

DICTAMEN DE LA JUNTA CONSULTIVA EN MATERIA DE CONFLICTOS, EMITIDO CONFORME A LO DISPUESTO EN EL ART. 2.1, PÁRR. 5º DE LA LEY 1/2002, DE 21 DE FEBRERO, DE COORDINACIÓN DE LAS COMPETENCIAS DEL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

EXPEDIENTE.

REF. CNMC: 177 CAT 06-36-19 CAMPAÑA CONSUMO ESTRATÉGICO.

REF. ACCO: AC 118/2019 – CONSUM ESTRATÈTIG ANC.

## 1. OBJETO.

Determinación de la Autoridad competente para conocer y resolver el expediente de referencia, una vez celebrada sesión por la Junta Consultiva, primero el día 31 de enero de 2020 –habiendo expuesto verbalmente en ella tanto la Dirección de la Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, como la Autoritat Catalana de la Competència, sus respectivas posiciones en el asunto-, como el día de hoy –en este caso para debatir y resolver sobre la base de la propuesta de dictamen previamente formulada al efecto.

## 2. ANTECEDENTES.

2.1. Formulada, el día 19 de julio de 2019, denuncia ante la ACCO por Fomento del Trabajo Nacional (FTN) relativa a la campaña “Consum Estratègic” desarrollada por la Assemblée Nacional Catalana y por supuesta infracción del artículo 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, y realizadas por la ACCO y la CNMC diversas actuaciones, ambas Autoridades se consideraron competentes para conocer y resolver en el asunto, quedando trabado el conflicto el 25 de octubre de 2019.

2.2. Responsable de la conducta objeto de las actuaciones es la Assemblée Nacional Catalana (en adelante, ANC), que es una organización de la sociedad civil independiente de los partidos y de la Administración, compuesta por un Secretariado Nacional (formado por 77 secretarios elegidos por sufragio universal) que coordina las respectivas Asambleas Territoriales, Sectoriales y Exteriores.

Y la conducta consiste, en esencia, en una campaña desarrollada, finalmente, mediante publicación en la web y activación de un buscador de las empresas de las características requeridas (básicamente: afinidad al soberanismo postulado por la ANC) para poder ofrecer sus productos y servicios, de modo que los consumidores –incluidas las Administraciones públicas, en particular los Municipios- puedan entrar en contacto directo con ellas. El objetivo, explicitado por la propia ANC, es el de potenciar las estructuras económicas estratégicas de Cataluña y desvinculadas del IBEX 35 y del “poder político español” a los efectos de lograr su liberación de los ámbitos económicos y empresariales en manos de empresas del IBEX 35 (en particular, en los sectores de la electricidad, gas, bancos, aseguradoras, comunicaciones y telefonía, carburantes, grandes superficies, sindicatos y patronales). Para la

ACCO se trata, en definitiva, de que los consumidores catalanes –sean personas físicas o jurídicas- contraten la prestación de servicios y/o entrega de bienes con empresas que operen en Cataluña y que cumplan los requisitos precisados en la propia web (básicamente, que sean afines a la causa independentista).

La divergencia entre la CNMC y la ACCC no reside, pues, tanto en las características de la conducta, cuanto en si afecta o no a un ámbito supraautonómico. En todo caso, la denuncia pone énfasis en el boicot a empresas del IBEX 35 y otras (especialmente como reacción al traslado de su sede social por ciertas empresas).

- 2.3. Existe asimismo sustancial coincidencia en: i) el desarrollo de la campaña en una doble fase, discrepando solo en la duración de la primera de ellas, que, según la CNMC solo termina en agosto de 2019, y, según ACCO, finaliza ya a finales de junio de 2019; y ii) los medios de difusión utilizados: ferias y actos públicos primero y página web y web de consumo estratégico luego.

La primera fase se inició en octubre de 2018, alcanzando –según datos de la ANC- éxito en junio de 2019; éxito que se refleja en 148.000 cambios de contratos, sobre todo en servicios de telefonía, gas, seguros y banca. Y la segunda fase dio comienzo con el inicio de la operatividad de la web “consumeestrategic.cat” posibilitadora de la inscripción tanto de consumidores como de proveedores. De hecho, según la ACCO, la ANC creó un “Registre de Consumidors Estratègics” y un “Registre de Proveïdors Estratègics”, siendo ella misma la encargada de poner en contacto a los consumidores con los proveedores.

- 2.4. Los datos de los que resulta la diversa interpretación del punto o puntos de conexión relevantes a efectos de la competencia pueden sintetizarse así:

a) Para la CNMC: i) el buscador utilizado ofrece la máxima información posible, suministrada por las propias empresas, potenciando de este modo las transacciones comerciales de los consumidores (inscritos) con los proveedores (inscritos); ii) las empresas inscritas operan no solo en territorio catalán, sino también (algunas) en todo el territorio nacional (p.ej. Best Price Deco); y iii) los consumidores inscritos incluyen algunos situados fuera del territorio catalán (hasta el 6 de septiembre de 2019, 305 consumidores, los cuales se correspondían con códigos postales erróneos o de localidades fuera de Cataluña); iv) para visualizar la información de la web, no es necesario estar inscrito en la página, simplemente basta introducir un código de Cataluña al azar.

b) Para la ACCO el asunto debe contemplarse desde la siguiente doble perspectiva:

- Demanda (consumidores):

La web sólo permite inscribir consumidores con domicilio en Cataluña (requisito: un código postal situado en Cataluña, campo obligatorio a rellenar). El intento de inscripción con código no admitido da lugar a un mensaje que comunica la imposibilidad del registro). Esto es fruto de la rectificación (incorporación de un filtro) efectuada, desde luego en julio de 2019, para evitar la posibilidad de registro con código postal situado fuera de Cataluña. La ANC reconoció, en contestación al aludido

requerimiento, que, en efecto, siquiera fuera inicialmente (de 20 de junio a mediados de agosto de 2019) había sido posible el registro consignando un código postal no correspondiente a municipio catalán alguno, pero adujo que el defecto se había corregido en la versión definitiva de la página web; de este modo –según datos facilitados por la ANC- a fecha 6 de septiembre de 2019, estaban inscritos 10.542 consumidores, de los cuales 10.237 habían consignado códigos postales correctos y 305 códigos postales considerados no válidos (lo que supone el 2,89% de los inscritos). Este último grupo de inscritos no figura en la base de datos, por lo que no es destinatario de acción alguna por parte de la ANC.

- Oferta (proveedores):

Las empresas inscritas, o que quieren inscribirse, deben especificar la zona geográfica en la cual operan en el ámbito de Cataluña. Por ello, la iniciativa se circunscribe a prestadores de servicios y/o bienes en Cataluña.

2.5. A resultas de demanda por competencia desleal deducida por FTN ante la jurisdicción ordinaria, el Juzgado de lo Mercantil N<sup>o</sup> 11 de los de Barcelona tiene adoptada, por Auto n<sup>o</sup> 243/2019 de 20 de diciembre de 2019, la medida cautelar de cierre de la página web [www.consumestrategic.cat](http://www.consumestrategic.cat) así como de “cese en la realización de cualquier actuación, por cualquier medio, con trascendencia pública que suponga la difusión de la campaña “Consum Estratègic””.

### 3. ANÁLISIS JURÍDICO.

3.1. Ni la CNMC, ni la ACCO plantean cuestión otra alguna que la de la determinación de la competencia para tramitar y resolver el expediente relativo a la campaña desarrollada por la ANC respecto de los destinatarios potenciales de productos o servicios de las empresas, tanto las establecidas como las que potencialmente tuvieran intención de entrar en el mercado catalán, que no adhieran al ideario postulado por la ANC y, en especial, las que cotizan en el IBEX35 o, en todo caso, prestan servicios considerados económicamente estratégicos. La razón estriba en que, con independencia de la naturaleza de la ANC y su no actuación directa en el mercado, la defensa de la competencia tiene por finalidad, como tiene señalado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 71/2012, de 16 de abril, recogiendo la anterior 88/1986, el deber de los poderes públicos de proteger el ejercicio de la libertad de empresa —artículo 38, inciso segundo, CE— y tal deber implica la necesidad de una actuación específicamente encaminada a defender los correspondientes objetivos constitucionales. A lo que se suma la posible contemplación de la conducta de que aquí se trata desde la óptica de la competencia desleal regulada en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal; óptica ésta, desde la que la Sentencia del Tribunal Supremo 140/2019 de 20 de enero de 2019 (rec. cas. 1514/2016) tiene dicho que para la consideración de conductas como actos de competencia desleal “... resulta innecesario atender a la intención de los agentes... [pues] lo relevante es que, en atención a las circunstancias en que se realizan, sean objetivamente idóneos “para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero””. Ya

en anterior pronunciamiento, el mismo Tribunal (STS 170/2014, de 8 de abril) había destacado la suficiencia de que el acto o el comportamiento sea idóneo para influir en la estructura del mercado, perjudicar la posición concurrencial de una de las partes, beneficiando objetivamente, al menos de forma potencial, la posición de otros operadores económicos. Tampoco es necesaria la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo del acto de competencia desleal. De modo que, en definitiva, lo relevante es si los comportamientos denunciados y acreditados son idóneos para influir en el mercado, en concreto porque mermen la competitividad de alguna empresa en beneficio de sus competidores.

3.2. Los términos jurídicos en que ha quedado trabado el conflicto positivo de competencias a resolver son los siguientes:

- a) Para la CNMC, siendo el efecto principal de la conducta de la ANC un boicot contra determinadas empresas (como resulta del Auto del Juzgado de lo Mercantil ya citado en los antecedentes), es claro que dicho boicot afecta a las empresas vinculadas al IBEX 35 y que hayan apoyado la campaña represiva del Estado, es decir, a empresas de implantación local y nacional, tanto las ya establecidas como aquellas que potencialmente tuvieran intención de entrar en el mercado catalán. De donde se concluye que la campaña está dirigida a empresas de implantación nacional, con la intención de desviar la demanda hacia determinado tipo de empresas, algunas de las cuales desarrollan también su actividad en el ámbito nacional. Por ello, incluso si los destinatarios de la campaña fueran exclusivamente consumidores sitos en Cataluña, los efectos de la conducta también desbordarían el ámbito territorial catalán.
- b) Para la ACCO, por el contrario, la campaña persigue favorecer a las empresas, afines a la causa independentista, que operan en Cataluña, por lo que su eventual efecto alterador de la competencia se produce en todo caso al interior del mercado catalán; limitación del efecto no desmentido ni por la existencia de empresas nacionales o internacionales con intención de entrada en el mercado catalán, ni por la operación de empresas supuestamente beneficiadas por la acción de la ANC fuera del ámbito de Cataluña. Pues lo relevante, conforme a la Ley 1/2002, es dónde produce o puede producir efectos la conducta, no dónde operan las empresas afectadas o responsables de aquella conducta anticompetitiva. Y esto viene siendo así desde hace años en la práctica de las Autoridades en la materia. Cualquier otro planteamiento significaría restringir la competencia autonómica a supuestos de autarquía económica; circunstancia que no es conforme ni con el bloque de la constitucionalidad (art. 154 del Estatuto de Autonomía de Cataluña y jurisprudencia del Tribunal Constitucional: SS 208/1999, de 11 de noviembre; 31/2010, de 28 de junio, y 71/2012, de 16 de abril), ni con la legalidad vigente. Se concluye, por ello, que es ACCO la autoridad competente para tramitar el asunto, de conformidad con el artículo 1.3 de la Ley 1/2002; apreciación en la que coincide con el denunciante.

3.3. Según doctrina establecida por el Tribunal Constitucional ya desde su Sentencia 208/1999, de 11 de noviembre (Sentencia en cuya doctrina se basa, según confesión de su preámbulo, la vigente Ley 1/2002):

- La defensa de la competencia se halla naturalmente relacionada con la necesaria unidad de la economía nacional y la exigencia de que exista un mercado único, pues sin la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica no es posible alcanzar en el mercado nacional el grado de integración que su carácter unitario impone.
- Sobre esta base, al Estado corresponden todas las actividades ejecutivas que determinen la configuración real del mercado único de ámbito nacional y, por tanto, la relativas a aquellas prácticas que puedan alterar la libre competencia en un ámbito supracomunitario o en el conjunto del mercado nacional, aunque tales actos ejecutivos hayan de realizarse en el territorio de cualquiera de las Comunidades Autónomas. Y la que corresponde a éstas, en virtud de la asunción de la materia comercio interior, se halla limitada a aquellas actuaciones ejecutivas que hayan de realizarse en su territorio y que no afecten al mercado supracomunitario.

3.4. La unidad de mercado, tal como está regulada en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, se traduce:

- Desde el punto de vista de la iniciativa económica, en las libertades, insusceptibles de limitación, de acceso a las actividades económicas y su ejercicio en todo el territorio nacional en los términos de los artículos 16 y 19
- Desde el punto de vista del principio de no discriminación, en la igualdad de derechos en todo el territorio nacional de todos los operadores económicos, sin discriminación alguna por razón de residencia o establecimiento, con prohibición de actuaciones que tengan como efecto directo o indirecto la discriminación (artículo 3).
- Y, desde la perspectiva de las limitaciones a las libertades de establecimiento y circulación, en la exclusión de creación o mantenimiento de un obstáculo o barrera a la unidad del mercado en los términos precisados por el artículo 18. .

3.5. A tenor del art. 1.1 de La Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia, tal como el precepto ha sido interpretado por la STC 71/2012, de 16 de abril (recogiendo el planteamiento de las anteriores 208/1999, 12/2003 y 157/2004), "... las facultades en materia de defensa de la competencia corresponden al Estado siempre que la práctica restrictiva pueda alterar la libre competencia en un ámbito supracomunitario o en el conjunto del mercado nacional, aunque tal acto se realice en el territorio de una Comunidad Autónoma; y, que, por el contrario, la facultad ejecutiva corresponde a la Comunidad Autónoma sólo cuando concurren dos circunstancias: que la práctica restrictiva tenga lugar en el territorio de la Comunidad y, además, que "no afecte al mercado supraautonómico" o no tenga "trascendencia sobre el mercado supraautonómico".

Y el art. 1.2, a) y b) de la misma Ley 1/2002 de 21 de febrero, añaden la presunción legal de la posibilidad de alteración de la libre competencia en un ámbito supraautonómico o de la unidad del mercado en dos supuestos: i) la dimensión del mercado afectado, la cuota de mercado de la empresa correspondiente, la modalidad y alcance de la restricción de la competencia,

o sus efectos sobre los competidores efectivos o potenciales y sobre los consumidores y usuarios; y ii) la conducta implique medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libre circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio nacional, suponga la compartimentación de los mercados o menoscabe las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales.

- 3.6. Estando de acuerdo la CNMC y la ACCO en que la conducta de la Asamblea Nacional Catalana afecta a las empresas, establecidas o no en Cataluña, que no compartan su ideario con la finalidad, según la perspectiva que se adopte, de perjudicar e, incluso, impedir el desarrollo de su actividad en Cataluña o favorecer a las empresas afines al ideario independentista que operen en Cataluña, tal finalidad puede llegar a considerarse, en principio e incluso prescindiendo de toda consideración de índole política, indiciaria –a la luz y por analogía con el criterio sentado en las directrices y jurisprudencia comunitarias en aplicación de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea- de la capacidad de la conducta de que aquí se trata para afectar las condiciones de libre competencia más allá del ámbito autonómico en el que se inscribe, 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.

Desde este punto de vista, sin embargo, el estado inicial de las actuaciones que han dado lugar al presente conflicto no proporciona soporte bastante para la toma una decisión sobre la pertenencia de la competencia para conocer del asunto. Pues el hecho de que siquiera sea durante una fase inicial de la conducta fuera posible el acceso a la página web de consumidores no radicados en Cataluña - (no existe prueba suficiente de que tal posibilidad se prolongara más allá de la introducción del filtro impeditivo de la misma introducido por la ANC, ni, por supuesto, fuera un efecto buscado de propósito) no es 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 sea por razón de la dimensión del mercado afectado o la cuota de mercado de las empresas afectadas, sea por la modalidad o el alcance de la restricción de la competencia o sus efectos sobre los competidores o sobre los consumidores o usuarios. En otro caso, prácticamente toda conducta de las características de la desplegada por la ANC tendría, por su propio objeto, efectos supraautonómicos.

No 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, desde el 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.

- 3.7. Como acaba de anunciarse, la competencia estatal surge no sólo por la razón expuesta, pues 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. Y la conducta de que aquí se trata se ha articulado como medida al servicio de la exclusión de la actuación, en el ámbito autonómico, de ciertas empresas, radicadas o no en Cataluña. Y ello en el contexto de una campaña en pro de la independencia de Cataluña, lo que vale decir, en el plano económico, la generación, como aspiración ideal, de un mercado propio catalán. Consecuentemente, la conducta no puede dejar de calificarse como capaz de afectar a la unidad del mercado en tanto que dirigida a limitar, si no excluir, tanto el ejercicio por las empresas afectadas de su actividad económica en una parte significativa del territorio nacional, como la libre circulación en dicha parte de los productos y servicios de dichas empresas, mediante: a) su discriminación por razón de establecimiento o domicilio social; b) su trato desigual por razón ajena a la lógica del mercado; c) la facilitación, como consecuencia de tal discriminación, de ventajas a las empresas no afectadas por ella, incluso en el terreno de la adjudicación de contratos públicos. De esta suerte, el efecto de la conducta de ANC, en los términos en que ésta ha sido articulada, es el de erección de obstáculos o barreras, en Cataluña, a la unidad de mercado; erección según la voluntad de la entidad convocante de la campaña de que se trata, que es suficiente a los efectos que aquí interesan, pues basta el hecho de que la misma pueda afectar a la referida unidad, no siendo precisa una concreta y determinada afectación.

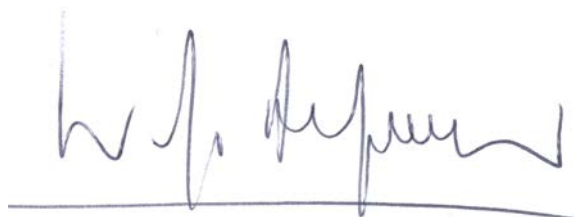
Esta afectación es suficiente para determinar la competencia estatal en virtud del punto de conexión examinado. Y lo es justamente por la clara procedencia, ahora sí, de la aplicación analógica del criterio sentado por las directrices y la jurisprudencia comunitarias para la aplicación de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, antes ya aludido. Pues, aunque la campaña de la ANC se centre en Cataluña, afecta directamente, por su propia finalidad, a la igualdad en el ejercicio del derecho constitucional de la libertad de empresa en todo el mercado nacional y según la lógica propia de éste y, por tanto, al normal desarrollo en él del tráfico comercial, lo que vale decir el funcionamiento correcto del aludido mercado.

4. CONCLUSIÓN.

Concurren, pues, todos los requisitos que, según el artículo 1.1. y 2 de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, en relación con los artículos 3, 16, 18 y 19 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, hacen surgir la competencia de la CNMC para conocer y resolver el expediente de que aquí se trata. No obsta a esta conclusión el hecho de la ANC no sea un poder público, pues desde el punto de vista de la libre competencia en todo el mercado nacional lo decisivo no es la naturaleza del sujeto responsable de la conducta perturbadora, sino la índole y los efectos de tal conducta. Y la afectación de la aludida libre competencia puede ser tanto directa como indirecta.

Madrid, a veintinueve de febrero de dos mil veinte.

EL PRESIDENTE DE LA JUNTA CONSULTIVA

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Luciano Parejo Alfonso', written over a horizontal line.

Luciano Parejo Alfonso