



## CONSELL DE GARANTIES ESTATUTÀRIES DE CATALUNYA

**Nota en relació amb el Dictamen del Consell de Garanties Estatutàries 5/2020, de 29 de maig, sobre el conflicte de competència per tal de determinar l'òrgan al qual correspon instruir i resoldre l'expedient relatiu a la denúncia presentada contra la campanya «Consum Estratègic»**

### **Conclusió del Dictamen**

***Única.** L'Autoritat Catalana de la Competència és l'òrgan competent per instruir i resoldre l'expedient sobre la denúncia presentada contra la campanya «Consum Estratègic», a l'empara de les competències executives previstes a l'article 154.2 EAC i en aplicació de l'article 1 de la Llei 1/2002, de 21 de febrer, de coordinació de les competències de l'Estat i les comunitats autònomes en matèria de defensa de la competència. Aquest darrer precepte, interpretat d'acord amb el sistema de distribució constitucional i estatutari de competències, segons el qual l'assumpció per part de l'Estat de la potestat sancionadora és excepcional i únicament esdevé legítima si s'evidencia de forma clara i suficient un efecte extraterritorial significatiu o una alteració substancial del conjunt del mercat estatal per part de la conducta denunciada, exigències que en aquest cas no concorren ni es dedueixen ni tan sols indiciàriament.*  
*Adoptada per unanimitat*

El Foment del Treball Nacional va denunciar davant l'Autoritat Catalana de la Competència (ACCO) la campanya «Consum Estratègic», desenvolupada per l'Assemblea Nacional Catalana. L'ACCO, regulada per la Llei 1/2009, de 12 de febrer, en va obrir expedient i es va considerar l'òrgan competent per conèixer de l'assumpte i resoldre'l. En aplicació de la Llei 1/2002, de 21 de febrer, de coordinació de les competències de l'Estat i les comunitats autònomes en matèria de defensa de la competència (Llei 1/2002), i tal com disposen els seus articles 2.1 i 5.dos.a, l'ACCO va dirigir un ofici a la directora de Competència de la Comissió Nacional dels Mercats i la Competència (CNMC) notificant-li la presentació de la denúncia per part de FTN i comunicant-li la seva competència per instruir l'expedient esmentat. La CNMC, regulada per la Llei 3/2013, de 4 de juny, respon a l'ACCO que considera de la seva competència la conducta notificada. Mentrestant, a mode de contraproposta i perquè en dissenteix, l'ACCO emet diversos informes on reitera el seu parer i realitza una sèrie de diligències prèvies i requeriments d'informació a l'ANC quant al disseny tècnic i el funcionament de la campanya. Davant del desacord constatat, a l'empara de l'article 2.1, paràgraf cinquè, de la Llei 1/2002, la CNMC sol·licita la convocatòria de la Junta Consultiva en Matèria de Conflictes (JCC), la qual emet un Dictamen on avala la CNMC com a òrgan competent per gestionar l'expedient de la denúncia. Aquest intercanvi d'escrits entre l'ACCO i la CNMC, un cop emès el Dictamen de la JCC, es tanca mitjançant un altre ofici de la CNMC, on conclou definitivament que es considera competent per tramitar l'expedient de la denúncia contra la campanya de l'ANC i requereix a l'ACCO la remissió de l'original de tota la documentació, així com també que informin el denunciador d'aquesta remissió. L'ACCO ha fet efectiu el dit mandat i, així, resta expedita la via perquè la CNMC gestioni el procediment sancionador regulat a la Llei 15/2007, de 3 de juliol, de defensa de la competència (art. 49 a 54) i desenvolupat pel Reial decret 261/2008, de 22 de febrer, pel qual s'aprova el Reglament de defensa de la competència. En concret, per presumpta comissió d'una conducta prohibida, que hauria tingut per objecte produir o poder produir l'efecte d'impedir, restringir o falsejar la competència en tot o part del mercat nacional (art. 1 a 6 Llei 15/2007).

En el supòsit objecte del Dictamen les parts en conflicte no qüestionen que la competència material que resulta afectada és la relativa a la defensa de la competència ni tampoc a qui correspon la seva titularitat en abstracte segons el bloc de la constitucionalitat, sinó que el sol·licitant divergeix de la interpretació i aplicació que ha fet la CNMC dels punts de connexió establerts a l'article 1 de la Llei 1/2002, en el marc del procediment de resolució de conflictes previst (art. 2.1), per assumir la competència executiva respecte a la tramitació, instrucció i

PALAU CENTELLES

Baixada de Sant Miquel, 8 - 08002 Barcelona

Tel. + 34 933 176 268 Fax + 34 933 181 720

consell@cge.cat

resolució d'un expedient administratiu sancionador concret. Per tant, es tracta de determinar a quin òrgan, l'estatal (CNMC) o l'autonòmic (ACCO), correspon l'exercici efectiu d'aquesta competència.

En l'àmbit de la defensa de la competència, les divergències que puguin provenir de les comunitats autònomes en l'exercici de les seves competències són força limitades quant al marge de decisió de què disposen. D'una banda, la normació del sector ha estat dictada de forma acabada amb caràcter uniforme per a tot l'Estat, alhora que es compta amb una consolidada doctrina dels òrgans estatals en aquest àmbit material d'actuació administrativa. I, de l'altra, la mateixa Llei 1/2002 conté un conjunt de mecanismes per garantir l'homogeneïtat. D'entrada, a fi d'evitar una decisió preventiva sobre l'òrgan competent quan no hi ha dades suficients per adoptar-la, preveu que es pugui iniciar el referit procediment de resolució de conflictes amb posterioritat a la incoació del procediment, fins i tot en la fase final de resolució, de manera que la convocatòria de la JCC interromp automàticament el procés en curs i suspèn el termini per resoldre i notificar la resolució (art. 2.4). Addicionalment, estableix un seguit de mecanismes de coordinació, destinats precisament a solucionar aquesta situació entre els òrgans implicats (art. 5.tres, primer par.; art. 5.u; art. 5.dos; art. 5.quatre; art. 4, i art. 2.6).

No és objecte del Dictamen examinar la campanya «Consum Estratègic» des d'una perspectiva de fons, en el sentit de si les accions que la integren constitueixen o no una conducta prohibida en aplicació de la LDC. No pertoca, doncs, efectuar un examen complet i acabat de la conducta ni del mercat de referència o de la quota afectada, ja que això correspondria a l'òrgan competent per a la instrucció i resolució de l'expedient de la denúncia. Tanmateix, cal analitzar mínimament la naturalesa de la campanya, a partir de la descripció dels seus elements principals i de la seva finalitat, per poder determinar, primerament, on es realitza aquesta conducta i quin és el mercat geogràfic destinatari de les seves accions i, segonament, si té o no efectes extraterritorials i si incideix en el conjunt del mercat estatal, atès que aquests elements són els punts de connexió determinants per fixar l'òrgan de defensa de la competència al qual pertoca la potestat instructora i, si s'escau, sancionadora, en relació amb una conducta concreta.

La Llei 1/2002 preveu que la competència executiva correspon a l'Estat quan es tracti de conductes que «alteren o puedan alterar la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional» (art. 1.1), i que pertoca a les comunitats autònomes les que l'alterin o la puguin alterar en l'àmbit de la respectiva comunitat autònoma i «sin afectar a un ámbito superior al de una Comunidad Autónoma o al conjunto del mercado nacional» (art. 1.3). Hi afegeix que l'Estat també n'assumeix les funcions executives malgrat que les conductes es realitzin en el territori d'una comunitat autònoma quan es consideri que afecten un àmbit supraautonòmic o el conjunt del mercat estatal, situació que es determina a partir de la valoració d'un ventall de conceptes jurídics indeterminats (art. 1.2.a i .b). Es tracta de punts de connexió controvertits perquè, d'una banda, si s'interpreten conforme a un criteri excessivament ampli del concepte d'extraterritorialitat i sense matisos (qualsevol efecte extraterritorial deriva automàticament en l'atribució de la competència de l'Estat), es vulnera la distribució constitucional i estatutària de competències en la matèria, ja que porta a un buidament il·legítim de les facultats executives de les comunitats autònomes. No s'ha d'oblidar que, d'entrada, seria molt difícil excloure que una actuació que altera o pot alterar la lliure competència, realitzada en una comunitat autònoma, no produeixi algun tipus d'efecte reflex més enllà del seu territori, atesa la realitat de la unitat de mercat mateixa. I, de l'altra, perquè els criteris de valoració emprats per atribuir a l'Estat el coneixement de les conductes que es realitzen en territori autonòmic (art. 1.2.a i .b Llei 1/2002) són de caràcter indeterminat, genèrics, reiteratius i finalistes i atorguen un excessiu marge d'apreciació quant a l'existència d'un interès supraautonòmic o relatiu al conjunt del mercat estatal.

