

# ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO Y RESTRICCIONES DE LA COMPETENCIA

POR

FERNANDO SAINZ MORENO

**SUMARIO:** I. PLANTEAMIENTO.—II. LA LIBERTAD DE COMPETENCIA COMO EXPRESIÓN DEL ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO: 1. *El orden público económico*. A) Planteamiento. B) Orden público. C) Unidad conceptual del orden público. 2. *La libre competencia*: A) Planteamiento: «restricciones de la competencia» y «competencia desleal». B) Legislación ordinaria. C) Jurisprudencia. D) Recapitulación.—III. ALCANCE DE LA «COMPETENCIA PRIVATIVA» DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.—IV. CONTROL JUDICIAL DEL PRINCIPIO DE LIBRE COMPETENCIA: A) Aplicación del principio de libre competencia en el ámbito del derecho privado: a) Planteamiento; b) Contratos; c) Actos abusivos. B) Aplicación del principio de libre competencia en el ámbito del derecho administrativo: a) Planteamiento; b) Actos, contratos y concesiones administrativas; c) Disposiciones de carácter general.

## I. PLANTEAMIENTO

El concepto de *orden económico* puede entenderse en un sentido no jurídico que hace referencia a los principios informantes de una realidad económica o del modelo económico que se quiere alcanzar. Así entendido, es una noción utilizada fuera del ámbito del derecho para designar la estructura determinante de un «orden».

Pero la noción de «orden económico» se eleva a categoría jurídica cuando el derecho atribuye a tales principios la función de módulo que mide la validez de las relaciones patrimoniales. Recibe entonces la denominación de *orden público económico*. Al proceder de este modo, esto es, al insertar la noción de «orden público económico» en la más antigua y elaborada noción jurídica de *orden público*, se pretende atribuir a la primera la eficacia de la segunda, constituyéndola así en el fundamento de prohibiciones, nulidades y sanciones.

En el Derecho positivo español el *principio de libre competencia* es una manifestación del orden público económico. Desde el punto de vista jurídico este principio significa que los competidores deben organizar y promover su competencia en base a la mejora de la oportuni-

dad y calidad de sus prestaciones. La libertad de competencia tiende, pues, de un lado, a hacer viable el principio de iniciativa privada y, de otro, a impedir que la competencia se produzca por la vía del daño, del perjuicio o de la restricción forzada de la actividad de los demás (prácticas restrictivas, prácticas desleales), fomentando, por el contrario, la mejora de las propias prestaciones como único medio lícito de concurrir en el mercado.

La promulgación en España de la Ley de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia, de 20 de julio de 1963, ha potenciado la eficacia jurídica de este principio pero, al mismo tiempo, ha introducido cierta confusión sobre su ámbito de aplicación, sobre todo al crear un Tribunal administrativo, el denominado Tribunal de Defensa de la Competencia, cuya actividad está definida por normas que han dado lugar a interpretaciones muy discutibles.

El presente estudio trata de demostrar que el «principio de libre competencia» es, en el Derecho español, una manifestación del orden público económico cuyo reconocimiento legislativo y jurisprudencial excede del ámbito trazado por la LPR de 20 de julio de 1963; esta Ley no ha hecho más que potenciar alguno de sus aspectos, pero no ha agotado su virtualidad jurídica ni ha limitado, en modo alguno, la competencia de los tribunales judiciales para examinar con plenitud de conocimiento su cumplimiento en los negocios privados y en los actos, contratos y disposiciones administrativas que se sometan a su conocimiento.

## II. LA LIBERTAD DE COMPETENCIA COMO EXPRESIÓN DEL ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO

En el Derecho vigente en España la libertad de competencia es una manifestación del orden público económico (1). Ello significa, desde el

---

(1) Cuando se redacta este estudio, el Congreso de los Diputados está discutiendo el Proyecto de Constitución. Uno de los temas debatidos es el de la medida en que la Constitución debe intentar preconfigurar el orden económico del país. No parece, sin embargo, que la nueva Constitución vaya a introducir, en plazo breve, modificaciones sustanciales en los principios que hoy rigen la economía española y, concretamente, en el principio de libre competencia. Así se deduce, al menos, de los acuerdos políticos y económicos que han precedido a la elaboración del anteproyecto de Constitución, cuya cita se hace a lo largo de este estudio, y del propósito explícito y reiterado de ingresar en el Mercado Común Europeo.

punto de vista jurídico, que el ordenamiento atribuye a la noción de «orden público económico» la eficacia que en nuestro Derecho tiene el concepto de «orden público». Se trata, pues, de una expresión técnica utilizada con el propósito de lograr determinados efectos jurídicos, tanto en el ámbito de los negocios privados como en el de la actuación singular o reglamentaria de la Administración. En consecuencia, para conocer cuáles son estos efectos hay que tomar como base los que corresponden al concepto de «orden público económico» el cual, a su vez, es una concreción del de «orden público».

### 1. *El orden público económico*

A) *Planteamiento.*—La expresión jurídica «orden público económico» designa aquellos principios organizadores de la actividad económica de un país a los que su ordenamiento jurídico atribuye eficacia normativa. En sentido jurídico, pues, esta noción no hace referencia a todos los principios que, de hecho, configuran la actividad económica en un momento dado, ni tampoco, solamente, a todos los principios reconocidos expresamente por las normas vigentes, sino que designa el conjunto de reglas mínimas que se estiman esenciales para el desarrollo de la vida económica del país en un momento dado. De ahí que este concepto sea, igual que lo es el de «orden público», un concepto valorativo en el sentido de que implica una selección de aquello que se estima esencial para la vida económica con independencia de que figure expresamente mencionado o no en normas jurídicas. Su contenido normativo, por otra parte, sólo adquiere pleno sentido cuando se pone en relación con un supuesto de hecho concreto al que se trata de calificar. Es, pues, un típico concepto jurídico indeterminado que, como todos los conceptos de esta clase, no obstante sus múltiples variantes, tiene una unidad de sentido. En este caso, la unidad de sentido procede de la noción de «orden público», de la cual el concepto de «orden público económico» es una manifestación concreta.

Planteada así la cuestión, resulta que cuando el legislador o la jurisprudencia aluden al «orden público económico» no lo hacen con el propósito de situar esta noción en un esquema general de ideas, sino con la intención de lograr un resultado práctico, esto es, el mismo

resultado que se obtiene cuando se emplea la expresión «orden público», a saber, dar fundamento a «limitaciones», «nulidades» y «prohibiciones».

Por tal razón, el análisis de la noción «orden público económico» exige, previamente, indicar el alcance que en el derecho español tiene el concepto de «orden público».

B) *Orden público*.—En el derecho vigente en España la noción de *orden público* cumple estas funciones:

— El «orden público» constituye un límite para la aplicación en España de las normas extranjeras (2), para el reconocimiento de eficacia en el territorio nacional de las sentencias extranjeras (3), e, incluso, a veces, de los tratados internacionales (4).

— El «orden público» es un límite de la libertad contractual (5), si

---

(2) El artículo 12,3 del Código Civil (título preliminar aprobado por Decreto de 31 de mayo de 1974) dice: «En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público». Este precepto ha sustituido al anterior artículo 11,3 del Código Civil que decía: «...las leyes prohibitivas concernientes a las personas, sus actos o sus bienes, y las que tienen por objeto el orden público y las buenas costumbres no quedarán sin efecto por leyes o sentencias dictadas ni por disposiciones o convenciones acordadas en país extranjero». Sobre el alcance de la excepción de orden público, *vid.* Adolfo MIAJA: *Derecho Internacional Privado*, tomo I, Madrid, 1966, pp. 359 y ss. Después de la reforma del título preliminar del Código Civil, *vid.* Juan Antonio CARRILLO SALCEDO, comentario al artículo 12,3 publicado en *Comentarios a las Reformas del Código Civil* (Ed. Tecnos, vol. I, pp. 644 y ss.) quien propone una interpretación de esta excepción dirigida a defender «la homogeneidad y conexión interna del ordenamiento».

(3) Las sentencias firmes pronunciadas en país extranjero tienen en España la fuerza que establezcan los tratados respectivos (art. 951 LEC). Su ejecución en España está condicionada, entre otros requisitos, al que la obligación cuyo cumplimiento ha dado lugar a la sentencia sea «lícita» (art. 954, 3.º LEC). El reconocimiento en España de la eficacia de sentencias extranjeras está sujeto a la excepción de orden público. Una aplicación de esta excepción puede verse en las resoluciones de la Dirección General de los Registros de 23 de marzo de 1976 (Ref. Ar. 3038), de 5 de abril de 1976 (Ref. Ar. 3039), de 24 de agosto de 1976 (Ref. Ar. 3786) y de 18 de noviembre de 1976 (Ref. Ar. 5157) que tratan de la eficacia en España de sentencias extranjeras dictadas sobre la validez del matrimonio, si bien, a mi juicio, con criterios hoy inaceptables.

(4) La doctrina, sin embargo, no ha adoptado una postura definida sobre la aplicación del límite de «orden público constitucional» en los países en que rige el procedimiento de incorporación automática de los tratados como ocurre en el derecho español (art. 1,5 del Código Civil). Sobre esta cuestión, *vid.* Jorge RODRÍGUEZ ZAPATA: *Constitución, Tratados Internacionales y Sistema de Fuentes del Derecho*, 1976, pp. 39 y ss. En todo caso, el orden público interno podría dar lugar a una «reserva». Sobre el alcance de la reserva *vid.* Manuel Díez DE VELASCO: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, tomo, I, Madrid, 1976, pp. 108 y ss.

(5) Artículo 1255 del Código Civil: «Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas o condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público.»

bien con distinto alcance según se trate de la contratación civil (6), mercantil (7) o administrativa (8).

— La renuncia de derechos sólo es válida «si no contraría el interés o el orden público» (9).

— La jurisprudencia contencioso-administrativa suele calificar (calificación que tuvo sentido pero hoy no lo tiene) de «vicios de orden público» los que afectan al procedimiento a las formas haciéndoles por ello, incluso de oficio, objeto de pronunciamiento preferente, de modo que de darse un vicio de esa clase se excluyen los demás pronunciamientos posibles relacionados con la admisibilidad y con el fondo del recurso (10).

---

(6) Un análisis general de la excepción de orden público en el ámbito de las obligaciones civiles puede verse en Gabriel MARTY y Pierre RAYNAUD: *Droit Civil*, tomo II, «Les obligations», París, 1962, pp. 60 y ss.; J. SANTAMARÍA: *Comentarios al Código Civil*, tomo II, Madrid, 1958, p. 255, incluye entre las limitaciones derivadas del orden público «las que proceden del obligado respeto a las Instituciones públicas, y al régimen económico fundamental... como ocurre con los pactos de no enajenación que pueden afectar al orden público de la propiedad, con los de alteración del orden de los Tribunales y con los de formalidad documental (por ejemplo, el de no otorgar escritura pública)».

(7) Aunque el Código de Comercio sólo regula las especialidades mercantiles de los contratos cuyo contenido básico está determinado por el Código Civil, y no hace alusión expresa a la excepción de orden público, la aplicación de la misma no ofrece duda si bien su alcance ha de entenderse matizado por lo que es «tolerable» según los usos y reglas del tráfico mercantil. Vid. Joaquín GARRIGUES: *Tratado de Derecho Mercantil*, tomo III, 1964, pp. 84 y ss.

(8) En la contratación de la Administración del Estado, su ley reguladora (texto articulado aprobado por Decreto de 8 de abril de 1965) contiene una versión distinta del artículo 1255 del Código Civil al establecer en su artículo 10 que «la Administración puede concertar con los particulares los pactos y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración. Las peculiaridades del tráfico administrativo obligan a admitir ciertas desigualdades que serían ilícitas en el ámbito del derecho privado. Vid. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, Madrid, 1975, pp. 467 y 468.

(9) Antes de la reforma de 1974, el artículo 4.º del Código Civil decía: «Los derechos concedidos por las leyes son renunciables, a no ser esta renuncia contra el interés o el orden público o en perjuicio de tercero.» Después de la reforma del título preliminar del Código Civil el artículo 6,2 da una nueva redacción al anterior precepto. Dice: «La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros.» Sobre el alcance del concepto de orden público como límite de la renuncia de derechos, vid. Carlos DE LA VEGA BENAYAS: *Teoría, aplicación y eficacia en las normas del Código Civil* (Ed. Civitas), Madrid, 1976, pp. 203 y ss.; Manuel AMORÓS en su comentario al párrafo 2 del artículo 6.º publicado en *Comentarios a las reformas del Código Civil* (Ed. Tecnos), tomo I, especialmente pp. 305 y ss.; Luis FIGA FAURA: *La renuncia de derechos y la exclusión voluntaria de la Ley*, publicado en «El título preliminar del Código Civil» (Edersa), tomo I, Madrid, 1977, pp. 242 y ss.; José Luis DE LOS MOZOS: *Derecho Civil Español*, tomo I, Salamanca, 1977, pp. 744 y ss.

(10) Una crítica de esta doctrina jurisprudencial puede verse en Tomás Ramón

— La noción de «orden público» se utiliza también para dar expresión a un límite material del ejercicio de los derechos (11) siendo además la denominación genérica de ciertas actividades sancionadas en vía administrativa (12) y penal (13).

C) *Unidad conceptual de la noción de orden público.*—A la vista de esta variedad de supuestos surge la pregunta de si existe realmente un único concepto o, por el contrario, nos encontramos ante un caso de homonimia de modo que, por ejemplo, el orden público que la ley invoca como límite de la libertad contractual ninguna relación guarda con el orden público de la calle protegido por la ley penal o administrativa.

Pues bien, el examen de las características estructurales y funcionales que la noción de orden público tiene en cada uno de los supuestos indicados permite concluir que existe unidad de concepto que pertenece a la teoría general del derecho, de un concepto, pues, que presenta rasgos comunes en todas sus aplicaciones sectoriales no obstante sus

---

FERNÁNDEZ: *La doctrina de los vicios de orden público*, 1970; Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, 1975, p. 428.

(11) Un análisis de los supuestos legales de limitación del ejercicio de derechos por razón del orden público lo ha realizado Lorenzo MARTÍN RETORTILLO en sus estudios *La cláusula de orden público como límite —impreciso y creciente— del ejercicio de los derechos*, Madrid, 1975; *Libertad religiosa y orden público*, 1970, y *El Vía Crucis de las libertades Públicas*, 1976. Sobre el alcance de la cláusula de orden público, vid. *Curso de Derecho Administrativo*, de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, tomo II, Madrid, 1977, pp. 60 y ss. y 153 y ss., especialmente, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA: *Sobre los límites del poder de policía general y del poder reglamentario*, «REDA» núm. 5, 1975, pp. 203 y ss.

(12) Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959, modificada por la Ley de 21 de julio de 1971, vid. Jesús GONZÁLEZ PÉREZ: *Comentarios a la Ley de Orden Público*, Madrid, 1971; Lorenzo MARTÍN RETORTILLO: *Las sanciones de Orden Público en el Derecho Español*, 1973. Actualmente se discute en el Congreso de los Diputados una nueva Ley de Orden Público («BOC» núm. 55 de 1 de febrero de 1978). Hay que tener en cuenta, además, las facultades atribuidas en esta materia a los gobernadores por el Decreto de 10 de octubre de 1958 cuyo artículo 31 dispone: «Los gobernadores civiles, sin perjuicio de las obligaciones que corresponden a los Ayuntamientos, adoptarán las medidas y dictarán las instrucciones necesarias para aplicar en la provincia las normas de carácter general que aseguren el abastecimiento de los artículos de consumo de primera necesidad, y velarán por el mantenimiento y normalidad de los precios, imponiendo a tal fin las multas que autorice la legislación especial sobre la materia o las que señala este Decreto. En casos excepcionales podrá disponer, con el asesoramiento y la colaboración de los correspondientes servicios, la intervención de los productos mencionados, así como la de los medios de transporte necesarios para su distribución.»

