

INFORME IPN 2/2021 sobre a Propuesta de Decreto de creación del Consejo Canario de Defensa de la Competencia.

Pleno:

D. Ignacio López-Chaves y Castro, Presidente.
D. Daniel Neira Barral, Vocal.
Doña. M^a Teresa Cancelo Márquez, Vocal

En Santiago de Compostela, a 7 de octubre de 2021

El artículo 51 de la Constitución de 1978 establece que los poderes públicos garantizarán la defensa de las personas consumidoras y usuarias, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de éstas y que promoverán la información y la educación de las personas consumidoras y usuarias, fomentarán sus organizaciones y oirán a estas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllas, en los términos que la ley establezca. y así, el Pleno de la Comisión Gallega de la Competencia, (CGC) en su reunión del 7 de octubre de 2021, con la composición expresada y siendo ponente D. Daniel Neira Barral, acordó emitir el presente Informe, al amparo de lo dispuesto no art. 26.2 b) do Decreto 118/2016, de 4 de agosto, por el que se crea el Instituto Gallego del Consumo y de la Competencia y se aprueban sus Estatutos.

I. ANTECEDENTES

1. La Comisión Gallega de la Competencia (CGC), como órgano colegiado independiente, es la encargada de la aplicación en la Comunidad Autónoma de Galicia de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia, según los criterios establecidos por la Ley 1/2002, de coordinación de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas en materia de defensa de la competencia.
2. Ya en la Ley 1/2011, de 28 de febrero, reguladora del Consejo Gallego de la Competencia, y su posterior desarrollo, en su artículo 8º, así como en el Decreto 118/2016, de 4 de agosto, por el que se crea el Instituto Gallego del Consumo y de la Competencia y se aprueban sus estatutos se recogen las funciones de promoción de la competencia, destacando que promoverá la competencia efectiva en los mercados de la Comunidad Autónoma de Galicia mediante, entre otros, la realización de estudios generales sobre la competencia, elaboración de informes sobre los distintos sectores económicos, que podrán incorporar propuestas de liberalización, desregulación o modificación normativa o el seguimiento y, en su caso, realización de informes respecto a los efectos sobre la competencia efectiva en los mercados de la

actuación pública, tanto de los actos administrativos como de las normas con rango inferior a ley aprobadas por las administraciones autonómica y locales.

3. La legalidad, y en particular, la igualdad de trato y proporcionalidad, así como la apertura y transparencia son los principios rectores de las relaciones con lo público.

II. CUESTIONES PREVIAS

1. A efectos de dar cumplimiento al mandato contenido en el artículo 120 de la Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias, que prevé la creación de un órgano especializado de defensa de la competencia con jurisdicción en todo el Archipiélago, la Viceconsejería de economía e internacionalización del gobierno de Canarias luego de estudiar las distintas posibilidades, elevó al Gobierno la creación de un Consejo como órgano de decisión que complementa al órgano de instrucción ya operativo en Canarias.
2. Como consecuencia de la aceptación por el Gobierno, se encargó la redacción de un borrador de Decreto que, remitido a la Comisión Gallega de la Competencia, y, a los efectos de que por esta Autoridad se les hagan llegar las aportaciones, alegaciones y sugerencias que tengan por conveniente, se elabora este informe.
3. La Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias, atribuye a la Comunidad Autónoma de Canaria nuevas competencias en materia de Derecho de la Competencia: por un lado, «la competencia exclusiva en materia de promoción de la competencia en los mercados respecto de las actividades económicas que se ejercen principalmente en Canarias» (art. 120.1); por otro, «l competencia ejecutiva en materia de defensa de la competencia en el ejercicio de las actividades económicas que alteren o puedan alterar la libre competencia del mercado en un ámbito que no supere el territorio del Archipiélago» (art. 120.2).
4. Las administraciones públicas no sólo deben comprometerse a trabajar de manera abierta y transparente, sino también, a tomar decisiones que se basen en todos los instrumentos disponibles e involucrar activamente a las partes interesadas tanto en lo que hace como en las decisiones que toma, ya que la transparencia, es necesaria para generar la confianza de los ciudadanos en las instituciones, así como para garantizar la legitimidad y la responsabilidad de una administración pública.
5. Es por ello por lo que esta Comisión, agradeciendo de antemano la deferencia de la Viceconsejería canaria de hacernos partícipe de la elaboración de la Propuesta de Decreto de creación del Consejo Canario de Defensa de la Competencia, se propone realizar las aportaciones participando de esta consulta y esperando que sean de utilidad las observaciones planteadas.
6. Actualmente, este compromiso se refleja, entre otros, en diferentes agendas para la