Per tant, resulta clar que per a l'aplicació de la Llei 1/2002 a l'hora de decidir l'òrgan de defensa de la competència per conèixer d'una determinada conducta cal partir de la premissa que la descentralització de competències executives ha de ser real i efectiva i que l'assumpció estatal d'aquestes és de caràcter excepcional i ha d'estar suficientment fonamentada en una sèrie de condicions taxades. Conseqüentment, els punts de connexió previstos legalment s'han

d'interpretar de forma que amb caràcter general correspongui a les comunitats autònomes l'atribució de les potestats executives quan la conducta anticompetitiva es realitzi en el seu territori, encara que aquesta pugui tenir algun efecte supraautòmic, si és de poca rellevància o significació i no afecta sensiblement el conjunt del mercat espanyol.

Segons la documentació consultada, les accions integrants de la campanya se circumscriuen, a priori, al mercat geogràfic de Catalunya, de manera que cal dilucidar si produeix un impacte que vagi més enllà d'aquest àmbit territorial i, si fos així, si aquest és d'una intensitat suficient com per causar una afectació significativa en un àmbit supraautonòmic o en el conjunt del mercat estatal. Sobre aquesta qüestió, no és admissible que qualsevol conducta o acció que es realitzi en una comunitat autònoma amb previsible afectació fora d'aquesta comporti un desplaçament automàtic de les funcions executives en favor de l'Estat sense una mínima anàlisi de les circumstàncies de cada assumpte, a partir de fets concrets i d'elements quantitius (dades més o menys objectivables). Una interpretació en contra equivaldria a fer un judici apriorístic, que portaria a una vulneració de la distribució de competències en la matèria quant a l'aplicació de l'article 149.1.13 CE. Així, només li correspondrien a l'Estat les facultats sancionadores respecte de pràctiques que es desenvolupin a la comunitat autònoma quan, de forma substancial i d'acord amb factors objectius de dret o de fet, perjudiquin o puguin perjudicar significativament les condicions de competència en un mercat d'àmbit geogràfic superior a l'autonòmic o tinguin un caràcter estructural que pugui afectar la configuració real del mercat únic d'àmbit estatal.

Segons les dades de què es disposa referides al desenvolupament de les diverses accions de la campanya, es pot apreciar que tant les actuacions de divulgació en fires com la impartició de conferències han transcorregut únicament i exclusiva a Catalunya. Atesa la naturalesa mateixa d'aquestes actuacions i l'àmbit territorial on s'han desenvolupat, és evident que no es planteja en aquests casos que puguin tenir efectes supraautonòmics ni cap impacte de forma més o menys tangible sobre el conjunt del mercat espanyol. Pel que respecta a la creació del lloc web «<http://consumestrategic.cat>», s'aprecia també que té una projecció restringida a Catalunya i que els seus efectes se ceneixen essencialment al territori d'aquesta Comunitat Autònoma, tant pel que fa al col·lectiu de consumidors com al de proveïdors als quals està destinada la campanya (consumidors amb un domicili corresponent a un codi postal d'un municipi de Catalunya i empreses que poden proveir determinats productes i serveis en aquests municipis). La mateixa operativa del citat lloc web no permetia l'accés a la informació sobre les empreses inscrites si no s'introduïa un codi postal corresponent a un municipi de Catalunya.

El fet que, com es desprèn de la documentació examinada, el lloc web permetés temporalment inserir codis postals d'altres parts del territori de l'Estat no altera l'anterior conclusió. Sense entrar a valorar per què es va produir aquesta situació, la realitat és que es va mantenir només durant un lapse de temps molt breu comprès, aproximadament, entre el 20 de juny i mitjan mes d'agost de 2019 (Informe de posicionament de l'ACCO en el marc de la Junta Consultiva en Matèria de Conflictes, de 16 de gener de 2020). A la documentació anterior es diu que els titulars d'aquests codis postals erronis no constaven a la base de dades ni eren destinataris de les accions tendents a influir en els seus hàbits de consum.

Quant a l'accés a un lloc web, és cert que pot fer-se des de qualsevol indret del territori espanyol o fins i tot des de l'estranger, tot i que aquest no és un argument determinant per centralitzar la competència en un òrgan estatal. Així, resulta evident que de la naturalesa de la campanya es desprèn clarament que estava articulada per produir efectes localitzats en el teixit comercial del territori català, perquè el registre d'usuaris i proveïdors, que es nodreix de dades lligades als codis postals de Catalunya, és la principal eina per a la captació d'empreses i consumidors i que la introducció d'un codi postal de municipis catalans era imprescindible per ser destinatari de les accions preteses amb la campanya. Per tant, la simple consulta de la llista de «proveïdors estratègics» des d'altres indrets de fora del mercat geogràfic de Catalunya mitjançant el lloc web no assoleix la categoria d'efecte extraterritorial propi de la campanya. I, en qualsevol cas, no suposa de cap manera una afectació supraautonòmica rellevant ni estructural per a la mateixa configuració del conjunt del mercat espanyol que justifiqui la privació a la Generalitat de les competències executives estatutàriament assumides.

Resulta evident que la conducta denunciada té una projecció acotada substancialment a Catalunya, ja que està dirigida i centrada en les pràctiques comercials que es desenvolupen en el seu mercat geogràfic, de forma que no produeix efectes rellevants o significatius més enllà d'aquest mercat. Per tant, a l'empara de l'article 1.3 de la Llei 1/2002, interpretat respectuosament amb la doctrina constitucional de l'excepcionalitat de la centralització de competències executives en l'Estat, la competència sobre la instrucció i resolució del corresponent procediment sancionador pertoca a l'ACCO, de conformitat amb el marc de distribució de competències i la interpretació ajustada a aquest de l'esmentada Llei de coordinació, segons el qual la regla general d'atribució de la competència executiva en aquesta matèria se situa en la titularitat de les comunitats autònomes. Així, únicament esdevindria legítim el seu desplaçament cap a l'Estat si s'acredita de forma clara i suficient un efecte extraterritorial apreciable o una alteració substancial del conjunt del mercat estatal. I és evident que aquestes exigències no s'acrediten ni es dedueixen ni tan sols indiciàriament.

Pel que fa a la potencial afectació d'empreses que operen també fora del mercat territorial català (empreses IBEX 35 o que volguessin establir-se o introduir-se en el mercat geogràfic català), no hi ha uns mínims indicis en els quals sustentar-la. D'acord amb la naturalesa de la conducta de la campanya, no es dona la situació necessària per atribuir la competència a l'Estat. Res no indica que es puguin produir alguns efectes prou substantius per invocar l'aplicació dels conceptes jurídics emprats per l'article 1.2 de la Llei 1/2002, com ara la unitat del mercat nacional, la modalitat i l'abast de la restricció, els seus efectes sobre els competidors efectius o potencials, l'establiment d'un equilibri econòmic adequat i just entre les diferents parts del territori espanyol, l'obstaculització, directa o indirecta, de la lliure circulació i l'establiment de les persones i la lliure circulació de béns o el perjudici per a la igualtat dels espanyols, per privar l'ACCO de les seves potestats executives respecte de la campanya «Consum Estratègic». Les accions derivades de la campanya afectaven exclusivament usuaris i proveïdors que residissin o actuessin a Catalunya, alhora que les empreses inscrites no es concentraven en cap sector concret del mercat més enllà que havien de complir un seguit de característiques previstes a la campanya i oferir productes i serveis en territori català. S'ha d'insistir que no es desprèn d'entrada ni de manera indiciària que la conducta fos susceptible de produir una afectació d'intensitat suficient com per obstaculitzar l'accés al mercat català d'altres empreses que no reunissin les esmentades característiques o per entorpir de forma apreciable les relacions comercials entre aquesta part del territori i la resta del mercat espanyol.

Ultra això, tenint present que la difusió pública de la campanya i el seu lloc web van ser suspesos cautelarment, i sense pretendre efectuar una anàlisi en profunditat de la quota de mercat afectat o dels efectes produïts sobre els competidors efectius o potencials, segons les dades de què es disposa i dit amb tota prudència, no es pot tampoc arribar a la conclusió que hagi existit una afectació rellevant en el mercat de la contractació dels serveis que presten «els proveïdors estratègics» com a conseqüència de la dita campanya.

A criteri del Consell, l'element determinant per concretar l'òrgan competent rau principalment en la identificació de l'àrea territorial en la qual es projecta l'actuació del presumpte infractor, més que no pas en la procedència geogràfica d'altres empreses que també operen en el mercat concernit, llevat que l'afectació d'aquestes fos suficientment apreciable en el moment de determinar l'òrgan competent per instruir i resoldre el procediment sancionador.

Després de les observacions anteriors, cal afegir que ni la JCC ni, posteriorment, la CNMC efectuen el necessari raonament justificatiu que fonamenti la centralització excepcional de la competència executiva sobre la base dels potencials perjudicis ocasionats a les empreses que operen en altres parts del territori espanyol (per totes, STC 71/2018, FJ 3.b). Així, no aporten, ni tan sols a nivell indiciari, cap dada ni argument prou convincent que permeti extreure'n una conclusió d'aquest tipus.

Aquesta invocació en abstracte i preventiva de principis legals genèrics i indeterminats (garantia de la unitat de mercat; igualtat de drets en tot el territori dels operadors econòmics sense discriminació per raó de residència o establiment; accés lliure a les activitats

econòmiques, etc.) que es consideren vulnerats per uns hipotètics i no demostrats efectes extraterritorials per justificar la competència executiva a l'Administració estatal no constitueix una aplicació dels punts de connexió respectuosa amb la distribució constitucional i estatutària de competències. Amb més raó encara si aquests principis que invoca l'Estat, per molt que puguin tenir una semblança, no són els que preveu la Llei 1/2002 per aplicar els punts de connexió i determinar a quin ens correspon la competència, sinó que són principis que estan recollits per una altra llei (Llei 20/2013) que no té aquesta missió.

Igualment, tampoc no es pot invocar l'afectació a la unitat de mercat mitjançant l'establiment d'obstacles o barreres en l'accés al mercat geogràfic de Catalunya per centralitzar preventivament l'exercici d'una competència executiva en l'Administració de l'Estat, sense valorar l'abast concret d'aquesta potencial afectació. L'aplicació del títol transversal de l'article 149.1.13 CE exigiria que, per atribuir el coneixement de la conducta denunciada a la CNMC a partir de l'aplicació dels criteris de l'article 1.2.b Llei 1/2002, aquesta conducta tingués o pogués tenir una incidència directa i significativa en l'activitat econòmica general o incidís o pogués incidir de manera estructural en un sector econòmic específic.

Una interpretació tan àmplia dels punts de connexió els desnaturalitza des del punt de vista constitucional i porta a l'anul·lació de l'exercici legítim de les competències executives autonòmiques. La mateixa concepció normativa de la unitat de mercat a l'Estat espanyol, establerta en termes idèntics per a tots els operadors, impedeix concebre els territoris autonòmics com a àmbits o mercats autònoms, aïllats de tot el que succeeix a l'exterior i viceversa. No es pot obviar el concepte ampli d'unitat de mercat tal com l'ha interpretat la doctrina constitucional quan ha sostingut que «la unidad del Estado no es óbice para la coexistencia de una diversidad territorial que admite un importante campo competencial de las Comunidades Autónomas» (STC 79/2017, FJ 2.a, fent citació de la STC 96/2002, de 25 d'abril, FJ 11).

La uniformitat en l'àmbit de la defensa de la competència s'assoleix mitjançant la normativa comuna i no des de la centralització de les competències executives sense justificació suficient. Igualment, contribueix a aquest objectiu d'homogeneïtat la precedent i àmplia doctrina dels òrgans de defensa de la competència estatals en la matèria, així com també altres mecanismes de coordinació, entre els quals destaca l'article 5.tres de la Llei 1/2002. Tractant-se d'una conducta que resulta evident que se centra en l'àmbit del mercat geogràfic de Catalunya, hauria estat molt més respectuós amb la descentralització de competències executives autonòmiques, alhora que més eficaç des d'un punt de vista de bona gestió administrativa, que la CNMC hagués plantejat el conflicte amb posterioritat a la incoació de l'expedient, fins i tot en fase de resolució, en el cas que durant la instrucció s'haguessin posat de manifest elements de supraterritorialitat rellevants (art. 2.4 Llei 1/2002). Per contra, la CNMC ha assumit l'exercici de la potestat sancionadora, de manera preventiva, sense una base suficient per defensar una alteració de la lliure competència en un àmbit supraautonòmic o en el conjunt del mercat nacional. Així, no es pot sostenir la necessitat de verificar i assumir cada expedient autonòmic per evitar una aplicació desigual o per manca de confiança en l'autoritat que l'hauria de resoldre, sense oblidar que els eventuais errors o les possibles actuacions incorrectes són susceptibles de poder-se impugnar davant els tribunals.

En conclusió, es pot afirmar que d'una primera anàlisi de l'acció de la campanya «Consum Estratègic», a través del seu lloc web, es desprèn amb claredat que s'adreça essencialment als consumidors i proveïdors que viuen i operen en el mercat geogràfic de Catalunya, alhora que els seus efectes se circumscriuen substancialment a aquest mercat. En conseqüència, l'article 1.2 de la Llei 1/2002, interpretat d'acord amb el paràmetre constitucional i estatutari de distribució de competències executives en matèria de defensa de la competència, no resulta aplicable en el sentit de traslladar l'exercici de la potestat sancionadora a l'Administració de l'Estat. I això anterior perquè, en aquesta fase d'atribució de la competència executiva a l'òrgan competent per resoldre i instruir l'expedient de la denúncia, ni tan sols indiciàriament no s'aprecia que la dita actuació projecti efectes supraautonòmics o extraterritorials de suficient rellevància o entitat, ni tampoc que hagi pogut afectar de manera apreciable o estructural el conjunt del mercat estatal.