(13) El Código Penal tipifica como delito ciertos «desórdenes públicos» (artículos 246 a 249) y como falta determinadas actividades contra el «orden público» (artículos 567 a 572). La reforma del Código Penal en esta materia se encuentra en fase de aprobación por el Congreso de los Diputados.

distintas manifestaciones (14). Las notas comunes que permiten sostener la existencia de una noción jurídica de orden público común a todas sus manifestaciones son estas:

a) La noción de orden público es un *concepto jurídico indeterminado* (15) que hace referencia a unas reglas mínimas de convivencia,

---

(14) Paul BERNARD: *La notion d'ordre public en droit administratif*, Paris, 1962, p. 266. «En derecho privado, el papel tomado en bloque de la noción de orden público, es el mismo que el que desempeña en derecho administrativo. Esta noción presupone un conflicto entre varias reglas o voluntades y establece la superioridad de la regla jurídica considerada esencial para la salvaguarda de cierta comunidad jurídica fundamental.»

La jurisprudencia española ha reconocido también este carácter de concepto jurídico general del orden público, así la Sentencia de 5 de febrero de 1973 (Ref. Ar. 615) declara:

«CONSIDERANDO: Que partiendo de que la noción de orden público despliega su eficacia en el mundo del Derecho como noción básica y fundamental, no sólo en el ámbito del derecho público —y concretamente en el derecho administrativo— sino incluso en el del derecho privado y así, al efecto, puede condicionar la aplicación de un determinado ordenamiento (art. 11 del Código Civil), servir de límite a la autonomía de la voluntad (arts. 4. y 1255 del mentado Código Civil y los pertinentes de la LCT), o invocarse para enjuiciar determinadas cuestiones que, por ser de orden público, deben serlo con carácter preferente a cualquier otra: ello no obstante la actividad administrativa dirigida al mantenimiento del orden público, como toda actividad de esta clase, está sujeta a unos principios generales que como tales, al servir de base y fundamento del ordenamiento jurídico, de surgir contradicción entre los principios informantes de la intervención y las normas sólo puede resolverse a favor de aquéllos como se reconoce en la Ley de Principios de 17 de mayo de 1958 (R. 915 y 1049 y Ap. 51-66, 10269) al sancionar en su artículo 3.º: "la nulidad de pleno derecho de toda norma que infrinja un principio fundamental"; de donde se sigue, que ningún órgano jurisdiccional podrá, a tenor del artículo 7.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 (Dic. 11806), aplicar un precepto radicalmente nulo.»

(15) La doctrina francesa ha advertido con claridad la naturaleza de «concepto jurídico indeterminado» que tiene la noción de «orden público». Así Paul BERNARD: (*La notion d'ordre public en droit administratif*, Paris, 1962), dice que el orden público es una noción jurídica porque posee ese «pouvoir de discrimination» que, según ШЕНЮТ, constituye el valor de un concepto jurídico (p. 235). Sirve para salvaguardar el «mínimum fundamental» de una sociedad. «La noción de orden público sólo es válida en consideración al problema concreto en el que aparece mezclada, de ahí que tenga una relativa imprecisión.» Es indispensable que ello sea así porque lo esencial de la noción de orden público reside en la *souplesse que lui permet, dans les faits, l'adaptation entre la volonté sociale et la volonté particulière* (p. 247). Pero no deja de ser una noción jurídica; de una parte porque opera dentro de un marco jurídico; de otra, porque ciertos efectos jurídicos —justificación de ciertas decisiones, extensión de competencias, obligación de intervenir— se fundan en la invocación del orden público (p. 248). «Del inconsciente social al consciente jurídico, el paso se realiza por obra del legislador, de la Administración y del juez: 1. El legislador proporciona a la noción su "osamenta jurídica"; la

esenciales para el desarrollo armónico, en el orden material y espiritual, de una comunidad. Tratándose de un concepto jurídico, tales reglas tienen carácter normativo de modo que, o bien están formuladas en normas escritas, o bien expresadas en los usos y costumbres de la comunidad, o bien reconocidas por la jurisprudencia o por la doctrina como principios generales del ordenamiento jurídico (16). En tal sentido, esta noción tiene un cierto carácter artificial en cuanto «formulación consciente e imperativa» que puede no contar con la adhesión, ni siquiera aceptación, de parte de los ciudadanos. Es también, por ello, una noción que presenta característicos rasgos de rigidez frente a la evolución de los «ideales comunitarios» aunque sea concorde con la siempre más lenta evolución de la «conciencia comunitaria», todo lo cual, sin embargo, sirve a una función estabilizadora y contribuye a la seguridad jurídica. Siendo, pues, un concepto abierto, lo es a la evolución de un «orden» cuyo contenido, si bien varía sustancialmente a largo plazo, sufre sólo mutaciones moderadas y paulatinas a corto plazo porque sólo asume aquellas variaciones que han logrado un grado suficiente de fijeza y aceptación. De todo esto se deduce, en primer término, que el concepto de «orden público» opera dialécticamente

---

ley constituye la base del orden público... 2. La Administración activa utiliza la noción de orden público en el marco de la ley... 3. El juez es el gran intérprete de la noción de orden público; él es quien precisa su contorno...» Pero para evitar la arbitrariedad, el juez no puede libremente, según su fantasía, aplicar o no la noción de orden público; no debe aplicar una concepción personal, subjetiva, del orden público; la base de sus decisiones reposa sobre elementos objetivos que son los textos o el espíritu de la legislación, las tendencias generales de la opinión y la observación de los hechos económicos y sociales» (p. 260).

En el mismo sentido, Philippe MALAURIE: (*L'ordre public et le contrat-Etude de Droit civil comparé, France, Anglatere, URSS*—, Reims, 1953, concluye su análisis (p. 280) diciendo: «Un derecho abstracto adquiere un contorno concreto por la intervención del orden público; un derecho fragmentario encuentra en él un principio general. El orden público suple los silencios de la ley. Concebido para proteger aquello sin lo cual la sociedad no podría vivir, el orden público es un remedio necesario para la insuficiencia del derecho.» Sobre la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados puede verse mi libro *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, Ed. Civitas, 1978.

(16) A mi juicio, la noción de orden público expresa un principio general del derecho que puede estar o no recogido en normas expresas. No me parece que constituya una característica del «orden público» la de no hallarse recogido en normas escritas, puede estarlo o no estarlo. Lo importante es que se trata de un «concepto jurídico» (Hans J. Wolff lo describe como el «*Inbegriff der Normen deren Befolgung nach den jeweils herrschenden sozialen und moralischen Anschauungen als unentbehrliche Voraussetzung für ein gedeihliches Miteinanderleben der innerhalb eines Polizeibezirks wohnenden Menschen angesehen wird*». *Verwaltungsrecht III*, tomo III, 1973, p. 48). Como todo concepto jurídico procede del lenguaje ordinario pero sufre las mutaciones características de su transformación en concepto jurídico. Sobre esta cuestión, *vid.* mi libro *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, pp. 103 y ss.



opuesto al de «interés público» (aunque con frecuencia la doctrina, la legislación y la jurisprudencia, los utilizan indistintamente como sinónimos, introduciendo con ello una confusión en el orden de las ideas); y, en segundo lugar, que la apreciación del orden público está fuertemente condicionada por la capacidad de comprensión de quien lo aplica, razón por la cual es frecuente que quien detenta el poder trate de sustraer al libre enjuiciamiento judicial la apreciación de las conductas contrarias a ese orden. Un ejemplo de ello es, precisamente, lo que sucede en materia de orden público económico.

b) El concepto de orden público cumple una *función protectora* de ciertas reglas y principios; típicamente opera como fundamento de prohibiciones, limitaciones, declaraciones de nulidad y consiguientes sanciones. Incluso cuando se utiliza como noción habilitante de la actividad administrativa sirve para legitimar actividades dirigidas en ese sentido. Conceptualmente al menos, esa es la función que corresponde al concepto de orden público, atribuyéndose, por el contrario, a la de interés público la de ser principio dinámico de actividades de impulso.

c) El *objeto protegido* por la noción de «orden público», las «reglas mínimas y esenciales para la convivencia armónica de la comunidad», se extiende hoy a ciertos principios básicos de la actividad económica que integran lo que se denomina el «orden público económico» (17). Tal extensión se produce con la finalidad concreta de lograr en el ámbito de la actividad económica los efectos típicos de la noción del orden público (establecimiento de límites y prohibiciones, declaración de nulidades e imposición de sanciones) (18). Es sabido, sin embargo, que parte de la doctrina atribuye a la noción de «orden público económico» una función positiva de legitimación de la actividad administrativa

---

(17) Gerard FARJAT: *L'ordre public économique*, París, 1963, afirma (p. 10) que fue RIPERT quien por primera vez acuñó el concepto de «ordre public économique» en su trabajo publicado con ese título en «Etudes Geny», 1934. Desde entonces la expresión se ha incorporado al lenguaje jurídico para indicar que «junto al orden público clásico relativo al Estado, a la familia, al individuo, a las costumbres, existe un orden público económico que los ciudadanos no pueden perturbar con sus pactos privados».

Georges VEDÉL: *Droit Administratif*, París, 1976, p. 23: «El orden público, en el sentido administrativo del término está constituido por un minimum de condiciones esenciales a una vida social conveniente. Su contenido varía con el estado de las creencias sociales. La «seguridad» de los bienes y de las personas, la «sanidad» y la «tranquilidad» son su fundamento. Presenta también aspectos «económicos» y «estéticos».

(18) GORDILLO, Antonio: *La nulidad parcial del contrato con precio legal*, ADC, 1975, p. 114. «La aparición de la categoría de orden público económico, tal como hasta ahora la hemos descrito, nos permite apreciar su carácter eminentemente funcional: orden público e ineficacia negocial son inseparables.»

de intervención en la economía (19); ahora bien, entiendo que es más adecuado utilizar esta noción para producir las funciones limitativas características del «orden público» reservando, en cambio, la noción de «interés público» para legitimar intervenciones positivas (20).

## 2. La libre competencia

A) En nuestro derecho positivo, el principio de libre competencia constituye una manifestación del orden público económico. Actualmente el ordenamiento jurídico español está sometido a un proceso de revisión para adecuarlo a la nueva organización política del país. Es una cuestión discutida si los principios que han de regir la actividad económica deben incorporarse y, en su caso, con qué contenido, al texto de la Constitución (21). No es posible predecir cuál va a ser la solución

---

(19) Gerard FARJAT: *L'ordre public économique*, Paris, 1963, pp. 127 y ss. José Luis VILLAR PALASÍ: *Poder de policía y precio justo. El problema de la tasa de mercado*, en el núm. 16 de esta REVISTA, 1955. El epígrafe 5 contiene un análisis de «la idea de orden público» (pp. 37 a 45); GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *Comentarios a la Ley de Orden Público*, Madrid, 1971, p. 85: «Junto al orden público entendido al modo tradicional aparece hoy el orden público económico que justifica, por razón del fin, toda la materia administrativa de intervención económica.»

(20) Luis Díez PICAZO: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, 1970 (pp. 42 y ss.) indica que «la idea de orden público económico no es sino una aplicación concreta al campo del quehacer económico de la idea general de orden público». Este orden público económico «no lo constituyen sólo las actividades del Estado para conformar económicamente a la sociedad, sino también las directrices básicas sobre las cuales se asientan, en cada momento histórico dado, el sistema y la estructura económica de esta misma sociedad». En definitiva, «el orden público económico está constituido por las reglas básicas con arreglo a las cuales en un momento dado aparece organizada la estructura y el sistema económico de la sociedad». Esos principios son los siguientes: 1. Atribución de bienes económicos: «principio de propiedad privada». 2. Iniciativa privada: «libertad económica» (libertad de mercado, libertad de empresa, libre concurrencia económica, libre contratación). 3. Conmutatividad del comercio jurídico: «intercambio» según dos ideas; la idea de que ningún desplazamiento de bienes, ningún enriquecimiento y ninguna atribución patrimonial puede producirse de una manera válida y eficaz sin que concurra una razón que el ordenamiento jurídico considere suficiente para justificar el desplazamiento, el enriquecimiento o la atribución; y la idea de que en el cambio de bienes y servicios debe guardarse el mayor equilibrio posible entre los bienes y servicios objeto de trueque. 4. El principio de buena fe. 5. El principio de seguridad jurídica.

(21) El *Acuerdo sobre Medidas Económicas adoptadas por los partidos políticos con representación parlamentaria*, firmado en el Palacio de la Moncloa el 25 de octubre de 1977 («BOC» núm. 26, de 3 de noviembre de 1977) prevé la adopción de medidas para lograr «una mayor libertad de mercado».

El *Anteproyecto de Constitución* (según el texto del informe de la ponencia publicado en el «BOC» núm. 82, de 17 de abril de 1977) en su artículo 34 dispone: «Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los

concreta que prevalezca a nivel constitucional, pero de las declaraciones, proyectos y programas publicados, se deduce que no están previstos grandes cambios, de modo que puede razonablemente pronosticarse que las normas sobre libertad de competencia establecidas actualmente por la legislación ordinaria y reconocidas por la jurisprudencia no van a ser alteradas sino, quizá, potenciadas mediante una más precisa delimitación de su alcance y ámbito de vigencia. Porque, en efecto, aunque el ordenamiento jurídico español reconoce explícitamente el principio de libre competencia lo hace de modo un tanto confuso y disperso.

En sentido jurídico, libre competencia significa igualdad de los competidores ante el derecho. Esta igualdad, evidentemente, no se da ni siquiera en el plano jurídico. El derecho público ampara y justifica múltiples desigualdades. Paradójicamente, dice FRANCISCO SOSA WAGNER, «la Administración que quiebra insistentemente a través de sus propias empresas o por vía de estímulos y coacciones el curso ordinario de la vida económica, no tolera que los sujetos privados, por propia iniciativa adquieran una posición de prevalencia o dominio que impida la libre competitividad de las ofertas y demandas alterando las reglas clásicas de la formación de precios» (22). Esta paradoja, sin embargo, expresa una de las características típicas de la economía occidental.

---

poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.»

La preparación del texto constitucional ha dado lugar a que se publiquen varios estudios sobre la conveniencia de incorporar a la Constitución los principios de ordenación del sistema económico. Así el volumen *Constitución y Economía* dirigido por Luis SÁNCHEZ AGESTA (Centro de Estudios y Comunicación Económica), Madrid, 1977. Posteriormente, el Centro de Estudios Constitucionales ha publicado una recopilación de *Estudios sobre el Proyecto de Constitución*, Madrid, 1978, entre los cuales algunos se dedican a los aspectos económicos del proyecto; así, Victorio VALLE SÁNCHEZ: (*Reflexiones sobre los aspectos económicos en el Anteproyecto de Constitución*, pp. 279 y ss.) expone las referencias que una constitución debe contener tanto al «orden» como al «proceso» económico. «Concretamente, dice, existen tres aspectos del orden económico sobre los que una constitución tiene que definirse: a) Concepto del derecho de propiedad y sus formas de transmisión; b) El papel de la libre iniciativa y la correlativa definición de las funciones reservadas al sector público; c) Referencias al marco institucional preciso para el normal desarrollo de la actividad económica. En todo caso, el contenido económico de la constitución ha de reducirse a los aspectos básicos y permanentes del orden económico y sus proposiciones deben ser coherentes con el estado actual de la ciencia económica.» En la misma obra colectiva han publicado estudios sobre los aspectos económicos de la Constitución, Miguel BOYER (pp. 263 y ss.), Luis CAZORLA PRIETO (pp. 235 y ss.) y Cruz MARTÍNEZ ESTERUELAS (pp. 295 y ss.).