mejora de la legislación, diseñadas para garantizar que la política se prepare, implemente y evalúe de manera abierta y transparente, informada por la mejor evidencia disponible y respaldada por la participación integral de las partes interesadas.

III. CONSIDERACIONES DE CARÁCTER GENERAL

Primera. – Galicia, al igual que la comunidad autónoma Canaria, a diferencia de aquellas comunidades autónomas que decidieron no asumir las competencias que les atribuía la Ley 1/2002, de 21 de febrero, aceptando su retención por los órganos centrales de defensa de la competencia (primero el Tribunal de Defensa de la Competencia, luego la Comisión Nacional de la Competencia, y hoy la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia), asumió crear un órgano de promoción y defensa conforme los preceptos de su estatuto.

Segunda. – Es así, destacable, como carta de naturaleza del Consejo Canario de la Competencia, que la creación del órgano tenga su cobertura en el artículo 120 del Estatuto de Autonomía de Canarias y en el artículo 28 de la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias, que autoriza al Gobierno de Canarias a determinar mediante Decreto, dentro de los límites estatutarios y en el marco de lo dispuesto en la Ley, los órganos centrales y territoriales, generales y especiales, que sean precisos para la gestión de los servicios.

Tercera. – Este Pleno, coincide con la exposición de motivos de la propuesta de Decreto de creación do Consejo Canario de Defensa da Competencia cuando aboga por que *la creación del nuevo órgano en la actual coyuntura está doblemente justificada. La crisis provocada por la Covid-19 suministra importantes lecciones sobre el valor de las instituciones, especialmente de aquellas que hacen posible el correcto funcionamiento de unos mercados que se han mostrado incapaces de ajustar sus variables con suficiente rapidez para atender las necesidades que surgen en momentos de máxima tensión (...) la European Competition Network subrayó la importancia de garantizar que los productos considerados esenciales para proteger la salud de los consumidores en la situación actual permanezcan disponibles a precios competitivos, advirtiendo con toda severidad a quienes abusen de la situación actual coludiendo con otros competidores o explotando su posición dominante en determinados mercados.*

IV.- RECOMENDACIONES

Primera. - El Decreto objeto de estudio e informe consta de catorce artículos agrupados en cuatro capítulos: el primero, dedicado a Disposiciones Generales; el segundo, relativo a Funciones; el tercero, sobre Organización; el cuarto y último, de Régimen Jurídico.

Segunda. – El primer capítulo está dedicado a Disposición es Generales, creando el Consejo Canario de Defensa de la Competencia en desarrollo el estatuto canario (art. 120) al que se le dota de estructura, autonomía orgánica y funcional, para la promoción y defensa

de la competencia delimitando territorialmente la citada competencia el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias.

Este consejo es un órgano colegiado de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, adscrito orgánicamente a la Consejería competente en materia de economía, ejerciendo sus atribuciones con independencia, objetividad y profesionalidad, sin sujeción a vínculo jerárquico alguno sin perjuicio de las relaciones de coordinación y cooperación con otras autoridades de la competencia autonómicas, estatales o europeas.

Destacar en este capítulo, en particular, que se presentan tres aportaciones que se consideran de especial relevancia: (i) que se reconozca con la debida claridad que el órgano autonómico es independiente y aplicador de la normativa de competencia en su conjunto, (ii) la condición de órgano colegiado y (iii) la oportuna relación en la coordinación con otras entidades de competencia.

Estas condiciones son imprescindibles a los efectos de garantizar un verdadero espacio común de aplicación de la normativa de competencia en la comunidad autónoma y que ofrezca unas condiciones de competencia más equitativas a las empresas que operan en el mercado interior así como reducir la desigualdad de condiciones de los consumidores, por ello, es de interés establecer unas garantías básicas de independencia, unos recursos financieros, humanos, técnicos y tecnológicos adecuados y unas competencias mínimas de aplicación e imposición de multas a los efectos de que puedan ser plenamente eficaces.

Tercera. – El segundo capítulo, relativo a Funciones, destacar en principio, que en el ejercicio de las competencias conferidas no se citen las competencias de investigación-instrucción, sujetas a salvaguardias adecuadas y que cumplan al menos los principios generales del Derecho de la Unión y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en particular en el marco de procedimientos que puedan dar lugar a la imposición de sanciones.

Como aportación destacar que, en este segundo capítulo, “Funciones” y que abarca los artículos 4, 5 y 6 se enumera en términos generales, las funciones del Consejo, es decir, la defensa de la competencia y la promoción de la competencia, echando en falta, el desglose particular, que, si bien se realiza a posteriori, y en otro capítulo, el dedicado a la organización del Consejo, entendemos podría encuadrarse aquí.

Respecto al fondo y alcance de las funciones descritas (funciones resolutorias, consultivas, de promoción de la competencia, arbitraje y resolución de conflictos) se podría buscar encaje también a las de (i) representación y vigilancia de los mercados, (ii) colaborar, en el ámbito de sus funciones, con los organismos homólogos de las comunidades autónomas y de la Administración general del Estado, -si bien, a lo largo del articulado, esta función va implícita- (iii) emitir informe acerca de la posible vulneración de la normativa de unidad de mercado en aquellos casos que se consideren de interés para el mantenimiento o defensa de la libre competencia en la Comunidad Autónoma o la de explicitar (iv) la sanción a los comportamientos anticompetitivos producidos en el ámbito de la contratación del sector público, en particular, los comunicados por o a los órganos de contratación.

Cuarta. – En relación con el capítulo III dedicado a la organización, hay que destacar que el Consejo Canario de Defensa de la Competencia está integrado por un presidente, dos vocales y un secretario.

Como reza el considerando 18 de la Directiva (UE) 2019/1 de 11 de diciembre de 2018 encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior (ECN+), es de interés observar que (...) *Para garantizar la independencia operativa de las autoridades administrativas nacionales de competencia, sus jefes, su personal y los encargados de tomar decisiones deben actuar con integridad y abstenerse de cualquier acción que sea incompatible con el ejercicio de sus funciones. Para evitar que la capacidad de dichas personas para realizar evaluaciones independientes esté amenazada, deben abstenerse de cualquier acción incompatible con sus funciones, sea o no remunerada, durante su empleo o mandato y durante un plazo posterior razonable.*

En este sentido, hay que señalar que el artículo 9 reza que los miembros del Consejo Canario de Defensa de la Competencia no percibirán retribuciones periódicas de clase alguna por el desempeño de su función, resultando esta circunstancia alejada del principio recogido en ENC+ en relación con que es necesario establecer unas garantías básicas de independencia, unos recursos financieros, humanos, técnicos y tecnológicos adecuados, pudiendo resultar que la no dedicación en exclusiva a las funciones descritas a lo largo del Decreto, menoscaben la posibilidad de centrarse en la prevención y erradicación de las conductas contrarias a la competencia que falsean la competencia en el mercado interior.

Quinta. – En relación con el régimen jurídico y en concreto en lo referente al artículo 11 (Normas y principios de procedimiento) parece claro que la instrucción de los procedimientos sancionadores, así como la realización de las actuaciones de promoción a resolver o aprobar por el Consejo, será asumida por el órgano u órganos o unidades que se establezca reglamentariamente.

