



Instituto de Derecho Industrial

Estudio sobre las nuevas funciones asignadas a los órganos autonómicos de defensa de la competencia por la nueva Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia: aspectos sustantivos.

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

INDICE

I.- Introducción

II.- Análisis de las principales modificaciones sustantivas contenidas en la LDC y sus posibles repercusiones para los órganos gallegos de defensa de la competencia

1.-) En relación con las prácticas restrictivas de la competencia

1.1.- Consideraciones preliminares

1.2.- Principales modificaciones en el régimen sustantivo

1.3.- Principales consecuencias de la aplicación del nuevo régimen de los artículos 1, 2 y 3 LDC por los órganos gallegos de defensa de la competencia

1.4.- ¿Establece la Ley 15/2007 nuevos criterios interpretativos relativos a la aplicación de las disposiciones relativas a las prácticas restrictivas de la competencia?

2.-) En relación con el control de concentraciones

3.-) En relación con las ayudas públicas

III.- Sobre la posible atribución al Tribunal y al Servicio Gallego de Defensa de la Competencia de las nuevas funciones que la LDC asigna a la Comisión nacional de Competencia

- 1.- Consideraciones preliminares.
- 2.- Función de arbitraje
- 3.- Funciones consultivas
- 4.- Función de promoción de la competencia
- 5.- Función de armonización y coordinación
- 6.- Función de representación internacional

IV.- Problemas derivados del nuevo modelo institucional contenido en la LDC

- 1.- Planteamiento general
- 2.- Problemas concretos que plantea la coexistencia de diversos modelos institucionales

I.- Introducción

La exposición de motivos de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia establece que “la presente Ley tiene por objeto la reforma del sistema español de defensa de la competencia para reforzar los mecanismos ya existentes y dotarlo de los instrumentos y la estructura institucional óptima para proteger la competencia efectiva en los mercados, teniendo en cuenta el nuevo sistema normativo comunitario y las competencias de las Comunidades Autónomas para la aplicación de las disposiciones relativas a las prácticas restrictivas de la competencia 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”. Si bien la anterior Ley 16/1989, de 7 de julio, de Defensa de la Competencia era una norma relativamente moderna, recientemente se produjeron dos circunstancias de gran relevancia que vinieron a revolucionar la aplicación del Derecho de la competencia y que esta Ley no tenía en cuenta. Nos referimos al nuevo sistema comunitario de aplicación de las normas de competencia y, en especial, a la asunción de competencias por parte de las Comunidades Autónomas para la aplicación de las disposiciones relativas a las prácticas restrictivas de la competencia. Aunque, tal y como expresamente se afirma en su exposición de motivos, la Ley 15/2007 se elabora teniendo en cuenta esta nueva realidad por lo que contiene importantes mejoras y aporta soluciones a muchos de los problemas que se venían planteando hasta la fecha, la realidad es que la nueva Ley, por el importante calado de la reforma que introduce, plantea infinidad de dificultades por lo que respecta a su aplicación por los órganos autonómicos de defensa de la competencia.

El presente informe se divide en tres partes: en la primera se analizan los principales cambios sustantivos contenidos en la Ley y sus posibles repercusiones

para los órganos gallegos de defensa de la competencia; en la segunda parte se hace referencia a las nuevas funciones que la Ley de Defensa de la Competencia atribuye a la Comisión Nacional de Competencia con el fin de valorar si resultan trasladables a los órganos gallegos; finalmente, en la tercera parte, se abordan los problemas específicos que se derivan del nuevo modelo institucional.

II.- Análisis de las principales modificaciones sustantivas contenidas en la LDC y sus posibles repercusiones para los órganos gallegos de defensa de la competencia.

1.-) En relación con las prácticas restrictivas de la competencia.

1.1.- Consideraciones preliminares

Antes de entrar en un análisis de las modificaciones sustantivas contenidas en la Ley en esta materia se debe partir de dos premisas fundamentales:

- La primera es que las circunstancias que originan la reforma determinan que los grandes cambios contenidos en la Ley sean fundamentalmente procedimentales y, sobre todo, institucionales. En este sentido hay que tener en cuenta que el contenido estrictamente sustantivo de la Ley 16/1989 en relación con las conductas prohibidas seguía de forma bastante fiel la redacción de los artículos 81 y 82 del Tratado, por lo que el margen para la reforma era escaso. Aún así, la nueva Ley de Defensa de la Competencia contiene algunas novedades de cierta importancia en el plano sustantivo.

- La segunda es que como establece la Sentencia del Tribunal Constitucional 208/1999 de 11 de noviembre y recoge la Ley 1/2002 de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, corresponde a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas las competencias de ejecución de las disposiciones relativas a las prácticas restrictivas de la competencia cuando éstas puedan afectar a la competencia únicamente en el ámbito de la Comunidad Autónoma sin afectar al conjunto del mercado nacional. Por esta razón entendemos, sin ningún género de duda, que todas las modificaciones introducidas en la nueva Ley en relación con la regulación de las prácticas prohibidas afectan de forma directa a los órganos autonómicos que estarán encargados de aplicarlas. Así, la regla general en relación con los artículos 1, 2 y 3 de la LDC es que los órganos autonómicos pueden aplicar la Ley en iguales términos y con las mismas competencias que la Comisión Nacional de Competencia. Así parece recogerlo el artículo 13 de la Ley y su Disposición Adicional cuando establece que todas las referencias contenidas en la Ley de Defensa de la Competencia a la Comisión nacional de Competencia y a sus órganos de dirección relativas a funciones, potestades administrativas y procedimientos referentes a la aplicación ejecutiva de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley se entienden también realizados a los órganos de instrucción y resolución correspondientes de las CCAA con competencias en la materia.