(22) FRANCISCO SOSA WAGNER: *Jurisdicciones Administrativas Especiales*, Sevilla, 1977, p. 103.

En el derecho español el régimen jurídico de la libre competencia se suele estudiar distinguiendo, como lo hace Rodrigo URÍA (23), entre: a) normas sobre *restricciones de la competencia* (dirigidas a eliminar los obstáculos que la anulan o perturban) y b) normas sobre *competencia ilícita o desleal* (dirigidas a encauzarla por el camino de la ética y del derecho). La norma típica del primer grupo es la Ley de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia, de 20 de julio de 1983, aunque no la única norma en la materia como parece deducirse de algunos estudios sobre este principio. Las normas del segundo grupo, esto es, sobre competencia ilícita son aquellas que, o bien establecen una ilicitud derivada de una prohibición de competir (ya sea prohibición contractual, ya sea prohibición legal impuesta a personas ligadas o que lo estuvieron a una empresa), o bien derivada de la utilización de medios desleales (art. 1902 del Código Civil, arts. 131 y 132 de la Ley de Propiedad Industrial, de 16 de mayo de 1902, declarados en vigor por el Decreto-ley de 22 de mayo de 1931; «principio de lealtad» en la publicidad, establecido por el artículo 10 del Estatuto de la Publicidad de 15 de junio de 1964) (24).

De ambos aspectos, «competencia desleal» y «restricciones de la competencia», este estudio sólo se ocupa del segundo por ser en él donde se manifiesta plenamente el principio de libre competencia como expresión de la excepción de orden público económico. Veamos de qué manera la legislación ordinaria y la jurisprudencia han reconocido y aplicado este principio. Después examinaremos el alcance jurí-

---

(23) Rodrigo URÍA: *Derecho Mercantil*, Madrid, 1973, pp. 68 y ss.

(24) La distinción entre «restricciones de la competencia» y «competencia desleal» parece clara. En el Derecho español no existe, sin embargo, una regulación específica de la «competencia desleal», sólo las disposiciones indicadas y alguna de carácter sectorial, como por ejemplo la Ley Reguladora de la Producción de Seguros Privados, de 30 de diciembre de 1969 (art. 13) y su Reglamento de 8 de julio de 1971 (arts. 22 y 28). Por otra parte, la distinción entre «restricciones de la competencia» y «competencia desleal» está enturbiada en el Derecho positivo español por un precepto contenido en el artículo 3.º de la LPR, de 20 de julio de 1983, que puede inducir a error. Este precepto indica algunas prácticas que pueden considerarse incluidas en la Ley y, entre ellas: «... d) Desarrollar una política comercial que tienda, por competencia desleal, a la eliminación de los competidores». Este precepto ha inducido, con alguna frecuencia, a que se plantee ante el TDC la pretensión de que se declaren prácticas prohibidas algunas que son desleales. El TDC, generalmente, se ha declarado incompetente para pronunciarse sobre la lealtad o deslealtad de los actos denunciados. Estas sentencias y, en general, los problemas que plantea la invocación de la «competencia desleal» en el artículo 3.º de la LPR ha sido estudiado por Juan Ignacio FONT GALÁN (*Competencia desleal en el marco de la Ley de Prácticas Restrictivas de la Competencia*, «RDM» 146, octubre-diciembre 1977, pp. 519 y ss.).

dico de las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia en el ámbito penal, civil y administrativo.

B) La *legislación ordinaria* recoge el principio de libre competencia, directa e indirectamente, en las siguientes normas:

— La Ley de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia, de 20 de julio de 1963, prohíbe «las prácticas surgidas de convenios, decisiones o conductas conscientemente paralelas, que tengan por objeto o produzcan el efecto de impedir, falsear o limitar la competencia en todo o en parte del mercado nacional» (art. 1.º) y, asimismo, «aquellas prácticas abusivas mediante las cuales, una o varias empresas, exploten su posición de dominio en la totalidad o en parte del mercado, de manera injustificadamente lesiva para la economía nacional, los intereses de los consumidores o la actuación de los restantes competidores» (art. 2.º). Pero la misma Ley excluye «las situaciones de restricción de la competencia que se hallen expresamente establecidas por el ejercicio de potestades administrativas a virtud de disposición legal» o que «en lo sucesivo se establezcan por medio de Ley aprobada en Cortes» (art. 4.º) y abre una vía para que el Tribunal de Defensa de la Competencia declare exceptuadas las prácticas que reúnan los requisitos previstos por la Ley (art. 5.º), quedando en todo caso, fuera de su ámbito «los acuerdos, decisiones y prácticas de empresarios agrícolas, de asociaciones de éstos o de federaciones de estas asociaciones, en la medida en que, sin llevar aneja la obligación de aplicar un precio determinado, se refieran a la producción o a la venta de productos agrícolas o ganaderos o a la utilización de instalaciones comunes de almacenamiento, de manipulación o de transformación de productos agropecuarios» (art. 4.º,4).

— En el ámbito de la contratación civil y administrativa el principio de libre concurrencia está reconocido, en primer término, por la prohibición de celebrar pactos contrarios al orden público (art. 1255 del Código Civil) y, explícitamente, en materia de contratación administrativa, en el artículo 13 de la Ley de Contratos del Estado («los contratos... se celebrarán, salvo las excepciones establecidas por esta Ley, bajo los principios de publicidad y concurrencia...»), en el artículo 10 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales («serán nulas... las cláusulas que impliquen monopolio, salvo las excepciones expresamente previstas por la Ley») y en el artículo 18 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales («la intervención en materia de abastos se dirigirá a asegurar la libre competencia como

medio de procurar la economía en los precios. Los Ayuntamientos sancionarán cualesquiera formas de actuación encaminadas a impedir o dificultar la libertad de tráfico»).

— La Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959, incluye entre los actos contrarios al Orden Público aquellos que alteren o intenten alterar «la regularidad de los abastecimientos o de los precios prevaleciendo abusivamente de las circunstancias». El Proyecto de Reforma de la Ley de Orden Público que actualmente se discute en el Congreso de los Diputados, incluye entre los «elementos integrantes del orden público», «el regular funcionamiento de los servicios públicos y de los mecanismos económicos del mercado».

— Protegen también la libre competencia las normas sancionadoras de la alteración de precios contenidas en el Código Penal (arts. 539 a 541 —de las maquinaciones para alterar los precios de las cosas— y art. 574), preceptos a los que se remite expresamente la Ley de Prácticas Restrictivas de la Competencia, art. 15,1 c) y el Reglamento sobre Infracciones Administrativas y Sanciones en Materia de Disciplina del Mercado, de 20 de diciembre de 1974 (art. 3.º). De estas normas no se deduce un concepto legal claro de libre competencia. Eduardo GALÁN CORONA (25) indica, sin embargo, que es posible —tomando como base la Ley de 20 de julio de 1963— observar un doble aspecto en la concepción jurídica de la libre competencia: por una parte un aspecto estructural constituido por la existencia de varias empresas que actúan autónomamente en un mercado y, por otra parte, el contenido de una conducta consistente en una actuación autónoma y libre en la que estas empresas ponen en práctica sus parámetros de acción para la consecución de sus objetivos (precio, calidad, publicidad, innovaciones tecnológicas, etc.).

C) La *Jurisprudencia* española ha aplicado el principio de libre competencia tanto como principio general del derecho español, como en aplicación de las normas citadas.

Algunas de las sentencias más significativas han sido:

a) Sentencias del Tribunal Supremo que hacen referencia a la *Ley de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia*:

a') La *sentencia de 24 de diciembre de 1965* (Ref. Ar. 5876) desestima un recurso interpuesto contra la resolución de la Dirección Ge-

---

(25) Eduardo GALÁN CORONA: *Acuerdos restrictivos de la competencia* (Ed. Montecorvo), Madrid, 1977, pp. 42 y ss.

neral de Economía de la Producción Agraria que resolvió un concurso para la concesión de una tablajería de carne equina en Cáceres. El recurrente aducía, entre otras alegaciones, la existencia de un monopolio en la industria de tablajería en la ciudad de Cáceres. Sobre ese punto el Tribunal Supremo declaró que: «En cuanto a las argumentaciones referentes al peligro de un ejercicio monopolístico de la industria de carnicería de équidos en Cáceres por existir dos carnicerías, una de un padre y otra de su hijo, en realidad no parece alcanzar el condicionamiento necesario para la definición característica de tal calificación...».

b') La *sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1969* (Ref. Ar. 1513) resuelve un recurso interpuesto contra una sentencia del pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 16 de marzo de 1967. La importancia de esta sentencia, advertida por la doctrina que le ha dedicado varios comentarios (26), radica en que da una solución al problema de la revisión por la jurisdicción contencioso-administrativa de las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia. En efecto, según el artículo 29 de la Ley de 20 de julio de 1963:

«Art. 29. Las resoluciones que el Tribunal de Defensa de la Competencia dicte formulando las declaraciones u ordenando las intimaciones previstas en esta Ley, así como los actos concretos que sean consecuencia de ellas, quedarán excluidos de la vía contencioso-administrativa y contra los mismos sólo se dará recurso de súplica para ante el Pleno del Tribunal.»

Por tanto, al interponerse un recurso contra una sentencia del Tribunal de Defensa de la Competencia, la primera cuestión a tratar consiste en el examen de su admisibilidad. Sobre este punto el Tribunal Supremo declaró:

«CONSIDERANDO: Que en cuanto al primero de los extremos a tratar, está constituido por la invocación formulada respecto a inadmisibilidad del recurso conten-

---

(26) Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, en esta REVISTA (núm. 58, 1969, pp. 171 y ss.), con el título de *El recurso contencioso-administrativo contra los acuerdos del Tribunal de Defensa de la Competencia*; y José María de la CUESTA, en la «RDM» (número 114, 1969, pp. 677 y ss.), con el título *Recurso contencioso-administrativo contra las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia*.

cioso-administrativo, basado en el art. 82 aps. a) y c) de la Ley de 27 de diciembre de 1956 por dirigirse el recurso contra actos que se dice no ser susceptibles de impugnación, a tenor del capítulo 1.º del Libro III de la Ley Jurisdiccional, respecto a lo que ha de pararse la atención en el examen del art. 31 de la Ley de Defensa de la Competencia de 20 de julio de 1963, donde se establece que contra los acuerdos definitivos del Tribunal de Defensa de la Competencia, procederá el recurso contencioso-administrativo, previo el de reposición, en materia de imposición de multas y contra los demás no exceptuados en el art. 29 por infracción de normas legales, incompetencia, desviación de poder y vicio esencial de forma causante de indefensión; o sea que si, con arreglo al art. 29, quedan excluidas de la vía contencioso-administrativa, las Resoluciones que el Tribunal de Defensa de la Competencia dicte formulando declaraciones u ordenando las intimaciones previstas en la Ley de los actos concretos que sean consecuencia de ellos, lo que en tal precepto se exceptúa del conocimiento de la Jurisdicción contencioso-administrativa es sólo la revisión de la materia de fondo que constituye el conocimiento de aquel Organó a sea aquellas declaraciones, o intimaciones y los actos concretos derivados, todos ellos reseñados en la Sección 4.ª del Capítulo II de su Ley específica y especialmente en sus arts. 13, 15, 16, 17, 18 y 19, pero quedan al margen —según la redacción del art. 31—, aquellos casos no exceptuados en el art. 29, lo que supone una excepción genérica, y los acuerdos referentes a imposición de multas, "infracción de normas legales", "incompetencia", "desviación de poder" y "vicio esencial de forma causante de indefensión"; con lo que se viene a señalar una excepción, ahora específica y enumerada de las causas, en todas las que la Jurisdicción Contencioso-administrativa conserva su plena competencia general para la revisión de los actos, y como tales producidos por el Tribunal de Defensa de la Competencia, Organó adscrito en lo administrativo al Ministerio de Comercio, que en la ampliación cuantitativa de los fines del Estado de las



funciones de la vida social, viene a constituir una jurisdicción administrativa atípica de la policía económica del Estado, como conjunto de medidas utilizables por la Administración para que los particulares ajusten su actividad a un fin de utilidad pública, ya mediante órdenes positivas de hacer, ya mediante actuaciones coactivas de ejecución, ya mediante una actividad represiva; lo que constituyen, en definitiva, las tres facetas características de la actividad administrativa de coacción, referida concretamente, por lo que a la materia afecta, al campo del orden público económico, según expresa el punto III número 1 del preámbulo de la Ley especial; con lo que es vista la oportunidad legal de ratificar en este trance procesal, los términos del auto de la Sala de 16 de diciembre de 1967 a virtud del cual en trance de alegaciones previas se declaró la competencia de este Tribunal Supremo, y concretamente de esta Sala Cuarta, y la desestimación de la alegación de inadmisibilidad que ahora constituye el primer extremo de los fundamentos de la contestación a la demanda y de la súplica de la misma, puesto que definido que no se trata de actos no susceptibles de impugnación a tenor del capítulo I del título 3.º de la Ley, y dado que los motivos o las causas del recurso que se invocan por el recurrente son precisamente las de a) infracción de normas legales, b) incompetencia, c) desviación de poder y d) vicio esencial de forma concretamente atribuidas como materia propia del recurso contencioso-administrativo, según es visto, de ello inexcusablemente se deriva la competencia de este Tribunal Supremo y de esta Sala Cuarta, con arreglo tanto al contenido del artículo 31 de la Ley sobre prácticas restrictivas de la competencia, ya citado, como de los arts. 1, 2 y 14 de la Ley Jurisdiccional; por lo que es de desestimar la alegación de inadmisibilidad formulada por la representación de la Administración al no darse los supuestos de los apartados a) y c) del art. 82 en relación con el 40 de aquella disposición legal.

**CONSIDERANDO:** Que el segundo extremo a decidir, por el orden expuesto en el planteamiento establecido,

según su orden procesal, en el primer Considerando de esta Sentencia, es el referente al examen de la falta de legitimación activa, invocado por la representación de la Administración, con apoyo argumental en el artículo 82, apartado b) de la Ley Jurisdiccional, por entender aquélla que la parte actora carece de interés directo en cuyo supuesto se solicita la inadmisibilidad del recurso; mas no es de acceder a lo que en tal aspecto se insta por cuanto es ostensible la existencia de la condición de admisibilidad con arreglo a los arts. 28 y 30 de la Ley, no sólo según estricto sentido de éstos, ya suficiente por sí solo para fundamentar la denegación de la inadmisibilidad por tal concepto solicitada, sino por cuanto atañe a quien es el sujeto a quien afecta todo el procedimiento y cuyo negocio, y no otro, ni otros, ha sido aquél cuyo tratamiento y relación comercial con los denunciados—con completa independencia de quien fuera el denunciante—ha constituido la materia de hecho para el análisis y para la resolución, sea esta la que fuere; pues si precisamente el fondo específico del conocimiento del Tribunal de la Competencia no está constituido por la aplicación concreta de una normativa integrada por un conjunto sistemático de formulación tipificadora—según claramente explica su meditado preámbulo—, en cambio la actividad de su ejercicio se basa en la necesidad de establecer una jurisdicción única cuyo objetivo consista en declarar la existencia o inexistencia de hechos constitutivos de una práctica económica nociva de la competencia, como materia que, si ciertamente corresponde al orden público de la economía, no por eso deja de exigir la existencia de unos entes o sujetos económicamente afectados, cuya protección a través de una actuación enjuiciadora de los hechos, les da y atribuye la condición del interés directo propio de la legitimación activa, reflejado en el apartado a) del artículo 28 de la Ley Jurisdiccional, como aptitud para ser parte en un proceso concreto, dada su relación con la pretensión deducida y como consecuencia tanto del problema que se plantea como de la idoneidad específica para ostentar la titularidad emanada en su posición

peculiar en el proceso, cuya decisión es susceptible de afectar un interés jurídicamente protegible, que sirve precisamente de nexo para proyectarse sobre la relación procesal concebida como unidad indivisible; pues basta suponer la anulación del acto, aquí resolución, recurrida, para comprender el consiguiente beneficio en favor del accionante, a quien, en todo caso, quedaría posiblemente expedita distinta fórmula calificatoria de los acontecimientos cuya presencia le perturba con independencia de la legitimación de su presencia en el ámbito de una ordenación económica que independientemente de su proyección en la esfera del orden público, constituye una presencia afectante de ese mismo orden en relación con el interés privado cuyo interés directo se define perfectamente en el orden jurídico, lo que, consecuentemente entraña la desestimación de la alegación de inadmisibilidad por razón de falta de legitimación activa que constituye la segunda pretensión de la contestación a la demanda.»

La doctrina de esta sentencia sólo puede entenderse desde una correcta calificación de la naturaleza jurídica de las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia que es, como advirtió Jesús GONZÁLEZ PÉREZ la de un «acto administrativo» dictado en el ejercicio de una función típicamente administrativa cual es el mantenimiento de la normalidad del mercado.

c') La *sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 1969* estima un recurso interpuesto por el Sindicato Provincial de la Marina Mercante de Santa Cruz de Tenerife contra la Orden del Ministerio de Comercio de 19 de octubre de 1965, que aprobó los contratos de exportación de tomates de producción canaria. En cuanto al fondo del asunto, el segundo considerando de la sentencia dice:

«CONSIDERANDO: Que la primera apreciación que permite la simple lectura del pliego de condiciones publicado en 24 de junio de 1965, y traducido en los subsiguientes contratos, cuya cláusula 13 refleja la 11 del pliego que sirvió para la convocatoria del concurso, constituye una excepcional figura jurídica de claro carácter oligopólico y tendencia monopolista que otorga al citado sin-

dicato de frutos facultades discrecionales, prácticamente tan ilimitadas como eliminatorias de los elementos que normalmente intervienen en este género de contratos...»

En consecuencia, el Tribunal Supremo, al advertir que no existe ninguna norma de rango legal que ampare tal autorización («pues no puede derivarse de las facultades concretas concedidas en los artículos 1 a 4 y 18 de la Ley de Fomento de la Marina Mercante, de 12 de mayo de 1956»), anula la Orden del Ministerio de Comercio «reconociendo el carácter potestativo del uso de los servicios regulares contratados por el Sindicato de Frutos y Productos Hortícolas a que aquellas Ordenes se refieren».

*d')* La *sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1969* (Ref. Ar. 2793) resuelve un recurso interpuesto contra la alteración de la «zona de influencia» del mercado de las Ventas, de Madrid. El Contenido de esta importante sentencia se expone más adelante al estudiar la jurisprudencia dictada en relación con el artículo 18 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, que es el que, fundamentalmente, sirve de motivación al fallo (27).

*e')* La *sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1970* (Ref. Ar. 2643) estima un recurso interpuesto por los Sindicatos Provinciales de la Marina Mercante de Santa Cruz de Tenerife y Las Palmas contra la Sección Tercera de la Orden del Ministerio de Comercio de 27 de abril de 1966 sobre transporte marítimo del tomate fresco de Canarias. Esta sentencia, semejante a la antes citada de 6 de mayo de 1969, es, sin embargo, más explícita en cuanto al fundamento de la resolución. Sobre la condena del monopolio que esas Ordenes creaban dice:

«CONSIDERANDO: Que la "discriminación injusta" de que se acusa a la Sección Tercera de la Orden recurrida, tiene en efecto su legal constancia en el artículo 3.º del Fuero de los Españoles, que, como es sabido, consagra el principio de la igualdad de todos ante la ley, estando además prevista su legal prohibición en el artículo 4.º de la Ley de 20 de julio de 1963 sobre represión de las prácticas restrictivas de la competencia,

---

(27) En págs. 619 y ss.

pues la mentada Sección Tercera produce de hecho y sin previa Ley que lo autorice la exclusiva del transporte marítimo del tomate canario a favor de unas determinadas compañías navieras que, por efecto de sus normas, resultan impuestas por el Sindicato Nacional de Frutos a todos los exportadores canarios; con lo que también se opone dicha Sección a la Ley de Comunicaciones Marítimas, de 12 de mayo de 1956, dado que estando ésta dictada para proteger la Marina Mercante nacional únicamente admite, como medio de favorecer ésta, la concesión de primas en determinadas circunstancias, que tan sólo puede otorgar el Gobierno (art. 23), pero nunca autoriza el establecimiento de restricciones o monopolios en contra del transporte marítimo internacional, indudablemente afectado en este caso por las normas de la Sección de referencia, que no distingue entre transporte nacional e internacional.»

*f)* La *sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1977* estima un recurso interpuesto contra una Orden del Ministerio de Trabajo de 22 de junio de 1974, que estableció un incremento sobre la cuota de la Seguridad Social para contribuir a la contingencia de desempleo como consecuencia del "Plan de Reestructuración del Sector Textil Yutero". La sentencia estima el recurso pero rechaza que el Plan de Reestructuración indicado infrinja la Ley de Prácticas Restrictivas de la Competencia. Sobre este punto dice en su séptimo considerando:

«... y en este sentido—y porque, además, así está solicitado en la demanda—es menester examinar si el Plan de Reestructuración del Plan Textil Yutero es nulo por infringir el artículo 4.º, 3, de la Ley de 20 de julio de 1963, cuestión que ha de recibir respuesta negativa porque, en primer lugar, la reestructuración, como técnica general de mejora de procesos industriales y de aseguramiento del pleno empleo, quedó habilitada por la Ley del Plan de Desarrollo; y, en segundo término, porque no puede apreciarse concreta restricción de la competencia industrial, cuando las empresas que clau-

suran sus actividades adoptaron voluntariamente esta decisión (art. 1.º del Decreto 729/1973), consiguiendo con ella que el mercado, los procesos industriales y el empleo respondan a la realidad efectiva y deseable.»

b) La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha aplicado también el principio de libre competencia en relación con el *artículo 18 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales*.

a') La *sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1968* (Ref. Ar. 5295) confirma una sentencia de la Audiencia Territorial de La Coruña, que anuló el acuerdo de la Corporación municipal, prohibiendo la venta de carne procedente de reses no sacrificadas en el matadero municipal. El acuerdo municipal tenía como fundamento el artículo 363 de las Ordenanzas Municipales de 1903, que prohibía la entrada de carnes frescas procedentes de reses no sacrificadas en el matadero municipal. La Audiencia, sin embargo, anuló el acuerdo, estimando que tal Ordenanza se opone a normas de rango superior, puesto que:

«CONSIDERANDO 1.º: Que, siendo principios generales vigentes en nuestras leyes municipales que, *si bien los Ayuntamientos en su función de policía tienen facultad para intervenir la actividad de sus administrados, sin embargo tal intervención no sólo ha de ajustarse en todo caso al principio de igualdad ante la ley, sino también a los motivos y fines que la justifiquen en bien de los intereses de toda clase confiados a su gestión y cuidado, o sea, en bien de la comunidad vecinal, siendo ilegales, por consiguiente, aquellos acuerdos o reglamentaciones que las Corporaciones Locales dicten oponiéndose a disposiciones de superior rango legal, por lo que, en materia de abastecimientos las facultades interventoras de los Ayuntamientos tienen que estar, en todo caso, supeditadas no sólo a la legislación especial de la materia elaborada por el Gobierno de la Nación como exponente, en cada documento, de la política e intereses del abastecimiento nacional, sino también a los motivos y fines que el artículo 18 del Reglamento de Servicios concretamente señala para autorizar la intervención en*

*materia de abastos, al disponer, con carácter general, que en esta materia la intervención municipal se dirigirá a asegurar la libre competencia como medio de procurar la economía en los precios.*

b') La *sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1969* (Ref. Ar. 2793) confirma una sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid que desestimó un recurso interpuesto contra el acuerdo de ese Ayuntamiento de suprimir la zona de influencia del mercado de las Ventas, mercado que estaba concedido a una compañía privada. La base novena de la concesión (adjudicada en abril de 1951) establecía que «no se permitirá la instalación de industrias de carnicería, pescadería, casquerías, salchicherías, aves, huevos y caza y fruterías dentro del radio de 500 metros del mercado, que es el que corresponde a la zona de influencia asignada a aquél, cualquiera que sea el artículo que en ellos se expendan», sin embargo, pasados diez años, la Sección de Abastos del Ayuntamiento emitió un dictamen demostrando que las necesidades de abastecimiento de artículos esenciales habían experimentado una variación fundamental desde cuando se fijó la zona reservada al mercado, lo que, unido a lo dispuesto en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales sobre libre competencia en materia de subsistencias, determinaba la concurrencia de razones de interés público que justificaban la supresión de la base novena indicada al amparo del artículo 127 del citado Reglamento. Contra el acuerdo del Ayuntamiento se interpuso recurso contencioso-administrativo, que la Audiencia Territorial de Madrid desestimó porque:

«CONSIDERANDO: Que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 113 y 127 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, en relación con la disposición transitoria segunda del mismo cuerpo legal, las Corporaciones Locales tienen plenas atribuciones en cuanto a la regulación de las concesiones, y en la organización y modificación de las mismas, en lo referente a las zonas de influencia, incluso sobre las otorgadas antes de su vigencia, *siempre que razones de interés público aconsejen su alteración o la supresión, como ha sucedido en el caso de autos, en que la Corporación ha procedido, asimismo, de acuerdo con el artículo 18 del*

*mismo Reglamento, con el fin de asegurar la libre competencia y como medio de procurar la economía de los precios.*

Apelada la sentencia, el Tribunal Supremo la confirma, insistiendo, de una parte, en que, por virtud de lo previsto en el artículo 18 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, «*la intervención municipal en materia de abastos se dirigirá a asegurar la libre competencia como medio de procurar la economía de los precios*», y de otra parte, rechazando que en este caso sea de aplicación la Ley de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia. Sobre esto último, el Tribunal Supremo declaró:

«**CONSIDERANDO:** Que respecto a la alegación de haberse infringido la Ley de 20 de julio de 1963 (R. 1423) sobre represión de prácticas restrictivas de la competencia, porque aquella, se dice, somete al Tribunal de Defensa que crea o al Ministerio de Comercio la supresión o reforma de las situaciones restrictivas, fuera así de la competencia municipal, es de notar que semejante aspecto silenciado totalmente en la demanda se promovió por vez primera en los escritos de conclusiones de los actores, incluyéndola en el suplico de éstas a pesar de no haberse tratado en los anteriores; mas al prohibir el artículo 79 de la Ley Jurisdiccional que en dicho trámite se planteen cuestiones no suscitadas en la demanda bastaría para rechazarla lo así dispuesto, a lo que no obstante cabe añadir que la atribución por la citada Ley de 20 de julio de 1963 a los Organos que indica contra las operancias restrictivas de la competencia podrá obrar en su ámbito, pero sin menoscabar la competencia peculiar de la Corporación en abastos, mercados y sus concesiones, enunciada en los artículos 101 *a*) y 121 *d*) de la Ley de 24 de junio de 1955, y 114, número 3, del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, y al corresponder exclusivamente al Ayuntamiento, otorgar las concesiones sobre sus servicios realizables en ese régimen, constituye pura reglamentación de las mismas, que por ende cae dentro de la órbita de actividad de la propia Corporación, man-



tener o modificar los términos de prestación del servicio concedido según autoriza explícitamente el artículo 127 que se glosó, y en consecuencia háyase tomado el acuerdo de litis con la entera competencia del Ayuntamiento en el asunto.

Se advierte, pues, que en este caso la invocación de la Ley de 20 de julio de 1963 no se hizo, como es usual, para denunciar una práctica restrictiva, sino para mantenerla. El criterio del Tribunal Supremo al rechazar esa alegación es irreprochable.

c) Entre las sentencias del Tribunal Supremo dictadas en aplicación del artículo 2.º de la *Ley de Orden Público*, de 30 de julio de 1969, pueden indicarse las de 18 de febrero de 1970 (Ref. Ar. 583), la sentencia de 22 de julio de 1970 (Ref. Ar. 3469), la sentencia de 27 de octubre de 1971 (Ref. Ar. 4302) (28), la sentencia de 5 de febrero de 1973 (Ref. Ar. 615) (29) y la sentencia de 16 de diciembre de 1975 (Ref. Ar. 5020) (30).

---

(28) La *sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1970* (Ref. Ar. 583) estimó un recurso interpuesto contra la sanción que la Dirección General de Seguridad impuso al jefe del Grupo Nacional de Exhibición del Sindicato Nacional del Espectáculo por haber cursado un escrito a los jefes provinciales manifestando que carecía de vigencia la Orden de 8 de marzo de 1957 y la Circular de 26 de enero de 1963, por lo que no existía ninguna restricción normativa que limitase el precio de las salas de cinematógrafos, dando lugar a que a partir del 24 de enero de 1964 se produjera una elevación general de los precios de las localidades en los cines de Madrid y otras provincias. El Tribunal Supremo, al estimar el recurso y anular la sanción declaró que no concurría en este caso el requisito legal de «prelamiento abusivo de las circunstancias» porque,

«... mal puede estar incurso en tal exigencia legal quien, equivocadamente o no equivocadamente, comunica a otro la tesis letrada de que un precepto no está vigente y ello permite aumentar su margen de posible beneficio.»

Sobre el mismo tema, y en igual sentido, se pronuncian las *sentencias del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1970* (Ref. Ar. 3469) y *de 27 de octubre de 1971* (Ref. Ar. 4302).

(29) La *sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1973* (Ref. Ar. 615) no se refiere a una alteración de precios; pero tiene el interés de invocar el «orden público» como un concepto general, vigente tanto para el derecho público como para el privado.