Dicho órgano o unidad estará adscrita a la Consejería competente en materia de economía, desligando la actividad investigadora-instructora de la resolutoria, que si bien en principio es lo más deseable a los efectos de no interferencia, el que resulte separada las funciones de atención de quejas, reclamaciones o denuncias, así como su instrucción y propuesta fuera de un mismo organismo, como sucede por ejemplo con la estructura de la CNMC, podría resultar disfuncional.

Sexta.- Un ejemplo de estructura podría ser la centrada en la existencia de dos órganos separados, la Dirección de Investigación y el Consejo, que realizan con independencia sus respectivas funciones de instrucción y resolución bajo la supervisión y coordinación del Presidente, apoyado en un conjunto de servicios comunes, previendo mecanismos para la coordinación de todos los órganos administrativos que intervienen en la aplicación de la ley así como la coordinación con los reguladores sectoriales, con objeto de velar por la coherencia de la política de competencia, la eficiencia en la asignación de los recursos públicos y la seguridad jurídica de los operadores económicos.

En última instancia, se podrían establecer pautas para guiar las relaciones entre los distintos órganos que, naturalmente, podrán verse complementadas por los mecanismos informales que puedan establecerse de cara a lograr la adecuada coordinación en el ejercicio diario de sus respectivas competencias.

Adicionalmente, se pueden establecer mecanismos para la cooperación con los órganos jurisdiccionales en los procesos de aplicación de las normas de competencia

Séptima. - En relación con la Disposición adicional tercera, “Código de Conducta y Memoria Anual”, señalar lo pertinente de aprobar y hacer público un Código de Conducta, así como la rendición de cuentas de su actuación a través de la Memoria Anual, que ha de aprobar y publicar dentro de los dos meses siguientes a la terminación del año al que corresponda; no se contempla la posibilidad de la citada rendición de cuentas ante el parlamento canario.

CONCLUSIONES

Primera.- La creación del Consejo Canario de la Competencia cumple con un ineludible compromiso estatutario reflejado en La Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias, atribuye a la Comunidad Autónoma de Canarias nuevas competencias en materia de Derecho de la Competencia: por un lado, «la competencia exclusiva en materia de promoción de la competencia en los mercados respecto de las actividades económicas que se ejercen principalmente en Canarias» (art. 120.1); por otro, «la competencia ejecutiva en materia de defensa de la competencia en el ejercicio de las actividades económicas que alteren o puedan alterar la libre competencia del mercado en un ámbito que no supere el territorio del Archipiélago» (art. 120.2).

Segunda. - Siempre resulta acertada la creación de *«un órgano especializado de defensa de la competencia con jurisdicción, en esta ocasión, en la comunidad canaria, cuya actividad se coordinará con los previstos en el ámbito estatal y comunitario europeo»*. Se trata de un órgano administrativo especializado funcionalmente autónomo por razón de las competencias que le vienen conferidas.

Tercera. – Bien es cierto que esa funcionalidad en la autonomía adolece de algunos aspectos destacables frente a modelos más completos que conjugan una mayor especialización e independencia, bien sea dicho, con un mayor coste en recursos, frente a la opción elegida por parte del ejecutivo canario, que opta por un modelo más simple, que si bien, permite una mayor economía en el gasto público, a cambio, se conforma, con una menor especialización, independencia y profundización en el ejercicio de las funciones.

Cuarta. – Un modelo basado en una estructura articulada en los tres pilares básicos como lo son la investigación-instrucción, la defensa y promoción de la competencia bajo un mismo organismo independiente y con un estatuto personal de los miembros del Consejo Canario de Defensa de la Competencia remunerado y en exclusiva con rendición de cuentas ante el Parlamento canario, albergaría un modelo de Consejo más próximo a las exigencias de la reciente ECN+, posibilitando el logro de los objetivos marcados con la creación del mismo y estando en disposición de afrontar los próximos retos, que como organismo autonómico de la competencia, debe afrontar ante la próxima reforma de la ley de defensa de la

competencia y la posibilidad de ser Autoridad Administrativa de Competencia tal y como reza la Directiva 2019/1 de 11 de diciembre de 2018 encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior.