

INFORME SOBRE LA PROPUESTA DE DECRETO DE CREACIÓN DEL CONSEJO CANARIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Expediente nº: IPN/CNMC/030/21

PLENO

Presidenta

D^a. Cani Fernández Vicién

Vicepresidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xavier Ormaetxea Garai

D^a. Pilar Sánchez Núñez

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep Maria Salas Prat

Secretario del Consejo

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 28 de septiembre de 2021

Vista la solicitud de informe de la Viceconsejería de economía e internalización del Gobierno de Canarias sobre la propuesta de decreto (PD) de creación del Consejo Canario de Competencia, que tuvo entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) el 30 de julio de 2021, en ejercicio de las competencias que le atribuye el artículo 5.2 de la [Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC](#), el Pleno acuerda emitir el presente informe.

1. ANTECEDENTES

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).

La Comunidad Autónoma de Canarias asumió materialmente en 2006, de acuerdo con 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, las competencias ejecutivas en esta materia con la creación de un servicio de defensa de la competencia, adscrito a la Viceconsejería de Economía y Asuntos Económicos con la Unión Europea, en virtud del Decreto 118/2006, de 1 de agosto.

La Comunidad Autónoma de Canarias optó por la implantación de un sistema de defensa de la competencia articulado en torno a un único órgano de carácter instructor, correspondiendo a la CNMC la resolución de los expedientes instruidos por aquél, según lo dispuesto en la Disposición Transitoria Única de la Ley 1/2002, en tanto no se constituya el correspondiente órgano autonómico con funciones de resolución en esta materia.

El nuevo Estatuto de Autonomía establece en este sentido un **mandato de creación de «un órgano especializado de defensa de la competencia con jurisdicción en todo el Archipiélago, cuya actividad se coordinará con los previstos en el ámbito estatal y comunitario europeo»**.

Según el PD, el mapa actual de autoridades territoriales de defensa de la competencia registra *“dos modelos de configuración orgánica, uno simple y el otro complejo. El modelo complejo conjuga una mayor especialización e independencia con un mayor coste en recursos que a veces derivan en una mayor burocratización. El modelo simple, por el contrario, permite una mayor economía en el gasto público a cambio de una menor especialización, independencia y profundización en el ejercicio de las funciones”*.

En este marco general, el Gobierno de Canarias entiende que *“la estrategia a seguir debe ser ante todo realista, de modo que no se olvide que no todas las comunidades autónomas tienen la misma estructura económica, ni todos los mercados participan del mismo grado de madurez. Ante economías y mercados desiguales, los instrumentos de defensa de la competencia deben dimensionarse en cada caso y guardar una relación medio-fin adecuada y proporcionada a los procesos económicos que vayan a ser objeto de promoción, supervisión y control concurrencial”*.

Conforme a la exposición de motivos, la PD acoge un **“modelo de órgano especializado, colegiado e independiente de promoción y defensa de la competencia, de estructura muy simple, que cubre el actual vacío y permite**

*asumir todas las competencias reconocidas estatutariamente, sin necesidad de remitir su ejercicio a los órganos centrales. La especialización del órgano trata de asegurarse exigiéndose que el presidente y los vocales sean personas de reconocido prestigio y competencia profesional en el ámbito de actuación del **Consejo Canario de Defensa de la Competencia (CCDC)**. La pluralidad de miembros organizados en un collegium conjura en no escasa medida el riesgo, siempre presente, de captura del órgano; y la inamovilidad de cada uno mientras dura su mandato preserva su independencia y la autonomía funcional del órgano, inexcusable para el ejercicio de muchas de sus atribuciones”.*

2. CONTENIDO

La PD contiene 14 artículos, 3 disposiciones adicionales, 1 disposición transitoria única y 3 disposiciones finales.

El capítulo I (artículos 1-3) agrupa las disposiciones generales, entre las que se encuentra la creación del Consejo, su naturaleza y fines. El capítulo II (artículos 4-6) regula sus funciones, tanto en materia de defensa como de promoción de la competencia. El capítulo III (artículos 7-10) se refiere a la organización y regula las funciones, composición y régimen jurídico del Consejo y el nombramiento y mandato de sus miembros y del presidente. El capítulo IV (artículo 11-14) regula el régimen jurídico, en lo referente a las normas procedimentales, la resolución de recursos, la intervención ante órganos jurisdiccionales y la publicidad de las actuaciones.

La D.A 1ª regula la cobertura presupuestaria; la D.A. 2ª las indemnizaciones por asistencias y ponencias; la D. A. 3ª el código de conducta y memoria anual; la D.T. Única regula la constitución del consejo; la D.F. primera la habilitación normativa; la D.F. segunda modifica el Decreto 203/2019, de 1 de agosto, por el que se determina la estructura central y periférica, así como las sedes de las Consejerías del Gobierno de Canarias y la D. F. tercera la entrada en vigor (a los 3 meses de su publicación).

3. VALORACIÓN

3.1. Observaciones generales

La aplicación efectiva de los instrumentos de defensa y promoción de la competencia por parte de las autoridades públicas resulta fundamental para disponer de mercados competitivos, en los que las empresas compitan sobre la base de sus méritos, lo que redundará en mejores resultados para los consumidores y, globalmente, en una economía más productiva, innovadora e inclusiva, mejor

preparada para servir a la sociedad y abordar los retos de futuro, incluyendo la doble transición ecológica y digital.

Las autoridades autonómicas de competencia constituyen una parte muy relevante del esquema institucional de la defensa de la competencia en España, investigando y sancionando aquellas conductas cuyos efectos quedan limitados al ámbito geográfico de las respectivas comunidades autónomas, en virtud de lo establecido en la Ley 1/2002, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas sobre Defensa de la Competencia. En similares términos cabría expresarse en relación con las actuaciones incluidas dentro de la actividad de promoción de la competencia.

Por ello, se valora positivamente la creación del CCDC, por cuanto que fortalecerá el modelo institucional que integra la red de autoridades de competencia a nivel nacional, permitiendo una mejor supervisión de todos los sectores y mercados afectados en las Islas Canarias, así como afrontar desde una posición más ventajosa los retos ya señalados.

En este contexto, debe señalarse que las autoridades de competencia desempeñan unas funciones complejas, cuya efectividad depende de factores como la forma en que se establezca la relación con los sectores público y privado, los objetivos y funciones que se les atribuyan, sus capacidades y herramientas y la dotación de sus recursos. En este sentido, el proceso abierto en la UE para la transposición de la [Directiva \(UE\) 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018 \(Directiva ECN+\)](#) persigue precisamente dotar a las autoridades de competencia de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior¹. Por ello, además del impulso normativo para su creación, se recuerda la necesidad de dotar a la entidad de los recursos humanos, técnicos y organizativos que posibiliten de forma real y efectiva el ejercicio de sus competencias con las garantías de independencia, objetividad e imparcialidad.

Sin perjuicio de las consideraciones anteriores, se han detectado los siguientes aspectos susceptibles de mejora desarrollados en las observaciones particulares.

¹ Directiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo, 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. Publicada el 14 de enero de 2019. Transpuesta al ordenamiento español a través del [Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril](#) que responde a la necesidad de transponer un conjunto diverso de directivas comunitarias y de adaptar la normativa interna a diversos Reglamentos de la Unión Europea. El RDL ha sido convalidado y se encuentra en tramitación como [Proyecto de ley 121/000055](#).

3.2. Observaciones particulares

3.2.1. Funciones

El apartado segundo del artículo 4 señala que: “[...] *el Consejo Canario de Defensa de la Competencia ejercerá las funciones que reconoce la legislación estatal en materia de concentraciones económicas y, en su caso, de ayudas públicas*”.

Parece recomendable que estas funciones en materia de concentraciones económicas y ayudas públicas que pudieran derivar de la legislación estatal, de ser asumidas por la autoridad autonómica, sean explicitadas de forma clara y precisa para dotar de seguridad jurídica a los operadores afectados.

En particular, debe tenerse en cuenta que, según lo previsto en el artículo 9 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, las concentraciones que superen los umbrales previstos en el artículo 8 de la misma ley deben notificarse a la CNMC. Por otro lado, según lo previsto en el artículo 58.1 de la misma ley, en la segunda fase del procedimiento, cuando la concentración incida de forma significativa en el territorio de una comunidad autónoma, la Dirección de Competencia de la CNMC solicitará informe preceptivo, no vinculante, al órgano de competencia autonómico.

En materia de ayudas públicas, el artículo 11.1 de la Ley 15/2007 habilita a la CNMC, de oficio o a instancia de las Administraciones públicas, para el análisis de los criterios de concesión de las ayudas y la emisión de informes o recomendaciones sobre las mismas, y el artículo 11.2 ordena a la CNMC la elaboración, en todo caso, de un informe anual sobre las ayudas públicas concedidas en España que se remitirá a las Cortes generales. Por su parte, el apartado 5 del mismo artículo 11 atribuye a los órganos de defensa de la competencia de las comunidades autónomas, sin perjuicio de las funciones de la CNMC, la potestad de elaborar informes sobre las ayudas concedidas por las Administraciones autonómicas o locales en sus respectivos territorios, que deberán remitirse a la CNMC.

En esta misma línea, se invita a precisar con más claridad lo recogido en el artículo 11 del PD, que afirma que: “1. *Los procedimientos ante el Consejo Canario de Defensa de la Competencia se tramitarán según los principios y normas contenidas en la legislación sobre defensa de la competencia, siéndole de aplicación supletoria la legislación de procedimiento administrativo común. En la tramitación de dichos procedimientos el Consejo Canario de Defensa de la Competencia ostentará las potestades y facultades reconocidas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.*” Esta mención a las potestades y facultades de la CNMC se aconsejaría que fueran objeto de una mayor precisión.

Por su parte, el artículo 120.1 del estatuto de autonomía atribuye la “*competencia exclusiva en materia de promoción de la competencia en los mercados respecto de las actividades económicas que se ejercen principalmente en Canarias*”. Así, el apartado primero del artículo 5 afirma que:

“En virtud de la asunción estatutaria de la competencia exclusiva de promoción de la competencia, el Consejo Canario de Defensa de la Competencia aprobará la realización de estudios y trabajos de investigación en materia de competencia; la elaboración de informes generales sobre sectores económicos; la participación, mediante informe, y siempre que sea requerido, en el proceso de elaboración de normas que afecten a su ámbito competencial en los mercados y sectores económicos del Archipiélago sometidos a su supervisión y control; y propondrá al Gobierno las actuaciones que permitan remover los obstáculos que puedan impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado, también en el ámbito de las administraciones públicas de Canarias”.

Esta atribución competencial debe necesariamente compatibilizarse con las competencias en materia de promoción de la competencia que se atribuyen a la CNMC tanto por la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia como por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Una interpretación contraria supondría un vaciamiento de las competencias que ejerce la CNMC a este respecto.

Adicionalmente, cabe destacar que, sin perjuicio de la existencia de una situación de transitoriedad por la transposición de la Directiva ECN+, debido a su tramitación parlamentaria en las Cortes generales, algunas cuestiones podrían ser objeto de mención expresa dentro de la PD, como el incremento de los poderes de investigación en las inspecciones (se podrá convocar a cualquier persona que tenga información relevante a las entrevistas y se regulan las inspecciones con mayor precisión, pudiendo recabarse información en cualquier soporte incluyendo la nube o servidores de terceros) o la posibilidad de priorizar las denuncias.

Por último, el apartado tercero del artículo 2 recoge que: “*La actuación del Consejo Canario de Defensa de la Competencia se desarrolla en todo el territorio de la Comunidad Autónoma de Canarias, en todos sus mercados y sectores económicos, sin perjuicio de las relaciones de coordinación y cooperación con otras autoridades de la competencia autonómicas, estatales o europeas*”. Dado que en el ámbito estatal la única autoridad de competencia es la CNMC, teniendo en cuenta el carácter marco del precepto, podría ser aconsejable una mención expresa a la CNMC. En particular, teniendo en cuenta el hecho de que, de conformidad con lo previsto en el artículo 1.3 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, esta “...*ejercerá sus funciones en todo el territorio español y en relación con todos los mercados o sectores económicos*”.

Asimismo, se recuerda que la CNMC, de acuerdo con el artículo 5.1.f) de la Ley 3/2013, es la autoridad de competencia competente para la aplicación en España de los artículos 101 y 102 del TFUE y su Derecho derivado.

3.2.2. Independencia y autonomía presupuestaria

La Directiva² ECN+ señala, para garantizar la independencia de las autoridades administrativas nacionales de competencia, que los Estados miembros se aseguren de que estas desempeñan sus funciones y ejercen sus competencias con imparcialidad y en interés de una aplicación eficaz y uniforme de dichas disposiciones, supeditadas a requisitos de rendición de cuentas proporcionados y sin perjuicio de una estrecha cooperación entre las autoridades de competencia.

En este sentido, en el apartado 5 del artículo 8 se establece que: *“En caso de vacante, ausencia o enfermedad, con carácter temporal de cualquiera de los vocales, el titular de la consejería de adscripción podrá designar suplentes, que deberán cumplir los requisitos establecidos para el nombramiento de los titulares, previo informe favorable del Presidente del Consejo”*. Se recuerda que la composición del órgano debe ser pública para garantizar imparcialidad e independencia del órgano también para el caso de los suplentes.

En esta misma línea, el apartado 4 del artículo 7 indica que: *“A las reuniones del Consejo podrá asistir, con voz pero sin voto, las personas que se inviten por el Presidente, de acuerdo con los criterios generales que a tal efecto acuerde el Consejo. No podrán asistir a las reuniones del Consejo los miembros del Gobierno ni altos cargos de las Administraciones Públicas”*. Se recomendaría asegurar que a estas reuniones pudiera asistir en cualquier caso el titular del órgano de instrucción.

En el apartado segundo del artículo 11 se indica que: *“2. 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.”* Se recomienda añadir algún inciso del tipo *“garantizándose en todo caso la debida separación funcional con el Consejo”*.

Por otro lado, el apartado primero del artículo 9 señala que: *“Los miembros del Consejo Canario de Defensa de la Competencia no percibirán retribuciones periódicas de clase alguna por el desempeño de su función. No obstante, recibirán las indemnizaciones y dietas que se establezcan reglamentariamente por la asistencia a reuniones y redacción de ponencias. Los vocales son incompatibles*

² Véanse en especial los artículos 4 y 5.

con el ejercicio de la carrera judicial o fiscal". Cabría considerar la ampliación del régimen de incompatibilidades o el establecimiento de un régimen de abstención de forma expresa.

Por otro lado, en la Directiva ECN+, también se indica que los Estados miembros se asegurarán, como mínimo, de que las autoridades nacionales de competencia tengan efectivos suficientes de personal cualificado y recursos financieros, técnicos y tecnológicos suficientes necesarios para el desempeño efectivo de sus funciones y para el ejercicio efectivo de sus competencias.

La cobertura presupuestaria del CCDC viene recogida en la disposición final primera de la PD. En la misma se afirma que: *"En los presupuestos anuales de la Comunidad Autónoma de Canarias, en la Sección correspondiente al Departamento competente en materia de economía, se dotarán las cantidades necesarias para asegurar el adecuado funcionamiento del Consejo Canario de Defensa de la Competencia"*.

A este respecto, debe tomarse en consideración que el artículo 5.3 de la Directiva ECN+ determina que, sin perjuicio de las normas y los procedimientos presupuestarios nacionales, los Estados miembros garantizarán que las autoridades nacionales de competencia gocen de *independencia en el empleo del presupuesto* asignado para el desempeño de sus funciones, circunstancia que se recomienda reforzar en la PD.

3.2.3 Otras cuestiones

Se recogen a continuación otras cuestiones:

- **En el apartado segundo del artículo 3** se propone sustituir la palabra "actuar" por "ejercer": "2. Para el cumplimiento de sus fines y en ejercicio de las funciones que le son propias, el Consejo Canario de Defensa de la Competencia podrá actuar, además de otras *potestades administrativas que le vengán atribuidas por el ordenamiento, todas aquellas previstas en la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia, y en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, así como en la normativa de desarrollo de ambas leyes*".
- **En el apartado quinto del artículo 7** se recomienda citar expresamente la Ley aplicable: "5. *El régimen de funcionamiento del Consejo será el establecido por la legislación general sobre órganos colegiados, pudiendo el Consejo aprobar su propio reglamento interno de funcionamiento en desarrollo de dicha legislación.*"

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El nuevo Estatuto de Autonomía de Canarias establece un mandato de creación de «*un órgano especializado de defensa de la competencia con jurisdicción en todo el Archipiélago, cuya actividad se coordinará con los previstos en el ámbito estatal y comunitario europeo*». En base a lo anterior, la PD acoge un *modelo de órgano especializado, colegiado e independiente de promoción y defensa de la competencia, de estructura muy simple*.

Las autoridades autonómicas de competencia constituyen una parte muy relevante del esquema institucional de la defensa y promoción de la competencia en España. Por ello, se valora positivamente la creación del CCDC, por cuanto que fortalecerá el modelo institucional que integra la red de autoridades de competencia a nivel nacional, permitiendo una mejor supervisión de todos los sectores y mercados afectados en las Islas Canarias, así como afrontar desde una posición más ventajosa los retos ya señalados. Asimismo, es necesario dotar a la entidad de los recursos humanos, técnicos y organizativos que posibiliten de forma real y efectiva el ejercicio de sus competencias con las garantías de independencia, objetividad e imparcialidad.

Sin perjuicio de lo anterior, se han detectado ciertos aspectos susceptibles de mejora que afectan a:

- *Funciones.* Además de recomendar mayor claridad en algunas de las funciones recogidas en materia de concentraciones y ayudas, en relación con las funciones de promoción de la competencia esta atribución no puede entenderse como excluyente de las competencias en materia de promoción de la competencia que se atribuyen por ley a la CNMC. Adicionalmente, se recuerda la posibilidad de recoger una mención expresa a algunas de las funciones recogidas en la norma de transposición de la Directiva ECN+, como el incremento de los poderes de investigación en las inspecciones o la posibilidad de priorizar las denuncias.
- *Independencia y autonomía presupuestaria.* Cabría reforzar la ampliación del régimen de incompatibilidades de los vocales o el establecimiento de un régimen de abstención de forma expresa, así como reforzar el carácter público de los mismos (titulares y suplentes) y la independencia en el empleo del presupuesto asignado para el desempeño de sus funciones.
- *Otras cuestiones:* se sugieren ciertas precisiones terminológicas y regulatorias.