



CONSELL DE GARANTIES ESTATUTÀRIES
DE CATALUNYA

**D I C T A M E N 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»**

El Consell de Garanties Estatutàries, amb l'assistència del president Joan Egea Fernández, del vicepresident Pere Jover Presa, del conseller Jaume Vernet Llobet, del conseller secretari Àlex Bas Vilafranca, dels consellers Francesc de Paula Caminal Badia i Carles Jaume Fernández, de la consellera Margarida Gil Domènech i del conseller Joan Vintró Castells, ha acordat emetre el següent

D I C T A M E N

Sol·licitat pel Govern de la Generalitat sobre les actuacions de la Comissió Nacional dels Mercats i la Competència de 29 de juliol, 7 d'agost i 4 d'octubre de 2019, i de 3 de març de 2020, així com el Dictamen de 21 de febrer de 2020 de la Junta Consultiva en Matèria de Conflictes.

ANTECEDENTS

1. El dia 14 de maig de 2020 va tenir entrada en el Registre del Consell de Garanties Estatutàries un escrit del conseller d'Acció Exterior, Relacions Institucionals i Transparència, de 13 de maig (Reg. núm. 2020000228), pel qual, segons el que preveuen els articles 16.2.b, 23.g i 31.2 de la Llei 2/2009, de 12 de febrer, del Consell de Garanties Estatutàries (LCGE), es comunicava al Consell l'Acord del Govern de 12 de maig de 2020, de sol·licitud d'emissió de dictamen sobre l'adequació a l'Estatut i a la Constitució de les actuacions de la Comissió Nacional dels Mercats i la Competència, en la instrucció i resolució de l'expedient «Campaña Consumo Estratégico», manifestada en els seus escrits de 29 de juliol, 7 d'agost i 4 d'octubre de 2019, i de 3 de març de 2020, així com del Dictamen de 21 de febrer de 2020 de la Junta Consultiva en Matèria de Conflictes, emès de conformitat amb el que prescriuen els articles 2 i 3 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.

El Govern de la Generalitat, el dia 14 d'abril de 2020, va formular el requeriment previ d'incompetència al Govern de l'Estat amb relació als actes i l'informe esmentats, de conformitat amb l'article 31.2 LCGE. El text del requeriment s'adjunta com a annex a la sol·licitud de dictamen. En la data d'emissió d'aquest Dictamen, però, no ens consta que aquest requeriment hagi obtingut encara resposta.

El sol·licitant demana el dictamen d'aquest Consell, que té caràcter preceptiu segons l'article 76.3 EAC, per al cas que es decidís plantejar un conflicte de competència.

2. El Consell de Garanties Estatutàries, en la sessió del dia 15 de maig de 2020, després d'examinar la legitimació i el contingut de la sol·licitud, de conformitat amb els articles 23.g, 24 i 25, apartats 1 a 3, LCGE, va acordar la seva admissió a tràmit, es va declarar competent per emetre el dictamen corresponent i en va designar ponent el conseller senyor Carles Jaume Fernández.

3. En la mateixa sessió, a l'empara de l'article 25 LCGE, apartat 4, i de l'article 35, apartat 1, del Reglament d'organització i funcionament del Consell, va acordar adreçar-se al Govern i a l'Autoritat Catalana de la Competència a fi de sol·licitar-los la informació i la documentació complementàries de què disposessin amb relació a la matèria sotmesa a dictamen.

4. En data 19 de maig de 2020 es va rebre en el Registre del Consell (Reg. núm. 2020000231) un escrit del director general de l'Autoritat Catalana de la Competència, de 18 de maig, que adjuntava, com a documentació complementària, una nota interna elaborada per l'ACCO així com la documentació relativa a l'expedient 118/2019 «Consum Estratègic ANC».

5. Finalment, després de les corresponents sessions de deliberació del Consell, el dia 29 de maig de 2020 ha tingut lloc la votació i l'aprovació d'aquest Dictamen, d'acord amb el que preveuen els articles 31.2 LCGE i 38 del Reglament d'organització i funcionament del Consell.

FONAMENTS JURÍDICS

Primer. L'objecte del Dictamen

Com hem avançat en els antecedents, el Govern, d'acord amb els articles 16.2.b, 23.g i 31.2 de la LCGE i després de dirigir el corresponent requeriment d'incompetència al Govern de l'Estat, ha sol·licitat dictamen d'aquest Consell, amb caràcter previ al plantejament d'un conflicte de competència davant el Tribunal Constitucional, amb relació a un seguit d'actuacions de la Comissió Nacional dels Mercats i la Competència per les quals aquesta entitat assumeix la competència per tramitar i resoldre l'expedient sancionador relatiu a la denúncia interposada per Foment del Treball Nacional davant l'Autoritat Catalana de Defensa de la Competència sobre la campanya de l'Assemblea Nacional Catalana denominada «Consum Estratègic», com també amb relació al Dictamen de la Junta Consultiva en Matèria de Conflictes, de 21 de febrer de 2020, que confirma la competència de la Comissió, emès a l'empara del que disposa 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.

A fi i efecte de delimitar l'objecte del nostre parer consultiu, en aquest primer fonament jurídic descriurem breument les actuacions administratives qüestionades pel Govern i l'iter del procediment administratiu del qual formen part, com també el context normatiu, estatal i autonòmic, on principalment s'insereixen. Seguidament, resulta oportú exposar succintament el posicionament global dels òrgans autors dels esmentats actes amb relació al supòsit en litigi i, de forma subsegüent, el contingut de la petició del Govern. A l'últim, indicarem l'estructura d'aquest Dictamen per donar complida resposta a totes les qüestions suscitées.

1. En data 19 de juliol de 2019, Foment del Treball Nacional (en endavant, FTN) va denunciar davant l'Autoritat Catalana de la Competència (en endavant, ACCO o Autoritat catalana) la campanya «Consum Estratègic», desenvolupada per l'Assemblea Nacional Catalana (en endavant, ANC). L'ACCO, regulada per la Llei 1/2009, de 12 de febrer, va obrir l'expedient AC 118/2019-CONSUM ESTRATÈGIC i en la Nota succinta de 25 de juliol de 2019 es va considerar l'òrgan competent per conèixer de l'assumpte esmentat 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 (en endavant, Llei 1/2002), i tal com disposen els seus articles 2.1 i 5.dos.a, el 25 de juliol l'Autoritat catalana va dirigir un ofici a la directora de Competència de la Comissió Nacional dels Mercats i la Competència (en endavant, CNMC) notificant-li la presentació de la denúncia per part de FTN i comunicant-li la competència de l'ACCO per instruir l'expedient esmentat.

A partir d'aquest ofici, es desenvolupa el procediment previst a la citada Llei 1/2002 com a mecanisme generalitzat per a la resolució de conflictes en l'àmbit de la defensa de la competència; mecanisme que, entre d'altres, s'estén a totes les denúncies i conductes detectades d'ofici per les autoritats autonòmiques respecte a les quals hi hagi indicis racionals d'infracció (art. 2.1). A tall de síntesi, es pot dir que el dit procediment deixa en suspens l'exercici de la competència executiva autonòmica perquè l'òrgan notificant no pot tramitar l'expedient fins que no es verifiqui que no hi ha oposició per part de l'organisme estatal corresponent i n'obtingui així una confirmació, ja sigui expressa de la seva potestat sancionadora o ja sigui tàcita (silenci positiu si no comunica la seva opinió en contra en el termini de 15 dies). Els criteris de referència per determinar a qui correspon el seu exercici són els

que recull l'article 1 de la mateixa Llei 1/2002, als quals farem referència més endavant en aquest Dictamen.

Pel que ara interessa, la CNMC, regulada per la Llei 3/2013, de 4 de juny, en l'ofici de 29 de juliol de 2019, respon a l'ACCO que considera de la seva competència la conducta notificada, i així ho manifesta en els subsegüents oficis de 7 d'agost i 4 d'octubre de 2019. Mentrestant, a mode de contraproposta i perquè en dissenteix, l'ACCO emet diversos informes on reitera el seu parer (informes d'1 d'agost, de 19 de setembre i de 23 d'octubre de 2019) i realitza una sèrie de diligències prèvies i requeriments d'informació a l'ANC quant al disseny tècnic i el funcionament de la campanya (provisions de 12 d'agost i 2 de setembre de 2019).

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 (en endavant, JCC), la qual emet un Dictamen, en data 21 de febrer de 2020, on avala la CNMC com a òrgan competent per gestionar l'expedient de la denúncia. En aquest sentit, cal assenyalar que, segons l'article 3 de la citada Llei, la Junta és un òrgan col·legiat de naturalesa arbitral, creat pel legislador estatal i adscrit a l'Administració general de l'Estat, en la composició del qual es preveu la participació de representants de les comunitats autònomes. Malgrat aquesta composició paritària, però, el vot del seu president (designat pel Ministeri corresponent) té caràcter diriment. Altrament, cal indicar que els seus dictàmens no són vinculants per a les parts si bé, tal com es desprèn del cas que ens ocupa, tenen com a efecte immediat finalitzar aquest específic procediment entre les administracions públiques implicades i obrir la via perquè l'òrgan «que se considere competente» pugui iniciar-ne l'expedient (art. 2.1, par. sisè, Llei 1/2002).

Aquest intercanvi d'escrits entre l'ACCO i la CNMC durant els mesos de juliol a octubre de 2019, un cop emès el Dictamen de la JCC, es tanca mitjançant un altre ofici de la directora de Competència de la CNMC, de 3 de març de 2020, en què aquesta entitat 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 del dit expedient, així com també que informin el denunciador d'aquesta remissió a aital Direcció. L'ACCO ha fet efectiu el dit mandat mitjançant l'ofici de 10 de març de 2020. D'aquesta manera, resta expedida 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).

Ara bé, en la mesura que la competència o incompetència de l'òrgan que tramita o resol un procediment no pot derivar del mecanisme dissenyat per l'article 2 de la Llei 1/2002 sinó del que disposen la Constitució i l'Estatut, aquest mateix precepte legal estableix que el resultat precedent no obsta per a l'aplicació del que preveu el capítol II del títol IV de la LOTC, és a dir, la interposició del corresponent conflicte de competència en seu jurisdiccional constitucional per part de l'altre òrgan que, malgrat tot, es continua considerant competent per instruir l'expedient en litigi (art. 2.1, sisè par., Llei 1/2002).

Arribats a aquest punt, cal fer algunes consideracions sobre la funcionalitat d'aquest conflicte constitucional que, atès el concret procediment administratiu del que porta causa, tindrà per objecte delimitar les competències de l'Estat i de la comunitat autònoma en relació amb un precís

acte d'execució de la legislació de defensa de la competència: la instrucció i la resolució de l'expedient sancionador relatiu a una concreta actuació que pot ser restrictiva de la lliure competència. Es tractaria, doncs, de delimitar l'àmbit territorial de les competències executives en matèria de defensa de la competència prenent com a referència aquest cas concret, el paràmetre competencial aplicable i el significat i l'abast dels conceptes legals que actuen com a criteris per a l'atribució d'aquell acte d'execució (art. 1 Llei 1/2002).

Molt sintèticament, cal recordar que el Tribunal Constitucional ha defensat en reiterada jurisprudència que allò essencial en el conflicte de competències no és la naturalesa de l'acte que es discuteix, sinó que mitjançant aquest acte un ens públic afirmi posseir una competència enfront d'un altre ens al qual se li nega l'atribució, de manera que cal determinar a quin ens públic correspon la competència controvertida (STC 143/1985, de 24 d'octubre, FJ 3, entre d'altres). Entén que en molts casos el que es discuteix és la determinació del criteri legal (punt de connexió) per delimitar l'abast territorial d'una competència i no la seva titularitat, a partir de la impugnació dels diferents actes concrets (STC 44/1984, de 27 de març, FJ 1). La jurisprudència admet, també, el plantejament del conflicte sobre qualsevol tipus d'acte administratiu, com ara actes de tràmit, circulars o instruccions, comunicacions, comunicats de col·laboració o, fins i tot, una actuació material (per totes, STC 95/2002, de 25 d'abril, FJ 4, i, en el mateix sentit, DCGE 11/2017, de 19 de setembre, FJ 2).

Val a dir que la STC 88/1989, d'11 de maig, va establir la distinció entre controvèrsies competencials i controvèrsies sobre qüestions de fet i va declarar inadmissible el conflicte llavors plantejat per manca del pressupòsit per a la jurisdicció reservada al Tribunal Constitucional, ja que es «limita a discutir el ejercicio concreto de esa competencia en relación a supuestos específicos, dentro de unos límites competenciales sobre los que existe acuerdo». D'aquesta forma, considera que un conflicte només pot plantejar-

se «para definir los límites externos de la competencia y del correspondiente poder estatal o autonómico, pero no para verificar el ejercicio concreto dentro de tales límites» (FJ 2).

Nogensmenys, la STC 71/2012, de 16 d'abril, primera i única sentència dictada en aplicació del procediment de resolució de conflictes previst a la Llei 1/2002 fins avui, separant-se de l'anterior resolució, examina un supòsit de fet concret (la negativa injustificada d'una empresa a adjudicar a una altra una taquilla de venda de bitllets en una estació per a l'explotació d'una línia d'autobusos) per dirimir a quin òrgan correspon la funció executiva per tal d'instruir l'expedient sancionador d'aquesta conducta.

2. Fetes les consideracions anteriors, i abans de referir-nos a la sol·licitud del Govern, cal exposar molt breument quin és el posicionament global dels òrgans que intervenen en el procediment descrit, atès que permeten situar millor en el seu context els termes del conflicte. I ho farem a partir del contingut dels oficis, les actuacions i els informes de cadascun d'ells, part dels quals s'adjunten a la petició de dictamen i d'altres consten a l'expedient tramès per l'ACCO com a documentació complementària (en aquest darrer cas, informes de posicionament de la CNMC i l'ACCO en el marc de la Junta Consultiva en Matèria de Conflictes, de 15 i 16 de gener de 2020, respectivament).

a) La CNMC considera que la conducta denunciada té un abast superior a l'àmbit autonòmic català per diverses raons que, en síntesi, són: en primer lloc, que els consumidors als quals es dirigeix la campanya i que siguin afins als objectius polítics de l'ANC poden residir més enllà del territori català, i, per tant, les decisions de consum i les transaccions afectades es podrien produir fora de la Comunitat Autònoma. Així, de la informació aportada per l'ANC a l'ACCO es desprèn que, en el període comprès entre el mes d'octubre de 2018 i el 6 de setembre de 2019, es van registrar 305 consumidors amb

codis postals erronis, inexistents o corresponents a localitats de fora de Catalunya. En aquesta línia, per a la CNMC, l'únic element determinant per atribuir la competència és on es produeixen els efectes de les conductes analitzades i si aquestes tenen o no transcendència supraautonòmica, amb independència de si aquesta potencial afectació és més o menys rellevant. Ara bé, dit això, afegim que en aquest cas els efectes supraautonòmics no poden considerar-se irrellevants, tenint en compte que el filtre selectiu de codi postal és simbòlic i que la finalitat principal del web es compliria amb la mera visualització de les empreses inscrites, cosa que es podria aconseguir mitjançant la introducció d'un codi postal català a l'atzar i sense necessitat de registre.

En segon lloc, la Direcció de Competència assenyala que no totes les empreses inscrites en el lloc web operen exclusivament en territori català sinó que algunes desenvolupen la seva activitat econòmica i comercial en altres localitats fora d'aquell i que, per tant, poden subministrar els seus productes i serveis a consumidors situats fora de Catalunya que tinguin accés al web, estiguin o no registrats.

Adicionalment, conclou que la implantació geogràfica de les empreses perjudicades, local i nacional, i d'alguna de les empreses «estratègiques» inscrites al lloc web, i la transcendència pública de les accions impulsades per l'ANC, que «han tenido como objeto prioritario sectores regulados y estratégicos de la economía», determinen que aquesta compartimentació té efectes més evidents i comporta l'exclusió de les empreses perjudicades del territori català i l'obstaculització de la lliure circulació de béns al territori nacional.

b) Per part seva, també l'ACCO es considera la instància competent per conèixer de l'assumpte controvertit i resoldre'l perquè, al seu parer, l'àmbit afectat per la conducta suposadament restrictiva de la competència queda

limitat al territori de Catalunya d'acord amb les consideracions que tot seguit referenciem succintament. Defensa que els potencials efectes de la conducta se circumscriuen al territori català en la mesura que l'àmbit d'actuació de l'ANC s'estén únicament a aquest, i que, a més, el destinatari de les recomanacions no és el conjunt de la ciutadania catalana sinó únicament un col·lectiu determinat que resideix a Catalunya i, per tant, les transaccions afectades seran les que aquests realitzin i que tenen lloc a la Comunitat Autònoma. De fet, en el cas que la conducta pogués arribar a comportar una limitació a l'entrada al mercat, el mercat afectat seria el català.

Des del punt de vista de la demanda (consumidors de béns i serveis), l'ACCO indica que el web de la campanya només permet la inscripció de consumidors que tinguin el seu domicili a Catalunya, de manera que no són vàlids per al seu registre aquells consumidors que faciliten codis postals que no pertanyin al territori català. Quant als consumidors que van poder registrar-se al lloc web durant el període de temps en el qual no s'havia incorporat el filtre del codi postal català (entre el 20 de juny de 2019 i fins a meitat d'agost de 2019), únicament el 2,89 % va consignar un codi no vàlid per a l'ANC perquè era erroni, inexistent o de fora de Catalunya. I, a més, l'Autoritat catalana precisa que aquest col·lectiu no és destinatari de cap acció per part de l'ANC dirigida a influir en els seus hàbits de consum, atès que no forma part de la base de dades de l'entitat. Des del punt de vista de l'oferta (proveïdors de béns o serveis), les empreses inscrites o que volen inscriure's al lloc web han d'especificar la zona geogràfica en la qual operen en l'àmbit de Catalunya.

Respecte a la possible afectació a empreses nacionals o internacionals que volguessin entrar en el mercat català, apunta que la identitat de les empreses presumptament perjudicades, el lloc on es troben domiciliades o el mercat en el qual actuen són criteris extralegals que no determinen l'àmbit geogràfic on es produeixen o es poden produir els efectes de la pràctica sobre competidors i sobre consumidors i usuaris i que no es poden utilitzar

per a la distribució competencial, encara menys tenint en compte que tots els elements materials delimiten clarament que el mercat afectat és el català.

c) Pel que fa al Dictamen de la JCC, comença la seva argumentació descartant que sigui rellevant per titllar la conducta com a deslleial la naturalesa mateixa de l'ANC i el fet que no actuï en el mercat ni mantingui relacions de competència amb subjectes operadors d'aquest. Seguidament, recull els arguments de la CNMC i de l'ACCO i efectua una referència descriptiva de com està regulada la unitat de mercat a la Llei 20/2013, de 9 de desembre (art. 3, 16, 18 i 19, malgrat que aquest darrer ha estat declarat inconstitucional per la STC 79/2017, de 22 de juny). Més endavant, recorda quins són els punts de connexió de l'article 1.1 i .2 de la Llei 1/2002 i entra a valorar els efectes de la campanya. En aquest sentit, en un primer moment, considera que la campanya, segons la perspectiva que s'adopti, té com a finalitat perjudicar, i fins i tot impedir, l'activitat de les empreses que no comparteixin el seu ideari polític, estiguin establertes o no a Catalunya, o bé afavorir les que sí que el comparteixin.

Entén que aquesta finalitat pot arribar a considerar-se «indiciaria» de la capacitat de la conducta denunciada perquè afecta la lliure competència més enllà de l'àmbit autonòmic, «pues aunque su finalidad directa se agote en principio en tal ámbito, no puede dejar, por su propio objeto, de repercutir con mayor o menor efecto en empresas que desbordan Cataluña». No obstant aquesta primera impressió, prenent com a referència els criteris de l'article 1.2.a de la Llei 1/2002, constata que no existeix prova «suficientemente concluyente, en este momento y concreto caso, como para afirmar la concurrencia en el mismo de la posibilidad de la alteración de la libre competencia en un ámbito supraautonómico». Per tant, atès l'estat inicial de les actuacions en conflicte, declara que no pot prendre «una decisión sobre la pertenencia de la competencia para conocer del asunto», ja que fer-ho suposaria que «prácticamente toda conducta de las características

de la desplegada per la ANC tendria, por su propio objeto, efectos supraautonómicos». Finalitza aquesta part de l'argumentació tot dient, de manera una mica confusa, que, «[n]o siendo preciso para resolver la cuestión sometida a dictamen ahondar en el análisis de la potencia o no de la conducta enjuiciada para alterar efectivamente las condiciones de la libre competencia en un ámbito supraautonómico, procede concluir, des del punto de vista ahora examinado, la inexistencia en este caso concreto de base suficiente para determinar, de manera inequívoca, la titularidad de la competencia controvertida».

Malgrat aquesta afirmació, continua la seva anàlisi al·legant que, «[c]omo acaba de anunciarse, la competencia estatal surge no solo por la razón expuesta», i afegeix a continuació que «la alteración de la libre competencia requerida para ello puede derivar asimismo de la afectación e, incluso, mera posibilidad de afectación a la unidad de mercado». Des d'aquesta perspectiva, considera que la campanya suposa l'erecció d'obstacles o barreres a Catalunya dirigits a limitar, si no excloure, tant l'exercici de l'activitat econòmica de les empreses afectades en una part del territori estatal com la lliure circulació en aquesta dels seus productes i serveis (discriminació per raó del domicili social, tracte desigual per raó aliena a la lògica del mercat i facilitació d'avantatges a les empreses beneficiades). En síntesi, considera que per aplicar el punt de connexió (no esmenta quin, però es pot entendre que es refereix a l'art. 1.2.b Llei 1/2002) i atribuir la competència a l'Estat és suficient que la conducta «pueda afectar» la unitat de mercat «no siendo precisa una concreta y determinada afectación». I creu que ho és justament per la clara procedència de l'aplicació analògica de les directrius i la jurisprudència comunitàries relatives als articles 101 i 102 TFUE «[p]ues, aunque la campaña de la ANC se centre en Cataluña», afecta directament, per la seva finalitat mateixa, la igualtat en l'exercici del dret a la llibertat d'empresa en tot el mercat estatal i, per tant, el seu normal desenvolupament i funcionament.

3. Respecte a la sol·licitud del Govern, que incorpora una descripció detallada de l'iter procedimental que precedeix l'ofici de la CNMC, de 3 de març de 2020, segueix la línia argumental del requeriment tramès a l'Estat en data 15 d'abril de 2020 i el posicionament de l'ACCO. Així, considera que, en atribuir-se la CNMC les funcions executives amb relació a l'inici, la tramitació, la instrucció i la resolució de l'expedient sobre la denúncia de la campanya de l'ANC «Consum Estratègic», s'ha produït una vulneració de la competència de la Generalitat ex article 154.2 EAC, ja que correspon al Tribunal Català de Defensa de la Competència (art. 154.3 EAC) tractar de les activitats econòmiques que es realitzin principalment a Catalunya i que alterin o puguin alterar la competència en el seu àmbit territorial.

Per justificar que aquesta competència executiva hauria de recaure en l'ACCO, cal indicar que el Govern, resumidament, al·lega que: d'una banda, no s'han aplicat correctament els criteris establerts a la Llei 1/2002, que es refereixen al punt de connexió relatiu a l'àmbit supraterritorial, atès que, al seu judici, la conducta denunciada consisteix en una actuació que no té afectació més enllà del territori de Catalunya. I, de l'altra, que la JCC ha invocat un criteri apriorístic de mera afectació al mercat que no està previst legalment, sense cap contrastació empírica, citant exclusivament els preceptes de la Llei 20/2013, de garantia de la unitat de mercat, per justificar la competència de la CNMC. Finalment, el peticionari argumenta que la JCC efectua una aplicació analògica de les directrius i la jurisprudència comunitàries relatives als articles 101 i 102 TFUE, que desvirtua el règim competencial establert constitucionalment i estatutària i que no és aplicable al cas en litigi.

4. Fetes les consideracions anteriors, hem d'assenyalar que, per bé que tots els oficis de la CNMC denunciats pel Govern, així com també el Dictamen de la JCC, configuren un corpus de raonaments que ha portat a l'assumpció de

la competència sancionadora respecte a la conducta de l'ANC denunciada, l'acte que hauria d'impugnar-se davant la jurisdicció constitucional via conflicte de competència, pel fet que és de caràcter resolutori, posa fi al procediment de l'article 2.1 de la Llei 1/2002 i és d'obligatori compliment per a l'ACCO, és l'ofici de la directora de Competència de la CNMC, de 3 de març de 2020. Efectivament, mitjançant aquest acte administratiu, la Comissió declara que confirma el seu posicionament previ i assumeix el de la JCC (el Dictamen de la qual ja hem dit que no és vinculant), raó per la qual es considera l'òrgan competent per instruir i resoldre el corresponent expedient administratiu i reclama a l'ACCO la remissió de l'original de tota la documentació per tal d'iniciar-ne la tramitació.

Esclarit l'anterior i a fi d'analitzar les qüestions que integren l'objecte d'aquest Dictamen, tal com les hem descrit, en el fonament jurídic segon exposarem el paràmetre de constitucionalitat i d'estatutarietat relatiu a la distribució de competències en matèria de defensa de la competència, especialment pel que fa a l'àmbit de les competències executives i la seva centralització excepcional en l'Administració estatal, el qual projectarem en la interpretació de l'abast que s'ha de donar als punts de connexió de l'article 1 de la Llei 1/2002. En aquest mateix fonament jurídic, a tall il·lustratiu, farem també al·lusió al dret comunitari europeu sobre defensa de la competència i als criteris metodològics establerts per al repartiment d'assumptes entre la Comissió i les autoritats estatals de la competència, amb el benentès, però, que, com veurem, no resulten directament aplicables a la matèria ara controvertida, i el clourem amb una breu referència a les competències executives reconegudes a l'ACCO. A l'últim, en el darrer i tercer fonament jurídic, descriurem el supòsit de fet que ens ocupa d'acord amb la documentació de què es disposa, al qual aplicarem el cànon de constitucionalitat i d'estatutarietat per dilucidar a quin òrgan, l'estatal (CNMC) o l'autonòmic (ACCO), correspon l'exercici de la potestat executiva

per instruir i resoldre l'expedient administratiu relatiu a la denúncia de FTN contra la campanya «Consum Estratègic» de l'ANC.

Segon. El marc constitucional i estatutari en relació amb la distribució de competències executives en matèria de defensa de la competència

Una vegada hem concretat l'objecte del Dictamen, ens correspon tot seguit analitzar el cànon de constitucionalitat i d'estatutarietat aplicable en matèria de defensa de la competència i, més concretament, la distribució de les competències executives en aquest àmbit sectorial. I això anterior amb l'objectiu d'examinar la qüestió relativa a la centralització excepcional d'aquest tipus de competències i a l'establiment dels corresponents punts de connexió per part del legislador estatal d'acord amb aquest paràmetre.

1. Hem de començar posant de manifest que, com hem vist, 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 a l'esmentada norma (art. 2.1), per assumir la competència executiva respecte a la tramitació, instrucció i 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.

El Consell ha tingut ocasió d'examinar el cànon referent a la matèria de defensa de la competència en els dictàmens 11/2012, de 22 d'agost (FJ 4);

13/2013, de 10 d'octubre (FJ 2.3), i 3/2015, de 26 de febrer (FJ 3.2), entenent per aquesta l'ordenació de la llibertat de competència mitjançant la prevenció i, si és el cas, la repressió de les situacions que constitueixen obstacles establerts per decisions empresarials per al lliure desenvolupament de la competència en el mercat. Per tant, l'ha considerada com una espècie del gènere de les competències d'ordenació del mercat, que actua, a més, com a pressupòsit i límit necessari de la llibertat d'empresa en el marc d'una economia de mercat (art. 38 CE).

En els nostres pronunciaments hem raonat que, conformement a la doctrina constitucional, en no existir una competència expressament prevista en l'article 149.1 CE, la defensa de la competència s'ha de relacionar amb la necessària unitat de l'economia del conjunt de l'Estat i amb l'exigència que existeixi un únic mercat respecte del qual es pugui projectar el títol de les bases i la coordinació de la planificació general de l'activitat econòmica (art. 149.1.13 CE). Certament, la STC 208/1999, d'11 de novembre, va suposar un punt d'inflexió cap a la descentralització parcial de les competències executives en la matèria de defensa de la competència. En efecte, va considerar inconstitucional la clàusula «en todo o en parte del mercado nacional» continguda expressament o per remissió en un seguit de preceptes de la llavors vigent Llei 16/1989, de 17 de juliol, de defensa de la competència (art. 4, 7, 9, 10, 11 i 25.a i .c), pel fet que ignorava les competències executives de la legislació estatal sobre aquesta matèria atribuïdes a les comunitats autònomes pels seus estatuts. Per aquest motiu, i per tal de fer efectiva la dita descentralització, va apel·lar al legislador estatal perquè establís els criteris de connexió pertinents i, d'aquesta manera, les comunitats autònomes poguessin exercir-les. Aquest mandat va ser acomplert, amb un cert retard, per la citada Llei 1/2002, amb el contingut que més endavant exposarem.

Ara bé, segons aquesta mateixa Sentència i atès el caràcter de la defensa de la competència com a element definitori del mercat, a més de correspondre a l'Estat l'establiment de la legislació bàsica, li pertoca també la normació i «todas las actividades ejecutivas que determinen la configuración real del mercado único de ámbito nacional». En concret, les actuacions executives amb relació a les pràctiques 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 cualquiera de las comunidades autónomas» (STC 208/1999, FJ 6, i, igualment, STC 108/2014, de 26 de juny, FJ 4).

D'altra banda, el Tribunal Constitucional recorda que és una qüestió pacífica que les facultats d'inspecció, control i sanció, així com l'ordenació de l'activitat dels serveis en matèria de defensa de la competència, pertanyen a l'àmbit de la funció executiva i, en conseqüència, de les administracions autonòmiques. Tenint en compte això, l'Estat, en virtut de les seves competències normatives, ha d'articular mecanismes de coordinació que garanteixin la uniformitat de la disciplina en tot el mercat de l'Estat i, òbviament, establir, d'una banda, els punts de connexió pertinents, sempre que resultin constitucionalment i estatutàriament correctes, i de l'altra, els mecanismes imprescindibles de col·laboració i d'informació recíproques (STC 208/1999, FJ 6, i STC 71/2012, de 16 d'abril, FJ 3, que cita l'anterior).

Pel que fa a la Generalitat, l'article 154, apartat 1, EAC li atribueix la competència exclusiva en matèria de promoció de la competència en els mercats respecte a les activitats econòmiques que s'exerceixen principalment a Catalunya, i l'apartat 2, la competència executiva en matèria de defensa de la competència en l'exercici de les activitats econòmiques que alterin o puguin alterar la lliure competència del mercat que no ultrapassi el territori de Catalunya i, en concret, sobre «b) [l]a inspecció i l'execució del procediment sancionador».

Cal afegir que la Generalitat es va dotar per primera vegada d'òrgans de defensa de la competència mitjançant el Decret 222/2002, de 27 d'agost, i que, actualment, en compliment del que disposa l'article 154.3 EAC, l'exercici de la competència prevista estatutàriament està encomanada a l'Autoritat Catalana de la Competència, creada per la Llei 1/2009, de 12 de febrer. Es configura com un òrgan *ad hoc* independent, que té encomanades les funcions executives relacionades amb el bloc normatiu que compon el dret de defensa de la competència, integrat, com hem assenyalat en el fonament jurídic precedent, de forma nuclear per la Llei 15/2007, de 3 de juliol, de defensa de la competència. A aquests efectes, i per al que ara interessa, hem de tenir present que els articles 9, 10 i 11 de la citada Llei 1/2009 regulen àmpliament la composició, les funcions i el funcionament del Tribunal Català de Defensa de la Competència, com a òrgan col·legiat de l'Autoritat catalana, encarregat, entre altres funcions, de la deliberació i la resolució dels expedients que, d'acord amb la legislació reguladora de defensa de la competència, li corresponen. I, específicament, té atribuïdes les facultats per a la resolució de tots els expedients incoats a instància del director o la directora general (art. 8.1.a), l'acord de l'arxivament de les denúncies, la resolució sobre la terminació convencional del procediment sancionador i l'exercici de les funcions d'arbitratge que li encomanen les lleis (art. 10.2.a).

Ara bé, en aquest context, i tractant-se de l'exercici de funcions executives, cal partir de la regla general segons la qual s'ha de diferenciar entre la titularitat de la competència autonòmica i els efectes de les conductes concretes sobre les quals es projecta, de tal forma que «aquellas no revierten al Estado sin más por sus efectos supraterritoriales» (STC 27/2014, de 13 de febrer, FJ 4, i 35/2012, de 15 de març, FJ 5). Aquest Consell, en una doctrina reiterada, a la qual ens remetem, ha insistit en el fet que la supraterritorialitat com a criteri determinant per a l'atribució o el trasllat de competències a l'Estat en àmbits que, en principi, estan reservats a les

comunitats autònomes, ha de tenir caràcter excepcional, ja que el contrari portaria inevitablement a un buidament de la competència executiva autonòmica (DCGE 5 i 17/2012, de 3 d'abril i 20 de desembre; 5 i 19/2013, de 20 de juny i 16 de desembre; 26/2014, de 18 de desembre; 8, 14 i 17/2015, de 4 de juny, 22 de setembre i 22 d'octubre; 5/2016, de 5 d'octubre; 4 i 12/2017, de 29 de juny i d'11 d'octubre, i 5/2019, de 23 de juliol). De forma destacada, i a títol de síntesi, cal recordar que el fet que una comunitat autònoma actuï sobre fenòmens, situacions o relacions que excedeixin el seu territori no justifica necessàriament ni automàtica que la gestió d'aquesta actuació hagi de correspondre a l'Estat (DCGE 5/2013, FJ 2). El contrari fóra privar les comunitats autònomes «"pura y simplemente de toda capacidad de actuación" (STC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 1)» (DCGE 8/2015, FJ 2).

Igualment vàrem dir també que el principi de territorialitat comporta que la seva projecció tingui habitualment per objecte situacions o relacions radicades en l'espai territorial de la Comunitat Autònoma catalana. Del fet que en determinats casos es produeixi un efecte supraterritorial que sigui susceptible de superar-lo no es deriva que els poders competents hagin de perdre la titularitat de la competència (art. 115 EAC). D'altra banda, la supressió de la possibilitat d'actuar quan els actes puguin produir conseqüències que ultrapassin el territori autonòmic equivaldria a negar a la Generalitat una part significativa de les seves capacitats, constituint alhora una utilització il·legítima del criteri territorial com a principi delimitador de les competències fora dels casos en què així està previst expressament al bloc de la constitucionalitat. Al respecte, el mateix Estatut (art. 115.2 EAC) preveu que quan l'objecte o la relació tinguin un abast supraautonòmic, la Generalitat exerceixi les seves competències respecte de la part situada en el seu territori, sens perjudici dels instruments de col·laboració amb els altres ens territorials o, subsidiàriament, de la coordinació per part de l'Estat (entre d'altres, DCGE 12/2017, FJ 2, o 17/2015, FJ 2). Conseqüentment,

«l'arrogació estatal de competències executives assumides estatutàriament es pot produir quan es donin unes determinades condicions "sempre que [això] resti acreditat o justificat convenientment en la regulació o es desprengui de forma natural" i quan les facultats no puguin "ser salvades per mecanismes alternatius que siguin respectuosos amb l'ordre de competències ordinari que atribueix amb caràcter general l'àmbit executiu en la matèria als poders territorials" (DCGE 26/2014, FJ 4.1), d'acord amb l'article 115.2 EAC».

A l'anterior s'ha d'afegir, en tot cas, l'exigència addicional que l'activitat pública d'abast supraterritorial no admeti fraccionament i, en aquest sentit, el Consell recull la identificació que ha fet Tribunal Constitucional dels supòsits taxats de no-fraccionament: quan no sigui possible fixar cap punt de connexió que permeti l'exercici de les competències autonòmiques o quan no sigui possible el fraccionament de l'activitat pública exercida sobre ell i, fins i tot en aquest cas, sempre que l'esmentada actuació tampoc es pugui exercir mitjançant mecanismes de cooperació o de coordinació i, per això, requereixi un grau d'homogeneïtat que només es pugui garantir amb la seva atribució a un únic titular, forçosament l'Estat, i quan sigui necessari acudir a un ens amb capacitat per integrar interessos contraposats a partir dels seus components parcials, sense oblidar el perill imminent de danys irreparables, que ens situa en el terreny de l'estat de necessitat (per tots, DCGE 26/2014, FJ 4, fent citació de la STC 244/2012, de 18 de desembre, FJ 7, i, en el mateix sentit, STC 22/2014, de 13 de febrer, FJ 2; 81/2017, de 22 de juny, FJ 3 i 5, o 71/2018, de 21 de juny, FJ 3).

Així mateix, la doctrina constitucional considera que «se deberá valorar en cada caso si concurre la excepción que justifica la asunción de la competencia por el Estado. Para llevar a cabo esta valoración deberá atenderse tanto a los argumentos aportados para fundamentar dicha excepcionalidad en la asunción de funciones ejecutivas (STC 194/2011, FJ

6), como a que se establezca un criterio de delimitación competencial congruente con el régimen jurídico de la materia de que se trate (STC 95/2013, FJ 7)» (STC 81/2017, de 22 de juny, FJ 3).

Arribats a aquest punt, i pel que ara interessa, l'Estat ha de fixar uns punts de connexió en relació amb les normes i els actes autonòmics que puguin tenir eficàcia extraterritorial i que ofereixin a les comunitats autònomes una regla d'atribució de competències que possibiliti aquesta eficàcia i eviti l'eventual conflicte d'interessos (DCGE 14/2015, FJ 2). O el que és el mateix, l'establiment d'aquests punts té la finalitat de possibilitar l'exercici de les competències autonòmiques, i no pot convertir-se en un mecanisme de buidament competencial amb pretensió d'universalitat en l'atribució de competències executives a l'Estat.

Així ho afirma el Tribunal Constitucional mateix quan ha declarat que la «perspectiva territorial general que es propia del art. 149.1.13 CE no puede tener como consecuencia necesaria la centralización de toda la normativa que deba establecerse, ni tampoco de todas las medidas de ejecución que hayan de adoptarse, puesto que ello supondría, sencillamente, el desapoderamiento de las competencias autonómicas con las que concurre» (STC 190/2000, de 13 de juliol, FJ 10).

És, per tant, responsabilitat de l'Estat, en els casos de projecció extraautonòmica de l'actuació, fixar els pertinents punts de connexió que permetin l'execució autonòmica, atès que el trasllat a l'Estat de la titularitat de la gestió només ha de tenir lloc excepcionalment i en les condicions exigides per la doctrina constitucional, abans exposada.

A l'últim, s'ha d'assenyalar que la garantia del tractament uniforme, que fixa un estàndard comú, ha de ser funció i efecte de les potestats normatives bàsiques que corresponguin a l'Estat en la matèria, el qual ha d'arbitrar

solucions constitucionals admissibles i no retenir l'activitat executiva en qüestió sense respectar el paràmetre abans esmentat.

2. Doncs bé, en aquest context, donant compliment al mandat del Tribunal Constitucional contingut a la ja citada STC 208/1999, FJ 6, l'Estat va establir els corresponents punts de connexió en la Llei 1/2002, a la qual ja hem fet referència. A aquests efectes, hem de recordar, en primer terme, que un cert grau d'eficàcia extraterritorial ha de ser compatible i és conseqüència inevitable del principi de competència (art. 115.2 EAC). I que, a més, quant a la matèria concreta que ens ocupa, hom pot dir que és consubstancial amb la realitat efectiva del mercat unitari d'àmbit estatal que els efectes d'una conducta que pugui alterar la lliure competència en una part d'aquest no es produeixin en compartiments aïllats, ja sigui des de la perspectiva geogràfica com dels sectors afectats.

Així, l'aplicació dels punts de connexió que regula l'article 1 de la Llei 1/2002 ha de servir, precisament, per determinar l'atribució de la competència executiva a l'òrgan que ha d'exercir de forma concreta i efectiva la potestat administrativa sancionadora respecte d'una possible conducta prohibida per la Llei 15/2007, de 3 de juliol, de defensa de la competència (en endavant, LDC).

Abans d'avançar en les nostres consideracions, cal, doncs, exposar quins són els punts de connexió previstos pel legislador estatal en l'àmbit del procediment administratiu per infraccions en matèria de defensa de la competència. L'article 1.1 de la Llei 1/2002 encapçala aquesta regulació disposant que correspon a l'Estat l'exercici de les competències reconegudes per la LDC, en concret, respecte de les conductes anticompetitives previstes als seus articles 1, 2 i 3, quan alterin o puguin alterar la lliure competència en un àmbit supraautonòmic o en el conjunt del mercat nacional, encara que

l'exercici de les esmentades competències tingui lloc en el territori de qualsevol de les comunitats autònomes.

A continuació, l'apartat 2 del mateix precepte estableix dos grups de criteris, la valoració dels quals ha de permetre considerar que «se altera o se puede alterar la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional»: d'una banda, quan una conducta alteri o pugui alterar la lliure competència en un àmbit supraautonòmic o en el conjunt del mercat nacional o pugui afectar la unitat del mercat nacional, entre altres causes, per la dimensió del mercat afectat, la quota de mercat de l'empresa corresponent, la modalitat i l'abast de la restricció de la competència, o els seus efectes sobre els competidors efectius o potencials i sobre els consumidors i usuaris, encara que aquestes conductes es realitzin en el territori d'una comunitat autònoma (lletra a). I, de l'altra, quan una conducta pugui atemptar contra l'establiment d'un equilibri econòmic adequat i just entre les diverses parts del territori espanyol, implicar mesures que directament o indirecta obstaculitzin la lliure circulació i l'establiment de les persones i la lliure circulació de béns en tot el territori nacional, suposar la compartimentació dels mercats o menyscabar les condicions bàsiques que garanteixin la igualtat de tots els espanyols en l'exercici dels drets i en el compliment dels deures constitucionals, encara que aquestes conductes es realitzin en el territori d'una comunitat autònoma (lletra b).

L'apartat 3, referit a les comunitats autònomes amb competències en la matèria, declara que els correspon l'exercici de les competències reconegudes a la LDC, en els mateixos casos que els indicats al precedent apartat 1, quan les conductes alterin o puguin alterar la lliure competència en l'àmbit de la respectiva comunitat autònoma, sense afectar un àmbit superior a aquesta o el conjunt del mercat nacional.

Finalment, l'apartat 5 llista un seguit d'actuacions materials que estan reservades a l'Estat en qualsevol cas, com ara l'aplicació a Espanya dels articles 101 i 102 TFUE i del seu dret derivat, entre d'altres.

Certament, com es pot constatar, els criteris emprats a l'article 1.2, lletres *a* i *b*, de la Llei 1/2002 consisteixen en un seguit de conceptes jurídics reiteratius, de caràcter generalista i finalista, que presenten un significatiu grau d'indeterminació en la mesura que permeten un ampli marge d'apreciació a l'hora d'atribuir la competència a l'Estat. Però aquesta manca de precisió de la llei no pot condicionar l'existència de les competències executives autonòmiques i no pot suposar automàticament que les comunitats autònomes resultin privades d'aquestes (STC 71/2018, FJ 3.b.i).

Per tant, a l'hora d'interpretar-los per a la seva ulterior aplicació s'ha de tenir present que la finalitat dels punts de connexió és l'elecció d'un element del supòsit de fet «supraautonòmic» que permeti atribuir la competència executiva a un dels organismes administratius connectats amb aquell. Així, partir d'un criteri rígid de la territorialitat per excloure la intervenció autonòmica respecte de qualsevol conducta amb efectes extraautonòmics no tindria sentit com a punt de connexió perquè l'espai de la comunitat autònoma ja actua en tot cas com a límit general de la validesa de les seves competències.

Conseqüentment, en la verificació dels punts de connexió de l'article 1 de la Llei 1/2002 s'ha de partir del paràmetre que tot just hem exposat. Sense anar més lluny, una interpretació extensiva d'aquests podria esdevenir inconstitucional si no respectés la doctrina anteriorment esmentada de l'excepcionalitat de la centralització de competències executives. Dit en altres paraules, comportaria un clar buidament de les competències executives autonòmiques sobre defensa de la competència, ja que, com hem dit, tractant-se d'un mercat únic amb una legislació uniforme a tot l'Estat, resulta

molt difícil detectar l'existència de conductes sense cap efecte, ni que sigui incidental, de caràcter extraterritorial.

D'acord amb l'anterior, la premissa de partida per a l'aplicació de l'article 1.1 i .2 de la Llei 1/2002 és determinar quin és l'abast de l'expressió «en un àmbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional» referit a les conductes que alteren o poden alterar la lliure competència de què correspon conèixer en tot cas a l'Estat. D'entrada, cal apuntar que aquestes expressions no són dos sintagmes equivalents, ja que un es pot produir sense l'altre i a l'inrevés. Però s'ha de dir que les consideracions que farem són atribuïbles a ambdós. En efecte, no es pot fer una interpretació literal i estricta del seu abast que comporti que qualsevol incidència fora de l'àmbit territorial autonòmic mereixi *per se* la seva assimilació a l'expressió «àmbito supraautonómico», ni que qualsevol alteració del mercat suposi una alteració «en el conjunt del mercat nacional». En tots dos casos, cal que els efectes extraterritorials o la incidència en el mercat estatal siguin suficientment apreciables com per atribuir la competència executiva a l'Estat. En altres paraules, l'aplicació de la Llei 1/2002 no es pot fer amb automatisme i sense matisos sinó que exigeix una causalitat adequada entre la conducta i la producció de l'efecte pertorbador en el mercat extraautonòmic, així com una valoració de la seva importància. Així doncs, és necessària la distinció possible entre efectes directes o indirectes i efectes transcendentals o no significatius.

De fet, el mandat de la mateixa STC 208/1999 s'ha d'interpretar d'aquesta manera, tant perquè és la línia seguida de forma constant pel Tribunal Constitucional respecte a l'assumpció estatal excepcional de competències executives, com hem tingut ocasió d'exposar anteriorment, com perquè l'esmentada Sentència diu literalment que la reserva de decisions executives a l'Estat no pot tenir una pretensió d'universalitat i és procedent quan determinen «la configuración real del mercado con trascendencia

extracomunitaria», això sí, amb independència de si es realitzen en el territori de qualsevol de les comunitats autònomes (FJ 6).

Finalment, resulta oportú deixar constància que, 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, cal destacar que, 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).

Adicionalment, són també mecanismes de coordinació: la possibilitat que l'Administració estatal tingui la condició d'interessada en els procediments tramitats per les autoritats autonòmiques (art. 5.tres, primer par.); l'establiment d'un òrgan de col·laboració, coordinació i informació recíproca entre l'Estat i les comunitats autònomes per promoure l'aplicació uniforme de la legislació de la competència, com és el Consell de Defensa de la Competència (art. 5.u); altres mecanismes permanents d'informació recíproca sobre totes les denúncies i les actuacions practicades d'ofici (art. 5.dos); la participació dels organismes autonòmics, mitjançant informe preceptiu no vinculant, en els expedients propis de la CNMC relatius a l'aplicació del dret comunitari o a les conductes que afectin un àmbit

supraautonòmic o el conjunt del mercat nacional i incideixin de forma significativa en el territori de la respectiva comunitat autònoma (art. 5.quatre); la possibilitat de signar convenis de col·laboració per a la instrucció i resolució dels procediments que tinguin com a objecte conductes que siguin competència tant de l'Estat com dels òrgans competents de les comunitats autònomes (art. 4), i, en darrer terme, la utilització de les vies jurisdiccionals d'impugnació pertinents (art. 2.6).

3. Pel que fa al dret comunitari sobre defensa de la competència i la seva aplicació analògica al supòsit objecte de dictamen, és a dir, a fi de dirimir quin és l'òrgan competent, la CNMC o l'ACCO, per instruir i resoldre l'expedient sobre la campanya de l'ANC «Consum Estratègic», cal fer algunes consideracions únicament perquè ha resultat invocat, com s'ha vist, per alguna de les parts implicades en el procediment de l'article 2 de la Llei 1/2002 (en concret, la JCC).

En síntesi, cal recordar que els articles 101 i 102 TFUE (abans art. 81 i 82 TCE) són disposicions d'ordre públic que han d'aplicar-se eficaçment a tota la Unió Europea per garantir que no es falsegi la competència en el mercat interior, en el sentit de preservar mercats competitius més oberts i justos en la Unió, en el qual les empreses puguin competir sobre la base dels seus mèrits, sense que s'aixequin barreres a l'entrada al mercat i permetent que aquelles generin riquesa i creïn llocs de treball. En desenvolupament d'aquests preceptes podem citar, entre d'altres, el Reglament (CE) núm. 1/2003 del Consell, de 16 de desembre de 2002, relatiu a l'aplicació de les normes sobre competència previstes als articles 81 i 82 del Tractat i la Directiva (UE) 2019/1 del Parlament Europeu i del Consell, d'11 de desembre de 2018, encaminada a dotar les autoritats de competència dels estats membres de mitjans per aplicar més eficaçment les normes sobre competència i garantir el correcte funcionament del mercat interior.

És cert que tant les normes internes com les del dret comunitari sobre el dret de la competència comparteixen la finalitat de garantir el lliure joc en el mercat dels agents econòmics que hi participen, encara que el mercat afectat per les conductes i situacions prohibides, en un i altre cas, té àmbits diferents. Això vol dir que «los efectos restrictivos de la libre competencia que, con independencia de su origen, determinan la aplicación de la normativa comunitaria, son aquéllos que se producen “dentro del Mercado Común”» i, en conseqüència, «son “susceptibles de afectar el comercio entre los Estados miembros” (arts. 85 y 86 T.C.E)», mentre que les legislacions dels estats membres «serán aplicables en relación con el mercado nacional, siempre que los efectos de las conductas o situaciones prohibidas no desborden este ámbito» (STC 208/1999, FJ 4).

Deixant de banda les relacions que hi pot haver entre una i altra normativa i la concurrència i cooperació en les actuacions dels òrgans de la Unió i les autoritats dels estats membres (art. 11 a 16 Reglament CE 1/2003), hem de recordar que el dret comunitari no és cànon de constitucionalitat i que l'execució i la transposició de les disposicions del dret europeu derivat s'han de dur a terme segons l'ordre constitucional i estatutari de competències, que no ha de resultar modificat per aquestes (per tots, DCGE 6/2013, de 8 de juliol, FJ 2, i 3/2016, de 5 de maig, FJ 2). Per tant, la Generalitat és competent per aplicar i executar el dret de la Unió Europea en l'àmbit de les seves competències pròpies (art. 113 i 189.1 EAC).

Una altra cosa és que per a la correcta interpretació del sistema de distribució competencial entre l'Estat i les comunitats autònomes es pugui «prestar atención al modo en que una determinada institución jurídica ha sido configurada por la normativa comunitaria» (STC 208/1999, FJ 4), però aquesta operació s'ha de realitzar amb summa prudència i quan els casos examinats siguin susceptibles de comparació perquè són essencialment coincidents. Pel que ara interessa, a grans trets, la defensa de la

competència en el mercat interior parteix de la necessitat d'integrar ordenaments jurídics amb diferents continguts i d'un sistema de competències concurrents, mentre que al mercat espanyol l'homogeneïtat es troba d'entrada garantida per una normació estatal uniforme aplicable a tot el territori de l'Estat l'execució de la qual és competència exclusiva de les comunitats autònomes en els termes que hem exposat en l'apartat anterior d'aquest fonament.

Dit això, cal indicar que, en tot cas, el dret comunitari de la competència ha experimentat un intens procés de descentralització, que es va posar en marxa l'1 de maig de 2004, en virtut d'una decisió política del Consell de la Unió Europea i que té el seu reflex en l'abans citat Reglament (CE) 1/2003 del Consell, que va instaurar un nou sistema de competències concurrents entre la Comissió i les autoritats de la competència dels estats membres, com a conseqüència del qual els articles 101 i 102 TFUE són aplicats en la seva totalitat, tant per la Comissió com per les autoritats dels estats membres. Aquest procés va ser complementat per un conjunt de comunicacions i textos jurídics que tenen per objecte facilitar l'aplicació coherent i uniforme de les normes comunitàries (l'anomenat *Modernisation Package*), entre els quals es poden esmentar les comunicacions de la Comissió sobre la Cooperació en la Xarxa d'Autoritats de Competència (2004/C 101/03) o sobre les directrius relatives al concepte d'efecte sobre el comerç contingut en els articles 81 i 82 del Tractat (2004/C 101/07). D'aquesta manera, la Comissió es reserva només els assumptes més transcendents per al funcionament del mercat únic i el paper d'òrgan coordinador de criteris i de supervisió, alhora que el citat Reglament europeu estableix un seguit de mecanismes de cooperació i d'intercanvi d'informació entre aquella i les esmentades autoritats dels estats (art. 11 a 16).

Val a dir que el Reglament (CE) 1/2003 no estableix normes que regulin amb caràcter imperatiu el repartiment d'assumptes entre la Comissió i les

autoritats dels estats. Nogensmenys, la Comunicació d'aquesta (2004/C 101/03), abans esmentada, entén que en la major part dels casos l'autoritat que rep la denúncia o incoa d'ofici el procediment és la responsable de l'assumpte. Complementàriament a la regla general anterior, crea un criteri principal basat en la condició d'«autoridad bien situada», que depèn del compliment dels requisits següents: que la suposada conducta infractora tingui efectes reals o previsibles, directes i substancials sobre la competència del seu territori, s'hi executi o procedeixi d'aquest; que tingui la capacitat per posar fi a la infracció i sancionar-la adequadament (o adoptar qualsevol decisió amb força vinculant per a les empreses com, per exemple, imposar sancions), així com també perquè reuneixi elements de prova necessaris per acreditar la infracció. A la pràctica, es pot dir que una autoritat d'un Estat membre està ben situada quan existeixi un vincle material rellevant entre el lloc on s'ha produït la infracció i el territori de l'Estat membre al qual aquesta autoritat pertany. Així, pot esperar-se que, en la majoria dels casos, les autoritats dels estats membres on la competència es veu afectada apreciablement per una infracció es troben ben situades sempre que puguin posar fi efectivament a la infracció, llevat que la Comissió estigui millor situada (apt. 2.1.9). Al seu torn, la Comissió estaria millor situada: quan la conducta tingui efectes en més de tres estats membres, quan l'assumpte estigui lligat a disposicions comunitàries reservades a la seva aplicació exclusiva o quan així horequereixi l'interès comunitari per desenvolupar la política de la competència arran d'un problema nou o per vetllar per la seva observança efectiva.

Una altra qüestió que pot ser il·lustrativa és l'establiment, per part de la Comunicació de la Comissió (2004/C 101/07), d'un conjunt d'orientacions metodològiques no vinculants per determinar quan ha d'intervenir el dret comunitari de defensa de la competència. Així, d'entrada, parteix d'un criteri jurisdiccional elaborat pel TJUE, el «criterio del efecto sobre el comercio», per poder aplicar els articles 101 i 102 TFUE als acords horitzontals i verticals

i a les pràctiques de les empreses que «puedan afectar al comercio entre los Estados miembros». Per tal de verificar si es dona l'esmentat criteri s'empra un test integrat per tres elements, de caràcter acumulatiu, que són: el concepte de «comercio entre Estados miembros», la noció «pueda afectar» i el concepte d'«apreciabilidad» (apt. 2.1.18). Segons la jurisprudència comunitària, s'entén el primer com un acord o una pràctica que afecta l'estructura de la competència en el mercat amb un impacte en l'activitat econòmica transfronterera que repercuteixi almenys en dos estats membres (pot ser el mercat estatal o subestatal) (apt. 2.2). La segona implica que ha de ser possible preveure amb un grau suficient de probabilitat, d'acord amb factors objectius de dret o de fet, que l'acord o la pràctica pot tenir una influència, directa o indirecta, real o potencial, en els corrents comercials dels estats membres (apt. 2.3). I el tercer, que és la «regla de ausencia apreciable» sobre el comerç del mercat de la Unió o «regla AEAC» (apt. 1.3). Aquesta darrera és un element quantitatiu que limita l'aplicació del dret comunitari als acords o les pràctiques que puguin produir efectes de certa magnitud i afectin el comerç entre estats de manera significativa, la valoració del qual depèn de les circumstàncies de cada assumpte, en particular de la naturalesa de l'acord o la pràctica, dels productes de què es tracti i de la posició en el mercat de les empreses afectades. Així, quan un acord o una pràctica, per la seva naturalesa mateixa, és susceptible d'afectar el comerç entre estats, el nivell d'apreciabilitat que s'exigeix és inferior que si d'entrada no pot afectar-lo (apt. 2.4). Val a dir que, per aplicar la prova de l'apreciabilitat, no és imprescindible definir els mercats de referència ni calcular les quotes de mercat (apt. 2.4.48).

De forma indicativa, assenyalarem que quan es tracta de considerar si pot afectar el mercat europeu interior un acord abusiu o d'exclusió, que comprèn una part del territori d'un Estat membre, es diu que cal investigar amb més detall si l'esmentat acord té capacitat per afectar el comerç amb altres estats membres. En aquests supòsits s'exigeix que es produeixin canvis

«apreciables» en les relacions comercials entre els estats membres, que les pugui afectar «sensiblement», que la quota de mercat de l'Estat que quedi exclosa sigui «significativa» o que s'apliqui el concepte d'«una parte sustancial del mercado común» (contingut a l'article 102 TFUE per al cas d'abusos de posició dominant) a l'obstaculització de l'accés dels competidors d'altres estats membres (3.2.4 «Acuerdos que solo abarcan una parte de un Estado miembro»).

Per finalitzar aquest apartat, cal remarcar que els conceptes emprats per la Unió Europea per aplicar el seu dret de la competència en les relacions comercials entre estats són molt propers al test que ha elaborat la doctrina constitucional i ha recollit sovint aquest Consell en els seus pronunciaments per decidir si és procedent o no l'aplicació del títol estatal sobre bases i coordinació de l'activitat econòmica (art. 149.1.13 CE). En efecte, el caràcter transversal i expansiu del títol comporta que el seu abast s'hagi d'interpretar restrictivament, de manera que només és legítima la seva invocació —i, amb més motiu, si es tracta de l'assumpció estatal de competències executives— si una activitat de caràcter econòmic té una incidència directa i significativa sobre l'activitat econòmica general o té una afectació de caràcter estructural en un sector econòmic concret, és a dir, quan és rellevant per a la protecció dels interessos econòmics generals i requereix una actuació unitària en el conjunt de l'Estat (DCGE 26/2014, de 18 de desembre, FJ 2, i, en el mateix sentit, entre d'altres, DCGE 4/2013, de 7 de maig, FJ 2).

4. En darrer terme, per tancar aquest fonament jurídic, ens referirem succintament a les competències executives reconegudes a l'ACCO per la legislació catalana. D'acord amb la Llei 1/2009, li correspon l'exercici de les competències executives; en concret, pel que ara interessa, la Llei diferencia: d'una banda, les competències administratives del/de la director/a general, que són la incoació, instrucció i proposta de resolució i arxiu, així com la vigilància de l'execució de les resolucions dictades pel

Tribunal de Defensa de la Competència i el seguiment d'aquestes (art. 8.1.a), i, de l'altra, les facultats del Tribunal de Defensa de la Competència, que són de deliberació i resolució dels expedients presentats pel/per la director/a general, l'arxiu de denúncies, la resolució per terminació convencional del procediment sancionador i les d'arbitratge que li encomanen les lleis (article 10.2), competències totes elles que van ser examinades en els nostres DCGE 13/2013, FJ 2.3, i 3/2015, FJ 3.2, als quals ens remetem íntegrament.

Pel que fa al procediment administratiu concret, la tramitació, instrucció i resolució s'ha de dur a terme diferenciant entre la fase instructora i la resolutòria, seguint el procediment establert al capítol II del títol IV LDC i el Reial decret 261/2008 (títol II), essent també d'aplicació, segons disposa l'article 3.1 Llei 1/2009, la legislació vigent en matèria de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú (lleis 40/2015 i 39/2015, d'1 d'octubre) i la Llei 26/2010, de 3 d'agost, de règim jurídic i procediment de les administracions públiques de Catalunya (títol VIII).

L'ACCO pot, doncs, exercir una funció nítidament executiva com és la instrucció i resolució del corresponent procediment sancionador, declarar-ne el seu arxiu o resoldre la terminació convencional.

Tercer. La determinació de l'òrgan de defensa de la competència al qual correspon instruir i resoldre l'expedient sancionador objecte del conflicte

En el fonament jurídic primer ja han estat descrites les actuacions de la CNMC en el marc del que disposen els articles 2.1 i 5.dos.a de la Llei 1/2002, com també els posicionaments que mantenen aquest òrgan estatal i les

altres entitats implicades i les raons adduïdes pel Govern per motivar la seva sol·licitud.

Per tant, atès l'objecte del Dictamen, dedicarem aquesta part del nostre pronunciament a determinar a quin dels dos òrgans, la CNMC o l'ACCO, correspon la competència per tramitar, instruir i resoldre l'expedient administratiu relatiu a la campanya «Consum Estratègic» impulsada per l'ANC, obert arran de la denúncia presentada per FTN.

Amb caràcter previ, però, hem de començar amb una descripció dels elements fàctics de les accions que integren la campanya, als quals hem tingut accés, principalment, a través dels documents de l'expedient AC 118/2019-CONSUM ESTRATÈGIC ANC, aportats per l'ACCO en el tràmit de petició de documentació complementària per part del Consell. Entre d'altres, la denúncia abans citada acompanyada de l'acta notarial de presència i protocol·lització del dia 11 de juliol de 2019, que recull el contingut de les diverses pàgines del lloc web de la campanya, i les notes i els informes emesos per l'ACCO al llarg del procediment administratiu previst a la Llei 1/2002. Paral·lelament, hem tingut en compte també les dades que consten en els diversos oficis de la CNMC.

S'ha de tenir present que en cap moment no és objecte del nostre 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 ens 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, hem d'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.

Segons ja s'ha descrit en el fonament jurídic anterior, la Llei 1/2002 estableix que correspon la competència executiva a l'Estat quan es tracti de conductes que «alteren o puegan 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). Als supòsits anteriors 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 aquestes 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, lletres *a* i *b*).

Com s'ha indicat, 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, la qual cosa porta a un buidament il·legítim de les facultats executives de les comunitats autònomes. No hem 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 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 s'ha d'efectuar en els termes del paràmetre de constitucionalitat i d'estatutarietat exposat en el fonament jurídic anterior. Hem de partir, doncs, 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 a l'esmentada Llei 1/2002 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.

A) Dit això, hem de començar indicant que, segons la documentació consultada, les accions integrants de la susdita campanya s'han centrat en quatre àmbits. En primer lloc, l'impuls d'actuacions de divulgació en fires per les comarques de Catalunya (un total de 92). En segon terme, la celebració de diverses conferències en diferents indrets de Catalunya (un total de 115 xerrades). En tercer terme, i de forma destacada, la creació d'un lloc web («<http://consumestrategic.cat>»), actualment clausurat, com a mesura cautelar, pel Jutjat Mercantil núm. 11 de Barcelona, mitjançant la Interlocutòria núm. 243/2019, de 20 de desembre, que, en síntesi i com a *modus operandi*, després d'una presentació inicial, incloïa un registre de

proveïdors i un altre de consumidors, amb la finalitat de promocionar la contractació de serveis a Catalunya amb empreses que reunissin determinades característiques, preferentment empreses de serveis i subministraments dels sectors d'electricitat, gas, telefonia, carburants, entitats financeres, assegurances, grans superfícies i representació sindical i patronal. I, en quart i darrer terme, l'impuls d'una prova pilot consistent a presentar mocions en els ajuntaments de la comarca d'Osona perquè contractessin amb els anomenats «proveïdors estratègics».

Pel que fa al lloc web creat per l'ANC, «<http://consumestrategic.cat>», que és l'activitat sobre la qual se centra principalment la discussió competencial pels seus possibles efectes més enllà del territori català, l'operativa que s'hi descrivia va consistir en dues fases (pàgines «Què farem» i «Com funciona»). En una primera fase, els consumidors i els proveïdors que accedien al lloc web i estaven interessats a contribuir en la denominada «construcció de la República catalana» podien inscriure's prèviament i de manera voluntària en un registre, després d'omplir un formulari en què havien de facilitar un seguit de dades. Pel que feia als consumidors, la inscripció només es podia fer si el seu codi postal corresponia a un municipi de Catalunya, com també els proveïdors havien de prestar els seus productes i serveis a Catalunya. A partir d'aquí, passaven a considerar-se consumidors i proveïdors «estratègics». En una segona fase, s'obria un directori de les empreses inscrites (pàgina «Ofereixo productes i serveis»), per tal que els consumidors poguessin contactar directament i prendre les seves decisions a l'hora de triar els proveïdors, ensems que també s'oferia la possibilitat de trametre les dades d'aquestes als consumidors que hi estiguessin interessats (pàgina «Soc consumidor»). Pel que feia al «Cercador de serveis», el lloc web exigia igualment introduir un codi postal de Catalunya per poder mostrar quines empreses actuaven en la part del territori corresponent al codi postal de l'usuari, al mateix temps que es podien establir altres filtres de selecció, com ara els tipus de serveis o subministraments en què el consumidor estava

interessat o si les empreses complien determinats criteris, com ara el respecte al medi ambient, l'economia circular, la responsabilitat social, el foment del cooperativisme, l'adopció de tecnologia 4.0, la certificació ISO 14000 o la utilització i/o promoció de la llengua catalana.

A títol descriptiu, totes les accions que integren la campanya «Consum Estratègic» venen definides per unes característiques comunes. En primer terme, estan impulsades per una entitat associativa, l'ANC, de caràcter privat. En segon terme, participen de les característiques pròpies del màrqueting adreçat a influir sobre uns hàbits de consum, apel·lant des del seu vessant estratègic a certes conviccions («consciència social», «consciència nacional» i «valors republicans»). I, en darrer terme, tenen per objectiu posar en contacte les empreses proveïdores de serveis i productes amb els hipotètics usuaris i consumidors, tenint sempre present, a més, que els seus destinataris són els ciutadans d'aquesta Comunitat Autònoma i que s'exigeix que les conductes se situïn i se centrin sempre i en tot cas en el seu àmbit territorial.

B) A continuació, una vegada hem constatat que, a priori, la conducta descrita se circumscriu al mercat geogràfic de Catalunya, 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, hem de reiterar que 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, en els termes que ho ha fet la doctrina constitucional, ja que la defensa de la competència no és un títol singular sinó que les actuacions de l'Estat en aquest àmbit es realitzen precisament a l'empara de la competència sobre bases i coordinació de la planificació general de l'activitat econòmica. En aquest sentit, com hem avançat, el Tribunal Constitucional ha reiterat que s'ha d'efectuar una lectura restrictiva de l'article 149.1.13 CE, de manera que no tota mesura econòmica és competència de l'Estat sinó únicament quan, després d'un examen detingut del seu contingut i la seva finalitat, es pot concloure que aquesta té una incidència directa i significativa sobre l'activitat econòmica general o és ordenadora d'un sector econòmic concret (per totes, STC 79/2017, FJ 5). Pel que ara interessa, aquest criteri s'ha de traslladar, encara amb més raó, quan es tracti de l'atribució de competències executives a l'Estat sobre la defensa de la competència. Així, només li correspondrien 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 (STC 208/1999, FJ 6).

Fetes les consideracions anteriors, de les dades de què disposem referides al desenvolupament de les diverses accions de la campanya, podem apreciar que, tant pel que fa a les actuacions de divulgació en fires com també a la impartició de conferències, aquestes han transcorregut únicament i exclusiva a Catalunya. Així mateix, 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>», el funcionament del qual ha quedat descrit anteriorment, s'aprecia que té una projecció restringida a Catalunya i que, per tant, 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). L'anterior es confirma, a més, per la mateixa operativa del citat lloc web, que no permetia l'accés a la informació sobre les empreses inscrites si no s'introduïa, com hem dit, 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). D'altra banda, 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. A aquests efectes, es pot constatar, en termes quantitius, en data 6 de setembre de 2019, que quan van cessar les consultes amb codis forans estaven inscrits en el dit registre 10.542 consumidors, dels quals només 305 van ser rebutjats per ser erronis, inexistents o de localitats de fora de Catalunya, nombre que equival a un 2,89% d'aquest cens d'inscrits (els altres 10.237 eren de Catalunya). En conseqüència, les citades dades aporten un percentatge molt reduït i una xifra de consumidors insignificant, cosa que evidencia la dimensió local de la conducta i el poc impacte que podia haver produït aquesta en termes d'afectació greu fora del mercat de Catalunya.

En aquest context, tot i no ser paràmetre de constitucionalitat, cal portar a col·lació l'Informe emès per la JCC, de data 19 de maig de 2008, en el qual l'òrgan consultiu va valorar que uns efectes extraterritorials produïts de forma temporal i transitòria per la conducta llavors examinada no eren motiu per atribuir la potestat sancionadora a l'Estat. Es tractava de dirimir les competències entre el Servei de Defensa de la Competència del País Basc i l'Administració general de l'Estat arran d'una denúncia presentada per Euskaltel, SA contra Telefónica de España SAU i Telefónica Móviles. L'Informe conclou que, quan la conducta presumptament anticompetitiva es realitza durant un període de temps extens i, dins d'aquest, la seva afectació geogràfica canvia, cal determinar en el cas concret quin és l'àmbit geogràfic en el qual s'ha d'inferir amb més probabilitat i lògica que la conducta desplega els seus efectes, atenent a les característiques que concorren en el supòsit examinat.

Dit això, el supòsit de fet que ara ens ocupa presenta una situació anàloga a l'abans indicada en la mesura que l'acció del lloc web de la campanya va ser susceptible d'afectar un àmbit supraautonòmic en un lapse de temps reduït i de manera poc apreciable mentre que, per contra, l'afectació geogràfica de la conducta no va canviar la seva focalització a Catalunya. En aquest sentit, el registre mitjançant l'ús de codis postals no corresponents a municipis catalans va suposar un percentatge molt petit, alhora que no tots els 305 casos detectats eren referits a l'ús de codis forans sinó que incloïen també codis erronis o inexistents.

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 ja hem dit que 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 es pot dir ni tan sols que sigui una circumstància que assoleixi 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.

En la línia exposada, tot i les diferències que presenta, cal recordar la doctrina constitucional, recollida per aquest Consell, que desvincula l'exercici de competències autonòmiques executives de l'instrument o suport tecnològic que utilitzi l'activitat sobre la qual aquelles es projecten. Així, l'existència d'efectes extraterritorials derivats de l'eventual abast que pugui tenir la utilització d'un recurs telemàtic no pot constituir un element determinant per atribuir la competència controvertida a l'Administració estatal (entre d'altres, DCGE 8/2015, FJ 3, fent citació de la STC 61/2015, de 18 de març, FJ 4).

Sobre l'aspecte examinat, es pot fer esment, a títol il·lustratiu, de la doctrina aplicada per la CNMC en altres supòsits amb similituds, en el marc d'un procediment per dirimir la competència entre aquesta i l'ACCO, en aplicació dels articles 2.1 i 5.dos.a de la Llei 1/2002. En concret, amb relació a una conducta que consistia a difondre recomanacions i una determinada informació comercial també a través d'un lloc web accessible des de qualsevol indret, per part d'una associació empresarial d'instal·ladors que

prestava serveis en diversos sectors de Catalunya (AC 90/2016). En aquest cas, la CNMC va considerar que la potestat instructora i la resolució del corresponent expedient sancionador corresponien a l'Autoritat catalana perquè «en principio» els efectes de la conducta «no excederían de la Comunidad Autónoma de Cataluña» (ofici de 7 de novembre de 2016).

Arribats a aquest punt, estem en condicions d'afirmar que 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 de manera respectuosa 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. I això anterior 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, de manera que 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, com es desprèn dels fets que hem analitzat, és evident que, en el cas que ens ocupa, aquestes exigències no s'acrediten ni es dedueixen ni tan sols indiciàriament.

C) A continuació, hem de fer referència a un argument de la JCC que, implícitament i en darrer terme, ha estat assumit per la CNMC per considerar-se competent per conèixer de l'expedient de la denúncia. En concret, es tracta del relatiu al fet que, potencialment, puguin resultar perjudicades per la campanya empreses amb seu a fora de Catalunya, que no tenen el perfil de «proveïdors estratègics», com al·lega la CNMC en

referència a les empreses de l'IBEX 35, així com a d'altres empreses que volguessin establir-se o introduir-se en el mercat geogràfic català.

Ja podem avançar que aquesta potencial afectació d'empreses que operen també fora del mercat territorial català, sense uns mínims indicis en els quals sustentat-la, no canvia els raonaments ni les conclusions a què hem arribat fins al moment, ja que si ens atenim a la naturalesa de la conducta que s'ha descrit, no es dona la situació necessària per atribuir la competència a l'Estat. En efecte, 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».

En aquest punt, resulta oportú recordar que les accions que es derivaven 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, doncs, que, atesa la seva naturalesa mateixa, 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 cautelament, 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 disposem i dit amb tota prudència, aquestes no permeten tampoc arribar a la conclusió que, indicatiuament, 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. Efectivament, si prenem com a dada quantificable els canvis contractuals o les noves contractacions produïts majoritàriament en l'àmbit de les empreses subministradores de gas i d'electricitat, que van ser, segons explicita la documentació consultada, al voltant de 148.000, en resulta una xifra molt reduïda sobre el conjunt d'aquest tipus de contractacions que es poden fer a Catalunya i ínfima pel que fa al conjunt de l'Estat, cosa que, a parer nostre, no suposa d'entrada un desavantatge suficientment intens com per causar una afectació rellevant a les empreses que operaven en aquests tipus de mercat (subministraments energètics) i que no responien al perfil de la campanya. Així, a títol d'exemple, l'Informe del Síndic de Greuges de desembre de 2014, sobre el dret als subministraments bàsics (electricitat, gas, aigua), tot i referir-se a l'eficiència energètica dels habitatges, aporta una dada que considerem significativa, en xifrar en 25.208.612 d'habitatges els que integren el parc edificat de l'Estat, de manera que si tots ells haguessin de disposar dels corresponents contractes de subministrament, com seria lògic en condicions normals, els canvis produïts a Catalunya en termes de mercat nacional dels diferents sectors econòmics de subministrament no semblen suficientment apreciables com per arribar a la conclusió mínimament constatable que suposen una afectació estructural als diferents subsectors econòmics.

Sobre la qüestió que ara tractem, es pot fer esment a més, a tall indicatiu, de l'Informe de posicionament de l'ACCO en el marc de la JCC, de 16 de gener de 2020, que inclou de forma expressa una llista força àmplia de

diferents assumptes resolts per les autoritats autonòmiques de la competència relatius a pràctiques realitzades per entitats d'àmbit autonòmic o inferior (negativa de venda o tracte comercial), que perjudicaven empreses d'àmbit d'acció superior a aquests. En concret, la CNMC va acceptar la competència de les autoritats autonòmiques per instruir i resoldre el corresponent expedient sancionador, entenent que els efectes estaven limitats territorialment. D'acord amb aquesta doctrina, de la qual sembla que la CNMC se separa en el present cas, les respectives resolucions autonòmiques no examinen l'àmbit d'actuació del subjecte perjudicat (autonòmic, estatal o internacional) per la pràctica discutida sinó que se centren en l'àrea territorial en la qual opera el presumpte infractor.

A mode d'exemple dels supòsits indicats, amb caràcter enunciatiu, podem fer esment de la Resolució del Consell Basc de la Competència 2/2014, de 14 de gener de 2016, respecte d'una conducta de boicot a la terminal de contenidors del Port de Bilbao (Biscaia), en la qual no es va tenir en compte l'àmbit operatiu de les empreses perjudicades, la naviliera Maersk i l'estibadora Noatum, tot i que la primera tenia un àmbit d'actuació internacional, sinó l'àmbit on desplegava les seves activitats l'associació de transportistes que va promoure la controvertida pràctica anticompetitiva, que era precisament el Port de Bilbao, havent-se personat la pròpia CNMC com a part interessada en virtut del que preveu l'article 5.tres de la Llei 1/2002.

Semblantment, es poden destacar la Resolució del Tribunal Basc de la Competència 9/2008, de 20 de maig de 2009, citada així mateix a l'Informe de posicionament de l'ACCO; la Resolució 14/2009, de 15 de novembre de 2010, i la Resolució 12/2006, de 31 d'octubre de 2006, del Tribunal Català de Defensa de la Competència, les quals resolen supòsits similars de pràctiques suposadament restrictives de la competència promogudes per associacions de professionals sanitaris d'àmbit local (Biscaia o Guipúscoa) o

autonòmic (Catalunya) susceptibles de perjudicar companyies asseguradores que actuaven a tot el mercat geogràfic d'àmbit estatal.

Dit això, segons el nostre criteri, és clar que 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. Cal recordar que la Junta es limita a fer una apel·lació genèrica a la Llei 20/2013, de garantia de la unitat de mercat, en citar els articles 3 (garantia de la igualtat de drets en tot el territori nacional de tots els operadors econòmics, sense discriminació per raó de residència o establiment, i prohibició d'actuacions que tinguin com a efecte directe o indirecte la discriminació), 16 (accés lliure a les activitats econòmiques i exercici lliure d'aquestes en tot el territori estatal), 18 (exclusió de creació o manteniment d'un obstacle o una barrera a la unitat de mercat) i 19 (prohibició de limitació d'accés a les activitats econòmiques i el seu exercici en tot el territori nacional, si bé és un precepte declarat inconstitucional per la STC 79/2017).

Aquesta invocació en abstracte i de caràcter clarament preventiu de principis legals genèrics i indeterminats 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, com és el cas, 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. En aquest punt, cal recordar novament que l'aplicació del títol transversal de l'article 149.1.13 CE, segons consolidada doctrina constitucional i d'aquest mateix Consell, 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.

Així doncs, 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. Ja hem dit reiteradament que 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, doncs, en aquest sentit, 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).

Per finalitzar aquesta part del nostre examen, s'ha tenir en compte també que 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, dels quals hem fet esment en el fonament jurídic primer. Així, aquest darrer precepte preveu que el Servei de Defensa de la Competència (actualment, Direcció d'Investigació, segons disp. add. cinquena.3 LDC) pugui comparèixer com a part interessada en els procediments tramitats pels òrgans de defensa de la competència de les comunitats autònomes i, fins i tot, interposar els recursos pertinents davant «les instàncies corresponents» contra els acords i les resolucions adoptats, tant en fase d'instrucció com de resolució que posi fi al procediment.

De fet, quant al supòsit que és objecte del Dictamen, la Llei 1/2002 conté un mecanisme de coordinació que pot resultar molt adequat per resoldre els conflictes que no sorgeixen *ab initio* sinó posteriorment, quan s'hagin pogut esclarir elements determinants sobre el fons de l'assumpte (art. 2.4). Pel que ara interessa, tractant-se d'una conducta que, després d'una primera anàlisi preliminar, 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. 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, com hem dit, davant els tribunals.

En darrer lloc, i tenint en compte l'esment al dret comunitari que formulen els òrgans estatals en els seus escrits al llarg del procediment de la Llei 1/2002 del que porta causa el present conflicte, volem recordar que no resulta procedent la seva aplicació directa a la conducta ara denunciada i, en aquest sentit, ens remetem a les consideracions efectuades respecte d'aquesta qüestió en l'apartat 3 del fonament jurídic segon. Tot i així, en el teòric cas que sí que ho hagués estat, el resultat portaria a concloure que més aviat la competència per a la resolució i instrucció de l'expedient sancionador correspondria a la Generalitat, tant des de la seva consideració com a «autoritat ben situada» com tenint en compte el que disposa la regla AEAC, a la qual ens hem referit en l'esmentat punt i fonament.

En conclusió, podem 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.

Atesos els raonaments continguts en els fonaments jurídics precedents, formulem la següent

CONCLUSIÓ

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

Aquest és el nostre Dictamen, que pronunciem, emetem i signem al Palau Centelles en la data indicada a l'encapçalament.