

# LOS INSTRUMENTOS DE COORDINACIÓN EN EL EJERCICIO DE LAS COMPETENCIAS EJECUTIVAS EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

MARTA GARCÍA DE LA CALZADA

Vicepresidenta del Tribunal de Defensa de la competencia de la Comunidad de Madrid<sup>1</sup>

## 1. INTRODUCCIÓN

El éxito del proceso de descentralización en la aplicación administrativa del derecho de la competencia, derivado del reparto constitucional y estatutario de competencias ejecutivas entre el Estado y las comunidades autónomas depende, en gran medida, de la precisa delimitación competencial y de la efectiva coordinación de las actuaciones administrativas en esta materia.

Ambos objetivos debieran encontrar respuesta en la Ley 1/2002, de 16 de febrero, de Coordinación de Competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, en materia de defensa de la competencia, texto legal que, aparte de establecer los instrumentos de coordinación que anuncia su título, determina los criterios de conexión que permiten el ejercicio de las competencias ejecutivas de las comunidades autónomas en la materia y los mecanismos de «prevención» del planteamiento de conflictos competenciales en sede jurisdiccional o constitucional.

Transcurridos varios años desde la vigencia de la Ley 1/2002, consolidados los órganos autonómicos de defensa de la competencia y la nueva estructura institucional de la autoridad estatal surgida de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), la experiencia acumulada permite hacer un juicio crítico del sistema diseñado por la Ley 1/2002 y, en particular, de los resultados de la coordinación reclamada por el Tribunal Constitucional en la ST 208/1999, de 11 de noviembre. Anticipando lo que serán las conclusiones de este trabajo, creo que

1. Las opiniones expresadas en el texto son personales y no vinculan al Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid.

el balance, al menos en términos generales, es satisfactorio; pero este resultado no es mérito de la corrección del diseño de la Ley 1/2002 que, en mi particular opinión, no ha atendido correctamente a su finalidad declarada: ni ha precisado claramente los puntos de conexión determinantes de la atribución competencial ni, en rigor, ha creado instrumentos de coordinación que puedan ser reconocidos como tales, en el sentido que se dirá. Si la aplicación descentralizada del derecho de la competencia ha funcionado correctamente, de manera eficaz y uniforme, ha sido gracias a la lealtad institucional y a los esfuerzos de colaboración que ha presidido la praxis de los distintos órganos de defensa de la competencia —lealtad y colaboración que, aunque obligada, no se manifiesta siempre con la misma intensidad en los distintos sectores de actividad administrativa sobre los que se proyectan las diversas competencias de los entes territoriales—, lo que no excusa para que en un trabajo como el presente se proponga una reflexión sobre el modelo establecido por la Ley 1/ 2002 y su eventual revisión y mejora.

El desarrollo de lo anunciado debe ir precedido de unas breves consideraciones sobre el principio de coordinación en la materia de defensa de la competencia.

## 2. LA COORDINACIÓN ENTRE ADMINISTRACIONES TERRITORIALES

Con carácter general, la coordinación es consustancial al reparto y ejercicio de competencias que resulta de la organización territorial del Estado que exige establecer fórmulas y cauces de relación entre unas y otras Administraciones territoriales en el ejercicio de las competencias que para la gestión de sus intereses respectivos les correspondan.<sup>2</sup>

Es imposible abordar en un trabajo de esta extensión las múltiples y distintas concepciones doctrinales y jurisprudenciales sobre el principio de coordinación entre Administraciones territoriales que proyectan sus respectivas competencias sobre la misma realidad material, bien sea de forma exclusiva, compartida o concurrente, tantas y tan diferentes son las concepciones de la coordinación (principio de actuación, resultado fruto de las facultades decisorias, competencia general, etc.) y, sobre todo, la confusión recurrente con otros conceptos como la cooperación o la colaboración<sup>3</sup>.

En todo caso, sí debemos establecer dos premisas:

2. Como señala la STC 27/1987, de 27 de febrero: «Dado que cada organización territorial dotada de autonomía es una parte del todo, no cabe deducir de la Constitución que en todo caso corresponda a cada una de ellas un derecho o facultad que le permita ejercer las competencias que les son propias en régimen de estricta y absoluta separación. Por el contrario la unidad misma del sistema en su conjunto, en el que las diferentes entidades autónomas se integran, así como el principio de eficacia administrativa (artículo 103.1 de la CE) que debe predicarse no sólo de cada Administración Pública sino del entero entramado de los servicios públicos, permiten, cuando no imponen al legislador establecer fórmulas y cauces de relación entre unas y otras Administraciones locales y de todas ellas con el Estado y las Comunidades Autónomas en el ejercicio de las competencias que para la gestión de sus intereses respectivos les correspondan».
3. Al efecto puede consultarse la exposición detallada de doctrina y jurisprudencia que sobre esta materia hace el profesor Guillem Camarés en *Libre Competencia y Estado Autonómico*, 2005, p. 187 y ss.

- La coordinación general como competencia estatal persigue (STC 32/1983, de 28 de abril) la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones y reduciendo disfunciones que, de subsistir, impedirían o dificultarían, respectivamente, la realidad misma del sistema. Particularmente, en los supuestos en que la CE atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre coordinación general (entre otros, artículo 149.1.13 del CE), ésta debería materializarse en «(...) la fijación de medios y de sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica de determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades (...) estatales y comunitarias en el ejercicio de de sus respectivas competencias, de tal modo que se logre la integración de actos parciales en la globalidad del sistema (...). La coordinación que corresponde al Estado ex artículo 149.1.13 debe articularse de modo que en el ejercicio de dicha competencia no resulten vaciadas de contenido o limitadas irrazonablemente las correspondientes competencias autonómicas» (STC 103/1989).
- En este ámbito, una de las técnicas coordinadoras por excelencia es la denominada técnica orgánica, consistente en la creación de órganos comunes cuyas decisiones se consideran propias de todas y cada una de las esferas implicadas. Pues bien, si lo que se pretende conseguir con la coordinación es «la homogeneidad técnica de determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades», la forma usual y eficaz de conseguir ese resultado debe consistir en atribuir a dichos órganos funciones directivas.<sup>4</sup>

### 3. LEY 1/2002, DE 21 DE FEBRERO, DE COORDINACIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

#### 3.1. BREVE REFERENCIA A LA STC 208/1999, DE 11 DE NOVIEMBRE

En materia de defensa de la competencia, es la Ley 1/2002, de 21 de febrero, la que incorpora a nuestro derecho positivo los instrumentos de coordinación entre el Estado y las comunidades autónomas en el ejercicio de sus respectivas competencias, cumpliendo de esta manera el mandato de la STC 208/1999, de 11 de noviembre, cuya doctrina puede sintetizarse así:

4. En este sentido, coincido con las consideraciones de González Pérez y González Navarro cuando afirman que «esa finalidad, resultado apetecido -y, apetecible, por necesario- de la coordinación sólo podrá lograrse si a estos órganos se les atribuye funciones directivas. Y ello porque esa mítica coordinación de que tanto se habla de un tiempo a esta parte es el recto ejercicio de funciones directivas (...) de modo que mientras aquellos órganos carezcan de estas funciones directivas y -como es usual- sólo tengan atribuidas funciones de estudio, de informe, etc., ese resultado de la coordinación sólo por milagro podrá obtenerse». Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común, cuarta edición, I, p. 509 y ss.

- a) Se reconocen las competencias ejecutivas de las comunidades autónomas en materia de defensa de la competencia, limitadas a aquellas actuaciones ejecutivas que hayan de realizarse en su territorio y que no afecten al mercado supraautonómico. Es exclusiva la competencia estatal sobre la legislación en la materia y sobre las actividades ejecutivas que determinen la configuración real del mercado con trascendencia extracomunitaria, relativas a aquellas prácticas que puedan alterar la libre competencia en un ámbito supracomunitario o en el conjunto del mercado nacional, aunque tales actuaciones se realicen en el territorio de las comunidades autónomas.
- b) Corresponde al legislador estatal, ex artículo 149.1.13 CE, establecer los criterios de conexión pertinentes que permitan el ejercicio de las competencias ejecutivas autonómicas –razón por la que se difiere la nulidad de los preceptos declarados inconstitucionales– y articular los mecanismos de coordinación necesarios para preservar la uniformidad de la disciplina de la competencia en todo el territorio nacional.

Ambas finalidades debían ser cumplidas por una ley estatal cuya publicación se demoró varios años desde la resolución constitucional: la Ley 1/2002.

### 3.2. CRITERIOS DE CONEXIÓN. ARTÍCULO 1 DE LA LEY 1/2002

No podemos detenernos en el análisis de la adecuación constitucional –por cierto, bastante polémica en la doctrina– de los criterios de conexión que delimitan genéricamente el ejercicio de las competencias ejecutivas por parte del Estado y las comunidades autónomas, en especial el relativo al alcance territorial de los efectos de las conductas, mencionado en los apartados 1 y 3 del artículo 1 de la Ley 1/2002. Pero, sin necesidad de cuestionar su constitucionalidad, creo que existen razones fundadas –que, finalmente, se habrán de contrastar en el conflicto constitucional de competencias formalizado entre el Estado y la Comunidad de Madrid ante el Tribunal Constitucional, al que luego aludiré– para sostener interpretaciones diversas sobre el alcance de las competencias ejecutivas autonómicas derivadas del criterio de conexión territorial establecido por el legislador de 2002: desde la interpretación más estricta (exclusividad de los efectos antitrust en el ámbito geográfico autonómico) hasta una más flexible (la competencia autonómica no se pierde por la existencia de efectos restrictivos extraautonómicos no sensibles, indirectos o reflejos).

En lo que a este trabajo interesa, lo relevante es que esta circunstancia es, a la postre, reflejo del grado de indeterminación de los criterios de conexión establecidos en la Ley 1/2002 que se va a tratar de paliar, al menos en parte, a través de la actividad coordinadora de los órganos que se crean en la Ley 1/2002, sin que ni éste sea el camino correcto (la precisa delimitación competencial debería ser el prius no el objeto de la coordinación) ni el más eficaz, dado el limitado alcance legal de las funciones, básicamente consultivas, de los dos órganos creados por la

Ley 1/2002: el Consejo de Defensa de la Competencia y la Junta Consultiva en materia de Conflictos.

### 3.3. MECANISMOS DE COORDINACIÓN EN LA LEY 1/2002

Si la definición legal de los puntos de conexión no es ejemplo de la mejor técnica legislativa, la configuración legislativa de los mecanismos de coordinación tampoco merece un aplauso entusiasta: como se verá a continuación, a salvo la legitimación del Estado para comparecer en los procedimientos tramitados por las comunidades autónomas, ninguno de los instrumentos previstos en la Ley 1/2002 reviste ese carácter directivo, o si se quiere decisorio, connatural a la coordinación y capaz de garantizar *per se* la uniformidad en la aplicación de la normativa de defensa de la competencia y el armónico desarrollo de las competencias del Estado y las comunidades autónomas.

Siguiendo la Exposición de Motivos de la Ley 1/2002, su art. 5 regula tres instrumentos de coordinación:

- a) El Consejo de Defensa de la Competencia, «órgano que reúne a representantes de todas las Administraciones territoriales con competencias en la materia, cuyas funciones básicas se refieren a la centralización de la información relevante sobre la competencia en los mercados, a la discusión de los criterios conducentes a lograr la adecuada coordinación en la aplicación de la Ley y al informe de las disposiciones que regulen cuestiones relacionadas con la materia».
- b) Los mecanismos que aseguran «la completa, simétrica y recíproca información acerca de las conductas restrictivas de la competencia de las que tengan conocimiento los órganos a fin de posibilitar el ejercicio de sus funciones». Vaya por delante que ha habido que esperar a la reforma del art. 5 operada por la D.A. 10 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, para poder reconocer la simetría que enfatizaba el legislador de 2002 en la Exposición de Motivos.
- c) La legitimación del órgano estatal de defensa de la competencia para intervenir en los procedimientos tramitados por las comunidades autónomas, en calidad de interesado.

Aunque nada diga la Exposición de Motivos de la Ley 1/2002, el art. 5 finaliza con la referencia a otro instrumento de coordinación: el informe preceptivo que ha de emitir el órgano autonómico en relación con las conductas que, siendo de competencia estatal, incidan de forma significativa en el territorio de una comunidad autónoma.

#### 4. LEY 15/2007, DE 3 DE JULIO, DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Suele ser un lugar común en los comentarios a la Ley de 2007 valorar negativamente la no integración del texto de la Ley 1/2002 en la principal norma legislativa de defensa de la competencia. Así lo entendió el propio Consejo de Estado, en su informe de 20 julio de 2006<sup>5</sup> al anteproyecto de la Ley de Defensa de la Competencia, con base en que la unificación en un solo texto normativo facilitarían la aplicación de ambas normas. Con ser ello cierto, en mi opinión, existen ventajas indudables de la falta de consolidación legislativa. La primera es obvia: la conveniencia de no acrecentar la complejidad del texto sustantivo de la Ley de 2007. Además, a nadie se le oculta que la eventual reforma de la Ley 1/2002 puede abordarse con mayor facilidad como texto independiente de la LDC. Y es que la conveniencia, incluso la necesidad, de reformar la Ley 1/2002 ha sido reiteradamente planteada por la mayor parte de las comunidades autónomas, en particular, proponiendo la revisión de los criterios recogidos en la Ley 1/2002.<sup>6</sup>

En todo caso, la Ley de Defensa de la Competencia de 2007, además de remitir a la Ley 1/2002 en lo relativo a la coordinación de las autoridades estatal y autonómicas<sup>7</sup> introduce en su D. A. 10 determinadas modificaciones del artículo 5 de la Ley 1/2002, dirigidas a hacer realidad la simetría en las relaciones entre Administraciones que anunciaba su Exposición de Motivos.

Con estas premisas abordaremos el comentario de los mecanismos de coordinación previstos en el mencionado artículo 5 de la Ley 1/2002.

#### 5. CONSEJO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

##### *Caracterización legal*

Se define como órgano de colaboración, coordinación e información recíproca entre el Estado y las comunidades autónomas para promover la aplicación uniforme de la legislación de defensa de la competencia.

Su composición es paritaria: tantos representantes de la Administración General del Estado –nombrados por el ministro de Economía y Hacienda– como representantes de las comunidades autónomas con competencia en materia de

5. En palabras del Consejo de Estado: «Compartiendo una observación que se ha reiterado en numerosas ocasiones en el expediente, el Consejo de Estado considera que hubiera sido conveniente unificar en un solo texto normativo la regulación sustantiva de la defensa de la competencia y la que contiene la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas, en materia de defensa de la competencia. Ello facilitaría sin duda la aplicación de tales normas y permitiría realizar todos los ajustes necesarios (remisiones de artículos, cita de órganos, etc.) en dicha regulación.»

6. El propio Consejo de Estado alude a ello en el informe citado.

7. Artículo 15.1 de la LDC: «La coordinación de la Comisión Nacional de la Competencia con los órganos competentes de las comunidades autónomas se llevará a cabo según lo dispuesto en la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas, en materia de defensa de la competencia.»

defensa de la competencia. Presidido por el presidente de la Comisión Nacional de la Competencia, cuenta con un secretario con voz pero sin voto nombrado por el ministro de Economía y Hacienda.

Como órgano de participación y colaboración entre la Administración General del Estado y las comunidades autónomas asumirá las siguientes funciones:

- a) Realizar el seguimiento periódico de la política de defensa de la competencia.
- b) Promover el intercambio de información y la realización y publicación de estudios en los que se pongan de manifiesto los criterios seguidos por las distintas Administraciones en aplicación de la normativa de defensa de la competencia y, en su caso, la necesidad de hacer que éstos sean uniformes.
- c) Informar los proyectos de disposiciones de carácter general que afecten a la materia en las que las comunidades autónomas tienen competencias de ejecución.
- d) Elaborar directrices sobre la interpretación del apartado 2 del art. 1 de la Ley 1/2002.

A ello cabe añadir la función consultiva que se le atribuye en determinados preceptos de la propia Ley 1/2002 y la Ley 15/ 2007, de forma que el Consejo debe ser oído previamente:

- a) Al nombramiento del presidente de la Junta Consultiva en materia de conflictos.
- b) A la declaración por el Gobierno mediante real decreto de conductas exentas (art. 1.5 LDC) y las declaraciones de inaplicabilidad que dicte la Comisión Nacional de Competencia (art. 6 LDC y 43 de su Reglamento).
- c) A la publicación de las comunicaciones de la Comisión Nacional de la Competencia aclarando los principios que guían su actuación en aplicación de los artículos 1 a 3 de la LDC (D.A. 3ª de la LDC), pudiendo asumir la iniciativa de proponer su elaboración (art. 79 del RDC).<sup>8</sup>

El Consejo actúa en pleno, que se reunirá al menos una vez al año. Su funcionamiento se ha regulado en su Reglamento Interno, aprobado en la reunión de este órgano de 2003, completado por el relativo al funcionamiento de los grupos de trabajo que se puedan constituir en su seno «para el estudio de aspectos concretos», aprobado en 2008.

8. Permítasenos en este punto una reflexión casi telegráfica. Estas comunicaciones emanadas exclusivamente del órgano estatal de defensa de la competencia y no mencionadas en las técnicas de coordinación sí se parecen más a un auténtico instrumento coordinador o, al menos, pueden causar idéntico efecto: por más que se configure como comunicación interpretativa, su valor y seguimiento es innegable: cuando los operadores acomoden su actuación a aquélla no podrán ser sancionados por las autoridades autonómicas por falta de culpabilidad.

### *Naturaleza*

Determinar la naturaleza del Consejo a través de su definición legal es cuestión difícil. En primer lugar, el art. 5 uno de la Ley 1/2002 califica el Consejo como órgano de colaboración, coordinación e información recíproca. Luego, al enumerar sus funciones, se dice que éstas se ejercitan en cuanto órgano de participación y colaboración. Así las cosas, y dado que el legislador no parece tener claro lo que sea la coordinación como algo distinto de la colaboración y la participación, debemos centrarnos en el alcance de las funciones atribuidas legalmente a dicho órgano para que nos indiquen su naturaleza o al menos la intensidad de la coordinación que se puede conseguir a través del mismo.

Como quiera que la casi totalidad de las funciones del Consejo enumeradas por la Ley 1/2002 son de carácter consultivo, de seguimiento de la política de defensa de la competencia y de información recíproca, debe concluirse el «débil» alcance coordinador del órgano, con la sola excepción referida a la elaboración de directrices sobre la interpretación del apartado 2 del artículo 1 de la Ley 1/2002 (función introducida por la D.A. 10 de la LDC). El resto de las facultades del Consejo delimitadas por la Ley 1/2002 carecen de eficacia decisoria o, si se quiere, directiva.

### *Actuaciones del Consejo de Defensa de la Competencia*

Desde su creación, el Consejo de Defensa de la Competencia ha mantenido ocho reuniones.

Hasta 2008, la actuación del Consejo se centró en el seguimiento de la creación y perspectivas de los diversos órganos autonómicos de defensa de la competencia, la información de la actividad en esta materia, la puesta en marcha la REC, la información y participación en la reforma de la normativa de defensa de la competencia (Libro Blanco, Ley de Defensa de la Competencia y su Reglamento) y la aprobación de las normas de funcionamiento interno de la Junta Consultiva y del propio Consejo.

Es a partir del año 2008 cuando este órgano comienza una actividad más intensa,<sup>9</sup> lo que no resulta extraño por ser el año en que se consolida el sistema, con la puesta en funcionamiento de la Comisión Nacional de la Competencia y, en especial, de los órganos autonómicos, de forma que el número de expedientes asignados a las comunidades autónomas, del total de expedientes tramitados en aplicación de la Ley 1/2002, en el periodo 2007-2009, supuso un 80% del total.<sup>10</sup>

Como relata la citada Memoria de la Comisión Nacional de la Competencia, en la sesión del año 2008, además de la audiencia sobre «el proyecto de Comunicación de multas» elaborado por la autoridad estatal, se aprueban las normas sobre constitución y funcionamiento de los Grupos de Trabajo del Consejo, constituyéndose los relativos a:

9. Memoria de la CNC 2007-2009. Se puede consultar en la web de la CNC.

10. Páginas 64 y 65 de la Memoria.

- La distribución comercial, fijando la atención en las posibles reformas del régimen de implantación de establecimientos comerciales y profundizando en otras cuestiones relativas a la distribución comercial.
- Promoción de competencia, centrado en el intercambio de opiniones y de experiencias sobre las tareas de promoción de la competencia que las autoridades de competencia pueden realizar frente a las Administraciones públicas, identificando buenas y malas prácticas en este ámbito.
- Red de Cooperación de órganos competentes en materia de Defensa de la Competencia (REC), que atiende a la necesidad de reforma de la REC tanto en cuanto a la estructura como al funcionamiento de la misma al objeto de configurar un espacio común que permita la colaboración y coordinación fluida y permanente entre todos los órganos competentes de las distintas Administraciones.
- Criterios de reparto de expedientes por aplicación de la Ley 1/2002.

Constituido como foro permanente de examen de los criterios de reparto con la finalidad de reducir la posible conflictividad mediante el análisis detallado de los casos que se han producido desde la entrada en vigor de la Ley 1/2002, al objeto de extraer conclusiones que sirvan de base para posteriores asignaciones. En todos los supuestos analizados los criterios de conexión aplicados son los previstos en los art. 1.1 y 3 de la Ley 1/2002.

El objeto de la exposición que venimos desarrollando exige una especial mención de la actividad y conclusiones elaboradas por el Grupo de Trabajo de asignación de expedientes, que fueron finalmente aprobadas en la reunión plenaria del Consejo de 2009.

Pese a ser cierto que, hasta la fecha, la aplicación de los criterios de conexión ha generado poca conflictividad, el mero hecho de considerar necesario este grupo de trabajo es ilustrativo, a mi juicio, de la indeterminación de la Ley 1/2002 en la delimitación de las competencias ejecutivas ligadas al ámbito territorial de los efectos de las conductas, a la que aludíamos al principio de este trabajo.

En cuanto al alcance que haya de darse a las conclusiones aprobadas, y sin perjuicio del reconocimiento que merece el esfuerzo de información recíproca que ha supuesto su elaboración, liderada por la autoridad de competencia estatal, debe afirmarse su falta de vinculación respecto de futuras asignaciones. Como se dijo, las funciones decisorias del Consejo, por mandato legal, se limitan a la elaboración de las directrices del artículo 1.2 de la Ley 1/2002.

Ello además es coherente con el –imperfecto por indeterminado– sistema de atribución competencial diseñado por el legislador de 2002: los criterios de asignación de los apartados 1 y 3 del artículo 1 de la Ley 1/2002 se centran en el ámbito geográfico o territorial en el que desplieguen sus efectos las conductas, mientras que el apartado 2 del mismo artículo enumera una serie de conceptos jurídicos indeterminados que deciden la atribución competencial al Estado pese al ámbito geográfico autonómico al que, eventualmente, se limiten los efectos anti-

competitivos de las prácticas. De acuerdo con ello, la determinación competencial ex artículos 1.1 y 3 de la Ley 1/2002 no reclama criterios generales y adicionales de interpretación: o la cuestión es de hecho (prueba del alcance territorial de los efectos de la conductas, que sólo puede verificarse *ad casum*) o es jurídica (determinación de si los efectos deben agotarse exclusiva o significativamente en el ámbito autonómico).

Por todo ello estimo que las citadas conclusiones tienen un valor innegable como expresión del seguimiento de la política de defensa de la competencia en materia de asignación de competencias, sin que puedan considerarse directrices o acuerdos vinculantes sobre la concreta aplicación de los criterios de asignación de expedientes, que no encuentra amparo en la determinación de las funciones del Consejo previstas en la Ley 1/2002.

### Conclusiones

1. En el haber de la actuación del Consejo se debe reconocer que ha cumplido su función de seguimiento de la política de defensa de la competencia, poniendo en común los hechos relevantes relativos al proceso de descentralización y dando cuenta de los expedientes tramitados por los autoridades de defensa de la competencia y las dudas y controversias suscitadas en su asignación y sus motivos. También es positiva la constitución de Grupos de Trabajo especializados, ya que la composición y la periodicidad anual de las reuniones del órgano en pleno no permiten un funcionamiento especialmente ágil y eficaz.
2. Ahora bien, si se quiere que sus actuaciones y acuerdos tengan verdadero alcance coordinador debería plantearse la reforma legal de la lista de funciones actual incluyendo las facultades decisorias que se quiera que ejerza, vinculantes para las autoridades de defensa de la competencia, estatal y autonómicas, y respetuosas, en todo caso, con las competencias ejecutivas que a cada una corresponden. Lo que debería llevar, además, a reflexionar sobre: a) su adecuada composición –actualmente, lo integran un excesivo número de miembros con el único objeto de conseguir la paridad entre la representación estatal y autonómica, finalidad que se puede obtener con otras técnicas como el establecimiento de un sistema de voto ponderado, etc.–, y b) el grado de consenso (unanimidad, mayoría cualificada...) que los acuerdos de mayor importancia requieran. También debería valorarse la obligación de dar publicidad a los acuerdos más relevantes para conseguir la uniforme aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia, por razones de elemental transparencia de toda actuación administrativa y por el interés que tiene para los operadores jurídicos.
3. En fin, no debería demorarse en exceso la elaboración de las directrices del art. 1.2 de la Ley 1/2002, pese a la complejidad que entraña. En otro caso, se corre el riesgo de que se pueda plantear un conflicto por aplicación de este criterio de conexión a resolver por la Junta Consultiva de Conflictos

que, de esta manera y vía informe, supliría una función que es propia del Consejo.

## 6. INFORMACIÓN RECÍPROCA

En segundo lugar, el art. 5 dos, letras a), b) c) y d) de la Ley 1/2002 cita como mecanismo de coordinación el que constituye, a su vez, primer paso para la resolución extrajudicial de conflictos prevista en los art. 2 y 3 del mismo texto legal: la información recíproca de las conductas restrictivas Estado – comunidades autónomas.

Pese a que la Exposición de Motivos de la misma Ley señala que «(...) dicho precepto dedica un apartado especial a los mecanismos que aseguren la completa, simétrica y recíproca información acerca de las conductas restrictivas de la libre competencia de las que tengan conocimiento los órganos competentes a fin de posibilitar el desarrollo de sus funciones», lo cierto es que la redacción inicial de este precepto no respondía estrictamente a la simetría anunciada. Esta situación resultó parcialmente corregida por la reforma introducida por la D.A. 10 de la LDC.

Tras la reforma, la información recíproca queda así:

- Las comunidades autónomas comunicarán al Estado todas las denuncias y prácticas detectadas de oficio, respecto de las que existan indicios racionales de infracción.
- La Comisión Nacional de la Competencia remitirá a los órganos autonómicos nota sucinta de las conductas detectadas de oficio y copia de todas las denuncias, respecto de las que existan indicios racionales de infracción, que se refieran a conductas que afecten a su respectiva comunidad autónoma.

En ambos casos, en la comunicación, la autoridad notificante expresará el órgano que considere competente para el conocimiento del asunto (art. 2 de la Ley 1/2002).

- La Comisión Nacional de la Competencia comunicará a los órganos autonómicos correspondientes los expedientes incoados que afecten a su territorio.

En la reunión del Consejo de Defensa de la Competencia de diciembre de 2009, se aprobó un documento que bajo la rúbrica «Procedimiento de aplicación de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las comunidades autónomas en materia de defensa de la competencia» analiza e interpreta el procedimiento establecido en la Ley 1/2002, y de aquel que no estando regulado en la mencionada ley viene realizándose en la práctica, todo

ello teniendo en cuenta las consideraciones manifestadas en el ámbito de anteriores Consejos de Defensa de la Competencia y en aras a una mayor eficacia y coordinación entre autoridades.»<sup>11</sup>

La información recíproca así diseñada merece el siguiente comentario:

1. La comunicación del Estado a los órganos autonómicos: conductas que afecten a la respectiva comunidad autónoma.

El sentido de la expresión legal «conductas que afecten a las comunidades autónomas» no debe entenderse sinónimo de «conductas de competencia de la comunidad autónoma respectiva», lo que resulta de una interpretación sistemática de la propia Ley 1/2002:

— El Estado, en su comunicación debe designar al órgano que considere competente para la tramitación del asunto, que podrá ser el órgano autonómico al que se dirige la comunicación o la misma autoridad estatal notificante.

El apartado d) del mismo artículo 5 dos se refiere a la comunicación a los órganos autonómicos de los expedientes incoados por el Estado que «afecten a su territorio». Se trata, evidentemente, de expedientes de competencia estatal.

— El artículo 5 cuatro, relativo a la necesidad de solicitar informe preceptivo autonómico respecto de conductas que, siendo de competencia estatal, incidan significativamente en el territorio de las comunidades autónomas, revela que el legislador no equipara la «afectación autonómica» a los supuestos de competencia de las comunidades autónomas.

— La propia finalidad de este precepto avala tal conclusión: se trata de procurar el conocimiento de las conductas con carácter previo a la incoación del procedimiento a fin de que la atribución competencial quede delimitada cuanto antes.

Así parece haberse reconocido finalmente en el documento del «Procedimiento de Aplicación de la Ley 1/2002», antes mencionado, en el que se considera procede la notificación a los órganos autonómicos de todas aquellas denuncias y actuaciones de oficio que, susceptibles de alterar la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional y, en consecuencia, de competencia estatal, cuando el ejercicio de tales competencias haya de realizarse en el territorio autonómico.

2. Otra novedad que incluye el citado documento de «Aplicación de la Ley 1/2002» es la generalización de la práctica de una información reservada

previa a la puesta en marcha de los mecanismos de comunicación recíproca con la finalidad de conocer los elementos de hecho necesarios que permitan a ambas Administraciones, estatal y autonómica, pronunciarse sobre a quién corresponde la competencia ejecutiva. De esta forma, la autoridad que recibe la denuncia, antes de proceder a la comunicación de la conducta que ordena el art. 2 de la Ley 1/2002, si lo estima necesario, llevará a cabo las actuaciones preliminares y reservadas precisas con el único objeto de obtener la información que, después, permita a los órganos emisor y destinatario de la comunicación fundar opinión razonada sobre la atribución competencial.

Con ello se evitará la duplicidad de actuaciones que podrían emprender ambos órganos a este fin.

3. En fin, que la eventual omisión del deber de información que se comenta es una irregularidad es evidente, pero que provoque la invalidez del procedimiento que se siga es más discutible si, a la postre, éste se tramita por el órgano competente.

Además, esta irregularidad sólo podrá hacerse valer —a través de los correspondientes recursos contra los actos impugnables del procedimiento—, por los interesados o por la autoridad estatal, en este caso, haciendo uso de la legitimación que le reconoce la Ley 1/2002 y a la que nos referiremos a continuación. Las autoridades autonómicas ven limitada su reacción al planteamiento del conflicto competencial, si teniendo noticia de la tramitación del expediente, consideran que han sido desconocidas sus competencias ejecutivas.

## 7. LEGITIMACIÓN DEL ESTADO PARA COMPARECER COMO INTERESADO EN LOS PROCEDIMIENTOS TRAMITADOS POR LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Con la finalidad de procurar la aplicación uniforme del derecho de la competencia, la Comisión Nacional de la Competencia puede comparecer, en calidad de interesado, en los procedimientos administrativos tramitados por los órganos de las comunidades autónomas, a cuyo efecto éstos deberán comunicar los acuerdos y resoluciones adoptados tanto en fase de instrucción como de resolución que pongan fin al procedimiento al objeto de que aquélla pueda ejercer, en su caso, el recurso contra dichos acuerdos ante las instancias correspondientes (art. 5 tres de la Ley 1/2002).

Calificado por la Exposición de Motivos de la Ley 1/2002 como «instrumento de cierre para evitar diferencias en la doctrina que se siga a la hora de aplicar el ordenamiento de defensa de la competencia» es, sin duda, el instrumento de mayor intensidad coordinadora de los previstos en el art. 5 de la Ley 1/2002. Su empleo,

a mi juicio, debe entenderse como excepcional, ya que el propio legislador lo configura como una especie de «último recurso» –instrumento de cierre, se nos dice.

En la fecha de publicación de su Memoria 2007-2009, la Comisión Nacional de Competencia indica que este instrumento se ha utilizado en dos ocasiones, sin dar noticia de los criterios que ha valorado el órgano estatal para hacer uso de esta facultad.

## 8. INFORME PRECEPTIVO DE LOS ÓRGANOS AUTONÓMICOS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE COMPETENCIA ESTATAL Y AFECTACIÓN SIGNIFICATIVA EN EL TERRITORIO DE LA RESPECTIVA COMUNIDAD AUTÓNOMA

No se menciona en la Exposición de Motivos de la Ley 1/2002 como instrumento de coordinación. Sin embargo, se incluye precisamente en su artículo 5 cuatro dedicado a los mismos. Se trata del informe preceptivo, no vinculante, que deberá solicitar la autoridad estatal en relación con aquellas conductas previstas en los artículos 1, 2 y 3 de la Ley de Defensa de la Competencia o los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea que, afectando a un ámbito supraautonómico o al conjunto del mercado nacional, incidan de forma significativa en el territorio de la respectiva comunidad autónoma.

Este tipo de informes preceptivos suele ser una técnica usual en el ejercicio de competencias concurrentes que corresponden a distintas Administraciones. En estos casos, la finalidad del informe es permitir el ejercicio efectivo de la competencia de una de las Administraciones, a través de un informe que se incorpora al procedimiento tramitado por otra, en el ejercicio de competencia distinta pero que recae sobre la misma realidad material, lo que, obviamente, no acontece en la actuación de las competencias ejecutivas exclusivas, no concurrentes, en materia de defensa de la competencia.

Podría entenderse que el legislador ha querido establecer una «contrapartida» menor a la legitimación estatal, considerada en el apartado inmediatamente anterior: las autoridades autonómicas no pueden intervenir como interesadas en los procedimientos de competencia estatal, pero deberán ser escuchadas cuando aquellos tengan por objeto conductas que afecten significativamente a la comunidad autónoma.

Lo que resulta innegable es que si antes de la reforma de este apartado del artículo 5 de la Ley 1/2002 por la LDC –D.A.10–, podía argumentarse que, al solicitar el informe, el órgano estatal sólo estaba obligado a trasladar una descripción de la conducta al versar el informe sobre ella y no sobre las incidencias del expediente, la vigente redacción del precepto ordena la remisión de copia del pliego de concreción de hechos y, en su caso, de la denuncia y de los documentos y pruebas practicadas que consten en el expediente, corrigiendo esa visión restrictiva del objeto y circunstancias de evacuación del informe.

Además, con la nueva regulación queda claro que el momento de solicitud del informe es el previo o simultáneo a la notificación a los interesados del pliego de concreción de hechos que, en consecuencia, tendrán conocimiento del criterio del órgano autonómico cuando formulen las alegaciones al pliego o a la propuesta de resolución.

El órgano autonómico tiene un plazo de veinte días para la emisión del informe que no es vinculante pero sí preceptivo, de forma que la omisión de su solicitud provocará la nulidad del acto definitivo del procedimiento.

## 9. JUNTA CONSULTIVA DE CONFLICTOS

Con la exposición precedente acaba el comentario de los calificados por el legislador estatal como instrumentos de coordinación entre las Administraciones territoriales que tienen reconocidas competencias ejecutivas en materia de defensa de la competencia. Sin embargo, este trabajo no quedaría completo sin la referencia a la configuración y actuación de la Junta Consultiva de Conflictos, prevista en el art. 3 de la Ley 1/2002, tanto porque algunos autores ven en ella un instrumento más de coordinación como, sobre todo, porque su caracterización legal refuerza la conclusión que aquí se va a exponer: la opción del legislador de 2002 al diseñar los órganos que crea en ejercicio de su competencia general de coordinación en la materia, sustraídos en gran medida de carácter decisorio, como contrapeso quizás a la falta de una delimitación competencial precisa a través de los puntos de conexión que establece.

### *Configuración legal*

Siguiendo el artículo 3 de la Ley 1/2002, este órgano se define como el órgano consultivo especializado en el asesoramiento, mediante dictamen no vinculante, para la resolución de los conflictos de atribución de competencias que se susciten entre el Estado y las comunidades autónomas o entre éstas entre sí con ocasión de la aplicación de la legislación de defensa de la competencia.

En cuanto a su composición, está integrada por:

1. El presidente, nombrado por el Ministerio de Economía y Hacienda, oído el Consejo de Defensa de la Competencia, entre personas de reconocido prestigio y con amplia experiencia en materia de defensa de la competencia. Su mandato es de cinco años.
2. Un representante de la Administración General del Estado, designado por el Ministerio de Economía y Hacienda quién actuará como secretario.
3. Dos representantes designados por la comunidad autónoma en conflicto.

Excepcionalmente, en el supuesto de que hubiese más de una comunidad autónoma afectada por el conflicto de competencias se designará a un solo represen-

tante por cada una de ellas. Si fueran tres o más, se elevará el número de representantes estatales para garantizar la composición paritaria de la Junta.

En el supuesto de conflictos de atribución de competencias suscitados entre las comunidades autónomas se designarán a dos representantes por cada una de ellas.

El Reglamento sobre organización y funcionamiento de la Junta Consultiva en materia de conflictos fue aprobado en la sesión del Consejo de Defensa de la Competencia de julio de 2007.<sup>12</sup>

La actuación de la Junta tiene como presupuesto la activación de los mecanismos de información recíproca del art. 2 del texto legal a través de los cuales se constata, en su caso, la controversia competencial entre Administraciones.

Si así ocurre, cualquiera de los órganos en conflicto solicitará la convocatoria de la Junta que deberá emitir su dictamen no vinculante en el plazo de 15 días – desde la constitución del órgano, aclara el Reglamento –, plazo ciertamente corto, sobre todo si se tiene que solicitar informe al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia o a los órganos autonómicos.

Parece que la convocatoria de la Junta deja en suspenso la iniciación del correspondiente procedimiento («Emitido el informe previsto en el párrafo anterior, en el plazo de diez días se podrá iniciar el procedimiento por el órgano estatal o autonómico que se considere competente») y seguro, interrumpe el procedimiento ya iniciado («Si el conflicto se plantease con posterioridad a la incoación del procedimiento, incluso en la fase de resolución, se estará a lo dispuesto en los párrafos anteriores. La convocatoria de la Junta Consultiva en materia de conflictos interrumpirá automáticamente el procedimiento que, en su caso, se estuviere tramitando y suspenderá el plazo para resolver y notificar la resolución» [art. 2.4 de la Ley 1/2002]).

Las características más sobresalientes del modelo de resolución extrajudicial de conflictos diseñado por el legislador de 2002 son:

1. El carácter dirimente que se atribuye al voto del presidente de la Junta en caso de empate.
2. La «resolución» del conflicto mediante un informe –no una resolución– no vinculante y, por lo tanto, de eficacia jurídica limitada.

### *Naturaleza*

Parece que el precedente más claro de la Junta Consultiva se ha de encontrar en la denominada Junta Arbitral de Resolución de Conflictos en materia de Tributos Cedidos, regulada en la LOFCA, art. 23 y 24, y en el Real Decreto 2451/1998, de 13 de noviembre. Sin embargo, las diferencias son sustanciales en cuanto a la eficacia de sus actuaciones: ésta se configura como un órgano colegiado de delibe-

12. Cabe plantearse si el Consejo de Defensa de la Competencia tiene competencia para aprobar el régimen interior de un órgano colegiado distinto como es la Junta Consultiva en materia de conflictos.

ración y resolución de los conflictos, que dicta resoluciones ejecutivas e impugnables. En materia de defensa de la competencia, sin embargo, la Junta es un órgano de naturaleza arbitral y consultiva, que se limita a emitir informe no vinculante en las controversias competenciales que se le plantean. En consecuencia, a diferencia de lo que ocurre en materia tributaria, aquí no hay impedimento legal para que el órgano que discrepe del parecer de la Junta inicie o prosiga el procedimiento correspondiente —en contra del criterio del órgano arbitral—, hipótesis nada deseable que podría materializarse, en fin, en la doble persecución de la conducta por diversos órganos, estatal y/o autonómicos. El órgano discrepante podrá interponer recurso en sede jurisdiccional contencioso-administrativa o plantear el conflicto en sede constitucional que no tendrá por objeto el informe de la Junta Consultiva (no es un acto impugnabile) sino el acto de la Administración que niegue la competencia al que lo plantea.

#### *Actuación de la Junta Consultiva de Conflictos*

Hasta la fecha, la Junta Consultiva ha emitido tres informes correspondientes a cuatro expedientes (dos de ellos fueron acumulados y se resolvieron en la misma Junta) en los años 2004, 2007 y 2008. En todos los supuestos se discutía la aplicación del principio de territorialidad de los efectos ex art. 1.1 y 3 de la Ley 1/2002.

Aunque la falta de publicidad de los dictámenes emitidos excusan su comentario, sí podemos decir que la discrepancia con el criterio mantenido por la Junta en el asunto *Estación Sur de Autobuses*, 2007, ha llevado a la Comunidad de Madrid a plantear conflicto constitucional de competencias, admitido a trámite por providencia de 24 de junio de 2008, del Pleno del Tribunal Constitucional, en el que se plantea la invasión de las competencias autonómicas en que habría incurrido la autoridad estatal, cuyo criterio respalda el dictamen de la Junta, basado en la errónea y restrictiva interpretación del punto de conexión del ámbito territorial de los efectos de las conductas previsto en el art. 1.1 y 3 de la Ley 1/2002.

#### *Conclusión*

Volvemos a encontrarnos con que el legislador de 2002 crea un órgano, respondiendo a una importante finalidad —se trata de evitar los conflictos jurisdiccionales de competencias—, pero, paradójicamente, se aparta de su precedente normativo más inmediato y no le atribuye facultades decisorias, sin que se adviertan cuáles sean las ventajas de limitar su función al «asesoramiento especializado», mediante la emisión de un informe. En todo caso, con el objeto de asegurar la necesaria transparencia, es recomendable que los informes que emita la Junta Consultiva de Conflictos, salvando las cuestiones que exijan confidencialidad, sean públicos. Ello permitirá a los operadores ir conociendo sus criterios sobre la aplicación de los llamados puntos de conexión definidos en la Ley 1/2002.

## 10. CONSIDERACIONES FINALES

Hasta la fecha, la coordinación entre autoridades de defensa de la competencia no ha generado graves disfunciones y puede calificarse como satisfactoria. Pero esta circunstancia no puede ocultar que el modelo diseñado legalmente para realizar la atribución de las competencias ejecutivas —concreción de los puntos de conexión— y la inexcusable coordinación en su ejercicio previstos en la Ley 1/2002 no favorece precisamente ese resultado positivo: el texto legal ha optado por la «indeterminación» en la delimitación de los criterios de conexión y, paralelamente, ha establecido unos instrumentos de coordinación, que salvo contadas excepciones, tienen un carácter meramente consultivo y no favorecen el resultado de la eficaz coordinación. Quizás sea el momento de plantear una revisión del sistema basado en la delimitación precisa de los criterios de conexión, en particular, el relativo al alcance territorial de los efectos de las conductas en forma compatible con el reconocimiento de las competencias autonómicas en la materia, y completado con la articulación de mecanismos de coordinación de carácter decisorio, garantizando así el irrenunciable fin de la aplicación uniforme de la legislación de defensa de la competencia.