

1. Introducción¹

En diciembre de 2011 se extinguió el Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid², en Julio de 2011 fue suprimido el Tribunal de Defensa de la Competencia de Castilla- La Mancha³. Ambas decisiones se han justificado como medidas de ahorro de las Comunidades Autónomas (CCAA) en el contexto actual de crisis económica. Es muy posible que en los próximos meses otras CCAA sigan la senda trazada por los gobiernos castellano-manchego y madrileño y eliminen sus respectivos órganos autonómicos de defensa de la competencia (podría ser el caso, al parecer, de Castilla-León⁴).

Otras CCAA, en cambio, han afirmado sin ambages su compromiso con el mantenimiento de sus autoridades autonómicas de defensa de la competencia (es el caso de Galicia⁵, Cataluña, el País Vasco, que recientemente las han reformado y actualizado o se hallan en vías de hacerlo). De hecho, alguna de estas últimas, incluso se podría plantear la exigencia de competencias adicionales en materia de control de concentraciones al amparo del pronunciamiento del Tribunal Constitucional en la sentencia del *Estatut* (STC 31/2010, de 28 de junio⁶).

Nos encontramos en un punto crítico en la descentralización de la aplicación administrativa de la defensa de la competencia en España, que aconseja reflexionar sobre la fundamentación y el desarrollo del proceso de asunción de competencias autonómicas en esta materia, evaluando sus perspectivas de futuro.

Es discutible que la supresión de algunas autoridades autonómicas de defensa de la competencia suponga un reconocimiento implícito de lo erróneo del fundamento y de la argumentación sobre la que se construyen las competencias autonómicas en materia de defensa de la competencia (*infra* §1). Es más claro, sin embargo, que la supresión prueba las erróneas estrategias y modelos seguidos por algunas CCAA en la creación, diseño y operación de sus respectivas autoridades autonómicas de competencia (*infra* §2). El sistema establecido para la asignación y reparto de asuntos en materia de defensa de la competencia genera una dinámica negativa, potencialmente conflictiva, que no ha facilitado la consolidación de las competencias autonómicas en materia de defensa de la competencia (*infra* §3). Adicionalmente, se suscitan dudas razonables sobre la dificultad de organizar autoridades expertas e independientes a nivel local para una aplicación de la legislación de defensa de la competencia libre de presiones (*infra* §4). Por todo ello, este artículo aboga por una reconducción del movimiento descentralizador de la aplicación administrativa de las normas de defensa de la competencia, que se limite a aquéllas actividades en las que las autoridades autonómicas puedan aportar un mayor valor al proceso de aplicación de las normas *antitrust* (*infra* §5).

¹ Se agradecen los comentarios recibidos y las observaciones y críticas que a una versión previa del trabajo han realizado Javier Berasategi Torices, Julio Costas Comesaña, Javier Guillén Caramés, Antonio Robles Martín-Laborda y Albert Sánchez Graells. Naturalmente, no les son achacables ni los eventuales errores ni las opiniones que en él puedan contenerse, de las que soy el único responsable.

² Artículo 9 (*Extinción del Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid*) de la Ley 6/2011 de la Comunidad de Madrid, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas (BOCM nº 309, 29.12.2011, 1027-1047).

³ Decreto 177/2011, de 14/07/2011, de supresión de los órganos de defensa de la competencia de Castilla-La Mancha (DOC-LM nº 138, 15.07.2011, pág. 26301).

⁴ Véase “Tres autonomías se plantean cerrar los Tribunales de Competencia”, EL PAÍS, 02.05.2011.

⁵ Véase, por ejemplo, “Galicia descarta suprimir su órgano de competencia tras rebajar su coste 30.000 euros”, FARO DE VIGO, 3 de mayo de 2011; “Arenas y Feijóo no respaldan la supresión de órganos de control que plantea Cospedal”, EL PÚBLICO, 22.06.2011.

⁶ Sentencia 31/2010 de 28 de junio de 2010 (r. de inconstitucionalidad 8045/2006. en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña), Ponente M^a Emilia Casas Bahamonde (BOE, Suplemento TC 172, 16.07.2010, 1-491). Sobre las posibles competencias autonómicas en materia de control de concentraciones, permítase la referencia a MARCOS (2011).

2. Las competencias autonómicas de defensa de la competencia

La STC 208/1999, de 11 de noviembre, reconoció las competencias de las CCAA para la aplicación de la legislación de defensa de la competencia en el ámbito autonómico⁷. Las competencias autonómicas se limitan a la aplicación de las normas sancionadoras de defensa de la competencia a aquellas conductas prohibidas que restrinjan o distorsionen la competencia en su respectivo territorio.

Desde 2001 diez CCAA han creado autoridades de defensa de la competencia (Cataluña, Galicia, Madrid, País Vasco, Extremadura, Aragón, Castilla León, Castilla-La Mancha, Valencia y Andalucía⁸), con diferente articulación y organización jurídica, que han asumido dichas competencias, aunque con actividades y rendimiento desiguales en la práctica. Aunque con carácter general puede afirmarse que las autoridades autonómicas de defensa de la competencia desempeñan su función en el sistema español de aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC⁹), en la práctica algunas de ellas se han visto limitadas en su operatividad y efectividad por el escaso compromiso y voluntad política que ha inspirado su creación y presidido su funcionamiento.

En el marco del Estado autonómico, y como ocurre en otros Estados descentralizados¹⁰, puede tener sentido el reconocimiento de ciertas competencias a las CCAA en la aplicación administrativa de la LDC. En efecto, la competencia autonómica está justificada en la medida que pueda contribuir a la reducción de costes de aplicación de la LDC y a una organización más eficiente de los recursos públicos destinados a la defensa de la competencia.

Como ocurre en otras materias, la mayor proximidad y mejor conocimiento de los mercados locales por los órganos y autoridades autonómicas es la principal ventaja que cabe extraer del reconocimiento de competencias autonómicas en materia de defensa de la competencia¹¹. La cercanía debería suponer un acceso más fácil a la información, una información de más calidad y una reacción más rápida y menos costosa de las autoridades¹². Simultáneamente, ello permitiría que la Comisión Nacional de Competencia (CNC) centrara sus esfuerzos en la persecución de cárteles y prácticas anticompetitivas más dañinas y que distorsionan la com-

⁷ Sentencia 208/1999, de 11 de noviembre (r. inconstitucionalidad 2009/1989 y 2027/1989, acumulados, contra Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la competencia) Pleno. ponente Tomas Vives Antón (BOE, Suplemento TC 300, 16.12.99, 46-59).

⁸ Murcia y Canarias han creado una unidad dentro de la Administración autonómica con competencias de instrucción, encargándose a la CNC la resolución de los procedimientos sancionadores que se incoen, a través de distintos convenios bilaterales celebrados entre la CNC y los respectivos Gobiernos autonómicos con arreglo al artículo 4 de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia (BOE 46, 22.02.2002, 7148-7153) [véanse Decreto murciano 13/2004, de 13 de febrero (BORM 43, 21.02.2004, 3847-3848) y Decreto canario 118/2006, de 1 de agosto, del Servicio de Defensa de la Competencia, (BOC 160, 17.08.2006, 17791-18368)]. Sobre el sistema murciano, críticamente, LÓPEZ BENÍTEZ (2005: 144-145).

⁹ Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE 159, 04.07.2007, 28848-28872). Es difícil valorar cuantitativamente la relevancia de las actuaciones de las autoridades autonómicas de defensa de la competencia, aunque el dato de en 2010 supusieron ya cinco veces los expedientes incoados por la CNC debería considerarse bastante indicativo, véase CNC (2012: 3; 2010: 8-9; 2008: 3-6) y CRUCELEGUI (2008: 112). En cambio, para ILLESCAS (2009:150) “el trabajo para ellas no ha sido excesivo –o no se ha querido hacerlo”, aunque él preveía un aumento en el número de expedientes. Ciertamente la cifra de expedientes conduce a sobrevalorar la relevancia de las autoridades autonómicas, pero la de las multas impuestas por ellas la infravaloraría (pues son pocas y normalmente de reducido importe las sanciones de las autoridades autonómicas). La cuestión se ha discutido REDONDO (2011), quien sostenía que “si podemos afirmar sin temor a equivocarnos que la centralización de toda la función de defensa de la competencia en el órgano nacional sería mucho más eficiente”. En cambio, SANTALÓ (2011) concluía “no está claro que los tribunales autonómicos estén cumpliendo su función de una manera marcadamente inferior a como la hace la CNC”.