(30) La *sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1975* (Ref. Ar. 5020) estimó un recurso interpuesto por los asentadores de frutas y verduras del mercado de Legazpi contra la sanción que el Gobierno Civil de Madrid les había impuesto por no entregar al detallista comprador los boletos justificativos de sus operaciones, lo que impedía a la Administración comprobar si los detallistas vendían los productos con abuso de margen comercial. Sobre el fondo del asunto el Tribunal Supremo declaró:

«CONSIDERANDO: Que en cuanto a la problemática de derecho material planteada en esta litis, forzoso será partir que en

d) Sobre la doctrina jurisprudencial interpretativa de los preceptos del *Código Penal* tipificadores de «las maquinaciones para al-

los enunciados a) y b) del fundamento de derecho segundo de la demanda, los recurrentes insisten una vez más en lo ya fijado en la precedente consideración, de que si la infracción cometida por los mismos es la comprendida en el artículo 6.º de la Circular 11, de 1967, de 28 de diciembre, de la Comisaría General de Abastecimientos y Transportes, habida cuenta de lo ordenado en el artículo 10 de tal Circular, de que las infracciones que se cometan con referencia a lo establecido en ésta se considerarán alteraciones a la disciplina del mercado y serán sancionadas de conformidad con lo previsto en el Decreto 3052 de 1966, de 17 de noviembre, y en el Decreto-ley 15 de 1967, de 27 de noviembre; en este supuesto de tratarse de una vulneración del susodicho artículo 6.º de la Circular relacionada, por no entregarse por los mayoristas a los detallistas en el momento de la compraventa de mercancías de frutas o verduras el boleto justificativo de la operación concertada, únicamente podía estar incluido dentro del número 12 del artículo 3.º del invocado Decreto de 17 de noviembre de 1966, y sólo cabía el ser castigadas las faltas administrativas de esta manera verificadas en consonancia con los artículos 5.º y 6.º de esa norma legal en íntima compenetración con lo regulado en el Decreto-ley de 3 de octubre y Orden del propio mes y año de 1966 (R. 1795 y Ap. 51-66, 6995), mas el Decreto-ley de 27 de noviembre de 1967, en los distintos artículos pertinentes que se detallan entre otros de esas disposiciones en los vistos de esta sentencia; es decir, que la competencia decisoria en primera y segunda instancia de la vía administrativa sólo radicaba en el Ministerio de Comercio por constituir exclusivamente alteraciones a la disciplina del mercado, siendo por consiguiente en un todo extraña al Departamento de Gobernación en lo atinente a faltas contra el orden público; por ende, la competencia de los gobernadores civiles era únicamente atribuible como delegados provinciales del Servicio de Inspección de la Disciplina del Mercado en principio, y posteriormente al director general de Comercio Interior, al ministro de Comercio y finalmente al Consejo de Ministros; por lo que, al ser esto así, la resolución decretada por el Ministerio de la Gobernación, objeto sustancial de crítica en estos autos, lo ha sido con incompetencia, procediendo por ello su anulación; pero estos alegatos esgrimidos por los actores carecen de toda consistencia legal, porque el calendario artículo 10 de la Circular 11 de 1967, de 28 de diciembre, en su última parte deja a salvo expresamente la posibilidad de que tales infracciones que señala «puedan considerarse como infracciones administrativas de otra índole o incluso de carácter penal»; de donde se sigue que la cuestión se centra como muy bien dice el abogado del Estado en la contestación a la pretensión deducida, en valorar la trascendencia imputable al hecho constitutivo de la infracción, sancionable siempre acorde con las normas reguladoras de la disciplina del mercado, sin más que la realidad fáctica de su contraposición a la regla escrita, pero capaz, en ciertos casos, de atraer sobre sí incluso la competencia de la jurisdicción criminal, en régimen de actuaciones y sanciones concurrentes y no excluyentes; y es evidente que para valorar si los hechos enjuiciados inciden o no normas en infracción de la Ley de Orden Público, es el Ministerio de la Gobernación y sus autoridades provinciales quienes son competentes para conocer y sancionar, en su caso; y como quiera

que el artículo 2.º, apartado b), declara actos contrarios al orden público: "los que alteren o intenten alterar la seguridad pública, el normal funcionamiento de los servicios públicos y la regularidad de los abastecimientos o de los precios prevaleciendo abusivamente de las circunstancias", lleva consigo que la cuestión queda así contraída a determinar si la omisión de los indicados boletos puede o no producir estas consecuencias, sin que pueda tenerse por suficiente para una solución negativa la mera exposición del parecer subjetivo de los recurrentes en contradicción con el que sustenta la autoridad encargada de dicha Ley de Orden Público; y siendo esto así, la secuela necesaria no es otra que el establecer una declaración negativa de lo propuesto en los mandatos enunciados de los accionantes.

CONSIDERANDO: Que centrado el tema sustancial debatido en este proceso, sobre la procedencia o improcedencia de las infracciones que se acusan por la Administración como faltas administrativas que se dicen cometidas por los demandantes contenidas en las actas de 21 de junio de 1968 y que se sancionan pecuniariamente con multas de 15.000 pesetas para cada uno de ellos—conforme los artículos 18 y 19 de la Ley de Orden Público—por aplicación del reseñado artículo 2.º, apartado b), de esa norma legal, para su solución en derecho, obligado será exponer: que toda transgresión jurídico-administrativa en materia de orden público viene caracterizada por los elementos siguientes: a), acción u omisión voluntaria, lo que supone una conducta positiva, una acción; b), la exigencia de la voluntariedad no puede considerarse transgresión cuando se trata de un acto reflejo, ya que éste no es un acto psíquico, o cuando sea actuado por error, ignorancia o vis compulsiva; c), la intencionalidad, en este sentido la doctrina jurisprudencial viene declarando que no puede hablarse de contravención cuando no se desprende que concurren circunstancias de intencionalidad—sentencia de 13 de mayo de 1970 (R. 2629)—o ánimus—sentencia de 10 de mayo de 1969 (R. 2434)—, mientras que sí existe cuando los elementos probatorios que obran en el expediente manifiestamente excluyen toda hipótesis de inadvertencia, descuido o inexistencia de dolo—sentencia de 17 de febrero de 1969 (R. 684)—, ampliando el concepto la sentencia de 5 de julio de 1968 (R. 5220), al expresar "que los actos enumerados en el artículo 2.º de la Ley de Orden Público exigen siempre para ser castigados la existencia de conductas externas dolosas o intencionales encaminadas por sí mismas a alterar o al menos tender a alterar la normalidad de la vida comunitaria y paz social y demás que refleja el artículo 1.º, o al menos que entre la conducta activa u omisiva no maliciosa, pero sí voluntaria al infringir un deber objetivo y de cuidado socialmente impuesto, y la mutación cierta del mundo exterior, se dé un ligamen o relación causal, que al unir ambos e indispensables elementos den como resultado una imprudencia que deba ser corregida siempre en juego con lo consignado en el susodicho artículo 2.º"; d), antijuricidad, únicamente existe transgresión jurídico-administrativa cuando se ha infringido alguna de las normas que integran el ordenamiento jurídico-administrativo; ahora bien, para que la transgresión sea sancionable, no basta la simple infracción del ordenamiento, es requisito esencial que el mismo prevea esa consecuencia sancionadora a la infracción debidamente tipificada; todo esto en armonía con sentencias de 17 de marzo de 1958 (R. 2190), 20 de febrero de 1957 (R. 1804), 5 de marzo de 1959 (R. 3314) y 28 de enero de 1974 (R. 650), y en especial la de 8 de febrero de 1971 (R. 694).

en donde se indica: "en la materia administrativa como en la penal rige el principio de la legalidad, según el que sólo cabe castigar un hecho cuando esté precisamente definido el sancionarlo y tenga marcada a la vez la penalidad"; f), imputabilidad, consistente en que la acción voluntaria sea imputable a un sujeto culpable; y g), sanción de la transgresión por la Administración Pública, los artículos 19 y 20 de la Ley de 30 de julio de 1959 reconocen y regulan la potestad sancionadora de la Administración en esta materia, así en sentencia de 5 de julio de 1968 (R. 5220), se dice: "que del espíritu y letra que informa esa normativa legal, palmariamente se trasluce que concede a las autoridades gubernativas, aparte de las judiciales en materia de delitos, facultad de sancionar como faltas los actos de aquella naturaleza que la ataquen, lo que la propia Ley define en el artículo 2.º".

CONSIDERANDO: Que de la contemplación del referido artículo 2.º, apartado b), de la Ley de 30 de julio de 1959, resulta patente que incluye tres supuestos heterogéneos de transgresión que tienen muy poco de común, a saber: "alterar la seguridad pública", como motivo tradicional de intervención; lo propio en cuanto atañe a variar "el normal funcionamiento de los servicios públicos"; y por último, a los que atentan a la "seguridad de abastecimientos y precios"; y con relación con este tercer supuesto, esta Sala *ad exemplum*, en sentencia de 18 de febrero de 1970 (R. 583), sienta la siguiente doctrina general de que: "el artículo 2.º, apartado b), que constituye la disposición aplicada en conexión con la sanción que actualmente se recurre, prevé en el alto objetivo de su normativa la corrección propia de cualquiera de los dichos tres supuestos que lo integran, cuyos términos en realidad no guardan proporción con el examen analítico del hecho a que se aplican, no sólo por la escala del acaecimiento, sino por cuanto en todo momento habría de tenerse en cuenta en la aplicación del principio normativo el concepto fundamental que al orden público asigna el número 1.º, que expresamente lo define, concretando acertadamente toda posible vaguedad de la noción, como perturbación del normal funcionamiento de las instituciones o de la (paz) interior, o del pacífico ejercicio de los derechos individuales, políticos y sociales, reconocidos en las leyes, con lo que, indudablemente, falta en el caso concreto que se falla el relieve social y trascendente que la idea de orden público supone, por cuanto, con absoluta independencia del acierto en la interpretación de la norma, ni la seguridad pública ni la regularidad de abastecimientos han sufrido conmoción alguna y, el concepto de alteración de precios, que *in fine* el apartado b) incluye, lleva como complemento la exigencia de que se produzca prevaliéndose abusivamente de las circunstancias"; de lo que se infiere que no es sancionable como contraria al orden público cualquiera infracción en materia de subsistencias, sino sólo las que suponen un atentado a la regularidad en el abastecimiento, lo propio que pasa con la alteración de precios, que sólo cabe admitir de tener lugar en circunstancias muy concretas; también este Tribunal, en lo concerniente con lo primero, en sentencia de 7 de noviembre de 1961, dice: "constituye esencialmente una desviación del procedimiento, siguiendo las normas sancionadoras excepcionales de la Ley de Orden Público en vez de las más usuales en la especialidad de los abastecimientos y subsistencias alimenticias, sufriendose en continuación de este equívoco el error de aplicar esa disposición legal a un hecho cuya naturaleza no es posible encajar en norma jurídica de tan alto destino, ni aplicar en desgaste la gruesa re-

serva que su articulado contiene para la defensa de eminentes fines del Estado, acontecimientos cuya talla merece niveles de distinta condición normativa"; y en lo relativo con lo segundo, la sentencia de 22 de junio de 1970 (R. 3469), establece: "la difusión en el ámbito sindical de un dictamen legal sobre normas y condiciones jurídicas de los precios de los cines no constituye el supuesto del apartado b) del artículo 2.º en su concreción referente a la alteración —intentada o consumada— de los precios, prevaliéndose abusivamente de las circunstancias", rasgo este calificativo que parece desconocido en el acto impugnado, a pesar de que el legislador lo ha ligado directamente al evento de la alteración de los precios.

**CONSIDERANDO:** Que en acatamiento de la preferente doctrina jurisprudencial y de lo que se consigna en esta decisión judicial sobre requisitos principales y esenciales conjugables para que se produzca una falta juridico-administrativa comprendida dentro de actos contrarios al orden público, en el caso concreto que se ventila en esta vía jurisdiccional no se cristaliza una cumplida transgresión de esta naturaleza no obstante que en el acto administrativo del Ministerio de la Gobernación de 27 de enero de 1969 atacado en estas actuaciones litigiosas se diga que el hecho de la omisión de la entrega obligatoria del boleto-factura por los mayoristas a los detallistas justificativo de la operación concertada, al ser constitutiva de una infracción del artículo 6.º de la Circular 11 de 1967 tuvo como derivación tal actuación una alteración en la regularidad de los abastecimientos y de los precios al impedir la comprobación de si estos últimos son fijados con arreglo a las normas que regulan sus márgenes, de ahí que como podían ser sobrepasados la conducta de los recurrentes estaba expresamente tipificada en el artículo 2.º, apartado b), de la Ley de 30 de julio de 1959, lo que debía ser sancionado con arreglo a preceptos determinados en esa disposición legal; y esto por las sencillas razones: a), al comparecer ante la Inspección cuando se levantaron las actas de infracción, los interesados mayoristas mostraron los boletos y los agentes inspectores anotaron en aquéllas las fechas y el número del referido boleto-factura, y consiguientemente pudo apreciarse sin duda de ningún género las clases de mercancía, cantidades y precios vendidos a los detallistas; b), porque la Administración no estuvo impedida de realizar la comprobación de los márgenes, y esto es así porque en las actas al identificarse como queda relatado el número del boleto y la fecha de la operación, la misma, por medio de sus inspectores, pudo realizar visitas a los detallistas y apreciar los precios por éstos señalados para la venta de los productos, con la consecuencia de si se observó o no el margen comercial; y no plasmándose estas visitas, no es posible aceptar que ha habido alteración de precios en la regularidad de los abastecimientos, ya que de ninguna manera aparece probado en el expediente tal alteración de precios, cabiendo por otro lado la posibilidad de que los aludidos detallistas hayan cumplido perfectamente los dichos márgenes comerciales, y si no ha sido de esta forma, únicamente habrían sido ellos, y no los mayoristas, quienes hayan infringido la norma sobre márgenes; c), es admisible que la no presentación por el detallista o la falta de emisión por el mayorista del boleto pueda dificultar la acción inspectora, mas no la imposibilita por lo anteriormente expuesto, ni puede calificarse de alteración del orden público este único acontecimiento; y d), porque de acuerdo con la indicada Circular 11 de 1967, los mayoristas actores, sin que

terar los precios de las cosas», la *sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1978* (Ref. Ar. 96) ofrece una completa síntesis (31).

e) Por último, tiene especial importancia la *sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1977* (Ref. Ar. 3922), que desestima un recurso interpuesto contra un Decreto regulador de las campañas

---

exista comprobación en contrario, según afirman han tenido durante quince días los boletos a disposición de los funcionarios encargados de la vigilancia de los precios al detall, y finalmente, el artículo 9.º de la precitada Circular 11 de 1967, ordena que: "se tomen en consideración como punto de referencia para la estimación de márgenes las cotizaciones registrales en los cinco días hábiles anteriores como máximo a la fecha en que se realice la comprobación", lo que priva por ello de interés alguno al boleto de la fecha en que esto se realiza, ni que tenga una gran trascendencia e importancia el que se entregue un día para otro, dado que por sí sólo no supone alteración de precios, visto que para la expresada comprobación de márgenes, por imperativo legal, debe tenerse la referencia de los cinco días anteriores.

CONSIDERANDO: Que por lo argumentado en las tres últimas consideraciones de esta sentencia, aun dentro del terreno solamente dialéctico de que la no entrega de los boletos-facturas sea imputable exclusivamente a los mayoristas actores, y que lo expuesto por ellos con referencia a los detallistas sean meras exculpaciones, tal defecto infractor podría ser objeto de otra clase de faltas administrativas definidas y sancionadas en la legislación relativa con la Disciplina del Mercado, pero en modo alguno incluidas en el repetido artículo 2.º, apartado b), de la Ley de julio de 1959, tanto más de lo ya recogido por cuanto, sobre esta concepción objetiva del hecho que se analizó se desprende claramente que falta todo elemento intencional de alterar la paz pública o de producir trastornos en cuanto a la convivencia social así como en lo relativo a la regularidad de los abastecimientos y precios o en cuanto a la transgresión de normas, puesto que no es posible descartar de toda aplicación sancionadora el principio de la voluntariedad en cualquiera de sus variedades punibles, y sin que surja tampoco alteración de la regularidad de los precios en ninguna de sus formas de intentada o consumada prevaliéndose abusivamente de las circunstancias, por no hallarse justificado en el caso de autos, referido tan sólo a una actitud aislada, sin que aparezcan repercusiones en los precios generales ni tan siquiera de tipo particular.

CONSIDERANDO: Que, por cuanto razonado queda, es viable el contenido que encierra el enunciado e), del fundamento de derecho segundo de la demanda, y por esto procedente la estimación del recurso contencioso-administrativo deducido por los demandantes en todas sus partes; sin que sea de hacer declaración especial en cuanto a costas al no demostrarse que los litigantes obrasen con temeridad y mala fe conforme disponen los artículos 81, número 2.º y 131, núm. 1.º de la Ley Jurisdiccional (R. 1956, 1880 y Ap. 51-66, 8654).»

(31) La *Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1978* (Ref. Ar. 96) estima un recurso de casación por quebrantamiento de forma (error de hecho en la apreciación de las pruebas, artículo 849 de la LECR) formulado contra una sentencia que condenó al recurrente a la pena de cuatro años, dos meses y un día de presidio menor por un delito de maquinación para alterar el precio de las

de cereales y leguminosas por supuesta contradicción con la Ley de Semillas y Plantas de Vivero de 30 de marzo de 1971. Los recurrentes mantenían que el citado Decreto infringía el régimen jurídico que la Ley había establecido para la actividad de producción de semillas selectas y plantas de vivero, ya que, a su juicio, tal actividad quedaba

cosas. De la sentencia se deduce que el recurrente había suscrito con los querellantes, en su condición de promotor de viviendas, «contratos de promesa de venta» de unos pisos fijándose en tales contratos unos «precios a título de orientación» y remitiendo el precio definitivo al que fijase la «Cédula de Calificación Definitiva». El desacuerdo entre el precio que después pretendía cobrar el promotor y el que los querellantes estaban dispuestos a pagar, así como las violencias que por ello se produjeron, dieron lugar a la condena indicada. El Tribunal Supremo, sin embargo, casó la sentencia aplicando esta doctrina:

«CONSIDERANDO: Que los artículos 539, 540 y 541 del Código Penal contemplan lo que la doctrina denomina usos patrimoniales ilícitos o negociaciones ilícitas sobre el propio patrimonio, añadiendo que, tales infracciones vulneran un racional y social *ius utendi*, estimando también que se trata de delitos artificiales —*mala quia prohibita*— carentes de reprochabilidad moral inalterable. Se introdujeron estas infracciones en la legislación española, por primera vez, en los artículos 451 y 452 del Código de 1848, permaneciendo su formulación casi invariable hasta la reforma de 15 de noviembre de 1971 (R. 250 y 2108), debiéndose destacar que, hasta dicha reforma, su progenia fisiocrática era patente así como, por lo tanto, refractaria y lejana a todo dirigismo socializante toda vez que lo protegido era la libertad de un mercado donde debía preponderar el libre juego entre la oferta y la demanda, generador único de la contratación, así como de la fijación de los precios "naturales" surgidos de una concurrencia sin trabas. Pero la Ley de 15 de noviembre de 1971, fundando la remodelación de los artículos 540 y 541, según se lee en el número 5 de su Exposición de Motivos, en la preocupación, muy extendida en el ámbito social, por los denominados delitos económicos y en el deseo "de adecuar las figuras y las soluciones a las necesidades actuales", se aparta bastante, aunque no con las debidas precisión y claridad, de la regulación anterior, siendo de destacar que, en la normativa contenida en dichos preceptos, en su actual redacción, se constatan las siguientes particularidades respecto a la regulación anterior: 1.º En vez de "falsos rumores" se habla de la difusión de "noticias falsas o tendenciosas", lo que no difiere sensiblemente de la primitiva redacción. 2.º Se enriquece la enumeración de los actos que, a vía de ejemplo, citaba el legislador, con la mención expresa de "violencia, amenaza o engaño", lo que comporta un ensanchamiento de la dinámica comisiva típica, la que ya no queda circunscrita a medios astutos, engañosos o falaces sino que comprende también los *modus operandi* violentos, ejercitados sobre las personas o sobre las cosas, así como los coactivos o intimidantes. 3.º La fórmula actual, ejemplificativa o *ad exemplum* —"o usando de cualquier otra maquinación"— no discrepa acusadamente de la anterior "o usando de cualquier otro artificio", toda vez que "maquinación" significa "proyecto, intriga o asechanza oculta, dirigida regularmente a mal fin", mientras que "artificio" tanto vale como disimulo, astucia, doblez o deslealtad, lo que en el fondo no desentona grandemente, evidenciando que la fórmula analógica o de cierre que el legislador establece sigue albergando medios astutos, engañosos o falaces y no a los violentos

sometida a la previa obtención de ciertas titulaciones y registros, con las que la Ley pretendía fomentar la calidad de los productos, requisitos que el Decreto eliminaba en ciertos casos, desvirtuando así la finalidad de la Ley. Pues bien, el Tribunal desestima el recurso, argumentando que, aunque es cierto que la jurisdicción contencioso-administrativa no puede discutir los principios establecidos por normas de rango legal, sin embargo, no puede desconocer los principios generales del ordenamiento jurídico que resulten afectados por una estricta interpretación de la Ley. Dice el Tribunal:

«CONSIDERANDO: Que, no obstante lo dicho, ese orden material de valores no tiene por qué ser arrumbado y desconocido, pues tiene la fuerza suficiente para hacerse presente en los distintos planos y fases de la vida del Derecho y, por lo tanto, para actuar como elemento esclarecedor en situaciones aparentemente oscuras y contradictorias, coadyuvando en la tarea interpretativa y aplicativa del ordenamiento jurídico al caso

---

o coactivos no mencionados expresamente, ni a los que no impliquen doblez, ardid o estratagema, sino exposición, clara y sin disfraz, de pretensiones o apetencias económicas, tanto justas como injustas. 4.º Se abandona la expresión "consiguieren alterar", sustituyéndola por la de "intentaren alterar", con lo cual es evidente que el delito reviste la naturaleza de infracción de tendencia o de mera actividad, el que, por lo tanto, para su perfección, no precisa que el agente obtenga resultado alguno. 5.º No se emplea ya la frase "precios naturales", locución de raigambre librecambista, aunque, al conservarse la expresión "libre concurrencia", parece que el legislador sigue inspirándose en principios de libertad de mercado, sin referirse, por ende, a precios políticos o legales; impresión la obtenida de la lectura del actual artículo 540 que luego se borra o desvanece al erpasar el nuevo texto del artículo 541, en el cual, y especialmente en la frase "cualquiera que fuera la forma de determinación del precio" resplandece la idea legislativa, que indudablemente presidió la reforma, de referirse tanto a los precios naturales como a los fijados por la Ley. 6.º La enumeración de los bienes cuyos precios no deben subvertirse se enriquece también, aunque los actuales como los antiguos siempre deben estar en el comercio de los hombres. 7.º En el artículo 541, en su número 1, se añaden las palabras "medicamentos, viviendas", introduciéndose, además, un segundo número que aumenta la presencia de subtipos o de figuras agravadas específicamente del delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas. 8.º Subsiste el elemento estructural, de naturaleza subjetiva o ideal, destacado en las sentencias de este Tribunal de 11 de junio de 1970 (R. 2803) y 14 de mayo de 1975 (R. 2138), que radica en la especial malicia o *animus* del agente que obra con la finalidad de conseguir por medios astutos o violentos la alteración de los precios naturales o legales de aquellas cosas que, estando en el comercio de los hombres, se hallan mencionadas en los artículos 540 y 541 del Código Penal.



concreto, en el logro de la solución más correcta y del más pleno sentido, sobre todo en su consideración teleológica.»

Pues bien, la sentencia declara que esos principios impiden que el régimen singular de producción de semillas y plantas de vivero establecido por la Ley de 30 de marzo de 1971 se traduzca en un *beneficium iuris* para un círculo limitado de personas (cdo. 10), ya que el interés público exige, por el contrario, el aumento de los bienes económicos (cdo. 11), por lo que no debe cerrarse la posibilidad de que otras personas participen en el mismo (cdo. 12), más aún cuando se trata de una actividad agrícola en la que está arraigada la conciencia de que deben eliminarse los intermediarios y demás trabas para la industrialización y comercialización de esos productos (cdo. 14).

Con independencia de lo que pudiera resultar del estudio del fondo del asunto, esto es, de si el Decreto impugnado infringía o no la Ley de 1971— a mi juicio la infracción era clara—, hay que destacar la importancia de esta sentencia, cuyo fundamento último se encuentra en la declaración de que «el exclusivismo de la actividad económica» no puede «atentar a principios superiores, inherentes a un sistema que, como el nuestro, está presidido por la idea de respeto a la iniciativa privada, sólo complementada por vía de suplencia» (cdo. 7.º).

D) El examen del Derecho positivo y de la jurisprudencia muestran, pues, que el alcance jurídico del principio de libre competencia excede de los límites trazados por la Ley de 20 de julio de 1963. Es cierto que esta Ley ha potenciado la idea de la existencia de un orden «público económico» [su exposición de motivos es muy expresiva en este sentido (32)] y ha animado a la jurisdicción contencioso-administrativa a estimar pretensiones fundadas en la infracción del prin-

(32) La Exposición de Motivos de la Ley de 20 de julio de 1963 es muy explícita sobre los precedentes que se han tenido en cuenta al redactarla (la «Restrictive Trade Practices Act», de 1956, la «Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen», de 1957, los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957, etc.), dando una interpretación amplia del concepto de orden público. Sobre este concepto que «constituye jurídicamente una cláusula de salvaguardia con eficacia en el campo civil, en el penal y en el administrativo», «un concepto en blanco que la legislación va en cada momento concretando». Con la presente Ley—continúa la Exposición de Motivos—viene a delimitarse uno de los aspectos más importantes del orden público, adjetivándole dentro de un sistema administrativo de economía libre y configurándolo así como un orden público económico». Por otro lado, el Reglamento del Tribunal de Defensa de la Competencia, aprobado por Decreto 583/65, establece en su artículo 1.º que «El Tribunal de Defensa de la Competencia ejerce su jurisdicción en todo el territorio español para asegurar la libre actividad del mercado, dentro del orden público económico exigido por el bien común».

cipio de libertad de concurrencia. Sin embargo, también es notorio que, por diversas causas, la eficacia del Tribunal en el orden práctico ha sido muy escasa y que, por otra parte, se ha creado cierta confusión sobre el alcance de su denominada «competencia privativa» (art. 10 de la Ley de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia y art. 3.º del Reglamento del Tribunal). En efecto, la doctrina y alguna sentencia del Tribunal Supremo han interpretado esa declaración de competencia privativa en el sentido de que las jurisdicciones civil, administrativa y penal no podían hacer pronunciamientos sobre restricciones de la competencia debido a que tales pronunciamientos corresponden exclusivamente al citado Tribunal. Ello obliga a examinar la función del Tribunal, poniéndola en relación con lo antes expuesto sobre el principio de orden público económico.

### III. ALCANCE DE LA «COMPETENCIA PRIVATIVA» DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

El artículo 10 de la Ley de 20 de julio de 1983 (reproducido en el artículo 3.º del Reglamento del Tribunal de Defensa de la Competencia) establece:

«Art. 10. La competencia del Tribunal será privativa en cuanto a las declaraciones o intimaciones previstas en esta Ley, y las resoluciones que el mismo adopte en la materia gozarán de la presunción legal de certeza, sin posibilidad de prueba en contrario, y surtirán plenitud de efectos jurídicos en todos los ámbitos jurisdiccionales o administrativos, sin perjuicio de que las consecuencias civiles, penales o laborales que de aquéllas deriven sean deducidas en cada caso por la jurisdicción que corresponda.»

Nos encontramos, sin duda, ante un precepto de difícil interpretación (33). La «presunción legal de certeza» que en él se establece,

---

(33) Sobre el alcance de la LPR de 20 de julio de 1983, puede consultarse: BASSOLS, Martín: *Reflexiones sobre el Título Preliminar del Código Civil*, «REDA» (11), 1978, especialmente páginas 599 y 600 en las que trata del abuso de derecho y las prácticas restrictivas de la competencia; BERCOVITZ y otros, *La fijación de precios u otras condiciones contractuales en el Tratado de Roma y en la Ley española sobre Prácticas Restrictivas de la Competencia* (Ed. Moneda y Crédito), Madrid, 1970; *Asociaciones y Uniones de Empresas y Prácticas Restrictivas de la Compe-*

¿vincula a todos los órdenes jurisdiccionales?, ¿constituye presunción de cosa juzgada?, ¿impide que los Tribunales conozcan de reclamaciones fundadas en infracciones del principio de libre competencia, sin que exista un previo pronunciamiento de este Tribunal? Estas preguntas no han recibido respuestas uniformes por la doctrina ni por la jurisprudencia. Sin embargo, entiendo que es posible llegar

tencia (Ed. Moneda y Crédito), Madrid, 1969; BERCOVITZ, Alberto, *La formación del derecho de la competencia*, Actas de Derecho Industrial II, 1975, pp. 61 y ss.; BOIX REIG, Javier, *Represión penal de las prácticas restrictivas de la competencia*, «RDP» (67), 1977, pp. 275 y ss.; CUESTA RUTE, José María de la, *Recurso contencioso-administrativo contra las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia*, «RDM» (114), pp. 671 a 680; *Comentarios al art. 29 del Reglamento del Servicio de Defensa de la Competencia*, «RDM» (119), 1971, pp. 117 y ss.; DARANAS PELÁEZ, Mariano, *Concentración de empresas y defensa de la competencia*, Madrid, 1972; DUQUE, Justino, *Agrupación de empresas y prácticas restrictivas* (Congreso Internacional de Derecho Industrial y Social), Tarragona, 1965; *Empresas Nacionales, iniciativa privada y libre competencia en el derecho español*, publicado en «La Empresa Pública», tomo I, 1970, pp. 907 y ss.; FERNÁNDEZ RUIZ, José Luis, *La acción de resarcimiento de daños y perjuicios en la Ley de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia*, publicado en «Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues», Madrid, 1970, tomo II, pp. 239 y ss.; FONT GALÁN, Juan Ignacio, *Competencia desleal y prácticas prohibidas en el marco de la Ley de Prácticas Restrictivas de la Competencia* «RDM» (146), 1977, pp. 519 y ss.; GALÁN CORONA, Eduardo, *La reforma del Reglamento del Servicio de Defensa de la Competencia*, «RDM» (130), 1973; *Acuerdos restrictivos de la competencia* (Ed. Montecorvo), Madrid, 1977; GARRIGUES, Joaquín, *La defensa de la competencia mercantil* (Sociedad de Estudios y Publicaciones), Madrid, 1964; GHIDINI, Gustavo, *La competencia desleal desde las corporaciones al corporativismo* «RDM» (135-136), 1976, pp. 7 y ss.; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El recurso contencioso-administrativo contra acuerdos del Tribunal de Defensa de la Competencia* en esta REVISTA (59), 1969, p. 171; MARTÍN PÉREZ, L. F., *Comentario a la Sentencia de 17 de junio de 1968 del TDC*, «RDM» (113), página 473; MATILLA ALEGRE, Rafael, *La interpretación de los artículos 1 y 5 de la Ley sobre Prácticas Restrictivas en la jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Competencia*, «RDM» (125-126), 1972, pp. 555 y ss.; *Los acuerdos de concentración de empresas y la Ley de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia* «RGLJ», abril 1975, pp. 361 a 392; MENDIZÁBAL ALLENDE, *El Tribunal de Defensa de la Competencia*, «RDJ» (2), 1965; PELLICER VALERO, *La prohibición de las prácticas restrictivas colusorias en la legislación española*, «RGLJ», 1967, pp. 229 a 271 y 481 a 619; PRADOS ARRARTE, *Monopolio y competencia monopolística*, vol. VI, Estudios de Economía Política (Guadiana), 1972; PUENTE MUÑOZ, Teresa, *El pacto de exclusividad en la compraventa y el suministro* «RDM» (103), 1967 y *El pacto de exclusividad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, «RDM» (121), 1971, pp. 443 y ss.; QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *La legislación antimonopolio en el aspecto penal* «Revista de Derecho Privado», 1964, p. 835; SÁNCHEZ CALERO, F., *El Proyecto de Ley de Represión de las Prácticas Comerciales Restrictivas de la Competencia*, «RDM» (88), 1963; SENÉN, BERCOVITZ y otros, *Comentario a la Ley española sobre Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia* (Sociedad de Estudios y Publicaciones), Madrid, 1964, y *Panorámica de la regulación de la competencia dentro del Tratado de la CEE* (Soc. de Estudios y Publicaciones), Madrid, 1966; SOSA WAGNER, Francisco, *Jurisdicciones administrativas especiales*, Sevilla, 1977 (contiene un estudio de la naturaleza del TDC); TERUEL CARRALERO, Domingo, *La Ley de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia y sus conexiones penales*, «ADP» y «CP», 1963 y VILLAR y ROMERO, José María, *El Tribunal de Defensa de la Competencia, jurisdicción y procedimiento*, en esta REVISTA (47), 1965, pp. 375 y ss.

a una solución clara si se parte de un estudio general del principio de orden público económico y se advierte, como antes se ha indicado, que éste no tiene como único fundamento la Ley de 20 de julio de 1963, sino que constituye, realmente, un principio general del derecho expresado en varias disposiciones legales y reglamentarias y reconocido por la jurisprudencia.

Al establecer el artículo 10 de la LPR que la competencia del Tribunal tiene carácter privativo «en cuanto a las declaraciones o intimaciones previstas en esta Ley», es preciso comenzar examinando cuáles son esas intimaciones y resoluciones. Según la LPR, el Tribunal puede:

- declarar la existencia de prácticas prohibidas [art. 13.1 a)];
- declarar la existencia de prácticas exceptuables cuya inscripción ha sido debidamente solicitada [art. 13.1 b)];
- declarar la existencia de prácticas exceptuables, cuya inscripción no ha sido debidamente solicitada [art. 13.1 c)];
- declarar que no resulta acreditada la existencia de alguna de las prácticas prohibidas a que se refiere la LPR [art. 13.1 b)];
- declarar la nulidad de los convenios, acuerdos y decisiones que originen prácticas prohibidas (art. 13.2);
- dirigir una intimación a los autores de las prácticas prohibidas para que cesen en ellas —con apercibimiento de que, en su caso, pueden ser sancionados por «desacato a la autoridad», art. 237 del Código Penal—, o bien se atengan a las condiciones autorizadas por el Tribunal [art. 15.1 a)];
- proponer al Consejo de Ministros la imposición de multas [artículo 15.1 b), y art. 28], o bien imponerlas directamente cuando éstas oscilen entre 5.000 y 100.000 pesetas (arts. 25 y 26);
- pasar el tanto de culpa a los tribunales ordinarios a los efectos de la exigencia de la responsabilidad criminal prevista en los artículos 539 a 541 y 574 del Código Penal —«maquinaciones para alterar el precio de las cosas»— [art. 15.1 c)], y
- proponer al Gobierno la imposición del gravamen complementario a que se refiere el artículo 75 de la Ley de Reforma Tributaria de 26 de diciembre de 1957, cuando el Tribunal considere que las prácticas prohibidas han permitido obtener beneficios superiores a los que corresponderían en régimen de libre competencia (art. 15.3).

Pues bien, todas estas intimaciones y resoluciones gozan, según expresión literal del artículo 10 de la LPR, de «presunción legal de cer-

teza, sin posibilidad de prueba en contrario, y surtirán plenitud de efectos jurídicos en todos los ámbitos jurisdiccionales o administrativos». Claramente, pues, se establece una presunción *iuris et de iure* que no admite prueba en contrario (art. 1.251 del Código civil). ¿Quiere esto decir que vincula al juez civil, al juez penal y al juez de lo contencioso-administrativo? Entiendo que no. Nos encontramos ante resoluciones administrativas que producen su eficacia en el ámbito del Derecho administrativo, pero que no limitan la capacidad de enjuiciamiento y de apreciación de la prueba de los tribunales ordinarios ni, por supuesto, impiden que éstos entren directamente a conocer el fondo del asunto —en este caso, la compatibilidad de un acto, contrato o disposición reglamentaria con el principio de libre concurrencia— aunque no se haya producido una previa declaración por el indicado Tribunal.

Cuando el artículo 10 de la LPR crea la presunción legal de certeza de las resoluciones del TDC y añade que ésta opera «sin perjuicio de que las consecuencias civiles, penales o laborales que de aquéllas deriven sean deducidas en cada caso por la jurisdicción que corresponda» no está, evidentemente, degradando la competencia de esas jurisdicciones para convertirlas en simples ejecutoras de las decisiones de ese Tribunal administrativo, ni tampoco atribuyendo a éste la capacidad propia de aquellas jurisdicciones. Esto último, sin embargo, parece contradecir el tenor literal del artículo 13.2 de la LPR, en virtud del cual el Tribunal declarará la nulidad de los convenios, acuerdos y decisiones que den origen a prácticas restrictivas. Está claro, sin embargo, que este precepto no ha alterado la competencia de los tribunales civiles (art. 51 de la LEC); su significado hay que entenderlo poniéndolo en relación con el último inciso del artículo 10 de la LPR, de modo que la declaración que el Tribunal efectúe sólo produce los efectos que corresponden a su naturaleza de «acto administrativo» de modo que para que tenga consecuencias en el orden civil, penal o laboral es necesario que se pronuncien las correspondientes jurisdicciones.

La doctrina, sin embargo, en alguna ocasión no ha comprendido el verdadero alcance de las resoluciones de este Tribunal, planteándose «paradojas» que una adecuada interpretación sistemática de la LPR eliminaría. Así, por ejemplo, Luis Fernando MARTÍN PÉREZ (34) afirma

(34) Luis Fernando MARTÍN PÉREZ, *Comentario a la Sentencia de 17 de junio de 1968 de TDC*, «RDM» (113), p. 473.

que ante un acto o norma administrativa que infrinja la LPR se produce la paradójica situación de que su ilegalidad no puede ser declarada ni por el Tribunal de Defensa de la Competencia (porque el recurso directo e indirecto contra los reglamentos está atribuido a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, artículos 37 y 39 de la Ley de 27 de diciembre de 1956), ni tampoco por la jurisdicción contencioso-administrativa (porque a tenor del artículo 10 de la LPR es el Tribunal de Defensa de la Competencia el órgano jurisdiccional a quien de modo exclusivo y excluyente corresponde efectuar las declaraciones previstas en la Ley).

Y, en el orden civil, Eduardo GALÁN CORONA (35) plantea una paradoja semejante: el juez civil a quien se pida el cumplimiento de un contrato que infringe la LPR está obligado a hacer que el contrato produzca todos sus efectos y a condenar a la parte que rehúse su cumplimiento, dada la competencia privativa de que goza el TDC en cuanto a las declaraciones e intimaciones previstas en la Ley. «Así se llega a la curiosa consecuencia —dice este autor— de que los tribunales civiles pueden condenar a una empresa al cumplimiento de lo pactado para, a continuación, verse expuesta dicha empresa a ser objeto de una declaración de práctica prohibida por el TDC, que actuará una vez se realicen de hecho tales prácticas, esto es, una vez que, en el supuesto a que se hace referencia, la empresa en cuestión, siguiendo la sentencia del juez civil, cumpla el convenio.»

A mi juicio, estas paradojas desaparecen si se tiene en cuenta, de un lado, la naturaleza del TDC y de sus resoluciones y, de otro, el alcance jurídico que en el Derecho español tiene el principio de libre concurrencia, todo lo cual conduce a las siguientes observaciones:

1.ª El principio de libre competencia tiene un fundamento jurídico (en normas positivas y como principio general del Derecho) que excede del ámbito de la LPR. En efecto, su sustento legal se encuentra, además de en la citada norma, en el artículo 1.255 del Código civil, en el artículo 13 de la Ley de Contratos del Estado, en el artículo 10 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, en el artículo 18 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, en el artículo 2.º de la Ley de Orden Público, en los artículos 539 a 541 del

---

(35) Eduardo GALÁN CORONA, *Acuerdos restrictivos de la competencia*, Madrid, 1977, p. 119. En la misma tesis, a mi juicio equivocada, coincide José Luis FERNÁNDEZ RUIZ, *La acción de resarcimiento de daños y perjuicios en la LPR*, publicado en «Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín GARRIGUES», Madrid, 1970, tomo II, pp. 258 y 258.

Código Penal, en el artículo 3.º del Reglamento sobre Infracciones Administrativas y Sanciones en Materia de Disciplina de Mercado, así como en todas aquellas disposiciones que establecen la excepción de orden público de la cual el orden público económico y, concretamente, el principio de libre concurrencia son manifestaciones concretas. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, por otra parte, ha declarado que se trata de un principio general de nuestro ordenamiento jurídico (así la Sentencia antes citada de 20 de octubre de 1977. Ref. Ar. 3922).

Por tanto, está claro que la exclusividad de pronunciamiento del TDC, al referirse «a las declaraciones e intimaciones previstas en la LPR» no agota toda la materia de la libre competencia ni limita la capacidad de enjuiciamiento de las demás jurisdicciones para aplicar las normas y principios indicados. Está claro, por ejemplo, que el Tribunal Supremo no necesita una previa decisión del TDC para conceder o denegar el *exequatur* a una sentencia extranjera que pudiera afectar al principio de libre competencia; ni tampoco es necesario esa resolución previa para decidir si es posible aplicar en España una ley extranjera que pudiera afectar a esa manifestación del orden público económico; ni tampoco es necesaria para que la jurisdicción contencioso-administrativa examine la legalidad de actos, concesiones, contratos o disposiciones administrativas que puedan afectar a las normas indicadas. Las sentencias que antes hemos citado muestran cómo la jurisprudencia contencioso-administrativa aplica sin vacilar las normas administrativas protectoras de la libre competencia sin necesidad de previo pronunciamiento del indicado Tribunal.

Evidentemente, tampoco la jurisdicción penal está sometida a la presunción de veracidad del TDC como han demostrado Antonio QUINTANO RIPOLLÉS y Javier BOIX REIG (36).

---

(36) Javier BOIX REIG, *Represión penal de la prácticas restrictivas de la competencia «RDP»* (67), 1977, pp. 275 y ss., estudia el valor que en el ámbito de la jurisdicción penal tienen las declaraciones del TDC; especialmente, lo dispuesto en el artículo 15,1, c de la LPR en virtud del cual, declarada la existencia de una práctica prohibida el Tribunal puede pasar el tanto de culpa a los tribunales de la jurisdicción ordinaria a los efectos de la exigencia de responsabilidad criminal prevista en los artículos 539 a 541 y 574 de CP. Se plantean, pues, dos cuestiones: a) ¿Es condición inexcusable el pase de tanto de culpa al tribunal penal por el TDC para que éste pueda iniciar las correspondientes actuaciones?; b) ¿Vincula al tribunal penal la declaración, positiva o negativa, del TDC? A la primera cuestión BOIX REIG dedica las páginas 284 a 288 de su estudio, y concluye «la jurisdicción penal tiene plena autonomía para iniciar sus actuaciones, aun sobre conductas restrictivas de la competencia de las que, conociendo el TDC, no se les ha pasado el tanto de culpa. En el caso de que si se pase el tanto de culpa, éste tiene tan sólo valor de dar noticia a los tribunales de la existencia de tales conductas. En el mismo sentido, Antonio QUINTANO RIPOLLÉS (*La legislación antimonopolio en el aspecto penal*, «Rev. de Dere-

2.<sup>a</sup> El Tribunal de Defensa de la Competencia es un Tribunal de naturaleza administrativa, no judicial (37), cuyas resoluciones son actos administrativos, si bien sujetos a un peculiar régimen que acentúa la presunción de legalidad propia de todo acto administrativo de modo que su impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa está sujeta a ciertos límites (38).

3.<sup>a</sup> La Ley de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia se dirige, precisamente, a prohibir «las prácticas», pero no la fuente de tales prácticas. El Tribunal no juzga los acuerdos, convenios o decisiones que aun teniendo por finalidad impedir, falsear o limitar la competencia no llegan a manifestarse de hecho en prácticas que lesionan dicha competencia, sino precisamente las «prácticas» como tales. Eduardo GALÁN CORONA ha estudiado especialmente esta cuestión (39) y recuerda que el artículo 1.º del proyecto de ley declaraba prohibidos «los acuerdos entre empresas ultimados por medio de contrato, convenio, acción concertada, conducta conscientemente paralela, cláusula estatutaria...», pero que después este precepto modificado durante su discusión en las Cortes como consecuencia de la aceptación de una enmienda conforme a la cual «deben sancionarse las *prácticas* y no los *acuerdos*, ya que no son los aspectos formales los que interesan» (40). El propio Tribunal ha reconocido esta limitación

---

cho Privado», 1964, p. 835) dice: «Así como la resolución positiva en que se declara la existencia de prácticas ilegales no vincula para determinar fatalmente un procedimiento condenatorio, la resolución negativa determinante del archivo en su propia esfera, tampoco impide ulteriores enjuiciamientos, ni en ellos obligaría a la absolución.» En cuanto a la *segunda cuestión*, esto es, al valor de las declaraciones del TDC, BOIX REIG dedica las páginas 288 a 293 de su estudio exponiendo las distintas tesis elaboradas sobre la misma, concluyendo, de acuerdo con ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS que el Tribunal Penal goza de independencia no sólo en la calificación jurídica de los hechos sino también en la apreciación de su existencia. Admitir lo contrario significaría dejar en manos del TDC facultades que sólo corresponden al poder judicial. De acuerdo con el artículo 741 de la LECR, rige el principio de libre apreciación de la prueba según conciencia del tribunal, principio que no puede resultár alterado por las declaraciones de un tribunal administrativo.

(37) Sobre la naturaleza del Tribunal de Defensa de la Competencia v. bibliografía citada en nota 33 y, especialmente, FRANCISCO SOSA WAGNER, *Jurisdicciones administrativas especiales*, Sevilla, 1977, pp. 102 y ss., y LEONARDO PRIETO CASTRO, *Tribunales españoles, organización y funcionamiento*, Madrid, 1973, pp. 199 y ss.

(38) Las resoluciones del Tribunal son actos administrativos susceptibles de recurso contencioso-administrativo, aunque con las limitaciones impuestas por los artículos 29 y ss. de la LPR (véase la *Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1969*—Ref. Ar. 1513—antes transcrita, y el comentario de JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ—nota 28 de este estudio—).

(39) EDUARDO GALÁN CORONA, *Acuerdos restrictivos de la competencia*, Madrid, 1977, p. 119.

(40) «Boletín Oficial de las Cortes Españolas» núm. 777 de 18 de abril de 1963. El nuevo texto se debe a la redacción propuesta por el informe de la Ponencia que recogió la enmienda del procurador señor Lamo de Espinosa.



y la refleja de modo constante en sus resoluciones (41). De aquí se deduce: a) Que en ningún caso puede plantearse conflicto con la jurisdicción ordinaria cuando lo que se discute es la legalidad de un acuerdo, acto, contrato o norma reglamentaria en cuanto tales, es decir, con independencia de que de hecho hayan dado lugar o no a una «práctica». b) Cuestión más dudosa sería la posibilidad de acudir directamente a la jurisdicción ordinaria para plantear una reclamación frente a una «práctica abusiva» contra la libre competencia. Sin embargo, Martín Bassols (42) ha advertido con agudeza que esa duda ha desaparecido después de la nueva redacción del título preliminar del Código civil, ya que ahora el fundamento de la pretensión se encuentra en el artículo 7,2 del Código civil, según el cual: «La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.»

4.ª La «presunción legal de certeza» establecida en el artículo 10 de la LPR se refiere, exclusivamente, a «las declaraciones y resoluciones» que el TDC adopte en la materia a que se refiere esa Ley, esto es, exclusivamente en relación a la existencia o inexistencia de prácticas colusorias o abusivas en el sentido de la LPR, sólo en el sentido de esa Ley. Por tanto, las declaraciones del TDC no agotan la efectividad del «principio de libre competencia», sino que definen los aspectos de ese principio contemplados desde la perspectiva de la LPR. Hemos visto, sin embargo, que el principio de libre competencia como integrante del orden público económico está reconocido, también, fuera de la LPR. Quiere esto decir que una declaración del TDC sobre la existencia o inexistencia de una práctica restrictiva no agota la calificación jurídica de esa práctica. En consecuencia, la presunción de certeza de tal declaración no implica la prohibición de que, desde una perspectiva más amplia (esto es, desde la perspectiva del orden público económico), los tribunales civiles, penales, laborales y de lo contencioso-administrativo puedan examinar los hechos calificados por el

---

(41) Una relación de esta jurisprudencia se encuentra recogida en el libro de Eduardo GALÁN CORONA, *Acuerdos restrictivos de la competencia*, Madrid, 1977, nota 34 del capítulo III.

(42) Martín Bassols, *Reflexiones sobre el nuevo título preliminar del Código Civil: planteamientos jurídico-administrativos*, «REDA» (11), 1978, pp. 599 y ss.

TDC. Por otra parte, es evidente que la presunción legal de certeza definida en el artículo 10 de la LPR no constituye «presunción de cosa juzgada», de manera que no sólo no excluye el ulterior enjuiciamiento por los tribunales judiciales, sino que incluso en el ámbito propio del TDC exige esa intervención («sin perjuicio de que las consecuencias civiles, penales o laborales que de aquéllas deriven sean deducidas en cada caso por la jurisdicción que corresponda»). La presunción legal de certeza se refiere a la declaración que el TDC haya realizado sobre las «prácticas enjuiciadas», ya que, como hemos visto, este Tribunal no es competente para calificar los contratos o disposiciones que sean fuente de esas prácticas. En consecuencia, la presunción legal de certeza del artículo 10 de la LPR no limita la capacidad de los tribunales de la jurisdicción ordinaria para «iniciar» el enjuiciamiento de los asuntos que le son propios desde la perspectiva de su concordancia con el principio de libre competencia, ni para «calificarlos» según su propia apreciación de la prueba, en la cual la presunción legal de certeza indicada es uno de los elementos a tener en cuenta.

Todo esto conduce, en definitiva, a la necesidad de plantear el tema del control judicial del principio de libre competencia más allá de los límites trazados por la LPR de 20 de julio de 1963. Esta Ley no agota, pues, la eficacia jurídica de ese principio.

#### IV. CONTROL JUDICIAL DEL PRINCIPIO DE LIBRE COMPETENCIA

Una vez comprobado que el principio de libre competencia no tiene como único fundamento la LPR de 20 de julio de 1963, sino que es una manifestación del orden público económico, veamos ahora cómo opera en el ámbito del Derecho privado y en el del Derecho público. No se estudia, sin embargo, su aplicación en el control constitucional de las normas con rango de ley, cuestión que se pospone al momento en que se promulgue la nueva constitución y se regule el control constitucional de las normas.

##### A) *Aplicación del principio de libre competencia en el ámbito del Derecho privado*

a) *Planteamiento.*—El principio de libre competencia integrante del principio de «orden público» implica que no pueden pactarse válidamente convenios que lo infrinjan (art. 1.255 del Código civil) ni pue-

de pactarse la exclusión voluntaria de las normas que lo establecen (art. 6,2 del Código civil).

Los actos contrarios al principio de libre competencia son nulos de pleno derecho. Hoy, después de la reforma del título preliminar del Código civil, es claro que nos hallamos ante una nulidad de pleno derecho (art. 6,3 del Código civil). Antes la interpretación del artículo 4.º del Código civil había conducido a la tesis de que las normas administrativas no producían la nulidad de los negocios privados (Federico DE CASTRO) (43). Ahora, la redacción del artículo 6,3 del Código civil permite afirmar la plena eficacia de las normas administrativas en el ámbito de los negocios privados salvo en aquellos supuestos en los que la propia Ley dispone otra cosa (Antonio GORDILLO CAÑAS; José BONET CORREA) (44).

Sin embargo, a la vista de lo dispuesto en el artículo 10 de la LPR, cabe plantear la cuestión de si el juez civil necesita una previa declaración del TDC para poder apreciar la existencia de una nulidad causada por la infracción de las normas reguladoras de la libre competencia. La respuesta es, sin duda, negativa. La Ley de 20 de julio de 1963 no ha modificado la cláusula de «orden público» invocada en los artículos 6.º y 1.255 del Código civil; tampoco ha alterado la competencia de los tribunales civiles que son «los únicos competentes para conocer de los negocios civiles que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros» (artículo 51 de la LEC), de modo que el juez civil que tiene competencia para conocer de un pleito la tiene también para conocer de todas las cuestiones que en él se suscitan, salvo cuando hubiera de basar la sentencia en la existencia de un delito (art. 302 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, arts. 362 y 514 de la LEC y arts. 111 y 116 de la LECR).

b) *Contratos*.—La competencia de la jurisdicción civil para examinar la validez de un contrato desde el punto de vista de su compatibilidad con el principio de libre competencia es clara si ese contrato no ha dado lugar a una «práctica restrictiva de la competencia». En tal caso, no hay duda que el TDC no puede pronunciarse (45) y, por

(43) Federico de CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, p. 473, recoge la jurisprudencia según la cual, en general, la infracción de disposiciones administrativas no da lugar a la nulidad de los negocios jurídicos privados. Se trata de una jurisprudencia que aplicaba el antiguo artículo 4.º del Código Civil.

(44) Antonio GORDILLO CAÑAS, *Nulidad parcial del contrato con precio ilegal*, «ADC», 1975, enero-marzo, pp. 101 y ss.; José BONET CORREA, *Los actos contrarios a las normas y sus sanciones*, «ADC», 1976, pp. 309 y ss.

(45) Vid. más atrás notas 39 a 41.

tanto, no cabe plantear una colisión con la jurisdicción ordinaria. En cambio, podría discutirse la posibilidad de que la jurisdicción civil juzgase la validez de ese contrato si el mismo ha constituido la fuente de una práctica restrictiva. Esta duda que, como hemos visto, algunos autores han interpretado como fuente de una paradoja sin solución (46), desaparece una vez analizada la naturaleza del TDC y de sus resoluciones. En efecto, en base al análisis que antes se ha realizado sobre esa naturaleza, es posible concluir que el particular afectado por un contrato contrario al principio de libre competencia puede optar por acudir, simultánea o sucesivamente, bien al TDC, bien al juez civil pero, bien entendido, que la declaración de nulidad del contrato sólo puede pronunciarla el juez civil.

La coexistencia de ambos órganos, uno administrativo y otro judicial, se armoniza de acuerdo con estos principios: 1.º No es requisito previo para acudir a la vía judicial una declaración del TDC, ya que, como es obvio, no se trata, en este caso, de un pleito contra la Administración que exija previamente agotar «la reclamación administrativa» (arts. 139 y ss. de la LPA). 2.º La tramitación de un expediente ante el TDC no produce excepción de *litis pendencia* en un pleito civil. 3.º La resolución del TDC no vincula, ni positiva ni negativamente, al juez civil pues, como hemos mostrado, esta resolución no tiene otro valor que el de una presunción legal de certeza sobre la existencia de ciertas prácticas contempladas desde la perspectiva de la LPR, lo cual no excluye, sin embargo, su calificación desde el punto de vista general del «orden público económico». Esa presunción es, en definitiva, un elemento de prueba a tener en cuenta, junto con los demás, por el juez civil.

c) *Actos abusivos contra la libre competencia.*—Ante el ejercicio abusivo de un derecho que lesione el principio de libre competencia, el perjudicado puede intentar que cese ese ejercicio y puede exigir de quien causa el daño la indemnización correspondiente.

a') La acción de *cesación* de la actividad abusiva tiene su fundamento en el artículo 7,2 del Código civil. Este precepto ampara la petición de que se adopten «las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso». Martín Bassols ha destacado con gran acierto la aplicación de este precepto a los supuestos de prácticas abusivas que lesionan el principio de libre competencia (47).

(46) Vid. más atrás nota 35.

(47) Martín Bassols Coma, *Reflexiones sobre el Título Preliminar del Código Civil: planteamientos jurídico-administrativos*, «REDA» núm. 11.

Parece pues que el artículo 7.2 del Código civil ha venido a llenar la laguna que la doctrina había advertido ante la falta de un reconocimiento expreso de una «acción de cesación» en el ámbito del derecho de la competencia (48).

b') La exigencia de una *responsabilidad patrimonial* por el perjudicado por una práctica restrictiva de la competencia puede ejercitar la acción de responsabilidad patrimonial prevista en el artículo 1.902 del Código civil. Sin embargo, el hecho de que la LPR, de 20 de julio de 1983, haya dedicado un precepto especial a la acción de resarcimiento [art. 6.º (49)] plantea la duda de si esta norma ha modificado lo dispuesto en el artículo 1.902 del Código civil. Algún autor ha dado una respuesta positiva a esta pregunta llegando incluso a afirmar que el artículo 6.º ha creado una cuestión previa para poder ejercitar la acción del artículo 1.902. Así, José Luis FERNÁNDEZ RUIZ (50) afirma que ello conduce a la «circunstancia de que mientras esa declaración no se produzca, aunque el daño a competidores y consumidores sea evidente, estos no pueden ejercitar la acción de resarcimiento de daños y perjuicios en base al artículo 1.902 del Código civil». Y este autor concluye: «Parece, pues, que en cuanto a la declaración de la prohibición de las prácticas a que alude el artículo 6.º de la LPR como previa para poder ejercitar la acción de indemnización de daños y perjuicios, los posibles perjudicados (competidores y consumidores) pueden, en su caso, hacer valer la nulidad de los acuerdos, incumplirlos y luego ejercitar la acción tantas veces citada aun cuando su ejercicio debe retrasarse a esa declaración del Tribunal» (51).

A mi juicio, la tesis mantenida por FERNÁNDEZ RUIZ y por los autores que él cita resulta incompatible con la naturaleza del Tribunal y de sus resoluciones. Tomando como base lo expuesto más atrás sobre la naturaleza del TDC hay que concluir reconociendo la plena vigencia del artículo 1.902 y su aplicación por la jurisdicción ordinaria, sin

---

(48) Juan Ignacio FONT GALÁN, *Competencia desleal y prácticas prohibidas en el marco de la Ley de Prácticas Restrictivas de la Competencia*, «RDM», 146, octubre-diciembre 1977, especialmente nota núm. 1, pp. 520 a 522.

(49) El artículo 6.º de la LPR, de 20 de julio de 1983, dice: «los perjudicados por las prácticas restrictivas declaradas prohibidas por el TDC podrán ejercitar acción de resarcimiento de daños y perjuicios ante la jurisdicción civil ordinaria en plazo no superior a un año, a contar del día en que sea firme la declaración del Tribunal».

(50) José Luis FERNÁNDEZ RUIZ, *La acción de resarcimiento de daños y perjuicios en la Ley de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia* publicado en «Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues», Madrid, 1970, tomo II, páginas 239 y ss.

(51) J. L. FERNÁNDEZ RUIZ, *op. cit.*, p. 258.

necesidad de declaración previa del TDC. Después de la reforma del título preliminar del Código civil, la cuestión ha quedado aún más clara, como con pleno acierto indica Martín Bassols, quien literalmente dice (52): «A la vista de la nueva redacción del título preliminar entendemos que, en puridad, no sería necesaria la previa declaración de práctica prohibida por el TDC para acordar la correspondiente indemnización por considerar que el juez civil puede apreciar la existencia de abuso de derecho en el conocimiento de una causa que materialmente constituya una de las prácticas prohibidas por la legislación de defensa de la competencia y, en su consecuencia, fijar la correspondiente responsabilidad por daños y perjuicios a los perjudicados.»

B) *Aplicación del principio de libre competencia en el ámbito del derecho administrativo*

a) *Planteamiento.*—A la Administración se le encomienda una actividad interventora de la economía dirigida a dar plenitud al principio de libre competencia. En este sentido, el Tribunal de Defensa de la Competencia no realiza—dice la exposición de motivos de la Ley—una actividad «revisora de los actos administrativos sino, antes bien, sustitutiva de la actuación administrativa que se limita a elevar el expediente al Tribunal».

Sin embargo, es precisamente la Administración quien, al mismo tiempo que vela por la vigencia del principio de libre competencia, impone las mayores restricciones al mismo, creando situaciones de monopolio y de oligopolio. La LPR reconoce estas situaciones y las legaliza incluyéndolas en la categoría de las «prácticas excluidas» (artículo 4.º de la Ley).

Hecha esta salvedad, veamos cómo opera el principio de libre competencia en relación con la legalidad de los actos, contratos y disposiciones reglamentarias de la Administración.

b) *Actos, contratos y concesiones administrativas.*—El principio de libre competencia vincula a la Administración en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 de la LCE, artículo 18 del RCCL y artículo 18 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

---

(52) Martín Bassols COMA, *Reflexiones sobre el nuevo Título Preliminar del Código Civil: planteamientos jurídico-administrativos*, «REDA» (11), p. 600.

En su actividad negocial la Administración está también sometida a la LPR. A estos efectos, hay que considerar que la Administración es una «empresa» (53).

El control judicial del cumplimiento por la Administración del principio de libre competencia lo ejerce directamente la jurisdicción contencioso-administrativa con el alcance que hemos indicado al estudiar la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

### C) Disposiciones de carácter general

La LPR somete al control de la jurisdicción contencioso-administrativa cuantas disposiciones reglamentarias dicte la Administración en aplicación de la propia Ley (art. 30).

Por otro lado, la jurisdicción contencioso-administrativa es competente para conocer de los recursos directos o indirectos entablados contra disposiciones reglamentarias que infrinjan el principio de libre competencia sin necesidad de previa declaración del TDC. Ya hemos expuesto las razones por las que las resoluciones del TDC no constituyen un requisito previo para la intervención de los órganos judiciales. Así lo ha entendido el Tribunal Supremo en las sentencias que antes hemos citado. En todo caso, la jurisdicción contencioso-administrativa podría siempre resolver «prejudicialmente» la existencia de una práctica restrictiva al amparo de lo dispuesto en el artículo 4.º de la LJCA. Entiendo, sin embargo, que no es preciso, siquiera, acudir a la «prejudicialidad» indicada. La única limitación que en esta materia tiene la jurisdicción contencioso-administrativa se refiere a la revisión de las resoluciones del TDC (arts. 29 y ss. de la LPR) y ello con el alcance, restringido, que a esta limitación ha trazado la *Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1969* antes comentada.

---

(53) Eduardo GALÁN CORONA, *Acuerdos restrictivos de la competencia*, Madrid, 1977, pp. 186 y ss.

