



Instituto de Derecho Industrial

**Estudo sobre as novas funcións asignadas aos órganos autonómicos de defensa da competencia pola nova Lei 15/2007 do 3 de xullo de Defensa da Competencia: aspectos substantivos.**

**Autor: Francisco Hernández Rodríguez**  
**Prof. Titular de Derecho Mercantil de la USC**  
**Miembro del Instituto de Derecho Industrial (IDIUS)**

## **INDICE**

### **I.- Introducción**

### **II.- Análise das principais modificacións substantivas contidas na LDC e as súas posibles repercusións para os órganos galegos de defensa da competencia**

#### 1. -) En relación coas prácticas restritivas da competencia

1.1. - Consideracións preliminares

1.2. - Principais modificacións no réxime substantivo

1.3. - Principais consecuencias da aplicación do novo réxime dos artigos 1, 2 e 3 LDC polos órganos galegos de defensa da competencia

1.4.- ¿Establece a Lei 15/2007 novos criterios interpretativos relativos a aplicación das disposicións relativas ás prácticas restritivas da competencia?

#### 2. -) En relación co control de concentracións

#### 3. -) En relación coas axudas públicas

### **III.- Sobre a posible atribución ao Tribunal e ao Servizo Galego de Defensa da Competencia das novas funcións que a LDC asigna á Comisión Nacional de Competencia**

1. - Consideracións preliminares.
2. - Función de arbitraje
3. - Funcións consultivas
4. - Función de promoción da competencia
5. - Función de harmonización e coordinación
6. - Función de representación internacional

#### **IV.- Problemas derivados do novo modelo institucional contido na LDC**

1. - Formulación xeral
2. - Problemas concretos que plantea a coexistencia de diversos modelos institucionais

## **I.- Introducción**

A exposición de motivos da Lei 15/2007, do 3 de xullo, de Defensa da Competencia establece que "a presente Lei ten por obxecto a reforma do sistema español de defensa da competencia para reforzar os mecanismos xa existentes e dotalo dos instrumentos e a estrutura institucional óptima para protexer a competencia efectiva nos mercados, tendo en conta o novo sistema normativo comunitario e as competencias das Comunidades Autónomas para a aplicación das disposicións relativas ás prácticas restritivas da competencia segundo o disposto na Lei 1/2002 do 21 de febreiro, de coordinación das competencias do Estado e as Comunidades Autónomas en materia de defensa da competencia". Se ben a anterior Lei 16/1989, do 7 de xullo, de Defensa da Competencia era unha norma relativamente moderna, recentemente producíronse dúas circunstancias de grande relevancia que viñeron a revolucionar a aplicación do Dereito da competencia e que esta Lei non tiña en conta. Referímonos ao novo sistema comunitario de aplicación das normas de competencia e, en especial, á asunción de competencias por parte das Comunidades Autónomas para a aplicación das disposicións relativas ás prácticas restritivas da competencia. Aínda que, tal e como expresamente afírmase na súa exposición de motivos, a Lei 15/2007 elabórase tendo en conta esta nova realidade polo que contén importantes melloras e achega solucións a moitos dos problemas que se viñan formulando ata a data, a realidade é que a nova Lei, polo importante calado da reforma que introduce, formula infinidade de dificultades polo que respecta á súa aplicación polos órganos autonómicos de defensa da competencia.

O presente estudio divídese en tres partes: na primeira analízanse os principais cambios substantivos contidos na Lei e as súas posibles repercusións para os órganos galegos de defensa da competencia; na segunda parte faise referencia ás novas funcións que a Lei de Defensa da Competencia atribúe á Comisión Nacional

de Competencia co fin de valorar se resultan trasladables aos órganos galegos; finalmente, na terceira parte, abórdanse os problemas específicos que se derivan do novo modelo institucional.

## **II.- Análise das principais modificacións substantivas contidas na LDC e as súas posibles repercusións para os órganos galegos de defensa da competencia.**

### 1. -) En relación coas prácticas restritivas da competencia.

#### 1.1. - Consideracións preliminares

Antes de entrar nunha análise das modificacións substantivas contidas na Lei nesta materia débese partir de dúas premisas fundamentais:

- A primeira é que as circunstancias que orixinan a reforma determinan que os grandes cambios contidos na Lei sexan fundamentalmente procedimentales e, sobre todo, institucionais. Neste sentido hai que ter en conta que o contido estritamente substantivo da Lei 16/1989 en relación coas condutas prohibidas seguía de forma bastante fiel a redacción dos artigos 81 e 82 do Tratado, polo que a marxe para a reforma era escasa. Aínda así, a nova Lei de Defensa da Competencia contén algunhas novidades de certa importancia no plano substantivo.

- A segunda é que como establece a Sentenza do Tribunal Constitucional 208/1999 do 11 de novembro e recolle a Lei 1/2002 de Coordinación das

Competencias do Estado e as Comunidades Autónomas en materia de Defensa da Competencia, corresponde aos órganos competentes das Comunidades Autónomas as competencias de execución das disposicións relativas ás prácticas restritivas da competencia cando estas poidan afectar a competencia unicamente no ámbito da Comunidade Autónoma sen afectar ao conxunto do mercado nacional. Por esta razón entendemos, sen ningún xénero de dúbida, que todas as modificacións introducidas na nova Lei en relación coa regulación das prácticas prohibidas afectan de forma directa aos órganos autonómicos que estarán encargados de aplicarlas. Así, a regra xeral en relación cos artigos 1, 2 e 3 da LDC é que os órganos autonómicos poden aplicar a Lei en iguais termos e coas mesmas competencias que a Comisión Nacional de Competencia. Así parece recollelo o artigo 13 da Lei e a súa Disposición Adicional cando establece que todas as referencias contidas na Lei de Defensa da Competencia á Comisión nacional de Competencia e aos seus órganos de dirección relativas a funcións, potestades administrativas e procedementos referentes á aplicación executiva dos artigos 1, 2 e 3 da Lei enténdense tamén realizados aos órganos de instrución e resolución correspondentes das CCAA con competencias na materia.

En consecuencia, en relación cos artigos 1, 2 e 3 o problema non se atopa tanto en determinar qué funcións se entenden atribuídas pola LDC aos órganos correspondentes das CCAA senón, no caso de Galicia, en como se reparten entre o Tribunal Galego de Defensa da Competencia e o Servizo Galego de Defensa da Competencia as funcións que a LDC atribúe á Comisión Nacional de Competencia.

## 1.2. - Principais modificacións no réxime substantivo.

A nova Lei dedica o seu Título primeiro que leva por título "da defensa da competencia" á regulación das cuestións estritamente substantivas. No seu capítulo

primeiro relativo ás condutas prohibidas mantense a prohibición das condutas colusorias (art. 1), do abuso de posición dominante (art. 2) e do falseamiento da libre competencia por actos desleais (art. 3).

En relación coas condutas prohibidas, a Lei 15/2007 contén 6 novidades substanciais:

1. - Prevese a posibilidade de que a norma sexa aplicada polos órganos xurisdicionais. De acordo coa LDC e a modificación que esta introduce na Lei de Axuizamento Civil, tanto a Comisión Nacional de Competencia como os órganos autonómicos poderán intervir nos procedementos tanto en labores de asistencia e información por solicitude dos órganos xurisdicionais como presentando observacións pola súa propia iniciativa (art. 16 LDC e Disp Adicional 2ª que introduce un novo artigo 15 bis na Lei de Axuizamento Civil). Esta segunda posibilidade supón a introdución no Dereito da competencia da institución tipicamente anglosaxona do "amicus curiae". Hai que facer constar que o artigo 16 da LDC só atribúe esta facultade aos órganos competentes das Comunidades Autónomas en relación a cuestións relativas á aplicación polos Tribunais dos artigos 1 e 2 da LDC, deixando fóra, sen aparente xustificación o artigo 3. De acordo coa figura do "amicus curiae" os órganos de competencia deberán presentar observacións nun proceso cando entendan que con elas tutelan un interese público que está en xogo a pesar de que o procedemento é de índole privada.

2. - Pásase dun réxime de autorización singular a un sistema de exención legal igual ao establecido no Dereito Comunitario. De acordo co novo sistema, a Lei exclúe automaticamente da prohibición xeral do artigo primeiro os acordos que cumpren os requisitos previstos no apartado segundo. A partir de agora, a concorrencia destes haberá de ser avaliada polas propias empresas, se ben co fin de reforzar a súa seguridade xurídica e a pesar de que a remisión ás normas comunitarias é consubstancial á práctica de defensa da competencia en España, a lei

refírese expresamente ao papel dos Regulamentos comunitarios de exención legal no ámbito nacional. Tamén se mantén a posibilidade de que o Goberno aprobe este tipo de exencións para aqueles acordos que non afecten ao comercio entre Estados membros.

3. - Polo que respecta ao artigo segundo da Lei, o lexislador, afortunadamente, eliminou a referencia específica ao abuso dunha situación de dependencia económica. Esta conduta, máis propia da Lei de Competencia desleal que da de Defensa da Competencia, non ten parangón no ordenamento antitrust Comunitario e a súa aplicación foi escasa e polémica, sen que a doutrina atopara razóns que xustificasen a súa inclusión no artigo segundo da Lei.

4. - Aínda que a Lei 15/2007 mantén o falseamiento da libre competencia por actos desleais, o actual art. 3 establece agora: "A Comisión Nacional da Competencia ou os órganos competentes das Comunidades Autónomas coñecerán nos termos que a presente Lei establece para as condutas prohibidas, dos actos de competencia desleal que por falsear a libre competencia afecten ao interese público".

Segundo a Exposición de Motivos, a modificación pretende aclarar a redacción. Sin embargo, lo cierto es que ésta resulta casi idéntica a la que originariamente presentaba el artículo 7 de la Ley 16/1989 ("El Tribunal de Defensa de la competencia conocerá, en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear de manera sensible la libre competencia, en todo o en parte del mercado nacional, afectan al interés público"), cuya modificación por la Ley 52/1999 se justificó en la Exposición de Motivos por la conveniencia de "establecer claramente que la actuación de los órganos de competencia en relación con el art. 7 de la Ley 16/1989 debe limitarse a aquellos actos desleales que distorsionen gravemente las condiciones de competencia en el mercado con grave afectación del interés público, dejando a los tribunales ordinarios el conocimiento y enjuiciamiento de conductas desleales de otro tipo". A

nova tipificación do falseamiento da libre competencia por actos de competencia desleal permite intervir a Comisión ou os Tribunais Autonómicos sen necesidade de xustificar a gravidade do falseamiento, o que probablemente non contribúa a facilitar os numerosos problemas formulados ata a data pola aplicación da norma.

5. - Outra novidade importante da Lei 15/2007 é que estende a todas as condutas prohibidas (e non só, como ata agora, ás colutorias) a exención aplicable ás que resulten da aplicación dunha norma con rango de Lei (art. 4).

6. - Finalmente, tamén a regra "de mínimos", antes limitada ás prácticas colutorias esténdese aos abusos de posición dominante. O artigo 5 refírese a estas condutas como aquelas "que pola súa menor importancia, non sexan capaces de afectar de xeito significativo á competencia". Na nosa opinión non vai resultar doada para os órganos competentes a aplicación da regra "de mínimos" aos casos nos que a práctica restritiva sexa un abuso de posición de dominio. A Lei prevé que mediante Regulamento "se determinarán os criterios para a delimitación das condutas de menor importancia atendendo, entre outros, á cota de mercado". Agora ben, ¿cando unha cota de mercado será o suficientemente alta como para que a empresa que a ostenta teña posición dominante e á vez o suficientemente baixa como para que se aplique a regra "de mínimos"?

Aínda que o artigo 5 da LDC estende o réxime dos acordos de menor importancia tamén á prohibición do falseamiento da libre competencia por actos desleais, entendemos que a redacción do artigo terceiro, ao incluír como parte do ilícito que a conduta afecte ao interese público fai practicamente incompatible esta prohibición con regúlea "de minimis".

1.3. - Consecuencias da aplicación do novo réxime dos artigos 1, 2 e 3 polos órganos galegos de defensa da competencia.

Corresponde aos órganos de defensa da competencia de Galicia aplicar de

forma directa os artigos 1, 2 e 3 da LDC con todos os cambios substantivos anteriormente salientados. Ademais, entendemos que o TGDC e o SGDC asumen, de forma automática, as novas competencias que a LDC atribúe á Comisión Nacional de Competencia en relación coa aplicación destes tres artigos.

Neste sentido, as consecuencias máis reseñables son as seguintes:

- Os órganos galegos de defensa da competencia poden agora intervir ante os Tribunais de xustiza en procedementos privados, xa sexa para proporcionar información e asistir ao Tribunal, nos casos en que este así solicíteo como para presentar observacións por propia iniciativa en defensa do interese público. Ao tratarse dunha competencia completamente nova, atribuída en bloque aos órganos competentes das Comunidades Autónomas e non existir na normativa galega ningunha previsión neste sentido, faise imprescindible determinar qué órgano a vai asumir. Mentres que a información e asistencia ao Tribunal pode desempeñala tanto o Tribunal como o Servizo e dependerá en boa medida da solicitude que realice o Tribunal, a intervención como "amicus curiae" en defensa do interese público debería asumila o Tribunal, en canto que a intervención implica unha decisión previa sobre a posible afectación do interese público.

- Tal e como sinala a Disposición Adicional Oitava da LDC, os órganos autonómicos asumirán nos mesmos termos as novas competencias atribuídas á CNC a función da cal é facer máis efectiva a súa función de control das condutas prohibidas consideradas nos artigos 1, 2 e 3 da LDC. Estas novas competencias, que a LDC atribúe á CNC como órgano único, deberán ser asignadas no caso de Galicia ao Tribunal ou ao Servizo Galego de Defensa da Competencia. As principais novidades neste terreo son:

a) O outorgamento de maiores facultades á CNC para solicitar información, realizar inspeccións e vixiar o cumprimento das Leis (arts. 39, 40 e 41 LDC).

- b) A flexibilización do réxime de terminación convencional (art. 52 LDC).
- c) A posibilidade de impoñer condicións estruturais nas resolucións (art. 53 LDC).
- d) A posibilidade de impoñer medidas preventivas en calquera momento do procedemento e sen prazo máximo de duración (art. 54 LDC).
- e) A introdución dun sistema de clemencia (arts. 65 e 66 LDC)
- f) Mellora e flexibilización do réxime sancionador.

1.4.- ¿Establece a Lei 15/2007 novos criterios interpretativos relativos á aplicación das disposicións relativas ás prácticas restritivas da competencia?

Para finalizar coas prácticas restritivas, a exposición de motivos da Lei introduce de forma moi sutil un criterio interpretativo que, sen lugar a dúbidas deberá ser tido en conta tanto pola Comisión Nacional de Competencia como polos órganos autonómicos á hora de aplicar as disposicións relativas ás prácticas restritivas da competencia. Así, afirmase na Exposición de Motivos da Lei que " A existencia dunha competencia efectiva entre as empresas constitúe un dos elementos definitorios da economía de mercado, disciplina a actuación das empresas e reasigna os recursos produtivos en favor dos operadores ou as técnicas máis eficientes. Esta eficiencia produtiva trasládase ao consumidor na forma de menores prezos ou dun aumento da cantidade ofrecida dos produtos, da súa variedade e calidade, co conseguinte incremento do benestar do conxunto da sociedade". Desta forma, adquire carta de natureza no dereito español da competencia unha interpretación de natureza económica, tradicional no Dereito Antitrust dos Estados Unidos e cada vez máis aceptada no Dereito Comunitario, que tende a identificar a restrición da competencia coa limitación da oferta e a consecuente elevación dos prezos. Esta concepción, en liña cos máis recentes avances do Dereito Comunitario como por exemplo, o Documento da Dirección Xeral de Competencia sobre a aplicación do artigo 82 aos abusos exclusionarios, que outorga grande importancia á análise económica e prescinde cada vez máis das connotacións voluntaristas, tan tradicionais

no noso Dereito de defensa da competencia.

Nos últimos anos pódese constatar no Dereito Comunitario da Competencia unha importante evolución metodolóxica que implicou o abandono de criterios formais a favor dunha análise baseada nos efectos á hora de avaliar a legalidade dunha determinada conduta. Así, os Tribunais teñen máis en conta as consecuencias que a conduta pode ter no caso concreto, que o seu encadre exacto nas características previstas na norma (Korah, Gerber). Evidentemente este novo enfoque ápoia máis na análise económica que no razoamento de base teleolóxica.

Ao atopar esta pauta interpretativa na exposición de motivos da Lei de Defensa da Competencia entendemos que, sen ningún xénero de dúbidas, deberá ser tida en conta pola Comisión Nacional de Competencia á hora de aplicar os artigos 1, 2 e 3 da Lei, agora ben, cabe preguntarse en qué medida afecta tamén aos órganos autonómicos. Os órganos autonómicos de defensa da competencia non están obrigados a seguir nas súas resolucións os mesmos criterios interpretativos que mantivera a Comisión Nacional de Competencia, non obstante, neste caso nos atopamos ante un criterio interpretativo de carácter xeral contido na Lei. Se corresponde aos órganos competentes das Comunidades Autónomas aplicar determinados artigos da Lei de Defensa da Competencia en relación coas condutas que se producen e despregan os seus efectos no seu ámbito territorial deben ter en conta a concepción de libre competencia a defensa da cal constitúe o obxecto da Lei.

## 2. -) En relación co control de concentracións.

A LDC dedica o seu capítulo segundo (arts. 7 a 10) á regulación dos aspectos substantivos do control de concentracións. Aínda que a Sentenza do Tribunal Constitucional e a Lei de Coordinación non atribúen ás Comunidades Autónomas competencias directas en relación co control de concentracións, o artigo 58 da Lei

establece que a Dirección Xeral de Investigación solicitará informe preceptivo non vinculante á Comunidade Autónoma que resulte afectada por unha concentración que incida de forma significativa no seu territorio.

Como as CCAA carecen de competencias de execución nesta materia, limitarémonos a salientar de forma breve as principais modificacións de natureza substantiva contidas na Lei 15/2007. O capítulo segundo da Lei refírese ao concepto de concentración como o acaecemento dun cambio estable na estrutura de control dunha empresa con independencia de que se produza como consecuencia de: a) A fusión de dous ou máis empresas anteriormente independentes, ou b) A adquisición por unha empresa do control sobre a totalidade ou parte dunha ou varias empresas. c) A creación dunha empresa en participación e, en xeral, a adquisición do control conxunto sobre unha ou varias empresas, cando estas desempeñen de forma permanente as funcións dunha entidade económica autónoma (art. 7). Con relación ao seu ámbito de aplicación, a Lei 15/2007 modifica os umbrais de concentración ao establecer que o procedemento de control se aplicará ás concentracións económicas cando concorra polo menos unha das dúas circunstancias seguintes: a) Que como consecuencia da concentración se adquira ou se incremente unha cota igual ou superior ao 30 por cento do mercado relevante de produto ou servizo no ámbito nacional ou nun mercado xeográfico definido dentro deste. b) Que o volume de negocios global en España do conxunto dos partícipes supere no último exercicio contable a cantidade de 240 millóns de euros, sempre que polo menos dous dos partícipes realicen individualmente en España un volume de negocios superior a 60 millóns de euros (art. 8).

Aínda que se mantén o réxime de notificación obrigatoria con efecto suspensivo, este se flexibiliza ao prever a Lei o posible levantamento da suspensión da execución, subordinado no seu caso ao cumprimento de determinadas condicións e obrigas (art. 9).

A nova Lei supón un avance notable en relación cos criterios de valoración substantiva que deberán terse en conta á hora de autorizar ou prohibir unha determinada concentración económica xa que, o artigo dez separa claramente os criterios que deben guiar a toma de decisións por parte de o Comisión Nacional da Competencia, criterios que se centran no mantemento dunha competencia efectiva nos mercados, daqueles nos que poderá basearse a intervención do Goberno, máis relacionados coa protección do interese xeral da sociedade.

Polo que respecta ás Comunidades Autónomas, o art. 58 da Lei dispón que a Dirección Xeral de Investigación solicitará informe preceptivo non vinculante á Comunidade Autónoma que resulte afectada por unha concentración que incida de forma significativa no seu territorio. Este informe que só se solicitará cando se considere que a concentración pode obstaculizar o mantemento da competencia efectiva en todo ou en parte do mercado nacional, deberá ser emitido no prazo de vinte días.

A LDC non especifica a que organismo da correspondente Comunidade Autónoma se lle solicita o informe. Non obstante, a cuestión está resolta na Lei 3/2004 reguladora dous Órganos de Defensa da Competencia da Comunidade Autónoma de Galicia pois o seu artigo 3, referente ás funcións do Tribunal Galego de Defensa da Competencia establece, como unha das funcións do Tribunal, "emitir informe nos procedementos de control das operacións de concentración económica regulados na Ley de defensa da competencia cando así ou solicite ou Tribunal de Defensa da Competencia da Administración Xeral do Estado".

O novo marco institucional contido na Lei 15/2007 e a forma en que este afecta á regulación do control de concentracións lévanos a formularnos se é adecuada a atribución ao Tribunal Galego de Defensa da Competencia de deber de realizar este informe ou se, pola contra, non se debería modificar a Lei galega para asignar a función ao Servizo. A decisión que se adopte vai depender da forma en que se

valoren tres circunstancias:

- A primeira é que quen "ordena" realizar o informe preceptivo é a Dirección de Investigación da Comisión Nacional de Competencia. Na concepción do lexislador galego, tiña que ser o Tribunal Galego quen elaborase o informe solicitado polo Tribunal do Estado. Non obstante agora prodúcese un cambio importante ao ser a dirección de investigación quen solicita o informe e, aínda que agora esta división forma parte da CNC, dende un punto de vista funcional podería equipararse ao antigo Servizo de Defensa da Competencia. Así, parece que dende un punto de vista de simple correlación funcional e xerárquica, é máis lóxico que a dirección de investigación solicite a elaboración dun informe preceptivo ao Servizo Galego de Defensa da Competencia.

- A segunda fai referencia ao prazo. O prazo do que se dispón é realmente breve, pois vinte días é pouco tempo para realizar un informe desta natureza. Mais aínda se temos en conta que o organismo autonómico vai recibir a notificación da concentración con toda a información relevante no mesmo momento en que se solicita o informe co cal, aínda que prevexa que vai ter que realizar ese informe, en ningún caso pode comezar antes a súa elaboración. Neste sentido entendemos que pola súa natureza e estrutura interna, sobre todo, por non ser un órgano colexiado, o Servizo Galego de Defensa da Competencia podería resultar máis áxil para emitir un informe en tan breve prazo.

- Finalmente, débese ter en conta o feito de que o tribunal Gallego actúa con total soberanía nas decisións que afectan ao territorio da Comunidade Autónoma de Galicia e, esas decisións poñen fin á vía administrativa, polo que só poden ser recorridas en vía contencioso-administrativa. Aínda que este é un tema que merece un estudo máis profundo dende o punto de vista do Dereito Administrativo e depende en boa medida da natureza e contido do informe, o feito de que a Comisión Nacional de Competencia poida autorizar ou prohibir unha concentración que incida

significativamente no territorio da Comunidade de Galicia en contra do informe emitido polo Tribunal Galego podería formular algúns problemas. Problemas que desaparecen se quen fai o informe é o Servizo.

Entendemos que a conveniencia de cambiar o organismo encargado de elaborar o informe preceptivo en materia de control de concentracións non xustifica por si mesma unha reforma legal, pero se a reforma se produce, este é un dos temas que se deberían modificar. Mentres non se produza a reforma e sexa o TGDC o encargado de emitir o informe debería aprobar algún mecanismo interno para garantir que o informe se elabora no prazo previsto pola LDC. Tamén se debería adoptar algún acordo interno acerca do contido do informe deixando claro que neste o Tribunal se pronunciará acerca dos efectos da concentración no territorio da Comunidade Autónoma, pero sen pronunciarse de forma expresa a favor ou en contra desta.

### 3. -) En relación coas axudas públicas.

De forma simétrica ao que acontece en materia de control de concentracións, tampouco a sentenza do Tribunal Constitucional e a Lei de Coordinación atribúen ás Comunidades Autónomas competencias executivas en materia de control de axudas públicas. Non obstante, a Lei 15/2007 prevé de forma expresa a posibilidade de que os órganos competentes das CCAA poidan elaborar informes sobre as axudas públicas concedidas polas administracións autonómicas ou locais no seu respectivo ámbito territorial. Os órganos autonómicos deben remitir estes informes á CNC para a súa incorporación ao informe anual.

Para comprender o verdadeiro alcance desta disposición e das facultades que concede ás Comunidades Autónomas débense ter en conta tres circunstancias aparentemente contraditorias:

- O propio apartado 5 do artigo 11 da LDC establece de forma expresa que os órganos das CCAA poderán elaborar os seus informes aos efectos previstos no apartado 1 do artigo 11, é dicir, para analizar os criterios de concesión das axudas públicas en relación cos seus posibles efectos sobre o mantemento da competencia efectiva co fin de: emitir informes sobre os réximes de axudas ou de dirixir propostas ás Administracións Públicas. Aparentemente, este artigo confire aos órganos das CCAA as mesmas facultades que o artigo 11 confire á CNC.
- O apartado 5, tras referirse ás competencias dos órganos autonómicos establece que estas se entenderán sen prexuízo das funcións neste ámbito da CNC.
- A exposición de motivos da Lei refírese á "posible participación complementaria dos órganos competentes das Comunidades Autónomas mediante a emisión de informes con respecto ás axudas que concedan as Administracións autonómicas e locais no ámbito territorial da súa competencia".

Resulta evidente que as competencias previstas no artigo 11 corresponden sempre á CNC, mesmo naqueles casos nos que a axuda sexa concedida por Administracións autonómicas e locais no ámbito territorial da súa competencia. Agora ben, só nestes casos os órganos competentes das Comunidades Autónomas poderán complementar a actuación da CNC emitindo os seus propios informes sobre os efectos que a axuda ten para o mantemento da competencia efectiva.

Este réxime, a pesar das súas limitacións, supón unha nova competencia para os órganos galegos de defensa da competencia. Ata agora, a Lei Galega facultadba ao TGDC para elaborar informes facultativos e non vinculantes sobre os proxectos de concesión a axudas a empresas. En cambio o artigo 11 LDC refírese á elaboración de informes sobre axudas xa concedidas. En consecuencia, entendemos que agora o Tribunal Galego mantén as dúas competencias: a que lle atribúe a súa propia Lei e a do novo artigo 11 da LDC. A este respecto non nos ofrece ningunha dúbida que os informes previstos polo artigo 11 LDC debe

realizalos o Tribunal e non o Servizo, por simple coherencia co establecido no apartado i) do artigo 3 da Lei 6/2004 reguladora dos Órganos de Defensa da Competencia da Comunidade Autónoma de Galicia.

Un dos aspectos máis relevantes do novo réxime de axudas públicas visto dende a perspectiva das CCAA é que agora estas van recibir máis información sobre as operacións que lles afectan, con independencia de que decidan ou non facer o informe tal e como se establece no artículo 11.3 da LDC.

A nova regulación das axudas públicas non vai obrigar á Comunidade de Galicia a realizar un cambio normativo para adaptarse xa que a facultade de realizar informes sobre os proxectos de axuda se atopa na Lei galega e a de emitir informes sobre axudas xa concedidas atopa ben delimitada na Lei 15/2007, sen que sexa necesaria unha reforma legal que estableza que esta competencia é do Tribunal e non do Servizo.

### **III.- Sobre a posible atribución ao Tribunal e ao Servizo Galego de Defensa da Competencia das novas funcións que a LDC asigna á Comisión Nacional de Competencia**

#### **1. - Consideracións preliminares.**

A Lei 15/2007 atribúe unha serie de competencias de novo cuño á Comisión Nacional de Competencia. Para determinar se estas funcións se entenden tamén asignadas aos órganos autonómicos hai que dar resposta a unha pregunta previa formulada en termos xerais: ¿enténdense transferidas aos órganos autonómicos todas as competencias que a LDC atribúe á Comisión Nacional de Competencia ou só aquelas nas que a Lei así establéceo expresamente?.

A resposta depende do tipo de competencia de que se trate.

- As novas competencias da CNC relacionadas coa aplicación dos artigos 1, 2 e 3 da LDC débense entender transferidas aos correspondentes órganos autonómicos, aínda que a Lei non estableza nada ao respecto. Esta interpretación, que se apoia na Disposición Adicional Oitava da propia Lei 15/2007 ten a súa orixe no contido da Sentenza do Tribunal Constitucional e na Lei 1/2002 do 21 de febreiro "de coordinación das competencias do Estado e as Comunidades Autónomas en materia de defensa da competencia". Calquera interpretación contraria a que propoñemos sería contraria ao marco competencial creado pola Sentenza e pola Lei de Coordinación.

- As restantes competencias atribuídas á Comisión Nacional de Competencia só se entenderán transferidas aos órganos autonómicos cando a Lei o estableza de forma expresa. Esta opinión fundaméntase nunha interpretación literal, auténtica e lóxica da Lei 15/2007. Interpretación literal porque se apoia no tenor literal exacto dos correspondentes preceptos. A interpretación auténtica é a que busca a intención do lexislador. Se nalgúns casos, cando o lexislador quixo deixar claro que unha competencia da CNC tamén corresponde aos órganos autonómicos o di de forma expresa, hai que entender que naquelas competencias nas que non se fai mención aos órganos autonómicos é porque non se lles atribúen.

En este apartado referirémonos unicamente a aquelas novas funcións que a LDC atribúe á Comisión Nacional de Competencia distintas das estritamente relacionadas coas de instrución e resolución respecto ás prácticas prohibidas, control de concentracións e axudas públicas. É dicir as funcións que en certo modo poderían considerarse como complementarias.

## 2. - Función de arbitraje

A LDC no seu artigo 24.f) atribúe á CNC a función de arbitraje, tanto de

dereito coma de equidade para resolver os litixios que lle formulen os operadores económicos en aplicación da Lei 60/2003, do 23 de decembro, de Arbitraje. Este precepto contén a repetidamente utilizada expresión "sen prexuízo das competencias que correspondan aos órganos competentes das Comunidades Autónomas nos seus ámbitos respectivos". Na nosa opinión, esta expresión non supón unha atribución directa da función aos órganos competentes das Comunidades Autónomas senón un simple recoñecemento de que poden ostentala no caso de que así establézoa a súa propia normativa. É dicir o artigo 24.f) contempla unha repartición competencial entre a CNC e os órganos autonómicos que asumiran funcións de arbitraje.

Esta interpretación formúlanos a dúbida de acerca de se a CNC debería remitir aos órganos autonómicos competentes aquelas arbitaxes que aínda que formulados á CNC impliquen a operadores económicos e prácticas de mercado de ámbito exclusivamente autonómico.

A Lei Galega no artigo 3.3, g) atribúe ao TGDC a posibilidade de "realizar ás funcións de arbitraje, tanto de dereito coma de equidade, que lle encomenden ás leis". Este precepto contén unha diferenza de gran transcendencia coa norma estatal. Mentres que a primeira se refire ás funcións de arbitraje encomendadas polas leis, a segunda refírese ás que lle encomenden os operadores económicos en aplicación da Lei de Arbitraje. Resulta pouco operativa a redacción da Lei galega xa que non hai normas que atribúan a función de arbitraje ao TGDC. Ademais, o máis normal, tendo en conta a finalidade da arbitraje como medio de resolución de conflitos é que sexan os operadores económicos os que decidan acudir a el.

De acordo co art. 10 da Lei 36/1988 de arbitraje, poden desempeñar funcións de arbitraje as corporacións de dereito público que estean autorizadas a iso polas súas normas reguladoras. A doutrina entende sen ningún xénero de dúbidas que baixo a expresión "corporacións de dereito público" debe entenderse incluída a Administración pública en toda a súa extensión, tanto a estatal como a autonómica,

local e institucional. Neste sentido entendemos razoable defender que a interpretación conxunta dos artigos 10 da Lei de arbitraje, 24.f) da LDC e 3.3 da Lei Galega permite ao TGDC, en canto organismo público habilitado para iso pola súa propia normativa, realizar funcións de arbitraje cando así solicíteno operadores económicos de acordo co previsto na Lei 36/1988, do 5 de decembro de arbitraje. Desta forma o artigo 3.3 g) da Lei galega dotaríase dun contido do que, ata agora, carece e o TGDC podería asumir verdadeiras funcións de arbitraje sen ter que modificar a norma autonómica neste punto.

### 3. - Funcións consultivas

#### a) Informes sobre grandes superficies comerciais.

O artigo 25 b) da LDC establece a competencia da Comisión Nacional de Competencia para informar sobre a apertura de grandes establecementos comerciais cando a súa instalación poida alterar a competencia nun ámbito supraautonómico ou no conxunto do mercado nacional. Esta competencia é perfectamente compatible coa recollida no artigo 31.3 da LGDC. Dende un punto de vista práctico a única novidade que isto leva consigo é que cada vez que o Tribunal Galego informe sobre a apertura dun grande establecemento comercial debería informar diso a Comisión Nacional de Competencia facendo constar nesta información que a apertura do establecemento só vai ter repercusións a nivel autonómico, algo que, salvo contadas excepcións, será o habitual.

No caso de que a CNC entenda que a apertura dun grande establecemento comercial en territorio da Comunidade de Galicia puidese afectar á competencia nun ámbito supraautonómico, e decide informar sobre este, iso non quere dicir que o Tribunal Galego de Defensa da Competencia non poida á vez emitir o seu informe.

b) Outras funcións consultivas

O artigo 25 da LDC baixo o título doutras "funcións consultivas" atribúe á CNC a condición de "órgano consultivo sobre cuestións relativas á defensa da competencia". Así mesmo, o art. 25 establece as institucións que poderán solicitar a emisión dun informe por parte da CNC así como as cuestións sobre as que este pode versar.

Nada impide que o Tribunal Galego de Defensa da Competencia poida asumir funcións consultivas en termos similares aos contidos no artigo 25 da LDC. Para iso é necesario que a función apareza regulada na súa normativa propia. A realidade, non obstante, é que a Lei Galega, no seu artigo 3.3 recolle as funcións consultivas do TGDC dunha forma moi limitada. Para recoñecer unha función consultiva ampla, contemplada en termos xenéricos e cunha ampla lexitimación activa para solicitar a emisión de informes resulta imprescindible modificar a Lei Galega de forma que incorpore unha redacción similar á do artigo 25 LDC.

Neste sentido entendemos que en comunidades como Galicia, nas que falta unha cultura de competencia e na que, hai un descoñecemento xeneralizado das normas de Competencia mesmo entre sectores empresariais, El TGDC podería desempeñar un labor de gran relevancia desenvolvendo unha función consultiva entendida en termos amplos. Sen dúbida, estas funcións consultivas facilitarían a presenza do Tribunal na armazón social e empresarial de Galicia. É por iso que sería conveniente unha reforma da Lei para desenvolver a dimensión do TGDC como órgano consultivo.

#### 4. - Función de promoción da competencia

A LDC outorga unha grande importancia a función de promoción da

competencia efectiva nos mercados en liña co que está a acontecer noutros Estados do noso ámbito nos que a función de promoción ou "advocacy" adquire cada vez un maior protagonismo. O novo artigo 26 da LDC permite á CNC realizar funcións de promoción da competencia nos termos máis amplos xa que, aínda que a norma se refire a seis actividades concretas, non o fai con carácter exhaustivo polo que a CNC pode acudir a outras vías que considere convenientes. Ao igual que acontecía coas funcións anteriores, a LDC contémplaa só para a CNC polo que os órganos autonómicos só poderán desempeñalas na medida en que así prevéxao a súa propia normativa autonómica. Tamén como acontecía no caso anterior, estamos ante unha función que pode e debe ser desenvolvida polo Tribunal Galego. O problema reside en que a Lei Galega recolle esta competencia de forma moito máis restritiva que a Lei de Defensa da Competencia, polo que resulta imprescindible acudir a unha modificación normativa se se considera conveniente que o TGDC asuma as funcións de promoción da competencia en termos similares aos previstos na LDC para a Comisión Nacional de Competencia.

Ao igual que acontecía coa función consultiva, o labor de "advocacy" resulta primordial en comunidades como Galicia, nas que a cultura da competencia é escasa. Ademais é un labor que debe dar contido á actividade do Tribunal nos seus primeiros anos de vida, nos que inevitablemente, o número de expedientes será escaso.

##### 5. - Función de Harmonización e coordinación

Mentres que a coordinación da CNC cos órganos autonómicos competentes se levará a cabo de acordo co disposto na Lei 1/2002 do 21 de febreiro de coordinación das competencias do Estado coas Comunidades Autónomas en materia de defensa da competencia, a LDC establece que, en relación coa cooperación cos órganos xurisdicionais e a coordinación cos

reguladores sectoriais, os órganos de defensa da competencia das Comunidades Autónomas habilitarán os mecanismos de información e comunicación de actuacións solicitudes e informes previstos nos artigos 16 e 17 LDC.

No caso de Galicia, a modificación normativa neste campo resulta imprescindible por dúas razóns. A primeira é que hai que crear os mecanismos aos que se refiren os artigos 16 e 17 da LDC. En segundo lugar, como a LDC refírese en xeral aos "órganos autonómicos", a norma autonómica debe asignar cada un dos deberes de información e comunicación de actuacións ben ao Tribunal ou ben ao Servizo Galego de Defensa dá Competencia.

#### 6. - Función de representación internacional

O art. 26.3 da LDC establece que a CNC será o órgano de apoio do Ministerio de Economía e Facenda na representación de España no ámbito internacional en materia de competencia. Atopámonos aquí ante unha competencia que non pode ser asumida polos órganos autonómicos nos termos previstos pola LDC xa que se refire ao apoio ao Ministerio de Economía e Facenda na representación de España.

Cuestión diferente é a participación dos órganos autonómicos en diversos foros internacionais. Entendemos que esta participación, que non resulta incompatible co establecido no art. 26.3 LDC en relación coa CNC, poden seguir desenvolvéndoas sen necesidade de proceder a ningún cambio normativo, con independencia de que se poida introducir algún mecanismo de coordinación coa CNC en relación cos asuntos de natureza internacional.

En consecuencia, se os órganos autonómicos están interesados en asumir algunha

das competencias que a Lei 15/2007 atribúe só á Comisión Nacional de Competencia, é a súa propia normativa autonómica a que llas/llelas ten que atribuír sempre e cando a asunción destas funcións ou competencias non sexa contraria ao marco competencial que en materia de defensa da competencia crean a Sentenza do Tribunal Constitucional e a citada Lei de Coordinación.

#### **IV.- Problemas derivados do novo modelo institucional**

##### **1. - Formulación xeral**

Sen dúbida, o cambio máis transcendental que introduce a Lei 15/2007 no sistema estatal de defensa da competencia é o paso a un sistema de órgano único independente que se ocupa tanto da instrución coma da resolución dos expedientes. Ata a entrada en vigor da Lei 15/2007, o sistema español de defensa da competencia caracterizábase pola repartición de funcións entre dous órganos diferentes: o mal chamado "Tribunal de Defensa da Competencia, un organismo independente encargado fundamentalmente da resolución dos expedientes e o Servizo de Defensa da Competencia, un organismo incardinado na estrutura orgánica do Ministerio de Economía e sometido ao principio de xerarquía que se ocupaba, entre outras funcións, da instrución dos expedientes.

A principal crítica que sufriu este sistema é que a dependencia do órgano instrutor dun Ministerio restaba independencia ao Tribunal, xa que este só podía resolver o instruído polo Servizo e este último tiña que instruír os expedientes seguindo, se é o caso, as instrucións do seu superior xerárquico. Por outro lado, sempre foi unánime entre a doutrina especializada a idea de que o nome "Tribunal de Defensa da Competencia" constituía un erro que daba lugar a non poucas confusións, pois aínda que a súa denominación non o dese a entender, se trataba dun órgano con funcións estritamente administrativas. O nome "Tribunal", a pesar de ser unha

reliquia histórica procedente da Lei de Prácticas Restritivas da Competencia de 1963 e de non ter parangón no Dereito comparado, no que se fala de "oficina" (office of Fair Trading, Bundeskartellamt, "Comisión" (Federal Trade Commission), "Autoridade" (Autorita Garante da Concorrenza), ou "Consello" (Conseil de la Concorrence, Conselho dá Concorrência), só por poñer algúns exemplos, se mantivo ata a Lei 15/2007.

Entendemos que a desaparición destes dous órganos para dar lugar ao nacemento da "Comisión Nacional de Competencia" supón un paso adiante na liña das máis modernas tendencias do Dereito comparado. Non obstante o novo sistema institucional formula un importante interrogante sobre algúns órganos autonómicos pois, hai que plantexarse se os novos procedementos e funcións contidos na Lei 15/2007 e pensados para un órgano único resultan operativos en sistemas que, como o galego, separan o órgano de instrución do de resolución, sendo este último o único independente.

Só cando os órganos autonómicos comecen a aplicar os procedementos da nova LDC poderanse apreciar en toda a súa dimensión os verdadeiros problemas para unha correcta adaptación. Non obstante, xa se poden anticipar algunhas das dificultades con que se van atopar. Non é obxecto deste informe determinar qué sistema é mellor. A nosa pretensión é valorar se resulta máis sinxelo e económico dende o punto de vista lexislativo modificar a normativa galega existente para adaptar o contido da LDC a un sistema dual ou se, pola contra, resulta máis conveniente reformar de forma global a Lei galega para pasar a un sistema de órgano único.

O Anteproxecto de Lei reguladora dos órganos de defensa da competencia da Comunidade Autónoma de Galicia elaborado no Instituto de Dereito Industrial da Universidade de Santiago de Compostela, que constitúe a primeira fonte da Lei 6/2004 do 12 de xullo propoñía a creación do "Consello Galego de Defensa dá

Competencia", un organismo único, autónomo e independente estruturado de tal forma que puidese manter separadas a instrución e a resolución dos expedientes. Non obstante, na Lei 6/2004 abandonou esta proposta para reproducir con grande exactitude o modelo estatal, chegando o mimetismo coa lexislación do Estado ata o extremo de copiar os nomes dos organismos estatais, incluída a xa por entón denostada denominación de "Tribunal". Como punto de partida, entendemos que a mesma ratio lexislativa que levou ao lexislador galego a reproducir nos órganos estatais na norma autonómica xustificaría agora a modificación ou mesmo a elaboración dunha nova Lei Galega. Hai que ter en conta que as razóns de coherencia lexislativa coa normativa estatal e a maior facilidade para a súa aplicación a nivel autonómico que xustificaron a adopción en Galicia dun sistema dual con órganos simétricos aos entón existentes a nivel estatal xustificarian agora a evolución do sistema galego cara á creación dun organismo único. Máis aínda se temos en conta que a recomendable separación entre as funcións de instrución e resolución é perfectamente posible tal e como nos ensinou o dereito comparado e recoñeceu o lexislador na Lei 15/2007.

2. - problemas concretos que crea a existencia de diferentes modelos institucionais.

A convivencia de dous modelos institucionais diferentes formula, basicamente, 2 tipos de problemas: o primeiro tipo e, o máis grave, refírese a aquelas competencias ou funcións que foron atribuídas á Comisión Nacional de Competencia e que esta pode cumprir pola súa natureza de órgano único e independente, pero a asunción da cal e cumprimento nos termos previstos na LDC resulta imposible ou moi difícil naquelas CCAA que, como Galicia, manteñen o modelo baseado na coexistencia de dous órganos diferentes, un órgano independente de resolución e un órgano instructor incardinado e sometido á xerarquía dunha Consellería. O segundo tipo refírese a aquelas funcións que aínda que atribuídas expresamente á CNC e

deseñadas para un sistema de órgano único poden ser desempeñadas polo Tribunal e o Servizo sempre e cando se realice unha nova asignación de funcións de cada un deles.

a) Funcións que non poden ser desempeñadas polos órganos de defensa da competencia que seguen un modelo institucional dual.

Posiblemente, o exemplo máis significativo atópese no art. 13.2 da LDC. De acordo con este artigo, "os órganos competentes das Comunidades Autónomas están lexitimados para impugnar ante a xurisdición competente actos das Administracións Públicas autonómicas ou locais do seu territorio suxeitos ao Dereito Administrativo e disposicións xerais de rango inferior á lei dos que se deriven obstáculos ao mantemento dunha competencia efectiva nos mercados".

O cumprimento desta función de indubidable interese para o mantemento da competencia efectiva nos mercados só é posible naqueles sistemas nos que a instrución dos expedientes e restantes procedementos referentes á aplicación da LDC se fan por organismos independente da Administración. No caso concreto de Galicia, o exercicio desta competencia requiriría que o Servizo Galego de Defensa dá Competencia actuase en contra da Administración da que depende e, posiblemente, en contra das instrucións do seu superior xerárquico. E aínda máis grave resulta o feito de que a impugnación ante a xurisdición competente debería realizala o letrado da "Consellería de Economía e facenda", da que depende o Servizo, co que se daría a circunstancia de que un letrado de Administración sería responsable de impugnación ante os tribunais de acto de propia Administración a que pertence.

b) Funcións que requiren dunha nova repartición de competencias entre o TGDC e o SGDC.

Na maior parte dos casos, as funcións atribuídas á CNC poden ser asumidas por os órganos autonómicos aínda que o modelo institucional sexa diferente. Non

obstante hai que ter en conta que poden xurdir dificultades xa que os procedementos están deseñados para o seu desenvolvemento nun órgano único. Por outro lado é necesaria unha nova repartición de competencias entre o órgano instrutor e o encargado da resolución dos expedientes.

A nova repartición de competencias, en principio, non require unha reforma da Lei sempre e cando se trate de competencias novas derivadas da LDC, pois resulta posible fundamentalo na interpretación da Lei. Cuestión distinta é a daquelas funcións que están na Lei galega e que, agora, á luz do novo sistema interesa cambiar. Un exemplo disto é o informe que a Dirección de Investigación pode solicitar aos órganos autonómicos nos casos de control de concentracións. Como xa se viu neste informe, no caso de Galicia, a Lei Galega establece que corresponde ao Servizo Galego de Defensa dá Competencia a elaboración deste informe. Non obstante, dado o novo réxime creado pola Lei 15/2007 entendemos que sería máis axustado a dereito que o fixese o Tribunal. Non obstante, ao estar a competencia recollida na Lei Galega é necesario modificar esta sen que se poida xustificar en razóns interpretativas o cambio dunha competencia prevista nunha Lei.