En consecuencia, en relación con los artículos 1, 2 y 3 el problema no se encuentra tanto en determinar qué funciones se entienden atribuidas por la LDC a los órganos correspondientes de las CCAA sino, en el caso de Galicia, en cómo se reparten entre el Tribunal Galego de Defensa da Competencia y el Servicio Galego de Defensa da Competencia las funciones que la LDC atribuye a la Comisión Nacional de Competencia.

1.2.- Principales modificaciones en el régimen sustantivo.

La nueva Ley dedica su Título primero que lleva por título “de la defensa de la competencia” a la regulación de las cuestiones estrictamente sustantivas. En su capítulo primero relativo a las conductas prohibidas se mantiene la prohibición de las conductas colusorias (art. 1), del abuso de posición dominante (art. 2) y del falseamiento de la libre competencia por actos desleales (art. 3).

En relación con las conductas prohibidas, la Ley 15/2007 contiene 6 novedades sustanciales:

1.- Se prevé la posibilidad de que la norma sea aplicada por los órganos jurisdiccionales. De acuerdo con la LDC y la modificación que ésta introduce en la Ley de Enjuiciamiento Civil, tanto la Comisión nacional de Competencia como los órganos autonómicos podrán intervenir en los procedimientos tanto en labores de asistencia e información a solicitud de los órganos jurisdiccionales como presentando observaciones por su propia iniciativa (art. 16 LDC y Disp Adicional 2ª que introduce un nuevo artículo 15 bis en la Ley de Enjuiciamiento Civil). Esta segunda posibilidad supone la introducción en el Derecho de la competencia de la institución típicamente anglosajona del “amicus curiae”. Hay que hacer constar que el artículo 16 de la LDC sólo atribuye esta facultad a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas en relación a cuestiones relativas a la aplicación por los Tribunales de los artículos 1 y 2 de la LDC, dejando fuera, sin aparente justificación el artículo 3. De acuerdo con la figura del “amicus curiae” los órganos de competencia deberán presentar observaciones en un proceso cuando entiendan que con ellas tutelan un interés público que está en juego a pesar de que el procedimiento es de índole privada.

2.- Se pasa de un régimen de autorización singular a un sistema de exención legal igual al establecido en el Derecho Comunitario. De acuerdo con el nuevo

sistema, la Ley excluye automáticamente de la prohibición general del artículo primero los acuerdos que cumplen los requisitos previstos en el apartado segundo. A partir de ahora, la concurrencia de éstos habrá de ser evaluada por las propias empresas, si bien con el fin de reforzar su seguridad jurídica y a pesar de que la remisión a las normas comunitarias es consustancial a la práctica de defensa de la competencia en España, la ley se refiere expresamente al papel de los Reglamentos comunitarios de exención legal en el ámbito nacional. También se mantiene la posibilidad de que el Gobierno apruebe este tipo de exenciones para aquellos acuerdos que no afecten al comercio entre Estados miembros.

3.- Por lo que respecta al artículo segundo de la Ley, el legislador, afortunadamente, ha eliminado la referencia específica al abuso de una situación de dependencia económica. Esta conducta, más propia de la Ley de Competencia desleal que de la de Defensa de la Competencia, no tiene parangón en el ordenamiento antitrust Comunitario y su aplicación ha sido escasa y polémica, sin que la doctrina haya encontrado razones que justificasen su inclusión en el artículo segundo de la Ley.

4.- Aunque la Ley 15/2007 mantiene el falseamiento de la libre competencia por actos desleales, el actual art. 3 establece ahora: “La Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas conocerán en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público”.

Según la Exposición de Motivos, la modificación pretende aclarar la 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”. La nueva tipificación del falseamiento de la libre competencia por actos de competencia desleal permite intervenir a la Comisión o a los Tribunales Autonómicos sin necesidad de justificar la gravedad del falseamiento, lo que probablemente no contribuya a facilitar los numerosos problemas planteados hasta la fecha por la aplicación de la norma.

5.- Otra novedad importante de la Ley 15/2007 es que extiende a todas las conductas prohibidas (y no sólo, como hasta ahora, a las colusorias) la exención aplicable a las que resulten de la aplicación de una norma con rango de Ley (art. 4).

6.- Finalmente, también la regla “de mínimis”, antes limitada a las prácticas colusorias se extiende a los abusos de posición dominante. El artículo 5 se refiere a estas conductas como aquellas “que por su menor importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia”. En nuestra opinión no va a resultar fácil para los órganos competentes la aplicación de la regla “de mínimis” a los casos en los que la práctica restrictiva sea un abuso de posición de dominio. La Ley prevé que mediante Reglamento “se determinarán los criterios para la delimitación de las conductas de menor importancia atendiendo, entre otros, a la cuota de mercado”. Ahora bien, ¿cuándo una cuota de mercado será lo suficientemente alta como para que la empresa que la ostenta tenga posición dominante y a la vez lo suficientemente baja como para que se aplique la regla “de mínimis”?

Aunque el artículo 5 de la LDC extiende el régimen de los acuerdos de menor importancia también a la prohibición del falseamiento de la libre

competencia por actos desleales, entendemos que la redacción del artículo tercero, al incluir como parte del ilícito el que la conducta afecte al interés público hace prácticamente incompatible esta prohibición con la regla “de minimis”.

1.3.- Consecuencias de la aplicación del nuevo régimen de los artículos 1, 2 y 3 por los órganos gallegos de defensa de la competencia.

Corresponde a los órganos de defensa de la competencia de Galicia aplicar de forma directa los artículos 1, 2 y 3 de la LDC con todos los cambios sustantivos anteriormente reseñados. Además, entendemos que el TGDC y el SGDC asumen, de forma automática, las nuevas competencias que la LDC atribuye a la Comisión Nacional de Competencia en relación con la aplicación de estos tres artículos.

En este sentido, las consecuencias más reseñables son las siguientes:

- Los órganos gallegos de defensa de la competencia pueden ahora intervenir ante los Tribunales de justicia en procedimientos privados, ya sea para proporcionar información y asistir al Tribunal, en los casos en que éste así lo solicite como para presentar observaciones por propia iniciativa en defensa del interés público. Al tratarse de una competencia completamente nueva, atribuida en bloque a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas y no existir en la normativa gallega ninguna previsión en este sentido, se hace imprescindible determinar qué órgano va a asumirla. Mientras que la información y asistencia al Tribunal puede desempeñarla tanto el Tribunal como el Servicio y dependerá en gran medida de la solicitud que realice el Tribunal, la intervención como “amicus curiae” en defensa del interés público debería asumirla el Tribunal, en cuanto que la intervención implica una decisión previa sobre la posible afectación del interés público.

- Tal y como señala la Disposición Adicional Octava de la LDC, los órganos autonómicos asumirán en los mismos términos las nuevas competencias atribuidas a la CNC cuya función es hacer más efectiva su función de control de las conductas prohibidas contempladas en los artículos 1, 2 y 3 de la LDC. Estas nuevas competencias, que la LDC atribuye a la CNC como órgano único, deberán ser asignadas en el caso de Galicia al Tribunal o al Servicio Gallego de Defensa de la Competencia. Las principales novedades en este terreno son:
 - a) El otorgamiento de mayores facultades a la CNC para recabar información, realizar inspecciones y vigilar el cumplimiento de las Leyes (arts. 39, 40 y 41 LDC).
 - b) La flexibilización del régimen de terminación convencional (art. 52 LDC).
 - c) La posibilidad de imponer condiciones estructurales en las resoluciones (art. 53 LDC).
 - d) La posibilidad de imponer medidas cautelares en cualquier momento del procedimiento y sin plazo máximo de duración (art. 54 LDC).
 - e) La introducción de un sistema de clemencia (arts. 65 y 66 LDC)
 - f) Mejora y flexibilización del régimen sancionador.

1.4.- ¿Establece la Ley 15/2007 nuevos criterios interpretativos relativos a la aplicación de las disposiciones relativas a las prácticas restrictivas de la competencia?

Para finalizar con las prácticas restrictivas, la exposición de motivos de la Ley introduce de forma muy sutil un criterio interpretativo que, sin lugar a dudas deberá ser tenido en cuenta tanto por la Comisión Nacional de Competencia como por los órganos autonómicos a la hora de aplicar las disposiciones relativas a las

prácticas restrictivas de la competencia. Así, se afirma en la Exposición de Motivos de la Ley que “ La existencia de una competencia efectiva entre las empresas constituye uno de los elementos definitorios de la economía de mercado, disciplina la actuación de las empresas y reasigna los recursos productivos en favor de los operadores o las técnicas más eficientes. Esta eficiencia productiva se traslada al consumidor en la forma de menores precios o de un aumento de la cantidad ofrecida de los productos, de su variedad y calidad, con el consiguiente incremento del bienestar del conjunto de la sociedad”. De esta forma, adquiere carta de naturaleza en el derecho español de la competencia una interpretación de naturaleza económica, tradicional en el Derecho Antitrust de los Estados Unidos y cada vez más aceptada en el Derecho Comunitario, que tiende a identificar la restricción de la competencia con la limitación de la oferta y la consecuente elevación de los precios. Esta concepción, en línea con los más recientes avances del Derecho Comunitario como por ejemplo, el Documento de la Dirección General de Competencia sobre la aplicación del artículo 82 a los abusos exclusionarios, que otorga gran importancia al análisis económico y prescinde cada vez más de las connotaciones voluntaristas, tan tradicionales en nuestro Derecho de defensa de la competencia.

En los últimos años se puede constatar en el Derecho Comunitario de la Competencia una importante evolución metodológica que ha implicado el abandono de criterios formales a favor de un análisis basado en los efectos a la hora de evaluar la legalidad de una determinada conducta. Así, los Tribunales tienen más en cuenta las consecuencias que la conducta puede tener en el caso concreto, que su encuadre exacto en las características previstas en la norma (Korah, Gerber). Evidentemente este nuevo enfoque se apoya más en el análisis económico que en el razonamiento de base teleológica.

Al encontrarse esta pauta interpretativa en la exposición de motivos de la Ley de Defensa de la Competencia entendemos que, sin ningún género de dudas, deberá ser tenida en cuenta por la Comisión Nacional de Competencia a la hora de aplicar

los artículos 1, 2 y 3 de la Ley, ahora bien, cabe preguntarse en qué medida afecta también a los órganos autonómicos. Los órganos autonómicos de defensa de la competencia no están obligados a seguir en sus resoluciones los mismos criterios interpretativos que haya mantenido la Comisión Nacional de Competencia, sin embargo, en este caso nos encontramos ante un criterio interpretativo de carácter general contenido en la Ley. Si corresponde a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas aplicar determinados artículos de la Ley de Defensa de la Competencia en relación con las conductas que se producen y despliegan sus efectos en su ámbito territorial deben tener en cuenta la concepción de libre competencia cuya defensa constituye el objeto de la Ley.

2.-) En relación con el control de concentraciones.

La LDC dedica su capítulo segundo (arts. 7 a 10) a la regulación de los aspectos sustantivos del control de concentraciones. Aunque la Sentencia del Tribunal Constitucional y la Ley de Coordinación no atribuyen a las Comunidades Autónomas competencias directas en relación con el control de concentraciones, el artículo 58 de la Ley establece que la Dirección General de Investigación solicitará informe preceptivo no vinculante a la Comunidad Autónoma que resulte afectada por una concentración que incida de forma significativa en su territorio.

Como las CCAA carecen de competencias de ejecución en esta materia, nos limitaremos a reseñar de forma breve las principales modificaciones de naturaleza sustantiva contenidas en la Ley 15/2007. El capítulo segundo de la Ley se refiere al concepto de concentración como el acaecimiento de un cambio estable en la estructura de control de una empresa con independencia de que se produzca como consecuencia de: a) La fusión de dos o más empresas anteriormente independientes, o b) La adquisición por una empresa del control sobre la totalidad o parte de una o varias empresas. c) La creación de una empresa en participación y, en general, la

adquisición del control conjunto sobre una o varias empresas, cuando éstas desempeñen de forma permanente las funciones de una entidad económica autónoma (art. 7). Con relación a su ámbito de aplicación, la Ley 15/2007 modifica los umbrales de concentración al establecer que el procedimiento de control se aplicará a las concentraciones económicas cuando concurra al menos una de las dos circunstancias siguientes: a) Que como consecuencia de la concentración se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al 30 por ciento del mercado relevante de producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo. b) Que el volumen de negocios global en España del conjunto de los partícipes supere en el último ejercicio contable la cantidad de 240 millones de euros, siempre que al menos dos de los partícipes realicen individualmente en España un volumen de negocios superior a 60 millones de euros (art. 8).

Aunque se mantiene el régimen de notificación obligatoria con efecto suspensivo, éste se flexibiliza al prever la Ley el posible levantamiento de la suspensión de la ejecución, subordinado en su caso al cumplimiento de determinadas condiciones y obligaciones (art. 9).

La nueva Ley supone un avance notable en relación con los criterios de valoración sustantiva que deberán tenerse en cuenta a la hora de autorizar o prohibir una determinada concentración económica ya que, el artículo diez separa claramente los criterios que deben guiar la toma de decisiones por parte de la Comisión Nacional de la Competencia, criterios que se centran en el mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados, de aquellos en los que podrá basarse la intervención del Gobierno, más relacionados con la protección del interés general de la sociedad.

Por lo que respecta a las Comunidades Autónomas, el art. 58 de la Ley dispone que la Dirección General de Investigación solicitará informe preceptivo no vinculante a la Comunidad Autónoma que resulte afectada por una concentración que

incida de forma significativa en su territorio. Este informe que sólo se solicitará cuando se considere que la concentración puede obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva en todo o en parte del mercado nacional, deberá ser emitido en el plazo de veinte días.

La LDC no especifica a que organismo de la correspondiente Comunidad Autónoma se le solicita el informe. Sin embargo, la cuestión está resuelta en la Ley 3/2004 reguladora dos Órganos de Defensa da Competencia da Comunidade Autónoma de Galicia pues su artículo 3, referente a las funciones del Tribunal Gallego de Defensa da Competencia establece, como una de las funciones del Tribunal, “emitir informe nos procedementos de control das operacións de concentración económica regulados na Ley de defensa da competencia cando así o solicite o Tribunal de Defensa da Competencia da Administración Xeral do Estado”.

El nuevo marco institucional contenido en la Ley 15/2007 y la forma en que este afecta a la regulación del control de concentraciones nos lleva a plantearnos si es adecuada la atribución al Tribunal Gallego de Defensa de la Competencia del deber de realizar este informe o si, por el contrario, no se debería modificar la Ley gallega para asignar la función al Servicio. La decisión que se adopte va a depender de la forma en que se valoren tres circunstancias:

- La primera es que quien “ordena” realizar el informe preceptivo es la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de Competencia. En la concepción del legislador gallego, tenía que ser el Tribunal Gallego quien elaborase el informe solicitado por el Tribunal del Estado. Sin embargo ahora se produce un cambio importante al ser la dirección de investigación quien solicita el informe y, aunque ahora esta división forma parte de la CNC, desde un punto de vista funcional podría equipararse al antiguo Servicio de Defensa de la Competencia. Así, parece que desde un punto de vista de simple correlación funcional y jerárquica, es más

lógico que la dirección de investigación solicite la elaboración de un informe preceptivo al Servicio Galego de Defensa da Competencia.

- La segunda hace referencia al plazo. El plazo del que se dispone es realmente breve, pues veinte días es poco tiempo para realizar un informe de esta naturaleza. Mas aún si tenemos en cuenta que el organismo autonómico va a recibir la notificación de la concentración con toda la información relevante en el mismo momento en que se solicita el informe con lo cual, aunque prevea que va a tener que realizar ese informe, en ningún caso puede comenzar antes su elaboración. En este sentido entendemos que por su naturaleza y estructura interna, sobre todo, por no ser un órgano colegiado, el Servicio Galego de Defensa da Competencia podría resultar más ágil para emitir un informe en tan breve plazo.
- Finalmente, se debe tener en cuenta el hecho de que el tribunal Gallego actúa con total soberanía en las decisiones que afectan al territorio de la Comunidad Autónoma de Galicia y, esas decisiones ponen fin a la vía administrativa, por lo que sólo pueden ser recurridas en vía contencioso-administrativa. Aunque este es un tema que merece un estudio más profundo desde el punto de vista del Derecho Administrativo y depende en gran medida de la naturaleza y contenido del informe, el hecho de que la Comisión Nacional de Competencia pueda autorizar o prohibir una concentración que incida significativamente en el territorio de la Comunidad de Galicia en contra del informe emitido por el Tribunal Gallego podría plantear algunos problemas. Problemas que desaparecen si quien hace el informe es el Servicio.

Entendemos que la conveniencia de cambiar el organismo encargado de elaborar el informe preceptivo en materia de control de concentraciones no justifica por sí misma una reforma legal, pero si la reforma se produce, este es uno de los temas que se deberían modificar. Mientras no se produzca la reforma y sea el TGDC el

encargado de emitir el informe se debería aprobar algún mecanismo interno para garantizar que el informe se elabora en el plazo previsto por la LDC. También se debería adoptar algún acuerdo interno acerca del contenido del informe dejando claro que en el mismo el Tribunal se pronunciará acerca de los efectos de la concentración en el territorio de la Comunidad Autónoma, pero sin pronunciarse de forma expresa a favor o en contra de la misma.

3.-) En relación con las ayudas públicas.

De forma simétrica a lo que ocurre en materia de control de concentraciones, tampoco la sentencia del Tribunal Constitucional y la Ley de Coordinación atribuyen a las Comunidades Autónomas competencias ejecutivas en materia de control de ayudas públicas. Sin embargo, la Ley 15/2007 prevé de forma expresa la posibilidad de que los órganos competentes de las CCAA puedan elaborar informes sobre las ayudas públicas concedidas por las administraciones autonómicas o locales en su respectivo ámbito territorial. Los órganos autonómicos deben remitir estos informes a la CNC para su incorporación al informe anual.

Para comprender el verdadero alcance de esta disposición y de las facultades que concede a las Comunidades Autónomas se deben tener en cuenta tres circunstancias aparentemente contradictorias:

- El propio apartado 5 del artículo 11 de la LDC establece de forma expresa que los órganos de las CCAA podrán elaborar sus informes a los efectos previstos en el apartado 1 del artículo 11, es decir, para analizar los criterios de concesión de las ayudas públicas en relación con sus posibles efectos sobre el mantenimiento de la competencia efectiva con el fin de: emitir informes sobre los regímenes de

ayudas o de dirigir propuestas a las Administraciones Públicas. Aparentemente, este artículo confiere a los órganos de las CCAA las mismas facultades que el artículo 11 confiere a la CNC.

- El apartado 5, tras referirse a las competencias de los órganos autonómicos establece que éstas se entenderán sin perjuicio de las funciones en este ámbito de la CNC.
- La exposición de motivos de la Ley se refiere a la “posible participación complementaria de los órganos competentes de las Comunidades Autónomas mediante la emisión de informes con respecto a las ayudas que concedan las Administraciones autonómicas y locales en el ámbito territorial de su competencia”.

Resulta evidente que las competencias previstas en el artículo 11 corresponden siempre a la CNC , incluso en aquellos casos en los que la ayuda sea concedida por Administraciones autonómicas y locales en el ámbito territorial de su competencia. Ahora bien, sólo en estos casos los órganos competentes de las Comunidades Autónomas podrán complementar la actuación de la CNC emitiendo sus propios informes sobre los efectos que la ayuda tiene para el mantenimiento de la competencia efectiva.

Este régimen, a pesar de sus limitaciones, supone una nueva competencia para los órganos gallegos de defensa de la competencia. Hasta ahora, la Ley Gallega facultada al TGDC para elaborar informes facultativos y no vinculantes sobre los proyectos de concesión a ayudas a empresas. En cambio el artículo 11 LDC se refiere a la elaboración de informes sobre ayudas ya concedidas. En consecuencia, entendemos que ahora el Tribunal Gallego mantiene las dos competencias: la que le atribuye su propia Ley y la del nuevo artículo 11 de la LDC. A este respecto no nos ofrece ninguna duda que los informes previstos por el artículo 11 LDC debe realizarlos el Tribunal y no el Servicio, por simple coherencia con lo establecido en el apartado i) del artículo 3 de la Ley 6/2004

reguladora de los Órganos de Defensa de la Competencia de la Comunidad Autónoma de Galicia.

Uno de los aspectos más relevantes del nuevo régimen de ayudas públicas visto desde la perspectiva de las CCAA es que ahora éstas van a recibir más información sobre las operaciones que les afectan, con independencia de que decidan o no hacer el informe tal y como se establece en el artículo 11.3 de la LDC.

La nueva regulación de las ayudas públicas no va a obligar a la Comunidad de Galicia a realizar un cambio normativo para adaptarse ya que la facultad de realizar informes sobre los proyectos de ayuda se encuentra en la Ley gallega y la de emitir informes sobre ayudas ya concedidas se encuentra bien delimitada en la Ley 15/2007, sin que sea necesaria una reforma legal que establezca que esta competencia es del Tribunal y no del Servicio.

III.- Sobre la posible atribución al Tribunal y al Servicio Gallego de Defensa de la Competencia de las nuevas funciones que la LDC asigna a la Comisión Nacional de Competencia

1.- Consideraciones preliminares.

La Ley 15/2007 atribuye una serie de competencias de nuevo cuño a la Comisión Nacional de Competencia. Para determinar si estas funciones se entienden también asignadas a los órganos autonómicos hay que dar respuesta a una pregunta previa planteada en términos generales: ¿se entienden transferidas a los órganos autonómicos todas las competencias que la LDC atribuye a la Comisión Nacional de Competencia o sólo aquellas en las que la Ley así lo establece expresamente?.

La respuesta depende del tipo de competencia de que se trate.

- Las nuevas competencias de la CNC relacionadas con la aplicación de los artículos 1, 2 y 3 de la LDC se deben entender transferidas a los correspondientes órganos autonómicos, aunque la Ley no establezca nada al respecto. Esta interpretación, que se apoya en la Disposición Adicional Octava de la propia Ley 15/2007 tiene su origen en el contenido de la Sentencia del Tribunal Constitucional y 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”. Cualquier interpretación contraria la que proponemos sería contraria al marco competencial creado por la Sentencia y por la Ley de Coordinación.
- Las restantes competencias atribuidas a la Comisión Nacional de Competencia sólo se entenderán transferidas a los órganos autonómicos cuando la Ley lo establezca de forma expresa. Esta opinión se fundamenta en una interpretación literal, auténtica y lógica de la Ley 15/2007. Interpretación literal porque se apoya en el tenor literal exacto de los correspondientes preceptos. La interpretación auténtica es la que busca la intención del legislador. Si en algunos casos, cuando el legislador ha querido dejar claro que una competencia de la CNC también corresponde a los órganos autonómicos lo dice de forma expresa, hay que entender que en aquellas competencias en las que no se hace mención a los órganos autonómicos es porque no se les atribuyen.

En este apartado nos referiremos únicamente a aquellas nuevas funciones que la LDC atribuye a la Comisión Nacional de Competencia distintas de las estrictamente relacionadas con las de instrucción y resolución respecto a las

prácticas prohibidas, control de concentraciones y ayudas públicas. Es decir las funciones que en cierto modo podrían considerarse como complementarias.

2.- Función de arbitraje

La LDC en su artículo 24.f) atribuye a la CNC la función de arbitraje, tanto de derecho como de equidad para resolver los litigios que le planteen los operadores económicos en aplicación de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. Este precepto contiene la repetidamente utilizada expresión “sin perjuicio de las competencias que correspondan a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas en sus ámbitos respectivos”. En nuestra opinión, esta expresión no supone una atribución directa de la función a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas sino un simple reconocimiento de que pueden ostentarla en el caso de que así lo establezca su propia normativa. Es decir el artículo 24.f) contempla un reparto competencial entre la CNC y los órganos autonómicos que hayan asumido funciones de arbitraje.

Esta interpretación nos plantea la duda de acerca de si la CNC debería remitir a los órganos autonómicos competentes aquellos arbitrajes que aunque planteados a la CNC impliquen a operadores económicos y prácticas de mercado de ámbito exclusivamente autonómico.

La Ley Gallega en el artículo 3.3, g) atribuye al TGDC la posibilidad de “realizar as funcions de arbitrase, tanto de dereito coma de equidade, que lle encomenden as leis”. Este precepto contiene una diferencia de gran trascendencia con la norma estatal. Mientras que la primera se refiere a las funciones de arbitraje encomendadas por las leyes, la segunda se refiere a las que le encomienden los operadores económicos en aplicación de la Ley de Arbitraje. Resulta poco operativa la redacción de la Ley gallega ya que no hay normas que atribuyan la función de arbitraje al TGDC. Además, lo más normal, teniendo en cuenta la finalidad del

arbitraje como medio de resolución de conflictos es que sean los operadores económicos quienes decidan acudir a él.

De acuerdo con el art. 10 la Ley 36/1988 de arbitraje, pueden desempeñar funciones de arbitraje las corporaciones de derecho público que estén autorizadas a ello por sus normas reguladoras. La doctrina entiende sin ningún género de dudas que bajo la expresión “corporaciones de derecho público” debe entenderse incluida la Administración pública en toda su extensión, tanto la estatal como la autonómica, local e institucional. En este sentido entendemos razonable defender que la interpretación conjunta de los artículos 10 de la Ley de arbitraje, 24.f) de la LDC y 3.3 de la Ley Gallega permite al TGDC, en cuanto organismo público habilitado para ello por su propia normativa, realizar funciones de arbitraje cuando así lo soliciten operadores económicos de acuerdo con lo previsto en la Ley 36/1988, de 5 de diciembre de arbitraje. De esta forma el artículo 3.3 g) de la Ley gallega se dotaría de un contenido del que, hasta ahora, carece y el TGDC podría asumir verdaderas funciones de arbitraje sin tener que modificar la norma autonómica en este punto.

3.- Funciones consultivas

a) Informes sobre grandes superficies comerciales.

El artículo 25 b) de la LDC establece la competencia de la Comisión Nacional de Competencia para informar sobre la apertura de grandes establecimientos comerciales cuando su instalación pueda alterar la competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional. Esta competencia es perfectamente compatible con la recogida en el artículo 31.3 de la LGDC. Desde un punto de vista práctico la única novedad que esto conlleva es que cada vez que el Tribunal Gallego informe sobre la apertura de un gran establecimiento comercial debería informar de ello a la Comisión Nacional de

Competencia haciendo constar en esta información que la apertura del establecimiento sólo va a tener repercusiones a nivel autonómico, algo que, salvo contadas excepciones, será lo habitual.

En el caso de que la CNMC entienda que la apertura de un gran establecimiento comercial en territorio de la Comunidad de Galicia pudiera afectar a la competencia en un ámbito supraautonómico, y decide informar sobre el mismo, ello no quiere decir que el Tribunal Gallego de Defensa de la Competencia no pueda a la vez emitir su informe.

b) Otras funciones consultivas

El artículo 25 de la LDC bajo el título de “otras funciones consultivas” atribuye a la CNC la condición de “órgano consultivo sobre cuestiones relativas a la defensa de la competencia”. Asimismo, el art. 25 establece las instituciones que podrán solicitar la emisión de un informe por parte de la CNC así como las cuestiones sobre las que éste puede versar.

Nada impide que el Tribunal Gallego de Defensa de la Competencia pueda asumir funciones consultivas en términos similares a los contenidos en el artículo 25 de la LDC. Para ello es necesario que la función aparezca regulada en su normativa propia. La realidad, sin embargo, es que la Ley Gallega, en su artículo 3.3 recoge las funciones consultivas del TGDC de una forma muy limitada. Para reconocer una función consultiva amplia, contemplada en términos genéricos y con una amplia legitimación activa para solicitar la emisión de informes resulta imprescindible modificar la Ley Gallega de forma que incorpore una redacción similar a la del artículo 25 LDC.

En este sentido entendemos que en comunidades como Galicia, en las que falta una cultura de competencia y en la que, hay un desconocimiento generalizado

de las normas de Competencia, incluso entre sectores empresariales, El TGDC podría desempeñar una labor de gran relevancia desarrollando una función consultiva entendida en términos amplios. Sin duda, estas funciones consultivas facilitarían la presencia del Tribunal en el entramado social y empresarial de Galicia. Es por ello que sería conveniente una reforma de la Ley para desarrollar la dimensión del TGDC como órgano consultivo.

