se establece que “*el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento [...] encomendando a la empresa municipal el desarrollo y la gestión urbanística [...] es un acto de una Administración Pública, sujeto al derecho administrativo, cuya impugnación debe ser realizada ante los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo*”.

<sup>95</sup> Véase RTDC de 18 de Octubre de 1993 (A 58/93, Sabadell, ponente Bermejo Zofío), referente a la apertura de un centro de enseñanzas de formación profesional por el Ayuntamiento de Sabadell [la Ley del Parlamento Catalán 8/1987, de 15 de abril, Municipal y de Régimen Local de Cataluña exige que se realice “*un expediente previo, en el que se acreditarán la conveniencia y oportunidad de la iniciativa pública*” (art. 227.1), imponiéndose varios requisitos formales (art. 227.2), destacando la ulterior exigencia de que “[e]l ejercicio de la actividad se realizará en régimen de libre concurrencia”] cuyas actuaciones están sometidas a la LDC.

<sup>96</sup> Véase FJº 5º de la RTDC de 30 de diciembre de 1993 (A64/93, ITV, ponente Petitbò Juan), que repite algunos de los ya formulados en la RTDC de 30 de abril de 1996 (R148/96, TRAGSA, ponente Alcalde Guindo).

<sup>97</sup> Véase F. Jº 3 de la STS de 10 de octubre de 1989 (RJ 1989\7352) y Alfaro Águila-Real y Paz-Ares, en *Estudios Homenaje Díez-Picazo*, tomo IV, págs. 6002-6003.

## 8. La aplicación de las disposiciones comunitarias a las restricciones de la competencia que resulten de aplicación de una Ley

La reforma de la LDC en 1999 supuso, entre otras cosas, la incorporación de una nueva previsión al art. 2.1 de la LDC con arreglo a la cual la exención a las conductas restrictivas amparadas en normas de rango legal tendría su eficacia limitada por las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia. La previsión se mantiene en iguales términos la nueva Ley. En principio, su oportunidad y relevancia parecen cuestionables.

En primer lugar, cabe cuestionarse qué añade la referencia a la aplicación de las *disposiciones comunitarias* en materia de defensa de la competencia, ¿es que las disposiciones comunitarias no serían de aplicación sin la existencia de esta previsión expresa? Aunque la respuesta a esta pregunta es indudablemente afirmativa<sup>98</sup>, cabe pensar que no está de más el recordatorio, sea al legislador, sea a las autoridades (judiciales y administrativas) encargadas de aplicar la Ley, sea a los destinatarios de las prohibiciones, de que las previsiones legales de carácter anticompetitivo deberán siempre y en todo caso respetar las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia<sup>99</sup>.

En segundo lugar, dado que —como es sabido— las aludidas disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia tienen un ámbito de aplicación distinto de las disposiciones nacionales contenidas en la LDC, esta previsión no añade nada. Mientras que las primeras se aplican a las restricciones a la competencia y prácticas anticompetitivas que afectan al comercio entre los Estados miembros, las segundas se limitan a las conductas restrictivas que limitan sus efectos al mercado nacional o a una parte del mismo<sup>100</sup>. Naturalmente, cabe pensar que sea dudoso que el desarrollo del mercado interior europeo permita sostener que hay prácticas o conductas que exclusivamente afectan al mercado nacional. Esto supondría cuestionar la teoría de la “doble barrera” y la presumible compatibilidad (y complementariedad) entre el ordenamiento comunitario y el ordenamiento nacional de defensa de la competencia<sup>101</sup>, y dejaría poco espacio a la aplicación de este último y del propio artículo 4 de la LDC.

Por eso, de manera un tanto inadecuada y anómala para una norma contenida en la LDC y que, por lo tanto, debería ceñir su contenido y sus referencias a la aplicación de las normas y prohibiciones contenidas en

<sup>98</sup> Ya Baño León, *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la competencia*, págs. 94-95 (“[...] la exención legal en ningún caso juega frente al Ordenamiento Comunitario. Aunque la conducta de un particular o de una empresa pública [...] venga obligada por una disposición legal española, si es contraria al art. 85 y, con más razón, si contraviene el art. 86 del Tratado de la CEE, será una conducta prohibida”).

<sup>99</sup> Este recordatorio es, si cabe, más adecuado a la vista de la jurisprudencia más reciente sobre la eficacia directa la STJCE de 9 de septiembre de 2003 (C-198/01, Consorzio Industrie Fiammiferi-CIF), sobre la cual véase infra notas 107-110 y texto correspondiente.

<sup>100</sup> Es sabido que la aplicación del derecho nacional de defensa de la competencia no puede suponer la prohibición de lo que de acuerdo con el derecho comunitario estaría permitido (art. 3 del Reglamento 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativa a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del tratado, DOCE nº L 1, de 4 de enero de 2003, págs. 1-25), esto no significa que no puedan contemplar exenciones distintas de las que prevén en el sistema comunitario, y que incluso pueden contemplar un régimen más restrictivo para aquellas conductas que quedan fuera del ordenamiento comunitario cuando no afecten al comercio entre los Estados miembros.

<sup>101</sup> Recientemente recordada, por ejemplo, en el F.º 6.VII de la STS de 20 de enero de 2007, RJ 2007\790 (que estima parcialmente los recursos contra SAN de 19 de febrero de 2003 sobre RTDC de 29 de noviembre de 1999 432/1998, líneas aéreas): “La complementariedad de ambos ordenamientos se deduce de la denominada «doble barrera normativa», que autoriza la aplicación del orden jurídico interno y del orden jurídico comunitario para reprimir las conductas o prácticas colusorias, con reserva de que la aplicación del Derecho nacional no contradiga ni obstaculice la interpretación uniforme del Derecho europeo de la Competencia, y de que se modulen las sanciones que se puedan imponer en ambos ámbitos, en el supuesto de dualidad de procedimientos, según dispone expresamente el artículo 44.2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.”

la LDC, el art. 4 de la LDC alude directamente a la aplicación del Derecho comunitario en España<sup>102</sup>. Nos encontraríamos ante una disposición que recuerda que la ley española no puede amparar restricciones a la competencia que infrinjan los artículos 81 y 82 del Tratado CE, algo que, además de innecesario, no tendría mayor relevancia para la aplicación de las prohibiciones contenidas en los artículos 1, 2 y 3 de la LDC<sup>103</sup>.

Además, no es clara la razón que ha llevado a restringir la llamada que se realiza en esta cláusula legal a las disposiciones comunitarias *en materia de defensa de la competencia*, ¿es que no hay otras disposiciones comunitarias que pueden ser aplicadas a las restricciones a la competencia introducidas o amparadas en normas de rango legal? La respuesta a esta pregunta es afirmativa y, por ello, en este punto la limitación es también cuestionable.

La primacía y la eficacia directa del Derecho comunitario<sup>104</sup> hacen innecesaria e incluso inconveniente la referencia que abre el artículo 4 de la LDC. En efecto, las autoridades de competencia de los Estados miembros (también las autonómicas y los jueces de lo mercantil cuando apliquen la LDC), como todos los poderes públicos, están obligados a aplicar las disposiciones comunitarias (principio del *juez nacional como juez comunitario*)<sup>105</sup>. Por ello, en el caso de una restricción a la competencia contenida en una ley nacional que contravenga cualquier disposición del Derecho comunitario (sea originario o derivado) la autoridad nacional (sea judicial o administrativa) deberá inaplicarla<sup>106</sup> —con independencia de que la norma comunitaria conculcada pertenezca al ámbito de la defensa de la competencia, o a cualquier otro ámbito normativo—.

Sin embargo, como es sabido, el Derecho comunitario presenta una laguna en el tratamiento de las restricciones a la competencia introducidas por los Estados a través de sus normas. No obstante, existen otras normas distintas de las disposiciones en materia de competencia (contenidas en los artículos 81 a 89 del TCE) que podrían resultar de aplicación en este tipo de supuestos<sup>107</sup>. Por ello, es criticable que la LDC

<sup>102</sup> Labor que, como es sabido, compete tanto a la CNC como a los jueces de lo mercantil de acuerdo con los artículos 1.1, 2.1 y 8 del Real Decreto 2295/2004, de 10 de diciembre, relativo a la aplicación en España de las normas comunitarias de competencia (BOE nº 308, de 23 de diciembre de 2004, págs. 41626-41629).

<sup>103</sup> También lo considera así Fernando Castillo de La Torre, “Conductas anticompetitivas impuestas o fomentadas por los Estados Miembros: deberes de los órganos que aplican el derecho de la competencia y responsabilidad de las empresas (Comentario a la sentencia Consorzio Industrie Fiammiferi, de 9 de septiembre de 2003)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo* nº 17 (2004) pág. 190.

<sup>104</sup> Véase STJCE de 15 de julio de 1964 (C-6/64, Costa / E.N.E.L.); STJCE de 5 de febrero de 1963 (C-26/62, NV Algemene Transport en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v. Netherlands Inland Revenue Administration) y STJCE de 9 de marzo de 1978 (C-106/77, Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal SpA).

<sup>105</sup> Véase §24 de la STJCE de 9 de marzo de 1978 (C-106/77, Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal SpA), que expresamente dispone: “[E]l juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, está obligado a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicadas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional”. Posteriormente, a instancias de una cuestión prejudicial planteada por un juez español, véase §2 de la STJCE de 11 de julio de 1989 (Ford España S.A. c. Administración de Aduanas del Estado español (C-170/88): “El Juez nacional encargado de aplicar, en asuntos que sean de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, está obligado a garantizar plenos efectos a dichas normas dejando de oficio inaplicada, si es necesario, cualquier disposición de la legislación nacional que pueda ser contraria, sin que sea preciso pedir o esperar la derogación previa de dicha disposición”. Véase también §21 de la STJCE de 22 de octubre de 1998. (asuntos acumulados C-10/97 a C-22/97, Ministero delle Finanze contra IN.CO.GE.'90 Srl, Idelgard Srl, Iris'90 Srl, Camed Srl, Pomezia Progetti Appalti Srl (PPA), Edilcam Srl, A. Cecchini & C. Srl, EMO Srl, Emoda Srl, Sappesi Srl, Ing. Luigi Martini Srl, Giacomo Srl y Mafar Srl): “Por consiguiente, contrariamente a lo que sostiene la Comisión, de la sentencia Simmenthal, antes citada, no puede deducirse que la incompatibilidad con el Derecho comunitario de una norma de Derecho nacional posterior produzca el efecto de determinar la inexistencia de ésta. Ante semejante situación, el Juez nacional está obligado, en cambio, a descartar la aplicación de esa norma, en la inteligencia de que esta obligación no limita la facultad de los órganos jurisdiccionales nacionales competentes para aplicar, entre los distintos procedimientos del ordenamiento jurídico interno, aquellos que sean apropiados para salvaguardar los derechos individuales reconocidos por el Derecho comunitario”. Últimamente, véase §16 de la SJCE de 8 de junio de 2000 (C-258/98. Giovanni Carra y otros). En la doctrina véase Ricardo Alonso García, “El juez nacional como juez europeo a la luz del Tratado Constitucional”, en *Constitución europea y constituciones nacionales* (dir. Marta Cartabia, Bruno de Witte y Pablo Pérez Tremps), Tirant Lo blanch, Valencia 2005, págs. 639-692; Francisco Fernández Segado, “El juez nacional como juez comunitario europeo de derecho común: las transformaciones constitucionales dimanantes de ello”, *Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional*, nº 13 (2005) págs. 57-94 (disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/cconst/cont/13/ard/ard2.pdf>; visitada el 29.10.07); Dámaso Ruíz Jarabe Colomer, “El juez nacional como juez comunitario: Valoración de la práctica española”, en *Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial* (Gil Carlos Rodríguez Iglesias y Diego J. Liñán Nogueiras coords.), Universidad Granada-CGPI-Civitas, Madrid 1993, págs. 653-676.

<sup>106</sup> Esta solución, como la que se postula sobre la vigencia de los reglamentos que sin amparo legal introducen restricciones a la competencia (véase *supra* nota 79 y texto correspondiente) introduce una notable inseguridad jurídica para los operadores. Sin embargo, resulta directamente de la aplicación de los principios básicos que inspiran el ordenamiento comunitario.

<sup>107</sup> Véase Julio Baquero Cruz, *Entre competencia y libre circulación. El Derecho constitucional económico de la Comunidad Europea*, Civitas, Madrid 2002, págs. 227-266.



haya limitado de modo no deseable y sin justificación su llamada a las normas de competencia cuando se refiere al conjunto de normas susceptibles de aplicación a las restricciones de la competencia que resulten de aplicación de una Ley<sup>108</sup>. En primer lugar, la limitación es inútil, por aplicación del principio de primacía. En segundo lugar, la limitación no es deseable porque las normas comunitarias de defensa de la competencia son normas principalmente destinadas a las empresas, sólo excepcionalmente existe alguna norma cuyo destinatario son los poderes públicos (así, artículos 86 y 87 en materia de empresas públicas y de ayudas públicas, pero que tienen escasa relevancia para los supuestos a que atañe el artículo 4.1 de la LDC). De hecho, las principales normas del TCE que podrían eventualmente limitar los excesos del legislador y de los poderes públicos en esta materia son principalmente el artículo 3.g) con arreglo al cual, para conseguir los objetivos de la Unión, la acción de la Comunidad implicará “*un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior*”; y el artículo 10 del Tratado CE que está llamado a impedir que los Estados introduzcan a través de sus normas o intervenciones restricciones a la competencia en la medida que se trate de “*medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del [Tratado CE]*”. La jurisprudencia y la doctrina comunitarias han interpretado unánimemente estas disposiciones para construir un instrumento de limitación a las legislaciones e intervenciones de los Estados miembros de corte anticompetitivo<sup>109</sup>. En este sentido, la ampliación de la referencia a otras disposiciones comunitarias (distintas de las de competencia) con propósitos y objetivos diferentes, y que en el fondo coadyuvan en la construcción de un sistema integral de defensa de la competencia, hubiera dotado de mayor sentido a esta cláusula contenida en el art. 4.1 de la LDC.

En este sentido conviene subrayar como la jurisprudencia comunitaria sobre las prácticas anticompetitivas derivadas de intervenciones de los Estados miembros ha pasado de una postura excesivamente formalista a una de mayor relevancia sustantiva y procedimental, que está llamada a limitar profundamente las intervenciones estatales de corte anticompetitivo.

En efecto, el planteamiento tibio y bastante formalista que ha caracterizado tradicionalmente a la jurisprudencia comunitaria, reiterado en algunos de los últimos casos en materia de restricciones a la competencia en el mercado de servicios profesionales<sup>110</sup>, ha cambiado radicalmente, adoptándose una postura que viene a limitar notablemente los efectos de las previsiones anticompetitivas introducidas por los Estados miembros<sup>111</sup>. Tal es el planteamiento que puede extraerse de la STJCE de 9 de septiembre de

<sup>108</sup> Eran plausibles las Enmiendas nº 46 que presentó en el Congreso el Grupo parlamentario de IU-ICV, nº 1, que presentó en el Senado el Grupo parlamentario Mixto(IU), y nº 49 que presentó también en el Senado el Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés (GPECP), que proponían que se aludiera exclusivamente a “*las disposiciones comunitarias*” (BOCG, Congreso de los Diputados, VIII, Serie A, 26 de febrero de 2007, nº 100-18, págs. 84-85; BOCG, Senado, VIII, Serie II, 24 de abril de 2007, nº 90 (c), págs. 39-40 y 51). La motivación de las Enmiendas es, no obstante, insuficiente e inadecuada, pues —a diferencia de lo que se sostiene— no son principalmente las disposiciones comunitarias en materia de libre circulación de mercancías las que, en su caso, serían de aplicación a las restricciones de la competencia contenidas en normas de rango legal.

<sup>109</sup> Entre otras, véanse SSTJCE de 16 de septiembre de 1977 (GB-Inno-BM, C-13/77), de 30 de enero de 1985 (BNIC v. Clair, C-123/83), de 3 de diciembre de 1987 (BNIC v. Yves Aubert, C-136/86), de 30 de abril de 1986 (Asjes, C-209 a 213/84), de 1 de octubre de 1987 (Vlaamse Reisbureaus, C-311/85), de 11 de septiembre de 1988 (Van Eycke, C-267/86), de 11 de abril de 1989 (Ahmed Saeed, C-66/86), de 17 de noviembre de 1993 (Meng C-2/91; Ohra C-245/91), de 17 de noviembre de 1993 (Reiff, C-185/91), de 9 de junio de 1994 (Delta, C-153/93), de 5 de octubre de 1995 (Centro Servizi Spediporto, C-96/04) 17 de octubre de 1995 (DIP, C-140 a 142/94), 17 de junio de 1997 (Sodemare, C-70/95), 1 de octubre de 1998 (Autotransporti Librandi, C-38/9), de 18 de junio de 1998 (Corsica Ferries, C-266/96; Comisión/Italia CNSD, C-35/96), 21 de septiembre de 1999 (Albany, C-67/96) 12 de septiembre de 2002 (Pavlov, C-180 a 184/98). Sobre esta jurisprudencia véanse Julio Baquero Cruz, “The State Action Doctrine”, en G. Amato y C.-D. Ehlermann (coord.), *EC Competition Law: A Critical Assessment*, Hart, Oxford 2007, págs. 551-590; Fernando Castillo de La Torre, “Reglamentaciones públicas anticompetitivas”, en J. M<sup>a</sup> Beneyto y J. Maillou (coord.), *Tratado de Derecho de la Competencia*, Vol. II, J. M<sup>a</sup> Bosch, Barcelona 2005, págs. 1306-1329; Fernando Castillo de La Torre, “State Action Defence in EC Competition law”, *World Competition* 28/4 (2005) págs. 407-431; Luc Gyselen, “Anticompetitive State Measures Under the EC Treaty: Towards a Substantial Legality Standard”, *European Law Review Competition Checklist* 1993, CC55-CC106 y “State Action and the Effectiveness of the EEC Treaty’s Competition provisions”, *CMLR* 26 (1989) págs. 33-60; Ulla B. Neergaard, “State Action and European Competition Rules: A New Path?”, *Maastricht Journal of European Law*, 1999, págs. 380-396. y John Temple Lang, “The Duties of National Authorities under Community Constitutional Law”, *European Law Review*, vol. 23, nº2 (abril 1998) págs. 109-131.

<sup>110</sup> En el que el TJCE ha entendido que determinadas prácticas anticompetitivas de los Estados estarían amparadas en el interés general dada su instrumentación por órganos públicos y en disposiciones generales, véanse SSTJCE de 19 de febrero (Arduino C-35/99 y Wouters, C-309/99), y de 5 de diciembre de 2006 (Cipolla, C-94/04). Sobre las dos primeras, permitas la referencia a la revisión crítica realizada en Francisco Marcos, “¿La última palabra sobre las sociedades profesionales entre abogados y auditores? Comentario de la STJCE de 19 de febrero de 2002 en el asunto Wouters (C-309/99)”, en *Diario La Ley*, jueves, 26 de marzo de 2002 y “Los precios obligatorios de abogados y procuradores frente al Derecho de la Competencia: ¿Sólo cuestión de formas? Comentario de la STJCE Arduino (C-35/99) y de la RTDC Procuradores (477/1999)”, en *Anuario de Derecho de la Competencia 2002*, Fundación ICO-Marcial Pons, Madrid Barcelona 2003, págs. 507-537.

<sup>111</sup> En la senda que habían trazado las STJCE de 22 de junio de 1989 (C-103/88, Fratelli Costanzo Spa c. Comune di Milano e Impresa Ing. Lodigiani Spa) y de 11 de noviembre de 1997 (C-359/95P y C-379/95P, Comisión CE y Republica Francesa c. Ladbroke Racing, Ltd); en esta última véase §§ 33 (“*Si una legislación nacional impone a las empresas un comportamiento contrario a la competencia, o si crea un marco jurídico que limita por sí mismo cualquier posibilidad de*

2003 (CIF)<sup>112</sup>. En este caso, a diferencia de lo que ocurría en la jurisprudencia anterior, el pronunciamiento tiene una relevancia significativa desde una perspectiva procedimental, al obligar a las autoridades administrativas de los Estados miembros a no aplicar aquéllas disposiciones legislativas nacionales que vayan en contra de los arts. 81 y 82 del TCE<sup>113</sup>. Además, se reconoce que las autoridades podrán sancionar a las empresas enjuiciadas respecto de las prácticas que se realicen con posterioridad a su declaración de inaplicabilidad<sup>114</sup>.

Por otro lado, la eficacia y el vigor de esta doctrina del TJCE se limita necesariamente a los efectos propios *inter partes* de las declaraciones de inaplicabilidad de las autoridades de competencia. De tal modo que mientras no sean derogadas o anuladas por el procedimiento legalmente previsto en cada caso, las disposiciones estatales en cuestión servirán de fundamento para la defensa de otras empresas en el futuro<sup>115</sup>.

Finalmente, aunque hay opiniones encontradas, debe descartarse la posibilidad de exigir al Estado miembro responsabilidad por los daños que se pudieran derivar de la regulación o intervención estatal de carácter anticompetitivo al entender que incumple el Derecho comunitario<sup>116</sup>.

En cualquier caso, como se ha apuntado ya, a pesar del relativo interés que suscita la alusión al Derecho comunitario de la competencia, la necesidad de esta referencia y en los términos que se hace es cuestionable. Indudablemente, esta referencia conduce a un cuestionamiento de la separación entre Derecho nacional y Derecho comunitario de la competencia que a la postre podría conducir a una derogación de la doctrina de la “doble barrera” y a una pérdida de sentido de las normas nacionales de defensa de la competencia (*barrera comunitaria única*). Dicha evolución normativa pudiera resultar deseable, pero quizá no sea el resultado pretendido por el legislador español en la redacción del artículo 4 LDC.

---

*comportamiento competitivo por parte de las empresas, no se aplican los artículos 85 y 86. En tal situación, la restricción a la competencia no se debe, como requieren estas disposiciones, a comportamientos autónomos de las empresas”*) y 34 (“Por el contrario, cabe aplicar los artículos 85 y 86 del Tratado si la legislación nacional deja subsistir la posibilidad de una competencia que pueda ser obstaculizada, restringida o falseada por comportamientos autónomos de las empresas”).

<sup>112</sup> La doctrina ha subrayado la nueva aproximación y la “transformación radical” de la doctrina sobre estas prácticas que se extrae de esta STJCE, Antonio Guerra Fernández, “Comentarios a la Sentencia del TJCE, de 9 de septiembre de 2003, en el asunto Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF)/Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato”, *Gaceta jurídica de la competencia*, nº 228 (2003) pág. 95.

<sup>113</sup> En términos parecidos, Guerra Fernández, *Gaceta jurídica de la competencia*, nº 228 (2003) 96 (aunque excluye sin explicación la vigencia y eficacia de esta doctrina sobre los expedientes por infracción del artículo 82 del TCE). La doctrina del TJCE sobre la obligación de los órganos de las Administraciones públicas de no aplicar las disposiciones nacionales contrarias al Derecho comunitario se construye a partir de la STJCE de 22 de junio de 1989 (C-103/88, Fratelli Costanzo), véase especialmente §31 (“Sería, por otra parte, contradictorio considerar a los particulares legitimados para invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales, y en contra de la Administración Pública, las disposiciones de una directiva que respondan a las condiciones arriba mencionadas; y estimar, no obstante, que a la referida Administración Pública no le incumbe la obligación de aplicar la directiva y de inaplicar las disposiciones de Derecho nacional que las infrinjan. De lo dicho se desprende que, cuando se den los requisitos exigidos por la doctrina jurisprudencial de este Tribunal para que los particulares puedan invocar las disposiciones de una Directiva ante los órganos jurisdiccionales nacionales, todos los órganos de la Administración Pública, incluso los no integrados en la Administración Central, como pueda ser el caso de un Municipio, están obligados a aplicar dichas disposiciones”).

<sup>114</sup> Para las conductas anteriores a tal declaración se trata de conductas amparadas por la pretendida y formal vigencia de la legislación en cuestión, gracias al principio de seguridad jurídica. Después, la posible cobertura de la exención legal desaparece para las empresas implicadas desde ese momento. No parece que ello signifique que la decisión de la autoridad de competencia sea firme, ya que es posible que haya sido recurrida y se entenderá que la sanción cabe salvo que hubiera suspensión de la ejecución de la resolución. Sobre este punto, véase § 55 de la STJCE de 9 de septiembre de 2003 (C-198/01, Consorzio Industrie Fiammiferi-CIF). La doctrina del TJCE en este punto es ambigua. La postura del texto coincide con la avanzada por Cesare Rizza, “The Duty of National Competition Authorities to Disapply Anticompetitive Domestic Legislation and the Resulting Limitations on the Availability of the State Action Defence (Case C-198/01 CIF)”, *European Competition Law Review* 2004, págs. 130-131.

<sup>115</sup> Véase Rizza, *European Competition Law Review* 2004, pág. 131.

<sup>116</sup> Como sugieren, basándose en la jurisprudencia del TJCE en los asuntos Francovich (STJCE de 19 de noviembre de 1991, C-6/90 y C-9/90) y Brasserie du Pêcheur y Factorame (STJCE de 5 de marzo de 1996, C-46/96 y C-48/96), Eleanor M. Fox, “State Action in Comparative Context: What if *Parker v. Brown* were Italian”, 2003 *Fordham Corporate Law Institute*, International Antitrust Law & Policy (ed. Barry Hawk) Juris Publishing, Huntington (NY) 2004, págs. 463-474 y Rizza, *European Competition Law Review* 2004, pág. 130. Parece, no obstante difícil de sostener tal postura, pues las disposiciones infringidas (sean el artículo 3, el artículo 10 o los artículos 81 y 82 del Tratado CE) difícilmente puede entenderse que confieran —como exige clara y meridianamente el TJCE— un derecho a los ciudadanos. De igual modo parece sugerir de manera algo confusa la responsabilidad de la Administración pública por mantener el dominio o participar en el abuso de dominio (respecto del Derecho español), Pascual Sequeros, en *Curso de Derecho de la Competencia Europeo y Español*, Vol. II, págs. 221 y 224.

## 9. Conclusión

La exención de la aplicación de la prohibición de conductas y prácticas restrictivas de la competencia cuando se hallen amparadas en normas de rango legal se recoge en la nueva Ley de Defensa de la Competencia en términos parecidos al Derecho previgente. La previsión de esta causa de exclusión de la antijuridicidad de conductas que constituirían infracciones de la Ley de Defensa de la Competencia es coherente con el modelo económico constitucional, en el que se reconocen otros objetivos distintos de la libre competencia que pueden ser perseguidos por los poderes públicos.

Las novedades en el precepto que la Ley dedica a esta cuestión (art. 4) son principalmente de mejora en su calidad técnica, al ampliar su ámbito de aplicación a todas las prohibiciones de conductas restrictivas de la competencia, incluyendo el abuso de posición dominante y falseamiento de la libre competencia por actos desleales. Además, se excluye de la exención a las conductas anticompetitivas que no se encuentren amparadas por normas de rango legal o que se deriven de la actuación de la Administración pública, así como las actuaciones de las empresas públicas restrictivas de la competencia que carezcan de amparo legal. Finalmente, el precepto mantiene una inadecuada e innecesaria referencia a la aplicación del Derecho comunitario incorporada en 1999 que, llevada a sus últimas consecuencias cuestiona la teoría de la “doble barrera” y la propia existencia y sentido de la legislación española de defensa de la competencia.

Desde otra perspectiva debe subrayarse que la LDC sienta las bases para corregir los errores que en la praxis previa del TDC se habían cometido en la lucha contra las normas y actos administrativos que, sin amparo legal, introducían restricciones a la competencia. La CNC y las autoridades autonómicas no pueden inaplicar o declarar la nulidad de esos actos y reglamentos y deberán acudir a su impugnación ante la jurisdicción competente (artículo 12.3 de la LDC).



# 10. Bibliografía

- Jesús Alfaro Águila-Real y Cándido Paz-Ares, “Ensayo sobre la Libertad de Empresa”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Díez-Picazo*, tomo IV, Thomson Civitas, Cizur Menor 2003, págs. 5972-6040.
- Jesús Alfaro Águila-Real, “Competencia desleal por infracción de normas”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 202 (1991) págs. 667-717.
- Rafael Allendesalazar Corcho, “Las conductas prohibidas en el Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia”, *Gaceta Jurídica de la Competencia*, nº 241 (enero/ abril 2006) págs. 23-32.
- Ricardo Alonso García, “El juez nacional como juez europeo a la luz del tratado constitucional”, en *Constitución europea y constituciones nacionales* (dir. Marta Cartabia, Bruno de Witte y Pablo Pérez Tremps), Tirant Lo blanch, Valencia 2005, págs. 639-692
- José M<sup>a</sup> Baño León, *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la competencia*, McGraw-Hill, Madrid 1996.
- Julio Baquero Cruz, “The State Action Doctrine”, en G. Amato y C.-D Ehlermann (coord.), *EC Competition Law: A Critical Assessment*, Hart, Oxford 2007, págs. 551-590.
- Julio Baquero Cruz, *Entre competencia y libre circulación. El Derecho constitucional económico de la Comunidad Europea*, Civitas, Madrid 2002.
- Martín Bassols Coma, *Constitución y sistema económico*, Tecnos, Madrid 1985.
- Luis Berenguer Fuster, *Sistema de Defensa de la Competencia*, Documento de Trabajo 54/2004, Fundación Alternativas, 1 de marzo de 2003 (disponible en [http://www.falternativas.org/base/download/5901\\_12-09-05\\_54\\_2004.pdf](http://www.falternativas.org/base/download/5901_12-09-05_54_2004.pdf), visitada el 31.08.07).
- Luis Berenguer Fuster, “Comentarios al artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia”, *Anuario de la Competencia 1997*, Fundación ICO-Marcial Pons, Madrid 1998, págs. 139-172.
- Roger Alan Boner, “Antitrust and State action in transition economies”, *The Antitrust Bulletin*, vol. 43, nº 1 (primavera 1998) págs. 71-103.
- Darren Bush, “Mission Creep: Antitrust Exemptions and Immunities as Applied to Deregulated Industries”, *Utah Law Review* 2006, págs. 613-662.
- Lluís Cases Pallares, *Derecho administrativo de la defensa de la competencia*, Marcial Pons, Madrid Barcelona 1995.
- Fernando Castillo de La Torre, “Reglamentaciones públicas anticompetitivas”, en J. M<sup>a</sup> Beneyto y J. Maillo (coord.), *Tratado de Derecho de la Competencia*, Vol. II, J. M<sup>a</sup> Bosch, Barcelona 2005, págs. 1301-1391.

- Fernando Castillo de La Torre, "State Action Defence in EC Competition law", *World Competition* 28/4 (2005) págs. 407-431.
- Fernando Castillo de La Torre, "Conductas anticompetitivas impuestas o fomentadas por los Estados Miembros: deberes de los órganos que aplican el derecho de la competencia y responsabilidad de las empresas (Comentario a la sentencia Consorzio Industrie Fiammiferi, de 9 de septiembre de 2003)", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 17 (2004) págs. 161-192.
- Antonio Cidoncha, *La libertad de Empresa*, IEE-Thomson Civitas, Cizur Menor 2006.
- José María De Eizaguirre, "Observaciones al Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia", *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, tomo XXVI, 2005-2006, págs. 125-143.
- Fernando De Lemus Chavarri, "El acto administrativo ante la legislación de Defensa de la Competencia", *Boletín Económico del ICE*, nº 2720 (18 de febrero a 3 de marzo de 2002) págs. 19-35 (disponible en [http://www.revistasice.info/cmsrevistasICE/pdfs/BICE\\_2720\\_19-35\\_C98BFB98A796D80424A235E09976D47B.pdf](http://www.revistasice.info/cmsrevistasICE/pdfs/BICE_2720_19-35_C98BFB98A796D80424A235E09976D47B.pdf), visitada el 31.08.07).
- Germán Fernández Farreres et al., *Colegios Profesionales y Derecho de la Competencia* (dir. G. Fernández Farreres), Civitas-UP, Madrid 2002.
- Francisco Fernández Segado, "El juez nacional como juez comunitario europeo de derecho común: las transformaciones constitucionales dimanantes de ello", *Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional*, nº 13 (julio-diciembre 2005) págs. 57-94 (disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/cconst/cont/13/ard/ard2.pdf>; visitada el 29.10.07).
- Eleanor M. Fox, "State Action in Comparative Context: What if *Parker v. Brown* were Italian", en *2003 Fordham Corporate Law Institute, International Antitrust Law & Policy* (ed. Barry Hawk) Juris Publishing, Huntington (NY) 2004, págs. 463-474
- Eduardo Galán Corona, *Acuerdos restrictivos de la competencia*, Montecorvo, Madrid 1977.
- José M<sup>a</sup> Gimeno Feliú, "Sistema económico y derecho a la libertad de empresa versus reservas al sector público de actividades económicas", *Revista de Administración Pública*, nº 135 (septiembre-diciembre 1994) págs. 149-211.
- Antonio Guerra Fernández, "Comentarios a la Sentencia del TJCE, de 9 de septiembre de 2003, en el asunto Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF)/Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato", *Gaceta jurídica de la competencia*, nº 228 (2003) 85-96.
- Luc Gyselen, "Anticompetitive State Measures Under the EC Treaty: Towards a Substantial Legality Standard", *European Law Review Competition Checklist* 1993, CC55-CC106;
- Luc Gyselen, "State Action and the Effectiveness of the EEC Treaty's Competition provisions", *CMLR* 26 (1989) págs. 33-60.

- Charles E. Lindblom, *El sistema de mercado, Qué es, Cómo Funciona, Cómo Entenderlo*, trad. Fernando Esteve Mora (*The Market System. What it is, how it works, and what to make of it*, Yale U. Press, New Haven-Londres 2001), Alianza Ed., Madrid 2002.
- Deborah Platt Majoras, “State Intervention: A State of Displaced Competition”, *George Mason Law Review* 13/6 2006) págs. 1175-1187.
- Francisco Marcos, “¿La última palabra sobre las sociedades profesionales entre abogados y auditores? Comentario de la STJCE de 19 de febrero de 2002 en el asunto Wouters (C-309/99)”, en *Diario La Ley*, jueves, 26 de marzo de 2002.
- Francisco Marcos, “Los precios obligatorios de abogados y procuradores frente al Derecho de la Competencia: ¿Sólo cuestión de formas? Comentario de la STJCE Arduino (C-35/99) y de la RTDC Procuradores (477/1999)”, en *Anuario de Derecho de la Competencia 2002*, Fundación ICO-Marcial Pons, Madrid Barcelona 2003, págs. 507-537.
- Francisco Marcos, “La lucha contra las restricciones a la competencia en el mercado de servicios profesionales”, *Gaceta Jurídica de la competencia*, nº 219 (mayo-junio 2002) págs. 22-35.
- Sebastián Martín-Retortillo, *Derecho Administrativo Económico*, vol. I, La Ley, Madrid 1988.
- Timothy J. Muris, “State Intervention/State Action – A U.S. Perspective”, en *2003 Fordham Corporate Law Institute*, (ed. B. Hawk) págs. 517-538.
- Ulla B. Neergard, “State Action and European Competition Rules: A New Path?“, *Maastricht Journal of European Law*, 1999, págs. 380-396.
- Adriana Pascual Sequeros, “Poderes Públicos y Abuso de Posición Dominante en el Derecho Español de la Competencia”, en *Curso de Derecho de la Competencia Europeo y Español*, Vol. II, Madrid 2001, págs. 211-224.
- Manuel Rebollo Puig, “Competencia sobre competencia”, en *Estudios de Derecho de la Competencia* (coords. Font Galán/Pino Abad), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, págs. 69-98.
- Manuel Rebollo Puig, “Reglamentos y Actos administrativos ante el Tribunal de Defensa de la Competencia”, en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje al prof. Dr. Sebastián Martín Retortillo*, Civitas, Madrid 2003, págs. 719-741.
- Cesare Rizza, “The Duty of National Competition Authorities to Disapply Anticompetitive Domestic Legislation and the Resulting Limitations on the Availability of the State Action Defence (Case C-198/01 CIF)”, *European Competition Law Review* 2004, págs. 126-131.
- Dámaso Ruíz Jarabe Colomer, “El juez nacional como juez comunitario: Valoración de la práctica española”, en *Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial* (Gil Carlos Rodríguez Iglesias y Diego J. Liñán Nogueras coords.), Universidad Granada-CGPJ-Civitas, Madrid 1993, págs. 653-676.

- Guillermo Senén De la Fuente, *Comentario a la Ley Española sobre represión de las prácticas restrictivas de la competencia*, Sociedad de Estudios y Publicaciones, Madrid 1964.
- Gonzalo Solana González, “Administraciones públicas y Defensa de la Competencia”, en *Anuario de Derecho de la Competencia 2000*, Fundación ICO-Marcial Pons, Madrid Barcelona 2001, págs. 39-52.
- José Eugenio Soriano García, *Derecho Público de la Competencia*, IDELCO-Marcial Pons, Madrid 1998.
- Richard Squire, “Antitrust and the Supremacy Clause”, *Stanford Law Review*, vol. 59, nº 1 (2006) págs. 23-77.
- John Temple Lang, “The Duties of National Authorities under Community Constitutional Law”, *European Law Review*, vol. 23, nº2 (abril 1998) págs. 109-131.
- Tribunal de Defensa de la Competencia, *Observaciones al Borrador de Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia*, 6 de abril de 2006.
- Elizabeth Trujillo, “State Action Antitrust Exemption Collides with Deregulation: Rehabilitating the Foreseeability Doctrine”, *Fordham Journal of Corporate and Financial Law*, vol. 11 (2006) págs. 349-411.
- Marco Zambrini, “El Tribunal de Defensa de la Competencia ante el fenómeno regulador (Análisis de algunas de las últimas resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia)”, *Revista General del Derecho*, nº 625-626 (octubre-noviembre 1996) págs. 11765-11781.



CEU

*Instituto Universitario  
de Estudios Europeos*

*Universidad San Pablo*

## Boletín de Suscripción

Deseo recibir gratuitamente los próximos números de los Documentos de Trabajo de la Serie “*Política de la Competencia*” del Instituto Universitario de Estudios Europeos de la Universidad CEU San Pablo:

Nombre y Apellidos .....

.....

Dirección.....

Población.....C.P.....País.....

Teléfono.....Correo electrónico.....

Instituto Universitario de Estudios Europeos

Universidad CEU San Pablo

Avda. del Valle 21, 28003 Madrid

E-mail: [idee@ceu.es](mailto:idee@ceu.es)

Tfno: 91 514 04 22 | Fax: 91 514 04 28

[www.idee.ceu.es](http://www.idee.ceu.es)





**CEU**

*Instituto Universitario  
de Estudios Europeos*

*Universidad San Pablo*

## **Boletín de Solicitud de números atrasados**

Deseo recibir gratuitamente los números siguientes de los Documentos de Trabajo de la Serie “*Política de la Competencia*” del Instituto Universitario de Estudios Europeos de la Universidad CEU San Pablo:

Nombre y Apellidos .....

.....

Dirección.....

Población.....C.P.....País.....

Teléfono.....Correo electrónico.....

Nº                      Título

.....

.....

.....

.....

Instituto Universitario de Estudios Europeos

Universidad CEU San Pablo

Avda. del Valle 21, 28003 Madrid

E-mail: [idee@ceu.es](mailto:idee@ceu.es)

Tfno: 91 514 04 22 | Fax: 91 514 04 28

[www.idee.ceu.es](http://www.idee.ceu.es)





# Números Publicados

## Serie Unión Europea

- Nº 1 2000 “La política monetaria única de la Unión Europea”  
Rafael Pampillón Olmedo
- Nº 2 2000 “Nacionalismo e integración”  
Leonardo Caruana de las Cagigas y Eduardo González Calleja
- Nº 1 2001 “Standard and Harmonize: Tax Arbitrage”  
Nohemi Boal Velasco y Mariano González Sánchez
- Nº 2 2001 “Alemania y la ampliación al este: convergencias y divergencias”  
José María Beneyto Pérez
- Nº 3 2001 “Towards a common European diplomacy? Analysis of the European Parliament resolution on establishing a common diplomacy (A5-0210/2000)”  
Belén Becerril Atienza y Gerardo Galeote Quecedo
- Nº 4 2001 “La Política de Inmigración en la Unión Europea”  
Patricia Argerey Vilar
- Nº 1 2002 “ALCA: Adiós al modelo de integración europea?”  
Mario Jaramillo Contreras
- Nº 2 2002 “La crisis de Oriente Medio: Palestina”  
Leonardo Caruana de las Cagigas
- Nº 3 2002 “El establecimiento de una delimitación más precisa de las competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros”  
José María Beneyto y Claus Giering
- Nº 4 2002 “La sociedad anónima europea”  
Manuel García Riestra
- Nº 5 2002 “Jerarquía y tipología normativa, procesos legislativos y separación de poderes en la Unión Europea: hacia un modelo más claro y transparente”  
Alberto Gil Ibáñez
- Nº 6 2002 “Análisis de situación y opciones respecto a la posición de las Regiones en el ámbito de la UE. Especial atención al Comité de las Regiones”  
Alberto Gil Ibáñez
- Nº 7 2002 “Die Festlegung einer genaueren Abgrenzung der Kompetenzen zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten”  
José María Beneyto y Claus Giering

- Nº 1 2003 “Un español en Europa. Una aproximación a Juan Luis Vives”  
José Peña González
- Nº 2 2003 “El mercado del arte y los obstáculos fiscales ¿Una asignatura pendiente en la Unión Europea?”  
Pablo Siegrist Ridruejo
- Nº 1 2004 “Evolución en el ámbito del pensamiento de las relaciones España-Europa”  
José Peña González
- Nº 2 2004 “La sociedad europea: un régimen fragmentario con intención armonizadora”  
Alfonso Martínez Echevarría y García de Dueñas
- Nº 3 2004 “Tres operaciones PESD: Bosnia i Herzegovina, Macedonia y República Democrática de Congo”  
Berta Carrión Ramírez
- Nº 4 2004 “Turquía: El largo camino hacia Europa”  
Delia Contreras
- Nº 5 2004 “En el horizonte de la tutela judicial efectiva, el TJCE supera la interpretación restrictiva de la legitimación activa mediante el uso de la cuestión prejudicial y la excepción de ilegalidad”  
Alfonso Rincón García Loygorri
- Nº 1 2005 “The Biret cases: what effects do WTO dispute settlement rulings have in EU law?”  
Adrian Emch
- Nº 2 2005 “Las ofertas públicas de adquisición de títulos desde la perspectiva comunitaria en el marco de la creación de un espacio financiero integrado”  
José María Beneyto y José Puente
- Nº 3 2005 “Las regiones ultraperiféricas de la UE: evolución de las mismas como consecuencia de las políticas específicas aplicadas. Canarias como ejemplo”  
Carlota González Láynez
- Nº 24 2006 “El Imperio Otomano: ¿por tercera vez a las puertas de Viena?”  
Alejandra Arana
- Nº 25 2006 “Bioterrorismo: la amenaza latente”  
Ignacio Ibáñez Ferrándiz
- Nº 26 2006 “Inmigración y redefinición de la identidad europea”  
Diego Acosta Arcarazo
- Nº 27 2007 “Procesos de integración en Sudamérica. Un proyecto más ambicioso: la comunidad sudamericana de naciones”  
Raquel Turienzo Carracedo
- Nº 28 2007 “El poder del derecho en el orden internacional. Estudio crítico de la aplicación de la norma democrática por el Consejo de Seguridad y la Unión Europea”  
Gaspar Atienza Becerril

## Serie Política de la Competencia

- Nº 1 2001 “El control de concentraciones en España: un nuevo marco legislativo para las empresas”  
José María Beneyto
- Nº 2 2001 “Análisis de los efectos económicos y sobre la competencia de la concentración Endesa-Iberdrola”  
Luis Atienza, Javier de Quinto y Richard Watt
- Nº 3 2001 “Empresas en Participación concentrativas y artículo 81 del Tratado CE: Dos años de aplicación del artículo 2(4) del Reglamento CE de control de las operaciones de concentración”  
Jerónimo Maíllo González-Orús
- Nº 1 2002 “Cinco años de aplicación de la Comunicación de 1996 relativa a la no imposición de multas o a la reducción de su importe en los asuntos relacionados con los acuerdos entre empresas”  
Miguel Ángel Peña Castellet
- Nº 2 2002 “Leniency: la política de exoneración del pago de multas en derecho de la competencia”  
Santiago Illundaín Fontoya
- Nº 3 2002 “Dominancia vs. disminución sustancial de la competencia ¿cuál es el criterio más apropiado?: aspectos jurídicos”  
Mercedes García Pérez
- Nº 4 2002 “Test de dominancia vs. test de reducción de la competencia: aspectos económicos”  
Juan Briones Alonso
- Nº 5 2002 “Telecomunicaciones en España: situación actual y perspectivas”  
Bernardo Pérez de León Ponce
- Nº 6 2002 “El nuevo marco regulatorio europeo de las telecomunicaciones”  
Jerónimo González González y Beatriz Sanz Fernández-Vega
- Nº 1 2003 “Some Simple Graphical Interpretations of the Herfindahl-Hirshman Index and their Implications”  
Richard Watt y Javier De Quinto
- Nº 2 2003 “La Acción de Oro o las privatizaciones en un Mercado Único”  
Pablo Siegrist Ridruejo, Jesús Lavalle Merchán, Emilia Gargallo González
- Nº 3 2003 “El control comunitario de concentraciones de empresas y la invocación de intereses nacionales. Crítica del artículo 21.3 del Reglamento 4064/89”  
Pablo Berenguer O’Shea y Vanessa Pérez Lamas
- Nº 1 2004 “Los puntos de conexión en la Ley 1/2002 de 21 de febrero de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia”  
Lucana Estévez Mendoza
- Nº 2 2004 “Los impuestos autonómicos sobre los grandes establecimientos comerciales como ayuda de Estado ilícita ex art. 87 TCE”  
Francisco Marcos

- Nº 1 2005** “Servicios de Interés General y Artículo 86 del Tratado CE: Una Visión Evolutiva”  
Jerónimo Maillo González-Orús
- Nº 2 2005** “La evaluación de los registros de morosos por el Tribunal de Defensa de la Competencia”  
Alfonso Rincón García Loygorri
- Nº 3 2005** “El código de conducta en materia de fiscalidad de las empresas y su relación con el régimen comunitario de ayudas de Estado”  
Alfonso Lamadrid de Pablo
- Nº 18 2006** “Régimen sancionador y clemencia: comentarios al título quinto del anteproyecto de la ley de defensa de la competencia”  
Miguel Ángel Peña Castellot
- Nº 19 2006** “Un nuevo marco institucional en la defensa de la competencia en España”  
Carlos Padrós Reig
- Nº 20 2006** “Las ayudas públicas y la actividad normativa de los poderes públicos en el anteproyecto de ley de defensa de la competencia de 2006”  
Juan Arpio Santacruz
- Nº 21 2006** “La intervención del Gobierno en el control de concentraciones económicas”  
Albert Sánchez Graells
- Nº 22 2006** “La descentralización administrativa de la aplicación del Derecho de la competencia en España”  
José Antonio Rodríguez Miguez
- Nº 23 2007** “Aplicación por los jueces nacionales de la legislación en materia de competencia en el Proyecto de Ley”  
Juan Manuel Fernández López
- Nº 24 2007** “El tratamiento de las restricciones públicas a la competencia. La exención legal en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia”  
Francisco Marcos Fernández

## Serie Economía Europea

- Nº 1 2001 “Impacto económico de la inmigración de los Países de Europa Central y Oriental a la Unión Europea”  
M<sup>a</sup> del Mar Herrador Morales
- Nº 1 2002 “Análisis de la financiación de los Fondos Estructurales en el ámbito de la política regional de la Unión Europea durante el período 1994-1999”  
Cristina Isabel Dopacio
- Nº 2 2002 “On capital structure in the small and medium enterprises: the spanish case”  
Francisco Sogorb Mira
- Nº 3 2002 “European Union foreign direct investment flows to Mercosur economies: an analysis of the country-of-origin determinants”  
Martha Carro Fernández
- Nº 1 2004 “¿Es necesario reformar el Pacto de Estabilidad y Crecimiento?”  
Ana Cristina Mingorance
- Nº 2 2004 “Perspectivas financieras 2007-2013: las nuevas prioridades de la Unión Europea y sus implicaciones en la política regional”  
Cristina Serrano Leal, Begoña Montoro de Zulueta y Enrique Viguera Rubio
- Nº 3 2004 “Stabilisation Policy in EMU: The Case for More Active Fiscal Policy”  
María Jesús Arroyo Fernández y Jorge Uxó González
- Nº 1 2005 “La negociación de las perspectivas financieras 2007-2013: Una historia de encuentros y desencuentros”  
Cristina Serrano Leal
- Nº 9 2006 “La cuestión agrícola en las negociaciones comerciales multilaterales”  
Ana Fernández-Ardavín Martínez y M<sup>a</sup> Ángeles Rodríguez Santos
- Nº 10 2007 “El modelo de desarrollo finlandés y su posible adaptación a los países del Este”  
Zane Butina
- Nº 11 2007 “La estrategia de Lisboa como respuesta de la UE a los retos de la globalización y al envejecimiento de su población”  
Miguel Moltó Calvo





## **Serie del Centro de Estudios de Cooperación al Desarrollo**

- Nº 1 2003** “Papel de la UE en las recientes cumbres internacionales”  
Mónica Goded Salto
- Nº 1 2004** “La asociación Euro-Mediterránea: Un instrumento al servicio de la paz y la prosperidad”  
Jesús Antonio Núñez Villaverde
- Nº 2 2004** “La retroalimentación en los sistemas de evaluación. Experiencias en la cooperación al desarrollo”  
José María Larrú Ramos
- Nº 3 2004** “Migraciones y desarrollo: propuestas institucionales y experiencias prácticas”  
Carlos Giménez, Alberto Acosta, Jaime Atienza, Gemma Aubarell, Xabier Aragall
- Nº 4 2004** “Responsabilidad social corporativa y PYMES”  
Amparo Merino de Diego
- Nº 1 2005** “La relación ONG-Empresa en el marco de la responsabilidad social de la empresa”  
Carmen Valor y Amparo Merino



## **Serie Arbitraje Internacional y Resolución Alternativa de Controversias**

Nº 1 2007      “Towards a new paradigm in international arbitration. The Town Elder model revisited”  
David W. Rivkin



# **Instituto Universitario de Estudios Europeos**

## **Centro de Política de la Competencia**

*Presidente*

Marcelino Oreja Aguirre

*Director*

José María Beneyto Pérez

*Coordinador*

Jerónimo Maíllo González-Orús

## **Comité Consultivo**

### **Centro de Política de la Competencia**

Ricardo Alonso Soto  
Manuel Azpilicueta Ferrer  
Luis Berenguer Fuster  
Miguel Ángel Cortés Martín  
Emilio Cuatrecasas  
José María Cuevas  
Miles Curley  
Claus-Dieter Ehlermann  
Antonio Garrigues Walker  
Enrique González-Díaz  
Luis de Guindos  
Inmaculada Gutiérrez Carrizo  
Rafael Illescas  
Juan Iranzo  
Vicente López-Ibor Mayor  
Cecilio Madero Villarejo  
Santiago Martínez-Lage  
Luis Ortiz Blanco  
Enrique Moya Francés  
Julio Pascual y Vicente  
Mercedes Pedraz  
Amadeo Petitbó Juan  
Fernando Pombo  
Javier de Quinto Romero  
Rafael Ripoll Navarro  
Juan Antonio Rivière Martín  
Alexander Schaub  
Gonzalo Solana  
Rodrigo Uría Meruéndano







**Resumen:** La exención de la aplicación de la prohibición de conductas y prácticas restrictivas de la competencia cuando se hallen amparadas en normas de rango legal se recoge en la nueva Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia en términos parecidos al Derecho previgente. El precepto que la Ley dedica a esta cuestión (art. 4) mejora en su calidad técnica, al ampliar su ámbito de aplicación a todas las prohibiciones de conductas restrictivas de la competencia, incluyendo el abuso de posición dominante y falseamiento de la libre competencia por actos desleales. Además, excluye de la exención a las conductas anticompetitivas que no se encuentren amparadas por normas de rango legal o que se deriven de la actuación de la Administración pública, así como las actuaciones de las empresas públicas restrictivas de la competencia que carezcan de amparo legal. Finalmente, la disposición legal mantiene una inadecuada e innecesaria referencia a la aplicación del Derecho comunitario incorporada en 1999 que, llevada a sus últimas consecuencias, cuestiona la teoría de la “doble barrera” y la propia existencia y sentido de la legislación española de defensa de la competencia.

Desde otra perspectiva debe subrayarse que la LDC sienta las bases para corregir los errores que en la praxis previa del TDC se habían cometido en la lucha contra las normas y actos administrativos que, sin amparo legal, introducían restricciones a la competencia. En efecto, la CNC y las autoridades autonómicas no pueden inaplicar o declarar la nulidad de esos actos y reglamentos y deberán acudir a su impugnación ante la jurisdicción competente (art. 13.2).

**Palabras clave:** Defensa de la competencia, Restricciones públicas a la competencia, Prohibiciones antitrust, amparo legal, acto administrativo.

**Abstract:** The exemption of application of antitrust prohibitions when they are introduced in legislative rules is established in the new Defence Competition Act 15/2007, of July 3rd 2007, in similar terms to those contained of the prior Defence Competition Act 16/1989. The drafting of section 4 of Defence Competition Act 15/2007 improves the technical quality of its predecessor, having extended its coverage to all prohibitions of restrictive conducts of competition, including abuse of dominant position and falsification of free competition through unfair practices. Besides, it excludes from its coverage all anticompetitive conducts that are not contained or foreseen in legislative rules or that stem from the performance of the public Administration, as well as the anticompetitive actions of the state-owned companies lacking legislative support. However, section 4 contains an inadequate and unnecessary reference to the application of the Community Law (which was first introduced in the 1999 reform of the Defence Competition Act) that, taken to his its last consequences, questions the theory of the “double barrier” and the own existence and sense of the Spanish legislation of Defence competition.

From another perspective the paper underlines how the new Defence Competition Acts sets the foundations for correcting the mistakes committed in the previous practice of the Defence Competition Court in its struggle against the administrative rules and acts that, without legal coverage, introduced or contained restrictions to the competition. Nowadays the National Competition Commission and the corresponding regional authorities cannot un-apply or declare the nullity of these acts and bylaws themselves but the possibility of challenging them before the competent jurisdiction is given (section 13.2).

**Keywords:** Competition Defence, Public restrictions to competition, antitrust prohibitions, legal backing, administrative act.