

Nuevas perspectivas jurídicas respecto de la actuación económica de los poderes públicos

(Con referencia especial a la actividad local)

Santiago González-Varas Ibáñez
Doctor en Derecho

Sumario: 1. VIRTUALIDAD DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA AL RESPECTO DE LA OBTENCIÓN DE UN CRITERIO PARA LA SUJECCIÓN AL DERECHO DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA ADMINISTRATIVA EN RÉGIMEN JURÍDICO-PRIVADO.— 2. LA SUJECCIÓN DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA A LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, DE 18 DE JULIO DE 1989.— 2.1. Planteamiento.— 2.2. La interpretación progresista de los criterios de extensión y límites de la jurisdicción del Tribunal de Defensa de la Competencia.— 2.3. El interés del control del abuso de posición dominante como vía práctica de solución al problema de la sujeción de la actuación administrativa mercantil al Derecho.— 2.4. Interés que plantea esta sujeción de la actuación económica pública al Derecho de la Competencia: el logro de la sujeción de la Administración al Derecho.— 2.5. La perspectiva jurídico-pública del Derecho de la Competencia;— 3. EL SOMETIMIENTO Y RESPETO DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA DE LOS PODERES PÚBLICOS A LA LEY DE COMPETENCIA DESLEAL, DE 10 DE ENERO DE 1991 (3/1991).— 3.1. Planteamiento; 3.2. Competencia desleal y Tribunal de Defensa de la Competencia; 3.3. Teoría jurídica de la Competencia Desleal desde el Derecho público.— 3.4. El control del «cómo» ha de desarrollarse la actividad económica pública y el control del «si» puede o no desarrollarse tal actividad.— 4. VÍAS DE CONTROL JUDICIAL DE LA INICIATIVA ECONÓMICA DE LOS PODERES PÚBLICOS: EL LIMITADO CONTROL PÚBLICO Y LAS PERSPECTIVAS QUE ABRE EL DERECHO DE LA COMPETENCIA.— 5. LA ACTUACIÓN ECONÓMICA EN EL CASO DE LOS MUNICIPIOS; 5.1. Criterios.— 5.2. Actividad económica municipal y Derecho de la Competencia.— 5.3. Reflexión final y principio de libertad de elección del modo de gestión.— 6. LA NECESIDAD DE QUE LA ACTUACIÓN PRIVADA DE LA ADMINISTRACIÓN SEA REALMENTE UNA ACTUACIÓN «PRIVADA» (Y SOMETIDA POR TANTO A LAS REGLAS DE COMPETENCIA), Y LOS LÍMITES DE ESTE PLANTEAMIENTO.— 7. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA: LA «CONSTITUCIÓN RELATIVAMENTE NEUTRAL» O LA «NEUTRALIDAD RELATIVA» DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA.— 8. REFERENCIA FINAL.

1. VIRTUALIDAD DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA AL RESPECTO DE LA OBTENCIÓN DE UN CRITERIO PARA LA SUJECIÓN AL DERECHO DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA ADMINISTRATIVA EN RÉGIMEN JURÍDICO-PRIVADO

El Derecho de la Competencia es un sector jurídico que ha de merecer una atención cada vez mayor dentro del ámbito jurídico-público. A lo largo del presente trabajo se intentarán poner de manifiesto las virtualidades de tal sector jurídico. Principalmente, nuestra preocupación está en buscar un criterio jurídico que logre la sujeción al Derecho de la actividad administrativa en régimen jurídico privado, y, en este sentido, el Derecho de la Competencia proporciona interesantes criterios.

A modo de aproximación, resulta importante enlazar ya esta cuestión con la problemática actual consistente en las posibilidades de la Administración de regirse por el Derecho privado. Especialmente hemos de ver con inquietud que la Administración pretenda regirse por el Derecho privado con el fin de eludir la observancia de las garantías jurídico-públicas. Sin pretender abordar aquí la complejidad y problemas que sobre tal cuestión se plantean, considero que, cuando los poderes públicos realicen *funciones administrativas o soberanas*, el Derecho público deberá regir tales actuaciones (de forma más o menos intensa).

En relación con esta referencia está también nuestro tema, de la sujeción de la actividad económica administrativa al Derecho de la Competencia. El ámbito de la actividad puramente industrial o económica es especialmente propicio para que se realice, sin más, de acuerdo con el Derecho privado. La concreta problemática respecto a este tipo de actividad no se encuentra tanto (a diferencia de la primera situación —de las actuaciones puramente soberanas—) en su sujeción o no al Derecho público. Es perfectamente lícito que la Administración haga uso del Derecho privado para realizar una actividad económica o mercantil.

La problemática, más bien, se sitúa en torno a si realmente la Administración «se está comportando en el mercado como un agente económico más». De no ser así, y de mantenerse por tanto posiciones de poder en el mercado, resultaría paradójico y hasta ofensivo que admitiéramos la aplicación del Derecho privado (la no sujeción al Derecho público). La admisión de la aplicación del Derecho privado, para la realización de fines públicos mercantiles, está acompañada del respeto y juego limpio de la actuación administrativa económica en el mercado.

Es así cómo, según vamos a ver, gana especial interés el Derecho de la Competencia, como una vía práctica especialmente idónea para lograr este objetivo. Y, más allá, la observancia por parte de la Administración, del Derecho de la Competencia, no es sino el respeto mismo por el Derecho, al proporcionar aquél distintos criterios jurídicos por los que se logra sujetar al Derecho las actividades mercantiles públicas en régimen de Derecho privado.

El planteamiento de la competencia tiene una gran *vis* expansiva de cara al futuro, y va a dar un amplio juego, convirtiéndose en un capítulo decisivo del Derecho administrativo en tanto logra dar una solución efectiva al problema de la sujeción jurídica de las actuaciones mercantiles realizadas por la Administración. Atendiendo a estos factores, debe hacerse un esfuerzo para lograr formar con propia sustantividad un planteamiento jurídico-público del Derecho de la Competencia, a los efectos de considerar la sujeción de la actividad administrativa a las reglas de competencia.

La Administración ha de observar el Derecho de la Competencia, lo cual resulta —como es obvio— del simple dato del respeto a la Ley por parte de la Administración (artículo 103 de la Constitución). Sin perjuicio de que ninguna actuación administrativa pueda contrariar aquel, cierto es que su mayor virtualidad está en el sometimiento de la concreta actuación económica, al ser la más propicia (como es obvio) para infringir la legislación del Derecho de Competencia.

Así, la actividad económica administrativa (esencialmente las empresas públicas) no puede vulnerar las reglas de mercado y ha de cumplir las reglas de competencia, por exigencia del propio Derecho interno y del Derecho comunitario ¹.

Al admitirse que el régimen jurídico aplicable para tales actuaciones administrativas económicas es el Derecho privado, ello hace que, junto al Código Civil y el de Comercio, se apliquen también los preceptos de la Ley de Defensa de la Competencia de 17 de julio de 1989 y de la Ley de Competencia Desleal de 10 de enero de 1991 (y su desarrollo mediante la Ley de Defensa de la Competencia de 21 de febrero de 1991).

¹ Efectivamente, las normas sobre libre competencia del Derecho comunitario sirven para asegurar aquélla respecto del comercio entre los Estados miembros. Las normas sobre competencia constituyen el capítulo I del Título I del Libro 3.º del Tratado. Dentro de él se agrupan tres secciones: la primera, disposiciones aplicables a las empresas (artículos 85 a 90), la segunda, prácticas de *dumping* (artículo 91), la tercera, ayudas otorgadas por los Estados (artículos 92 a 94). Al planteamiento comunitario haremos esta vez meras referencias en este trabajo.

Después de una simple lectura de tales leyes resulta pacífico, a mi juicio, admitir en España que tal actividad queda sujeta a tal *corpus* legal. El Legislador español, con la Ley de Defensa de la Competencia (de 1963 y la actual de 1989) y la Ley de Competencia Desleal (de 1991) forma hoy un cuerpo jurídico completo que ha de conseguir el respeto de la actividad mercantil (y también así de las empresas públicas) a las reglas de competencia que rigen el mercado. No ha tenido, así, que luchar y vencer las reticencias históricas propias de otros sistemas jurídicos a la aplicación de aquéllas a las empresas públicas. Más bien hemos dado un salto histórico directamente (con la reciente Ley de Competencia Desleal) que permite inmediatamente aplicar tales criterios legales del Derecho de la Competencia a todo tipo de empresario (tal como las Leyes reguladoras afirman sin dejar lugar a dudas) ².

La Administración puede perturbar las relaciones de mercado, pues es éste el riesgo principal de la intervención de este sujeto en el mercado; y de ahí que haya de someterse esta actividad industrial pública a las Leyes reguladoras de la competencia. Efectivamente, es un hecho que la presencia del sector público en la economía influye en la situación del mercado y en las oportunidades y medida en que los agentes privados pueden obtener una ganancia.

2. LA SUJECCIÓN DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA A LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, DE 18 DE JULIO DE 1989

2.1. En el Derecho español no parece plantearse ningún tipo de obstáculo para el sometimiento de la Administración o las empresas públicas a las reglas de competencia.

El criterio, acertado a nuestro juicio, del Derecho español (de la legislación de defensa de la competencia y de la competencia desleal, así

² Así, en el Derecho alemán, inicialmente no se aplicó el Derecho de la Competencia a la actividad mercantil administrativa. La jurisprudencia tradicional había negado la aplicación de las Leyes de competencia al poder público, con el argumento de que los Tribunales ordinarios no eran competentes para interferir en las «funciones de administrar». La jurisprudencia y doctrina actuales dejan fuera de toda duda el sometimiento de la actividad industrial administrativa a las normas de competencia. El único presupuesto para ello es que el poder público entable relaciones de competencia. Informa al respecto el hecho de si aquél entra en concurrencia con los demás agentes del mercado ofreciendo sus prestaciones, pudiendo ser éstas elegidas libremente por el comprador, al igual que las de cualquier otro oferente. En Alemania se ha desarrollado un propio Derecho público de la

como de la jurisprudencia), está en identificar, simplemente, la existencia de una actuación que, como tal, pueda ser contraria al Derecho de la Competencia.

En concreto, dentro del ámbito de la Ley de Defensa de la Competencia de 18 de julio de 1989 entran «los acuerdos y prácticas restrictivas o abusivas de la Competencia», estableciéndose un sistema de control flexible de los acuerdos que limitan la competencia en el mercado nacional³, y se prohíbe tanto el ejercicio abusivo del poder económico como aquellas conductas unilaterales que por ser medios desleales sean capaces de falsear sensiblemente la competencia.

En segundo lugar, las concentraciones económicas que por su importancia y efectos pudieran alterar la estructura del mercado nacional de forma contraria al interés público⁴.

Por último, se instituye un sistema de control sobre las ayudas públicas⁵, que, tal como dice la Exposición de Motivos de la Ley, permitirá analizar éstas con criterios de competencia y, llegado el caso, prevenir sus efectos indeseables desde la perspectiva de los intereses generales.

Obvio es decir que esta regulación de defensa de la competencia está

Competencia, es decir, se ha estudiado específicamente el sometimiento de la actividad mercantil pública o administrativa a tal Derecho de la Competencia. Hoy se mantiene sin dejar lugar a dudas que la actividad empresarial de la Administración se somete o rige por la *Ley de limitaciones en la competencia* y la *Ley contra la competencia desleal* (STOBER, *Handbuch...*, § 55 I; GAMM, «Verfassungs—...» p.35; BAUMBACH/HEFERMEHL, *Kommentar...* § 166; R. SCHOLZ, «Wettbewerb der öffentlichen Hand —Sanktions— und Rechtswegprobleme zwischen öffentlichen Recht und Privatrecht» *NJW*, 1974, Heft 18 p.781).

³ Al respecto el estudio ha de completarse con la Ley de Defensa de la Competencia de 21 de febrero de 1992.

⁴ Al respecto del control de las concentraciones económicas: GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ: «Realidades, perspectivas y limitaciones de la liberalización del tráfico aéreo», *Noticias de la Unión Europea*, mayo 1993 (n.º 112). Sobre las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia, pueden consultarse las resoluciones (en cita numérica § 2, § 40, § 99, § 113, § 115, § 147, § 154, § 180, § 267, § 345, § 351).

⁵ Al respecto, por ejemplo, la resolución de 14 de junio de 1984 —expediente 192/83 del Tribunal y 362 del Servicio—, Ponente Julio Calvillo Martínez de Arenaza. O las resoluciones que cito por su referencia numérica (en la colección de resoluciones del Tribunal): § 351, § 289, § 296 (considerando 2), § 345, § 374.

en consonancia con la protección a nivel comunitario de la competencia ⁶.

Tanto del articulado legal como de una lectura de las resoluciones de este órgano administrativo, que es el Tribunal de Defensa de la Competencia ⁷, se desprende la inexistencia de problema alguno para que, tanto las Administraciones territoriales, como las institucionales, como cualquier empresa pública, o incluso Colegios profesionales (etc.), queden sometidos al control del Tribunal de Defensa de la Competencia, y, con ello, a las reglas de competencia. Lo decisivo es estar al *tipo de actuación desarrollada*. Si ésta incurre en alguno de los supuestos previstos en la Ley citada, queda sometida al control jurisdiccional del mencionado Tribunal ⁸.

«Este Tribunal no revisa ni pretende revisar ni modificar actuaciones del Estado, sino que, por el contrario se limita a enjuiciar aquellos hechos que pudieran estar encuadrados en el área de su incumbencia» (Resolución de 14 de junio de 1984 —expediente 192/83 del Tribunal y 362 del Servicio—, Ponente: Julio Calvillo Martínez de Arenaza).

«Cuando la Administración, bien por sí o por medio de la empresa arrendataria de un monopolio, actúa como empresa de Derecho privado, estará sujeta a lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 110/63 (...)». «En resumen, no se trata de si hubo ajuste de los actos al Derecho administrativo y disposiciones pertinen-

⁶ Efectivamente, un planteamiento paralelo al efectuado, se prevé a nivel comunitario; al respecto puede verse, por todos, la obra recomendable de C. BELLAMY/G. CHILD, *Derecho de la Competencia en el Mercado Común*, Madrid 1992, p. 505 y ss.

⁷ Sobre la naturaleza jurídica del Tribunal de Defensa de la Competencia puede verse, L.L. HIERRO, «Funciones del Tribunal de Defensa de la Competencia y principios reguladores del procedimiento», *REDA*, 71 (1991).

⁸ Respecto a la defensa procesal de los particulares, la Ley de Defensa de la Competencia no reconoce un derecho subjetivo a los particulares sino una facultad de denuncia de un hecho contrario a la competencia. Queda discrecionalmente en manos del Servicio de Defensa de la Competencia el iniciar o no el procedimiento.

Durante el procedimiento, se les reconoce el derecho de aducir alegaciones que *serán tenidas en cuenta por el Servicio* (artículo 37.2).

Los actos del Servicio son recurribles ante el Tribunal. Contra las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia procede el recurso contencioso-administrativo. No se prevén limitaciones respecto de la legitimación procesal, en uno y otro caso, por lo cual cualquier perjudicado por un acuerdo o concentración económica puede impugnarlos.

tes, sino de enjuiciar si una decisión de hecho ⁹ que se produce en materia no administrativa, sino de carácter mercantil o económico, resulta o no injustificadamente lesiva» (Sentencia de 11 de abril de 1978, expediente n.º 134/76 del Tribunal y 195 del Servicio).

Tampoco se trata, por ello mismo, de revisar la legalidad u oportunidad de los criterios administrativos en la concesión de ayudas públicas o estatales (Resolución de 20 de diciembre de 1988, expediente 238/88 y 444/86 del Servicio, Ponente: Nicolás López López ¹⁰).

El acierto de este criterio se pone de manifiesto por sí mismo. Se logra evitar que, por razón del sujeto, se desarrollarán prácticas contrarias a la competencia.

2.2. La función del Tribunal de Defensa de la Competencia es la de velar por el respeto de la competencia. Con ello se dice, al mismo tiempo, que el control no puede extenderse a la legalidad o acierto de la intervención administrativa en cuanto tal. Debe distinguirse lo que es un control sobre la decisión administrativa de actuar en el mercado, acuerdo o acto administrativo (no controlable por tal Tribunal) de lo que es un control sobre el respeto de las reglas de competencia (que sí queda sometido a este control).

Ambos aspectos quedan claramente diferenciados en la Resolución de 18 de octubre de 1993 del Tribunal de Defensa de la Competencia (Ponente: el Vocal Sr. Bermejo Zoffío) ¹¹. Los antecedentes de hecho de la Resolución versaban sobre la actuación de un Ayuntamiento, consistente en impartir enseñanza especializada de formación empresarial, entrando en competencia con los centros privados de enseñanza ¹².

⁹ Lo decisivo es si se identifica una «situación de hecho» que produzca «una lesión injustificada para la economía nacional, los intereses de los consumidores o la actuación de los restantes competidores».

¹⁰ De ahí que la solución al caso de esta Resolución fuera la elevación al Gobierno de una propuesta, al considerarse que la concesión de ayudas públicas produce efectos falseadores de la competencia.

¹¹ Expediente A. 58/93, Sabadell.

¹² Un caso muy similar, respecto a un Colegio profesional, es el de la Resolución de 25 de julio de 1990 (expediente 268/90 y 551/89) en relación con unas posibles prácticas

«Hay que distinguir —dice la Resolución— entre la decisión del Ayuntamiento de Sabadell de realizar la actividad y el posterior ejercicio de la actividad elegida». En resumen, el Tribunal mantiene que las pretensiones que se deduzcan en relación con el acto administrativo del Ayuntamiento —del ejercicio de tal actividad— deben seguir las reglas generales de impugnación ante los Tribunales, es decir, impugnación para su anulación (pidiendo el cese de la actividad) ante los Tribunales contencioso-administrativos.

Sin embargo, la identificación de una actividad económica, y con ello de la condición de empresario, conducen al sometimiento de quien la realiza al control del Tribunal de Defensa de la Competencia. De ahí que el enjuiciamiento del Tribunal se centre en observar si tal actividad respeta la Ley de Defensa de la Competencia ¹³.

Así también, la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 20 de enero de 1983 (expediente 182/82, Ponente: Amancio Landín Carrasco) considera que el asunto, disfrazado como un supuesto caso de vulneración de la competencia, versa en realidad sobre el enjuiciamiento del Tribunal de la legalidad de un acto administrativo («el supuesto incumplimiento de determinadas normas o trámites administrativos legales» ¹⁴). De este modo, el Tribunal declara que:

prohibidas, por parte de un Colegio de Farmacéuticos, tras crear éste un Laboratorio con unos fines cuyo contenido esencial era una labor docente, el reciclaje profesional y el auxilio social en los supuestos de catástrofe y necesidad, pero que después acogió nuevos objetivos, procediendo a una actividad de tipo mercantilista, por la que, según la denunciante (no confirmado por el Tribunal), se le imposibilitaba a ésta a realizar su propia actividad de forma rentable. Ciertamente que el hecho de que la práctica se realizara por el laboratorio del Colegio facilitó aún más cualquier tipo de problema para el sometimiento de esta práctica al control del Tribunal de Defensa de la Competencia.

¹³ En el presente caso, el Tribunal de Defensa de la Competencia se declara, así, competente en este sentido, y remite el asunto al Servicio de Defensa de la Competencia, para que éste incoe el expediente y dilucide si la actividad del Ayuntamiento ha incurrido en alguna de las prácticas prohibidas por la Ley.

Otro asunto que concierne al respeto por parte de la Administración de las reglas de competencia es el de la Resolución de 27 de julio de 1993 (expediente A 59/93), Ponente: Ricardo Alonso Soto. Se demandaba a la Consejería de Educación del Gobierno de Canarias, el Ayuntamiento de La Laguna y la Universidad de La Laguna, por haber cedido a entidades mercantiles privadas diversos locales (...) para la realización de cursos de informática, facilitando la promoción y publicidad de tales empresas en perjuicio de la demandante; el recurso se inadmitió por haberse interpuesto fuera de plazo.

¹⁴ Se recurría contra un Ayuntamiento, la Dirección General de Infraestructura del Transporte, Aeropuertos Nacionales, Dragados y Construcciones, Huarte y Cía, la Compañía Cleop y el Gobernador Civil de Valencia, bien por actuación o por omisión.

«las facultades revisoras de los actos administrativos y, en consecuencia, la declaración sobre la repetida licitud o ilicitud de los mismos, son ajenas a la competencia específica del Tribunal, el cual, con arreglo al artículo 13 de su Ley creadora, debe limitarse; en casos como el que hoy se le somete, a declarar la existencia o inexistencia de prácticas prohibidas por la misma Ley».

En igual sentido, el Tribunal de Defensa de la Competencia en su Resolución de fecha 25 de enero de 1985 (expediente 186/83, Ponente: D. Vicente Polo Díez), desenmascara ¹⁵ el litigio realmente existente, el control de un acto administrativo de otorgamiento de una concesión administrativa, y se declara (consecuentemente) incompetente para examinarlo o revisarlo ¹⁶: «nos hallamos ante un caso, no de convenio colusorio, sino de simple concesión administrativa cuya legalidad no corresponde a este Tribunal examinar o revisar, y que pudo ser objeto de impugnación ante la jurisdicción contencioso—administrativa», pues como dice la Exposición de Motivos de la Ley (refiriéndose a la Ley anterior a la vigente —Ley 110/63—) «su competencia no es revisora de los actos administrativos» ¹⁷.

2.3. Una de las piezas clave del sistema de control jurídico sobre la actividad mercantil pública es la del «*abuso de posición dominante*» (regulado en el artículo 6 de la Ley 16/1989). A mi juicio, el control de los abusos de posición dominante otorga una vía de solución a múltiples problemas jurídicos al respecto de la sujeción al Derecho de la actividad administrativa económica. Mediante aquél puede resarcirse principalmente nuestro propósito de la realización de un control jurídico efectivo sobre tal actuación administrativa mercantil (en régimen de Derecho privado).

El «abuso de posición dominante» permite ser una técnica que nos abre el control tanto de las empresas en situación de monopolio, como

¹⁵ Como afirma el Tribunal, de existir lesión jurídica ésta la habría causado la Administración concedente pero no la empresa nacional concesionaria, de modo que el acto que causaría la lesión sería el acto administrativo de otorgamiento de la concesión.

¹⁶ De hecho, el propio recurrente se basaba en la «ilegalidad del procedimiento seguido para la concesión».

¹⁷ Igualmente, según la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 24 de junio de 1975 (expediente 116/74, Ponente: J.M. Fontana Tarrats), tampoco corresponde a tal Tribunal el reconocimiento de indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por negligencias administrativas.

de las empresas que intervengan en el mercado en régimen de competencia, pero que ostenten una posición dominante en el mercado. Igualmente, se revela su importancia atendiendo al fenómeno actual de conversión de empresas públicas monopolísticas en empresas que intervienen en el mercado en concurrencia con otras empresas, ya que, si aquéllas conservan posiciones de dominio en el mercado (nada difícil de concebir) no podrán (jurídicamente) abusar de tal posición. En cualquier caso, cuando, simplemente, se identifique que las empresas públicas gocen de una «posición dominante» (*infra* con ejemplos) aquéllas deberán respetar determinados principios jurídicos. Principalmente, más allá de un simple respeto de las reglas de la competencia, el Derecho de la Competencia supone la exigencia de un trato igualitario por parte de las empresas públicas entre los usuarios o consumidores. No pueden abusar de tal posición dominante. Y la importancia de este hecho, en concreto respecto de las empresas públicas, es que éstas son propensas a no desprenderse de sus prerrogativas públicas.

La relevancia de este control se acrecienta considerando las dificultades prácticas (e incluso la posible no deseabilidad) en el sometimiento de las empresas públicas a los derechos fundamentales. Máxime cuando la vía del control del Derecho de Competencia llega al mismo resultado, de vinculación de tales empresas a los principios de igualdad, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad, etc., de una forma más sencilla y eficaz. De ahí su virtualidad (de tal control competencial) de lograr, más allá de un simple sometimiento a las reglas de la competencia, una sujeción al Derecho de tal actividad económica. Sometimiento, pues, a los principios de igualdad, de proporcionalidad, de transparencia, de interdicción de la arbitrariedad, en el sentido que a continuación se mantiene, según la jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Competencia:

Al *principio de proporcionalidad* están sometidas las empresas públicas que realizan una actividad económica. Cuando se identifica una «posición dominante» el principio de la proporcionalidad ha de ser respetado por las empresas públicas, si no quieren incurrir en abuso de posición dominante. Así, en la Resolución de 13 de octubre de 1993 (expediente A. 54/93, billetes tren), Ponente: Cristina Alcaide Guindo, del Tribunal de Defensa de la Competencia se detecta un presunto abuso de posición dominante de Renfe, que lleva al Tribunal de Defensa de la Competencia a ordenar al Servicio de Defensa de la Competencia a que incoe el expediente sancionador contra Renfe. El hecho era la posible fijación de precios de forma desproporcionada, en tanto que aplica-

ba las mismas tarifas a trayectos muy distintos entre sí, resultando perjudicado por este hecho el denunciante ¹⁸.

Un ejemplo de abuso de posición dominante, cuando una empresa pública dispone de monopolio, es el de la Resolución de 1 de octubre de 1993 (expediente 328/93), Ponente: José Eugenio Soriano García. El denunciante había contratado con Telefónica en un momento anterior a la liberalización de terminales telefónicos (es decir, ostentando un monopolio al respecto la Compañía Telefónica). Por una parte, se trataba de una «posición dominante», en tanto que los usuarios sólo podían adquirir los terminales telefónicos (a que se refiere el asunto —Teide—) si acudían a Telefónica. El Ponente, acertadamente, califica tal actitud como «una venta unilateral forzosa de un producto que no tiene alternativa en el mercado y que además resulta esencial para cualquier empresa». Por otra parte, existía un «abuso» de tal posición, ya que esta circunstancia fue aprovechada por Telefónica para anticipar la exigencia del pago por la compra de terminales telefónicos al momento del primer pago del contratante (en el instante de la cuota de conexión).

El fallo impuso, así, una sanción a Telefónica. Tras la liberalización no podía ya ordenarse la cesación en la práctica abusiva, porque tal práctica había cesado una vez se había liberalizado definitivamente el mercado de terminales ¹⁹.

¹⁸ También se consideró abuso de posición dominante el caso enjuiciado en la Resolución del Tribunal de 6 de noviembre de 1975 (expediente n.º 117/74, Ponente: Luis Muñoz de Miguel). Se trataba de la fijación de unos precios de forma abusiva (ocasionando un evidente perjuicio o lesión injustificada para la economía nacional y los intereses de los consumidores) por parte de empresas privadas autorizadas por el Gobierno para la compra o recogida y regeneración de los aceites lubricantes usados por delegación de Campsa y para venta posterior en el mercado, así como para la fijación de los precios (la cual se hace de forma abusiva según el criterio del Tribunal de Defensa de la Competencia).

¹⁹ Otro caso próximo es el de la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 10 de noviembre de 1983 (expediente 195/83) Ponente: Angel Verdasco García. Según tal Resolución, no constituye un «abuso de posición dominante» el envío de cartas a los abonados al suministro de energía por parte de los concesionarios de tal servicio, con la intención de alterar los precios por el uso de tal energía, en tanto que si bien se identifica tal posición dominante, no existe en cambio «abuso», pues lo único que hacen tales empresas concesionarias es hacer uso de la facultad que reglamentariamente se les reconoce de enviar tales cartas para que paguen en un precio superior respecto al que lo están haciendo, precio que no fijan ellas sino el Estado. En el caso enjuiciado concurría efectivamente «posición dominante», pues «el usuario o consumidor no puede obtener libremente, de quien pudiera desear, el suministro de dicha energía, que viene a constituir un verdadero servicio público que necesariamente ha de ser prestado por el suministrador».

El *principio de igualdad* ha de ser observado por todos aquéllos que ostentan una posición dominante. La identificación de una posición dominante lleva —de forma automática o correlativa— a la exigencia entonces del respeto a los principios jurídicos de proporcionalidad e igualdad.

Así lo exige la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 30 de junio de 1993 (expediente A 52/93), Ponente: Ricardo Alonso Soto. Si bien no se declaró por el Tribunal tal contravención al principio de igualdad, cierto es que el enjuiciamiento de tal instancia administrativa de control se centró en dilucidar la posible existencia de un «trato discriminatorio», una vez se constataba el «ejercicio de un monopolio en la enseñanza por una empresa concesionaria de la ocupación y aprovechamiento de un monte público a los efectos de la práctica del esquí», formando parte la enseñanza del deporte del esquí de los servicios que una estación invernal debe ofrecer a los usuarios: «dada la posición de concesionario en exclusiva de la utilización del monte público que tiene la estación de Cerler, ésta podría haber utilizado su poder de mercado para establecer una serie de limitaciones o condiciones que atribuyeran ventajas competitivas a unos operadores sobre otros»²⁰.

El sometimiento a los *principios de claridad, transparencia, proporcionalidad y equilibrio presupuestario (y de «imagen favorable a la contención de la inflación»)* se sienta en la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 26 de marzo de 1981 (expediente 167/80), Ponente: Luis Muñoz de Miguel. La posición de dominio se desprendía sin mayores problemas al ostentar un monopolio Telefónica, concesionaria del servicio público. La práctica abusiva, que llevó a la declaración de vulneración de tales principios jurídicos, fue «la modificación irregular de las tarifas de sus servicios al duplicar los pasos de contador de teléfonos cada tres minutos entre determi-

²⁰ El otorgamiento de ciertos derechos de preferencia a los monitores de la Escuela es práctica habitual, de ahí que no se vulnerase el principio de igualdad.

Otro caso en que el enjuiciamiento del Tribunal de Defensa de la Competencia se centra en dilucidar si «la posición dominante» de una empresa nacional da lugar o no a un trato discriminatorio es el de la Resolución de 28 de noviembre de 1984 (expediente 211/84, Ponente: Angel Verdasco García). El supuesto partía del reparto territorial que habían realizado ciertas empresas para la venta de productos fertilizantes. El reparto de zonas entre empresas suministradoras de energía eléctrica constituye una práctica anticompetitiva, pero justificada por las ventajas generales que de ello se obtienen para los usuarios y por la mejor distribución de la energía eléctrica (y por tanto susceptible de ser exceptuada como práctica contraria a la competencia), según la sentencia de 4 de mayo de 1976 (expediente n.º 114/74, Ponente: D. Manuel Martínez Pereiro).

nadas zonas urbanas, de manera injustificadamente lesiva para la economía nacional y para los usuarios de tal servicio público». También se invoca la ilegalidad de tal actuación (por tanto, sometimiento al principio de legalidad), ya que Telefónica carecía de las necesarias autorizaciones exigidas por las disposiciones en vigor para realizar tal hecho abusivo.

Una importante Resolución a nuestros efectos es la de 8 de febrero de 1993 (expediente n.º 318/92), siendo su Ponente: D. Juan Eugenio Soriano García. Tal pronunciamiento sirve para detectar las posiciones de dominio en relación con las empresas públicas según que éstas ostenten un monopolio o actúen en régimen de liberalización. La Resolución matiza magníficamente los distintos grados de vinculación jurídica según la posición de las empresas públicas en el mercado. (El litigio versa acerca de si Campsa había actuado discriminadamente respecto a la fijación a distinto precio del suministro de gasoleo B en relación con las adquisiciones de ciertas empresas).

Así, mientras Campsa gozaba de monopolio o de posición dominante ²¹, estaba sometida al principio de igualdad respecto a todos aquellos sujetos que inicien o mantengan relaciones comerciales con ella:

«La igualdad de trato es una limitación al derecho de libertad de empresa, una de cuyas facultades es la libre configuración por el empresario de sus relaciones contractuales, que *tiende a neutralizar la situación de poder de mercado*» (...), «igualdad de trato que no prohíbe al empresario en situación de dominio modular sus prestaciones en función de aquellas notas definitorias» (...), de modo que «el hecho de que la empresa se encuentre en posición de dominio no significa que exista un derecho de terceros frente a la dominante a exigir un trato exactamente igual. Lo que se prohíbe es que exista una situación de trato discriminatorio, y se entiende por discriminación una desigualdad injustificada. Es-

²¹ Campsa gozaba de posición de monopolista (o más expresivamente como «monopolista absoluto», con una «posición completa de dominio sobre el mercado») hasta el 1 de enero de 1986. El precio de venta se fijaba por la Delegación del Gobierno de Campsa y era igual para todo el territorio cubierto por el monopolio: la península y Baleares. Campsa recibía una compensación por litro vendido, también igual en todos los casos. En ese momento entra en vigor un nuevo régimen derivado de la Ley 45/1984, de 17 de diciembre, de reordenación del Sector Petrolero (también otras normas reglamentarias citadas en la Resolución), «en cuya virtud el gasóleo B para barcos de pesca queda desmonopolizado y en régimen de libertad de precios».

to es, se prohíbe la arbitrariedad en el trato llevada a cabo desde una posición de dominio».

De este modo, mientras Campsa ostentó posiciones de dominio monopolísticas regía un estricto sometimiento al principio de igualdad de trato ²². Correlativamente, ello no tiene pues que ser así cuando se implanta el régimen de liberalización del mercado, actuando como un agente económico más, salvo que, lógicamente, ostente posiciones de dominio, pues éstas no se presentan, lógicamente, sólo cuando las empresas gozan de monopolio ²³.

La existencia de una «posición dominante» no tiene por supuesto que venir necesariamente asociada a un monopolio, ni siquiera a toda la actividad económica que realiza la empresa pública. La «posición dominante» puede identificarse, por ejemplo, simplemente, respecto a la fabricación exclusiva de un determinado producto. Así, en relación con la concreta producción de «productos laminados en caliente (es decir, chapa industrial), consistentes en ventas de *stocks*, y en concreto *productos planos, en sus distintas variantes, laminados en caliente en tren convencional*», por parte de Ensidesa, única compañía que en el momento de la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 19 de noviembre de 1982 (expediente 178/82, Ponente: D. José Jiménez Rosado) producía tales materiales. El litigio se origina, así, cuando una determinada empresa (Esisa) se considera discriminada en los suministros de tal material. En el presente caso, el Tribunal asocia la falta de transparencia a la posible vulneración del principio de igualdad, al ser un indicio para la existencia de tratos discriminatorios. La discriminación no pudo ser probada, precisamente por no haber existido transparencia en las actuaciones de Ensidesa, y de ahí que se proponga

²² Como dicen C. BELLAMY/G. CHILD, *Derecho...* p. 516, si bien para el ámbito comunitario (válido no obstante para el nacional), «cuando hay un monopolio, especialmente uno otorgado por la ley, por definición no hay competencia y, por tanto, hay una posición dominante». Véanse también las páginas 519, 525, 530 y 725.

²³ En el caso juzgado, se justificaba el trato «desigual de precios en el suministro del gasóleo a empresas españolas y extranjeras» ante las situaciones de transición y política comercial hacia el régimen de liberalización. De hecho, la denuncia fue retirándose al paso que los afectados fueron pudiendo adquirir el gasóleo de otros suministradores.

Asimismo, Campsa está obligada a respetar las prescripciones respecto de las distancias para la construcción de Estaciones de Servicio (Resolución de 23 de diciembre de 1987—expediente 231/87 y 453 del Servicio— o la Sentencia de 11 de abril de 1978, expediente n.º 134/76 del Tribunal y 195 del Servicio).

al Gobierno, por parte del Tribunal (en virtud pues del principio de transparencia al que están sometidas las empresas y también las públicas) la creación de un Registro ²⁴.

Así pues, si se goza de una posición de dominio (a la que tienden de forma natural las empresas públicas) han de respetarse los principios mencionados. Es como si se consiguiera así equilibrar jurídicamente, la posición de poder existente sobre el mercado, con el respeto al Derecho. O, como dice el Tribunal:

«Precisamente, el privilegio que la Administración del Estado otorga cuando establece un monopolio, al representar una grave coartación de los derechos de quienes son operadores en el régimen de libre competencia y efectuarse por altas razones de bien público económico, obligan a un riguroso ajuste de la Arrendataria (Campsa) a sus normas estrictas, proscribiendo toda libertad o extensión de interpretación que pueda representar perjuicio y daños para el tercero privado, quien siempre debe conocer el ámbito riguroso de sus derechos y deberes, sin que quepa ejercicio de facultades por la sociedad o empresa arrendataria, fuera de las taxativamente previstas en la normativa propia y en las disposiciones legales de carácter general» (Sentencia de 11 de abril de 1978, expediente n.º 134/76 del Tribunal y 195 del Servicio).

Interesante es, asimismo, que, aun cuando no se acredite un «abuso» de una posición dominante, el Tribunal puede «elevar al Gobierno propuesta, para que éste estudie la adopción de medidas y condiciones que sean adecuadas para evitar un perjuicio o al menos disminuir el referido perjuicio» (Resolución de 21 de octubre de 1983, expediente 193/83 del Tribunal y 367 del Servicio, Ponente: D. Mariano Romero Sánchez-Quintanar). El Tribunal llegó a la conclusión de que no resultaba acreditada ninguna de las prácticas prohibidas por la Ley 110/63, atribuidas a «Televisión Española», por el hecho de que ésta programase sus películas precisamente en los momentos en que los cines están abiertos; sin embargo, la existencia evidente de un «perjuicio» y la constatación de una posición dominante (si bien no abusiva) dio lugar

²⁴ En concreto, ante la imposibilidad de probar tales discriminaciones el *petitum* se tornó a lo largo del procedimiento en que se modificara el sistema de venta de los referidos productos en el sentido de implantar un Registro de Ventas de Segundas Calidades y productos desclasificados, comprendido en el sistema CECA. El fallo del Tribunal incita al Gobierno a establecer tal Registro para todas las empresas siderúrgicas afectadas, siendo muestra o ejemplo del sometimiento al *principio de transparencia o claridad*.

a tal elevación al Gobierno. Esta práctica es ciertamente frecuente en el actuar del Tribunal (así véase también la Resolución de 20 de diciembre de 1988 o la Resolución de 19 de noviembre de 1982, a las cuales nos hemos referido).

Por último, en relación con la perspectiva comunitaria, también están prohibidos —por el artículo 85 del Tratado Constitutivo de la CEE— los abusos de posición dominante. Las empresas públicas también están afectadas por esta prohibición (artículo 90), salvo que no se demuestre que las prohibiciones son incompatibles con el cumplimiento de una misión específica que ha sido confiada a tal empresa (asuntos «Servicios de Correo rápido Países Bajos», DOCE, 1990, L10/47; «Servicios de Correo rápido España», DOCE 1990 L223/19; «Servicios de Correo rápido Italia», IP (89) 658).

2.4. Estamos en un momento histórico caracterizado por la puesta en práctica de las políticas de la competencia y liberalizadoras de la Unión Europea ²⁵. En este sentido, según se vayan afianzando aquellas, irá aumentando el valor del Derecho de la Competencia. Concretamente, el control de las situaciones de «posición dominante» goza en este contexto de una especial relevancia, ya que las empresas públicas en régimen de competencia pueden propender a ello.

Y es así cómo paralelamente gana interés, para el Derecho administrativo (preocupado por un control jurídico de las empresas públicas)

²⁵ Las infracciones del Derecho de Competencia podrán venir por la vía de la vulneración de los artículos 85 y 86 del Tratado de la Comunidad europea (Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 3 de junio de 1993, expediente A 46/93, Ponente: Sra. Alcaide Guindo, caso consistente en el posible abuso de posición dominante de Telefónica S.A. y su filial Cabitel ante la negativa de suministro de líneas telefónicas a la empresa 3C Communications de España S.A.).

Por otra parte, una característica de nuestro momento es el de la implantación de un sistema de «liberalización del mercado», el cual conlleva la sustitución de la antigua fijación de precios, por vía administrativa, por la acción de los propios operadores económicos, que reemplazan al Estado y regulan el sector; al respecto, el nuevo régimen de desregulación no deja de plantear problemas de mentalidad o adaptación, los cuales se ponen de manifiesto en la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 27 de noviembre de 1992 (expediente 321/92, Ponente: D. Eugenio Soriano García), la cual multa a una asociación por la recomendación que mediante acuerdo realiza acerca de la fijación colectiva de precios, lo cual a juicio del Tribunal supone «un ejemplo de libro de tarifa pormenorizada de fijación de precios» contraria a la Ley de Defensa de Competencia. La inexistencia de dolo en tal actuación, junto a otros argumentos explicados en la Resolución, llevan al convencimiento de que el hecho contrario a la competencia se produjo de manera inconsciente, ante la falta de comprensión acerca del régimen de desregulación.

el control del Tribunal de Defensa de la Competencia. Desde la perspectiva jurídica, y del logro de la sujeción jurídica de la actuación económica administrativa, el interés esencial está en este tipo de control: si la Administración queda liberada de la sujeción al Derecho público, empleando el Derecho privado, ello ha de hacerse a cambio de que aquélla actúe realmente como un simple particular en el mercado, respetando sus reglas, pues es aquí donde radica la justificación de tal utilización del Derecho privado y ausencia de especial vinculación pública. Y, a efectos de tal logro, la vía más efectiva es, así, sencillamente, la de apreciar si realmente se observa un comportamiento conforme al mercado. En este sentido, es entonces como cobra virtualidad el control que realiza el Tribunal de Defensa de la Competencia, logrando, así, una sujeción al Derecho de tal actividad administrativa.

Las empresas públicas quedan sometidas, al igual que los demás agentes económicos privados, a las reglas jurídicas que rigen las relaciones de competencia. Interesante es que, desde la perspectiva del Derecho administrativo, logramos obtener un criterio de sujeción jurídica de tal actuación administrativa económica en régimen jurídico privado.

2.5. En este sentido, a un análisis jurídico-público del Derecho de la Competencia le preocupa observar cómo se sujeta a Derecho la actividad económica pública. Este particular enfoque descubre un satisfactorio sistema de control sobre tal actividad, ya que ésta, en definitiva, queda sometida a Derecho, y más concretamente, incluso, a principios jurídicos similares a los que rigen la actuación administrativa en general:

Por vía del Derecho de la Competencia logramos someter la actividad económica administrativa (en régimen jurídico privado) a los principios jurídicos de proporcionalidad, de igualdad, y de interdicción de la arbitrariedad.

Cierto es que a toda empresa (sin ser por supuesto específico de las públicas) le está vedado un «abuso de posición dominante», pero, abordando el tema del control del Derecho de la Competencia desde el punto de vista jurídico-público (preocupado por la sujeción al Derecho de la actividad administrativa mercantil), descubrimos un conjunto de *principios jurídicos que forman el bloque de legalidad administrativa para cuando la Administración actúe de acuerdo con el Derecho privado para desarrollar una actividad meramente mercantil*. Al igual que cuando la Administración queda sometida a principios tales (del Derecho ad-

ministrativo) para sus actuaciones soberanas, cuando la Administración realice una simple actuación mercantil tendrá que respetar los principios jurídicos de proporcionalidad, de igualdad, transparencia, interdicción de la arbitrariedad (*o bloque de legalidad administrativa en el sentido visto*).

Por otra parte, también desde esta perspectiva jurídico-pública del Derecho de la Competencia, existe un interés específico respecto de las empresas públicas: así, las posiciones de dominio han de considerarse en este caso como algo propio de tales empresas, las cuales propenden a tales posiciones ²⁶, teniendo en cuenta que la identificación de tal hecho, de tal posición dominante, enciende la luz de advertencia a que no se origine un «abuso» de poder. En concreto, las empresas tradicionalmente monopolísticas pueden hacer perdurar posiciones dominantes en el mercado, una vez se ha liberalizado éste ²⁷; es importante estar atentos respecto de la posible existencia de tales posiciones dominantes *de facto*, que pueden perdurar en el mercado, y no tan fácilmente identificables como cuando las empresas gozaban de monopolios.

Desde el prisma jurídico-público resulta interesante constatar una unidad de planteamientos jurídicos, tanto para cuando se realiza un control puramente administrativo sobre la actuación propia del giro o tráfico administrativo, como cuando aquélla es una simple actuación mercantil en régimen jurídico privado: en la actuación puramente empresarial no es sino la identificación de una prerrogativa (o posición dominante) lo que lleva a la sujeción de tal actuación a los principios jurídicos de igualdad e interdicción de la arbitrariedad. Estamos radicalmente ante un mismo planteamiento, que el del control de las prerrogativas públicas o propias de la condición de Administración, también en este ámbito de la actividad mercantil pública. Mientras no se identifique tal posición dominante (tal prerrogativa) de la actuación administrativa en el mercado no se generará tal control. La perspectiva jurídico-pública del Derecho de la Competencia lleva a identificar la existencia de un control de las prerrogativas públicas en el mercado, de la Administración, a modo de un control jurídico-público, sobre tal sujeto. Esta actividad privada (empresarial, mercantil) de la Administración se sujeta al Derecho privado (y con ellos al Derecho de la Compe-

²⁶ De «Vermutung» o presunción de que una empresa pública deviene en tal situación, se habla en Alemania.

²⁷ Véase así, con el ejemplo del transporte aéreo, GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, «Realidades...».

tencia), pero tal sujeción jurídica no difiere esencialmente (o en cuanto a sus resultados) de cuando la Administración actúa de acuerdo con su Derecho propio (o estatutario), para la realización de sus competencias propias (o administrativas).

Existe, así pues, un planteamiento jurídico-público específico o con propia sustantividad acerca del Derecho de la Competencia. El papel del Tribunal de Defensa de la Competencia puede ser, así, esencial, en orden a establecer la sujeción jurídica (y el sistema de garantías procesales de los afectados) respecto de la actuación administrativa.

El Derecho de la Competencia, desde el Derecho público, abre una vía práctica del mayor interés para lograr una solución al tema de la sujeción al Derecho de la actividad mercantil de la Administración Pública. Más eficaz y sencilla que la que puede lograrse mediante la aparatosa vía de la sujeción de tal actividad al Derecho administrativo y los derechos fundamentales para este ámbito de las actuaciones mercantiles administrativas en régimen de Derecho privado. Pero, por otra parte, es también una vía que llega a unos mismos resultados prácticos que este posible control público, ya que el control que impone el Derecho de la Competencia logra la sujeción de la actuación administrativa a principios jurídicos tales como el de igualdad, proporcionalidad e interdicción de la arbitrariedad.

Un pilar de este control del Derecho de la Competencia es, así, la identificación de una «posición dominante». Esta (permitida) ha de distinguirse del «abuso de posición dominante» (no permitido). Así, claramente, ambas situaciones distintas son objeto de análisis en la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 6 de junio de 1984 (expediente 186/83), Ponente: D. José Jiménez Rosado. El Tribunal llega a reconocer, acertadamente (frente a la alegación del Abogado del Estado) que sí tiene posición dominante la empresa nacional, con una concesión demanial que, otorgada por el organismo autónomo Aeropuertos Nacionales, le concede el uso privativo del dominio público (la zona internacional de los recintos aduaneros de los aeropuertos nacionales), para la explotación de tiendas libres de impuestos en los aeropuertos. Efectivamente, independientemente de que la concesión se otorgó legalmente²⁸ y de que sólo ella hubiera presentado su solicitud, es un hecho que tal empresa concesionaria estaba explotando de forma

²⁸ Por otra parte, el litigio acerca del otorgamiento en regla de la concesión se residenciaría ante los Tribunales contencioso-administrativos y no ante el Tribunal de Defensa de la Competencia.

exclusiva y monopolística las tiendas libres de impuestos como consecuencia de la concesión. (Sin embargo, no concurría «abuso» alguno a juicio del Tribunal ²⁹).

El hecho de que se realice la actividad en virtud de concesión administrativa no impide la identificación de una posición dominante, tal como pone de manifiesto la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 24 de junio de 1975 (expediente 116/74, Ponente: J.M. Fontana Tarrats y por contra a las alegaciones de una de las empresas concesionarias denunciada en el asunto resuelto) ³⁰:

«la Ley admite la posición de dominio y tan sólo prohíbe y condena los abusos, o prácticas abusivas, que a su amparo puedan cometer las empresas, debiendo subrayarse que tal actitud del legislador, ante toda clase de abusos cometidos, es tan radical y terminante que no los autoriza, ni los permite, ni los consiente, ni siquiera *en el caso de que la posición dominante se haya establecido por disposición legal o, como aquí ocurre, por concesión administrativa*; es decir, que el respeto a la posición dominante establecida en la disposición legal no comporta la de los abusos que a su amparo puedan cometerse».

3. EL SOMETIMIENTO Y RESPETO DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA DE LOS PODERES PÚBLICOS A LA LEY DE COMPETENCIA DESLEAL, DE 10 DE ENERO DE 1991 (3/1991)

3.1. El sometimiento y respeto de la actividad económica de los poderes públicos a la Ley de competencia desleal de 10 de enero de 1991 resulta evidente, si atendemos a que ni en la Ley ni en la doctrina que se ha ocupado de estudiar tal Ley (desde el Derecho mercantil), encontramos referencia o especialidad alguna al respecto.

²⁹ Esta Resolución fue recurrida mediante un recurso de súplica, que resolvió el Tribunal de Defensa de la Competencia con fecha 25 de enero de 1985 (expediente 186/83, Ponente: D. Vicente Polo Díez). Al contenido de esta Resolución ya hemos hecho referencia anteriormente en el lugar oportuno de este trabajo (en relación con el vedado control de la legalidad de los actos administrativos, para el Tribunal de Defensa de la Competencia, § 2.2).

³⁰ En el asunto (la conversión del sistema del gas ciudad por el gas natural como posible novación unilateral del contrato, obteniendo las empresas suministradoras un «lucro abusivo de ganancias» —según los recurrentes—) de esta Resolución no concurría «abuso» alguno a juicio del Tribunal.

Del estudio anterior, sobre el Derecho de Defensa de la Competencia, dedujimos que los poderes públicos están sometidos a la Ley de Defensa de la Competencia con toda normalidad ³¹. El criterio legal es, simplemente, el de si una actividad es contraria a tal Ley. Las propias Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia son muestra de esta normalidad respecto al control de la actividad de los poderes públicos o sus empresas. La práctica habitual es, incluso, la de no entrar siquiera en la determinación de la naturaleza jurídica del agente infractor; poco preocupa al Tribunal de Defensa de la Competencia si éste es público o privado, o cualesquiera otra cuestión similar. Analiza la *actividad* realizada, por si es contraria a la Ley, y no entra en otras consideraciones (por razón del sujeto).

Esto parece acentuarse más si cabe respecto al sometimiento de la actividad económica de la Administración a la Ley de competencia desleal. El criterio es, simplemente, el de que «la Ley será de aplicación a los empresarios y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado» (artículo 3); y, en relación con la legitimación pasiva, dice el artículo 20, «las acciones previstas en el artículo 18 podrán ejercitarse contra cualquier persona que haya realizado u ordenado el acto de competencia desleal o haya cooperado a su realización». Y la propia Exposición de Motivos se encarga de dar un criterio flexible, el más abierto de los posibles, sobre la legitimación: «no es necesario que los sujetos —agente y paciente— del acto sean empresarios (la ley también resulta aplicable a otros sectores del mercado: artesanía, agricultura, profesiones liberales, etc.) ni se exige tampoco que medie una relación de competencia» ³².

Este tema es, así, hoy, propio del Derecho mercantil. De ahí que para el estudio de las interesantes cuestiones que plantea este sector jurídico, de la competencia desleal, sea obligada una remisión a las obras

³¹ Igualmente, en Alemania, puede verse STOBER, *Derecho administrativo económico*, Madrid 1992, p.221 y 386; también así EHLERS, *Verwaltung...* p.364.

³² Tal como decía GATZAGAETXE BARRIA BASTIDA en el Congreso de los Diputados (año 1993 sesión plenaria número 251, 18 de marzo de 1993 —IV Legislatura p.13127), respecto al debate de la Ley de Colegios profesionales, «cuestión distinta es que los actos de los Colegios profesionales sean constitutivos de competencia desleal, tipificados como ilícitos civiles en la Ley 3/1991 de Competencia Desleal» (...); «la Ley 3/1991 es de aplicación general a todos los agentes operadores económicos que intervienen en la sociedad, sin excluir sociedades anónimas, sociedades mercantiles o profesionales que actúan en el ámbito de la economía en régimen de competencia desleal».

de los especialistas en este ámbito³³, a las cuales no parece preocuparles el tema del sometimiento de la actividad económica de la Administración a la Ley de Competencia Desleal. Principalmente, me remito a estos estudios, así como a una simple lectura del capítulo II de la Ley, para la concreción de qué se entiende por actos desleales.

Así, pues, las acciones reconocidas en el artículo 18 de la Ley (declarativa de la deslealtad, de cesación del acto, de remoción de sus efectos, de resarcimiento de los daños y, por último, de enriquecimiento injusto) podrán ejercitarse frente a una empresa pública, en la jurisdicción civil³⁴, siguiendo las pautas procedimentales de la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 22).

Interesante es sobre esto la justificación de la Exposición de Motivos del porqué de un sistema plural de acciones procesales. Aquélla está en prever así «mecanismos sustantivos y procesales suficientemente eficaces», poniendo a disposición de los interesados un amplio abanico de posibilidades para una eficaz persecución del ilícito concurrencial. Es decir, un sistema plural de acciones logra tal protección eficaz, al hacerse corresponder adecuadamente los intereses subjetivos con las vías procesales para su defensa procesal. Algo tan evidente que nos sirve, y permítaseme que me extienda a esta cuestión, para invocar que lo mismo debiera ocurrir en el ámbito del Derecho público, con una previsión plural de acciones³⁵.

3.2. Nuestro interés, de ver sometida la Administración al Derecho, en su actividad mercantil, vea cumplimiento mediante el control de

³³ Véanse, por todos, estos manuales de Derecho mercantil: F. VICENT CHULIÁ, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, I, 3ª edición, Barcelona 1990; y, del mismo autor, *Introducción al Derecho mercantil*, Barcelona 1989; BROSETA, *Manual de Derecho mercantil*, Madrid 1991 p.131 y ss. Estas obras monográficas: C. MOLINA BLÁZQUEZ, *Protección jurídica de la lealtad en la competencia*, Madrid 1993; A. MENÉNDEZ, *La competencia desleal*, Madrid 1988; I. FONT GALÁN, *Constitución económica y Derecho de la competencia*, Madrid 1987; S. BARONA VILAR, *Competencia desleal*, Valencia 1991; S. BACHARACH DE VALERA, *La acción de cesación por la represión de la competencia desleal*, Madrid 1993;

³⁴ Para la determinación del competente véanse los criterios del artículo 22.

³⁵ Véase GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Problemas procesales actuales de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1994. También para la previsión legal de medidas cautelares, «otra de las piezas clave para una eficaz defensa del interesado contra los actos de competencia desleal», tal como versa —igualmente— la Exposición de Motivos.

las empresas públicas por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia. En concreto, el logro de someter sus privilegios y prerrogativas al Derecho; el ámbito donde se identifican tales posiciones de dominio y prerrogativas, y por tanto su control, está dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia. Es aquí donde encontramos resarcimiento a nuestros propósitos de ver sometidos los privilegios de la Administración y sus empresas al Derecho, por vía del respeto de aquéllas a las reglas del mercado. Sin embargo, la Ley de Competencia Desleal tiene, igualmente, unas virtualidades de no menor significación.

Pero antes de entrar en éstas últimas, debe considerarse que ambas Leyes (de Defensa de la Competencia y de Competencia Desleal) integran un *corpus* jurídico coherente y compacto, formando parte de la legalidad que han de respetar las Administraciones públicas para el ejercicio de sus funciones ³⁶.

Ambos sectores están especialmente interconexiónados cuando consideramos que no todo el ámbito de la competencia desleal se corresponde con la Ley de 10 de enero de 1991, en tanto que el artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia atribuye al Tribunal de Defensa de la Competencia la competencia para conocer «en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear de manera sensible la libre competencia, en todo o en parte del territorio nacional, afectan al interés público» ³⁷.

De este modo, están previstas dos vías para atacar procesalmente los actos de competencia desleal. La primera, la de los Tribunales ordinarios (en virtud de la Ley de 10 de enero de 1991); la segunda, la que abre el artículo 7, respecto al Tribunal de Defensa de la Competencia.

³⁶ En Alemania se insiste en la complementariedad e interconexión entre la Ley de Defensa de la Competencia y la Ley de Competencia Desleal (especialmente W. HEFERMEHL/A. BAUMBACH, *Wettbewerbsrecht*, München 1990, p.688 y ss. § 840 y ss.).

³⁷ Para una concreción y explicación de los presupuestos de este artículo véase muy especialmente la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 30 de diciembre de 1991.

Por otra parte, téngase en cuenta que este artículo 7 supone una novedad respecto a la regulación anterior, que sólo permitía el enjuiciamiento del Tribunal, para cuando la conducta se asociara a una práctica restrictiva o a un abuso de posición dominante. No es preciso, para que pueda conocer el Tribunal de Defensa de la Competencia, el que la jurisdicción ordinaria declare previamente la deslealtad del acto. Sin embargo, BROSETA, *Manual...* p.124 y 125, mantiene que la clasificación del acto como desleal no puede hacerla el Tribunal de Defensa de la Competencia sino los Tribunales ordinarios.

Siguiendo a C. Molina Blázquez ³⁸, «si bien los afectados pueden acudir alternativamente a los Tribunales ordinarios o al Tribunal de Defensa de la Competencia (denunciando ante el Servicio la conducta que consideran prohibida), parece más aconsejable, siempre y cuando lo que se persiga sea la cesación del acto y no la indemnización de los perjuicios, acudir a la Jurisdicción de Defensa de la Competencia que a los Tribunales ordinarios», afirmación que basa la autora en el carácter especializado del Tribunal de Defensa de la Competencia en temas de competencia y que, «por tanto, se encuentra en una mejor posición para juzgar el falseamiento del mercado que los Tribunales ordinarios, que no están especializados». También se apoya en que en el proceso civil la prueba deberá ser realizada por los interesados, lo que podrá ser complicado, mientras que ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, éste podrá además completar la prueba. En efecto, máxime esto, podríamos decir, para un acto de competencia desleal realizado concretamente por una empresa pública.

3.3. No se ha realizado en España, que yo conozca, una teoría jurídica sobre las reglas de competencia en relación con la actividad mercantil de la Administración (esencialmente las empresas públicas), ni desde el punto de vista iuspublicista ni desde el punto de vista mercantil. Sin embargo, es necesario, atendiendo a las virtualidades que este planteamiento proporciona para el Derecho administrativo, realizar tal enfoque que englobe por una parte el estudio de la sujeción de tal actividad de la Administración a la Ley de Defensa de la Competencia, y, por otra parte, a la Ley de Competencia Desleal.

Avanzando en este tipo de reflexiones, cierto es que, una vez se estudian las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia, desde el punto de vista jurídico-público, bien puede extraerse, como hemos visto, una teoría jurídica especial para tales empresas públicas, que logra la sujeción jurídica de la actividad puramente mercantil de las Administraciones Públicas. La vía principal, para obtener una solución jurídica respecto a la sujeción de la actividad mercantil de la Administración, está en este control de las reglas de competencia, a los efectos de lograr que, una vez hemos eximido de la observancia a la Administración del Derecho público, se comporte entonces como un agente económico más que respete las reglas de mercado. Precisamente, la actuación contraria a Derecho es, entonces, la de realizar prácticas contrarias a la competencia. El interés jurídico está en que la acti-

³⁸ C. MOLINA BLÁZQUEZ, *Protección...* p. 350; también p. 186 y ss.

vidad mercantil administrativa se realice jurídicamente, es decir, respetando las reglas de mercado y ejerciendo legalmente sus prerrogativas o posiciones dominantes.

Así pues, puede extraerse satisfactoriamente un planteamiento jurídico propio (público) respecto al Derecho de la Competencia, consistente en el estudio de la sujeción de los poderes públicos a las reglas de competencia, al igual que se ha desarrollado en el Derecho comparado y en el Derecho comunitario, los cuales consideran también específicamente las empresas públicas dentro del Derecho de la Competencia ³⁹.

Sin embargo, si bien el Derecho de Defensa de la Competencia logra formar en España un *corpus* jurídico-público, no ocurre lo mismo respecto del Derecho de la Competencia Desleal, ámbito menos desarrollado. Seguramente la explicación haya de buscarse en lo temprano de la Ley de Competencia Desleal, frente al consolidado ya Derecho de Defensa de la Competencia (cuya Ley inicial parte de 1963 y la actual de 17 de julio de 1989). Es por eso que el planteamiento jurídico-público de la competencia desleal no está desarrollado ⁴⁰.

No obstante, querría intentar poner de manifiesto las consecuencias importantes que tiene la Ley de Competencia Desleal para el Derecho público. Esta norma ha de ser respetada por toda actuación administrativa, también así las actuaciones soberanas que implicaran un efecto desleal en la competencia. Pero, lógicamente, donde está su principal virtualidad es respecto de la actividad mercantil administrativa (o desarrollada por las Administraciones y sus entes o sociedades), ya que ésta es la más propicia para causar un efecto ilícito en el mercado.

A continuación pretendería poner de manifiesto las virtualidades del enfoque jurídico-público del Derecho de la Competencia, por lo que

³⁹ El artículo 90 del Tratado de la CEE dice, así, que «los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 7 y 85 a 94 ambos inclusive» (que son las normas comunitarias sobre competencia). Respecto al Derecho comparado, la consideración específica de la actividad pública —dentro del Derecho de la Competencia— puede comprobarse, sin más, con la lectura de cualquiera de las publicaciones de Derecho alemán que se citan en este trabajo.

⁴⁰ Efectivamente, si bien nuestro Derecho de Defensa de la Competencia, puede asimilarse a grandes rasgos al estado y desarrollo del modelo alemán, no ocurre lo mismo con el Derecho de la Competencia Desleal, al menos por lo que respecta al planteamiento público de esta rama o sector jurídico.

conciene concretamente a la Ley de Competencia Desleal; es decir, vamos a observar dónde están las peculiaridades en este ámbito, dónde radica su interés, cuál puede ser la problemática jurídica práctica que puede plantearse ante los Tribunales cuando se observen las implicaciones importantes de la Ley de Competencia Desleal para la Administración y sus empresas públicas. Se trata también de prevenir ciertos problemas que pueden generarse, aventurando una solución jurídica a tales problemas.

3.4. Partimos, pues, de que la actividad económica o mercantil pública está sometida a la Ley de Competencia Desleal.

Teniendo en cuenta la especificidad de la presencia de la Administración en el mercado (sujeto al que son inherentes posiciones de predominio o prerrogativa que vienen conferidas por su especial *status* jurídico), ésta puede prevalerse (más consciente o inconscientemente) de sus facultades y poderes, para falsear las reglas de competencia del mercado.

Esta constatación es, sin duda, el punto de partida, que motiva la invocación de un ámbito propio, público, dentro del Derecho de la Competencia.

Pero, dando un paso más, resulta la necesidad de concretar tal planteamiento general con casos concretos, los casos que pueden plantearse en un futuro próximo ante los Tribunales, una vez se despierte plenamente la atención hacia estos temas de la competencia y las actuaciones mercantiles públicas.

En este sentido, la actividad mercantil pública podrá incurrir en cualquiera de los supuestos enunciados en la Ley como desleales, que son, así, los «supuestos legales tipificados». Pero, también, ha de considerarse la cláusula general, del artículo 5 de la Ley, por el cual «se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de buena fe».

Precisamente, sin perjuicio de lo primero (supuestos tipificados), la especificidad del ámbito público, y donde radica el interés respecto de la sujeción de la actividad mercantil pública a la Ley de Competencia Desleal, está en la cláusula general del artículo 5. Efectivamente, lo propio del ámbito público no es sino la posibilidad de que la Administración aproveche sus posiciones públicas de prerrogativa (dato peculiar frente a los demás sujetos económicos), para desarrollar una prác-

tica desleal. Y es así como tal cláusula general puede servir, específicamente, para corregir tales comportamientos.

Así pues, realizando abstracción de los posibles supuestos que pueden plantearse, podríamos llamar la atención en España sobre las siguientes prácticas, de posible aparición en el futuro, residenciables ante los Tribunales.

Esencialmente, y sería el primer caso, el «*abuso de autoridad*» como generadora de prácticas desleales, el abuso de la autoridad que tienen conferida las Administraciones. La competencia desleal se presenta, así, en caso de que la Administración se prevalezca de su autoridad para influir el tráfico económico. El poder público no puede prevalerse de su autoridad para fomentar su propia actividad de mercado o la de un tercero; así, aprovechando la confianza de los ciudadanos que acuden ante la Administración pidiendo informaciones acerca de la empresa que mejor cumple una determinada actuación industrial, ya que la Administración ha de ser neutral y actuar con objetividad al respecto.

Por ejemplo, el Tribunal Supremo (civil) alemán consideró que una Administración estatal que tenía a su cargo un balneario, frente a la petición de información de unos interesados acerca de las mejores posibilidades de alojamiento, aquélla no podía responder sin mayor motivación «que estaban en el propio Hotel que también dependía de la Administración»⁴¹.

En segundo lugar, «*sacar partido en el mercado a la hora de ejercer las competencias propias de la Administración*».

Por ejemplo, el Tribunal Superior (contencioso-administrativo) de Baden-Württemberg ordenó al servicio administrativo encargado de un cementerio «que no aprovechase su obligación, de dar anuncio de los distintos fallecidos, para manifestar que también allí pueden contratarse privadamente otros servicios»⁴².

⁴¹ BGHZ 19, 299, p. 304 y ss.; en la doctrina puede verse SCHULTZ-SÜCHTING, *GRUR*, 1974 p. 700; ULMER, *ZHR* 146 (1982) p. 483; HUBMANN, *WiVerw* 41 (1982) p. 55 y ss.;

⁴² La sentencia puede verse en *GRUR* 1973, 82. Esta solución jurisprudencial puede explicarse también en el hecho según el cual la Administración, cuando cumple sus competencias (públicas), está sometida al Derecho público. La Administración no puede desarrollar una competencia o función pública sin someterse a la legalidad (la cual le exige que se atenga estrictamente al cumplimiento de la competencia pública, y no se desvíe a otras consideraciones).

La posición jurídica de las Administraciones Públicas es, así, propicia para devenir en un «comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe» (cláusula general del artículo 5 de la Ley de Defensa de la Competencia).

Así también, y sería el tercer caso, cuando tal comportamiento se derive de una de las «ventajas propias o connaturales de la Administración sobre la posición de sus competidores privados». De este modo, un «*aprovechamiento desleal de los contactos y conocimientos adquiridos gracias a su posición de Administración*» (así, por ejemplo, del estado o contenido de un determinado proyecto urbanístico), o un «*aprovechamiento desleal de la exención o reducción en el pago de ciertos impuestos o de la recepción periódica de financiación pública*». Mediante esta actitud queremos poner de manifiesto la práctica desleal de la Administración consistente en prevalerse de estos hechos (de su propia condición, frente a la de otros agentes económicos que no disponen ni pueden disponer de tales datos), para aprovecharse de ellos y sacar un beneficio en el mercado.

Igualmente ha de considerarse desleal la práctica administrativa de *fixar precios inferiores* a los de mercado desviando una fuente de financiación a este fin de fijar precios inferiores. Así, el Tribunal Supremo alemán (civil) ⁴³ consideró desleal una práctica de Dumping de la Seguridad Social, que ésta realizaba aprovechando las cuotas de los afiliados. En general, ha de considerarse desleal toda práctica ilegal, o que vulnere preceptos jurídicos ⁴⁴.

Por el momento, baste con retener que, mediante estos criterios, la Ley de Competencia desleal permite desarrollar un medio de control sobre la actuación de las Administraciones Públicas. Este hace referencia al control acerca del «cómo» ha de desarrollar la Administración una determinada actividad de índole mercantil o que tenga repercusión en el mercado.

⁴³ Sentencia *BHG, LM*, § 180 RVO n.º 1, en *NJW* 1982, 2125 «Kinderbeiträge».

⁴⁴ V. EMMERICH, *Das Recht...*, p.38 y 334. También son desleales las declaraciones falsas del Servicio estatal de Correos en concurrencia con servicios privados de correos (*LG Mönchengladbach, WM* 1985 p. 538 y *OLG Düsseldorf, NJW-RR* 1986, p. 1230). También se ha estimado desleal la propaganda encubierta a favor de empresas privadas, realizada en las emisoras públicas de la Radio, porque los oyentes parten de que tales emisiones están libres de propaganda (*BGH, ZIP* 1990 p. 600 y ss; y *KG, GRUR* 1988, p. 40). Otros ejemplos en *NJW* 1987, p. 329; *BGHZ*, 85, p. 84 y 98; *BGH, GRUR*, 1985, p. 1063; *OLG Karlsruhe, GRUR*, 1984, p. 669; *OLG Stuttgart, WuW / E*, *OLG* 3281.

No se agotan ahí, sin embargo, todas las virtualidades de la Ley de Competencia Desleal, al respecto de la actividad administrativa. Vamos a ver a continuación que esta vía puede servir para desarrollar un control sobre la propia iniciativa de la Administración de intervenir en el mercado. Por esta vía de la Competencia Desleal puede llegarse a ejercer un control sobre el «si» la Administración puede o no desarrollar una determinada actividad económica. Veámoslo dentro del tema, en general, de las posibilidades efectivas de control sobre la decisión administrativa de intervenir en el mercado.

4. VÍAS DE CONTROL JUDICIAL DE LA INICIATIVA ECONÓMICA DE LOS PODERES PÚBLICOS: EL LIMITADO CONTROL PÚBLICO Y LAS PERSPECTIVAS QUE ABRE EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

El tema de las vías de control judicial de la iniciativa económica (de las decisiones administrativas por las cuales la Administración dispone que va a intervenir en el mercado) muestra una especial complejidad. No parece haberse dado hasta el momento respuesta plenamente satisfactoria a esta cuestión, pues seguramente tampoco la tenga. Simplemente, la decisión de intervención en el mercado parece quedar reservada a la propia Administración. Por otra parte, no debe olvidarse que el principio del Estado social puede llevar incluso a hacer necesaria la propia actividad económica pública, para que los poderes públicos resarzan ciertas necesidades básicas de los ciudadanos.

En principio, parece necesario enlazar este tema con el modelo de Constitución económica. Como es sabido, el artículo 128.2 de la Constitución reconoce la iniciativa pública de intervención en el mercado.

Sin embargo, deben existir criterios jurídicos que permitan fijar los límites de tal iniciativa pública. Es evidente que tal intervención debe tener algún límite, pues podría en algunos casos llevar a «ahogar» la iniciativa privada desarrollada sobre el sector económico en cuestión, o podría dar lugar a perjuicios que los particulares afectados no tienen por qué soportar.

En principio, el litigio acerca de si la Administración puede o no iniciar una actividad económica en el mercado es de naturaleza jurídico-pública. Se trata de contestar una decisión administrativa de intervención en el mercado, alegando su ilegalidad. La solución jurídica acerca de «si» la Administración puede o no iniciar una actividad económica

tendrá que darla, en correspondencia, la jurisdicción contencioso-administrativa o la constitucional, al tratarse de un asunto jurídico-público.

Pero los problemas que se plantean en este orden jurídico-público son dos, a mi entender. El primero, la búsqueda de criterios jurídicos para poder dilucidar la legalidad de tal decisión administrativa. El segundo, la eficacia o virtualidad de tal sistema de control, atendiendo a ciertas limitaciones intrínsecas, que se manifiestan, tal como comprobaremos seguidamente.

Respecto a los criterios jurídicos que orienten acerca de la legalidad de la actuación económica pública, cierto es que pueden establecerse una serie de límites, vagos seguramente, pero que en cualquier caso deben estar previstos, ya que pueden evitar situaciones límite, o inadecuadas iniciativas económicas de los poderes públicos.

La presencia de un *interés público* ha de exigirse como primera condición para afirmar la admisibilidad de la actividad industrial administrativa. Así, la sentencia del Tribunal Supremo español de 10 de octubre de 1989 (Aranzadi 7352), dice:

«Mientras los particulares pueden crear sus empresas con plena libertad de criterios, sin más condición de la que sus fines sean lícitos (artículo 38 de la Constitución), todas las actuaciones de la Administración Pública *deben responder al interés público* (artículo 103.1), tanto si se trata de actos de autoridad como de actuaciones empresariales» (...); «la creación de empresas públicas es legalmente posible, pero está sujeta a la doble condición de que la actividad empresarial sea una actividad de *indudable interés público apreciable* y apreciado en el momento de su creación, y que se someta sin excepción ni privilegio alguno, directo ni indirecto, a las mismas reglas de libre competencia que rigen en el mercado»⁴⁵.

Cierto es que, siendo este requisito ineludible, su observancia no parece suponer empero una dificultad especial para la Administración, ya que aquél es fácilmente identificable en las actuaciones administrativas (lo cual resulta sin más de la propia consideración de los puestos de

⁴⁵ En Alemania, igualmente, puede consultarse especialmente EHLERS *Verwaltung...* p. 97: este presupuesto previene, protegiendo a la economía privada, de una extensión desmesurada de la actividad administrativa económica».

trabajo que se crean cuando los poderes públicos desarrollan una actividad económica). La exigencia del «interés público» se justifica en que al Estado no le corresponde, por contra a los ciudadanos, una autonomía privada —una libertad industrial (*Gewerbefreiheit*)—, ya que el Estado no es acreedor sino «deudor» de derechos fundamentales ⁴⁶.

Mediante la creación de tales sociedades por la Administración *no puede lograrse el efecto de impedir («ahogar») la iniciativa privada* (reconocida en el artículo 38 de la Constitución). El problema está, efectivamente, en el peligro de que el poder público acabe por ocupar un espacio de libertad reservado para el ciudadano. Apunta STOBBER que «el *Bund*, los *Länder* y los Municipios no pueden perseguir intereses privados mediante una actividad industrial a costa de gravar la economía privada. Una actitud tal, una doble función así de los poderes públicos, perjudicaría seriamente los derechos de libertad del ciudadano» ⁴⁷.

La Administración no puede sin más, sin criterio, lanzarse al mercado buscando el lucro económico. El poder público ha de valerse, respecto a su financiación, de la *imposición de tributos*, sin que sea legítimo que ocupe la actividad económica del mercado (reservada a los ciudadanos) persiguiendo el ánimo de lucro, es decir, la mera obtención de ganancias ⁴⁸; ello principalmente si consideramos que la fuente de financiación de la Administración ha de estar en los propios meca-

⁴⁶ W. BERG «Die wirtschaftliche...» p. 228, con amplia bibliografía.

⁴⁷ STOBBER, *Derecho administrativo económico*, Madrid 1992, p. 169.

⁴⁸ Von MÜNCH «Verwaltung und Verwaltungsrecht», en ERICHSEN/MARTENS *Allgemeines...* p. 42.; igualmente W. BERG «Die wirtschaftliche... » p. 229 y 233; HENNEKE, *Jura* 1990, 63 p. 113 y ss.; PÖPEL «Wettbewerbsverzerrungen...» p. 129; o mi traducción de STOBBER (*Derecho...* p. 169: «Además, si la Ley Fundamental ha concedido al poder público la facultad soberana de imponer tributos es porque el constituyente partió de que el *Bund*, los *Länder* y Municipios estaban ceñidos a este derecho porque ninguna otra posibilidad tenían para obtener ingresos y, por eso, a los ciudadanos no se les concede esta prerrogativa porque éstos deben obtener ingresos de su actividad industrial o profesional. La facultad soberana de imponer tributos es consiguientemente un privilegio del poder público. El mantenimiento de esta posición privilegiada está sólo justificada en que el *Bund*, los *Länder* y sus Instituciones no pueden participar como las personas privadas en la vida económica industrial. El privilegio de imponer tributos precisamente lo que pretende es que el *Bund*, los *Länder* y los Municipios estén liberados de tener que tomar parte en las relaciones privadas industriales de competencia para la financiación de sus competencias. Esta *ratio* no se daría si las personas jurídicas de Derecho público se concentraran en la búsqueda de ganancias mediante explotaciones industriales. La motivación empresarial es ajena a la idea de potestad estatal tributaria»); véase también, más a fondo, del mismo autor, *Handbuch...* § 45.

nismos del Derecho público (por los cuales, como vimos, se rige esencialmente la Administración), los cuales en este caso hacen referencia a la recaudación de tributos, pues es éste, así en correspondencia, el medio esencial de financiación de la Administración. A diferencia de los particulares, la Administración está sometida a límites específicos, pues no puede convertirse, el fin de obtener ganancias, en el único objetivo de la Administración en el mercado.

Limitaciones resultan también de los criterios de distribución competencial entre los distintos entes públicos ⁴⁹. Por otra parte, aquéllas pueden resultar *de las disposiciones presupuestarias* que valen para la actuación, en general, del poder público, o, asimismo, de Leyes concretas ⁵⁰. Por último, el respeto de los derechos fundamentales puede representar un límite para tal iniciativa pública económica ⁵¹.

Mención especial merece el caso de la iniciativa económica cuando se trata de asumir —por parte del Estado— *la realización de un servicio público*, cuestión ésta cuyo análisis plantea numerosas cuestiones jurídicas sobre las que no podemos aquí hacer un alto ⁵². A renglón seguido

⁴⁹ Así, según la sentencia del Tribunal Superior de Justicia —contencioso administrativo— de Koblenz —OVG Koblenz *GewArch.* 1980, p. 339—, una Cámara artesanal no puede explotar una empresa de forma de sociedad de responsabilidad limitada (tampoco con participación) cuyo objeto sea la realización o ejecución de prestaciones de construcción de todo tipo.

⁵⁰ PIETZCKER, *NVwZ* 1983, p. 121.

⁵¹ Es discutible si los poderes públicos, cuando realizan una actividad puramente mercantil en el mercado, compitiendo con los particulares en régimen de igualdad, están sometidos a los derechos fundamentales. En este sentido, durante los últimos años un sector doctrinal alemán defiende el sometimiento de la actividad pública económica a los derechos fundamentales, vía ésta que puede ocasionar el impedir la realización de una actividad tal si se vulnerase el principio de igualdad (artículo 3) o el derecho de libertad empresarial (artículo 12). En España véase la STC 35/1983, de 11 de mayo, afirmativamente.

⁵² Me remito, para una delimitación del servicio público y de la gestión económica (o actividad pública meramente industrial), a VILLAR PALASÍ, «La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo», *RAP*, n.º 3; del mismo autor su libro *La intervención administrativa en la industria*, Madrid 1964; y en Francia J. CARBAJO, *Droit des services publics*, París 1990, p. 17; MANZANEDO, *Servicio público: aproximación a su línea evolutiva*, Madrid 1972; GARCÍA DE ENTERRÍA, «La actividad industrial mercantil de los municipios», *RAP* n.º 17 (1955); SORIANO, *Desregulación, privatización y Derecho administrativo*, Bolonia 1993; ARIÑO, *Economía y Estado*, Madrid 1993; MARTÍN REBOLLO, «De nuevo sobre el servicio público. Planteamiento ideológico y funcionalidad técnica», *RAP* n.º 100, y, del mismo autor, *La afectación de bienes al servicio público*, Madrid 1973; BASSOLS COMA, «Servicio público y empresa pública: reflexiones sobre las llama-

de la genérica declaración constitucional del artículo 128 («se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica»), el precepto afirma que «mediante Ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales». En principio, mediante Ley⁵³ el Estado puede servirse de tal habilitación constitucional para desarrollar (iniciar) la actividad económica correspondiente, invocando que se trata de un servicio público⁵⁴. Ciertamente es que por vía del Derecho comunitario esta concepción del

das sociedades estatales», *RAP* n.º 84; MEILÁN, *La cláusula de progreso en los servicios públicos*, Madrid 1968; GARCIA-TREVIJANO, «Aspectos de la Administración económica», *RAP* n.º 12 (1953); A. SERRANO TRIANA, *(II) Fundamentos del servicio público*, Madrid 1990; SALA ARQUER, *El principio de continuidad de los servicios públicos*, Madrid 1977; C. POLLITT, *El gerencialismo y los servicios públicos. La experiencia anglo-americana*, Madrid 1993.

⁵³ Al respecto de la reserva legal necesaria, puede verse especialmente, para sus distintas incidencias o situaciones (requisito de Ley orgánica u ordinaria, estatal o autonómica, declaración individual o colectiva, posibilidad de regulación reglamentaria, etc), SOSA WAGNER, *La gestión de los servicios públicos locales*, Madrid 1992, p. 27 y ss.; véase también BASSOLS COMA, *Constitución y sistema económico*, Madrid 1985; GÓMEZ-FERRER, «La reserva al sector público de recursos o servicios esenciales», *Homenaje a García de Enterría*, Tomo V, p. 3834.

⁵⁴ Como pone de manifiesto SOSA WAGNER, «la reserva puede afectar a la titularidad y a la explotación o sólo a aquélla, de forma que la utilización o explotación del recurso se confíe a otros sujetos jurídicos» (...). Por otra parte, tal como igualmente manifiesta este autor, «cuál es el momento en el que una actividad pasa de ser puramente privada a constituir un servicio público es algo que nos marca el a menudo imprevisible ritmo de la historia en forma de pasos graduales» (*La gestión...*, p. 33).

La presencia, en concreto, de un servicio público, justifica un determinado régimen jurídico: «la titularidad de la Administración sobre la función o actividad de que se trate» (de ahí que «los servicios públicos tienen como una vocación natural al monopolio») y el régimen de exorbitancias propio del Derecho público sin perjuicio de que en las relaciones *ad extra* la actividad de servicio público se sujete al Derecho privado (ARIÑO, *Economía...*, p. 300 y ss., 317 y ss. y 338; véase también RIVERO YSERN, «Derecho público y Derecho privado en la organización y actividades de las empresas públicas», *RAP*, n.º 86; BAENA DEL ALCÁZAR, *Régimen jurídico de la intervención administrativa en la economía*, Madrid 1966).

La tónica general ha sido hasta el momento que el servicio público se haya realizado en régimen de monopolio, pese a la existencia de declaraciones legales contrarias (así el artículo 64 de la LCE).

Sin embargo, la tendencia actual está, siempre en la medida de lo posible, en liberalizar y desregularizar los servicios públicos. Véase así especialmente J. E. SORIANO GARCÍA, *Desregulación...* p. 39: «De lo que se trata es de examinar caso por caso las diferentes situaciones, pero desde luego no hacer caso alguno a la retórica anticompetencial que es la más tradicional en nuestro país, en el que basta declarar formalmente una actividad de servicio público, para que se cierre toda discusión y toda posibilidad de analizar ese tema a la luz del Derecho de la Competencia». Y en la página 44: «Ni está claro que el servicio se preste mejor en monopolio, ni tampoco está claro que el costo del servicio no vaya unido, precisamente, a la publicación de la actividad». Este autor insiste en la necesi-

servicio público sufrirá una revisión importante, pues indudablemente van a resultar limitadas las posibilidades de tales reservas económicas públicas en torno a los servicios públicos —en virtud de la política de la competencia y la libertad de prestación de servicios—⁵⁵.

Una vez contamos, así, con unas pautas y limitaciones jurídicas generales resta la referencia a su eficacia o virtualidad práctica. En cualquier caso, el planteamiento jurídico aquí existente es de carácter público. Estamos ante un ámbito puramente jurídico-público, el del posible control de las decisiones administrativas de tomar la iniciativa pública en el mercado⁵⁶.

La doctrina que se ha enfrentado con esta cuestión, de las posibilidades de una revisión judicial⁵⁷, llega a la conclusión de las limitadas

dad de abrir tales monopolios de servicios públicos al régimen de competencia (especialmente en lo referente al servicio universal de bienes que no son básicos). E, incluso cuando se trate del servicio universal sobre bienes básicos «no significa esto, desde luego, que no existan modelos alternativos a la prestación por un monopolista de titularidad pública de un servicio igualmente público» (página 45).

⁵⁵ Así, la Dirección General de Estudios (División del Mercado Interior) del Parlamento Europeo está estudiando la noción de servicio público, cuestionando su conceptualización tradicional en el contexto comunitario; un documento interno de trabajo dice, en este sentido, que: «En el contexto de la liberalización, caracterizado por la privatización de numerosas empresas públicas que se experimenta dentro de los Estados miembros, la noción de servicio público queda cuestionada (...). Se puede pensar que muchas actividades consideradas tradicionalmente como servicios públicos (porque revelan un interés general) pueden ser dejadas al libre juego del mercado sin interferencia de los poderes públicos». En los informes dictados hasta el momento se deja entrever no sólo la preferencia por una gestión privada de los servicios públicos sino también la propia cuestionabilidad acerca del propio servicio público.

En este sentido, SALAS insiste en el impacto de la aplicación del régimen de competencia a los servicios públicos, desde la perspectiva comunitaria. Puede verse el estudio de J. SALAS HERNÁNDEZ, «Servicio público y competencia a la luz del Tratado de la Comunidad Económica Europea», *El desenvolupament del dret administratiu europeu*, Barcelona 1993 p. 197 y ss.

Igualmente, por mi parte me he dedicado a este tema, por lo que respecta al servicio del transporte aéreo en mi artículo «Realidades, perspectivas...» *op. cit.*

⁵⁶ Al respecto, especialmente, DICKERSBACH, «Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand im Verhältnis zur Privatwirtschaft aus öffentlich-rechtlicher Sicht», *WuV*, 1983 p. 207 y GRUPP, *ZHR*, 140 p. 391.

⁵⁷ Estamos haciendo alusión a las posibilidades del Derecho de la Competencia como medio de control de la actividad económica de los poderes públicos. De este modo, el control al que nos referimos es al judicial, pues son los jueces quienes aplican tal legislación. No tratamos de abordar el tema, en general, del control sobre las empresas públicas, que desborda el plan-

posibilidades de ejercer tal control en estas materias económicas, atendiendo a los procesos de valoración política (y no de mera interpretación jurídica) que se encierran en estos casos, especialmente por lo que respecta al Tribunal Constitucional ⁵⁸. En relación con la facultad de reserva para la realización de servicios esenciales, la Constitución habilita, simplemente, al Estado para que se reserve servicios esenciales, mediante Ley (sentencias del Tribunal Constitucional de 31 de marzo y de 7 de diciembre de 1982, respecto a la reserva al Estado para la radiodifusión y televisión).

Debe así reconocerse que, pese a su reconocimiento o previsión, este control público no permite grandes posibilidades, al ser discrecional la decisión pública de intervenir en el mercado. O, al menos, que no es el único tipo de control. Tampoco el más efectivo, ni seguramente el de mayores posibilidades prácticas de cara al futuro, tal como vamos a intentar poner de manifiesto seguidamente.

No es de extrañar que, llegados a este punto, se haya considerado (en el Derecho alemán) que en este planteamiento jurídico-público se identificaba una laguna jurídica respecto a los medios de control sobre tal iniciativa administrativa de actuación sobre el mercado. Pese a que en principio tal control público es el llamado a desarrollar un con-

teamiento del presente trabajo; al respecto puede verse; GARRIDO FALLA, *La empresa pública*, Tomo I, Bolonia, 1970; T. R. FERNÁNDEZ, «La organización y el control del sector público industrial en España», *La empresa pública, I*; DE MIGUEL GARCÍA, *El intervencionismo y la empresa pública*, Madrid 1974; SOSA WAGNER, *Ordenación y control del sector público empresarial público en España*, Madrid 1971; MARTÍN MATEO, «Empresa pública, empresa privada, economía mixta», *REDA*, n.º 15; MENDIZÁBAL ALLENDE, «La fiscalización de la actividad económica de las Corporaciones locales», *REALA*, n.º 212 (1981) p. 617 y ss. (refiriéndose al control del Tribunal de Cuentas y la impugnación de sus resoluciones). También sobre éste, S MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho administrativo-económico*, 1988, p. 271.

⁵⁸ Me remito, sin más, a ARIÑO ORTIZ, *Economía...* p. 113 a 121, con numerosa bibliografía al respecto. Las posibilidades de control no están, así, respecto a la propia iniciativa económica. Por contra, están en relación con «el cómo se realiza la actividad: la competencia, el procedimiento, la forma de hacerlo, la indemnización justa, las garantías judiciales de que se rodea» (...). «Cualquier transgresión de esta materia supondrá una infracción del artículo 128 y del artículo 53 de la Constitución española y sería plenamente revisable por el Tribunal Constitucional (...)».

Esta es la conclusión a la que llega hoy este autor, especialista en la materia, después de que catorce años antes se había planteado ya la cuestión (al menos que yo conozca en «La iniciativa pública en la Constitución: delimitación del Sector público y control de su expansión», en *Empresa pública española*, Madrid 1980 p. 137 y ss.; en este artículo concluía ARIÑO «que el único verdadero control posible es la autorización parlamentaria anual en la Ley de Presupuestos o, excepcionalmente, mediante Leyes o simples acuerdos de la Comisión parlamentaria correspondiente».

trol al respecto, aquél no podía ofrecer una adecuada o plena garantía jurídica.

Es así como se empieza a desarrollar otro tipo de control, seguramente menos adecuado con estos casos, pero más práctico, que es el que permite la aplicación de la Ley de Competencia Desleal. La jurisdicción civil se hizo eco de tal problemática y comenzó a desarrollar un control subrepticio pero efectivo sobre la iniciativa administrativa de intervención en el mercado, basándose en que en estos casos, pese a que el asunto jurídico era evidentemente público, lo cierto es que podía desprenderse asimismo un «efecto concurrencial» de tales decisiones administrativas. En realidad, el control se desarrolla en general sobre los efectos desleales o contrarios al mercado de actuaciones administrativas, teniendo en cuenta que una actuación administrativa puede conllevar un efecto perturbador y antijurídico sobre el mercado.

Mediante este control, de los efectos desleales para la competencia de las actuaciones administrativas, puede llegarse indirectamente a un control de la iniciativa administrativa de intervención en el mercado. Si ésta contraría las reglas de competencia, pudiéndose identificar una actitud desleal, el Tribunal civil declara que la Administración no puede iniciar tal actividad económica. La base para ello era considerar una doble calificación («Doppelqualifikation») de las medidas administrativas, por una parte evidentemente pública (al ser una actuación administrativa) y, por otra parte, privada (al tener un efecto sobre las relaciones de competencia).

Contamos con algunos ejemplos jurisprudenciales claros, que han servido para motivar a la doctrina para desarrollar una doctrina compacta. Con base en el artículo 1 de la Ley de Competencia Desleal alemana (que es el equivalente a nuestro artículo 5) un empresario puede hacer valer la pretensión procesal con el fin de impedir que la Administración acceda al mercado y desarrolle, así, una actividad económica determinada ⁵⁹.

⁵⁹ La jurisprudencia admite en la actualidad este tipo de pretensiones, tras haber superado la doctrina anterior en sentido negativo, que se basaba en el dato de la oportunidad en el ejercicio de una facultad soberana sobre el hecho de participar en una relación de competencia.

En Alemania, del artículo 1 de la Ley de Competencia Desleal se desprende una pretensión por la cual el particular, empresario, puede pretender que se le proteja (en la relación de competencia) frente a actuaciones desleales (BGH -Tribunal Supremo civil- *NJW* 1987, p. 60 y ss.). Para identificar la relación de competencia, a los efectos de ejercitar la acción, un indicativo práctico es el de si el comprador puede elegir entre la oferta del em-

Por ejemplo, se ha hecho valer por empresarios fabricantes de hielo frente a la Administración municipal, por el hecho de que vendía a precios de saldo los bloques de hielo que a aquélla le sobraban ⁶⁰.

El Tribunal Supremo alemán ⁶¹ mantiene que es desleal una actividad industrial del sector público que se desarrolla fuera de su ámbito de competencias, sin consideración a los demás empresarios que desarrollan esa misma actividad en el mercado, causándoles a éstos un perjuicio. Esta doctrina la mantuvo en relación con un caso según el cual la Administración (de la Seguridad Social) vendía gafas a precio menor que el del mercado. Se valió el Tribunal del artículo 1 de la Ley frente a la competencia desleal para declarar la actividad contraria a las buenas costumbres (que es una de las formas por las que se incurre en competencia desleal). El Tribunal consideró que la Administración aprovechó la exención fiscal para desarrollar tal actividad, para fijar precios más bajos, vendiendo más barato; asimismo, que no existía una atribución competencial para desarrollar esta actividad. Por otra parte, se basó en que la actividad administrativa amenazaba la supervivencia de las relaciones de competencia, y en que tal actividad está llamada a ser realizada por los particulares en el mercado, y no por el Estado.

De un análisis de esta sentencia, desprendo dos consecuencias, que considero especialmente relevantes:

La primera es que, junto a la posibilidad de evitar cualquier efecto desleal o contrario a la competencia, puede también contestarse la propia iniciativa administrativa económica. El Tribunal civil puede llegar a establecer que la Administración no desarrolle la actividad económica en cuestión, si ésta es desleal. En nuestro ordenamiento español, también está abierta esta posibilidad. En concreto, el artículo 5 de la

presario privado y la de la Administración. Véase, así, la resolución del Tribunal de Conflictos de Baviera, en *DÖV* 1975 p. 394 y ss.

La deslealtad se funda en el hecho de la posición privilegiada o ventajosa de la Administración en el mercado, pudiendo provenir ésta de la financiación adicional de aquélla por parte de los impuestos (*Wettbewerbsvorteil*) —Von MÜNCH «*Verwaltung und Verwaltungsrecht*», en ERICHSEN/MARTENS *Allgemeines...* p. 42; PÖPPEL «*Wettbewerbverzerungen...*» p. 133—.

⁶⁰ BHG GRUR 1965 p. 373 y ss.; BB 1965, p. 392 y ss.; RG 132, p. 296; *DÖV* 1975 p. 394 y ss.; Karlsruhe *WRP* 89 p. 605, que declara desleal el suministro (regalado), por parte de la «Mutualidad» de dentistas de programas de ordenador, a los dentistas; véase también STÖBER *Handbuch...* p. 722.

⁶¹ Sentencia del Tribunal Supremo civil, *BGHZ* 82, p. 375.

Ley 3/1991 reputa desleal «todo comportamiento que resulte contrario a las exigencias de la buena fe». Como dice Broseta es «una cláusula general prohibitiva, similar a la que predomina en la mayoría de los ordenamientos europeos, con conceptos amplios y elásticos, a través de los que el legislador tiende a prohibir las distintas variedades de actos desleales». Así, pues, en España, con postulados jurídico-materiales similares a los de Alemania, los Tribunales ordinarios españoles pueden llegar a impedir la iniciativa económica administrativa, cuando la actuación en cuanto tal sea desleal ⁶².

En la sentencia alemana que nos ocupa, se reputó desleal la actuación. El Tribunal alemán examinó también si tal actuación se justificaba de acuerdo con el Derecho público, y si existía un fin público (presupuesto básico para que los poderes públicos puedan iniciar la actividad económica), así como si la ventaja concurrencial del Estado causan un peligro para la existencia de las relaciones de competencia ⁶³.

⁶² En concreto, los presupuestos para identificar tal «deslealtad» son que el acto se realice en el mercado y con fines concurrenciales, que el acto o actividad sea objetivamente contrario a las exigencias de buena fe, que la actuación sea susceptible de producir daño y, por último, la ausencia de voluntariedad o intencionalidad en la deslealtad (BROSETA, *Manual...* p. 132 y ss.). En Alemania se exige que estemos ante relaciones igualitarias entre el Estado y los ciudadanos (lo cual es propio de estas relaciones mercantiles) o que al menos pueda extraerse un efecto concurrencial, si se trata de una actuación soberana. Evidentemente, este último criterio es más perfecto que el «que el acto se realice en el mercado», ya que los efectos desleales pueden provenir de actuaciones soberanas (pero no simplemente mercantiles), tal como ya nos consta de los ejemplos jurisprudenciales que seleccionamos.

Así, pues, si la actuación administrativa es desleal puede impedirse; no se trata ya de la corrección de una actuación desleal como de la corrección de la propia iniciativa económica al impedirse tal actuación, por el hecho de ser desleal.

⁶³ La doctrina discute, en general, si una simple infracción del ordenamiento por parte de la Administración, da lugar por este hecho a su consideración como «desleal».

Tomando parte en esta polémica, ha de considerarse que la «deslealtad» no puede surgir del simple hecho de la infracción legal por parte de los poderes públicos (por ejemplo, de las normas de atribución de competencias —funciones—), ya que ha de identificarse además una valoración o relevancia del hecho infringido como propio del Derecho de la competencia, de lo cual resulte tal deslealtad.

Sin embargo, para SACK, *WRP*, 1985 (1) p. 9 y ss. cada actividad que según el Derecho público fuera ilegal, sería al mismo tiempo contraria a las buenas costumbres, en el sentido de la Ley de Competencia Desleal. Puede verse la crítica al respecto de MEES, *WRP*, 1985 p. 373; una limitación a este planteamiento resultaría además de la doctrina de W. HEFERMEHL/A. BAUMBACH, *Wettbewerbsrecht*, München 1990 p. 734 y ss. § 931 y ss., para quienes la lesión o vulneración jurídica de normas con mero carácter interno, de tipo puramente objetivo, de organización administrativa, que cause un comportamiento desleal no es por sí sólo susceptible de ser recriminado mediante la Ley de Competencia Desleal. Al respecto, se ha planteado en la práctica si la vulneración del principio de sub-

La segunda es que, si el Tribunal civil estima que los particulares tienen un deber de soportar tal intervención económica administrativa (porque se trata de un servicio público —Daseinvorsorge⁶⁴— que, pese al efecto desleal, tendría que soportarse), el perjudicado puede ejercitar entonces una pretensión por responsabilidad administrativa (enteignungsgleiche Eingriffe)⁶⁵.

De este modo, contamos con dos garantías: la primera, de justicia primaria, la posibilidad de detener los efectos mismos; la segunda, la de responsabilidad administrativa si no puede hacerse valer la primera.

Esta jurisprudencia impactó en la doctrina alemana. Más allá de estos casos concretos, la importancia de estas decisiones jurisprudenciales radicaba en el hecho de la vía que se abría de control sobre las decisiones administrativas de iniciar una actividad económica, una *vis expansiva* que algunos vieron con gran recelo⁶⁶, y otros valoraron de

sidiariedad (en el ámbito local), por el cual los Municipios pueden desarrollar una actividad económica sólo si tal actividad no puede realizarse mejor por los agentes privados, da lugar a un reflejo jurídico subjetivo. La respuesta doctrinal mayoritaria es afirmativa (véase KLUTH, *Grenzen...* p. 90).

En general, sobre este tema, ULMER, *ZHR* 146 (1982) p. 466 y 497; SCHRICKER, *Gestzesverstoß und Sittenverstoß*, p. 261 y ss.; en la jurisprudencia, un caso próximo al seleccionado en este trabajo es, además, el de la sentencia que resuelve la demanda de empresarios comisionistas, ante la jurisdicción contencioso-administrativa, frente a la Administración municipal en relación con su oficina de alquiler de viviendas (BVerwG *DÖV* 1978, p. 851 y ss.).

⁶⁴ Así, insiste EHLERS, *Verwaltung...* p. 366, en que el Derecho de la Competencia no puede llegar a hacer imposible la observancia de los poderes públicos de la realización de sus fines públicos.

⁶⁵ Por mi parte, me he dedicado a explicar este régimen de responsabilidad administrativa alemán en mi libro *Las vías de hecho administrativas*, Madrid (Tecnos) 1994. En este contexto, puede verse *NJW* 78, p. 1539. En Alemania tales pretensiones se presentan ante la propia jurisdicción civil.

⁶⁶ Así, BETTERMANN, *DVBl* 1977, p. 180 y ss y *NJW*, 1977 p. 513; PÜTTNER, *DÖV*, 1976 p. 635. Efectivamente, lo que la nueva jurisprudencia civil ocasionaba era una alteración de las reglas de competencia entre los Tribunales civiles y administrativos, pues cuando estamos ante una actuación soberana (*hoheit*) la competencia quedaba tradicionalmente reservada a los administrativos y vedada a los civiles. Estos sólo podían enjuiciar el caso cuando los poderes públicos actuaban en estrictas relaciones económicas en plano de igualdad con los particulares, pero no podían conocer del asunto cuando se trataba de controlar una actuación administrativa soberana o en plano de supremacía. Lo que la nueva jurisprudencia ocasiona es la posibilidad de que los Tribunales ordinarios conozcan de los asuntos jurídicos cuando la actividad soberana tiene al mismo tiempo un carácter concurrencial. Cuando no puede extraerse tal «efecto concurrencial», como es obvio la competencia permanece en

forma muy positiva ⁶⁷. No se esperaron reacciones contrarias a tal extensión de la Ley de Competencia Desleal ⁶⁸. Lógicamente no les faltaba ninguna razón a quienes mantenían que este tipo de decisiones, que llevaban en el fondo a anular una decisión administrativa de iniciativa pública en la actividad económica (pues a nadie se ocultaba que eso era precisamente lo que los Tribunales civiles pretendían), correspondía a la jurisdicción contencioso-administrativa, atendiendo a que el litigio era realmente el de la impugnación de un acto administrativo de iniciativa en el mercado.

Ciertamente, el argumento «civilista» reconoció también este hecho, pero valoró positivamente que, en tanto la jurisdicción administrativa no desarrollara un control *adecuado*, en tanto que se mantuviera tal laguna jurídica, y en tanto no se lograra o desarrollara el planteamiento jurídico público, estaba plenamente justificado este tipo de control civil sobre la iniciativa administrativa de intervención en el mercado. No se negaba el control público, se afirmaba el civil, como la mejor de las soluciones prácticas, si bien nadie dudaba de la mejor adecuación de tal control con los medios jurídico-públicos ⁶⁹.

los Tribunales contencioso-administrativos (BGH GR 78, p. 448 y BGH GB 81, p. 823 y 825). Por su parte, la Ley de Competencia Desleal también protege a las empresas públicas frente a actos desleales de sus competidores (BGH GR 62 p. 470).

⁶⁷ Positivamente la posición mayoritaria, V. EMMERICH, *Das Recht...* p. 35: «de esta forma es como se consiguió *al fin* una protección frente a una excesiva concurrencia del poder público»; R. SCHOLZ, «Wettbewerbsrechtliche Klagen gegen Hoheitsträger: Zivil- oder Verwaltungsrechtsweg?», *NJW*, Heft 1/2, p. 16 y ss.; GAMM, «Verfassungs—...» p. 36; véase también W. HEFERMEHL/A. BAUMBACH, *Wettbewerbsrecht...* p. 728 § 917 y p. 729, § 919 y p. 734 § 930.

⁶⁸ Al respecto de las posiciones puede verse también KLUTH, *Grenzen kommunaler Wettbewerbsteilnahme*, Münster 1988 p. 96 y ss.

⁶⁹ Esta idea no hace sino corroborar la tesis general, presente en el Derecho público procesal de que en tanto éste no se desarrolle satisfactoriamente, está justificado un control civil (que pese a ser inadecuado es el mejor de los existentes), idea que tiene numerosas manifestaciones en la práctica y sirve de llamada de atención a los iuspublicistas para que el Derecho público logre dar solución a los problemas jurídicos propios de su ámbito jurídico público. Esta no es sino la tesis que intenté poner de manifiesto en la parte segunda de mi libro *Problemas procesales actuales de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1994.

En este contexto, y respecto a la referencia a la doctrina alemana, véase así MENGER, *VerwArch*, 68 (1977), p. 293; R. SCHOLZ, «Wettbewerbsrechtliche...» p. 18. Un reciente e interesante artículo (SCHLIESKY, *DÖV*, 1994, 3, p. 114) pone de manifiesto la necesidad de atribuir el control a la jurisdicción contencioso-administrativa.

La doctrina secundó así la tesis del «efecto concurrencial de las decisiones administrativas», para apoyar la *vis* expansiva de este control de la competencia sobre las «iniciativas públicas en la economía», como medio precisamente de controlar jurídicamente tal iniciativa pública de intervención en las relaciones económicas.

De todos modos, se espera que llegue el momento en el que se desarrollen jurisprudencial y doctrinalmente criterios jurídicos adecuados, que permitan un control idóneo, y por tanto de la jurisdicción contencioso-administrativa. Un control público, inexistente en la práctica de forma real, que atendiera con criterios específicos, a los distintos intereses en juego presentes en estos casos.

De este modo, querría advertir en nuestro ámbito jurídico propio (español) de la virtualidad de la Ley de Competencia Desleal (de su artículo 5 o cláusula general) para desarrollar un control sobre la iniciativa pública de realizar una actividad económica. Esta podrá ser estimada desleal, contraria a las buenas costumbres, y atacada por los perjudicados ante los Tribunales civiles. Se abre, así, en España, una nueva vía —sin aplicación hasta el momento— de control de la iniciativa económica de la Administración. Una vía práctica indudablemente, que logra, mediante el enfoque del asunto como «propio de la competencia desleal», atacar indirectamente las decisiones de iniciativa en el mercado. Respecto a los concretos medios de control judiciales, ésta no es sino una vía que se suma a la de la jurisdicción contencioso-administrativa. Es de esperar que, de merecer atención esta cuestión y calar en nuestro ordenamiento el planteamiento o vertiente jurídico-pública del Derecho de la Competencia, nuestro Derecho sufra una evolución similar a la alemana ⁷⁰, cuando se advierta de las posibilidades de tal control civil sobre la Administración, más efectivo, expedito y resolutorio (para lograr lo que los sujetos quieren), que el control administrativo. Puede comenzar a desarrollarse en nuestro país el control de los Tribunales, en virtud de la Competencia Desleal, como medio de control de la iniciativa pública económica, evitando cualquier extensión desmesurada de ésta, mediante la protección de los particulares que tienen derecho de ejercer su actividad económica en el mercado.

⁷⁰ Por otra parte, también en Francia encuentra aplicación tal control, por parte de los Tribunales ordinarios, de la actividad económica, en virtud de la legislación de competencia desleal (por todos, D. LOSCHAK, «Les problèmes juridiques posés par la concurrence des services publics et des activités privées», *A.J.D.A.* 1971 I p. 263 y ss.).

5. LA ACTUACIÓN ECONÓMICA EN EL CASO DE LOS MUNICIPIOS

5.1. La iniciativa económica de las Entidades Locales está reconocida, además de en el artículo 128 de la Constitución, en los artículos 84 y siguientes de la LBRL y los artículos 95 y ss. del Texto Refundido ⁷¹.

Para poder iniciar una actividad económica, la Entidad local tendrá que motivar, mediante expediente acreditativo, su conveniencia y oportunidad (artículo 86.1 de la LBRL ⁷²). Sin duda, esta necesidad de motivación y de seguir un procedimiento para poder iniciar una actividad económica es una garantía jurídica que logra la seriedad necesaria respecto de las iniciativas económicas locales, sin perjuicio de que —además— las decisiones administrativas municipales sean revisables, de forma más o menos afortunada, por los Tribunales contencioso-administrativos ⁷³. La motivación es, asimismo, una garantía, indudablemente, quedando la Administración local obligada a motivar y conven-

⁷¹ El artículo 86 de la LBRL dice, en concreto: «Las Entidades Locales, mediante expediente, acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida, podrán ejercer la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas, conforme al artículo 128.2 de la Constitución». Por su parte, el artículo 96 del Texto Refundido: «La iniciativa de las Entidades Locales para el ejercicio de actividades económicas, cuando lo sea en régimen de libre concurrencia, podrá recaer sobre cualquier tipo de actividad que sea de utilidad pública y se preste dentro del término municipal y en beneficio de sus habitantes».

⁷² Un análisis desmenuzado sobre el procedimiento que han de seguir las Entidades locales, puede verse en F. SOSA WAGNER, *La gestión de los servicios públicos locales*, Madrid 1992 p. 38.

Véase también sobre la actividad económica local en general, TORNOS MAS, «Competencias municipales para la ordenación y gestión de los servicios públicos», *REALA*, n.º 245 (1990) p. 23 y ss.; LÓPEZ PELLICER, «Servicio público municipal y actividades particulares de interés público», *REALA*, n.º 178, (1973) p. 260 (con una definición del servicio público y un análisis de los modos de gestión de los servicios públicos y una referencia a los servicios públicos municipales en régimen de competencia o de monopolio); MANZANEDO Y OTROS, *Curso de derecho administrativo económico*, I.E.A.L. Madrid 1970 p. 388; MORELL OCAÑA, «La actividad de gestión de los Entes locales», *REALA*, n.º 190/1976 p. 284.

Sobre las formas de gestión, junto a la obra citada en primer lugar en esta nota, puede verse también, A. ALONSO UREBA, *La sociedad mercantil de capital como forma de empresa pública local*, Madrid 1988; J. F. DUQUE DOMÍNGUEZ, «La sociedad privada municipal», *REALA*, n.º 179 (1973) p. 401 y ss.; V. BOIX REIG, «Presupuestos e instrumentos para la funcionalidad de los organismos institucionales de los Ayuntamientos», *REALA*, n.º 215 (1982) p. 472 y ss.; LLISSET BORRELL, «Las sociedades privadas de los entes locales», *REALA*, n.º 235 y 236 (1987) p. 619 y ss.

⁷³ Véase, así, la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de septiembre de 1989, comentada por F. SOSA WAGNER, «Comentario a la desafortunada sentencia del Tribunal Supremo

cer con tal motivación, acerca de su iniciativa económica. Por último, ante la dificultad de desarrollar un control judicial sobre la iniciativa económica por parte de los Tribunales contencioso-administrativos (pensando en la amplia discrecionalidad que tiene la Administración) se convierte en un punto de especial interés, a mi juicio, el de la garantía del artículo 97.1.c del Texto Refundido, que abre la posibilidad a los particulares y Entidades para que éstos aleguen las observaciones que consideren en torno a la memoria justificativa de la actividad económica y financiera de la Entidad local. Todo este tipo de previsiones, de reconocimiento de derechos tales de los particulares durante el procedimiento administrativo, son de un gran interés siempre, pero especialmente, como ocurre en el presente caso, cuando las posibilidades de control judicial son limitadas —atendiendo a la oportunidad de que goza la Administración para valorar los elementos de hecho con el fin de desarrollar la actividad económica correspondiente—.

Si la actuación de la Corporación pretende ser monopolística, el artículo 97.2.2 del Texto Refundido condiciona tal posibilidad a la aprobación del acuerdo de la Corporación por parte del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma correspondiente ⁷⁴. Esto hace referencia, según el artículo 97.2 del Texto Refundido, a la ejecución efectiva en régimen de monopolio de «las actividades o servicios esenciales reservados de acuerdo con lo establecido en el artículo 86.3 de la LBRL» ⁷⁵, lista que puede ser ampliada mediante Ley (artículo 86.3 *in fine* del primer párrafo). Al

de 6 de septiembre de 1989», *Revista del Poder Judicial*, n.º 19, septiembre 1990. Sobre la iniciativa económica de las Entidades locales también la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 1987.

⁷⁴ La necesidad de seguir un procedimiento (municipalizador) se ha visto tradicionalmente como la garantía a favor de los particulares frente a tales municipalizaciones (MANZANEDO, *op. cit.* p. 229; LÓPEZ PELLICER, «Servicio...» p. 277, 278 y).

Para la «provincialización», en concreto, puede verse SALAS HERNÁNDEZ, «La provincialización de servicios: iniciativa pública en la actividad económica y reserva al sector público de ámbito provincial», en la obra colectiva *La provincia en el sistema constitucional*, Madrid 1991, p. 207.

⁷⁵ En concreto son el abastecimiento y depuración de aguas, la recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, el suministro de gas y calefacción, los mataderos, mercados y lonjas centrales, el transporte público y de viajeros y los servicios mortuorios. En Alemania, BADURA (*Das Verwaltungsmonopol*, Berlín 1963 p. 125) afirma que la exigencia de la presencia de un interés público (para que pueda desarrollarse una actividad económica municipal) ha llevado a que esta actividad se reduzca hoy entonces a la actividad de gestión de servicios públicos; lo que ocurre es que también pueden desarrollar actividades consideradas no económicas, en concreto en régimen de monopolio, como son, en este criterio, «monopolios justificados por razones sanitarias», dentro de los que se hacen encajar, entre otros, los monopolios sobre servicios funerarios.

respecto de los monopolios locales, y pese a que nuestro estudio no consiste en un estudio sobre esta cuestión, uno no puede menos que preguntarse acerca del sentido o incluso adecuación de tales monopolios con la política de la competencia y liberalizadora del mercado proveniente del Derecho comunitario. El Tribunal de Defensa de la Competencia español, en su informe sobre la libre competencia en los servicios (junio de 1992) se limita a recomendar la supresión de los monopolios locales ⁷⁶.

Una vez queda constancia del reconocimiento de la iniciativa económica local, corresponde saltar al tema de los *criterios jurídicos que pueden servir de límite para tal iniciativa local*.

Al respecto, en principio debe reconocerse el amplio margen de discrecionalidad de las Entidades locales para acordar la iniciativa económica, la cual se extiende asimismo a la organización, modificación o supresión del servicio. Esto no es consecuencia sino de poner en conexión la iniciativa económica con el contenido mismo de la autonomía local: siempre que se trate de competencias que contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal debe reconocerse un correspondiente margen de iniciativa económica (en virtud, pues, de la «competencia general» a favor del municipio en este ámbito ⁷⁷).

⁷⁶ Ciertamente es que los monopolios locales no son un fenómeno exclusivo del Derecho español (véase así, para los monopolios locales en Alemania, BADURA, *Das Verwaltungsmonopol*, Berlín 1963 p. 125), si bien desde Alemania se critica con razón la extensión del monopolio local español (PIELOW, *Autonomía local in Spanien und Kommunale Selbstverwaltung in Deutschland*, Bochum, 1992). La normativa comunitaria no permite por el momento deducir las mismas consecuencias que en los monopolios del Estado, donde está fuera de duda, como es sabido, su afección por el Derecho comunitario (en los términos del artículo 37 del Tratado constitutivo de la CE, y, en la doctrina, por todos, G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, «Los monopolios de Estado», *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, dirigido por García de Enterría/González Campos/Muñoz Machado, p. 480 y ss.; C. BELLAMY/G. CHILD, *Derecho...* p. 725 y ss. § 13). Por otra parte, las normas comunitarias que afectan a sectores tales como los servicios públicos de transporte o de energía, están implantando el régimen de competencia en tales sectores (al respecto GONZÁLEZ-VARAS, «Realidades, perspectivas y limitaciones del transporte aéreo», *Noticias CEE*, 1993 (n.º 112) mayo 1994).

En cualquier caso, la legislación española de Defensa de la Competencia exige que tales monopolios respeten las reglas de competencia, sin poder así abusar de su posición dominante en el mercado. La Ley de Defensa de la competencia no prohíbe los monopolios, sí el abuso de su posición dominante en el mercado. C. BELLAMY/G. CHILD (p. 516 y 526), comentando el artículo 86 del Tratado de la CEE llegan a la misma conclusión, en el ámbito comunitario: lo que se prohíben son los abusos de posición dominante de los monopolios. Por otra parte, las directivas comunitarias de contratación exigen el respeto de los principios comunitarios de tales directivas para cuando un poder adjudicador (también así un Municipio) contrate la realización de un servicio público con un concesionario.

⁷⁷ Sigo a F. SOSA WAGNER, *La gestión...* p. 38, así como, del mismo autor, «La autonomía local», *Estudios sobre la Constitución española, Homenaje a Eduardo García de Enterría*.

Por otra parte, el planteamiento legal, cuando se refiere a la «iniciativa económica», está pensando claramente en la realización de los servicios públicos. Así reza ya el propio título del capítulo II, que es donde aquélla se regula: «actividades y servicios»; más concretamente, el artículo 86 de la LBRL, cuando reconoce «la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas», explica, en el segundo inciso, que se está refiriendo a los servicios públicos, a «la gestión del servicio». Al respecto, rige, como ya nos consta, un amplio margen de discrecionalidad administrativa en favor de la Entidad local, para acordar el inicio de una actividad económica, siempre que motive su conveniencia y aquélla esté en relación con los fines propios del ámbito local.

Sin embargo, la actividad económica municipal engloba también la realización de actividades puramente industriales o mercantiles ⁷⁸. El servicio público es la primera (históricamente) y más esencial de las formas o manifestaciones de la actividad económica municipal, para, posteriormente, pasar a reconocerse la mera actividad mercantil o industrial de las Entidades locales ⁷⁹. Ello no impide que el ánimo lucrativo no haya llegado a ser la intención real de la actuación económica municipal respecto de la propia gestión de servicios ⁸⁰.

ría, Tomo IV, p. 3215 y ss.; las ideas estaban ya esbozadas en parte en su artículo anterior «Ayuntamientos y ahorro energético», *REALA*, n.º 210 (1981) p. 311.

⁷⁸ La actividad empresarial o mercantil pública es un fenómeno que surge en los años cuarenta a través de la empresa pública concurrencial, momento en el cual se llegó a plantear por la mejor doctrina si había entonces que proceder a extender el concepto de servicio público (GARRIDO FALLA) o era necesario reconocer sustantivamente la gestión económica del Estado (VILLAR PALASÍ, «La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo», *RAP*, n.º 3; del mismo autor su libro *La intervención administrativa en la industria*, Madrid 1964; para una delimitación del servicio público y de la gestión económica (o actividad pública meramente industrial) —ARIÑO, *Economía y Estado*, Madrid 1993 p. 296 y ss.—.

⁷⁹ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La actividad industrial mercantil de los municipios», *RAP* n.º 17 (1955) p. 121.

⁸⁰ Así, respecto a la municipalización (o monopolios municipales de servicios) debieran recordarse ciertos testimonios históricos, como el Estatuto Municipal de 1924, en el cual late la idea de que la municipalización de los servicios se hace con el fin de aumentar los ingresos municipales. En el preámbulo de este Estatuto puede leerse: «Con cautela y prudencia podrá hacerse mucho bien de los pueblos, ya que la renta diferencial que permitirá absorber el monopolio municipal asciende, en gran número de casos, a considerables cifras». Con tal táctica lo que se pretendía era rebajar los impuestos, tal como decía también el Proyecto de Ley de Hacienda Municipal (de 14 de junio de 1905), en su artículo 19, «con los rendimientos líquidos de los servicios públicos explotados por los Ayuntamientos se llevará a cabo la desgravación de los impuestos que constituyen actualmente su presupuesto de ingresos, emparejando por el de consumos (...)».

La falta de claridad legal seguramente sea reflejo del auge histórico de esta noción de servicio público, con la que se llega a identificar el mismísimo Derecho administrativo, y, cómo no, entonces, la actividad económica pública⁸¹. Sin embargo, nada impide, obviamente, pese a la ausencia de una mención específica para la simple *actividad mercantil* municipal, que las reglas legales de la LBRL y el TR, que hemos mencionado, rigen también para este tipo de actividad (véase así el artículo 96 del Texto Refundido).

Rige, de este modo, la regla general de libre iniciativa económica local para la realización de este tipo de actividades puramente mercantiles (lo cual se desprende asimismo de la Constitución económica —artículo 128.2 de la CE—). En el Estado español no opera, así de este modo, el principio de subsidiariedad. Pero precisamente por ello se hace necesario establecer unos límites o criterios jurídicos a tal iniciativa pública local.

Una vez hemos segregado la actividad local puramente mercantil, como género merecedor de una consideración especial dentro de la actividad económica, tales «criterios» han de ser especialmente restrictivos. Veámos ya que en la propia legislación local está implícita la iniciativa económica como iniciativa para la realización de servicios públicos. Si bien no puede quedar impedida la actividad meramente mercantil, cierto es que hemos de ser especialmente restrictivos al respecto de su extensión: La actividad económica ha de estar condicionada por la presencia de un interés público, y ésta está menos presente en este último tipo de actividad económica de tipo mercantil.

Es lógico, así, condicionar los requisitos generales previstos para poder iniciar una actividad económica, a la presencia (*real*) de «conveniencia y oportunidad» y a la existencia del criterio según el cual la actividad económica ha de ser de «utilidad pública y desarrollarse en beneficio de sus habitantes» (artículo 96 del TR).

⁸¹ No es de extrañar que la doctrina haya considerado sinónimas las expresiones «servicios públicos locales» y «actividades económicas» (CLIMENT BARBERÁ, *Legislación de Régimen Local*, Valencia, 1987 p. 241; también ABELLA, *Nuevo Régimen Local*, El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados, Madrid 1986, p. 752). La confusión terminológica de la legislación local ha llevado, así, a la doctrina a considerar toda la actividad económica como servicios públicos; e incluso que en la legislación local el servicio público hace referencia, en general, a todas las funciones locales (artículo 25 de la LBRL), debido a «la enorme amplitud que se le ha dado al concepto de servicio público» (DE LA CUÉ-TARA Y OTROS, *Introducción a los servicios locales. Tipo de prestación y modalidades de gestión*, Madrid 1991 p. 50 y 51).

Estos son requisitos que rigen tanto para los servicios públicos como para la actuación mercantil municipal, pero en este último y específico caso, al tratarse de una actuación empresarial, será más difícil hacer valer la utilidad pública necesaria para justificar tal iniciativa.

Lo que nos interesa, en concreto, mediante esta consideración específica de la actuación mercantil municipal, es deducir un contenido específico para este tipo de actividad, una interpretación concreta de las reglas generales que orientan la extensión de la actividad económica municipal, para este tipo de actuación.

Respecto al ámbito de la actividad meramente mercantil, la necesidad de acreditar la «conveniencia y oportunidad», así como la «utilidad pública» y el «desarrollo en beneficio de los habitantes del municipio», constituyen requisitos cuyo significado no es otro que si el mercado es suficientemente capaz para realizar tal actividad mercantil no podrá haber, entonces, lógicamente, tal oportunidad o conveniencia, ni la actividad se desarrolla en interés público y en beneficio de los habitantes. O, por otro camino, el interés público ha de estar (estrictamente) presente en estas actuaciones mercantiles ⁸², no existiendo tal interés público, si los particulares pueden realizar tal actividad mercantil.

No es de extrañar que la doctrina (Rivero Ysern) considere que estos requisitos legales de la LBRL son todavía exponente del principio de subsidiariedad, y que este principio está aún implícito en la legislación local española ⁸³.

La exigencia de tales requisitos («utilidad pública» y «desarrollo en beneficio de los habitantes del municipio») sirve para impedir que el ánimo lucrativo se convierta en la intención real de la actuación econó-

⁸² Pese a admitirse la gestión industrial municipal, ésta ha de hacerse con especiales cautelas o restricciones. Así, ya GARCÍA DE ENTERRÍA, («La actividad...» p. 128 y 129) manifestaba que «es preciso asegurar el constante servicio a estos fines sociales de la actividad industrial y mercantil de los Municipios, evitando que la propia dialéctica empresarial cuyas formas de gestión se adoptan, leve, como es frecuente, a un abandono de los mismos y a la desnaturalización de la actividad municipal en pura actividad económica, indiferente, e incluso dañosa al interés de la comunidad vecinal. Las formas de gestión y de control deben precaver la normalidad de este riesgo y disponer contra él sus defensas más eficaces».

Con este texto ejemplar se refuerzan, a mi juicio, las ideas que mantengo en este trabajo respecto de la simple actividad mercantil de las Entidades locales.

⁸³ Este hecho es, así, reconocido por esta doctrina, si bien para criticar la existencia de tales presupuestos y defender su supresión en la actualidad (RIVERO YSERN, *Manual de Derecho local*, Sevilla, 1989 p. 285 y 299).

mica municipal ⁸⁴, hecho o intención que ha estado presente incluso de forma descarada en la legislación local tradicional (respecto incluso de la propia gestión de servicios ⁸⁵).

En el Derecho alemán la subsidiariedad se proclama abiertamente para el conjunto de la actividad económica local (también los servicios públicos), principio que, como ya nos consta, ha sido desechado en el Derecho español tras el nuevo sistema constitucional. Sin embargo, cierto es que tal ordenamiento nos sirve para reforzar, al menos, la idea de fijación de límites estrictos para la legitimidad de la actividad económica local de tipo simplemente mercantil.

Al igual que en España, la actividad económica local, en general, está condicionada también en Alemania por la presencia de un interés público; así lo requieren las leyes de los *Länder*, que es donde se regula el régimen local (artículo 89.1 de la Ley municipal de Baviera y 88.1 de la Ley municipal de la Ley de Nordrhein-Westfalen); también la doctrina ⁸⁶ y la jurisprudencia ⁸⁷ insisten en ello.

Otro límite que se establece en el Derecho local alemán es la existencia de «solvencia suficiente para desempeñar la actividad económica pretendida» por parte del Municipio ⁸⁸. Este requisito, a mi juicio,

⁸⁴ Al respecto de esta cuestión, de la medida en que el ánimo de lucro puede estar presente en las actuaciones administrativas, puede verse (con distintas posiciones doctrinales sobre el particular principalmente la de ALBI), A. ÁLVAREZ-GENDÍN, «Tarifas de los servicios locales: licitud de la obtención de beneficios», *REALA*, n.º 182 (1974) p. 289 y ss.

⁸⁵ Así el Estatuto Municipal de 1924 dice en su Preámbulo: «con cautela y prudencia podrá hacerse mucho bien de los pueblos, ya que la renta diferencial que permitirá absorber el monopolio municipal asciende, en gran número de casos, a considerables cifras». Con tal actitud lo que se pretendía era rebajar los impuestos locales, tal como decía también el Proyecto de Ley de Hacienda Municipal (de 14 de junio de 1905), en su artículo 19, «con los rendimientos líquidos de los servicios públicos explotados por los Ayuntamientos se llevará a cabo la desgravación de los impuestos que se constituyen actualmente su presupuesto de ingresos, empezando por el de consumos (...)». Véase también al respecto la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 1957 (Referencia Aranzadi 2673).

⁸⁶ En concreto dice la Ley bávara que «los municipios sólo pueden crear, asumir o ampliar empresas si lo justifica un interés público». La Ley de Nordrhein-Westfalen exige «un interés público de urgente resarcimiento».

⁸⁷ OVG Münster GewArch 1986, 157.

⁸⁸ WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht II*, 5 Auflage, § 86 Rdnr. 61, § 104a y STOBER, *Kommunalrecht*, 1987, § 11 I.

está también presente en el Derecho español. Si bien no en la LBRL cuya Exposición de Motivos reconoce que la actividad financiera local es un aspecto que no se reguló más que en sus aspectos generales, cierto es que su norma de complemento al respecto (la LRHL) permite deducir que la preexistencia de fondos es un requisito para poder desarrollar la actividad económica mercantil; es más, la disposición de tales fondos tendrá que respetar la previa realización de los pagos obligatorios (servicios mínimos obligatorios), quedando, así, una cantidad limitada para el ejercicio de una actividad mercantil, de todo lo cual se deduce que en nuestro ordenamiento existe la misma limitación que en el Derecho local alemán.

En tercer lugar, tal como dispone expresamente el artículo 89.2 de la Ley bávara, «la actividad económica municipal no puede llegar a suponer para los empresarios un perjuicio sensible ni una absorción (Aufsaugung) de sus empresas en la economía agraria, artesanal, comercial e industrial». Este condicionamiento no es sino una manera de definir la máxima del artículo 96 del Texto Refundido: «desarrollo en beneficio de los habitantes del municipio».

Pues bien, de tales postulados la doctrina alemana desprende y defiende mayoritariamente el principio de subsidiariedad en el ámbito económico local ⁸⁹. También el ordenamiento local lo establece de forma directa cuando establece que «para que la actuación económica pueda desarrollarse, ésta no ha de poder realizarse satisfactoriamente

⁸⁹ Puede considerarse que la doctrina mayoritaria defiende de hecho un principio de subsidiariedad de la actividad económica de los Municipios respecto de la de los particulares (así expresamente STOBER, *Kommunalrecht in der Bundesrepublik Deutschland*, Stuttgart (u.a.) 1992 p. 240; PÖPEL, «Wettbewerbsverzerrungen...» p. 130). Esta tesis (que los Municipios sólo puedan iniciar una actividad económica en defensa de un mejor cumplimiento de la misma por los agentes privados) se apoya en el hecho según el cual la financiación de los Municipios —según la Ley Fundamental— ha de provenir de los impuestos, pero no de su propia actividad económica (STOBER, *Kommunalrecht...* p. 243); a igual conclusión se llega mediante la argumentación según la cual «los Municipios afectan o influyen el mercado, y de ahí que se haga necesaria entonces una legitimación para intervenir en el mercado» (KLUTH, *Grenzen...*). Estas son limitaciones de la iniciativa económica impuestas por la propia Constitución (la Ley Fundamental). No obstante, hay quien se ha basado en la neutralidad de la Constitución económica para negar tal principio (DICKERSBACH, *WuV*, 1833, p. 187 y 202). Sin embargo, como pone de manifiesto STOBER, no puede solamente conocerse este hecho general, al tener que considerarse la Constitución en su conjunto (junto a los factores, pues, que hemos apuntado en esta misma nota a pie de página). En general, véase también JARASS *Wirtschaftsverwaltungsrecht...* p. 149.

por un empresario privado» (por ejemplo, el artículo 108.1 de la Ley municipal de Niedersachsen ⁹⁰).

Vemos la identidad básica de nuestro régimen local español con el alemán, y, cómo de los mismos presupuestos se extrae en Alemania el principio de subsidiariedad económica. A mi juicio, si bien no puede mantenerse este criterio en el Derecho español (con la doctrina mayoritaria), el entendimiento de tales reglas en Alemania lleva a reforzar la conclusión según la cual al menos la concreta actuación mercantil local no puede realizarse de hecho si el mercado puede realizarla satisfactoriamente ⁹¹. Pero es que, por otra parte, no es otro el significado —de *lege data* incluso— de nuestro régimen local, el cual exige ciertos requisitos para la iniciativa económica local, que, en el caso de la actividad mercantil (al estar en principio más alejada del interés público exigido y de la oportunidad y conveniencia) lleva a que sólo pueda realizarse aquélla cuando el mercado no sea suficiente para realizar tal actividad. Se trata, simplemente, de un criterio o límite que no lleva implícita la negación de tal actividad (al poderse realizar, *sensu contrario*), pero que la condiciona al contenido que tienen o resulta de los requisitos que la propia Ley establece (y se refuerzan con el Derecho comparado).

Por último, en el contexto de este trabajo, obvio resulta ya decir que cuando se desarrolle esta actividad mercantil pública local habrá de someterse ésta entonces a las reglas del Derecho de la Competencia, en los términos que hemos visto al estudiar la legislación de Competencia.

5.2. Respecto a las posibilidades de control de la iniciativa económica local puede reproducirse aquí el planteamiento que realicé en torno a la actividad económica en general ⁹². En principio, a la juridis-

⁹⁰ Al respecto, SUCKOW/SCHWIRZKE, *Allgemeines Niedersächsisches Kommunalrecht*, Hannover 1988 p. 178. Este principio de subsidiariedad está tradicionalmente consagrado en el artículo 67 de la Ley Municipal alemana —de 30 de enero de 1935— RGBI I p. 49.

⁹¹ Implícitamente queda también dicho que debe evitarse la extensión conceptual del servicio público y debe considerarse con propia identidad la gestión económica. Como apunta ARIÑO, basándose en GARCÍA-TREVÍJANO, «el Estado, hoy, no puede abusar de este manejo táctico, coyuntural, político del concepto, para conseguir la aplicación de un régimen jurídico desorbitado a la ordenación económica o a la producción de bienes», ARIÑO, *Economía...* p. 298 y ss.

⁹² Recuérdense las palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA, («La actividad...» p. 128 y 129), «es preciso asegurar el constante servicio a estos fines sociales de la actividad industrial y mercantil de los Municipios (...)». «Las formas de gestión y de control deben precaver la normalidad de este riesgo y disponer contra él sus defensas más eficaces». La cita completa puede verse en una de las notas anteriores de pie de página en este mismo trabajo.

dicción contencioso-administrativa corresponde el enjuiciamiento de las decisiones administrativas que acuerdan la iniciativa económica, de lo cual, según nos consta ya, existen muestras jurisprudenciales ⁹³.

Otro control es el que abre la vía de la legislación de Competencia ⁹⁴. En principio, afecta ésta al «cómo» ha de realizarse tal actividad. Si los Municipios deciden actuar en el mercado, compitiendo con los agentes privados, habrán de respetar las reglas de tal mercado, sin prevalerse de su condición pública.

Cierto es que, como hemos tenido ocasión de comprobar, el Derecho de Competencia abre, asimismo, una vía para un posible control de la iniciativa misma municipal, previsión ésta de un control nada despreciable en el futuro.

Por último, el Derecho de la Competencia no sólo supone un motivo de sujeción al Derecho de la actividad puramente económica de la Administración y por tanto los Municipios, sino que además constituye un control sobre los propios efectos contrarios a la competencia que puedan tener actuaciones soberanas o propiamente administrativas, como es el caso de informaciones o declaraciones administrativas que no fueran objetivas y falsearan la competencia.

Así, pues, los Tribunales ordinarios podrán, en virtud de la legislación de Competencia Desleal, desarrollar un control sobre las actuaciones administrativas, principalmente sobre el ejercicio de la iniciativa económica pública, pero que puede extenderse también sobre la propia iniciativa misma de actuar en el mercado.

Este planteamiento no impide que se desarrolle el control de la actividad meramente industrial, en régimen jurídico privado, a los dere-

⁹³ En Alemania, se discute también esta cuestión, planteándose dónde está el alcance de la revisión judicial del interés público necesario para desarrollar una actividad industrial; en principio, tal control (reconocido, —véase así GRUPP «Wirtschaftliche...» p. 391—) ha de considerar si los preceptos que establecen este presupuesto tienen carácter subjetivo, es decir, si admiten reconocer un reflejo jurídico-subjetivo o proyección hacia el individuo (PÖPEL «Wettbewerbverzerrungen...» p. 130).

⁹⁴ Un estudio específico de la aplicación del Derecho de la Competencia en el ámbito municipal es el de ERICHSEN, *Gemeinde und Private im wirtschaftlichen Wettbewerb*, Münster 1987; igualmente el de su discípulo (tesis doctoral), KLUTH, *Grenzen kommunaler Wettbewerbsteilnahme*, Münster 1988.

chos fundamentales. Al respecto de esta última vinculación, las posturas que pueden mantenerse son tres, a mi entender. Las dos primeras, según que se defienda ⁹⁵ o se niegue tal vinculación ⁹⁶.

A mi juicio, me conformaría especialmente con que la actividad privada de la Administración se someta al Derecho de la Competencia. Este sometimiento gana en interés desde el momento en que la sujeción a los derechos fundamentales no ha dado frutos importantes, a efectos prácticos o jurisprudenciales, desde el momento en que los derechos fundamentales «no sirven para excluir la acción económica privada de los poderes públicos», o no logran defender a los particulares de una iniciativa económica pública ⁹⁷. De ahí la necesidad de un criterio más efectivo y de mayores posibilidades, como el que permite aquel sector jurídico, más acorde con la naturaleza jurídica privada de este ámbito mercantil.

5.3. Finalmente, se hace necesario insistir en que este régimen jurídico que permite simplemente que la actividad administrativa se sujete al Derecho privado es sólo posible si estamos realmente ante una *actividad mercantil o económica* de la Administración. Si no es una actuación tal, sino una función *administrativa*, se realice de una u otra forma, los criterios de legalidad de aquélla han de ser distin-

⁹⁵ Así, por todos, KIRCHHOF, *Verwalten durch mittelbares Einwirken*, Köln 1977 p. 356 y ss.; OSSENBÜHL, *Bestand und Erweiterung des Wirkungskreises der Deutschen Bundespost*, Berlín 1980 p. 113 y ss.; SCHOLZ, *Grenzen staatlicher Aktivität unter den grundgesetzlichen Wirtschaftsverfassung*, en DUWENDAG (coordinador): *Der Staatssektor in der sozialen Marktwirtschaft*, Berlín 1976 p. 113 y ss.

Estos autores se basan sólo en los derechos fundamentales para abordar el tema de la protección de los particulares frente a la actividad económica pública en el mercado.

⁹⁶ Así, STOBER, *ZHR* 145 (1981) p. 578 y *NJW* 1984 p. 456; PAPIER, *DVBf* 1984 p. 809; DICKERSBACH, *WiVerw* 1981 p. 208; HECKELMANN, en *Festschrift zum 125 jährigen Bestehen der Juristischen Studiengesellschaft zu Berlin*, 1984 p. 254.

Esta doctrina considera que los derechos fundamentales no protegen frente a una concurrencia en el mercado del poder público.

⁹⁷ Reconocido en la sentencia del Tribunal Supremo alemán (contencioso-administrativo), BVerwGE, 17, p. 306 (Gebäude-Feuerversicherung), 39, p. 329 (Kommunaler Bestatungsordner), *NJW* 1978, p. 1539 (Kommunale Wohnungsvermittlung). Como dice JARRASS, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Frankfurt a. M. 1980 p. 148 «la jurisprudencia y la doctrina se retraen a la hora de establecer claramente límites a la actuación económica pública con apoyo en los derechos fundamentales». De hecho algunos autores (KLEIN, *Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb*, Stuttgart 1968 p. 108 y ss. y GRUPP, «Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand», *ZHR*, 140 (1976) p. 367 y ss.) dejan a un lado el tema de la vinculación de los derechos fundamentales, y se basan, al respecto de los límites de la actuación económica pública, en otras perspectivas; en concreto, para estos autores, los límites que se deducen de la Constitución económica.

tos y, por supuesto, sujeta al Derecho administrativo (y los derechos fundamentales). Lo principal es, así, estar al tipo de actividad realizado (criterio jurídico-material), para establecer un mayor o menor grado de vinculación jurídica.

Para la realización de una actividad económica en general (incluso en régimen de monopolio) rige el principio de libertad de elección de la forma de gestión (artículos 85.2 de la LBRL y 95 del TR, así como el 100 del TR, y, respecto a las formas de gestión disponibles, éstas están recogidas en el artículo 85 de la LBRL ⁹⁸). La actuación podrá, así, realizarse en forma de Derecho privado, con sujeción a las reglas del Derecho de Competencia.

Pero, si la actuación es puramente administrativa, soberana, con privilegios públicos, ha de estar vinculada por el Derecho público.

Así, la doctrina insiste ⁹⁹ en que una sociedad mercantil no puede utilizarse para cumplir este tipo de funciones. Ello supondría regir por el Derecho privado una actuación tal, lo cual es inadmisibile. Sin embargo, por mi parte considero que si, con todo, la Administración realizara tal tipo de funciones mediante tales sociedades mercantiles (y por tanto en régimen jurídico-privado), tal actuación estaría (de forma más o menos intensa) determinada por el Derecho público ¹⁰⁰, criterio éste previsor de posibles quebrantamientos de las reglas jurídicas *ideales*: más allá de la forma empleada, lo decisivo es estar al tipo de actuación realizada, como mejor de los criterios, o más realista, a la hora de buscar una solución a la actuación en forma privada de la Administración.

⁹⁸ Por otra parte, téngase en cuenta también que el inciso final del artículo 85.2, y el del artículo 95.1 del TR, disponen que no podrán prestarse por gestión indirecta servicios que impliquen ejercicio de autoridad. Sin embargo, al respecto, MESTRE DELGADO, «La forma de prestación de los Servicios Públicos Locales. En particular la Concesión», en *Tratado de Derecho Municipal* (Tomo II), dirigido por MUÑOZ MACHADO, Madrid 1988 p. 1227, matiza tal regla, pues no está vedada la forma de gestión indirecta para funciones que impliquen autoridad.

⁹⁹ LLISSET BORRELL, «Las sociedades...» y *La actividad empresarial de los entes locales*, Madrid 1990 p. 37, 84 y 161; DE LA CUÉTARA, *La actividad de la Administración*, Madrid 1983 p. 184.

¹⁰⁰ El Derecho público ha de regular, entonces, tal actividad, bien directamente, bien vinculando la actividad privada a principios jurídico-públicos (lo cual sería el Derecho administrativo privado —*Verwaltungsprivatrecht*—).

Si la Administración pretendiera servirse de una sociedad mercantil en régimen jurídico privado, para desarrollar actividades que no sean estrictamente mercantiles (sino administrativas o soberanas), tal actividad quedaría sometida al Derecho público.

En este contexto, el presente trabajo estudia exclusivamente el régimen jurídico de la actividad estrictamente mercantil en cuanto tal.

6. LA NECESIDAD DE QUE LA ACTUACIÓN PRIVADA DE LA ADMINISTRACIÓN SEA REALMENTE UNA ACTUACIÓN «PRIVADA» (Y SOMETIDA POR TANTO A LAS REGLAS DE COMPETENCIA), Y LAS LIMITACIONES DE ESTE PLANTEAMIENTO

La admisión del hecho según el cual la Administración puede servirse del Derecho privado no fue fácil históricamente y es consecuencia de un proceso paulatino que culmina en este resultado ¹⁰¹. En la actualidad esta posibilidad está reconocida. Un ámbito principal en el cual se plantea tal utilización del Derecho privado es el de la actividad económica de la Administración. En concreto respecto a la actuación de tipo mercantil, industrial o comercial, bien realizada de forma directa o bien indirecta.

En un mercado liberalizado, sin embargo, esta concesión a favor de la Administración, de la utilización del Derecho privado, ha de estar acompañada de un respeto por las reglas del juego dentro del mercado ¹⁰². La actuación administrativa económica ha de realizarse de una forma limpia y con respeto de las relaciones de competencia ¹⁰³. En este sentido, el Derecho de la Competencia permite lograr precisamente tal fin, y abre una vía de amplias posibilidades respecto al control de la ac-

¹⁰¹ Véase así GARCÍA DE ENTERRÍA, «La actividad...» p. 88 y ss. (poniendo de manifiesto la importancia de la municipalización en este proceso histórico).

¹⁰² Ciertamente es que, por otra parte, las empresas públicas tampoco tienen que recibir, por ello mismo, un trato desfavorable respecto al que reciben las empresas privadas; véase sobre esta problemática, J.E. SORIANO, *Desregulación...* p. 23, con datos jurisprudenciales y otros materiales que ilustran sobre la polémica, por lo demás bien conocida.

¹⁰³ *Sensu contrario*, supone así una concesión a la Administración para que ésta actúe sin el grado de vinculación que su ordenamiento estatutario (jurídico-público) le impone para sus actuaciones ordinarias (o soberanas o propiamente administrativas). Así, SALA ARQUER basa la no vinculación al Derecho público para las sociedades de mano pública en que éstas están excluidas del concepto de Administración y por tanto de la sujeción a los derechos fundamentales, pues, además, lo contrario «daría lugar a problemas irresolubles» (J.M. SALA ARQUER, «Huida...» o. 408 a 411). En el Derecho alemán la sentencia BGHZ 36, p. 91 y 45. Efectivamente, como apunta GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. II, «tales sociedades son de la Administración Pública, pero no son Administración». Igualmente, LLISSET BORRELL, «Las sociedades...», p. 623, de quien tomo además la cita anterior.

tuación mercantil (o en régimen de Derecho privado) de la Administración. De este modo, tal sector jurídico puede llegar a dar una solución satisfactoria al problema de la vinculación legal de la actuación administrativa económica.

De lo que se trata es, primordialmente, de buscar un planteamiento jurídico adecuado o satisfactorio respecto del tema de la sujeción al Derecho de la actividad mercantil (en régimen privado, pues) de la Administración. En principio, ha de admitirse la aplicación del régimen jurídico privado para las empresas públicas ¹⁰⁴. Pero, entonces, de todo el sistema jurídico privado: no sólo respecto de su organización y actividad, de su contratación y personal, a efectos de favorecer la gestión de tales sociedades (pudiendo éstas actuar como cualquier otro particular ¹⁰⁵). También del Derecho de la Competencia. El logro de un sometimiento efectivo de la Administración, en este campo, al Derecho privado (a todo el Derecho privado) puede ser así una solución al problema de la búsqueda de un criterio de sujeción jurídica de tal actividad mercantil administrativa.

Con ello parece obviarse la necesidad especial de que la Administración se atenga en este ámbito a los derechos fundamentales y a los criterios o preceptos del Derecho público o administrativo. La sujeción completa al Derecho privado (y con ello al Derecho de la competencia y el correspondiente control judicial) es una vía sencilla y efectiva para llegar a la deseada sujeción jurídica de tales actuaciones públicas económicas. O, al menos, menos compleja que la que hoy permite el Derecho público y el control de tal naturaleza. Por otra parte, esta idea gana consistencia cuando vemos que el sometimiento por esta vía «civil» de las empresas públicas al Derecho privado consigue —en definitiva— el resultado del sometimiento de aquéllas a principios de *carácter público* (como son los de igualdad, publicidad, concurrencia...) ¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Ello no impide, lógicamente, que las cuestiones de los nombramientos de los cargos, la financiación, los fines, técnicas de control, acuerdos de creación, estén regulados por el Derecho público (al respecto, por todos, LLISSET BORRELL, «Las sociedades privadas de los entes locales», *REALA*, n.º 235 y 236 (1987) p. 619 y ss.).

¹⁰⁵ Como es sabido, «con respecto a los principios de publicidad y concurrencia» (RCE), y todo sin perjuicio de las vinculaciones legales que resulten de la aplicación del Derecho comunitario. Al respecto (en prensa) mi trabajo *Contratos de la Administración y directivas comunitarias*, Madrid 1994 (Ministerio de Justicia, Jornadas del 13 al 16 de diciembre de 1993, del Servicio Jurídico del Estado).

¹⁰⁶ Véase ya el § 2.4 y 2.5.

Así, la atención habrá de estar puesta en si efectivamente la Administración se somete a tales reglas de mercado y respeta la liberalización del mercado. El reto está, pues, en hacer someter a la Administración a las reglas de competencia. Los mecanismos son tanto nacionales como comunitarios, según nos consta ya.

Hablamos de «reto», pues nadie puede llegar a ignorar que la concepción anterior no está exenta de dificultades, pues la actuación en el mercado de las Administraciones Públicas «no parece desprenderse de sus prerrogativas públicas»¹⁰⁷. Y, en este sentido, debe considerarse que la justificación del no sometimiento —de la actividad económica administrativa de sus empresas— a las garantías del Derecho público (esencialmente los derechos fundamentales) se explica por el logro efectivo del sometimiento a las reglas de competencia. La persistencia de las prerrogativas públicas en el mercado llevaría a afirmar, correlativamente, la necesidad de no olvidar la aplicación de los derechos fundamentales. Llevaría a reconocer las limitaciones del Derecho de la Competencia para el logro de una plena solución jurídica¹⁰⁸.

Quedan así abiertas diferentes soluciones, las cuales no pueden considerarse como excluyentes entre sí. La vía del Derecho de la Competencia es, así, al menos una vía que puede llegar a contribuir a dar una mejor solución al problema de la sujeción al Derecho de las empresas públicas. Seguramente, la vía principal y más adecuada con el carácter de esta actuación jurídico-privada, y más efectiva para el futuro.

En cualquier caso, el régimen de liberalización económica y el arraigo de la competencia implican el desarrollo del Derecho público

¹⁰⁷ STOBER *Derecho...* p. 220 (y la nota 11 que realicé a esta traducción en esta página, con más bibliografía).

¹⁰⁸ En Alemania, la doctrina mayoritaria defiende que el *Bund*, los *Länder* y los Municipios no están vinculados al Derecho público (ni por tanto a los derechos fundamentales) en su actuación económica industrial, al actuar igual que cualquier otro agente privado en su actividad negocial y una vez se ha admitido su legitimidad para intervenir en el tráfico económico. Como apunta STOBER *Derecho...* p. 220, «el paulatino afianzamiento del poder público como agente económico ha llevado a la formación de un ordenamiento especial con propios criterios, en que la virtualidad de los derechos fundamentales ha quedado desplazada».

Sin embargo, una doctrina importante viene manteniendo en los últimos años la vinculación de este tipo de actividad mercantil de la Administración a los derechos fundamentales. Especialmente, EHLERS *Verwaltung...* p.100 y ss.; también JARASS *Wirtschaftsverwaltungsrecht...* p. 147 y 148 mantiene igual vinculación a los derechos fundamentales para las empresas públicas que desarrollan una actividad mercantil; igualmente, PÖPEL «Wettbewerbverzerrungen...» p. 131; véase también al respecto, GALLVAS (*Faktische...* p. 11 y 21).

de la Competencia. Si bien las virtualidades efectivas de tal ordenamiento están aún por ver, su desarrollo puede llevar a otorgar la solución respecto de la sujeción jurídica de la actuación mercantil de la Administración.

Precisamente, la posible «persistencia» en el mercado de privilegios públicos, que llegue a falsear o perturbar las reglas de competencia (sin que la Administración sepa competir con los particulares limpiamente), lo que llevaría no es sino a la pregunta por el sentido de tal actuación administrativa en el mercado. Al menos en este caso, habría que dar la razón a Ariño Ortiz ¹⁰⁹, cuando dice que «la justificación de la empresa pública no es más que la de ser un formidable instrumento de poder de los gobernantes. Si ha desaparecido hoy en día su justificación en fines de interés público y utilidad social, y lo que se quiere es hacer de las empresas estatales algo que sea lo más parecido posible a las empresas privadas; si todo ello es así ¿para qué mantenerlas públicas?».

La liberalización no conlleva la privatización pero cierto es que puede condicionarla ¹¹⁰. Por ello mismo, se hace necesaria la eficiencia de la empresa pública, para evitar un posible fenómeno privatizador inadecuado. Como pone de manifiesto Martín Mateo, «si la competencia es escasa, las empresas privadas sometidas a regulación no se comportarán mejor que las públicas, quizá peor. De lo que se deduce que en un contexto no competitivo, las privatizaciones probablemente serán netamente perjudiciales», teniendo en cuenta que «una empresa pública que actúe estrictamente bajo leyes de mercado, y no obtenga mayores ventajas posicionales por parte de la Administración, a través por ejemplo de la concesión de subvenciones encubiertas, no tiene necesariamente que ser ineficaz» ¹¹¹.

¹⁰⁹ ARIÑO ORTIZ, *Economía...* p. 161 y 176.

¹¹⁰ Las instancias comunitarias, defensoras de la política liberalizadora del mercado, se manifiestan también por la necesidad de la privatización (en el ámbito de la gestión de los servicios públicos, —tal como dejamos constancia respecto a la actual actuación de la Dirección General de Estudios (División del Mercado Interior) del Parlamento Europeo). Véase nota 55.

¹¹¹ R.MARTÍN MATEO, «Liberalización...» p. 80, y, para una definición de la privatización, de este mismo autor y obra, su página 40. El proceso privatizador español se describe en las páginas 130 y ss.; podría decirse, así, enlazando con la reflexión del texto, que la «privatización no es un *medio milagroso*» («die Privatisierung ist kein Wundermittel»), en palabras de G. MERL, en *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 25 de febrero de 1994, p. 14, con un artículo en la línea de esta opinión de Martín Mateo. En todo caso, la privatización y la desregulación no pueden entenderse, por otra parte, como una liberación de controles estatales sobre tales empresas (véase así F.J. VILLAR ROJAS, *Privatización...* p. 249 y ss.).

En cualquier caso, existen dos planteamientos: el jurídico y el político. Respecto al primero no existen, pues, inconvenientes para que las empresas públicas actúen en el mercado, siempre que éstas respeten las reglas del Derecho de la Competencia, tal como de forma ya consolidada reconoce la jurisprudencia constitucional y ordinaria ¹¹². Políticamente, la discusión está abierta acerca de la conveniencia de tal opción ¹¹³.

7. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA: LA CONSTITUCIÓN «RELATIVAMENTE NEUTRAL» O LA «NEUTRALIDAD RELATIVA» DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

La respuesta a la cuestión de la iniciativa de la actividad económica de la Administración no queda plenamente resuelta sin un previo planteamiento del modelo de Constitución económica del Estado español.

Durante el siglo XIX está latente una distinción importante, propia del Estado liberal, entre Estado y sociedad. Según el cuadro ideal, a aquella contraposición se correspondería la distinción entre Derecho público y Derecho privado. Aquél es propio del Estado y está definido por su nota de supremacía. El «privado» es propio de la sociedad. No lejos de esta dualidad, está el pensamiento que considera que el Estado no puede intervenir en la economía (al reservarse este ámbito a los agentes sociales) ¹¹⁴. En la actualidad, no puede mantenerse la concep-

¹¹² Al respecto, por todos, A. ROJO, «Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española», *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 160-161 (1989), p. 309 y ss.

¹¹³ Con un retorno al principio de subsidiariedad, en sentido contrario a las empresas públicas, G. ARIÑO ORTIZ, *Economía y Estado*, Madrid 1993 p. 78.

Una defensa de la privatización nos llega también de las filas del Tribunal de Defensa de la Competencia en sus informes con el «fin de remediar políticamente los daños de los monopolios y favorecer la libre competencia».

Para las posturas actuales en favor de la privatización de la actividad económica local en Alemania, en virtud del principio de eficacia, la doctrina citada en Von MÜNCH «Verwaltung und Verwaltungsrecht», en ERICHSEN/MARTENS *Allgemeines...* p. 44.

¹¹⁴ Coinciden así: EHLERS «Verwaltung und Verwaltungsrecht», en ERICHSEN/MARTENS *Allgemeines...* p. 17; J. ISENSEE *Der Dualismus von Staat und Gesellschaft* (Herausgeber: BÖKENFORDE 1976, p. 317 y ss.); BÖKENFÖRDE *Die verwaltungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung der individuellen Freiheit* Opladen 1973; BÖKENFORDE, «Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart», en *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, Frankfurt a. M. 1976 p. 185 y ss.; BULLINGER *Öffentliches Recht und Privatrecht in Geschichte und Gegenwart* München 1991; W. BERG «Die wirtschaftliche...» p. 225.

En España, en el contexto del Derecho administrativo, SÁNCHEZ BLANCO, *El sistema...* p. 33 y 127; véase igualmente, GARCÍA DE ENTERRÍA, «La actividad...» p. 88 y ss.

ción anterior, que se justificó en su momento, también en los distintos países europeos de nuestro entorno jurídico.

En España hoy está fuera de dudas la iniciativa del poder público para intervenir en la economía. Más allá, se desecha incluso *el principio de subsidiariedad*, expresión de una concepción económica determinada, propia del liberalismo económico europeo ¹¹⁵. En Alemania, la jurisprudencia constitucional ¹¹⁶ insiste también en ello cuando afirma el principio según el cual «el Estado tiene el deber de preocuparse por un orden social justo»; *el principio del Estado social habilita* al sector público a intervenir en la economía.

El Estado tiene, así, la responsabilidad y la obligación de establecer la justicia social y de que todos los ciudadanos dispongan de un mínimo de prestaciones, pero esto no conlleva que el Estado tenga que realizar esta función por sí mismo, ya que la propia sociedad puede que lo consiga por sí misma, sin necesidad ni justificación entonces de intervención estatal. Como dice el Tribunal Constitucional alemán, «todos los caminos están abiertos para el logro de tal fin»; por otra parte, «corresponde al Estado establecer dónde está la medida de tal orden social justo» ¹¹⁷. Esta doctrina ha de considerarse perfectamente encajable en el Derecho español. Así, por todos, Sánchez Morón, refiriéndose a la actividad económica local, sienta, en igual sentido que, «en el Estado social la autonomía local no comporta sólo un margen de libertad de acción. Implica también la asunción de una cuota de responsabilidad en la atención de las finalidades a las que debe dirigirse la actuación administrativa» ¹¹⁸.

Tampoco ha de verse, constitucionalmente, un impedimento o una prohibición constitucional de la actividad mercantil o industrial, pese a que la Administración no puede perseguir la obtención de lucro, me-

¹¹⁵ El principio de subsidiariedad parece definitivamente enterrado en nuestro Derecho fruto de una fuerte crítica y una doctrina jurisprudencial contraria; no obstante, voces de gran peso doctrinal se manifiestan por tal principio; recientemente (ARIÑO ORTIZ, *Economía...* p. 77, y especialmente 78).

¹¹⁶ BVerfGE 22, 1980 p. 204; BVerfGE 5, 85 p. 198; BVerfGE 29 p. 236, y 27, 253 p. 283 y 33, 303 p. 334.

¹¹⁷ Así, especialmente la sentencia del BVerfGE 22, 1980 p. 180 y ss (204); y, en la doctrina, ERICHSEN/REUTER, *Elternrecht-Kindeswohl-Staatgewalt*, Berlín 1985 p. 109.

¹¹⁸ SÁNCHEZ MORÓN, *La autonomía local. Antecedentes históricos y significado constitucional*, Madrid 1990 p. 181.

dante la actividad industrial, al tener que estar presente un interés público ¹¹⁹. La Constitución económica no alberga un modelo de «economía sin Estado», un «desarrollo económico libre de influencias» ¹²⁰. Los derechos fundamentales tampoco logran defender a los particulares de una iniciativa económica pública ¹²¹. No cabe mantener hoy un «dualismo entre los planos del Estado y la economía» ni del Derecho público y el Derecho privado como planos excluyentes, al poder corresponder también a la Administración la utilización del Derecho privado y la iniciativa económica. En España esta cuestión es aún más fácil de resolver, si cabe, desde el momento en que la propia Constitución en su artículo 128 reconoce expresamente tal iniciativa económica.

Una cuestión compleja es la de determinar el concreto modelo de Constitución económica del Estado español. La averiguación de la concreta Constitución económica tiene importancia práctica, ya que permite deducir los límites de la iniciativa económica empresarial, y de ahí la necesidad de abordar esta cuestión en este trabajo.

Los recientes estudios de S. Martín Retortillo y Sánchez Blanco ¹²², recogen las distintas posiciones doctrinales respecto al modelo económico español. En un labor de síntesis pueden distinguirse dos posturas. La de aquéllos que piensan que la Constitución no ha definido un modelo, por lo cual queda libre su determinación por los gobernantes que ganen las elecciones (López Rodó, Duque Domínguez, principalmente), postura que puede caracterizarse como de defensa de la «Constitución

¹¹⁹ En Alemania EHLERS *Verwaltung...* p. 92; en España, por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA, «La actividad...» p. 128.

¹²⁰ Al menos debe insistirse en el papel de dirección económica que se precisa que realice el Estado. Por todos, en España SORIANO, *Desregulación...* p. 11; en Alemania STÖBER *Derecho...* p. 67, quien insiste en que, por una parte, la realidad económica, laboral y social son extremadamente complejas, de tal modo que ella misma precisa de una instancia de coordinación y regulación. Por otra parte, es al Estado al que corresponde el logro del bien común. El asume las funciones de abastecimiento económico y de prevención y protección frente a peligros en el desarrollo económico y defensa de los consumidores. Además, no hay que olvidar —añade— que de la Ley Fundamental se desprende que sus Redactores quisieron concederle la responsabilidad en la regulación y conformación de la realidad económica.

¹²¹ Sentencias del Tribunal Supremo alemán (contencioso-administrativo), BVerwGE, 17, p. 306 (Gebäude-Feuerversicherung), 39, p. 329 (Kommunaler Bestattungsordner), NJW 1978, p. 1539 (Kommunale Wohnungsvermittlung).

¹²² S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Derecho...* p. 70 y ss; SÁNCHEZ BLANCO, *El sistema...* p. 37 y ss.

económica neutral o abierta». Y, en segundo lugar, la de los que definen concretamente qué modelo de Constitución económica defiende la Constitución. Entre éstos el propio S. Martín-Retortillo define aquélla como «neocapitalismo de tránsito». Entrena Cuesta como «economía social de mercado». Martín Mateo, como «Estado Social de mercado»¹²³. Sánchez Blanco rehusa también la indefinición constitucional acerca del modelo económico y deduce de la jurisprudencia constitucional los principios principales en materia económica de nuestro Estado¹²⁴.

También en Alemania las valoraciones doctrinales varían entre sí. Algunos inciden en que la Ley Fundamental no ha querido propugnar un sistema económico determinado¹²⁵, pero encontramos otra corriente de pensamiento que considera que la economía social de mercado es el sistema propugnado en la Ley Fundamental¹²⁶. Sin embargo, la postura que encontramos más habitualmente entre la doctrina es simplemente la constatación de que la Ley Fundamental no propugna un sistema económico determinado¹²⁷.

¹²³ R. MARTÍN MATEO, *Liberalización...* p. 108.

¹²⁴ SÁNCHEZ BLANCO, *El sistema...* p. 236.

¹²⁵ Con ello se logra que el poder público no esté determinado por un concreto sistema y que aquél pueda, así, decidir qué política económica ha de llevarse a cabo en cada momento. En este sentido, se ha hablado también de Constitución económica «compleja o miscelánea», afirmación basada en que la Ley Fundamental propugna un equilibrio económico general y un sistema de compensación o corrección de la libertad económica y una vinculación al principio del Estado social (E. R. HUBER). O que la Ley Fundamental admitiría sin cambio constitucional cualquier ordenación económica, también una «*conformación económica socialista*» (con base en el artículo 15 de la Ley Fundamental — ABENDROTH, REICH—). Véase STOBER, *Derecho...* p. 63 y ss.

¹²⁶ Con apoyo en las libertades de competencia e industrial reconocidas en la Ley Fundamental, y del propio contenido social de esta Norma Fundamental, se ha afirmado que la ordenación económica de la República Federal de Alemania tiene que calificarse de «economía de mercado social» (MÜLLER-ARMACK, H.C. NIPPERDEY, HERZOG, KLEIN, en SCHMIDT-BLEIBTREU/KLEIN). BLECKMANN piensa que si nos detenemos en los derechos fundamentales la economía de mercado «está anclada» —como sistema económico— en la Norma Fundamental. Se ha derivado también una garantía de la economía de mercado de la conexión existente entre los efectos y la regulación de los derechos fundamentales principales (RUPP, SCHOLZ, MÜLLER-GRAF, PAPIER, *Handbuch des Verfassungsrechts*, 1983, página 615). Con apoyo en el artículo 109 de la Ley Fundamental se argumenta que la Constitución económica consiste en un dirigismo económico de la economía de mercado (ZUCK, *NJW* 1967, 1301), ya que el *Bund* y los *Länder* han de atender en sus presupuestos al principio del «Equilibrio económico general» (a que se refiere el artículo citado), con lo que la Ley Fundamental habría dado una orientación concreta al modelo económico.

¹²⁷ GRUPP «*Wirtschaftliche...*» p. 376; DICKERSBACH «*Die wirtschaftliche...*» p. 196; RITTNER *Wirtschaftsrecht...* p. 177.

A mi entender, la Constitución económica española puede definirse como «*Constitución económica de neutralidad relativa*» o con carácter *relativamente neutral*.

La Constitución económica española permite la realización de diferentes políticas económicas, pero excluye algunos modelos económicos (un liberalismo puro o exacerbado y un socialismo radical)¹²⁸. «Relativo», pues, en el sentido de que el respeto por los derechos fundamentales del ciudadano implica que no pueda propugnarse un sistema comunista o un liberalismo absoluto. «Neutralidad», ya que el Legislador es libre para conformar un sistema económico. El Legislador, por una parte, tiene una «disponibilidad de regulación». Por otra parte, «concreta la Constitución» (en el sentido de que el Legislador tiene que observar esta Norma)¹²⁹.

Esta concepción de la neutralidad es a mi juicio de gran interés, ya que encuentra su justificación en la necesidad de adecuación con la realidad cambiante y, por ello, mismo, no puede correrse el riesgo de identificar la Constitución con un concreto modelo económico. Esta «disponibilidad económica» es, en el ámbito económico de una gran oportunidad, desde el punto de vista político-económico. Se ajusta al

Debe tenerse en cuenta, al respecto, que la situación de partida ha cambiado desde el momento en que el artículo 1.3 del Tratado sobre la unión monetaria, económica y social propugna una economía social de mercado. Puede verse en el Boletín Oficial del *Bund* — BGBI— II 1990, p. 537 y ss.; al respecto de su calificación jurídica puede verse STERN/SCHMIDT-BLEIBTREU, *Staatsvertrag*, Band 1, 1990, p. 43). Esta es la primera vez, desde la terminación de la guerra, que Alemania ha reconocido la economía social de mercado y, por tanto, un sistema económico determinado. No estamos ante un cambio constitucional de la Ley Fundamental. La economía social de mercado sigue sin tener rango ni, por tanto, vinculación constitucional. Este Tratado es, realmente, mera constatación, expresión o reconocimiento de la realidad económica existente (SCHOLZ, *DDR-Rechtentwicklungen*, Beilage 12 zu RIW Heft 7/1990, p. 1 y ss.). Distinta es la cuestión de si el sistema económico debería concretarse en el caso de redactarse una nueva Constitución para toda Alemania (así HÄBERLE, *JZ* 1990, 361, 363).

¹²⁸ Así también la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán (BVerfGE 50, 290, p. 337) (*NJW* 1979, p. 699 y 702) y BVerfGE 4, 7 ff.).

¹²⁹ Efectivamente, no han de existir reparos, desde el punto de vista constitucional, respecto a una Ley que no esté en consonancia con la ordenación del mercado llevada hasta el momento. Diferente es el caso si tal ley lesionara la libertad de los ciudadanos (el libre desenvolvimiento de la personalidad, la libertad de asociación, la libertad de movimientos, la libre elección de la profesión y el derecho de propiedad). Inconstitucional resultaría, así, una economía completamente planificada por el Estado (al respecto KRIELE, *ZRP*, 1974, p. 105 y 108) y un liberalismo económico total. Igualmente, GAMM «Verfassung—...» p. 31. Véase también BVerwGE 71, 183, 195; OVG Münster *DÖV* 1986, 339.

dinamismo, la diferenciación y la complejidad de la realidad económica, el progreso técnico y científico; se permite, así, una reacción económica de forma flexible respecto a las diferentes exigencias sociales y valorativas. La Constitución «no vincula al Legislador a que éste realice un determinado modelo económico, tampoco a la economía social de mercado», pues «la ordenación actual de la economía es, así, sólo una de las posibles soluciones concretas de tipo económico que permite materializar la Norma Suprema; nuestra política económica actual podría, así, cambiarse por otra nueva «decisión» legislativa¹³⁰.

Pero, tal neutralidad económica es «relativa». Los distintos preceptos constitucionales han de interpretarse en su conjunto. No puede existir una contradicción entre las diferentes normas constitucionales. La «Constitución económica» resulta en gran medida definida y determinada por una interpretación conjunta de los distintos artículos de la Constitución (principio de concordancia práctica de las soluciones constitucionales¹³¹). Dicho con otras palabras, la defensa por parte de

¹³⁰ Bien puede decirse que en España (al igual que en Alemania), el momento de la redacción de la Constitución estaba regido por un ambiente de consenso, que implicaba una definición abierta o neutral de nuestro sistema económico. También en Alemania, donde se defiende mayoritariamente este modelo abierto de Constitución económica, la doctrina se apoya en una interpretación histórica: en el momento de elaboración de la LF de Bonn no había un consenso al respecto de cómo conformar la ordenación económica (véase STOBER, *Derecho...* p. 63; O. KOELLREUTTER, *Deutsches Staatsrecht*, p. 52). Se intentaba, asimismo, no aplazar la fecha de promulgación de la Norma Constitucional a causa de esta discusión (FORSTHOFF, *Einleitung zum Bonner Grundgesetz*, 2 Auflage, p. 10). La necesidad de consenso llevó a no tomar partido por una solución definitiva acerca del sistema económico (diputado Dr. SCHMIDT). Además hay un argumento de tipo político o de oportunidad que es el de que el partido político SPD, al ganar las elecciones, prefirió disponer de las competencias necesarias para sentar los marcos de la economía (de lo que se desprende el contenido del artículo 74.11 de la Ley Fundamental) en vez de empeñar los esfuerzos en deliberar en el Parlamento acerca del sistema económico; (este tema puede profundizarse en KUNERT, *JuS* 1979, 327). Así el diputado Doctor HOCH (SPD) afirmó, acerca del artículo 74.11 de la Ley Fundamental, que «todo lo concerniente a la economía debe regularse legislativamente, pudiendo el *Bund* regular cuestiones constitucionales, de organización o de construcción de la economía».

Por otra parte, esta tesis se corrobora con el hecho de que en la Constitución puedan encontrarse preceptos de contenido liberal (como por ejemplo el derecho de propiedad, según el artículo 2.1. y 14 de la Ley Fundamental y 33 de la Constitución española) junto a los que son propios de un modelo económico de economía centralista (la socialización del suelo según los artículos 15 y 74.15 de la LF de Bonn). El mercado y la competencia no están, desde el punto de vista constitucional, garantizados institucionalmente (R. SCHMIDT, *Öffentliches Wirtschaftsrecht, Allgemeiner Teil* 1990, página 74).

¹³¹ En este principio ha insistido la jurisprudencia constitucional española; al respecto, SÁNCHEZ BLANCO, *El sistema...* p. 138 y ss.; igualmente, como criterio de interpretación de la Constitución, SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...* p. 481 y ss.

la Constitución, de ciertos valores, implica limitaciones claras al carácter abierto o neutral de la Constitución económica.

En este sentido, no ha de olvidarse la consideración del medio ambiente como elemento definitorio de la propia economía de mercado. Considero, al respecto, que esta idea ha quedado plenamente reforzada tras el Tratado de Maastricht y otros Documentos comunitarios ¹³². Central consideración ocupa, para la política económica, el tema de la seguridad de los recursos naturales a los efectos de su aprovechamiento económico. La Constitución, lejos de entorpecer una política económica destinada ecológicamente, exige ésta. El propio principio del «Estado social» (y la propia dignidad humana) conllevan una protección de la vida y la salud, que aboca en esa misma consideración fundamental del medio ambiente.

Igualmente, la neutralidad de la Constitución económica se «neutraliza» a su vez con las implicaciones comunitarias ¹³³. El fin principal de la Constitución económica comunitaria es la creación de un mercado común, de un mercado común interior (artículo 2 y 8a del Tratado de la Comunidad Económica Europea) ¹³⁴.

¹³² GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Tratamiento jurídico del ruido de los transportes*, Parlamento Europeo 1993, publicado con algunas modificaciones también en *Revista de Derecho ambiental*, n.º 11 (1993) p. 1 y ss.

¹³³ Sobre este particular, puede verse la monografía de EHLERS, *Verwaltung...* p. 95; STOBER, *Derecho...* p. 69 y ss.; también J. BASEDOW, *Von der deutschen Verfassung zur europäischen Wirtschaftsverfassung*, Tübingen 1992. Esta doctrina destaca que el Derecho administrativo económico de la República Federal de Alemania está determinado por el Derecho Comunitario Europeo. La relación del Derecho comunitario con la Ley Fundamental está recogida, constitucionalmente, en el artículo 24.1 de la Ley Fundamental. Esta norma habilita al *Bund* para transferir derechos de soberanía a instituciones supranacionales y, por tanto, a renunciar a propias competencias legislativas, administrativas y judiciales con efecto para los *Länder* y los Municipios, de lo cual ha hecho uso el *Bund*. Bien es cierto que el Tratado consagra la neutralidad fundamental del Tratado con respecto al régimen de propiedad de los Estados miembros (así expresamente el artículo 222 del Tratado Constitutivo de la CEE), artículo que ha sido considerado como principio de la Constitución económica comunitaria (J. SCHERER, *Die Wirtschaftsverfassung der EWG*, Baden Baden 1970 p. 175) y que reconoce la libertad de los Estados miembros de determinar la extensión y organización del sector público. Pero, esta neutralidad se desmiente mediante preceptos del propio Tratado con obligaciones concretas —así los artículos 90 y 37 respecto al sector público—. (RODRÍGUEZ IGLESIAS, «Los monopolios...» p. 483, de quien tomo también la referencia al autor citado en último lugar).

¹³⁴ Igualmente, la validez del Derecho comunitario se refuerza con la doctrina del «efecto útil». Esta consiste, como es sabido, en hacer prevalecer entre dos interpretaciones de una norma, a aquella a que tenga más significación, en defecto de aquella que esté des-

Una delimitación importante en las propias Constituciones económicas de los Estados miembros se logra mediante el respeto por parte de los Estados miembros a las cuatro libertades comunitarias, la libertad de mercancías (artículos 9 a 37 del Tratado de la Comunidad Económica Europea), la libertad de circulación de personas (consistente en la libertad de circulación de trabajadores y en la libertad de establecimiento de los artículos 48 a 58 del Tratado de la Comunidad Económica Europea), el tráfico libre de prestación de servicios (especialmente industrial, comercial, artesanal y de las profesiones liberales, artículos 59 a 66 del Tratado de la Comunidad Económica Europea) y el tráfico libre de capital y de pagos (artículos 67 a 73 del Tratado de la Comunidad Económica Europea) ¹³⁵. Igualmente, estas libertades económicas deben ponerse en relación con el principio de igualdad, lo cual, en el ámbito comunitario, equivale a hablar de «prohibición de discriminación».

Otras dos afirmaciones importantes deben destacarse al respecto. La primera, la de que la orientación del mercado común mediante los principios de competencia y de mercado lleva a la conclusión de que la Constitución económica comunitaria está inspirada por el neoliberalismo ¹³⁶.

La segunda, el transcendental efecto que la legislación comunitaria está ocasionando sobre el papel de los poderes públicos (de los Estados miembros) en la economía. La función de éstos va siendo cada vez más la de agentes de dirección del mercado. Podría decirse que, desde las instancias comunitarias, la economía pretende reservarse a los sujetos privados (sustituyendo el papel tradicional de los Estados, de empresarios públicos en la realización de servicios públicos), quedando la función de los poderes públicos (y no sólo de los Estados, sino también de las propias instancias comunitarias) en una *dirección* del desarrollo económico. Esta afirmación, que se desprende ya de la mera lectura

provista de sentido, lográndose la supresión de interpretaciones de una disposición que harían perder todo su efecto útil, debilitar o limitar la norma comunitaria; (definición basada e G. ISAAC, *Manual de Derecho Comunitario General*, 1985, p. 166).

¹³⁵ Estas libertades no sólo protegen frente a perjuicios jurídicamente relevantes sino que también lo hacen contra regulaciones que puedan poner en peligro la libertad intercomunitaria de forma directa o indirecta, fáctica o potencialmente (véanse los artículos 30 y 36 del Tratado de la Comunidad Económica Europea y, en la doctrina, STOBER, *EG Binnenmarkt und deutsche Wirtschaft*, 1990, § 2).

¹³⁶ BADURA, *VVDStRL* n.º 23 (1966), p. 34 y 42 y ss.

del Tratado de Roma ¹³⁷, encuentra confirmación con la aplicación que la Unión europea hace mediante Reglamentos y Directivas ¹³⁸.

Por último, la dimensión ecológica se refuerza con el artículo 130r del Tratado de la Comunidad Económica Europea, de tal modo que podemos hablar de extensión desde una comunidad económica a una comunidad medioambiental.

8. REFERENCIA FINAL

Nuestra preocupación por encontrar un régimen jurídico satisfactorio al que se ajuste la actividad administrativa económica (realizada en régimen jurídico-privado) se aminora atendiendo al estudio de los criterios que se derivan del Derecho de la Competencia. La perspectiva pública de tal sector jurídico abre numerosas posibilidades, para la sujeción de tal actividad (así como lógicamente cualquier actividad administrativa contraria a la competencia) a las reglas de la competencia.

Con este sometimiento de la Administración al Derecho de la Competencia lo que se obtiene no es sino contar con un criterio jurídico para sujetar tal actuación administrativa al Derecho: si la Administración hace uso del Derecho privado e interviene en las relaciones de competencia habrá de hacerlo respetando las reglas que rigen aquélla, lo cual logra dar, según hemos visto, una solución jurídica al problema de la sujeción al Derecho de la actividad en régimen privado (de tipo económico).

Desde el punto de vista de la eficacia de tal planteamiento jurídico material, el Derecho de la Competencia tiene una dimensión procesal, por la cual se obtiene un control de tal actividad económica privada de contenido mercantil, por vía del Tribunal de Defensa de la Competen-

¹³⁷ Así véanse los artículos 38 y 74 del Tratado (para los sectores agrario y de los transportes) o los artículos 54.5 y 61 del Tratado de la Comunidad Económica Europea. También, la política coyuntural y monetaria exige o conlleva un dirigismo por el que se logre tanto un equilibrio económico general como una unión económica y monetaria (artículo 102a).

¹³⁸ Este carácter dirigista en que se torna el papel de los Estados (y del que participan las instancias comunitarias) puede verse de modo especialmente ejemplar a mi juicio en el caso del transporte: de asumir el Estado tal función, pasa a ser una instancia de dirección del mercado (GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, «Realidades...»).

cia y los Tribunales ordinarios. Interesante es, así, la vía que se abre con el control de estos últimos Tribunales, sobre la propia iniciativa económica. Efectivamente, el modelo de Constitución económica, que a mi juicio puede definirse como de «neutralidad relativa», permite la iniciativa pública en la economía, pero aquellos Tribunales —por la vía que abre la Ley de Competencia Desleal— pueden llegar a ejercer un control sobre tal iniciativa pública, el cual se suma a los medios de control jurídico-públicos.

II. Sección Crónicas