4.- Función de promoción de la competencia

La LDC otorga una gran importancia a función de promoción de la competencia efectiva en los mercados en línea con lo que está ocurriendo en otros Estados de nuestro entorno en los que la función de promoción o “advocacy” adquiere cada vez un mayor protagonismo. El nuevo artículo 26 de la LDC permite a la CNC realizar funciones de promoción de la competencia en los términos más amplios ya que, aunque la norma se refiere a seis actividades concretas, no lo hace con carácter exhaustivo por lo que la CNC puede acudir a otras vías que estime convenientes. Al igual que ocurría con las funciones anteriores, la LDC las contempla sólo para la CNC por lo que los órganos autonómicos sólo podrán desempeñarlas en la medida en que así lo prevea su propia normativa autonómica. También como ocurría en el caso anterior, estamos ante una función que puede y debe ser desarrollada por el Tribunal Gallego. El problema reside en que la Ley Gallega recoge esta competencia de forma mucho más restrictiva que la Ley de Defensa de la Competencia, por lo que resulta imprescindible acudir a una modificación normativa si se considera conveniente que el TGDC asuma las funciones de promoción de la competencia en términos similares a los previstos en la LDC para la Comisión Nacional de Competencia.

Al igual que ocurría con la función consultiva, la labor de “advocacy” resulta primordial en comunidades como Galicia, en las que la cultura de la competencia es escasa. Además es una labor que debe dar contenido a la

actividad del Tribunal en sus primeros años de vida, en los que inevitablemente, el número de expedientes será escaso.

5.- Función de Armonización y coordinación

Mientras que la coordinación de la CNC con los órganos autonómicos competentes se llevará a cabo de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 1/2002 de 21 de febrero de coordinación de las competencias del Estado con las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia, la LDC establece que, en relación con la cooperación con los órganos jurisdiccionales y la coordinación con los reguladores sectoriales, los órganos de defensa de la competencia de las Comunidades Autónomas habilitarán los mecanismos de información y comunicación de actuaciones solicitudes e informes previstos en los artículos 16 y 17 LDC.

En el caso de Galicia, la modificación normativa en este campo resulta imprescindible por dos razones. La primera es que hay que crear los mecanismos a los que se refieren los artículos 16 y 17 de la LDC. En segundo lugar, como la LDC se refiere en general a los “órganos autonómicos”, la norma autonómica debe asignar cada uno de los deberes de información y comunicación de actuaciones bien al Tribunal o bien al Servicio Galego de Defensa da Competencia.

6.- Función de representación internacional

El art. 26.3 de la LDC establece que la CNC será el órgano de apoyo del Ministerio de Economía y Hacienda en la representación de España en el ámbito internacional en materia de competencia. Nos encontramos aquí ante una competencia que no puede ser asumida por los órganos autonómicos en los

términos previstos por la LDC ya que se refiere al apoyo al Ministerio de Economía y Hacienda en la representación de España.

Cuestión diferente es la participación de los órganos autonómicos en diversos foros internacionales. Entendemos que esta participación, que no resulta incompatible con lo establecido en el art. 26.3 LDC en relación con la CNC, pueden seguir desarrollándola sin necesidad de proceder a ningún cambio normativo, con independencia de que se pueda introducir algún mecanismo de coordinación con la CNC en relación con los asuntos de naturaleza internacional.

En consecuencia, si los órganos autonómicos están interesados en asumir alguna de las competencias que la Ley 15/2007 atribuye sólo a la Comisión Nacional de Competencia, es su propia normativa autonómica la que se las tiene que atribuir siempre y cuando la asunción de estas funciones o competencias no sea contraria al marco competencial que en materia de defensa de la competencia crean la Sentencia del Tribunal Constitucional y la citada Ley de Coordinación.

IV.- Problemas derivados del nuevo modelo institucional

1.- Planteamiento general

Sin duda, el cambio más trascendental que introduce la Ley 15/2007 en el sistema estatal de defensa de la competencia es el paso a un sistema de órgano único independiente que se ocupa tanto de la instrucción como de la resolución de los expedientes. Hasta la entrada en vigor de la Ley 15/2007, el sistema español de defensa de la competencia se caracterizaba por el reparto de funciones entre dos órganos diferentes: el mal llamado “Tribunal de Defensa de la Competencia, un organismo independiente encargado fundamentalmente de la resolución de los

expedientes y el Servicio de Defensa de la Competencia, un organismo incardinado en la estructura orgánica del Ministerio de Economía y sometido al principio de jerarquía que se ocupaba, entre otras funciones, de la instrucción de los expedientes.

La principal crítica que sufrió este sistema es que la dependencia del órgano instructor de un Ministerio restaba independencia al Tribunal, ya que éste sólo podía resolver lo instruido por el Servicio y este último tenía que instruir los expedientes siguiendo, en su caso, las instrucciones de su superior jerárquico. Por otro lado, siempre ha sido unánime entre la doctrina especializada la idea de que el nombre “Tribunal de Defensa de la Competencia” constituía un error que daba lugar a no pocas confusiones, pues aunque su denominación no lo diese a entender, se trataba de un órgano con funciones estrictamente administrativas. El nombre “Tribunal”, a pesar de ser una reliquia histórica procedente de la Ley de Prácticas Restrictivas de la Competencia de 1963 y de no tener parangón en el Derecho comparado, en el que se habla de “oficina” (office of Fair Trading, Bundeskartellamt), “Comisión” (Federal Trade Commission), “Autoridad” (Autorita Garante de la Concorrenza), o “Consejo” (Conseil de la Concorrenza, Conselho da Concorrência), sólo por poner algunos ejemplos, se ha mantenido hasta la Ley 15/2007.

Entendemos que la desaparición de estos dos órganos para dar lugar al nacimiento de la “Comisión Nacional de Competencia” supone un paso adelante en la línea de las más modernas tendencias del Derecho comparado. Sin embargo el nuevo sistema institucional plantea un importante interrogante sobre algunos órganos autonómicos pues, hay que plantearse si los nuevos procedimientos y funciones contenidos en la Ley 15/2007 y pensados para un órgano único resultan operativos en sistemas que, como el gallego, separan el órgano de instrucción del de resolución, siendo este último el único independiente.

Sólo cuando los órganos autonómicos comiencen a aplicar los procedimientos de la nueva LDC se podrán apreciar en toda su dimensión los verdaderos problemas

para una correcta adaptación. Sin embargo, ya se pueden anticipar algunas de las dificultades con que se van a encontrar. No es objeto de este informe determinar qué sistema es mejor. Nuestra pretensión es valorar si resulta más sencillo y económico desde el punto de vista legislativo modificar la normativa gallega existente para adaptar el contenido de la LDC a un sistema dual o si, por el contrario, resulta más conveniente reformar de forma global la Ley gallega para pasar a un sistema de órgano único.

El Anteproyecto de Ley reguladora de los órganos de defensa de la competencia de la Comunidad Autónoma de Galicia elaborado en el Instituto de Derecho Industrial de la Universidad de Santiago de Compostela, que constituye la primera fuente de la Ley 6/2004 de 12 de julio proponía la creación del “Consello Galego de Defensa da Competencia”, un organismo único, autónomo e independiente estructurado de tal forma que pudiese mantener separadas la instrucción y la resolución de los expedientes. Sin embargo, en la Ley 6/2004 abandonó esta propuesta para reproducir con gran exactitud el modelo estatal, llegando el mimetismo con la legislación del Estado hasta el extremo de copiar los nombres de los organismos estatales, incluida la ya por entonces denostada denominación de “Tribunal”. Como punto de partida, entendemos que la misma ratio legislativa que llevó al legislador gallego a reproducir en los órganos estatales en la norma autonómica justificaría ahora la modificación o incluso la elaboración de una nueva Ley Gallega. Hay que tener en cuenta que las razones de coherencia legislativa con la normativa estatal y la mayor facilidad para su aplicación a nivel autonómico que justificaron la adopción en Galicia de un sistema dual con órganos simétricos a los entonces existentes a nivel estatal justificarían ahora la evolución del sistema gallego hacia la creación de un organismo único. Más aún si tenemos en cuenta que la recomendable separación entre las funciones de instrucción y resolución es perfectamente posible tal y como nos ha enseñado el derecho comparado y ha reconocido el legislador en la Ley 15/2007.

2.- problemas concretos que crea la existencia de diferentes modelos institucionales.

La convivencia de dos modelos institucionales diferentes plantea, básicamente, 2 tipos de problemas: el primer tipo y, el más grave, se refiere a aquellas competencias o funciones que han sido atribuidas a la Comisión Nacional de Competencia y que ésta puede cumplir por su naturaleza de órgano único e independiente, pero cuya asunción y cumplimiento en los términos previstos en la LDC resulta imposible o muy difícil en aquellas CCAA que, como Galicia, mantienen el modelo basado en la coexistencia de dos órganos diferentes, un órgano independiente de resolución y un órgano instructor incardinado y sometido a la jerarquía de una Consellería. El segundo tipo se refiere a aquellas funciones que aunque atribuidas expresamente a la CNC y diseñadas para un sistema de órgano único, pueden ser desempeñadas por el Tribunal y el Servicio siempre y cuando se realice una nueva asignación de funciones de cada uno de ellos.

- a) Funciones que no pueden ser desempeñadas por los órganos de defensa de la competencia que siguen un modelo institucional dual.

Posiblemente, el ejemplo más significativo se encuentre en el art. 13.2 de la LDC. De acuerdo con este artículo, “los órganos competentes de las Comunidades Autónomas están legitimados para impugnar ante la jurisdicción competente actos de las Administraciones Públicas autonómicas o locales de su territorio sujetos al Derecho Administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados”.

El cumplimiento de esta función de indudable interés para el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados sólo es posible en aquellos sistemas en

los que la instrucción de los expedientes y restantes procedimientos referentes a la aplicación de la LDC se hacen por organismos independiente de la Administración. En el caso concreto de Galicia, el ejercicio de esta competencia requeriría que el Servicio Galego de Defensa da Competencia actuase en contra de la Administración de la que depende y, posiblemente, en contra de las instrucciones de su superior jerárquico. Y todavía más grave resulta el hecho de que la impugnación ante la jurisdicción competente debería realizarla el letrado de la “Consellería de Economía e fachenda”, de la que depende el Servicio, con lo que se daría la circunstancia de que un letrado de la Administración sería responsable de la impugnación ante los tribunales de un acto de la propia Administración a la que pertenece.

- b) Funciones que requieren de un nuevo reparto de competencias entre el TGDC y el SGDC.

En la mayor parte de los casos, las funciones atribuidas a la CNC pueden ser asumidas por lo órganos autonómicos aunque el modelo institucional sea diferente. Sin embargo hay que tener en cuenta que pueden surgir dificultades ya que los procedimientos están diseñados para su desarrollo en un órgano único. Por otro lado es necesario un nuevo reparto de competencias entre el órgano instructor y el encargado de la resolución de los expedientes.

El nuevo reparto de competencias, en principio, no requiere una reforma de la Ley siempre y cuando se trate de competencias nuevas derivadas de la LDC, pues resulta posible fundamentarlo en la interpretación de la Ley. Cuestión distinta es la de aquellas funciones que están en la Ley gallega y que, ahora, a la luz del nuevo sistema interesa cambiar. Un ejemplo de esto es el informe que la Dirección de Investigación puede solicitar a los órganos autonómicos en los casos de control de concentraciones. Como ya se ha visto en este informe, en el caso de Galicia, la Ley Gallega establece que corresponde al Servicio Galego de Defensa da Competencia la elaboración de este informe. Sin embargo, dado el nuevo régimen creado por la Ley

15/2007 entendemos que sería más ajustado a derecho que lo hiciera el Tribunal. Sin embargo, al estar la competencia recogida en la Ley Gallega es necesario modificar ésta sin que se pueda justificar en razones interpretativas el cambio de una competencia prevista en una Ley.

Santiago a 28 de marzo de 2008

PROF. Dr. FRANCISCO HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ

INSTITUTO DE DERECHO INDUSTRIAL

UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA