



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 8 5 / 2 0 0 8

(Pleno)

La Laguna, a 20 de mayo de 2008.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con el *Acuerdo adoptado por el Gobierno de Canarias, en sesión de 1 de abril de 2008, de interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (arts. 9 y 13), en cuanto no reconoce la competencia de la Comunidad Autónoma de Canarias respecto a las concentraciones económicas que se produzcan en el ámbito de esta Comunidad como mercado geográfico definido (EXP. 164/2008 RI)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias, por escrito de 10 de abril de 2008, solicita Dictamen, por el procedimiento ordinario, al amparo de los arts. 12.1 y 20.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con el Acuerdo de interposición de recurso de inconstitucionalidad respecto a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

El Consejo Consultivo de Canarias emite el presente Dictamen con carácter preceptivo, a tenor de lo dispuesto en el art. 11.1.C.a) de la Ley 5/2002. La solicitud viene acompañada del certificado (art. 50.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de este Consejo, aprobado por Decreto 181/2005, de 26 de julio) de los Acuerdos gubernativos, adoptados en sesión celebrada el día 1 de abril de 2008.

En su virtud, el Gobierno, tras deliberar, a iniciativa del Consejero de Medio Ambiente y Ordenación Territorial y a propuesta del Presidente, acuerda:

* PONENTE: Sr. Millán Hernández.

* VOTO PARTICULAR: Sres. Fajardo Spínola y Bosch Benítez.

1º) Que por la “Dirección General del Servicio Jurídico se interponga recurso de inconstitucionalidad” contra los arts. 9 y 13 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia”.

Si bien se trata más de la preparación y formalización del recurso por cuanto la interposición corresponde al órgano estatutario legitimado en este caso para hacerlo, que es el Gobierno [arts. 15.4 del Estatuto de Autonomía de Canarias (EAC) y 23 de la Ley 1/1983, de 14 de abril, del Gobierno y la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, en relación con el art. 32.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre (LOTC)].

2º) Solicitar simultáneamente Dictamen preceptivo a este Consejo respecto a tal interposición. (Simultaneidad que permiten los arts. 21 de la Ley 5/2002 y 9.3 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de este Consejo).

Consta así mismo en las actuaciones el informe de la Dirección General del Servicio Jurídico [art. 20.a) del Reglamento de Organización y Funcionamiento del mencionado Servicio, aprobado por Decreto 19/1992, de 7 de febrero, de 31 de marzo de 2008], por lo que la tramitación se ajusta a lo legalmente exigido para la emisión del Dictamen solicitado.

2. El art. 162.1.a) de la Constitución Española reconoce legitimación para interponer recurso de inconstitucionalidad a los órganos ejecutivos de las Comunidades Autónomas. Así mismo, el art. 32.2 LOTC atribuye legitimación para interponer recursos de inconstitucionalidad a los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas, previo acuerdo adoptado al efecto, si se trata de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley del Estado, que puedan afectar a su propio ámbito de autonomía.

Del mismo modo, la legitimación del Gobierno de Canarias para interponer recurso de inconstitucionalidad resulta de los arts. 15.4 EAC y 23 de la Ley 1/1983, de 14 de abril, del Gobierno y de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias.

El Gobierno de Canarias ha considerado que determinados preceptos de la Ley estatal 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, vulneran competencias de la Comunidad Autónoma, por lo que acuerda interponer recurso de inconstitucionalidad contra dicha Ley.

3. La Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, se publicó en el Boletín Oficial del Estado de 4 de julio de 2007. De conformidad con lo dispuesto en el

art. 33.1 LOTC, se dispone de un plazo de tres meses para interponer el recurso a contar desde la publicación de la Ley, disposición o acto con fuerza de Ley que se recurra. Ahora bien, conforme con el art. 33.2 LOTC el plazo de tres meses se amplía a nueve si se reúne la Comisión Bilateral de Cooperación, se adopta acuerdo sobre iniciación de negociaciones para resolver las discrepancias y dicho acuerdo es puesto en conocimiento del Tribunal Constitucional dentro de los tres meses siguientes a la publicación de la Ley.

En este caso, de conformidad con el citado art. 33.2 LOTC, la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Canarias se reunió el 28 de septiembre de 2007, iniciando negociaciones para resolver las discrepancias manifestadas sobre los arts. 6, 9, 11, 13, 23 y 24 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, lo que se comunicó al Tribunal Constitucional y se publicó, de conformidad con el art. 33.2 LOTC, en el BOC de 10 de octubre de 2007 y en el BOE de la misma fecha.

Las cuestiones afectadas corresponden sustancialmente, según lo señalado en el Acuerdo gubernativo antes citado, a la adecuada aplicación del sistema de distribución de competencias en relación con las declaraciones de inaplicabilidad de las disposiciones sobre conductas prohibidas y las concentraciones económicas, reservadas en ambos casos a la competencia del Estado, así como al régimen de comunicación e información de las ayudas públicas. El 28 de septiembre de 2007 la Comisión adoptó el acuerdo de iniciar estas negociaciones, concluidas mediante Acuerdo de 28 de marzo de 2008, que presenta el siguiente contenido:

La Administración General del Estado se compromete a interpretar el art. 6 de la Ley 15/2007 en el sentido de que las declaraciones de inaplicabilidad se adoptarán por la Comisión Nacional de la Competencia, previo informe del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, con carácter general y no referidas a casos singulares, para garantizar la aplicación coherente de las normas de competencia, quedando salvaguardada la capacidad de la Comunidad Autónoma para aplicar los arts. 1, 2 y 3 en cada caso concreto, en el ámbito de sus competencias en materia de defensa de la competencia.

b) Ambas partes constatan sus discrepancias en relación con los arts. 9 y 13 de la Ley 15/2007.

II

1. Se solicita Dictamen al Consejo Consultivo de Canarias sobre el Acuerdo de interposición de recurso de inconstitucionalidad respecto a los arts. 9 y 13 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

De conformidad con los términos de tal Acuerdo de interposición, estos preceptos son objetados en cuanto no reconocen competencia ejecutiva a la Comunidad Autónoma respecto al control de las concentraciones económicas que se produzcan en el ámbito de Canarias como mercado geográfico definido.

El art. 9 LDC establece el procedimiento de control de las concentraciones económicas, reservando al Estado, en términos absolutos, todas las funciones administrativas en la materia. Por su parte, el art. 13, en su apartado 1, LDC, al regular las competencias ejecutivas que competen a las Comunidades Autónomas en sus territorios, se circunscribe a los procedimientos que tengan por objeto los actos a los que se refieren los arts. 1, 2 y 3 de la propia Ley, con exclusión, por tanto, de las concentraciones económicas. De nuevo, el Estado se reserva todas las competencias en materia de control de las concentraciones económicas.

2. En 1957, el Tratado de Roma no contemplaba expresamente el control de las concentraciones económicas a las que, sin embargo, anteriormente, en 1952, el Tratado de la CECA (art. 66), aludía aunque limitado a los sectores del carbón y del acero.

En 1965, la Comisión remitió a los Gobiernos de los Estados miembros, un *memorandum* sobre la concentración en el mercado común.

La regulación comunitaria del control de las concentraciones económicas se plasma en 1989, entrando en vigor en 1990. El Reglamento 1310/1997 modifica al Reglamento 4064/1989 y, por último, el Reglamento 139/2004 regula el régimen sobre el control de las concentraciones entre empresas.

El art. 7 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, modifica el concepto empleado en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, adaptándolo al modelo comunitario que establece el art. 3 del antes citado Reglamento (CE) 139/2004 y añade por su parte la presunción de control de un grupo de empresas (art. 4 de la Ley 21/1988, de 28 de julio).

La Ley 110/1963, de 20 de julio, de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia, establecía la obligación de inscribir en el Registro de Prácticas Restrictivas de la Competencia los Acuerdos de concentración siempre que, como

resultado de los mismos, las empresas participantes pasaran a controlar el 30% o más del mercado nacional de un producto o servicio. La Ley 16/1989, de 17 de julio, se inspiró parcialmente en la regulación comunitaria.

El control de las concentraciones económicas se inserta dentro del concepto de la defensa de la competencia y ésta, en parte, en el de comercio interior, competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma de Canarias. Al igual que el control de las concentraciones económicas de dimensiones comunitarias en el ámbito de la Unión Europea, se aplica el Reglamento 139/2004 y los Estados miembros salvo excepciones, deben abstenerse de aplicar sus normativas nacionales. El control de las concentraciones económicas que se produzcan en el ámbito geográfico de la Comunidad Autónoma de Canarias y que no tengan incidencia supraautonómica ni en el conjunto del mercado nacional, debería corresponder a la Comunidad Autónoma de Canarias. La reserva absoluta a favor del Estado de todas las competencias de control, incluidas aquéllas que se produzcan en el ámbito geográfico de Canarias, sin afectación vertical ni conexa de otros mercados, se considera inconstitucional.

3. La Constitución no atribuye expresamente al Estado la materia de defensa de la competencia (art. 149.1 CE).

El art. 31.3 EAC otorga a la Comunidad Autónoma de Canarias competencia exclusiva en comercio interior, defensa del consumidor y del usuario, sin perjuicio de la política general de precios y de la legislación sobre defensa de la competencia.

La defensa de la competencia, o aun menos la concentración económica, no son asuntos que se contemplan, en particular, de modo expreso o directo en la Constitución o en el Estatuto de Autonomía de Canarias como títulos competenciales; es decir, no aparecen en las normas constitucionales sobre distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, incluida lógicamente la de Canarias. Basta para ello con la simple observación de los arts. 148 y 149 CE, o bien, los correspondientes preceptos estatutarios. Estas cuestiones, que no son materias troncales, esenciales o fundamentales, se engloban en otros títulos materiales previstos constitucional y estatutariamente que habilitan las correspondientes competencias para el Estado y la Comunidad Autónoma de Canarias, como, en efecto, señalan tanto el Legislador estatal como el Legislador estatutario, y el propio Tribunal Constitucional.

Así, ninguno de ellos considera que la competencia al efecto ha de deducirse de la regla complementaria o de cierre del sistema recogida en el art. 149.3 CE. Y es

que tal regla no esta prevista para materias o asuntos incluibles en otros títulos más genéricos o básicos; dado su carácter instrumental, como es el caso, y teniéndose en cuenta el carácter dispositivo que, a partir de la posibilidad constitucional al respecto, tiene la asunción estatutaria de competencias. Consideración que no sólo es procedente constitucionalmente, sino más adecuada. Y ello, tanto para la salvaguarda de la seguridad jurídica, como para la asunción competencial máxime de competencias por el Estatuto para la correspondiente Comunidad Autónoma, de modo que una eventual pormenorización material a este fin, en la línea expuesta, no evita la posible incidencia en el asunto de títulos competenciales estatales más genéricos, esenciales o básicos, ni permite defender mejor el acervo competencial comunitario.

En este sentido, el Legislador estatal (disposición final primera. Títulos competenciales), en su pretensión de regular la defensa de la competencia, y dentro de ella los eventuales problemas que pueden generar las concentraciones económicas, aduce como habilitación constitucional para ello la previsión del art. 149.1.13ª CE: "Esta Ley se dicta al amparo del art. 149.1.13ª de la Constitución" (disposición final primera), aunque también pueda encontrar apoyo su capacidad normativa en otros títulos del precepto citado, pero de modo puntual, particularmente en relación con la defensa de la competencia. Esto es, la que conecta con la actividad económica, sobre la que el Estado central puede establecer bases de planificación y coordinación, relacionado todo ello, a su vez con la existencia de un mercado único o nacional y el derecho de libre empresa para actuar en él (art. 38 CE), asunto que se abordará más adelante.

Por su parte, el Estatuto de Autonomía de Canarias vigente asume esta competencia en su art. 33, en relación con el título expresamente contemplado de comercio interior, aunque reconoce, al tiempo, que su ejercicio esta limitado por las competencias que atribuye al Estado central el art. 149.1.11ª y 13ª, así como la capacidad estatal constitucionalmente para ordenar el derecho de libre empresa, en conexión con esos títulos o el del apartado 1º de ese mismo precepto constitucional, admitiendo que tal ejercicio de la competencia sobre comercio interior ha de producirse sin perjuicio de la legislación estatal sobre defensa de la competencia.

Consecuentemente, es patente que, con respeto a esos límites establecidos no sólo en la Constitución, sino en el propio Estatuto de Autonomía, la Comunidad Autónoma de Canarias tiene competencia en materia de comercio interior y, por ende, dada su conexión con ella no sólo técnicamente, y de defensa de la

competencia, pues la defensa aquí recogida se conecta con la competencia y ésta, en este contexto, es económica, refiriéndose al funcionamiento del mercado, aquí interior, y a la libre empresa para actuar en él. Lo mismo, pues, que ha considerado el Legislador estatal.

No es sencillo determinar lo que constituye “comercio interior”. Pero dentro de un concepto amplio de comercio interior se viene aceptando que se encuentra incluida la defensa de la competencia. A su vez, la defensa de la competencia trata de la prevención y, en su caso, la represión de situaciones que constituyan obstáculos creados por decisiones empresariales para el desarrollo de la competencia en el mercado (SSTC 71/1982 y 88/1986). La defensa de la competencia constituye un aspecto de la ordenación del mercado (STC 208/1999) y es comercio interior.

En consecuencia, la materia de defensa de la competencia está integrada, en parte, en la de comercio interior.

Las intervenciones de los poderes públicos para eludir prácticas y situaciones que garanticen la libertad de participación, excluyendo conductas que puedan interferirlas es decisiva en la economía de mercado, en la que debe primar la libre participación. La defensa de la competencia y la protección de los consumidores son aspectos de la ordenación del mercado “como especies del género de las competencias de ordenación del mercado”.

Como señala la STC 208/1999, “del hecho de que la totalidad de la defensa no haya quedado reservada al Estado sino sólo la legislación, cabría deducir inmediatamente que las competencias ejecutivas en materia de defensa de la competencia, han de estimarse, en alguna medida, atribuidas a las Comunidades Autónomas”.

No obstante, la amplitud del concepto “unidad de mercado” no puede suponer, a pesar de su notable capacidad expansiva el total vaciamiento de las competencias autonómicas en materia de concentración económica. La unidad –como señala la STC 88/1986- “no implica uniformidad, ya que la misma configuración del Estado español y la existencia de entidades con autonomía política como son las Comunidades Autónomas, suponen necesariamente una diversidad de regímenes jurídicos”.

Tampoco la unidad de mercado ni lo dispuesto en los arts. 149.1.13ª y 38 CE pueden privar de manera absoluta del control de aquellas concentraciones

económicas que se produzcan en el Archipiélago canario sin afectación vertical ni conexa con otros mercados.

Ya la citada Sentencia 208/1999 dispone que la competencia ejecutiva que en materia de defensa de la competencia cabe atribuir a las Comunidades Autónomas en virtud de la asunción de comercio interior se halla, pues, limitada a aquellas actuaciones ejecutivas que hayan de realizarse en su territorio y que no afecten al mercado supracomunitario.

Una interpretación restrictiva de la competencia autonómica no es asumible, pues no se ajusta a las previsiones constitucionales sobre distribución de competencias en el ámbito económico y, por tanto, respecto a la defensa de la competencia, ni al carácter básico normativo que tiene la competencia estatal en ésta, con base en su competencia de ese orden sobre la actividad económica; por más que -ni siquiera con ese carácter, sino con un ámbito mas limitado y específico-, se pretenda complementar con la competencia estatal relativa a la libertad de empresa. O bien, que se sostenga la pertinencia de amplitud máxima posible de tal competencia básica, pues la misma, por definición, debe dejar algún margen regulador a las Comunidades Autónomas, más aún, respetar su capacidad para realizar funciones ejecutivas al respecto, tanto en referencia con la actividad económica de mercado o comercio interior, como en los distintos ámbitos sectoriales en los que aquélla pueda producirse, coincidentes a nivel competencial con los correspondiente títulos sectoriales.

Se establece un control, con ciertos límites, y la eventualidad de que por razones de otros intereses públicos que se estiman superiores se pueda permitir puntual y/o condicionadamente tal concentración, de manera que en ejercicio de su competencia básica el Legislador estatal establece (art. 8 LDC) cuándo es necesario que los interesados se sometan al control previsto, o bien, cuándo el Gobierno estatal puede corregir la decisión del órgano del Estado central previsto en la propia Ley por la razón antedicha y con condiciones o no (art. 60 LDC).

Ciertamente, estos preceptos, pese a su cuestionable adecuación constitucional, al menos tal como están redactados, no han sido discutidos por el Gobierno autonómico, pero incluso así ello no obsta a que se objete la constitucionalidad de los recogidos en sus arts. 9 y 13 LDC. Así, por las razones antes expuestas y, justamente, en relación con los presupuestos de control del art. 8 LDC, es claro que aunque la competencia sea ejecutiva y, dentro de este contexto, limitada en relación con el mercado nacional y la defensa en éste de la competencia, no hay motivo

constitucional o técnico para laminar la competencia autonómica por parte del Legislador, sin aplicar al mismo la doctrina del Tribunal Constitucional en relación con la defensa de la competencia, de modo que la Comunidad Autónoma de Canarias sea competente en su ámbito territorial, en el mercado canario, siéndolo el Estado, según sus previsiones controladoras, en el mercado nacional o el supraautonómico, o bien, previéndose su intervención incluso en el primero en ciertos casos.

En este sentido, los eventuales problemas que, dada su naturaleza y contemplada la finalidad controladora del Legislador estatal o su matización por él mismo prevista, es posible que puedan solucionarse, como ocurre con el dominio público estatal o con las competencias medioambientales, mediante instrumentos de coordinación, mediante la intervención previa de la Administración estatal, o de la propia Comisión Nacional, o de conciertos, así como otra posterior, en determinados casos y en función de títulos distintos a la defensa de la competencia por el Gobierno autonómico o incluso el estatal.

4. La unidad de mercado, que es una atribución competencial de perfiles difusos, supone la libertad de circular sin traba por todo el territorio nacional de bienes, capitales, servicios y mano de obra, así como la igualdad de condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica (STC 88/1986). La defensa de la competencia constituye un presupuesto y límite necesario a la libertad de empresa (art. 38 CE). Las actuaciones de evitar prácticas que puedan afectar o dañar a un elemento tan decisivo de la economía de mercado se encuentra relacionado con la necesidad de un mercado único que permita al Estado el desarrollo de su competencia constitucional (art. 149.1.13ª CE). No sólo la normación sino todas las actividades ejecutivas que determinan la configuración del mercado único de ámbito nacional habrá de atribuirse al Estado, al que corresponderán las actuaciones ejecutivas respecto a aquellas prácticas que puedan alterar la libre competencia en un ámbito supracomunitario o en el conjunto del mercado nacional, aunque tales actos ejecutivos hayan de realizarse en el territorio de cualquier Comunidad Autónoma.

Pero si no se afecta a la unidad de la economía nacional y a la exigencia de un mercado único que justifique la actuación por parte del Estado, de su competencia constitucional de base y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13ª CE), porque no resulte ni necesario ni indispensable para alcanzar los fines de la política económica, ni afecte a la igualdad de las condiciones

básicas de ejercicio de la actividad económica habrá de reconocerse un margen de actuación en las concentraciones económicas que se produzcan en un mercado geográfico relevante de carácter autonómico. No se trata de impedir que el Estado intervenga en el control de las concentraciones económicas. En suma, no existe justificación de una atribución absoluta del control de todas las concentraciones al Estado, que debe actuar acatando la distribución de competencias en concreto en materia de comercio interior de la que deriva la de defensa de la competencia. Por ello, se justifica que el control de las concentraciones económicas que se produzcan en un mercado relevante, como es el ámbito geográfico de Canarias, no excluye ni impide la competencia estatal de bases y coordinación del sector económico.

5. El art. 9 LDC establece que las concentraciones que entren en el ámbito de aplicación del artículo anterior deberán notificarse a la Comisión Nacional de la Competencia previamente a su ejecución. Y el art. 8.1.a) de la citada Ley, relativo al ámbito de aplicación, extiende al Estado el procedimiento de control de todas las concentraciones económicas consecuencia de las cuales se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al 30% del mercado relevante del producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo. No se determina claramente el contenido de un "mercado geográfico definido dentro del mismo". La citada expresión procede en cierta medida, de la normativa comunitaria, Reglamento 139/2004, que se refiere al control efectivo de "toda concentración que obstaculice de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo" (considerando 25).

Un mercado geográfico relevante se ha contemplado como la forma en la que las condiciones de competencia son homogéneas y pueden distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido a las diferencias existentes en condiciones de la oferta o de la demanda. También sobre las características específicas que presenta la demanda de un determinado bien o servicio puede servir de criterio para determinar un ámbito geográfico de mercado, pero en ocasiones no son suficientes para definir mercados distintos si no van acompañadas de una diferencia significativa en la estructura de la oferta. Un dato geográfico definido dentro del mismo permite varias opciones; puede coincidir o no con el ámbito de una Comunidad Autónoma. La cuestión está en determinar si es posible una concentración económica en la que se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al 30% del mercado relevante de producto o servicio, exclusivamente en el mercado geográfico de Canarias, sin incidencia relevante en cualquier otro mercado (supracomunitario o nacional).

El Tribunal Supremo ha delimitado en cierta forma el alcance de la expresión de mercado relevante a los efectos de valorar una operación de concentración económica al señalar que “permite identificar las fuerzas competitivas a que se ven sometidas las empresas y, por tanto, el ámbito que ha de centrarse el análisis del impacto de la concentración desde el punto de vista de la competencia (STS 96/2000). También se admite que el concepto “mercado relevante” es posible que se afecte a otros mercados “si existe integración vertical de los operadores intervinientes en la operación”, señalando que se “puede establecer no obstante un esquema de mercados relevantes afectados en función de la mayor incidencia de la operación sobre ellos y de la sustituibilidad o no de la prestación” (STC de 29 de noviembre de 2005). La misma Sentencia sitúa el control de las concentraciones económicas en la defensa de la competencia en las que “juega un papel decisivo la intervención de las autoridades de la competencia. La finalidad del control de las concentraciones económicas es la de evitar los efectos restrictivos de la competencia derivados de la concentración”.

6. Canarias, cuyo ámbito territorial es un Archipiélago en el Atlántico (art. 2 EAC), separado del mercado peninsular y con singularidades únicas en todo el territorio nacional, constituye un mercado señero tanto por sus características físicas como administrativas que le atribuyen el carácter de “mercado relevante”. El ámbito geográfico de la demanda, como es obvio, viene definido por los costes y obstáculos que tiene la empresa para abastecer a los clientes situados en otra zona. Estos obstáculos pueden derivarse del coste del transporte, carácter aislado del territorio, régimen normativo, etc., como ocurre singularmente con el mercado canario.

Estas peculiaridades del mercado canario han sido puestas de relieve por el Tribunal de Defensa de la Competencia. Así, en su informe expediente de concentración C-12/93, relativo al proyecto de adquisición por parte de C. del 100% del capital social de S., se pone de relieve las especialidades del mercado de Canarias y su delimitación que, según el citado Tribunal de la Competencia, son las siguientes:

a) La distancia de las islas a la península y los costes del transporte marítimo español y de cabotaje, tan elevados, separan los dos mercados, el peninsular y el canario, de forma significativa. De hecho, los costes de transporte con Rotterdam son inferiores a los correspondientes desde Cádiz y Vigo, según indican diversos operadores en este mercado.

b) En cuanto a las diferencias administrativas y fiscales, la más destacada es la existencia de un impuesto, el APIC, de efectos equivalentes a un arancel *ad valorem* sobre toda la cerveza que entre en las Islas Canarias, aunque sea de la España peninsular o de la CEE. Esta protección alcanza el valor del 5%, siendo un factor adicional que refuerza la diferenciación del mercado canario de cervezas respecto al nacional-peninsular.

c) Un tercer factor de diferenciación lo constituye la diferente fiscalidad interna. En lugar del IVA, en Canarias rige un impuesto denominado Impuesto General Indirecto Canario, IGIC, el cual, aparte de diferentes tipos, presenta diferencias de conceptos.

d) Un cuarto factor de diferenciación del mercado canario de cervezas lo constituye la escasa penetración de las cervezas peninsulares y la fuerte cuota de las cervezas locales y extranjeras.

Todas estas razones -señala el Tribunal- "abogan por una delimitación geográfica del mercado que se ciñe a las Islas Canarias".

En otro expediente del mismo Tribunal de defensa de la Competencia (nº 87/05, por la adquisición de la totalidad de su capital social de D.A., S.A, de las compañías de A., S.L. y distribuidoras A.C., S.L.), se indica que el mercado geográfico afectado es el constituido por las Islas Canarias: "La distancia física, el régimen especial fiscal Canario (constituido en el caso que nos ocupa por el Impuesto Especial sobre el Alcohol y Bebidas Derivadas; el IGIC -Impuesto General Indirecto Canario- y el AIEM - Arbitrio sobre la Importación y Entrega de Mercancías de las Islas Canarias- cuyo objeto es favorecer el desarrollo de la producción canaria) *así como otras peculiaridades del Archipiélago justifican tal delimitación*".

En cualquier caso resulta evidente -continúa el Tribunal que la concentración objeto de análisis no modifica prácticamente la estructura productiva española y *sus efectos sólo son importantes en cuanto a su afectación al mercado de las Islas Canarias*.

En el informe del Tribunal de defensa de la Competencia sobre el expediente de concentración económica (C-58/00 M.S.M., adquisición por parte de M., S.A., del 69% de S.M., S.A., mediante la compra del 100% de las acciones de E.S.P.) insiste el TDC, en cuanto al ámbito geográfico, que en ese caso las características regionales no son suficientes para delimitar el mercado. Por tanto, aunque deberán considerarse estas peculiaridades regionales a la hora de valorar la operación, ésta ha de ser analizada

en el contexto nacional excluyendo las Islas Canarias. Esta exclusión responde a la consideración de este Tribunal “(...) *de que el mercado de la cerveza en las Islas Canarias puede ser considerado como un mercado distinto*”.

También el expediente de concentración económica C-56/00 S., S.A. y U.T.I., S.A., en el que se reitera que “el mercado relevante afectado por la concentración es el de las concesiones de transporte de viajeros por carretera de carácter regular, permanente y de uso general en la Isla de Gran Canaria”.

La realidad pone de relieve que es aceptable la definición de un mercado geográfico relevante dentro del mercado nacional que es el mercado canario. Y que es posible una operación de concentración económica cuyos efectos no excedan de dicho mercado autonómico, es decir, sin incidencia en el mercado nacional ni supracomunitario.

De ahí que las competencias de control contempladas en el art. 9 LDC sobre aquellas operaciones de concentración económica que se produzcan en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias, de acuerdo con los umbrales fijados por la Ley y que no excedan del ámbito de esta Comunidad Autónoma, deben atribuirse a la Comunidad Autónoma de Canarias.

7. 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, procedió a dar cumplimiento al pronunciamiento del Tribunal Constitucional, estableciendo los puntos de conexión que delimitan genéricamente el ejercicio de las competencias por parte del Estado y de las Comunidades Autónomas. Esta conexión se basa, como se detalla en la Exposición de Motivos de la norma, en la atribución de competencias ejecutivas autonómicas respecto a aquellas actuaciones que hayan de realizarse en el territorio de cada Comunidad Autónoma y que no afecten al mercado supraautonómico, extendiéndose la competencia estatal no sólo a la normación, sino también a todas las actuaciones ejecutivas en relación con aquellas prácticas que puedan alterar la libre competencia en el ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional, aunque tales actuaciones se realicen en el territorio de una Comunidad Autónoma.

En este marco, el reconocimiento de las competencias ejecutivas autonómicas no se llevó a cabo de forma absoluta, sino limitado exclusivamente a la persecución de las conductas prohibidas por la Ley, de tal forma que sólo contempla las competencias respecto a los procedimientos que tengan por objeto actuaciones

asociadas con acuerdos prohibidos, las autorizaciones singulares de acuerdos prohibidos, el abuso de posición dominante y el falseamiento de la libre competencia por actos desleales. La Ley estableció, pues, mecanismos en relación con aquellas competencias ejecutivas sobre las que expresamente se pronunció el Tribunal Constitucional en su Sentencia 208/1999, de acuerdo con los recursos planteados. Quedaron, por tanto, excluidas de este proceso de descentralización las competencias relacionadas con el control de operaciones de concentración económica, que no pueden considerarse, por expansión, atribuidas en todo caso al Estado en virtud del art. 1.5.a) de la Ley 1/2002.

Esta Ley no ha sido objeto de recurso de inconstitucionalidad. Pero no pasa desapercibido que el objeto de la competencia es evitar que el derecho de iniciativa económica se ejercite en régimen de monopolio, cuyo reconocimiento inicial en el marco europeo se plasma en los arts. 81 y 82 del TCE que, posteriormente, han seguido, en cierta medida, los Ordenamientos jurídicos de los Estados en su correspondiente ámbito nacional, lo que ha dado lugar a lo que se conoce como “comunitarización del derecho de defensa de la competencia de los Estados miembros”, al asumir éstos las normas del TCE (arts. 81 y 82)

El Tratado de Roma, como ya se adelantó, no contemplaba expresamente el control de las concentraciones. Los arts. 2 y 3, apartado 1, letra g), TCE aluden a las finalidades y objetivos en materia de competencia que concreta la regulación de los arts. 81 y 82 TCE.

El art. 83 se refiere a la Adopción de Reglamentos y Directivas de aplicación y los arts. 84 y 85 al Sistema Provisional de Defensa de la Competencia Comunitaria. El Reglamento 4064/1989 contempla las concentraciones con ciertos matices (Considerando 6) y finalmente el Reglamento 139/2004, sobre la base de los arts. 83 y 308 del TCE, regula con mayor precisión el control de las concentraciones económicas.

La definición de concentración económica del art. 7 LDC establece un concepto de concentración modificado respecto a la Ley de 1989, al adaptarse la citada Ley 15/2007 al modelo comunitario recogido en el Reglamento 139/2004. Regulación dinámica que no puede quedar afectada por el hecho de lo dispuesto, con carácter general, en el art. 1.5.a) de la Ley 1/2002.

En cualquier caso, el citado art. 1.5 de la Ley 1/2002 establece que corresponderá en todo caso al Estado: a) la aplicación de las normas contenidas en el Capítulo II y en el Capítulo III, del Título I de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de

Defensa de la Competencia. La disposición derogatoria, apartado 1, de la Ley 15/2007 LDC deroga a la antes citada Ley 16/1989, de 17 de julio, aunque el numeral 2 de la citada disposición derogatoria señala: "No obstante lo dispuesto en el apartado anterior el Real Decreto 1443/2001, de 21 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en lo referente al control de concentraciones económicas (...) seguirán en vigor hasta que el Gobierno apruebe, en su caso, nuevos textos reglamentarios, en lo que no se oponga a la presente Ley".

En suma, se mantiene en cierta medida la vigencia de ciertas normas reglamentarias de desarrollo de la Ley derogada. En cuanto a la vigencia del Real Decreto 1443/2001, de 21 de diciembre, múltiples preceptos de la misma no se ajustan a los de la Ley 15/2007, tanto en el Capítulo I del Título IV (disposiciones comunes de procedimiento) como en el Capítulo III, del mismo (Procedimiento de control de concentraciones económicas). Contradicciones que suponen, en definitiva, la inaplicación de los citados preceptos reglamentarios, contrarios a la nueva Ley, dado el tenor literal del párrafo último del numeral 2, "en lo que no se oponga a lo previsto en la presente Ley", además de la inseguridad jurídica que entraña la técnica empleada derogando, por un lado, la citada Ley 16/1989 y manteniendo, por otro, salvo en lo que no se oponga a la nueva Ley, determinados desarrollos reglamentarios.

Algunas de estas contradicciones se han resuelto a través de disposiciones, como la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, modificando en su art. 96 la citada Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, concretamente el párrafo del apartado 5 del art. 1, sustituyendo la frase final "en el art. 25 de la Ley de Defensa de la Competencia" por la de "en el art. 25.c) de la Ley 16/1985, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia", manteniéndose el resto del contenido de la anterior redacción.

Además de lo expuesto, el hecho de que no se impugnara ante el Tribunal Constitucional la citada Ley de Coordinación en relación con sus previsiones sobre la competencia en defensa de la competencia y en relación con las concentraciones económicas [art. 1.5.a)] no es óbice para que no se pueda impugnar ahora el art. 13, en concreto, de la Ley 15/2007. No sólo porque es una Ley diferente y, como tal, susceptible de recurrirse, sino porque la constitucionalidad o no de una norma no

depende de la voluntad de los autores políticos, o de su desconocimiento del problema, máxime cuando la nueva normativa modifica la antedicha sustancialmente, regulándose de modo diferente la competencia estatal o autonómica en esta materia, tanto respecto a las concentraciones, como a otras actuaciones prohibidas, de manera que, como mínimo, la aplicación de los preceptos anteriores ha de ajustarse a la nueva, particularmente la contenida en los preceptos cuestionados de la Ley 15/2007.

Incluso en el informe elaborado por la ponencia sobre el Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia (Sección nº 4, de 14 de marzo), un Grupo Parlamentario exponía la falta de claridad en los puntos de conexión, señalando: “Creemos que falta un criterio coherente que delimite y defina la actividad que deben llevar a cabo las autoridades autonómicas de competencia. Lo razonable hubiera sido que la autoridad estatal y los órganos autonómicos hubieran sido competentes en resolver todas las cuestiones referidas a la competencia, tanto las conductas colusivas, como el control de la concentración”.

En cuanto al art. 13.1 LDC, dentro de los órganos competentes para la aplicación de esta Ley, Capítulo Primero del Título Segundo, con la rúbrica de los Órganos competentes de las Comunidades Autónomas, el mismo dispone: “Los Órganos de las Comunidades Autónomas competentes para la aplicación de esta Ley ejercerán en su territorio las competencias ejecutivas correspondientes en los procedimientos que tengan por objeto las conductas previstas en los arts. 1, 2 y 3 de esta Ley, de acuerdo con lo dispuesto en la misma 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”.

En suma, sólo reconoce a la Comunidad Autónoma de Canarias titularidad ejecutiva en materia de las conductas colusorias del art. 1 LDC, el abuso de posición dominante previsto en el art. 2 y el falseamiento de la libre competencia por actos desleales (art. 3 LDC). Lo que implica la negación absoluta de las competencias autonómicas en materia de concentraciones económicas en los casos cuyo control debe atribuirse, según lo anteriormente expuesto, a la Comunidad Autónoma de Canarias. Este carácter cerrado de la enumeración contenida en el art. 13.1 LDC genera la privación de las competencias de control que en dicho ámbito se debe reconocer a la Comunidad Autónoma de Canarias y la procedencia, en definitiva, de recurrir tales normas por concurrir motivos de inconstitucionalidad.

III

1. A partir de las consideraciones precedentes, procede pasar ahora a sintetizar, por tanto, nuestra opinión. Es preciso partir de la base de que el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno de Canarias no pretende negar la titularidad de una competencia que en sí misma corresponde al Estado, según se reconoce abiertamente; sino que, más limitadamente, se dirige sólo a cuestionar su alcance, en tanto que excluye toda competencia autonómica sobre el control de las concentraciones económicas, lo que constituye una de las piezas integrantes de la defensa de la competencia.

El art. 9 LDC, objeto de dicho recurso, sujeta a la obligación de notificar las concentraciones económicas a la Comisión Nacional de la Competencia, a los efectos de que la Administración proceda a otorgar su autorización expresa o tácita, y sin que pueda ejecutarse la concentración pretendida, en tanto no recaiga la indicada autorización. En ningún caso, de acuerdo con el art. 13.1 de la misma Ley, precepto al que asimismo se extiende el recurso, corresponde la autorización a la Administración autonómica, puesto que las atribuciones de éstas se proyectan sólo sobre los supuestos previstos por los art. 1, 2 y 3 de la Ley, con exclusión por tanto de las concentraciones económicas.

Al régimen de las concentraciones económicas se sujetan las operaciones en que concurre alguna de las dos circunstancias siguientes, de acuerdo con el art. 8 de la misma Ley 15/2007:

“a) Que como consecuencia de la concentración se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al 30% 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” .

Pues bien, estrictamente, en lo que hace al primer supuesto, y cuando la concentración se produce en un mercado geográfico definido dentro del ámbito nacional, entiende la Comunidad Autónoma de Canarias que la competencia autorizatoria prevista en estos casos le corresponde a ella, en aplicación del régimen

de distribución de competencias establecido entre el Estado y la Comunidad Autónoma, de acuerdo con la Constitución y el Estatuto de Autonomía de Canarias.

2. Conforme a lo expuesto, no le faltan razones a la Comunidad Autónoma en la defensa de su competencia, en tanto que ha de partirse de la base de que estamos, evidentemente, ante una competencia de mero carácter ejecutivo, lo que nadie discute.

A. En los singulares Estatutos de Autonomía que se refieren específicamente a la defensa de la competencia, la única salvedad a favor de la competencia estatal se refiere a la legislación (“sin perjuicio de la legislación de defensa de la competencia”).

Ciertamente, cabría tratar de invocarse a su favor también la cláusula de subsidiariedad (art. 149.3 CE), en tanto que precisamente la materia no está contemplada específicamente en la mayoría de los Estatutos de Autonomía. Pero, en todo caso, es sintomático de entrada que la cautela estatutaria, allí donde se ha introducido, se proyecta, no en general, sino sólo sobre la legislación de defensa de la competencia. Si se hubiese pretendido darle mayor alcance, lo lógico y natural es que la salvedad hubiese sido más amplia y se refiriese sin excepciones a toda la materia de la defensa de la competencia. No es éste un argumento definitivo, desde luego, pero sitúa la controversia sobre el buen camino, en nuestra opinión.

B. Estando la controversia constitucional limitada a una atribución meramente ejecutiva, la competencia corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias.

Se aduce que ésta carece de competencias sobre defensa de la competencia. Sin embargo, si bien su Estatuto de Autonomía no alude expresamente a ella, sí lo hace al comercio interior, defensa del consumidor y de los usuarios. No existe una identidad conceptual total entre una y otra materia, desde luego; pero tampoco, ciertamente, una separación nítida, radical y absoluta entre ambas materias; al contrario, es forzoso admitir que se producen solapamientos en el ámbito cubierto por ellas y que concurren por tanto zonas superpuestas.

De otro modo, no se entendería la referencia a la defensa de la competencia, contemplada en algunos Estatutos de Autonomía, precisamente, con ocasión de la atribución de la competencia autonómica en materia de comercio anterior. Si no compartiesen un espacio común, cabría prescindir de dicha referencia, en tanto que sencillamente nunca llegaría a producirse el conflicto que por medio de la cláusula *sin perjuicio* pretende resolverse en estos casos.

Por lo demás, y al margen de ello, este planteamiento es el que, de cualquier modo, ha resultado avalado por la STC 208/1999, indudablemente controvertida, en tanto que dio lugar a algún voto particular, pero clara también en sus términos. Sobre la base del título competencial autonómico reconocido en materia de comercio interior, se afirman las competencias ejecutivas de titularidad autonómica en defensa de la competencia y se dispone la inconstitucionalidad de la legislación estatal, justamente, por su falta de contemplación.

C. La única duda subsiste, en tanto que el control de las concentraciones económicas no fue objeto del recurso que dio lugar a la Sentencia que acaba de indicarse y, por tanto, el pronunciamiento constitucional no determina expresamente a quién corresponde desarrollar esta pieza del sistema de defensa de la competencia.

Pero es claro que no se adivinan las razones por las que procede dar a esta pieza un trato diferenciado de las demás integrantes de dicho sistema y fragmentar en consecuencia los mecanismos de defensa de la competencia.

C.1. Se esgrime al respecto la insignificancia del mercado concernido a escala autonómica. Pero claro está que, sin perjuicio de que ello sea o no efectivamente así, el argumento en cualquier caso es meramente cuantitativo o de hecho. Podría ello llevar a otras consecuencias, como a que el recurso a esta modalidad de control resultara algo infrecuente en la práctica; pero no cabe privar sobre la base de esta sola y exclusiva razón la titularidad de una competencia autonómica.

C.2. Tampoco cabe aludir a las dificultades existentes para trazar un mercado geográfico definido. Sin perjuicio de que ello sea así en otras partes del territorio del Estado, y de que por el motivo indicado en los supuestos dudosos la competencia pueda resultar estatal por afectar al ámbito de más de una Comunidad Autónoma, salta a la vista que la dificultad señalada puede disiparse sin especiales problemas, con carácter general, en el caso de Canarias.

C.3. Tampoco ofrece mayor consistencia el argumento de que el control es en estos casos preventivo y no puramente represivo o *a posteriori*, como sucede en la mayor parte de los mecanismos diseñados para la defensa de la competencia. Porque ello es cierto sólo de modo general, no absoluto; en otros términos, también se contemplan técnicas de carácter autorizatorio en otras de las piezas integrantes del sistema de defensa de la competencia (por ejemplo, autorizaciones singulares de

prácticas prohibidas o, lo que es lo mismo, la dispensa de una prohibición establecida con carácter general).

C.4. Por lo mismo, tampoco cabe rechazar sin más la competencia autonómica con base en la ruptura del principio constitucional de la unidad de mercado. Por el mismo motivo, habría que cuestionar también las demás piezas antes indicadas que integran el conjunto del sistema de la defensa de la competencia, que ha de ser contemplado de modo unitario. Justamente, a tales fines, procede en su caso establecer mecanismos de coordinación, antes que proceder pura y simplemente a negar las competencias autonómicas propias.

C.5. En fin, tampoco puede prosperar el supuesto carácter meramente preliminar o preparatorio de la intervención que se lleva a cabo mediante el control de las concentraciones económicas, en punto a la protección del mercado. De este modo, a falta de incidencia directa sobre el mismo, y en cuanto que no atiende o se encamina derechamente a su protección específica, se ha discutido también desde esta perspectiva su atribución a la Comunidad Autónoma. Pero lo cierto, si no directamente, sí con carácter instrumental, es que se trata de un instrumento que se dirige a la protección del mercado; y huelga toda controversia a este respecto, toda vez que por esa razón precisamente se incardina por la propia legislación aplicable (incluso, por la estatal) como una pieza más de las integrantes del sistema de defensa de la competencia. Ni siquiera resultaría posible, ciertamente, dejarla fuera sin más del ámbito de la defensa del consumidor, en cuanto que éste es a la postre el objetivo último de todo el sistema de defensa de la competencia.

C.6. Ya, finalmente, milita a favor de la competencia autonómica un argumento en sentido negativo; y es que no se acierta a vislumbrar la razón por la que a partir de un mercado geográfico definido, como es el de Canarias, el Estado puede tener interés real en sujetar a su propio control las concentraciones económicas que superen el 30% de dicho mercado, cuando dicho porcentaje, siendo enormemente importante en dicho ámbito limitado (distinto es que se produzca o no dicha concentración con mayor o menor frecuencia, en los términos antes indicados), lo normal es que resultará insignificante a escala nacional.

En cualquier caso, no se proporciona el menor argumento material en defensa de esta exclusión. Sólo cabe atisbar de nuevo el argumento meramente cuantitativo; pero, como ya se ha indicado, éste resulta insuficiente en principio para despejar una controversia competencial.

Distinto será que después el control deba ejercitarse con sujeción plena a unos parámetros expuestos y nítidos legalmente establecidos; como también que la intervención estatal deba asegurarse en el curso del procedimiento autorizatorio correspondiente como garantía; pero éstos son aspectos que trascienden la presente controversia: Permitirán cuestionar la aplicación del sistema y la regulación administrativa autonómica que en su caso se establezca, pero no la titularidad misma de la competencia autonómica sobre la materia concernida.

C O N C L U S I Ó N

Las objeciones por inconstitucionalidad relativas a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (arts. 9 y 13.1), deducidas por el Gobierno de Canarias, se consideran, de acuerdo con la fundamentación del presente Dictamen, conformes a Derecho, al no respetar los citados preceptos el orden constitucional de competencias que tiene atribuida la Comunidad Autónoma de Canarias.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULAN LOS CONSEJEROS D. LUIS FAJARDO SPÍNOLA Y D. ÓSCAR BOSCH BENÍTEZ, AL DICTAMEN 185/2008 DEL CONSEJO CONSULTIVO DE CANARIAS, EMITIDO EN RELACIÓN CON LA INTERPOSICIÓN POR PARTE DEL GOBIERNO DE UN RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA LA LEY 15/2007, DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (EXP. 164/2008 RI).

Respetuosamente discrepamos de los argumentos del Dictamen de la mayoría, y de su conclusión; por el contrario, y como se explica a continuación, considero que los arts. 9 y 13 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, se ajustan a la Constitución.

I

El Dictamen parte de la consideración de que la Comunidad Autónoma de Canarias tiene competencias ejecutivas en materia de defensa de la competencia. Las competencias de la Comunidad Autónoma son de atribución expresa; ésta no tiene más competencias que las que le atribuyen el Estatuto de Autonomía y, eventualmente, las leyes contempladas en los arts. 150.1 y 2 de la Constitución. Esto es así en virtud de los arts. 147.2.d) y 149.3 de la Constitución.

Si una competencia no le está atribuida a la Comunidad Autónoma por el Estatuto de Autonomía, entonces le corresponde al Estado, cuyas competencias no son únicamente las que determina el art. 149.1 de la Constitución, sino todas aquellas otras que no estén atribuidas por el Estatuto de Autonomía a la Comunidad Autónoma. Esto lo establece claramente el art. 149.3 de la Constitución: “La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado”.

El art. 31.3 del Estatuto de Autonomía sólo le atribuye a la Comunidad Autónoma competencia sobre “comercio interior, defensa del consumidor y del usuario” sin perjuicio de la legislación sobre la defensa de la competencia. Sin perjuicio significa sin menoscabar, infringir, vulnerar la legislación estatal sobre esa materia; dicho de otra manera, con respeto de esa legislación.

Según resulta de este precepto estatutario, las materias que han sido objeto de atribución a la Comunidad Autónoma son dos, el comercio interior y la defensa del consumidor y del usuario, sin que se haya asumido competencia alguna en materia de defensa de la competencia. El precepto únicamente indica que tales competencias estatutariamente asumidas deben ejercerse dejando a salvo las competencias que

corresponden al Estado en materia de defensa de la competencia. De ello no deriva competencia ejecutiva alguna de titularidad autonómica.

En principio ello debe llevar a la conclusión de que, por aplicación de lo previsto en el art. 149.3 CE y dado que no cabe un reconocimiento implícito de competencias autonómicas, que siempre han de resultar de atribución expresa, la titularidad de la materia concernida debe entenderse que corresponde al Estado.

En efecto, de acuerdo con las reglas que rigen la distribución competencial, debe partirse de que la competencia para la defensa de la competencia no se reconoce expresamente al Estado en el art. 149 CE. Ello, sin embargo, no significa que el Estado no pueda asumir competencias en la materia en virtud de otros títulos competenciales que puedan resultar de aplicación, singularmente en este caso el previsto en el art. 149.1.13ª CE.

La ausencia de este reconocimiento lleva a la necesidad de comprobar si esta materia ha sido objeto de asunción por la Comunidad Autónoma, resultando que el citado art. 31.3 del Estatuto no la atribuye expresamente, sino que los títulos competenciales asumidos son comercio interior y defensa de los consumidores y usuarios.

Resulta entonces que, dado que por virtud de los arts. 147.2.d) y 149.3 CE, las competencias autonómicas son de atribución expresa, si esta asunción no se ha llevado a cabo la consecuencia es que corresponde al Estado, no sólo la legislación sino también la ejecución, en materia de defensa de la competencia.

II

1. En la argumentación del Dictamen juega un papel principal la consideración de que la defensa de la competencia está incluida, como materia objeto de atribución competencial, en la de comercio interior. Para sostener esta afirmación se acude a la STC 208/1999, para la que “parece claro que una competencia de ordenación del mercado (como es la de defensa de la competencia) habrá de constituir, al menos parcialmente, un modo de intervención pública en el comercio y ser, sólo en esta medida, conceptualmente comercio” (FJ 5º).

No parece interpretable el párrafo que acaba de transcribirse como el reconocimiento de una identidad absoluta de ambas materias (defensa de la competencia y comercio interior), de forma que la una se diluya en la otra por confusión, sino más bien como el solapamiento o superposición en ciertos casos de

ambos títulos de intervención pública; así, la intervención pública en tales supuestos incidiría sobre la actividad comercial ("intervención pública en el comercio") en la perspectiva de proteger y garantizar la integridad del principio de libre competencia, es decir ejerciendo una competencia de defensa de la competencia. En estos casos, la misma intervención pública ejercita, pues, a la vez una competencia de comercio interior y otra de defensa de la competencia. Sólo para tales supuestos, y de esta manera, puede entenderse la afirmación de la STC 208/1999 en el sentido de considerar "la materia de defensa de la competencia, al menos en parte, incluida en la de comercio interior" (FJ 6º). Este entrecruzamiento y superposición de títulos de intervención en materia de comercio interior y de defensa de la competencia viene reflejado, entre otros textos normativos, en la Ley 7/1996, de 15 de enero, sobre ordenación del comercio minorista, que en su Exposición de Motivos señala que "en este ámbito se produce un complejo entrecruzamiento de títulos competenciales, tanto estatales como autonómicos", por lo que dedica su disposición final única a calificarlos, asignando algunos de los artículos a la "competencia exclusiva del Estado para regular el *Derecho mercantil de la competencia*, resultante de la regla 6ª del art. 149.1 CE".

Que no hay identidad de ambas materias lo prueba la circunstancia de que la defensa de la competencia, como principio conectado a la protección de la libertad de empresa (art. 38 CE), no se aplica sólo al sector comercial, sino que resulta exigible igualmente en la actividad empresarial de producción agrícola, o industrial, o de servicios, por citar sólo algunos de los sectores de la economía. ¿Se confunde la materia 'defensa de la competencia', también, con la de la intervención pública en la agricultura, o en la industria, o en la de prestación de servicios de cualquier tipo? También en estos supuestos podrá presentarse aquel solapamiento, pero ni aquí ni en la materia 'comercio interior' resulta defendible una identificación sustancial de las respectivas competencias. Por consiguiente, hay que deslindar ambas materias para determinar los ámbitos competenciales del Estado y de la Comunidad Autónoma.

2. Ese deslinde lo ha realizado el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 71/1982, de 30 de noviembre; 88/1986, de 1 de julio; 148/1992, de 16 de octubre; 228/1993, de 9 de julio; 264/1993, de 22 de julio; 208/1999, de 11 de noviembre y 124/2003, de 19 de junio. Según la interpretación constitucional contenida en estas Sentencias:

La defensa de la competencia comprende todas aquellas medidas dirigidas a prevenir y reprimir las situaciones que constituyen obstáculos creados por decisiones

empresariales para el desarrollo de la competencia en el mercado. La disciplina de la competencia desleal, del abuso de la posición de dominio, de la colusión entre los agentes económicos para repartirse el mercado y fijar precios, de la creación de monopolios son aspectos de la defensa de la competencia, cuya regulación persigue defender a los empresarios contra prácticas, acuerdos, conductas, o actuaciones atentatorias de la libertad de competencia.

El comercio interior es la actividad de cambio por la que dentro del mercado nacional se aproximan los bienes del productor al consumidor. La competencia autonómica sobre la actividad comercial comprende la regulación de la intervención pública sobre ella, de sus aspectos administrativos, sin alcanzar a las relaciones *inter privados* que es materia propia de la legislación mercantil.

La defensa del consumidor y del usuario comprende la regulación y ejecución de la protección administrativa del consumidor y del usuario, porque la regulación de las condiciones generales de contratación o de las modalidades contractuales corresponde al Legislador estatal. En esta materia se incluye la regulación de las condiciones de oferta de productos y servicios para proteger la seguridad, la salud y los legítimos intereses de los consumidores.

La competencia autonómica sobre estas dos últimas materias ha de ejercerse respetando las bases y la ordenación de la actividad económica general establecida por el Estado.

Ahora bien, la regulación administrativa de la actividad comercial establecida por las Comunidades Autónomas no puede afectar al régimen de competencia entre comerciantes, porque supondría una invasión de la competencia estatal sobre defensa de la competencia. Ni la Sentencia 208/1999 ni la 124/2003 afirman que la ejecución de la legislación sobre defensa de la competencia le corresponde a las Comunidades Autónomas en bloque, sino sólo aquellos extremos de su regulación que, con el fin de proteger la libertad de competencia, disciplinan la actividad comercial, a saber: Las conductas colusorias, de abuso de posición dominante y de competencia desleal que falseen la libre competencia, siempre que estas conductas se realicen en su territorio y no afecten al mercado supracomunitario (arts. 1, 2, 3 y 13 LDC, arts. 1 y 2 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, LCDC).

Asimismo, las normas protectoras de la competencia, en cuanto reprimen las prácticas colusorias y el abuso de posición dominante, funcionan como garantías del consumidor y normas de ordenación de la actividad comercial, lo cual justifica también su ejecución autonómica en virtud del título competencial sobre comercio interior y defensa del consumidor.

3. Las materias comercio interior y defensa de los consumidores estatutariamente asumidas constituyen, pues, títulos competenciales diferentes de la materia defensa de la competencia, que no ha sido asumida por la Comunidad Autónoma. En este sentido, la STC 148/1992 expresamente señala que la materia relativa a la defensa de la competencia queda excluida del fondo competencial autonómico, dado que no está amparada en la competencia autonómica relativa al comercio interior y defensa del consumidor y del usuario.

En la práctica, varias Comunidades Autónomas han venido a reconocerlo así, corroborando esta diferenciación, al incorporar en las recientes reformas de sus Estatutos de Autonomía, como título ajeno al del comercio interior, la competencia ejecutiva autonómica en materia de defensa de la competencia. Es el caso del Estatuto catalán, cuyo art. 121 atribuye a la Comunidad la competencia exclusiva en materia de comercio, en tanto que el art.º 154.2 atribuye la competencia ejecutiva en materia de defensa de la competencia y, en el mismo sentido, los arts. 30.42 y 32.20 del Estatuto de las Islas Baleares, 58.1.1º y 58.4.5º del Estatuto andaluz; 71.24º y 25º y 77.17º del Estatuto de Aragón y, finalmente, 70.20º y 76.15º del Estatuto de Castilla y León. Estas Comunidades han asumido además, también como título diferenciado, la competencia exclusiva sobre promoción de la competencia.

Los originales Decretos de transferencias del Estado a la Comunidad Autónoma de Canarias en materia de comercio interior (R.D. 3174/1983) o de reforma de las estructuras comerciales (R.D. 3172/1983) no incluyeron competencias, a partir del Estatuto de Autonomía, en materia de defensa de la competencia. Esta Comunidad tampoco incorporó ni entendió asumido aquel título competencial cuando desarrolló legislativamente su competencia en materia de comercio interior (Ley 4/1994, de 25 de abril, sobre actividad comercial en la Comunidad Autónoma de Canarias); y este Consejo Consultivo, en su Dictamen 62/1993 emitido en relación con esa misma Ley, claramente separaba las competencias autonómicas “en el ámbito del comercio interior y la defensa de los consumidores (...) (de aquellos otros) títulos estatales concurrentes, de aplicación si se quiere preferente, como son los de libertad de empresa y defensa de la competencia (...)”.

Recientemente, la Comunidad Autónoma de Canarias sí incluyó el título competencial de ejecución en materia de defensa de la competencia en la reforma estatutaria aprobada por el Parlamento pero que no llegó a término (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie B: Propositiones de Ley, nº 261-1, de 22 de septiembre de 2006); en este sentido, el art. 107 del Proyecto de Reforma contiene un título competencial nuevo, dirigido a atribuir a la Comunidad Autónoma “la competencia ejecutiva en materia de defensa de la competencia en el ejercicio de las actividades económicas que alteren o puedan alterar la libre competencia del mercado en un ámbito que no supere el territorio del Archipiélago”, lo cual comprende “la ejecución de medidas relativas a los procesos económicos que afecten a la competencia”. Con la inclusión de este nuevo título competencial en el Proyecto de Reforma del Estatuto de Autonomía, el propio Parlamento de Canarias está reconociendo que el actual Estatuto de Autonomía no le atribuye a la Comunidad Autónoma la ejecución de la legislación de defensa de la competencia concerniente a la autorización de concentraciones económicas que puedan afectar a la competencia en el mercado canario sin repercusión supracomunitaria.

El Tribunal Constitucional ya venía interpretando que la inclusión por los Estatutos de Autonomía, con fórmula idéntica a la del canario, de la cláusula “sin perjuicio de la legislación del Estado en materia de defensa de la competencia” no podía interpretarse en el sentido de atribuirles la competencia en tal materia, que corresponde al Estado: así la STC 124/2003 (FJ 4º) en relación con la LORAFNA (Navarra), o la STC 264/1993 (FJ 4º) en el caso del Estatuto aragonés (con fórmula también idéntica a la del art. 31.1 del de Canarias). En relación con los Estatutos de Autonomía vasco y catalán la Sentencia 208/1999 ha interpretado que tal fórmula habilita competencias de ejecución autonómicas derivadas a su vez de la competencia sobre comercio interior; es decir, en tanto que la defensa de la competencia es un elemento que repercute sobre el comercio interior, pueden tales Comunidades Autónomas ejecutar la legislación estatal, aunque en determinadas condiciones, a las que ya se ha aludido.

Ahora bien, la STC 208/1999, si bien considera que la materia defensa de la competencia constituye en ciertos casos “un modo de intervención pública en el comercio”, no la incluye sin embargo en su totalidad en la de comercio interior, pues expresamente reconoce que tal inclusión lo es “al menos en parte”. Es decir, no toda la materia queda subsumida en la de comercio interior y por tanto la competencia

ejecutiva autonómica no se proyecta sobre cualquier aspecto de aquélla, sino en todo caso sobre los que incidan en la ordenación de la actividad comercial. En este sentido, la Sentencia ha atribuido a la ejecución autonómica de aquellos aspectos que inciden en la actividad comercial: Las conductas colusorias, el abuso de posición dominante y los actos de competencia desleal que supongan un falseamiento de la competencia dentro del ámbito territorial autonómico. Por lo tanto, las competencias ejecutivas autonómicas se proyectan únicamente sobre estos aspectos, sin que sea extrapolable a otros que, aun incardinados en la materia defensa de la competencia, ni han sido estatutariamente asumidos ni caen tampoco bajo la cobertura del comercio interior.

Esta interpretación de la STC 208/1999 no es asumida en la fundamentación del Dictamen de la mayoría; sino, por el contrario, en base a ella se considera que los aludidos preceptos 9 y 13 de la Ley 15/2007 no se ajustan a la Norma Fundamental, a partir de la afirmación de que la Comunidad Autónoma de Canarias es competente en general en materia de defensa de la competencia, y en particular en lo relativo a la intervención en casos de concentraciones económicas, mientras en esta última materia la Ley 15/2007 no le reconoce competencia alguna.

III

El Dictamen de la mayoría formula reproche de inconstitucionalidad respecto de la Ley 15/2007, por la atribución al Estado, en todo caso, de la competencia estatal en las intervenciones públicas en relación con las concentraciones económicas, y por no reconocerla también a las Comunidades Autónomas. De las consideraciones que anteceden se deduce lo infundado de tal reproche, pues la defensa de la competencia no ha sido expresamente atribuida como competencia específica a la Comunidad Autónoma de Canarias, si bien el ejercicio de sus atribuciones en la materia de comercio interior se solapa y entrecruza con la de defensa de la competencia en ciertos y concretos supuestos, cuando las actuaciones frente a prácticas prohibidas se hubieran realizado en su territorio y sin afectar al mercado supracomunitario (STC 208/1999). ¿Puede extenderse la consideración sobre tales supuestos al caso de las concentraciones económicas?. Nuestra discrepancia con el Dictamen de la mayoría consiste precisamente en entender que tal extensión de la doctrina de la STC 208/1999 no resulta conforme con la Constitución, pues por las razones que enseguida se exponen la competencia debe reconocerse en exclusiva al Estado, con una intervención autonómica por vía de informe preceptivo en casos de incidencia efectiva en el territorio de una Comunidad Autónoma.

La Ley 15/2007 incluye dentro de los actos que han de ser controlados a efectos de asegurar el mantenimiento de una competencia efectiva el control de las concentraciones económicas. Este control se prevé, de acuerdo con su art. 8, en los casos en que concurran al menos una de las dos circunstancias siguientes:

“a) Que como consecuencia de la concentración se adquiriera o se incremente una cuota igual o superior al 30% 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” .

Cuando concurra alguna o ambas de estas circunstancias, el art. 9 somete estas operaciones a la previa autorización expresa o tácita de la Comisión Nacional de la Competencia, que procederá a su valoración atendiendo a los elementos recogidos, aunque sin carácter taxativo, en el art. 10.1 de la Ley.

La ley prevé, además, la posibilidad de que tales concentraciones sean valoradas por el Consejo de Ministros atendiendo a criterios de interés general distintos de la defensa de la competencia, tales como la defensa y la seguridad nacional, la protección de la seguridad o salud pública y los demás que se explicitan en el art. 10.4, cuando concurran las circunstancias que se refiere el art. 60.3 de la Ley, esto es, en los casos en los que la Comisión Nacional de la Competencia prohíba la concentración o subordine su autorización al cumplimiento de determinados compromisos propuestos por los notificantes o condiciones.

Las concentraciones económicas constituyen manifestaciones de la libertad de empresa constitucionalmente reconocida (art. 38 CE) y su regulación sustantiva, en cuanto a los requisitos y modos en que pueden materializarse, corresponde al Estado en virtud de su competencia exclusiva en materia de legislación mercantil. Las concentraciones económicas además se sitúan en el marco de las relaciones entre empresas, relaciones por consiguiente *inter privatos*, que son las que deciden realizar las operaciones que dan lugar a la concentración económica y que se definen en el art. 7 de la Ley.

La Ley 15/2007, como se ha señalado, establece un control, en el marco de la defensa de la competencia, para estas operaciones cuando concurran las

circunstancias previstas en su art. 8.1. Esta potestad de intervención de las autoridades de la competencia constituye una limitación al principio de libertad de empresa, en tanto que condiciona las operaciones de concentración económica a la preceptiva autorización de la Administración.

Además, este control se dirige, como ha señalado el Tribunal Constitucional (SSTC 71/1982 y 88/1986) a la defensa de los empresarios contra prácticas, acuerdos, conductas o actuaciones atentatorias de la libertad de competencia, con el objetivo de conseguir, como señala el art. 10.1 de la Ley, el mantenimiento de una competencia efectiva.

Así pues, en tanto que se trata de actos con clara incidencia en el principio de libertad de empresa y dirigido a salvaguardar la efectiva concurrencia entre aquéllas, estas potestades ejecutivas corresponden al Estado en virtud del art. 149.1.13ª CE. La misma Sentencia 208/1999 ha reconocido que los aspectos más relevantes de la ejecución han de atribuirse al Estado en razón de las competencias que le atribuye este precepto constitucional, en tanto que la defensa de la competencia constituye, a la vez, un presupuesto y un límite necesario a la libertad de empresa.

Además, existen claras diferencias en la intervención en defensa de la competencia respecto de prácticas prohibidas (arts. 1 a 3 de la Ley 15/2007), y aquella dirigida a controlar los efectos sobre el mercado de las concentraciones económicas.

Las prácticas prohibidas son actividades empresariales de intervención directa en el mercado, perturbando su correcto funcionamiento, y no se ubican en principio y de manera inmediata en el plano de las relaciones entre empresarios. Son actividades unilaterales de determinados agentes económicos que afectan negativamente a otros empresarios o al funcionamiento del mercado. Por otro lado, la intervención pública suele ser *ex-post*, normalmente para sancionar o corregir los efectos de tales prácticas.

Las concentraciones económicas, por el contrario, no suponen directamente actividades empresariales de intervención en el mercado, pero sí preparatorias o previas a tales intervenciones. Son, además, actos entre empresarios, forzosamente bilaterales o multilaterales (dos o más), que inciden en el funcionamiento del mercado al alterar la configuración de los agentes (empresarios) que en él intervienen, modificando su capacidad de incidencia en el mismo, con riesgo de alteración o limitación de la libre competencia. La intervención pública, aquí, a diferencia de las aquellas otras a que se refieren los arts. 1 a 3 de la Ley 15/2007, es

ex-ante, tiene naturaleza preventiva, denegando, autorizando o condicionando, en su caso, las concentraciones económicas que se pretendan por parte de los empresarios notificantes.

Además, en relación con la concentración económicas, obviamente, la posible afectación a la competencia en el mercado, que necesariamente ha de ser el global, no puede calificarse desde la propia Comunidad Autónoma, que, todo lo más, deberá informar de las operaciones de concentración que se den en su territorio, por lo que su entidad en cualquier caso es muy superior a la afectación únicamente del mercado de la propia Comunidad Autónoma. La concentración de empresas implica potencialmente un riesgo para la libre competencia en el ámbito del conjunto del mercado nacional, y, quizás del europeo, pues, aunque se realice únicamente entre empresas situadas en la propia Comunidad Autónoma, la entidad de la concentración puede alterar la libertad de empresa y libre competencia de empresas situadas en el resto del mercado nacional y/o europeo, lo que sólo podrá enjuiciarse desde una perspectiva más amplia que permita valorar tal incidencia, lo que corresponderá al Estado si su alcance no es comunitario.

Sobre este antecedente, podemos decir que el procedimiento autorizatorio legalmente previsto, y que la Comunidad Autónoma de Canarias cuestiona, se aplica a las concentraciones que tengan una especial intensidad y que produzcan efectos en la competencia en el mercado nacional o en un mercado delimitado del mismo. Es decir, en todo o en parte del mercado nacional único. Un "mercado geográfico definido" dentro del mercado nacional del que aquél, por cierto, no deja de formar parte. Lógicamente, las concentraciones que no lleguen a esos parámetros, que son la mayoría, si produjeran alguna incidencia en la competencia serán abordadas desde el diseño general del reparto de competencias entre el Estado y la Comunidad Autónoma, de conformidad con la doctrina sentada por el Alto Tribunal. Pero en los casos de especial intensidad a los que la Ley anuda el mencionado procedimiento autorizatorio se entiende que la concentración económica produce unos efectos que aunque se limiten a una parte definida geográficamente del mercado nacional sin embargo afecta al mercado único, por lo que en este caso y sólo en este la competencia ejecutiva será del Estado. En este sentido, la STC 96/2002, de 25 de abril, señala en su FJ 11º que "se debe inferir de esa unidad, como consecuencia necesaria, la exigencia de un mercado único (STC 88/1996, de 1 de julio, FJ 6º), configurándola como un límite de las competencias autonómicas (STC 71/1982, de 30 de noviembre, FJ 2º), término éste, el de 'mercado', que equivale al de 'mercado

nacional' o 'mercado español', esto es, al espacio económico unitario, reconocido implícitamente como tal por el art. 139.2 CE". Y es que el mercado canario, si bien es relevante en relación con el conjunto del mercado nacional, no es impermeable ni estanco respecto del conjunto español y europeo, sin que sea argumento en contra su lejanía territorial, pues compite *de facto* con productos y servicios del resto del mercado nacional y europeo, pudiendo conculcar el juego de la competencia global la concentración de empresas, aunque sólo estén físicamente situadas en Canarias.

De hecho, una interpretación en contra, como pretende el recurso de inconstitucionalidad que se enjuicia, desvirtuaría el principio del mercado único, que ha sido el que ha dado lugar, precisamente, a la exigencia de la limitación de las prácticas que atenten contra la competencia, entre ellas, la concentración de empresas que produzca tal efecto.

Todas estas descritas características de la concentraciones económicas dificultan el conocimiento previo del alcance de la perturbación que pueden llegar a proyectar sobre el mercado, pues cuando la Administración interviene sólo se conocen datos que permiten activar tal intervención (los umbrales de cuota de mercado o de volumen de negocios del art. 8 de la Ley 15/2007); pero no todo su alcance, lo que sólo a lo largo del procedimiento podrá dilucidarse, previa una ponderación que habrá de considerar todas las posibilidades de incidencia, más allá incluso de los límites de la cuota de mercado o el volumen de negocios que sirvieron de umbral para la activación del control. Estos umbrales del art. 8, en efecto, son meros indicios de la capacidad potencial de la concentración de alterar o perturbar la libre competencia; pero no aseguran de entrada el grado de incidencia real que finalmente alcance la concentración, lo que habrá que analizar a lo largo del procedimiento. También habrá que ponderar la presencia de intereses generales distintos de la defensa de la competencia, atinentes a la seguridad u otros valores a preservar. Todas estas características de la intervención pública en relación con las concentraciones económicas reclaman la asignación de la titularidad en el nivel más amplio de las autoridades estatales de la competencia, lo que explica que en esta materia, a diferencia del tratamiento dado a las prácticas prohibidas, no se reconozca competencia ejecutiva alguna a las Comunidades Autónomas.

No obstante, el procedimiento de control sobre las concentraciones económicas sí prevé una preceptiva intervención, a través de un informe, de la Comunidad Autónoma respectiva, "en el supuesto de que la concentración incida de forma significativa en el territorio" de la misma (art. 58.1.pfo. 2º de la Ley 15/2007). Esta

incidencia significativa no viene generada ni limitada por alcanzar o no el umbral del 30% en el mercado de ámbito autonómico, pues es éste sólo un indicio-requisito para activar el control, pudiendo resultar luego que de la ponderación operada en la primera fase del procedimiento la incidencia resulte o no significativa a los efectos de exigir el informe preceptivo. Por todo ello, no resulta posible predecir el alcance territorial de la concentración *ex-ante*, lo que requiere indefectiblemente la participación en todo caso del Estado, en ejercicio de sus funciones de dirección y coordinación de la economía nacional, y de la preservación de la unidad del mercado (149.1.13ª CE).

Por todas estas razones, consideramos que los preceptos recurridos de inconstitucionalidad se ajustan a la Constitución, y que la interposición por el Gobierno de Canarias de un recurso ante el Tribunal Constitucional carecería de fundamento suficiente.