

**EL REPARTO COMPETENCIA EN MATERIAL DE
DEFENSA DE LA COMPETENCIA.
PERSPECTIVAS ABIERTAS TRAS LA STC 208/1999**

MARIANO MAGIDE HERRERO

SUMARIO. — I. LA STC 208/1999, DE 11 DE NOVIEMBRE: 1. La argumentación del Tribunal: A) La defensa de la competencia como parte de la materia "comercio interior". B) Unidad de mercado y competencia ejecutiva estatal. 2. El fallo de la sentencia; su necesaria interpretación: A) El fallo de los recursos de inconstitucionalidad fundados en controversias competenciales. B) El verdadero alcance de la sentencia. — II. UNIDAD DE MERCADO Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA: 1. La cláusula residual de competencias en favor del Estado del art. 149.3 como rasgo característico de la organización territorial del poder en la Constitución. 2. La competencia estatutaria sobre comercio interior no incluye la defensa de la competencia. 3. Sistema territorial de ejecución de la normativa sobre defensa de la competencia y unidad de mercado: A) La unidad de mercado como principio institucional del sistema constitucional de reparto de competencias. B) Riegos para la unidad de mercado que plantea la STC 208/1999. C) La unidad de mercado y la diversidad propia del Estado autonómico. — III. PERSPECTIVAS QUE SE ABREN TRAS LA STC 208/1999. LA POSIBILIDAD DE CREAR UNA ADMINISTRACIÓN COMPARTIDA DE LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA: 1. La fijación de los criterios de conexión y la creación de autoridades autonómicas de defensa de la competencia: A) El establecimiento de los criterios de conexión. B) Las autoridades autonómicas de defensa de la competencia. 2. ¿Es posible una instrumentación distinta de la distribución de competencias afirmada por el Tribunal Constitucional?; las ventajas de un organismo interadministrativo de defensa de la competencia: A) Distintos modos de acatar la STC 208/1999. B) La ventajas de un organismo interadministrativo. 3. La factibilidad constitucional de un organismo interadministrativo de defensa de la competencia; algunas propuestas sobre su posible configuración: A) ¿Resulta constitucionalmente posible la creación de un organismo de este tipo? B) Algunas propuestas sobre su creación y configuración.

I. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 208/1999, DE 11 DE NOVIEMBRE

La sentencia del Tribunal Constitucional 208/1999, de 11 de noviembre (BOE de 16 diciembre de 1999), ha resuelto dos recursos de inconstitucionalidad acumulados, promovidos por el Gobierno vasco y el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña. Los recurrentes demandaban la declaración de inconstitucionalidad de ciertos preceptos de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) que atribuían (y aún atribuyen) en exclusiva al Estado la supervisión del cumplimiento de la legislación sobre defensa de la competencia.

1. La argumentación del Tribunal

La opinión de la mayoría del Tribunal, de la que han discrepado tres Magistrados, emitiendo un cuarto un voto particular concurrente⁽¹⁾, se funda en una argumentación a mi juicio particularmente débil y discutible. El Tribunal, en la línea propuesta por los demandantes, reconoce la competencia de las Comunidades Autónomas en la ejecución de la legislación de defensa de la competencia, basándose, casi exclusivamente, en una muy peculiar y escasamente convincente interpretación de la fórmula "sin perjuicio", incluida en los art. 10.27 y 12.1.5 de los Estatutos de Autonomía del País Vasco y de Cataluña, respectivamente. En un segundo paso, el Constitucional precisa el alcance de la competencia autonómica, reconociendo, con fundamento en el art. 149.1.13 CE, la competencia ejecutiva del Estado en relación con "aquellas prácticas que puedan alterar la libre competencia en un ámbito supracomunitario o en el conjunto del mercado nacional, aunque tales actos ejecutivos hayan de realizarse en el territorio de cualquiera de las Comunidades Autónomas (...)" (FJ 6º)⁽²⁾.

(1) El parecer del Tribunal lo ha expresado el Magistrado ponente D. Tomás S. VIVES ANTÓN. El voto particular discrepante ha sido formulado por el Magistrado D. Julio Diego GONZÁLEZ CAMPOS, y a él se adhirieron los Magistrados D. Manuel JIMÉNEZ DE PARGA y CABRERA y D. Vicente CONDE MARTÍN DE HIJAS, mientras que el voto particular concurrente ha sido firmado por el Magistrado D. Fernando GARRIDO FALLA.

(2) Una interpretación del reparto competencial en la materia de defensa de la competencia semejante a la del Tribunal Constitucional había sido defendida por Ll. CASES PALLARES, haciendo uso, entre otros, de los argumentos que ha empleado el Tribunal Constitucional en su sentencia de 11 de noviembre de 1999 (*Derecho administrativo de la competencia*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 422-447).

A) La defensa de la competencia como parte de la materia "comercio interior"

El Tribunal considera que la defensa de la competencia es una materia que se integra en la más amplia de comercio interior. Para fundar su posición, no aduce más argumento que uno de orden gramatical. Los Estatutos de Autonomía vasco y catalán atribuyen a las respectivas Comunidades Autónomas la competencia exclusiva sobre comercio interior "sin perjuicio", en el caso vasco, "de la libre circulación de bienes en el territorio del Estado y la legislación sobre defensa de la competencia", y, en el catalán, "de la política general de precios y de la legislación sobre la defensa de la competencia". Para el Tribunal, no existe otro modo de entender este "sin perjuicio" que como una cláusula de exclusión de ciertas materias que, de no haberse hecho salvedad alguna, habrían de considerarse parte integrante de la más amplia de comercio interior; y los preceptos estatutarios excluyen de la competencia de las Comunidades Autónomas la legislación sobre defensa de la competencia, mas no su ejecución. Este argumento le vale para atribuir a las Comunidades Autónomas toda competencia en relación con la defensa de la competencia que no sea la legislación (entendida en sentido material)⁽³⁾, por estar expresamente excluida de la competencia autonómica en los preceptos estatutarios, o las competencias ejecutivas que, con fundamento en el art. 149.1.13 CE, va a reservar al Estado⁽⁴⁾.

Dos frentes de crítica se abren a este razonamiento del Constitucional. El primero, relativo a la debilidad interna del argumento sobre el que basa su decisión. El segundo, referente a la pobreza jurídica de un razonamiento que se apoya fundamentalmente en semejante argumento.

La locución adverbial "sin perjuicio" no significa más que "dejando a salvo"⁽⁵⁾, de modo que, literalmente, el significado de la

(3) No cabe duda de que el Tribunal Constitucional otorga al término legislación de defensa de la competencia este sentido material, como ha hecho en general interpretar las referencias que la Constitución o los Estatutos hacen a la "legislación" estatal (*vid.* una referencia a esta jurisprudencia, concluyente desde los comienzos de la andadura constitucional, en E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Estudios sobre autonomías territoriales*, Cívitas, Madrid, 1985, pp. 188-190). En el caso que nos ocupa, así se deduce del hecho de que en la sentencia que se comenta opone exclusivamente a la noción de legislación la de ejecución. La puntualización, probablemente innecesaria por obvia, tiene consecuencias, pues, aunque limitada, existe una participación del reglamento en la regulación de la libre competencia: las exenciones por categorías que el Gobierno puede establecer reglamentariamente de acuerdo con el art. 5 LDC.

(4) Cfr. FJ 5º de la sentencia.

(5) *Vid.* *Diccionario de la Lengua Española*, RAE, Espasa, 21ª ed., vol. I, voz "perjuicio".

previsión de los art. 10.27 EAPV y 12.1.5 EAC no es otro que el de prohibir que el ejercicio autonómico de la competencia de comercio interior afecte a lo previsto en la legislación de defensa de la competencia. Esta potencial incidencia puede considerarse fruto de un cierto solapamiento de ambas materias, lo que obliga a determinar el área de intersección de los dos títulos competenciales, "comercio interior" y "defensa de la competencia", algo que el Constitucional no hace y que exigiría lo que habría cabido esperar de la sentencia: la delimitación respectiva de ambos títulos competenciales. El Tribunal deduce, sin más, del referido solapamiento entre las dos materias la completa inclusión del concepto de defensa de competencia en el de comercio interior⁽⁶⁾. Esta actitud es tanto más inexplicable cuando el Tribunal, en sentencias anteriores, había apuntado una distinción entre las materias "defensa de la competencia" y "comercio interior" que en ningún momento partía de la consideración de que aquélla fuese conceptualmente parte de éste. Por contra, el Tribunal refería la defensa de la competencia a "la regulación de la situación recíproca de las empresas, productoras o distribuidoras, en el mercado, en el plano horizontal"⁽⁷⁾, mientras que parecía limitar el título del comercio interior a las relaciones entre los comerciantes y los consumidores⁽⁸⁾. Indudablemente, estos dos planos están en muchas ocasiones estrechamente interrelacionados, mas de esta interconexión no cabe deducir la inclusión del concepto de defensa de la competencia en el supuestamente más amplio de comercio interior⁽⁹⁾.

Pero, además, el Tribunal incurre en otra petición de principio: ¿por qué ha de ser la "legislación de defensa de la competencia" una materia y no un sector de la legislación? Esto es, perfectamente lógica sería la interpretación que entendiéndose que la referencia a la legislación de defensa de la competencia se hace al contenido de un sector del ordenamiento cuyas disposiciones, incluidas las relativas a su propia ejecución, quedan al margen del ejercicio autonómico de

(6) Desde luego, la expresión "sin perjuicio" no justifica semejante inclusión. El art. 10.27 EAPV atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia supuestamente exclusiva sobre comercio interior "sin perjuicio", no sólo de la legislación de defensa de la competencia, sino también de "la libre circulación de bienes en el territorio del Estado". ¿Es lógico considerar "la libre circulación de bienes en el territorio del Estado" como parte de una materia más amplia relativa al comercio interior en una Comunidad Autónoma? Aunque esta parece ser la opinión del Gobierno vasco, tal y como se deduce de los antecedentes de la STC 208/1999, resulta difícil de aceptar.

(7) Cfr. SSTC 86/1988 (FJ 4º) y 264/1993 (FJ 4º A).

(8) Cfr. STC 86/1988 (FJ 8º b).

(9) Contra esta inclusión se pronuncia también B. BELANDO GARÍN, "Defensa de la competencia y comercio interior", en *REDA*, nº 106, 2000, p. 274.

la competencia de comercio interior⁽¹⁰⁾. Esta interpretación es, desde el punto de vista gramatical, perfectamente válida, aunque no concluyente, y ello porque la interpretación literal o gramatical pocas veces sirve para dar una solución jurídicamente sólida a un caso concreto. Sirva esta observación para pasar al segundo frente de crítica anunciado.

El conjunto de la argumentación en que el Tribunal se basa para reconocer competencias ejecutivas en materia de defensa de la competencia a las Comunidades Autónomas resulta insuficiente porque, en realidad, no va más allá del referido argumento gramatical⁽¹¹⁾. El Tribunal no hace uso del criterio de interpretación teleológico, cuya importancia él mismo había resaltado a la hora de adscribir las diferentes intervenciones de los Poderes públicos en el mercado a uno u otro título competencial (STC 88/1986), pues a pesar de que dedica el Fundamento jurídico 3º al análisis del contenido y finalidad de la LDC, para nada emplea las conclusiones allí extraídas al afirmar la competencia autonómica.

Sorprendentemente, tras exponer el argumento descrito, el Tribunal afirma que se podría prescindir de él pues

"... del simple hecho de que la totalidad de la defensa de la competencia no haya quedado reservada al Estado, sino sólo la legislación, cabría deducir inmediatamente que las competencias ejecutivas en materia de defensa de la competencia han de estimarse, en alguna medida, atribuidas a las Comunidades Autónomas; conclusión a la que podría llegarse por un mero razonamiento a contrario: la atribución de la legislación al Estado comportaría, de suyo, la asunción, con el alcance que luego se dirá, de la ejecución por las Comunidades

(10) En este sentido se pronuncia el voto particular discrepante: "dado que los preceptos estatutarios aquí considerados reservan al Estado la legislación de defensa de la competencia, conviene tener presente, en primer lugar, que nos hallamos ante un supuesto en que la ley estatal interviene, por expresa previsión de los Estatutos, para delimitar las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas" (ap. 2º del voto particular).

(11) El Tribunal pretende apuntalar su razonamiento con una consideración montada sobre el mismo apriorismo que anima su argumento gramatical. La opinión mayoritaria recuerda que la defensa de la competencia es una especie del género de las competencias de ordenación del mercado, y que el comercio es un elemento esencial e ineludible del mercado, afirmaciones obvias de las que el Tribunal extrae una conclusión que de ninguna manera se desprende necesariamente de las dos premisas mencionadas: que una competencia de ordenación del mercado como es la defensa de la competencia ha estar incluida conceptualmente, al menos de modo parcial, en la noción de comercio (cfr. FJ 5º). La defensa de la competencia es un aspecto de la ordenación del mercado y el comercio es un elemento esencial del mismo, pero estas apreciaciones no conducen a más que a la afirmación de que existe una relación ente comercio y defensa de la competencia, que dicha relación es inclusiva, es algo que el Tribunal concluye sin justificar por qué.

Autónomas concurrentes, en tanto no resulte incluida en otras competencias estatales" (FJ 6°).

Esta afirmación del Tribunal no puede sino causar perplejidad, pues supone, nada más y nada menos, que invertir el sistema de reparto competencial previsto en la Constitución, de acuerdo con el cual las competencias de las Comunidades Autónomas han de serles atribuidas por sus Estatutos o por los instrumentos legales a que se refieren los dos primeros apartados del art. 150 CE (art. 147.2.d, 148.1, 149.3, y 150.1 y 2 CE), mientras que el Estado tiene una competencia residual sobre las materias que no hayan sido atribuidas a las Comunidades Autónomas (art. 149.3 CE). La referida afirmación de la sentencia contradice sin rubor alguno las inequívocas previsiones constitucionales. En consecuencia, lejos de servir para relativizar la trascendencia del comentado argumento gramatical, carga sobre él todo el peso de la decisión del Tribunal.

B) Unidad de mercado y competencia ejecutiva estatal

Una vez afirmada la inconstitucionalidad del monopolio estatal en la ejecución de la legislación de defensa de la competencia, el Tribunal procede a fijar el alcance de la competencia autonómica. En principio, el argumento esgrimido por la sentencia habría de conducir a privar al Estado de toda competencia ejecutiva, mas esta conclusión resultaría totalmente incompatible con la existencia de un mercado nacional, y de hecho el Tribunal reconoce que

"... no sólo la normación, sino todas las actividades ejecutivas que determinen la configuración real del mercado único de ámbito nacional habrán de atribuirse al Estado, al que corresponderán por lo tanto, las actuaciones ejecutivas en relación con aquellas prácticas que puedan alterar la libre competencia en un ámbito supracomunitario o en el conjunto del mercado nacional, aunque tales actos ejecutivos hayan de realizarse en el territorio de cualquiera de las Comunidades Autónomas recurrentes" (FJ 6°).

El Tribunal hace en esta sentencia un uso de la idea de la unidad de mercado que se aparta de la concepción de este principio que trasluce de manera predominante en su jurisprudencia, en la que ha jugado fundamentalmente, tal y como se verá en el siguiente apartado, como principio interpretativo de la distribución competencial que realizan la Constitución y los Estatutos de Autonomía, y como límite para el ejercicio de las competencias autonómicas. En la sentencia de 11 de noviembre de 1999, la unidad de mercado funciona como un verdadero título atributivo de competencias, pues de ella trae causa la

competencia ejecutiva en materia de defensa de la competencia que se reconoce al Estado⁽¹²⁾.

El propio Constitucional parece consciente del uso poco habitual que está haciendo de la unidad de mercado, y en un confuso razonamiento pretende anclar la competencia estatal en el apartado 13° del art. 149.1, que, a pesar de su limitado tenor literal, tantas veces ha sido empleado por el Tribunal para amparar actuaciones estatales. De acuerdo con la argumentación del Tribunal, la existencia de un mercado único es necesaria para permitir al Estado "el desarrollo de su competencia constitucional de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica", y la competencia estatal para llevar a cabo las actuaciones ejecutivas en relación con aquellas prácticas que puedan alterar la libre competencia en un ámbito supraautonómico resulta imprescindible para asegurar la unidad del mercado nacional⁽¹³⁾. De este modo, la competencia estatal trae causa directa de la unidad de mercado, que funciona así como título habilitante inmediato, aunque el Tribunal pretenda fundar en última instancia la competencia del Estado en el art. 149.1.13, que, por otro lado, no es, ni mucho menos, el precepto constitucional en que más claramente se refleja la idea de la unidad de mercado que, inserta en la más amplia de unidad económica, anima el sistema constitucional de reparto de competencias.

El hecho de que el Tribunal funde en última instancia la competencia ejecutiva del Estado en una de las competencias exclusivas estatales del art. 149.1 CE deja traslucir, al igual que algún otro pronunciamiento de la sentencia ya comentado, una concepción del reparto competencial para nada compartible. La opinión de la mayoría parece olvidar el carácter residual de la competencia estatal (149.3 CE), y partir de la base de que resulta preciso encontrar en el bloque de la constitucionalidad una atribución competencial en favor del Estado. Incluso si se parte, como resulta inevitable tras esta sentencia, de la existencia de una competencia ejecutiva autonómica en materia de defensa de la competencia, su limitación a aquellas prácticas que

(12) El Tribunal cita en apoyo de su argumentación tres sentencias anteriores, pero sólo en una de ellas, la STC 118/1996, ha utilizado la unidad de mercado como un título competencial en favor del Estado (cfr. FJ 10 de la STC 18/1996). En la STC 96/1984, la unidad de mercado le sirve al Tribunal como un principio interpretativo a la hora de fijar el alcance de la competencia estatal de ordenación del crédito prevista en el apartado 11° del art. 149.1 CE. Por su parte, la STC 64/1990 emplea el principio de unidad de mercado como límite al ejercicio por parte de la Comunidad Autónoma de Galicia de sus competencias de promoción de la economía regional.

(13) Cfr. FJ 6° de la sentencia.

agotan sus efectos sobre el mercado en una Comunidad Autónoma se deriva naturalmente del ámbito territorial de los poderes autonómicos, como afirma el Magistrado J.D. González Campos en su voto particular⁽¹⁴⁾. No resulta preciso, por tanto, invocar un título competencial del art. 149.1 CE en favor del Estado. Si la competencia no está atribuida a las Comunidades Autónomas, es estatal *ex art.* 149.3 CE.

Donde el principio de unidad de mercado habría debido jugar un papel importante es en la cuestión inicial de si el título competencial "comercio interior" puede fundar la intervención autonómica en la defensa de la competencia. Como se comentará más adelante, la adecuada toma en consideración de este principio conduce a conclusiones diferentes a las de la STC 208/1999.

2. El fallo de la sentencia; su necesaria interpretación

Tras examinar la argumentación del Tribunal, es preciso detenerse en el fallo, porque el alcance final de la sentencia no llega a ser el que cabría esperar tras el examen de sus fundamentos jurídicos. Además, si el fallo no se interpreta de acuerdo con lo establecido por el Tribunal en su argumentación, pierde gran parte de su sentido.

A) El fallo de los recursos de inconstitucionalidad fundados en controversias competenciales

La LOTC parece excluir, al menos así lo ha interpretado el Tribunal Constitucional y la gran mayoría de la doctrina, la posibilidad de que una ley sea objeto de un conflicto de competencia, con lo que la impugnación de una norma con rango legal por motivos competenciales habrá de realizarse necesariamente a través de un recurso de inconstitucionalidad, y el conflicto de competencia queda relegado a la impugnación de reglamentos o resoluciones administrativas⁽¹⁵⁾. Se ha alabado la sencillez de este criterio formal de deslinde entre estos dos procesos constitucionales y la consiguiente seguridad jurídica que garantiza⁽¹⁶⁾. No obstante, la resolución de lo que materialmente es un conflicto de competencia como un recurso de inconstitucionalidad puede conducir a que la parte dispositiva de la sentencia resulte insuficiente para dar adecuada respuesta a las cuestiones que han motiva-

(14) Cfr. apartado 1.c del voto particular discrepante.

(15) *Vid.*, por todos, J. GARCÍA ROCA, *Los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 29-35.

(16) En este sentido, J. GARCÍA ROCA. *op. cit.*, p. 30.

do el concreto proceso. Esto es lo que ha ocurrido en la STC 208/1999.

El objeto último de un conflicto de competencia, sin perjuicio de ir dirigido de un modo inmediato a obtener la anulación de un reglamento o de una concreta actuación administrativa, es la determinación de la titularidad de la competencia controvertida⁽¹⁷⁾. En consonancia con ello, el art. 66 LOTC dispone para estos procesos constitucionales que "la sentencia declarará la titularidad de la competencia controvertida y acordará, en su caso, la anulación de la disposición, resolución o actos que originaron el conflicto en cuanto estuvieren viciados de incompetencia ...". Por contra, el recurso de inconstitucionalidad es un proceso abstracto de control de normas, de ahí que el contenido propio de la sentencia que le pone fin sea la declaración de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los preceptos impugnados, y, en este último caso, la de su nulidad (art. 39.1 LOTC).

Esta previsión de su Ley Orgánica no ha impedido al Tribunal Constitucional, en el fallo de recursos de inconstitucionalidad en los que realmente se dilucidaban cuestiones competenciales, acompañar la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal, no de su declaración de nulidad, sino de la de su inaplicación en el territorio de la Comunidad o Comunidades Autónomas demandantes⁽¹⁸⁾. Tampoco le ha impedido, cuando se ha producido *ex art.* 67 LOTC la transformación procesal de un conflicto de competencia en un recurso de inconstitucionalidad, incluir en la parte dispositiva de la sentencia los pronunciamientos propios de un conflicto de competencia⁽¹⁹⁾. Sin embargo, en el caso que nos ocupa el Tribunal no ha hecho gala de este pragmatismo. Como consecuencia, no ha dado una adecuada respuesta en su fallo al objeto último del proceso planteado: la determinación de a quién y en qué términos corresponde la ejecución de la normativa de defensa de la competencia, limitándose a declarar la inconstitucionalidad de algunos de los preceptos impugnados y su consiguiente nulidad (art. 39.1 LOTC), en este caso diferida.

(17) Sobre este doble objeto, inmediato y mediato, de los conflictos competenciales, *vid.* J. GARCÍA ROCA, *op. cit.*, pp. 54-55.

(18) *Ibidem*, pp. 34-35.

(19) Cfr., por ejemplo, SSTC 39/1982, 5/1987 ó 45/1991. No podía ser de otra manera teniendo en cuenta que, como ha afirmado el Tribunal Constitucional, la finalidad del art. 67 LOTC no es más que la de permitir la participación en el proceso de los órganos legislativos, así como el control de una norma con rango legal cuya constitucionalidad adquiere el carácter de cuestión previa al ser invocada en apoyo de la competencia controvertida (cfr., por ejemplo, STC 5/1987. FJ 1º).

En efecto, el Tribunal ha declarado la inconstitucionalidad de la cláusula "en todo o en parte del mercado nacional", contenida expresamente o por remisión en los artículos 4, 7, 9, 10, 11, y 25 a) y c), en la medida en que desconoce las competencias ejecutivas de la legislación estatal sobre defensa de la competencia atribuidas a las Comunidades Autónomas recurrentes en sus respectivos Estatutos, difiriendo su nulidad hasta el momento en que, establecidos por la Ley estatal los criterios de conexión pertinentes, puedan las Comunidades Autónomas ejercitarlas.

B) El verdadero alcance de la sentencia

Dejando al margen por el momento la cuestión del diferimiento de la nulidad (si es que puede hablarse con propiedad de tal cosa), es preciso examinar el verdadero alcance de la decisión del Tribunal.

El art. 4 LDC prevé la autorización por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) de los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas inicialmente prohibidas por el artículo 1 LDC cuando concurren las circunstancias previstas en el art. 3 LDC; y el art. 7 LDC extiende las competencias que el TDC ejerce en relación con las conductas prohibidas en el art. 1 LDC a los actos de competencia desleal que distorsionen la libre competencia. Por su parte, el art. 9 LDC concede al Tribunal la facultad de ordenar el cese de las conductas prohibidas por la LDC y de remover sus efectos, potestad que el art. 11 LDC fortalece al permitirle imponer multas coercitivas, mientras que el art. 10 LDC prevé la imposición de sanciones por el Tribunal por la comisión de infracciones contra la libre competencia. Por último, el art. 25 LDC enumera las competencias del TDC, refiriéndose el apartado a) a "la resolución de los asuntos que tiene atribuidos por esta Ley", y el c) a "la autorización de los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas a que se refiere el art. 1, en los supuestos y con los requisitos previstos en el art. 3".

De acuerdo con el fallo, estos preceptos resultan inconstitucionales en cuanto desconocen las competencias de ejecución de la legislación de defensa de la competencia estatutariamente atribuidas a las Comunidades Autónomas. Es decir, los citados preceptos son inconstitucionales en cuanto prevén la intervención del TDC respecto de prácticas restrictivas de la libre competencia que carecen de incidencia supraautonómica.

Este contenido de la parte dispositiva de la sentencia no se corresponde con lo que se deduce de la argumentación del Tribunal Constitucional a lo largo de los Fundamentos Jurídicos de la senten-

cia. En ellos, como se ha visto, el Constitucional afirma que la ejecución de la normativa de defensa de la competencia corresponde a las Comunidades Autónomas en lo que respecta a las prácticas cuyos efectos se agotan en el territorio autonómico. Sin embargo, los preceptos declarados inconstitucionales por el Tribunal no agotan los supuestos de ejecución de la legislación de defensa de la competencia.

El fallo sólo se ha referido a las atribuciones que la LDC confiere al TDC, sin reparar en las competencias ejecutivas que atribuye al Gobierno, al Ministro de Economía y al Servicio de Defensa de la Competencia (SDC). El Gobierno, y en menor medida el Ministro de Economía, ejercen las competencias decisorias en los procedimientos sobre concentración de empresas (art. 14 a 18 LDC), que son, indudablemente, procedimientos de defensa de la competencia. Mucho más amplias son las atribuciones del SDC, que, plenamente integrado en la estructura del Ministerio de Economía, tiene como función esencial la instrucción de los procedimientos de defensa de la competencia y la vigilancia de la ejecución y cumplimiento de las resoluciones que se adopten en aplicación de la LDC (art. 31 LDC).

En una aplicación literal del fallo, las competencias de estos órganos no se verían afectadas por la sentencia. Para examinar debidamente esta cuestión, resulta preciso analizar separadamente las competencias del Gobierno y el Ministro de Economía relativas a los procedimientos de concentración de empresas y las del SDC.

Comencemos por las primeras. La normas de la LDC relativas a las concentraciones empresariales están definidas en relación con el mercado nacional. Así, puede ser objeto de control el proyecto u operación de concentración de empresas "que afecte o pueda afectar al mercado español" por concurrir en ella alguna de las dos circunstancias previstas en el apartado 1º del art. 14 LDC⁽²⁰⁾. En consecuencia, las actuaciones del Gobierno y del Ministro de Economía siempre van a referirse a supuestos en que la potencial restricción de la competencia afecta al mercado nacional. De hecho, ninguna de las dos Comunidades Autónomas que recurrieron la inconstitucionalidad de la LDC impugnaron los preceptos relativos al control de las concentraciones económicas (art. 14 a 18 de la LDC).

(20) La primera de ellas es la adquisición o incremento de una cuota de mercado igual o superior al 25% del mercado nacional, o de una parte sustancial del mismo, de un determinado producto o servicio. La segunda, que la cifra del volumen de ventas global en España del conjunto de los partícipes en la operación de concentración supere en el último ejercicio contable la cantidad de 20.000.000.000

Muy distinto es el caso del SDC. En lo que aquí interesa, el art. 31 LDC atribuye al Servicio la competencia para la instrucción de los expedientes relativos a todas las conductas susceptibles de afectar a la libre competencia, sin distinción alguna, con lo que lo considera competente para la instrucción de expedientes relativos a conductas que agotan sus efectos en el ámbito de una Comunidad Autónoma. Lo mismo puede afirmarse respecto de su función de vigilancia de la ejecución y cumplimiento de las resoluciones dictadas en aplicación de la LDC (art. 31 LDC).

Lógicamente, las Comunidades Autónomas recurrentes impugnaron las letras a y b del art. 31 de la Ley, amén de otros preceptos relativos a las funciones del Servicio, que la Ley refiere siempre a la generalidad de las prácticas incluidas en ella, con independencia del ámbito del mercado al que afecten. Sin embargo, el Constitucional no ha declarado la inconstitucionalidad de ningún precepto de la LDC referente al SDC.

¿Significa esto que las Comunidades Autónomas asumirán solamente algunas de las competencias hoy ejercidas por el TDC, mientras que el Servicio podrá mantener las suyas intactas? Resultaría así un reparto competencial en el que el Estado centralizaría las competencias instructoras, mientras que la resolución de los expedientes correspondería al Estado o a las Comunidades Autónomas en función del ámbito de influencia de la conducta que se examinase. Además, correspondería al Estado vigilar que tanto sus decisiones como las autonómicas dictadas en aplicación de la LDC fuesen adecuadamente cumplidas. Esta solución no sólo resulta absurda, sino también contraria a la congruencia que debe exigirse a toda decisión jurisdiccional.

El ámbito en el que la descentralización de la ejecución de la legislación de defensa de la competencia puede resultar más justificable, y supone un menor perjuicio para la unidad del mercado nacional, es precisamente el que corresponde a las competencias del SDC: la instrucción de procedimientos y la garantía del cumplimiento de las resoluciones adoptadas en aplicación de la legislación de defensa de la competencia. A esta cuestión se hará referencia en su momento. Ahora resulta necesario plantear las exigencias que la congruencia impone a la interpretación del fallo del Constitucional.

La argumentación del Tribunal está dirigida a fundamentar que corresponde a las Comunidades Autónomas que han asumido la competencia sobre comercio interior la ejecución de la legislación de defensa de la competencia en relación con las conductas que agotan

sus efectos sobre el mercado en su territorio, sin distinguir en ningún momento entre las competencias del TDC y las del SDC. So pena de considerar la sentencia incongruente con las peticiones de los recurrentes, hay que interpretar que la respuesta a las pretensiones de éstos de que se declarase la inconstitucionalidad de buena parte de los preceptos de la LDC relativos a la actuación del SDC está incluida en la argumentación general del Tribunal. En consecuencia, aquellas competencias que ha venido ejerciendo el Servicio en relación con prácticas que no afectan a un mercado supraautonómico corresponden a las Comunidades Autónomas que han asumido competencias en materia de comercio interior.

No obstante, ¿cómo explicar la ausencia en el fallo de cualquier referencia a los artículos de la LDC relativos al SDC? Se manifiesta aquí la disfunción que supone decidir como un recurso de inconstitucionalidad un proceso cuyo verdadero objeto es la controversia sobre la titularidad de una competencia. De acuerdo con el contenido propio de una sentencia que pone fin a un proceso de inconstitucionalidad, el Tribunal ha declarado la inconstitucionalidad, y consecuente nulidad, de los preceptos que contradecían el reparto competencial por él deducido del bloque de la constitucionalidad. Así, ha declarado la inconstitucionalidad de la cláusula "en todo o parte del mercado nacional", contenida, expresamente o por remisión, en ciertos artículos relativos a las competencias del TDC. Al no hacer los preceptos legales aplicables al SDC ninguna referencia de este tipo, el fallo no los menciona. Aunque ello no impida entender, como se ha intentado justificar, que las competencias que ha venido desarrollando el Servicio se ven también afectadas por la doctrina de la sentencia⁽²¹⁾, es de lamentar que el Tribunal no haya hecho expresa mención a la necesidad de interpretar el texto de los artículos de la LDC relativos a las competencias del Servicio en consonancia con el criterio de reparto competencial fijado en la fundamentación de la sentencia.

En el examen del fallo de la STC 208/1999, hay que hacer también una referencia a la consecuencia que el Constitucional extrae de la inconstitucionalidad de algunos de los preceptos de la LDC. El Tribunal difiere la consecuente nulidad de dichos preceptos "hasta el momento en que, establecidos por la Ley estatal los criterios de conexión pertinentes", puedan las Comunidades Autónomas ejercitar las competencias ejecutivas que la sentencia les reconoce. Al establecimiento de estos criterios se refiere la DF 2ª de la Ley 57/1999, de 28

(21) No parece entenderlo así B. BELANDO GARÍN, que asume la existencia en el futuro de un sólo SDC (*op. cit.*, p. 286).

de diciembre, de reforma de la LDC, a la que me referiré en su momento.

Desde la perspectiva de la teoría general del Derecho no puede dejar de sorprender la idea de una nulidad diferida. Las leyes han matizado, en beneficio de la seguridad jurídica, las rígidas consecuencias de la nulidad como invalidez *ex tunc* cuando de normas se trata⁽²²⁾, y el Tribunal Constitucional ha reclamado para sí la facultad de determinar en cada caso el alcance hacia el pasado de los efectos de las nulidades que declara⁽²³⁾. Más difícil de asumir se presenta el diferimiento pro futuro de los efectos de la nulidad, que, sin embargo, ya había sido afirmado por el Tribunal Constitucional en su sentencia 195/1998 (FJ 5º), rectificando su línea jurisprudencial anterior⁽²⁴⁾. No puede dejar de notarse que tanto en aquel caso como en éste las sentencias resolvían verdaderos conflictos de competencia que la LOTC obliga a plantear como recursos de inconstitucionalidad. De hecho, con el diferimiento de la nulidad el Tribunal no hace más que, tras declarar la titularidad autonómica de una competencia, permitir la continuidad de su ejercicio estatal hasta que la Comunidad o Comunidades Autónomas de que se trate estén en condiciones de ejercerla.

Por último, debe hacerse notar el alcance general de la sentencia. A diferencia de otras ocasiones en que el Tribunal Constitucional se ha enfrentado a verdaderos conflictos competenciales bajo la forma de recursos de inconstitucionalidad, no ha declarado en este caso la inaplicación de las normas estatales contrarias al reparto constitucional de competencias en el territorio de una o varias Comunidades Autónomas⁽²⁵⁾, sino su nulidad. ¿Se ha precipitado el Tribunal al declarar la nulidad?, ¿no es posible que el TDC y el SDC ejerzan sus competencias en relación con prácticas que afecten sólo a una Comunidad Autónoma distinta de las recurrentes, que no tenga asumidas competencias en materia de comercio interior? La nulidad decretada por el Tribunal no ha sido casualidad, o, si la ha sido, ha resultado oportuna, porque todas las Comunidades Autónomas tienen atribuidas competencias, al menos ejecutivas, en comercio interior y,

(22) Cfr. art. 40 LOTC y art. 73 LJCA.

(23) Cfr. STC 45/1989 (FJ 11º).

(24) En la STC 45/1989, el Tribunal había afirmado que "la Ley Orgánica (del Tribunal Constitucional) no faculta a este Tribunal, a diferencia de lo que en algún otro sistema ocurre, para aplazar o diferir la efectividad de la nulidad" (FJ 11º).

(25) *Vid.* una referencia a estos supuestos en J. GARCÍA ROCA, *op. cit.*, pp. 34-35.

por lo tanto, competencias ejecutivas en materia de defensa de la competencia⁽²⁶⁾.

II. UNIDAD DE MERCADO Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA

1. La cláusula residual de competencias en favor del Estado del art. 149.3 como rasgo característico de la organización territorial del poder en la Constitución

Ya me he referido a que la STC 208/1999 no tiene debidamente en cuenta la cláusula residual de competencias del art. 149.3 CE. De haberlo hecho, debería haberse centrado en analizar si en la competencia que los Estatutos confieren a las Comunidades Autónomas sobre comercio interior, "sin perjuicio de la legislación de defensa de la competencia", hay que incluir la ejecución de dicha legislación. Si de este examen se desprendiese que no cabe entender incluida tal atribución en el referido título competencial autonómico, la competencia sería estatal de acuerdo con la cláusula residual del art. 149.3 CE, sin necesidad de buscar un título competencial en favor del Estado en la lista del art. 149.1 CE. Si, por el contrario, el Tribunal concluye, como ha hecho, que la ejecución de la legislación de defensa de la competencia corresponde a las Comunidades Autónomas, la competencia ejecutiva estatal será la que, debido a la necesaria limitación territorial de las competencias autonómicas, aquéllas no pueden asumir.

La cláusula residual de competencias tiene una notable importancia, probablemente más desde el punto de vista cualitativo que cuan-

(26) Todas las Comunidades Autónomas, con la excepción de Ceuta y Melilla, cuentan en la actualidad entre sus competencias exclusivas la de comercio interior. A la gran mayoría, esta competencia se les atribuye, "sin perjuicio" de la legislación de defensa de la competencia: cfr. art. 32.1.10ª EA de Castilla y León, art. 10.38 EA de las Islas Baleares, art. 8.uno.6 EA de La Rioja, art. 10.1.14 del EA del Principado de Asturias, art.24.13 EA de Cantabria, art. 26.3.1.2 EA de la Comunidad de Madrid, art. 10.uno.34 del EA de Murcia, art. 31.1.11ª EA de Castilla-La Mancha, art. 35.uno.19 EA de Aragón, art. 31.3 EA de Canarias, art. 30.1.4 EA de Galicia y art. 56.1.d de la Ley de Amejoramiento del Fuero Navarro. Para los casos en que no es así (art. 7.1.33 del EA de Extremadura y art. 18.1.6 del EA de Andalucía), de la STC 208/1999 se deduce claramente, como se ha visto, que la competencia estatal sobre dicha legislación es una exigencia indeclinable de la unidad de mercado, con lo que las Comunidades Autónomas correspondientes sólo tendrán, como las demás, competencias ejecutivas en materia de defensa de la competencia. Por su parte, las dos ciudades autónomas tienen atribuida expresamente la competencia de ejecución de la legislación del Estado en materia de comercio interior: cfr., art. EA de Ceuta 22.1.2ª, y art. 22.1.2ª del EA de Melilla.

titativo, habida cuenta del alto nivel competencial que las Comunidades Autónomas han alcanzado en el cuadro dispositivo de la Constitución. Pero la importancia cualitativa de esta cláusula residual no es despreciable, ya que distingue nuestro sistema de reparto de competencias del que es propio de los sistemas federales, en los que las competencias de la Federación son las atribuidas por la Constitución, conservando los Estados miembros todas las demás⁽²⁷⁾.

Es bien cierto que la evolución de los modernos Estados federales ha ido venciendo el inicial equilibrio entre Federación y Estados miembros del lado de la primera, en algunos casos mediante reformas de los textos constitucionales, pero fundamentalmente a través de una interpretación extensiva de las competencias federales incluidas en el texto constitucional, así como del reconocimiento de ciertas competencias que, a pesar del silencio de las respectivas Constituciones, se han entendido atribuidas por éstas a la Federación⁽²⁸⁾. También es innegable, por otro lado, el avanzado estado de descentralización territorial a que ha llevado el desarrollo estatutario en nuestro país. Ambos datos aproximan notablemente el grado de descentralización existente en un Estado unitario descentralizado como el nuestro y en los modernos Estados federales. Ante esta situación, distinguir entre ambas realidades (dejando a un lado el abstruso tema de la titularidad de la soberanía en los Estados federales, al que la moderna teoría del federalismo ya no acude para acuñar sus conceptos) podría parecer un prurito nominalista⁽²⁹⁾. Mas no lo es, y el tema que nos ocupa constituye un buen ejemplo.

(27) Cfr., por ejemplo, art. 30 y 83 de la Ley Fundamental de Bonn, art. 15.1 de la Constitución austriaca, 10ª enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de América, o los art. 3 y 42 de la Constitución suiza.

(28) En relación con el sistema federal alemán *vid.*, K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. 1, 2ª ed., C.H. Beck, München, 1984, pp. 674-676, 683-684, y 748-755, o, en castellano, E. ALBERTÍ ROVIRA, *Federalismo y cooperación en la República Federal Alemana*, CEC, Madrid, 1986, pp. 80-105. Sobre la evolución del sistema estadounidense *vid.* J.F. ZIMMERMAN, *Contemporary American Federalism. The Growth of National Power*, Leicester University, 1992, *passim*; sobre el papel que en esta evolución ha jugado la cláusula de comercio de la Constitución de los EEUU, pilar fundamental de la unidad económica en aquel país, *vid.*, por ejemplo, I. BORRAJO INIESTA, *Federalismo y unidad económica. La cláusula de comercio de la Constitución de los EEUU*, INAP, Madrid, 1986, *passim*.

(29) No es difícil encontrar referencias en las que se destacan las analogías entre nuestra forma de Estado y los Estados federales y se propugna, en consecuencia, la aplicación de las soluciones propias de estos últimos a los problemas que plantea la organización territorial española en Comunidades Autónomas. Expresamente en este sentido, y en relación precisamente con la salvaguardia de la unidad de mercado, E. ALBERTÍ ROVIRA, *Autonomía política y unidad económica*, Cívitas, Madrid, 1995, p. 27. Una defensa general de la imposibilidad de establecer una distinción entre nuestro Estado autonómico y los propiamente

En nuestro sistema constitucional, como es propio de un Estado unitario, las competencias de los entes territoriales superiores no estatales son de estricta atribución. No es importante a estos efectos que dicha atribución no se haga por la Constitución, sino mediante los Estatutos de Autonomía, a los que aquélla difirió la concreción de un modelo que en el momento constituyente no se pudo o no se supo precisar. Por contra, las competencias del Estado no le han de ser necesariamente atribuidas por una norma (constitucional o infraconstitucional), sino que le corresponden por defecto de atribución a las Comunidades Autónomas, de acuerdo con el art. 149.3 CE⁽³⁰⁾. Qué duda cabe que esta cláusula residual de competencias es un mecanismo importante (sólo uno entre otros muchos, por supuesto) en el sistema constitucional de un Estado unitario descentralizado para mantener la necesaria unidad estatal, en este caso particular en su faceta económica, o, más concretamente aún, de mercado.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha acudido al esquema propio de los sistemas federales para justificar una competencia ejecutiva estatal en materia de defensa de la competencia que garantice un mínimo indispensable de unidad de mercado. Esquema al que tam-

federales, en S. MUÑOZ MACHADO, *Derecho público de las Comunidades Autónomas*, vol. I, Cívitas, Madrid, 1982, pp. 153-167.

(30) Muy distinta a la que se expone en el texto es la opinión que expresaba T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ en los primeros momentos de la andadura constitucional. Para este autor, la fijación en el apartado 1º del art. 149 de una lista de competencias exclusivas del Estado "tiende a configurar las competencias del Estado como competencias de atribución y, correlativamente, las de las Comunidades Autónomas como competencias de Derecho común. En esta línea lógica sería forzoso concluir que los poderes comunitarios o regionales, en cuanto poderes de Derecho común, estarían dotados de una inicial virtud expansiva, de la que no gozarían los poderes estatales como simples potestades de atribución que son" ("El sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas", en *REVL*, nº 200, 1979, pp. 14-15). Y aunque reconocía que "la atribución al Estado de las competencias residuales responde a la lógica institucional característica del Estado regional", afirmaba que "de esta regla no cabe deducir nada en contra de la [...] *vis expansiva* que hay que reconocer, en principio, a las competencias comunitarias como competencias de Derecho común" (*ibidem*, p. 16). En contra de lo afirmado en su día por el profesor FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, la cláusula residual del art. 149.3 impide precisamente considerar a las competencias de las Comunidades Autónomas como competencias de Derecho común con la consiguiente *vis expansiva*. La singularidad de nuestro sistema constitucional de reparto de competencias en relación con la concepción estándar del Estado regional (al margen ahora de la cuestión cuantitativa del amplio techo competencial que ofrece a las Comunidades Autónomas) reside en que la concreción de las competencias autonómicas se difirió al desarrollo estatutario. Este hecho determina una mayor flexibilidad del sistema, pero en ningún momento deja de configurar las competencias autonómicas como competencias de estricta atribución, lo que obliga a que, si se quiere emplear el calificativo de "competencias de Derecho común", deba utilizarse para hacer referencia a las competencias estatales (*vid.* en este sentido, S. MUÑOZ MACHADO, *op. cit.*, pp. 343-344).

bién responde una organización supranacional como la Comunidad Europea, que, al igual, en este punto, que la Federación en el marco del Estado federal, sólo posee las competencias atribuidas por su norma institucional básica. Efectivamente, la solución a que ha llegado el Tribunal es semejante a la contenida en la Ley alemana de defensa de la competencia⁽³¹⁾, así como en los sistemas estadounidense⁽³²⁾ y comunitario de defensa de la competencia, en estos últimos casos, no como criterio de reparto de competencias ejecutivas, sino de entrada en juego del Derecho federal y comunitario, respectivamente⁽³³⁾. No estaría de más, por otra parte, señalar que en Estados de acendrada tradición federal, como es el caso de Suiza, la Constitución atribuye el monopolio de la ejecución de la normativa de defensa de la competencia a la Federación, previsión constitucional que es sólo necesaria, esto no hay que olvidarlo, en un sistema en el que, por ser propiamente federal, las competencias de la Confederación son de estricta atribución constitucional⁽³⁴⁾.

Esta vía que podría calificarse de federal no es la vía argumentativa adecuada en el caso de nuestro sistema constitucional. En él, el principio de unidad de mercado no juega para justificar *in extremis* una competencia ejecutiva estatal referida a las prácticas contrarias a la libre competencia cuyos efectos superen el ámbito de una

(31) De acuerdo con el apartado 2º del párrafo 48 de la Ley alemana contra las restricciones de la competencia (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*), aquellas competencias que la Ley no atribuye expresamente a una de las autoridades de defensa de la competencia (el *Bundeskartellamt*, el Ministerio de Economía de la Federación o las autoridades estatales competentes) se ejercerán por el *Bundeskartellamt* (Oficina federal de defensa de la competencia) "wenn die Wirkung der Marktbeeinflussung oder des wettbewerbsbeschränkenden oder diskriminierenden Verhaltens oder einer Wettbewerbsregel über das Gebiet eines Landes hinausreicht", correspondiendo, en caso contrario, a las autoridades de los *Länder* competentes por razón de la materia. En nuestra doctrina, LI. CASES PALLARES ha prestado una especial atención al sistema alemán de defensa de la competencia (*op. cit.*, pp. 667-698).

(32) Sobre la restricción del comercio entre Estados como cláusula de sujeción al Derecho *antitrust* federal en los EE UU, puede verse, LI. CASES PALLARES, *op. cit.*, pp. 466-499.

(33) La afectación al comercio entre los estados miembros es el criterio que determina la aplicación del Derecho comunitario de la competencia (cfr. art. 81.1 y 82 TCE), que corresponde no sólo a la Comisión, sino también a las autoridades nacionales, que serán competentes para aplicar las disposiciones del apartado 1º del art. 85 y del art. 82 mientras la Comisión no inicie un procedimiento sobre las prácticas o actividad de que se trate (cfr. art. 84 TCE y art. 9 del Reglamento del Consejo 17/1962, y, por lo que a España respecta, art. 25.c LDC); sobre las relaciones entre la Comisión de las Comunidades Europeas y las autoridades nacionales en la aplicación del Derecho comunitario de la competencia, *vid.*, de nuevo, LI. CASES PALLARES, *op. cit.*, pp. 83-104.

(34) Cfr. art. 42 y 96 de la Constitución suiza.

Comunidad Autónoma, sino que ha de emplearse ya como criterio interpretativo en el examen de los títulos competenciales que puedan esgrimir en su favor las Comunidades Autónomas. En el caso que nos ocupa, en el momento de precisar el alcance de la competencia sobre comercio interior estatutariamente atribuida.

2. La competencia estatutaria sobre comercio interior no incluye la defensa de la competencia

En realidad, puede negarse la inclusión de la defensa de la competencia en el título sobre comercio interior sin necesidad, siquiera, de acudir al argumento interpretativo de la unidad de mercado. Ya en una primera aproximación resulta desmedido considerar que en la expresión estatutaria "comercio interior" haya que entender incluida la defensa de la competencia. Semejante planteamiento resulta de la práctica equiparación que la STC 208/1999 hace entre la ordenación del mercado y el comercio interior. Parte el Tribunal de la consideración de la defensa de la competencia como un aspecto de la ordenación del mercado, de lo que concluye que, "siendo el comercio un elemento esencial e ineludible del mercado, parece claro que una competencia de ordenación del mercado habrá de constituir, al menos parcialmente, un modo de intervención pública en el comercio y ser, sólo en esa medida, conceptualmente comercio" (FJ 5º).

Pero la noción de mercado es mucho más amplia que la de comercio, abrazando la generalidad de las actividades con sentido económico, y no sólo la actividad de intermediación entre productores y consumidores que caracteriza a aquél. Y la defensa de la competencia, elemento estructural ésta del mercado, se refiere a esa generalidad de actividades, sin que quepa limitarla al proceso de intercambio comercial de bienes, ¿o no puede quedar dañada la libre competencia como consecuencia, por ejemplo, de prácticas relativas a la producción de bienes?⁽³⁵⁾ Que en una economía de mercado el comercio sea el horizonte natural de toda actividad económica no permite considerar que aquél absorba conceptualmente toda actividad desarrollada en el mercado⁽³⁶⁾, y que, en consecuencia, es susceptible de afectar a la libre competencia que debe presidir aquél.

(35) Piénsese, por ejemplo, en la empresa con una posición dominante en el mercado que elabora productos que sólo pueden utilizarse en combinación con otros de la misma empresa. En este sentido, *vid.* J.E. SORIANO GARCÍA, *Derecho público de la competencia*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 234-239.

(36) J.L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, partiendo del dato innegable de que "la actividad comercial es en rigor algo inseparable de toda actividad económica en una economía de mercado", no defiende una amplísima concepción del título de comercio interior, en la línea

Las afirmaciones anteriores no conducen en ningún caso a desconocer la estrecha relación existente entre la libre competencia y el comercio, todo lo contrario. Buena parte de la defensa de la libre competencia se juega en la concurrencia comercial. Buena parte, mas no toda. De ahí que no resulte en absoluto viable una actuación pública en defensa de la libre competencia que se ampare exclusivamente en el título de comercio interior. Este dato es fundamental para dotar de un sentido coherente a la salvedad que hacen los Estatutos de Autonomía implicados en la STC 208/1999 con relación a la legislación de defensa de la competencia. La asunción de competencias por las Comunidades Autónomas sobre comercio interior, "sin perjuicio de la legislación sobre la defensa de la competencia", ha de entenderse en el sentido de que aquellas actuaciones que, pudiendo teóricamente ampararse en el título del comercio interior, sean propias de la defensa de la competencia, se ejercerán de acuerdo con lo dispuesto en las normas relativas a la defensa de la libre competencia, que necesariamente desbordan el ámbito del comercio interior.

Es decir, el solapamiento entre las materias de comercio interior y defensa de la competencia hace posible que una actuación pública pueda considerarse parte, al mismo tiempo, de ambas materias. El criterio para resolver este tipo de cuestiones ha de ser el que ha empleado el Tribunal Constitucional para decidir si un precepto normativo debe subsumirse bajo el título de defensa de los consumidores y usuarios (estrechamente vinculado con el de comercio interior)⁽³⁷⁾, o considerarse parte de la legislación de defensa de competencia: un criterio teleológico que atienda a la finalidad predominante de la norma de que se trate⁽³⁸⁾. Este criterio puede trasladarse sin problema alguno a la distribución de competencias ejecutivas: las actuaciones de ejecución o aplicación de una norma que sea considerada, de acuerdo con su objetivo predominante, una norma de defensa de la competencia, son

línea de la STC 208/1999, sino, por el contrario, estima que el comercio interior ha de considerarse incluido en las competencias económicas generales ("Poderes de ordenación económica del Principado de Asturias", en el vol. col. *Estudios sobre el Proyecto de Estatuto de Autonomía para Asturias*, Caja de Ahorros de Asturias, Oviedo, 1982, pp. 115 y ss, y 140). En consecuencia, los cometidos públicos englobables en el título competencial comercio interior tendrían "escasa amplitud", y se concretarían en "las posibles actuaciones públicas sobre las estructuras comerciales y sobre las correspondientes empresas del subsector: medidas de orientación y asistencia técnica para su mejoramiento, acciones de fomento de su racionalización, normas de policía sobre conservación y almacenamiento de productos por razones sanitarias o de seguridad, y poco más" (*ibidem*, p. 140).

(37) Esto es algo que se desprende con claridad de la única referencia que hace la Constitución al comercio interior en su art. 51.

(38) Cfr. STC 86/88 (FJ 4º).

medidas de defensa de la competencia, aunque incidan en la relación entre empresarios y consumidores, esto es, en el ámbito del comercio interior.

3. Sistema territorial de ejecución de la normativa sobre defensa de la competencia y unidad de mercado

Como se ha intentado demostrar, ni siquiera resulta necesario recurrir a la noción de unidad de mercado para defender que en la atribución estatutaria de la competencia sobre comercio interior no habría que entender comprendida la ejecución de la legislación de defensa de la competencia, en contra de lo que nuestro Tribunal Constitucional ha estimado. De todos modos, es útil analizar el efecto que la ejecución autonómica de las normas de defensa de la competencia puede tener sobre la unidad de mercado. En primer lugar, porque la unidad de mercado, como principio institucional del sistema de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, es un criterio hermenéutico importante en la interpretación de las normas competenciales que puede servir, si fuese necesario, para apuntalar la interpretación que aquí se defiende del alcance del título autonómico sobre el comercio interior. En segundo lugar, porque aquí se ha examinado hasta el momento si, de acuerdo con la actual regulación estatutaria, es correcto considerar que las Comunidades Autónomas tienen atribuidas competencias ejecutivas en materia de defensa de la competencia, pero resulta interesante plantearse la cuestión general de la compatibilidad de la ejecución autonómica de la legislación sobre defensa de la competencia con la unidad del mercado estatal.

A) La unidad de mercado como principio institucional del sistema constitucional de reparto de competencias

La unidad de mercado es un elemento esencial de la unidad económica que cabe deducir de diversos preceptos constitucionales, comenzando por el art. 2 CE, que proclama la indisoluble unidad de la Nación española y del que la unidad del orden económico nacional es una necesaria proyección, y continuando por las diversas previsiones que pretenden, precisamente, garantizar dicha unidad económica (art. 139, 149.1. 11º, 13º, etc.)⁽³⁹⁾. A su vez, la unidad de mercado descansa, como ha afirmado el Tribunal Constitucional en su sentencia 64/1990, "en dos supuestos irreductibles, la libre circulación de bienes y personas

(39) Cfr., entre otras, SSTC 1/1982 (FJ 1º), 11/1984 (FJ 5º), 29/1986 (FJ 4º), 86/1988 (FJ 6º), 64/1990 (FJ 2º).

por todo el territorio español, que ninguna autoridad podrá obstaculizar directa o indirectamente (art. 139.2 CE), y la igualdad de las condiciones básicas en el ejercicio de la actividad económica (art. 139.2, 149.1.1), sin los cuales no es posible alcanzar en el mercado nacional el grado de integración que su carácter unitario impone⁽⁴⁰⁾.

La imposición por parte de nuestra Constitución de la unidad del mercado nacional y sus dos referidas implicaciones fundamentales son plenamente asumidas por la doctrina, que comparte en general el planteamiento del Tribunal Constitucional⁽⁴¹⁾. Lo que no resulta ya tan pacífico es la funcionalidad de esta idea de la unidad de mercado.

La unidad de mercado es uno de los principios institucionales del sistema de reparto competencial previsto en nuestra Constitución y como tal contribuye a dar sentido a dicho sistema⁽⁴²⁾. En consecuencia, la unidad de mercado, su necesaria salvaguarda, juega un papel fundamental en la interpretación de los diferentes títulos competenciales incluidos en el llamado bloque de la constitucionalidad y de las relaciones entre ellos; con esta funcionalidad ha sido empleado en diversas ocasiones por el Tribunal Constitucional⁽⁴³⁾.

(40) Cfr. STC 64/1990 (FJ 2º) y las sentencias anteriores del Tribunal Constitucional allí citadas.

(41) Sobre la garantía de la unidad de mercado en la Constitución y sus principales implicaciones *vid.*, fundamentalmente, A. CALONGE VELÁZQUEZ, *Autonomía política y unidad de mercado en la Constitución española de 1978*, Universidad de Valladolid y Caja de Ahorros de Salamanca, Valladolid, 1988, pp. 127-144, E. ALBERTÍ ROVIRA, *Autonomía...*, *cit.*, pp. 219-301, y V. TENA PIAZUELO, *La unidad de mercado en el Estado autonómico*, Escuela libre editorial, Madrid, 1997, pp. 89-177.

(42) E. GARCÍA DE ENTERRÍA se ha referido a que el contenido del art. 149 de la Constitución debe verse "como un contenido institucional antes que como un simple contenido material o agregado de reglas diversas, esto es, como un conjunto de técnicas organizadas alrededor de principios, las cuales en su conjunto articulan orgánicamente el sistema autonómico como tal y permiten su funcionamiento efectivo" (*Estudios...*, *cit.*, p. 115). A mi juicio, esta acertada afirmación debe referirse (como en realidad está implícito en las palabras del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA), no sólo al art. 149 de la Constitución, sino al sistema de reparto competencial en su conjunto. Pues bien, qué duda cabe que la unidad de mercado, y la idea más amplia de unidad económica, forman parte de los principios alrededor de los que se articula nuestro sistema de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Y como tal, la unidad de mercado es uno de los principios "que organizan las normas reguladoras disponibles para el régimen de la institución [en este caso el reparto competencial Estado-Comunidades Autónomas], los que dan a la misma todo su sentido y alcance, y a la vez, los que precisan, según una lógica propia, la articulación de todas ellas, así como la solución en caso de insuficiencia de alguna de ellas o de laguna" (*vid.* E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho administrativo*, vol. I, 9ª ed., Madrid, Cívitas, 1999, p. 80).

(43) Cfr. SSTC 96/1984 (FJ 3º) o 52/1988 (FJ 3º). Algunos autores minimizan el potencial interpretativo del principio de unidad de mercado: este es el caso de E. ALBERTÍ

Una segunda función del principio de unidad de mercado, próxima a la anterior pero que puede presentarse separadamente de ella, es la de constituir un límite respecto del ejercicio autonómico de competencias, y puede que incluso respecto de la asunción por las Comunidades Autónomas de competencias no reservadas expresamente al Estado en el art. 149.1 CE. Esta virtualidad limitadora, en el primero de los sentidos citados, se ha manifestado en más de una ocasión en la jurisprudencia constitucional⁽⁴⁴⁾.

Más discutida resulta la posibilidad de utilizar la unidad de mercado como título habilitante de competencias estatales, como ha hecho el Tribunal Constitucional en su sentencia de 11 de noviembre de 1999. Un sector de la doctrina la niega con rotundidad. A su juicio, la unidad de mercado se refleja precisamente en las competencias que la Constitución atribuye al Estado para su salvaguarda, amén de en algún precepto de talante limitador como el art. 139.2 CE, y no podría ser en ningún caso fundamento de nuevas competencias estatales⁽⁴⁵⁾. El hecho de que la unidad de mercado sea un principio institucional del reparto competencial que lleva a cabo el bloque de la constitucionalidad inclina, en principio, a no descartar la posibilidad de que, bajo determinadas circunstancias, pudiese jugar como título habilitante de una competencia estatal. De todos modos, la adecuada consideración de la cláusula residual del art. 149.3 CE hace innecesario recurrir a la unidad de mercado como título habilitante de una competencia estatal cuando juega previamente como parámetro interpretativo y límite de las competencias atribuidas a las Comunidades Autónomas.

La unidad de mercado, como principio constitucional, no ofrece soluciones terminantes a los problemas jurídicos en que se haya

ROVIRA, *Autonomía...*, *cit.*, p. 266 (si bien hay que precisar que se está refiriendo concretamente al art. 139.2 CE, que no considera más que una manifestación, y ni siquiera la más importante, del referido principio). y V. TENA PIAZUELO, *op.cit.* pp. 96-97. Este último autor maneja una concepción tan extremadamente descriptiva de la unidad de mercado que le lleva a identificarla sin más con el reparto literal de competencias reflejado en el bloque de la constitucionalidad, negándole la posibilidad de jugar papel alguno en el proceso de aplicación del Derecho.

(44) Cfr. SSTC 71/1982 (FJ 2º), 52/1988 (FJ 3º) y 66/1991. En la doctrina, *vid.* J. TORNOS MAS, "El proceso de distribución de competencias económicas y la necesaria unidad de la política económica", en *REDA*, n.º 29, 1980, p.323, A. CALONGE VELÁZQUEZ, *op.cit.*, p.131, E. ALBERTÍ ROVIRA, *Autonomía...*, *cit.* pp. 266-301 (en relación concretamente con el art. 139.2 CE), y V. TENA PIAZUELO, *op. cit.*, pp. 166-177.

(45) *Vid.* E. ALBERTÍ ROVIRA, *Autonomía...*, *cit.*, principalmente pp. 219-245 y 257-260, y V. TENA PIAZUELO, *op. cit.*, fundamentalmente pp. 283-290. En contra, maneja la idea de unidad de mercado como un verdadero título atributivo de competencias, B. BELANDO GARÍN, *op. cit.*, p. 275.

implicada, sino que, de acuerdo con su naturaleza principal, no constituye, siguiendo a DWORKIN, más que una razón que apunta en una determinada dirección en la resolución de un problema jurídico, o, empleando la terminología de ALEXY, un mandato de maximización cuya realización dependerá de las circunstancias fácticas y jurídicas⁽⁴⁶⁾. Entre estas circunstancias jurídicas que condicionan la aplicación del principio de la unidad de mercado destaca la opción de la Constitución por la creación de Comunidades Autónomas como centros de decisión política, y su consiguiente asunción de amplias competencias, muchas de las cuales tienen carácter, o al menos derivaciones, económicas, de modo que su ejercicio incide necesariamente en el mercado. Así las cosas, en este ámbito, como en tantos otros de nuestro Estado autonómico, se produce una ineludible tensión entre unidad y diversidad. Debe plantearse, pues, cuál ha de ser el punto de equilibrio de esta tensión.

Este punto de equilibrio lo ha encontrado la STC 208/1999, por un lado, en la fijación estatal de la normas y en su ejecución por parte del Estado cuando las prácticas restrictivas de la competencia tengan un ámbito de proyección superior a una Comunidad Autónoma, y, por otro, en el reconocimiento de la competencia ejecutiva de las Comunidades Autónomas cuando tales prácticas agoten sus efectos en el territorio autonómico. Sin embargo, no es éste, a mi entender, el equilibrio constitucionalmente adecuado entre los dos extremos en tensión.

B) Riegos para la unidad de mercado que plantea la STC 208/1999

La unidad estatal no se asegura sin más y en todo caso mediante el establecimiento de una normativa común para todo el territorio nacional. Aunque el asunto que nos ocupa no se refiere a la determinación de las bases de una materia, las reflexiones del Tribunal Constitucional sobre el concepto de bases pueden resultar ilustrativas, habida cuenta de que la finalidad de esa categoría es precisamente la de asegurar para ciertas materias un mínimo común denominador en todo el Estado, constituyéndose así en uno de los principales mecanismos constitucionales al servicio de la unidad nacional. En lo que aquí interesa, el Tribunal Constitucional ha afirmado en varias ocasiones que el concepto de bases puede incluir medidas de mera ejecu-

(46) Sobre la naturaleza de los principios como una especie dentro del género de los mandatos jurídicos, *vid.*, R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1989, pp. 72-80, y R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 1993, pp. 91-103.

ción cuando así lo exija la preservación de ese mínimo común denominador⁽⁴⁷⁾.

Pues bien, en este caso, la aplicación por una misma autoridad de las normas de defensa de la competencia (al menos en lo que a la resolución de los procedimientos se refiere) resulta muy importante para asegurar la unidad de mercado. La razón de que así sea es que nuestras normas de defensa de la competencia están plagadas de conceptos normativos indeterminados. Tales conceptos normativos indeterminados no confieren, salvo en algún supuesto aislado y menor, una verdadera discrecionalidad a los órganos de defensa de la competencia cuyas atribuciones se han visto afectadas por la STC 208/1999⁽⁴⁸⁾. No obstante, su aplicación por diferentes organismos administrativos puede conducir a actuaciones divergentes ante casos semejantes, lo que afectaría negativamente a la igualdad de condiciones de los agentes económicos en función del ámbito geográfico en que actúen, distorsionando así la unidad del mercado nacional.

Visto desde la perspectiva de la libertad de empresa, cuya garantía es uno de los objetivos fundamentales de la legislación sobre defensa de la competencia, la aplicación descentralizada de estas normas puede afectar a la igualdad de los derechos y obligaciones de los españoles en el conjunto del territorio del Estado (sancionada por el art. 139.1 CE). Para asegurar dicha igualdad, el nº 1 del apartado 1º del art. 149 CE declara la competencia estatal para establecer "la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales". Sin embargo, y como ha afirmado el Tribunal Constitucional en relación con la noción de

(47) Así lo ha dejado sentado desde los primeros años de su andadura el Tribunal Constitucional; *cfr.* SSTC 57/1982 y 58/1982, y también SSTC 1/1982, 7/1982, 44/1982, 32/1983 y 42/1983.

(48) Las principales competencias de ejercicio discrecional previstas en la LDC corresponden al Gobierno, y en menor medida al Ministro de Economía, y no se han visto afectadas por la STC 208/1999 (*vid.* arts. 5 y 14 a 18 LDC). En lo que al Servicio y al Tribunal de Defensa de la Competencia respecta, no ejercen potestades discrecionales más allá de las muy limitadas de los art. 1.3 y 3.2 LDC (a esta cuestión me he referido con detalle en mi tesis doctoral, M. MAGIDE HERRERO, *Límites constitucionales de las Administraciones independientes, pro manuscrito*, Valladolid, 2000, pp. 593-603). De todos modos, para quienes no comparten la distinción que aquí se asume entre aplicación de conceptos normativos indeterminados y ejercicio de potestades discrecionales, los riesgos que para la unidad de mercado se desprenderían de la aplicación por diversas autoridades estatales y autonómicas de una normativa de defensa de la competencia abundante en conceptos normativos indeterminados serían aún mayores de lo que se afirma en el texto, puesto que la ejecución de dicha normativa implicaría el ejercicio de verdadera discrecionalidad administrativa.

bases, la regulación, el establecimiento de normas, no es siempre suficiente para garantizar el necesario mínimo común denominador en ciertas materias, entre las que se encuentra, a mi entender, la defensa de la libre competencia.

La potencial divergencia en la aplicación descentralizada de la legislación de defensa de la competencia no puede resolverse con una mayor concreción de estas normas. El dinamismo del mercado obliga a construir las sobre conceptos normativos indeterminados, de modo que resulten lo suficientemente flexibles como para dar cabida a las muy diversas prácticas que pueden ocasionar una restricción injustificada de la libre competencia.

El control del TDC, y de las distintas autoridades autonómicas de defensa de la competencia que se puedan crear, por la Jurisdicción contencioso-administrativa tampoco es un medio realista para solucionar el efecto distorsionador que sobre el mercado nacional pueda provocar la aplicación descentralizada de las normas de defensa de la competencia. En primer lugar, la actuación de los órganos jurisdiccionales no es un mecanismo adecuado para la salvaguarda de la libre competencia en el mercado, que requiere de una actuación ágil y en gran medida preventiva, lo que ha motivado precisamente que dicha garantía se funde en la supervisión administrativa encomendada por la LDC al Servicio y al Tribunal de Defensa de la Competencia. En segundo lugar, aunque las normas de defensa de la competencia cuya ejecución han de compartir, de acuerdo con la STC 208/1999, el Estado y las Comunidades Autónomas no atribuyen, salvo alguna mínima excepción, verdadera discrecionalidad administrativa, la indeterminación de buena parte de los conceptos que incluyen justifica el reconocimiento jurisdiccional de un cierto margen de apreciación en favor de la Administración, con la consiguiente disminución de la intensidad del control jurisdiccional de la actuación administrativa.

Por último, tampoco la supervisión estatal de la ejecución por las Comunidades Autónomas de la legislación de defensa de la competencia parece un mecanismo adecuado para reducir el perjuicio para la unidad de mercado que puede derivarse de la STC 208/1999. La supervisión estatal de la ejecución autonómica de las normas estatales, que no es otra cosa que el lógico reverso de ésta, como demuestra la experiencia de los Federalismos de ejecución, es una institución prácticamente inédita en España, a pesar de que tiene una indudable base constitucional y de que existen en nuestra Constitución y en nuestras leyes instrumentos suficientes para llevarla a cabo⁽⁴⁹⁾. Sin perjuicio de la conveniencia de que pase a ser un

elemento cotidiano de nuestro sistema autonómico, a cuyo equilibrio y buen funcionamiento sin duda contribuiría, la consideración de esta institución no obliga a modificar las conclusiones aquí expuestas sobre el potencial impacto de la decisión del Tribunal Constitucional sobre la unidad de mercado.

En primer lugar, porque resulta complicado depositar alguna esperanza en un mecanismo totalmente arrinconado en nuestros veinte años de Estado autonómico, sin que exista dato alguno en la actualidad que indique que pueda modificarse esta situación de abandono. En segundo lugar, porque la concreta aplicación de la legislación estatal de defensa de la competencia plantea algunos problemas peculiares al respecto.

Hay que tener presente que uno de los elementos centrales de nuestra legislación de defensa de la competencia es la independencia del TDC. Como se verá en su momento, las autoridades autonómicas que se ocupen de la resolución de procedimientos de defensa de la competencia deberán tener garantizada una independencia respecto de los Poderes políticos equivalente a la del TDC. Partiendo de este dato, y teniendo en cuenta que la supervisión estatal, tal y como resultaría de los materiales constitucionales y legales disponibles, supondría fundamentalmente una relación entre el Gobierno de la Nación y los Gobiernos autonómicos, la supervisión estatal de la aplicación de la LDC por las autoridades autonómicas independientes no casa bien con la necesaria neutralización política de sus funciones.

Para terminar con la hipotética virtualidad de la supervisión en el asunto que aquí se analiza, se debe reparar de nuevo en la textura abierta de la normativa de defensa de la competencia. Es pacífico que la supervisión no puede desconocer la autonomía de las entidades que aplican el Derecho estatal en el ejercicio de sus funciones propias, de modo que ha de limitarse a un control de estricta legalidad.

(49) *Vid.*, por ejemplo, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Estudios... cit.*, pp. 208-273, o I. DE OTTO, "Ejecución de la legislación del Estado por las Comunidades Autónomas y su control", en el vol. col. coordinado por S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor E. García de Enterría*, vol. IV, Cívitas, Madrid, 1991, pp. 3379-3381. Una referencia a la supervisión federal en Alemania puede verse también en E. ALBERTÍ ROVIRA, *Federalismo... cit.*, pp. 201-222.

(50) *Vid.*, por todos, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Estudios... cit.*, pp. 238-239. Desde luego, no cabe en ningún caso la "cierta dirección del Estado sobre la ejecución realizada por los órganos autonómicos" que propugna B. BELANDO GARÍN (*op. cit.*, p. 285), como tampoco es posible defender, como hace esta autora, que el TDC pueda "recabar la competencia" sobre un asunto que, de acuerdo con el criterio sentado por la STC 208/1999, corresponde a las Comunidades Autónomas, pero que se refiere a "cuestiones sobre las que no se ha pronunciado con anterioridad el Tribunal y desea sentar la posición común en esta

dad⁽⁵⁰⁾. Pues bien, aunque sea posible defender que la aplicación de los conceptos normativos indeterminados que proliferan en la legislación de defensa de la competencia no supone, salvo alguna excepción, una actuación discrecional de la Administración, sino una actividad de interpretación y aplicación del Derecho, es necesario reconocer a los órganos ejecutivos competentes un cierto margen de apreciación en el ejercicio de su labor, y ello tanto en la revisión jurisdiccional de sus actos como en el marco de una hipotética supervisión estatal (que en ningún caso implicaría una posibilidad de recurso administrativo o de revisión de oficio por parte del Estado)⁽⁵¹⁾. El fundamento último de este margen de apreciación reside en la cuestión de a quién atribuye el ordenamiento la competencia para decidir en los casos de aplicación incierta de los normalmente conocidos como conceptos normativos o jurídicos indeterminados⁽⁵²⁾. Pues bien, en relación con las prácticas contrarias a la libre competencia que agotan sus efectos en una Comunidad Autónoma, dicha competencia corresponde precisamente a las autoridades autonómicas, de acuerdo con la STC 208/1999.

C) La unidad de mercado y la diversidad propia del Estado autonómico

De todos modos, no hay que olvidar el otro elemento que en nuestro sistema de organización territorial del poder está en perma-

materia", o a "cuestiones en las que se ha producido un cambio de posicionamiento por el TDC que ha de ser constatado" (*sic*) (*op.cit.*, p. 286). Las afirmaciones de esta autora no sólo desconocen los límites de la supervisión, sino también, y frontalmente, el criterio de reparto competencial sentado por la STC 208/1999.

(51) La previsión de semejantes posibilidades transformaría la relación de supervisión en una relación cuasijerárquica, del todo incompatible con la autonomía de las Comunidades Autónomas. De hecho, ninguno de estos dos mecanismos aparece nunca citado entre los instrumentos propios de la supervisión.

(52) De esta cuestión me he ocupado con detalle en mi tesis doctoral, M. MAGIDE HERRERO, *op. cit.*, pp. 451-475. La justificación "competencial" del margen de apreciación tiene una indudable tradición en la doctrina alemana, que es, como es sabido, en la que surge esta noción (*Beurteilungsspielraum*); *vid.*, por ejemplo, O. BACHOF, *Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht*, JZ, 1955 (nº 4) p. 99, C.H. ULE, *Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht* en *Gedächtnisschrift für Walter Jellinek*, Olzog, München, 1955, pp. 326, D. JESCH, *Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtsteorischer und verfassungsrechtlicher Sicht*, AöR, vol. 82 (nº 1), 1957, pp. 229 y 234-242, F. OSSENBUHL, *Ermessen, Verwaltungspolitik und unbestimmter Rechtsbegriff*, DöV, 1970 (nº3), p. 89, o H.U. ERICHSEN, *Die sog. unbestimmten Rechtsbegriffe als Steuerungs- und Kontrollmaßnahmen in Verhältnis von Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung*, DVBl, 1985 (nº1), p. 26.

nente tensión con la idea de unidad: la diversidad política y jurídica. No se puede, sin más, pronunciarse en favor de la solución que garantice en mayor medida la unidad de mercado, sino que este principio ha de ponderarse con las exigencias de la diversidad que apareja el régimen autonómico.

En este sentido, y como alegó la representación de la *Generalitat* en el proceso a que puso fin la STC 208/1999, el Tribunal Constitucional ha dejado sentado que la unidad de mercado "no significa uniformidad, ya que la misma configuración del Estado español y la existencia de Entidades con autonomía política, como son las Comunidades Autónomas, supone necesariamente una diversidad de regímenes jurídicos" (STC 88/1986, FJ 6º). La unidad de mercado es, pues, compatible incluso con la diversidad normativa en materias económicas o con insoslayable incidencia en la economía. Si esto es así, cabe defender, como hicieron los recurrentes y acabó admitiendo el Tribunal Constitucional, que la unidad de mercado no se ve indebidamente perjudicada por lo que, en el caso que nos ocupa, es la aplicación descentralizada de una normativa común.

Mas, a mi juicio, no puede compartirse ese planteamiento. Dadas las características de la normativa de defensa de la competencia, el mantenimiento de un adecuado nivel de unidad del mercado nacional exige que su aplicación, al menos en lo que a las facultades verdaderamente decisorias respecta, se atribuya a una única autoridad administrativa. Pero, además, es preciso examinar con detenimiento cuáles son las exigencias de la diversidad territorial que han de ponderarse con el principio de unidad de mercado. Y este examen conduce a reafirmarse en las críticas a la STC 208/1999.

La tensión unidad-diversidad se resuelve en ocasiones en un sacrificio relativo de la unidad en beneficio de la gestión autónoma de sus intereses por parte de las Comunidades Autónomas. La posible incidencia en la unidad de mercado de las normas y demás actuaciones de las autoridades autonómicas no puede servir para cercenar sistemáticamente la capacidad de acción política de las Comunidades Autónomas. No obstante, esa incidencia potencialmente restrictiva sobre la unidad de mercado ha de ser la mínima necesaria para que las Comunidades Autónomas satisfagan los intereses a que están finalizadas sus competencias. En este sentido, tanto en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como en la doctrina se puede encontrar una exigencia de proporcionalidad entre el grado de diversidad que introducen las medidas autonómicas (y el correspondiente grado de per-

turbación real o potencial del funcionamiento unitario del mercado nacional) y la finalidad a que dichas medidas están dirigidas⁽⁵³⁾.

Enfocando desde esta perspectiva el caso que nos ocupa, hay que plantearse qué intereses son los que satisface la ejecución de la legislación de defensa de la competencia, que no son otros, obviamente, que aquéllos a los que sirve dicha legislación. Es la gestión autónoma de esos intereses, que los Estatutos habrían puesto bajo el cuidado de las Comunidades Autónomas, la que justificaría el sistema de distribución competencial en la materia que ha afirmado la STC 208/1999. Sistema que, como se ha intentado demostrar, plantea serios riesgos desde la perspectiva de la unidad de mercado y en relación con la igualdad de las condiciones en que los agentes económicos ejercen la libertad de empresa constitucionalmente reconocida (art. 38 CE).

Pues bien, los intereses a los que sirve la actuación pública de protección de la libre competencia no son otros que aquéllos que la ejecución descentralizada de la legislación de defensa de la competencia pone en peligro. La defensa de la competencia pretende garantizar, precisamente, que los distintos agentes que operan en el mercado lo hagan con un mínimas condiciones de libertad e igualdad, con lo que se constituye en una garantía fundamental de la libertad de empresa⁽⁵⁴⁾, de su igual ejercicio en el mercado, que tiene, por imperativo constitucional, una dimensión nacional.

Por consiguiente, la descentralización de la ejecución de la legislación de defensa de la competencia en los términos que parece imponer la STC 208/1999 no resulta acorde con la lógica propia de la defensa de la competencia, ni con la unidad del mercado que aquélla protege.

III. PERSPECTIVAS QUE SE ABREN TRAS LA STC 208/1999. LA POSIBILIDAD DE CREAR UNA ADMINISTRACIÓN COMPARTIDA DE LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA

El Tribunal Constitucional ha diferido la nulidad de los preceptos de la LDC que ha estimado inconstitucionales hasta el momento en que, establecidos por la Ley estatal los criterios de conexión pertinentes, puedan las Comunidades Autónomas ejercer las competencias que la STC 208/1999 les reconoce. En el momento en que el Tribunal dictó sentencia, se tramitaba en el Senado la reforma de la LDC que

(53) Vid., E. ALBERTÍ ROVIRA, *Autonomía...*, cit., pp. 278-301.

(54) Cfr., por ejemplo, STC 88/1986 (FJ 4º).

finalmente se aprobó como la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. El avanzado estado de tramitación del proyecto no permitía afrontar la adaptación de la LDC a lo dispuesto en la sentencia del Constitucional, de modo que, tras rechazarse la propuesta de algunos grupos parlamentarios de retirar el proyecto, se añadió la que ha quedado como DF 2ª de la Ley, de acuerdo con la cual

Antes del 1 de octubre del año 2000, el Gobierno presentará en el Congreso de los Diputados un proyecto de ley por el que se regulan los criterios de conexión determinantes de la atribución al Estado y a las Comunidades Autónomas de competencias, previstas en el marco legal de defensa de la competencia, referidas al conocimiento y aplicación de la normativa estatal relativa a conductas prohibidas y autorizadas, en cumplimiento de la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1999.

A primera vista, el horizonte resultante de la STC 208/1999 es claro, y no parece dejar mucho espacio para el debate. Éste habrá de centrarse en el modo en que los denominados por la sentencia "criterios de conexión" habrán de concretar el criterio en que aquélla funda el reparto de las competencias ejecutivas en materia de defensa de la competencia. Sin embargo, creo que pueden existir otras forma de dar cumplimiento a la STC 208/1999 distintas a la asumida por la citada DF 2ª de la Ley 52/1999, alguna de las cuales presenta, a mi juicio, claras ventajas.

1. La fijación de los criterios de conexión y la creación de autoridades autonómicas de defensa de la competencia

A) El establecimiento de los criterios de conexión

El Tribunal Constitucional parece no considerar suficientemente preciso el criterio que fija en su argumentación para la determinación de a quién corresponde la ejecución de la normativa de defensa de la competencia, y estima que, para que las Comunidades Autónomas puedan ejercer sus atribuciones, el legislador estatal ha de concretarlo, estableciendo lo que el Tribunal ha llamado "criterios de conexión". Recordemos el citado criterio una vez más: de acuerdo con la fundamentación del Tribunal, la ejecución de las normas de defensa de la competencia corresponde a las Comunidades Autónomas que han asumido competencias en materia de comercio interior, salvo en lo que respecta a las actuaciones ejecutivas referidas a prácticas que puedan alterar la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional, que corresponden a la Administración estatal.

Como se mencionó en su momento, el criterio establecido en la STC 298/1999 es similar al previsto con carácter general en el Derecho alemán para fijar el reparto de las competencias ejecutivas en esta materia entre la Federación y los *Länder*, así como al que establece el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE) para determinar la aplicación del Derecho comunitario de la competencia. Sin embargo, sólo en el Derecho comunitario, y por lo que al control de las concentraciones empresariales respecta, es posible encontrar algo parecido a los criterios de conexión que el Tribunal Constitucional ha ordenado al legislador estatal establecer⁽⁵⁵⁾.

El control de las concentraciones empresariales, que no está expresamente previsto en el TCE, ha de considerarse también parte del Derecho comunitario de la competencia, pues está dirigido al establecimiento de "un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior" (art. 3.1.g TCE)⁽⁵⁶⁾. Este objetivo es el que ha fundamentado el empleo por el Consejo de la cláusula de competencias instrumentales del art. 308 TCE, en la que se ha basado la aprobación del Reglamento 4064/89 sobre el control de operaciones de concentración empresarial⁽⁵⁷⁾.

Este Reglamento se aplica a las "operaciones de concentración de dimensión comunitaria" (art. 1), fórmula que con semejante significado sustituye a la de afectación al comercio entre los Estados miembros de los art. 81 y 82 TCE. Los criterios que determinan para el Derecho comunitario que una concentración tenga dimensión comunitaria se basan fundamentalmente en el volumen total de negocio en la Comunidad de las empresas afectadas por la operación, y en la distribución de este volumen total, y del de al menos algunas de las empresas en particular, por los diferentes Estados miembros. En realidad, sólo las concentraciones de empresas de gran volumen de negocio y cuyas actividades (las de al menos un grupo de ellas) se extien-

(55) Fijado en el apartado 2º del párrafo 48 de la *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* un criterio de distribución de competencias semejante al de la STC 208/1999. La Ley no hace ulteriores precisiones sobre cuándo ha de considerarse que existen o no efectos sobre la libre competencia que van más allá de las fronteras de un Estado. Se limita, en su párrafo 49, a sancionar un sistema de información mutua entre las autoridades estatales y el *Bundeskartellamt* (Oficina federal de defensa de la competencia) y a establecer la obligación de ambas partes de remitir el asunto a la autoridad que resulte competente, al tiempo que, en su párrafo 54.3, legitima al *Bundeskartellamt* para ser parte en los procedimientos tramitados por las autoridades estatales.

(56) J.C. LAGUNA DE PAZ califica este control como "la última generación de las normas comunitarias de la competencia" (*Televisión y competencia*. La Ley, Madrid, 2000, p. 260).

(57) Reformado por el Reglamento 1310/1997 del Consejo.

den de modo relevante por varios Estados miembros se consideran de dimensión comunitaria⁽⁵⁸⁾. No obstante, el Reglamento prevé la posibilidad de que, siempre a instancia de uno o varios Estados miembros, la Comisión aplique el Derecho comunitario sobre las concentraciones empresariales a operaciones que, de acuerdo con los criterios expuestos, no posean dimensión comunitaria, pero afecten al comercio entre Estados miembros (art. 22). Al mismo tiempo, permite a la Comisión, también a instancia de un Estado miembro, reenviar a las autoridades nacionales (que aplicarán el Derecho estatal) un asunto de dimensión comunitaria que, no obstante, tenga un alcance primordialmente estatal y no afecte a una parte sustancial del mercado común (art. 9)⁽⁵⁹⁾.

Como se vio en su momento, la STC 208/1999 no ha afectado al control de las concentraciones empresariales previsto en la LDC. No obstante, el Reglamento comunitario es una referencia útil sobre los aspectos a que habrían de referirse los criterios de conexión mencionados en la citada sentencia y en la DF 2ª de la LDC.

Es difícil imaginar (más con la constancia del modelo comunitario), que dichos criterios de conexión puedan consistir en algo distin-

(58) El apartado 2º del art. 1 del Reglamento del 4064/89 del Consejo sobre el control de las operaciones de control entre empresas califica "las operaciones de concentración de concentración se considerarán de dimensión comunitaria cuando:

a) el volumen de negocios total, a nivel mundial, de todas las empresas afectadas supere los 5.000 millones de ecus, y
b) el volumen de negocios total, en la Comunidad, de por los menos dos de las empresas afectadas por la concentración supere 250 millones de ecus, salvo que cada una de las empresas afectadas por la concentración realice más de las dos terceras partes de su volumen de negocios total en la Comunidad, en un mismo Estado miembro".

No obstante, el apartado 3º del art. 1 del Reglamento (cuyo texto actual ha sido redactado por el Reglamento 1310/97 del Consejo) dispone que una concentración que no alcance los umbrales establecidos en el apartado 2 tendrá dimensión comunitaria cuando se den de modo concurrente las siguientes circunstancias:

"a) el volumen de negocios total, a nivel mundial, del conjunto de las empresas afectadas supere los 2.500 millones de ecus;
b) el volumen de negocios total del conjunto de las empresas afectadas en cada uno de al menos tres Estados de los Estados miembros supere los 100 millones de ecus;
c) al menos en los tres Estados miembros incluidos a efectos de la letra b), el volumen de negocios total realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas por la concentración supere los 25 millones de ecus; y
d) el volumen de negocios realizado individualmente, en la Comunidad, por al menos dos de las empresas afectadas por la concentración supere los cien millones de ecus, salvo que cada una de las empresas afectadas por la concentración realice en un mismo Estado miembro más de las dos terceras partes de su volumen de negocios total en la Comunidad".

(59) Sobre el ámbito de aplicación del Derecho comunitario sobre las concentraciones empresariales, *vid.* J.C. LAGUNA DE PAZ, *op. cit.*, pp. 263-265.

to al establecimiento de unos baremos de volumen de negocio, y de distribución autonómica de ese volumen, de los sujetos económicos implicados en un acuerdo, práctica o decisión restrictiva de la competencia o en un abuso de posición dominante, acompañados o no de la posibilidad de reenvíos competenciales como los previstos en el Derecho comunitario sobre concentraciones empresariales⁽⁶⁰⁾. Esta cuantificación es hasta cierto punto arbitraria, y, lo que es más importante, de ella depende el equilibrio del sistema.

Resulta razonable pensar que en un mercado tan integrado como es el nacional no habrá muchas prácticas de un mínimo peso económico susceptibles de alterar la libre competencia que no extiendan sus efectos más allá del territorio de una Comunidad Autónoma⁽⁶¹⁾. No obstante, la fijación de los criterios de conexión que pueda hacer en un futuro próximo el legislador estatal resultará decisiva, y podrá alterar el equilibrio territorial en un sentido o en otro. El Reglamento del Consejo sobre los procesos de concentración de empresas maneja, por ejemplo, unas cifras realmente muy elevadas de volumen de negocio y de penetración de una empresa en más de un mercado nacional, que hacen que no sea fácil que a una concentración se le atribuya dimensión comunitaria. Si el legislador español sigue una senda semejante, la primera impresión referida al comienzo de este párrafo no se correspondería con el funcionamiento de nuestro futuro sistema de defensa de la competencia, en el que los órganos estatales sólo actuarían ante prácticas de gran trascendencia económica muy ramificadas por distintas Comunidades Autónomas.

B) Las autoridades autonómicas de defensa de la competencia

Otra cuestión que deja abierta la solución organizativa a que parece abocar necesariamente la STC 208/1999 es la del status de las organizaciones administrativas que se encarguen en el ámbito autonómico de la ejecución de la LDC. Más precisamente, la de si el órgano u organismo que se encargue de la resolución de los procedimientos

(60) A mi juicio, no puede interpretarse la alusión de la sentencia a los criterios de conexión en el sentido en que lo hace B. BELARDO GARÍN. Para la citada autora, podrían consistir en ciertos mecanismos de coordinación y de comunicación previa entre las autoridades autonómicas y la estatal (*op. cit.*, pp. 284-285). Sin perjuicio de la necesidad de establecer tales mecanismos, subrayada por el Constitucional (FJ 6º), la sentencia no se refiere a ellos al hablar de "criterios de conexión", que para el Tribunal son claramente parámetros "determinantes de la atribución de competencias al Estado y a las Comunidades Autónomas", y no mecanismos que permitan el adecuado ejercicio de las respectivas competencias.

(61) En este sentido se pronuncia J.C. LAGUNA DE PAZ, sin perjuicio de la trascendencia que reconoce a la determinación estatal de los criterios de conexión (*op. cit.*, p. 241).

de defensa de la competencia habrá de tener una independencia al menos equiparable a la del TDC.

A primera vista, la respuesta parece sencilla: no necesariamente. El Tribunal Constitucional ha entendido que la competencia estatal sobre la legislación en una determinada materia abarca el establecimiento de las normas sustantivas de esa materia, pero no la regulación de la organización administrativa que la ejecuta, que corresponde a la Comunidad Autónoma competente para la ejecución en ejercicio de su potestad de autoorganización⁽⁶²⁾. No obstante, y como ha puesto de relieve GARCÍA DE ENTERRÍA, "la diferencia entre normas de regulación material (competencia del Estado) y normas organizativas (competencia autonómica) no siempre es neta"⁽⁶³⁾. A mi juicio, este es uno de los casos en que no lo es.

Para la resolución de estos casos dudosos, el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA propugna la utilización de un doble criterio. En primer lugar, "el análisis abstracto de los conceptos de legislación y de ejecución que nos llevará normalmente a incluir en la primera categoría toda regla que afecte a la posición jurídica de los usuarios o destinatarios del servicio". En segundo lugar, y quizá preferentemente, según sus propias palabras, la lógica propia de este reparto competencial, de acuerdo con la cual "al Estado corresponde establecer un régimen legal uniforme y común en todo el territorio (...), de modo que cuanto pueda afectar a esa unidad sustancial pertenece a la competencia estatal"⁽⁶⁴⁾.

La independencia del TDC es uno de los rasgos característicos del régimen administrativo de defensa de la competencia incluido en la LDC y pretende ser una garantía para los administrados de la objetiva aplicación de las normas sobre la materia. Puede afirmarse, pues, que pertenece al núcleo de la regulación de la defensa de la libre competencia cuya uniformidad la atribución al Estado de las competencias normativas sobre la materia pretende asegurar, al tiempo que es posible considerar que afecta en cierto modo a la posición jurídica de los administrados⁽⁶⁵⁾. Por lo tanto, las Comunidades Autónomas deberán dotar a los órganos u organismos que vayan a ejercer las funciones

(62) *Vid.* E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Estudios...*, *cit.*, pp. 184-190.

(63) *Ibidem*, p. 190.

(64) *Ibidem*, pp. 190-191.

(65) En este sentido parece apuntar B. BELARDO GARÍN cuando se refiere a la independencia de la autoridad de defensa de la competencia como un principio estructural, caracterización que, a su juicio, justificaría la limitación de la potestad autonómica de autoorganización (*op. cit.*, pp. 282-283).

hasta ahora monopolizadas por el TDC de una independencia equiparable a la de este último.

2. ¿Es posible una instrumentación distinta de la distribución de competencias afirmada por el Tribunal Constitucional?; las ventajas de un organismo interadministrativo de defensa de la competencia

A) Distintos modos de acatar la STC 208/1999

¿Cabe dar adecuado cumplimiento a la STC 208/1999 de otro modo que no sea estableciendo los referidos criterios de conexión y creando los órganos u organismos autonómicos adecuados para la ejecución de la LDC que corresponda a las Comunidades Autónomas? Aunque a primera vista el fallo del Tribunal Constitucional no parece dejar espacio para otras alternativas, a mi juicio sí es posible. La clave está en la extralimitación en que ha incurrido el Tribunal Constitucional al ordenar al legislador establecer los criterios de conexión que hagan posible el ejercicio por las Comunidades Autónomas de las competencias que la sentencia les reconoce.

Como se vio en su momento, el fallo de la STC 208/1999 se ha ajustado a lo que es propio de un proceso de inconstitucionalidad y no ha incluido la decisión exigida por la naturaleza del proceso: la declaración de la titularidad de las competencias controvertidas, lo que obliga a acudir a la argumentación del Tribunal en sus Fundamentos Jurídicos para dar sentido a un fallo insuficiente en su literalidad. Sin embargo, el Tribunal no se ha limitado, como ordena su Ley Orgánica, a declarar la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de los preceptos de la LDC contrarios al bloque de la constitucionalidad (art. 39 LOTC), sino que ha diferido su nulidad "hasta el momento que, establecidos por la Ley estatal los criterios de conexión pertinentes, puedan las Comunidades Autónomas ejercitarlas (las competencias que la sentencia les reconoce)".

Ya me he referido también a la cuestión del diferimiento de la nulidad. Interesa ahora la que podría calificarse de condición suspensiva de esa nulidad. ¿Puede el Tribunal Constitucional imponer al legislador el modo concreto en que ha de adaptar la legislación al contenido de sus sentencias?

Esta imposición, al menos en el caso que nos ocupa, supone una extralimitación del Tribunal respecto de los poderes y atribuciones que la Constitución y su Ley Orgánica le confieren. El obligado acatamiento de la sentencia (art. 87.1 LOTC) exige de los órganos esta-

tales el reconocimiento de la competencia autonómica y la adopción de las medidas necesarias para su efectivo ejercicio, pero no han de hacerlo necesariamente mediante el establecimiento de los criterios de conexión a que se refiere el Tribunal Constitucional.

Así, el legislador estatal podría renunciar a concretar el criterio de reparto competencial relativo a la ejecución de la legislación de defensa de la competencia establecido por el Tribunal, y limitarse, pues, a declarar la competencia ejecutiva estatal para aquellas prácticas que pueda alterar la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional. La decisión de si ese criterio (de acuerdo con el que funciona directamente el sistema alemán, como se ha visto) es excesivamente vago y precisa de una ulterior concreción es una cuestión de política legislativa que no corresponde al Tribunal Constitucional. Si se admite que esto es así, queda la duda de si el diferimiento de la nulidad de los preceptos de la LDC declarados inconstitucionales está justificada. ¿No habrían podido las Comunidades Autónomas poner en pie inmediatamente la estructura organizativa necesaria para el ejercicio de las competencias que el Tribunal les ha reconocido y ejercerlas de acuerdo con el reparto competencial afirmado en la sentencia? Hay que tener en cuenta que el Tribunal ha dejado la efectividad de su sentencia en manos del legislador estatal, y si bien éste ha puesto un plazo al Gobierno para presentar un proyecto de ley que permita la adaptación de la LDC a la sentencia, sigue dependiendo de él (y de la colaboración del Gobierno) que la decisión del Tribunal surta sus efectos.

Aparte de esta posibilidad se abre otra que es, a mi juicio, la más interesante. Establecido por el Tribunal Constitucional el reparto de las competencias ejecutivas en materia de defensa de la competencia de acuerdo con la Constitución y los Estatutos de Autonomía, y declarada la inconstitucionalidad de los preceptos de la LDC que vulneran dicho reparto, cabe que los diferentes Poderes territoriales ejerzan conjuntamente al menos parte de esas competencias.

B) La ventajas de un organismo interadministrativo

El ejercicio conjunto de competencias por parte de diversas entidades públicas se ha calificado por el profesor MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ con el expresivo término de "administración compartida". Este ejercicio conjunto puede realizarse a través de mecanismos meramente relacionales, como los convenios, por ejemplo, pero su expresión máxima es la creación de entidades interadministrativas de Derecho público a las que se atribuya el ejercicio de competencias propias de

los diversos entes administrativos implicados⁽⁶⁶⁾. Esta fórmula organizativa de la Administración compartida está plenamente consolidada en nuestra Administración local (piénsese en las mancomunidades de municipios o en algunos consorcios locales), pero no se ha hecho apenas uso de ella para la cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas⁽⁶⁷⁾. En el caso concreto que nos ocupa, constituye una fórmula ventajosa, desde mi punto de vista, para instrumentar el reparto competencial que ha resultado de la STC 208/1999.

De todos modos, esta opción organizativa puede no resultar igualmente apropiada para el ejercicio de todo tipo de competencias de ejecución de la normativa de defensa de la competencia. Las potestades ejecutivas en la materia, dejando a un lado las relativas a los procesos de concentración de empresas, que no han sido afectadas por la STC 208/1999, están repartidas en la actualidad entre el SDC, encargado fundamentalmente de la investigación, instrucción de los procedimientos y seguimiento del efectivo cumplimiento de las resoluciones en la materia, y el TDC, competente para la resolución de los procedimientos. Las competencias de estos dos órganos, relativas a las prácticas que agoten sus efectos sobre la libre competencia en el ámbito de una Comunidad Autónoma, corresponden, de acuerdo con la STC 208/1999, a las Comunidades Autónomas. A mi juicio, son las competencias relativas a la resolución de los procedimientos las que resultaría muy oportuno que fuesen ejercidas conjuntamente por las distintas Administraciones territoriales, mientras que las labores de investigación, instrucción y verificación podría perfectamente ser desempeñadas separadamente por las distintas Administraciones en sus respectivos ámbitos territoriales. Más aún, es en relación con estas funciones cuando la efectiva descentralización de la ejecución de la legislación de defensa puede presentar ventajas interesantes.

(66) Vid. J.L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *Los consorcios en el Derecho español (análisis de su naturaleza jurídica)*, IEAL, Madrid, 1974, pp. 335-393.

(67) Salvo error por mi parte, el único ejemplo de esta fórmula organizativa en las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas es el Consorcio de la Zona Especial Canaria, creado para la supervisión del funcionamiento de la mencionada zona, un ámbito de baja fiscalidad previsto por la Ley 19/1994, de 6 de julio, de Modificación del Régimen Fiscal de Canarias, y cuyo funcionamiento ha sido finalmente autorizado por la Comisión de las Comunidades Europeas el 4 febrero del 2000. Durante los últimos seis años, las previsiones legales relativas a la Zona Especial Canaria han sido modificadas en diversas ocasiones, con la finalidad fundamental de ajustarse a las exigencias comunitarias, y aunque éstas no se refirieran al Consorcio, las sucesivas reformas han afectado también a la configuración y funciones de este organismo; *vid.*, Real Decreto-ley 3/1996, de 26 de enero, de reforma parcial de la Ley 19/1994, Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, y Real Decreto-Ley 2/2000, de 23 de junio, de modificación de la Ley 19/1994.

La instrucción de aquellas prácticas cuyos efectos se limiten al ámbito de una Comunidad Autónoma puede ser realizada con mayor eficacia por las autoridades autonómicas, más cercanas a los hechos, lo que les permitirá un mejor conocimiento de los mismos y una actuación más ágil⁽⁶⁸⁾. Idéntica afirmación puede hacerse en relación con la verificación del correcto cumplimiento de las decisiones administrativas en materia de defensa de la competencia. Esta opción plantea algunos riesgos, que, no obstante, pueden ser neutralizados por un único ente interadministrativo con competencia para la decisión de los procedimientos en materia de defensa de la competencia.

La descentralización de la investigación e instrucción de los procedimientos puede perjudicar la uniforme aplicación de un Derecho de textura tan abierta como el de defensa de la competencia, con el consiguiente daño para la efectiva unidad del mercado nacional. No obstante, este riesgo queda desactivado en gran medida con la resolución de los procedimientos por un solo ente y con un mínimo control de éste sobre la instrucción de los procedimientos. Control que puede ejercerse a través de la resolución de recursos contra los actos de las autoridades instructoras que determinen el archivo de las actuaciones y de la posibilidad de ordenar a los diferentes órganos instructores la incoación de un procedimiento⁽⁶⁹⁾. Estos mecanismos reducen la importancia de otro potencial problema de la instrucción descentralizada: la influencia de grupos de presión locales o regionales, que será mayor sobre las autoridades autonómicas que sobre una instancia central (y, en este caso, interadministrativa). Al mismo tiempo, la existencia de un único organismo interadministrativo con capacidad resolutoria, unida a la posibilidad de recurrir ante él los actos de los Servicios, permitiría la resolución de las divergencias entre los órganos instructores estatales y autonómicos sobre a quién corresponde la competencia en un caso concreto.

Hay que tener en cuenta que los mecanismos citados son factibles por el carácter interadministrativo de la instancia central. No cabría

(68) A este respecto, M.A. FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, a la sazón Presidente del TDC, defendía hace ya algunos años la asunción por las Comunidades Autónomas de las "funciones de instrucción en los casos cuyos efectos se circunscriben al ámbito de su territorio" ("Estudio preliminar" al libro de LI. CASES PALLARES, *Derecho administrativo de la competencia*, *cit.*, p. 16).

(69) En la actualidad, el art. 47 LDC permite recurrir ante el TDC los actos de archivo del SDC, y aunque aquél no puede ordenar de oficio a éste la incoación de un determinado procedimiento, sino sólo interesar su instrucción (art. 25.f LDC), hay que tener presente que la denuncia de una práctica ante el Servicio es pública (art. 36 LDC), lo que unido a la referida posibilidad de recurso ante el Tribunal permite a éste, con la colaboración de cualquier ciudadano, imponer al Servicio la incoación de un procedimiento.

prever esa posibilidad de recurso, o de imposición de la incoación de un determinado procedimiento, en favor de un organismo u órgano puramente estatal, porque este tipo de previsiones desbordaría los límites de la supervisión estatal de la ejecución autonómica de la legislación del Estado.

Si la existencia de Servicios de Defensa de la Competencia autonómicos puede reportar ventajas, pocas son las que presenta la creación de un Tribunal de Defensa de la Competencia en cada una de las Comunidades Autónomas⁽⁷⁰⁾. En primer lugar, la cercanía al caso concreto, ventajosa desde el punto de vista de la incoación e instrucción del procedimiento, ya no lo es tanto cuando de la resolución del procedimiento se trata, puesto que la distancia respecto del origen del problema minimiza la capacidad de presión de las partes implicadas en el conflicto⁽⁷¹⁾. Pero el principal problema es el riesgo para la uniforme aplicación del Derecho de la competencia que resultaría de esta pluralidad de autoridades competentes para resolver los procedimientos en la materia, con el consiguiente perjuicio para la unidad del mercado nacional y la igualdad en el ejercicio de la libertad de empresa que se comentó en su momento. Además, y aunque se estableciesen los criterios de conexión a que se refieren el fallo de la STC 208/1999 y la DF 2ª de la actual redacción de la LDC, la determinación del órgano competente no será sencilla, y podrá entorpecer el funcionamiento del sistema. Si a todo ello se le une el despilfarro que supone la existencia de veinte órganos u organismos para realizar una tarea que hoy día parece poder soportar uno solo⁽⁷²⁾, la posibilidad de constituir un único organismo interadministrativo para resolver todos los procedimientos de defensa de la competencia de los que hoy se encarga el TDC resulta, a mi juicio, muy atractiva.

Esta solución organizativa tendría además la virtud de constituir un hito en la necesaria reorientación de las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas, que, marcadas hasta el momento, en líneas generales, por los celos y la "lucha por la competencia",

(70) M.A. FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ ha aludido, como principal razón en favor de la creación de órganos para la resolución de los procedimientos de defensa de la competencia en las Comunidades Autónomas, al "efecto benéfico que producen los órganos de competencia en las administraciones correspondientes, pues estos órganos se convierten (...) en *lobbies* defensores de la competencia, no sólo en la persecución de prácticas restrictivas y abuso de posición dominante, sino en el cambio de la propia normativa y actuación de las Administraciones" ("Estudio preliminar" al libro de L. CASES PALLARES, *Derecho administrativo de la Defensa de la Competencia*, cit., p. 16).

(71) En este sentido, vid. M.A. FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, *ibidem*.

(72) *Ibidem*.

deben virar hacia una efectiva cooperación. No ha de verse en este modelo de relaciones territoriales una disminución de las competencias de las Comunidades Autónomas y una minoración de su papel político. No es así, ni siquiera en los casos en que esa cooperación se instrumentase mediante la creación de un organismo interadministrativo para el ejercicio conjunto de competencias. En este sentido, ha de repararse que no se produce una renuncia por parte de las Comunidades Autónomas a sus competencias en favor del Estado, sino una puesta en común de competencias concurrentes para su ejercicio a través de un organismo compartido. Fórmula organizativa que, de un lado, supone la renuncia por las Comunidades Autónomas al ejercicio en solitario de sus competencias, pero, de otro, les permite participar efectivamente en el ejercicio de competencias estatales⁽⁷³⁾.

3. La factibilidad constitucional de un organismo interadministrativo de defensa de la competencia; algunas propuestas sobre su posible configuración

A) ¿Resulta constitucionalmente posible la creación de un organismo de este tipo?

La verdad es que son muy escasos los ejemplos de entidades interadministrativas de este tipo, con facultades decisorias y cuya función se dirija directamente a los ciudadanos, en el Derecho comparado. Algún ejemplo marginal puede encontrarse en los EE UU, cuyo federalismo ha ido evolucionando desde esquemas dualistas a otros cada vez más cooperativos⁽⁷⁴⁾. En Suiza, si bien se verifica la existencia de órganos intercantonales de este tipo, no existen organismos compartidos entre la Confederación y los Cantones, algo que se comprende fácilmente si se tiene en cuenta que en el sistema suizo la concurrencia de competencias ejecutivas de la Confederación y los Cantones sobre una misma materia es excepcional⁽⁷⁵⁾. Por lo que a Alemania respecta, aunque existen algunos ejemplos de Administración compartida con facultades decisorias, tanto de carácter puramente horizontal (entre los *Länder*) como también vertical

(73) Con buen criterio, a mi juicio, pero con poco eco en la realidad política, algunos autores han insistido desde los primeros años de nuestra andadura constitucional en que, al menos en el ámbito económico, los poderes que el bloque de la constitucionalidad atribuye a las Comunidades Autónomas debían expresarse en buena medida a través de su participación en las decisiones que incumbiesen al Estado en su conjunto, vid. J. TORNOS MAS, *op.cit.*, p. 327, o A. CALONGE VELÁZQUEZ, *op.cit.*, p.144.

(74) Vid., E. ALBERTÍ ROVIRA, *Federalismo...*, cit., pp. 413 y 431-432.

(75) Vid., U. HÄFELIN y W. HALLER, *Schweizerisches BundeStaatsrecht*, 2ª ed., Schulthess Polygraphischer, Zürich, 1988, pp. 142-154.

(integrando a la Federación), se han aducido límites constitucionales que explicarían el porqué del escaso uso de esta fórmula⁽⁷⁶⁾.

En nuestra Constitución no existe referencia alguna al ejercicio conjunto de competencias por parte del Estado y de las Comunidades Autónomas, pero sí a una administración compartida horizontal. En este sentido, el art. 145.2 se refiere a la posibilidad de que las Comunidades Autónomas celebren convenios entre sí "para la gestión y prestación de servicios propios de las mismas"⁽⁷⁷⁾. Pero el silencio constitucional respecto de la posibilidad de una administración compartida vertical (de la que la creación de una entidad interadministrativa como la que aquí se propone es un caso particular) no ha de interpretarse como una prohibición⁽⁷⁸⁾.

De hecho, los art. 6 y 7 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), prevén mecanismos que permiten la administración compartida vertical: los convenios de colaboración, y los planes

(76) Vid. E. ALBERTÍ ROVIRA, *Federalismo...*, cit., pp. 510-514.

(77) No está de más recordar el texto un tanto olvidado de este precepto constitucional: "Los Estatutos podrán prever los supuestos, requisitos y términos en que las Comunidades Autónomas podrán celebrar convenios entre sí para la gestión y prestación de servicios propios de las mismas, así como el carácter y efectos de la correspondiente comunicación a las Cortes Generales. En los demás supuestos, los acuerdos de cooperación entre las Comunidades Autónomas necesitarán la autorización de las Cortes Generales".

(78) En Alemania, el rechazo en general a este tipo de organismos parece basarse fundamentalmente en que su creación no está entre las formas de administración compartida ("mixta" en la terminología alemana) previstas por la Ley Fundamental de Bonn (vid. E. ALBERTÍ ROVIRA, *Federalismo...*, cit., p. 511), que son, de acuerdo con la que parece ser opinión mayoritaria, las únicas constitucionalmente admisibles (vid. K. STERN, *op.cit.*, p. 685). A este respecto, no hay que olvidar que la inclusión en el texto de la Ley Fundamental de Bonn de ciertos mecanismos de "administración mixta" (*Mischverwaltung*), concretamente de las normalmente conocidas como "tareas comunes" (*Gemeinschaftsaufgaben*), fue consecuencia de una reforma constitucional que prácticamente se limitó a sancionar una serie de prácticas que se habían venido desarrollando sin apoyo expreso en la Constitución (vid. E. ALBERTÍ ROVIRA, *Federalismo...*, cit., pp. 515 y ss.). En este contexto, puede entenderse que la decisión del Poder constituyente (actuando en este caso como Poder de reforma de la Constitución) de dar cobertura constitucional a ciertos mecanismos de administración mixta entre el *Bund* y los *Länder*, y no a otros, expresaba con claridad la voluntad de dicho Poder de que los supuestos de administración mixta vertical estén expresamente previstos en la Ley Fundamental, con lo que quedan constitucionalmente excluidos los que no lo están. Pero esta argumentación no es trasladable a nuestro ordenamiento constitucional. Con toda probabilidad, el silencio de la Constitución de 1978 sobre los mecanismos de administración mixta o compartida entre el Estado y las Comunidades Autónomas no pretendía su exclusión, y es achacable, fundamentalmente, a la ambigüedad y apertura de este Título constitucional, que versaba sobre una materia políticamente muy conflictiva en el momento constituyente y que abría un proceso de distribución territorial del poder cuyos resultados no eran fácilmente previsibles.

y programas conjuntos. El apartado 5 del art. 6 LRJ-PAC contempla incluso la posibilidad de crear por vía convencional un "consorcio dotado de personalidad jurídica" para la gestión de un convenio entre el Estado y una o varias Comunidades Autónomas, para el ejercicio, en suma, de funciones propias del Estado y de la Comunidad o Comunidades Autónomas implicadas. Por las razones que se examinarán en su momento, esta figura del consorcio convencional no es aplicable al caso que nos ocupa. No obstante, la expresa previsión en la LRJ-PAC de esta posibilidad es un buen indicio sobre la factibilidad constitucional de la creación de Administraciones compartidas, como lo es la existencia del Consorcio de la Zona Especial Canaria, que ejerce competencias propias del Estado y de la Comunidad Autónoma de Canarias⁽⁷⁹⁾.

En Alemania parece temerse que la constitución de organismos interadministrativos entre la Federación y los *Länder* con competencias decisorias suponga la creación de un tercer escalón administrativo que altere el equilibrio territorial de poderes establecido en la Ley Fundamental⁽⁸⁰⁾. Este riesgo no está presente en la propuesta que se defiende en este trabajo sobre la organización de la Administración de defensa de la competencia. En primer lugar, porque no se propugna una generalización de esta fórmula organizativa, que quizá podría plantear dudas desde el punto de vista del equilibrio territorial de poderes, sino su aplicación en un determinado sector en el que la salvaguarda de un principio constitucional de primer orden, como es la unidad de mercado, lo hace muy aconsejable. En segundo lugar, ya se ha señalado que la creación de un ente interadministrativo de defensa de la competencia no desequilibra el sistema en favor del Estado, puesto que abre a la participación de las Comunidades Autónomas un ámbito de decisión del que, de otro modo, quedarían excluidas.

Por otro lado, y también en la doctrina alemana, se ha llamado la atención sobre los problemas que los organismos mixtos con facultades decisorias plantearían desde la perspectiva de su control político⁽⁸¹⁾. El control político de la Administración se lleva a cabo funda-

(79) El establecimiento del régimen económico y fiscal de Canarias, del que la Zona Especial Canaria forma parte, es competencia estatal (DA 3ª de la Constitución), y la Comunidad Autónoma canaria no tiene atribuida de manera genérica la ejecución de ese régimen, con lo que en principio corresponde al Estado *ex art.* 149.3 CE. Por otro lado, la Comunidad Autónoma de Canarias tiene competencias ejecutivas sobre áreas en las que incidirá la actuación del Consorcio, como es el caso de la industria o el comercio interior, por ejemplo.

(80) E. ALBERTÍ ROVIRA, *Federalismo...*, cit., p. 511.

(81) *Ibidem*, pp. 510-511.

mentalmente a través del control parlamentario del Gobierno, y descansa sobre el presupuesto necesario de la dirección gubernativa de la Administración. En el caso de los organismos mixtos con facultades decisorias propias este control se complicaría, pues no están bajo la completa dirección de ningún Gobierno, ni federal (en nuestro caso estatal) ni estatal (en nuestro caso autonómico).

Sin desconocer la importancia de este problema del control político, creo que no representa un obstáculo insalvable para la puesta en marcha de entidades interadministrativas compartidas, al menos en ciertos casos muy concretos en que existan razones de especial peso para hacerlo. Hay que tener en cuenta que las distintas Administraciones implicadas participarían en la dirección del organismo interadministrativo, normalmente a través de la integración de representantes del Estado y de las Comunidades Autónomas en sus órganos rectores, o, al menos, de la elección estatal y autonómica de los titulares de esos órganos. Este hecho permite que los respectivos Parlamentos, y en última instancia los ciudadanos, puedan exigir a los Gobiernos la cuota de responsabilidad que les corresponda en la dirección de la Administración compartida⁽⁸²⁾.

De todos modos, en el caso concreto que nos ocupa este problema del control político no resulta relevante, desde el momento en que la autoridad de defensa de la competencia actualmente existente, el TDC, está constituido como una Administración independiente⁽⁸³⁾, lo

(82) Esta situación no sería muy distinta a la que se produce en la actualidad en el seno de la Unión Europea, en la que el factor fundamental de legitimación democrática es, a día de hoy, el control que los Parlamentos nacionales ejercen sobre la actuación de sus Gobiernos en los órganos verdaderamente rectores de las Comunidades y de la Unión Europea: el Consejo de Ministros y el Consejo Europeo: *vid.* sobre esta cuestión, la conocida como *Sentencia Maastricht* del Tribunal Constitucional Federal Alemán (publicada en español en el *BJC* n° 153, 1994), y entre la doctrina, CH. KOENIG, "Ist die Europäische Union verfassungsfähig?", en *DöV*, 1998 (n° 7), pp. 270-272, J.L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *¿Qué Unión Europea?*, FAES, Madrid, 1996, p. 68, y J.J. SOLOZÁBAL, "Consideraciones constitucionales sobre el alcance y efectos de la integración europea", en *REP*, n° 90, 1995, p. 51.

(83) La falta de personalidad jurídica propia del TDC ha hecho que, de acuerdo con la concepción subjetivo-personalista de la Administración pública predominante en nuestra doctrina, sea habitual la referencia al Tribunal como un "órgano independiente", y no como una Administración independiente: *vid.*, en este sentido, LI. CASES PALLARES, *op. cit.*, pp. 280-290 y 401-404, o L.A. POMED SÁNCHEZ, "Fundamento y naturaleza jurídica de las Administraciones independientes", en *RAP*, n° 132, 1993, 142-148, que pretende distinguir de la categoría de las Administraciones independientes la de los órganos independientes, que conformarían el primer estrado de una escala de independencia que culminaría en aquéllas. No obstante, creo que el dato de la carencia de personalidad jurídica propia no justifica por sí misma la exclusión de una organización administrativa del fenómeno y de la categoría de las Administraciones independientes, como he defendido en M. MAGIDE HERRERO, *op. cit.*, pp. 1-2 y 52-53.

que implica, por definición, una renuncia al control político de su actuación, al quedar bloqueada la dirección gubernativa que lo hace posible. Por lo tanto, la configuración de esta autoridad como una entidad interadministrativa no supondría una modificación de la situación actual por lo que al control político de dicha autoridad se refiere. No es este el lugar, por otro lado, para entrar en el espinoso tema de las Administraciones independientes. Baste con decir que su peculiar estatuto no ha sido objeto de impugnación alguna ante el Tribunal Constitucional, y que, aunque un sector doctrinal afirma su inconstitucionalidad con carácter general⁽⁸⁴⁾, la mayoría de la doctrina defiende su admisibilidad en el marco constitucional, con diferentes argumentaciones y con sujeción a diversos límites, que no parecen en ningún caso excluir la posibilidad de configurar la autoridad de defensa de la competencia como una Administración independiente⁽⁸⁵⁾.

B) Algunas propuestas sobre su creación y configuración

La práctica totalidad de los Entes administrativos institucionales están adscritos, siquiera formalmente, a una Administración territorial. Así sucede incluso con las normalmente conocidas como Administraciones independientes, con la excepción del Banco de España. Su adscripción no implica su dependencia respecto de la Administración gubernativa, cuya relación con estas Administraciones está determinada por su regulación específica. La principal virtualidad de esta vinculación es la de que permite cubrir las lagunas de régimen jurídico y de control (jurídico, financiero y contable) que puedan aparecer en las distintas regulaciones específicas. En este sentido, las principales leyes administrativas se refieren, al definir su ámbito de aplicación, a las Entidades de Derecho público "que sean dependientes o estén vinculadas" a una Administración territorial⁽⁸⁶⁾, con lo que parten de la al menos vinculación de toda Entidad de Derecho público a un Ente territorial. Además, la adscripción formal a una Administración territorial permite la aplicación, al

(84) Señaladamente, R. PARADA VÁZQUEZ, que incluye al Tribunal de Defensa de la Competencia entre las Administraciones independientes objeto de su crítica: *vid.* su *Derecho administrativo*, vol. II, 13ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 281-319.

(85) *Vid.*, por ejemplo, J.M. SALA ARQUER, "El Estado neutral. Contribución al estudio de las Administraciones independientes", en *REDA*, n° 42, 1984, G. ARIÑO ORTÍZ, "Regulación económica y modelo de Administración. La necesaria reforma institucional", en el vol. col. *Administración institucional. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, vol. I, Civitas, Madrid, 1994, A. BETANCOR RODRÍGUEZ, *Las Administraciones independientes*, Tecnos, Madrid, 1994, L.A. POMED SÁNCHEZ, *op. cit.*, o M. MAGIDE HERRERO, *op. cit.*

(86) Cfr. art. 2.2 LRJ-PAC, 1.2.d) LJCA y art. 1.3 LCAP.

menos subsidiaria, de la regulación general de la Administración institucional a ella vinculada, como sucede en el caso estatal con la LOFAGE⁽⁸⁷⁾.

Desde este punto de vista, lo más razonable sería declarar la adscripción formal a la Administración General del Estado de la entidad cuya creación se propone⁽⁸⁸⁾. Hacerlo así permitiría que las lagunas que pudiesen aparecer en su regulación específica se cubriesen con la normativa estatal sobre los Organismos públicos, al tiempo que justificaría la aplicación de los controles financieros y contables propios de la Administración del Estado. Esta solución parece más adecuada que la de sujetar subsidiariamente a esta autoridad interadministrativa de defensa de la competencia al Derecho y al sistema de controles propio de una de las Comunidades Autónomas.

La configuración de esta autoridad como un Organismo público estatal no implica la desaparición en la práctica de su carácter interadministrativo, puesto que se trataría siempre de una Administración independiente, con lo que no podría hablarse propiamente de dependencia respecto de la Administración General del Estado, sino de una mera vinculación. La LOFAGE, que en su DA 10ª reconoce definitivamente como categoría de nuestro Derecho de la organización la de las Administraciones independientes, prevé, en consecuencia, la posibilidad de que la relación de los Organismos públicos estatales con la Administración del Estado no sea ya de verdadera dependencia, sino de mera vinculación (art. 41 LOFAGE).

Su constitución como un Organismo público estatal exige su creación mediante ley del Estado (art. 61 LOFAGE)⁽⁸⁹⁾. Desde luego, no

(87) La DA 10ª LOFAGE proclama la aplicación supletoria de la Ley a un conjunto de Organismos públicos estatales que, en general, coinciden con los que pueden considerarse con propiedad Administraciones independientes. Sólo al Banco de España, que no está adscrito a ningún Ministerio, no le resulta aplicable la LOFAGE ni siquiera supletoriamente (DA 8ª LOFAGE).

(88) Como se ha hecho con el Consorcio de la Zona Especial Canaria, único ejemplo por el momento de este tipo de organismos interadministrativos; cfr. art. 32 de la Ley 19/1994 de Modificación del Régimen Económico y Fiscal de Canarias, recientemente modificado por el Real Decreto-ley 2/2000.

(89) Así ha sucedido con el Consorcio de la Zona Especial Canaria, creado por la Ley 19/1994 de Modificación del Régimen Fiscal Canario. (85) Vid., por ejemplo, J.M. SALA ARQUER, "El Estado neutral. Contribución al estudio de las Administraciones independientes", en REDA, n° 42, 1984, G. ARIÑO ORTÍZ, "Regulación económica y modelo de Administración. La necesaria reforma institucional", en el vol. col. *Administración institucional. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, vol.I, Civitas, Madrid, 1994, A. BETANCOR RODRÍGUEZ, *Las Administraciones independientes*, Tecnos, Madrid, 1994, L.A. POMED SÁNCHEZ, *op. cit.*, o M. MAGIDE HERRERO, *op. cit.*

resulta aplicable a este caso la figura del consorcio convencional prevista en el art. 6.5 LRJ-PAC. El principal motivo que impide recurrir a esta fórmula es la necesidad de asegurar la independencia de la entidad interadministrativa de defensa de la competencia respecto del Gobierno estatal y de los respectivos Gobiernos autonómicos⁽⁹⁰⁾, algo que sólo puede hacerse si las garantías personales, funcionales, organizativas y financieras de su independencia están recogidas en una norma con rango de ley.

De todos modos, la creación de la institución que aquí se propone mediante una ley estatal plantea un problema digno de consideración: el de la irrenunciabilidad por parte de las Comunidades Autónomas a las competencias que les atribuyen sus Estatutos. En el caso que nos ocupa, las Comunidades Autónomas no renuncian, como ya he comentado, a sus competencias de ejecución de la legislación de defensa de la competencia, sino que tan sólo ejercen parte de ellas en común con el Estado y el resto de las Comunidades Autónomas. Este planteamiento implica la necesidad de un consentimiento autonómico a la creación del ente interadministrativo, así como la de dejar abierta la posibilidad de que las Comunidades Autónomas recuperen para sí solas el ejercicio de sus competencias. ¿Cómo instrumentar estas exigencias cuando el organismo del que aquí se trata se crea mediante una ley estatal?

A mi juicio, no estamos ante un escollo insalvable. Es evidente que la solución organizativa que aquí se propugna ha de partir del acuerdo político entre el Estado y las Comunidades Autónomas, o al menos la gran mayoría de ellas (la fórmula propuesta no dejaría de ser viable por ser rechazada por alguna Comunidad Autónoma), respaldado por los principales partidos políticos. Este acuerdo político puede suplir la falta de intervención de las Comunidades Autónomas en la aprobación de la ley estatal que configure las funciones y características fundamentales del organismo interadministrativo. Un posible cauce para canalizar la colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas podría ser el previsto en el art. 87.2 CE, que contempla la posibilidad de que las Asambleas autonómicas soliciten del Gobierno la adopción de un proyecto de ley o remitan a la mesa del Congreso una proposición de ley. De no emplearse este procedimiento, siempre sería deseable asociar de algún modo a las Comunidades Autónomas a la elaboración de las normas, siquiera

(90) La doctrina ha insistido en la necesidad de independencia y neutralidad política de la autoridad supervisora de la libre competencia; vid., por ejemplo, L. CASES PALLARES, *op. cit.*, pp. 402-403, o J.E. SORIANO GARCÍA, *op. cit.*, p. 306.

reglamentarias, que vayan a regir la actuación del organismo interadministrativo⁽⁹¹⁾.

Pero la voluntad de las Comunidades Autónomas no ha de concurrir sólo en la creación del organismo interadministrativo de defensa de la competencia, sino que ha de mantenerse durante su funcionamiento. O dicho de otro modo, es necesario prever la posibilidad de que las Comunidades Autónomas rescaten el ejercicio de sus competencias. Ello no obstante, en pro de la estabilidad y buen funcionamiento del sistema interadministrativo de defensa de la competencia, sería deseable instrumentar un mecanismo que estableciese con nitidez y cierto rigor las condiciones de expresión por parte de una Comunidad Autónoma de su voluntad de rescatar el ejercicio en solitario de sus competencias. Esto es, apoyarse tan solo en el consenso político, quizá convencionalmente expresado, otorgaría una considerable inseguridad al sistema. Debe evitarse que, en decisiones sobre asuntos de escala fundamentalmente regional, la amenaza de la Comunidad Autónoma más directamente implicada de retirar su apoyo al sistema, que puede ser inducida por los grupos de presión regionales, coarte el funcionamiento eficaz y neutral del organismo interadministrativo de defensa de la competencia.

Una solución posible, que serviría además para expresar claramente la implicación desde un primer momento de las Comunidades Autónomas en el sistema interadministrativo, pasaría por un cierto empleo de una institución conocida en el federalismo estadounidense: la legislación paralela⁽⁹²⁾. Sería deseable que las Comunidades Autónomas legislasen sobre el modo de ejercicio de sus competencias de ejecución de la legislación de defensa de la competencia. En estas leyes autonómicas se regularía, tanto desde el punto de vista organizativo como procedimental, y con las remisiones precisas a su desarrollo

(91) Así se ha hecho en el caso del Consorcio de la Zona Especial Canaria. La DT 1ª de la Ley 19/1994 de Modificación del Régimen Económico y Fiscal de Canarias preveía la creación de un órgano provisional integrado por representantes de la Administración General del Estado y de la Comunidad Autónoma Canaria con la única función de elaborar una propuesta de Estatuto del Consejo rector del Consorcio, que debía ser aprobado finalmente por el Gobierno. Este Estatuto fue aprobado por el Real Decreto 1050/1995, cuya DA única dispone que "cualquier modificación del Estatuto del Consejo rector del Consorcio de la Zona Especial Canaria será aprobada por el Gobierno de la Nación mediante Real Decreto, a propuesta conjunta del Ministerio de Economía y de la Comunidad Autónoma Canaria". Por su parte, la DF única del mismo Real Decreto "autoriza al Ministro de Economía y Hacienda a dictar, de acuerdo con la Comunidad Autónoma de Canarias, cuantas disposiciones sean necesarias en orden a la aplicación y desarrollo del presente Real Decreto".

(92) *Vd. E. ALBERTÍ ROVIRA, Federalismo..., cit., p. 408.*

reglamentario, el modo en que cada una de las Comunidades Autónomas va a ejercer en el ámbito de sus competencias las funciones de investigación, instrucción y seguimiento que hoy desempeña con exclusividad el SDC. Estas leyes autonómicas preverían también el ejercicio conjunto del resto de las competencias ejecutivas en la materia en las condiciones fijadas en una ley estatal, al tiempo que regularían, al menos en lo fundamental, la instrumentación de su participación en el organismo interadministrativo de defensa de la competencia (financiación, designación de los titulares de los órganos rectores del organismo que les correspondan, etc.). Esta legislación paralela otorgaría solidez y estabilidad al sistema, y aseguraría la seriedad del rescate del ejercicio de las competencias puestas en común, al exigir la derogación de la ley autonómica correspondiente.

Para concluir con el esbozo de un posible organismo interadministrativo de defensa de la competencia, es preciso referirse a cómo se plasmaría este carácter en su organización y funcionamiento.

Un asunto clave es la designación de los titulares de sus órganos rectores; si se quiere mantener la denominación y estructura de la actual autoridad, de los miembros del TDC. El carácter interadministrativo de la institución que se propone exige que parte de ellos sean designados por las autoridades autonómicas. Surge entonces el problema de la escasez de los puestos cuya designación deben repartirse entre el Estado y las Comunidades Autónomas, ya que hay que tener en cuenta que el actual TDC tiene 9 miembros (art. 21.1 LDC), cifra que, para asegurar el buen funcionamiento de la institución, no podría aumentarse sustancialmente. Así, pues, por una parte tenemos una decena, aproximadamente, de miembros del TDC, y, por otro, al Estado y a 19 Comunidades Autónomas (incluyendo las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla) con competencias de ejecución de la legislación de defensa de la competencia. La mejor manera de afrontar este problema es analizar separadamente la distribución de los puestos del Tribunal entre el Estado y las Comunidades Autónomas, en primer lugar, y entre estas últimas entre sí, en segundo término.

Como se ha visto en su momento, el Estado conserva la competencia ejecutiva sobre las prácticas contrarias a la libre competencia cuya incidencia sobre el mercado vaya más allá de los límites de una Comunidad Autónoma. Esta competencia responde a la protección de un interés supraautonómico por definición (la salvaguarda de la competencia en el mercado nacional), que es distinto a la mera suma de los intereses que subyacen a las respectivas competencias automáticas, y cuyo peso no es equiparable al de la salvaguarda de la competencia en una Comunidad Autónoma, pues el buen funcionamiento del

mercado nacional afecta a todas y a cada una de ellas. Además, dado el grado de integración existente en el mercado nacional, no serán muchas las prácticas contrarias a la libre competencia cuyos efectos se circunscriban al territorio de una sola Comunidad Autónoma. De acuerdo con estas consideraciones, se impone asegurar que algunos de los miembros del Tribunal, y entre ellos su Presidente, sean designados por el Estado. ¿Cual habrá de ser su número concreto? Es esta una cuestión política delicada, cuya solución habría de surgir del proceso de negociación entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Resulta evidente que la necesaria limitación de los miembros del TDC (o del órgano principal del organismo interadministrativo que pueda crearse) impide que todas las Comunidades Autónomas designen siquiera a uno de ellos. Varias son las soluciones posibles, desde el recurso a un sistema de turnos para la designación de los miembros autonómicos del Tribunal, hasta su elección por el Senado de entre una lista que incluyese propuestas de todas las Comunidades Autónomas. De todos modos, el hecho de que no todas las Comunidades Autónomas puedan designar, para cada composición del TDC, uno de sus miembros no invalida la fórmula propuesta.

La asunción por parte de las Comunidades Autónomas de competencias ejecutivas en materia de defensa de la competencia no debe servir para perjudicar la independencia y neutralidad de la autoridad de defensa de la competencia. De acuerdo con esta idea, ni los miembros designados por el Estado ni los que lo sean por las Comunidades Autónomas podrán considerarse representantes de las autoridades estatales o autonómicas que los designen. Su diferente procedencia pretende aunar dos sensibilidades. Por un lado, una visión de conjunto preocupada por la consecución de una efectiva y libre competencia en el mercado nacional. Por otro, una preocupación por ciertas prácticas que, si bien tienen un impacto despreciable o directamente inexistente en el mercado nacional, alteran sin embargo seriamente la competencia en mercados de índole local o regional. Así las cosas, el que en un determinado momento no haya un miembro del Tribunal designado por una concreta Comunidad Autónoma no implica que su interés por proteger la libre competencia en su territorio quede desatendido, máxime cuando, de acuerdo con el sistema aquí propuesto, las labores de investigación, instrucción y seguimiento relativas a las prácticas contrarias a la libre competencia que se circunscriban a su espacio territorial serán desempeñadas por un SDC, u organización equivalente, autonómico.

El carácter interadministrativo del organismo de defensa de la competencia cuya creación aquí se propugna habrá de reflejarse tam-

bién en la financiación de su funcionamiento, y le permitirá estar en situación de solucionar los posibles conflictos competenciales que surjan entre el SDC estatal y los autonómicos, o entre estos entre sí, pues ya se vio que el criterio para determinar la competencia de uno u otros puede ser de difícil aplicación en ciertos casos.