¹⁰ Véanse AMILS (2003: 64 y 69-71); BERASATEGI (2009); BUDZINSKI (2009), FIRST (2003), KERBER (2003) y KERBER & BUDZINSKI (2004A; 2004B).

¹¹ ALONSO & ROSELL (2003: 60) se refieren al “acercamiento físico de los órganos de defensa de la competencia a la distribución territorial de las empresas”. Esta circunstancia se subraya en el sistema estadounidense, en el que los Estados tienen competencia en materia antitrust: “Local impact is important to the extent that a state enforcement agency can more easily understand the market and more likely benefit state consumers”, FIRST (2001: 1036).

¹² AMILS (2003:78); CALKINS (2003:680); CONTRERAS (2005: 326); FRANCO (2006a: 227-228); GOMEZ LUCENA (2011:2); KERBER (2003:25-26) y LEMOS (2011:721). En cambio, para ESPITIA, ALONSO, BUESO & ROSELL (2006:113) la proximidad o cercanía física puede ser un factor poco relevante.

petencia a nivel nacional¹³. Además, la descentralización y multiplicación de autoridades administrativas encargadas de aplicar las normas puede introducir cierta competencia entre ellas, favoreciendo el aprendizaje mutuo y la innovación¹⁴.

Sin embargo, el ámbito de la descentralización de la aplicación de la legislación de defensa de la competencia en España deberá delimitarse en función de los costes de organización y coordinación de las diferentes autoridades, los costes de transacción para las empresas y de los beneficios esperados de sus actuaciones¹⁵. Finalmente, la inmediatez de las autoridades autonómicas puede ser también su principal lastre, pues podría facilitar la presión política y la captura de estos órganos por los intereses empresariales locales¹⁶.

Por tanto, la justificación de ciertas competencias autonómicas en materia de defensa de la competencia no ha supuesto necesariamente que los poderes autonómicos sean plenos o totales. Las competencias de las CCAA coexisten con las del Estado central. La intuitiva fórmula diseñada para esa coexistencia por el TC consiste en atribuir las competencias en función del ámbito territorial de afectación de las prácticas¹⁷. Este mecanismo, claramente inspirado en el Derecho comunitario, además de problemático, descarta otras alternativas plausibles¹⁸. Es problemático por la dificultad de deslindar competencias con arreglo a criterios poco claros y de manera excesivamente hermética. En el fondo, el sistema de asignación y reparto de asuntos diseñado por la Ley 1/2002 articula la relación entre la CNC y las autoridades autonómicas en términos potencialmente conflictivos (*infra* §3).

Además, y probablemente relacionado con la fundamentación de la competencia autonómica en la materia “comercio interior¹⁹”, la STC 208/1999 ignora la posibilidad de que el reparto de competencias entre el Estado y las CCAA en esta materia pudiera utilizar otras fórmulas y mecanismos que aprovecharan las ventajas de la intervención autonómica en la investigación e instrucción de los expedientes, pero eliminando los riesgos de la excesiva proximidad a las conductas y prácticas enjuiciadas, y aprovechando la mayor preparación técnica y experiencia de la CNC al concentrar en ella la resolución de todos los expedientes sancionadores (*infra* §5²⁰).

¹³ ALONSO & ROSELL (2003:60); BELANDO (200: 279) y FRANCO (2006A: 299).

¹⁴ COSTAS COMESAÑA (1998: 19-21), FIRST (2003: 1038); KERBER (2009: 35-36); KERBER & ECKARD (2007) y LEMOS (2011: 745 Y 756).

¹⁵ LEMOS (2011: 703) y QUINTANS (2009: 222). En principio, la centralización reduce los costes de información y transacción para las partes y los costes de organización y funcionamiento, KERBER (2003: 32). Adicionalmente, la inexperiencia y falta de preparación de las CCAA en esta materia genera costes y, eventualmente, podría conducir a decisiones de menor calidad que las adoptadas en un sistema centralizado, FIRST (2001: 1032); LANDE (1990: 1047 Y 1064); POSNER (2001: 282; 2002: 947 Y 941); STONE (1979: 577-578) y RILL & CHAMBERS (1996: 210-211).

¹⁶ Véanse JIMÉNEZ & CAMPOS (2004: 11-12 y 25); CAMPOS, JIMÉNEZ & PERDIGUERO (2004: 517-518), COSTAS COMESAÑA (2004: 44); MAGIDE (2000: 562); SORIANO (2002: 11 y 17). WOLFRAM & WEBER (2002: 8). Igualmente, YANES (2006:678), que parece consolarse con que la pluralidad de autoridades dificultará una captura simultánea de todas ellas. Este riesgo está presente en cualquier sistema de aplicación descentralizada de las normas de competencia, véanse BUDZINSKI (2003:48) y SOKOL (2010: 1074-1075). Con lo que, “[o]fficials of a central antitrust authority are more remote from the firms they have to control and may thus act in a more independent way, making them less vulnerable to regulatory capture”, VAN DEN BERGH & CAMESASCA (2006: 422).

¹⁷ La doctrina de los efectos como criterio de atribución jurisdiccional impera en el derecho de defensa de la competencia internacional y comparado, en el que tiene clara vocación extraterritorial, extendiendo la jurisdicción sobre conductas o prácticas lejanas o remotas que produzcan efectos en el territorio, aunque su efectividad puede ser reducida en la práctica por razones jurídico-procesales o políticas (si bien no excluye competencias concurrentes), véanse ARZOZ (2004A: 54-58) y AVENTÍN (2004: 164-165).

El Derecho alemán también atribuye la competencia en función de los efectos geográficos de las restricciones, BÖGE (2004: 111), aunque las reglas de reparto y su ejecución práctica conducen a la ausencia de conflictos competenciales entre las autoridades de los Länder y el Bundeskartellamt (113), también AVENTÍN (2004: 157 y 166).

¹⁸ Aunque es cierto que puede argumentarse que la STC 208/1999 cerraba bastante el sistema de reparto –CIENFUEGOS MATEO (2004:159), COSTAS (2004: 34) y REBOLLO (2005:88)– eran posibles fórmulas institucionales alternativas para el desarrollo de las distintas tareas que implica el reparto y ejercicio de las competencias en esta materia, como sugiere –aludiendo a otras competencias compartidas entre el Estado y las CCAA– PÉREZ RENOVALES (2000: 295-300). De hecho, no falta quien sugiere que un sistema de competencias concurrentes (no excluyentes), con primacía de la CNC para el análisis de los casos que estimara de mayor interés, habría sido preferible, RODRIGUEZ MÍGUEZ (2009: 70-71), reduciría la litigiosidad y la complejidad del sistema previsto en la Ley 1/2002.

¹⁹ Lo que ha sido criticado de manera casi unánime y con dureza por la doctrina: BELANDO (2000); BIGLINO (2000: 308-313); BRENES (2005: 289-290); COSTAS COMESAÑA (1999: 451); ECHEVARRÍA (2006: 204-205 y 207); GUILLÉN (2005:119-121 y 130-136); LAGUNA DE PAZ (2010:230); LÓPEZ BENÍTEZ (1999:124-126; 2005: 101);MAGIDE (2000:525); MÍGUEZ (2005: 167-168 y 290) y SORIANO (2002:11; 1998:234-241). Para la visión contraria, véanse CASES PALLARES (2002); MARTÍNEZ LAGE (2000: 4); TEJERA GIMENO (2008:233-239 y 250) y TORNOS (2000). En general, REBOLLO (2005: 71-72) considera “los razonamientos del TC se hallan en las profundidades del pensamiento y son por entero inaccesibles para inteligencias ordinarias”, ya que “[l]os caminos de la STC 208/1999 son a veces inescrutables y ello puede llevar a no comprender cómo descubrió las verdades recónditas que celosamente escondía el bloque de constitucionalidad” (id., 83).

²⁰ Ante “el despilfarro que supone la existencia de veinte órganos u organismos para realizar una tarea que hoy día parece soportar uno sólo”, MAGIDE (2000: