

Suplemento

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

7789 *Pleno. Sentencia 108/2014, de 26 de junio de 2014. Recurso de inconstitucionalidad 2610-2008. Interpuesto por el Gobierno de Canarias respecto de los artículos 9 y 13 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia. Competencias sobre comercio interior, defensa de la competencia y ordenación general de la economía: constitucionalidad de los preceptos legales que reservan a la Administración estatal el ejercicio de funciones ejecutivas en el control de concentraciones económicas. Voto particular.*

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Presidente; doña Adela Asua Batarrita, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan José González Rivas, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez y don Ricardo Enríquez Sancho, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de inconstitucionalidad núm. 2610-2008, interpuesto por el Gobierno de Canarias contra los arts. 9 y 13 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia. Ha intervenido el Abogado del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Ricardo Enríquez Sancho, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. Con fecha 3 de abril de 2008 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal Constitucional un escrito de la Letrada del Gobierno de Canarias interponiendo recurso de inconstitucionalidad contra los arts. 9 y 13 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia.

Para la institución autonómica recurrente la inconstitucionalidad de ambos preceptos deriva de que reservan al Estado todas las competencias ejecutivas en materia de control de concentraciones económicas, desconociendo así las competencias que tiene la Comunidad Autónoma de Canarias en materia de defensa de la competencia, asumidas a través del título competencial «comercio interior» (art. 31.3 de su Estatuto de Autonomía), del cual aquella materia forma parte, al menos parcialmente.

En apoyo de su posición expone que de la doctrina contenida en la STC 208/1999, de 11 de noviembre, se deduce que la Comunidad Autónoma es competente para llevar a cabo todas las actuaciones de ejecución de la legislación de defensa de la competencia que hayan de realizarse en su territorio y que no afecten al mercado supracomunitario. Sostiene que la afección exclusivamente intracomunitaria de las operaciones de concentración económica es posible y, en tales casos, no puede negarse la titularidad de las competencias ejecutivas autonómicas. En este sentido, señala que la posibilidad de que una concentración económica tenga una incidencia limitada a una parte del mercado nacional está expresamente reconocida en el art. 8.1 a) de la Ley 15/2007, ya que la expresión «mercado geográfico definido dentro del mismo» es una fórmula

equivalente a aquella otra («en todo o en parte del mercado nacional») en la que el Tribunal Constitucional fijó su atención con ocasión de su declaración de inconstitucionalidad, llevada a cabo por la mencionada STC 208/1999.

Continúa señalando que la cuestión de cuándo una concentración empresarial afecta a un mercado geográficamente relevante dentro del mercado nacional deberá analizarse en cada caso concreto, sin que pueda negarse *a priori* dicha posibilidad; pero, en todo caso, lo que considera indiscutible es que la Comunidad Autónoma de Canarias ostenta esa condición de mercado geográficamente relevante, sin necesidad de esfuerzos interpretativos. A su entender, las Islas Canarias, tanto por su condición de «mercado pequeño», como por su condición de región ultraperiférica, presentan condiciones de competencia distintas a las que encuentran las empresas que desarrollan actividades similares en el ámbito continental de referencia, en este caso la España peninsular.

Entiende también que la mejor prueba sobre la posibilidad de identificar mercados geográficamente relevantes dentro del mercado nacional la proporciona la propia práctica antitrust española, donde se encuentran importantes ejemplos en los que el Tribunal de Defensa de la Competencia ha definido como mercados relevantes a partes perfectamente localizadas del territorio del Estado. Tras citar varios ejemplos en los que dicho órgano reconoció expresamente las singularidades del mercado canario, concluye que cuando una operación de concentración económica se realice en el territorio de una Comunidad Autónoma y, siguiendo los umbrales establecidos en la propia Ley, la cuota de mercado que como consecuencia de esa operación se adquiera o se incremente sea igual o superior al 30 por 100 del mercado relevante de productos o servicios en un «mercado geográfico definido» que no exceda del ámbito de esa Comunidad Autónoma, las competencias ejecutivas previstas en la Ley 15/2007 corresponden a la Comunidad Autónoma respectiva.

En concreto, señala que los preceptos que incurren en inconstitucionalidad por reservar la Ley al Estado todas las potestades administrativas en materia de concentraciones económicas, son dos: el art. 13, en la medida en que sólo admite la titularidad de las competencias ejecutivas de las Comunidades Autónomas en materia de conductas colusorias del art. 1, abuso de posición dominante del art. 2 y falseamiento de la competencia por actos desleales del art. 3; así como el art. 9, que configura a la Comisión Nacional de la Competencia como el órgano competente en materia de notificación y suspensión de las operaciones de concentración económica, con desconocimiento de las competencias autonómicas.

2. Mediante providencia del Pleno de 6 de mayo de 2008, a propuesta de la Sección Cuarta se admitió a trámite el recurso de inconstitucionalidad y se acordó dar traslado de la demanda y documentos presentados, conforme establece el art. 34 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes, y al Gobierno, a través del Ministro de Justicia, al objeto de que en el plazo de quince días pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimasen convenientes. Por último, se acordó publicar la incoación del recurso en el «Boletín Oficial del Estado».

3. Con fecha 20 de mayo de 2008 se registró un escrito del Presidente del Senado comunicando al Tribunal el acuerdo de la Mesa de la Cámara por el que se da por personada en el procedimiento y ofrece su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.

4. El Abogado del Estado, mediante escrito registrado el 26 de mayo de 2008, se personó en el procedimiento, solicitando la prórroga, por el máximo legal, del plazo concedido para formular alegaciones. El Pleno, por providencia de 27 de mayo de 2008, acordó incorporar a las actuaciones el escrito presentado por el Abogado del Estado, teniéndole por personado en la representación que legalmente ostenta, prorrogando en ocho días más el plazo inicialmente concedido por providencia de 6 de mayo de 2008. El día 16 de junio de 2008 presentó su escrito de alegaciones, en el que se opone a las pretensiones deducidas por las razones que, resumidamente, se recogen a continuación.

a) Comienza afirmando que de la STC 208/1999 no se deriva la atribución competencial que la Comunidad Autónoma canaria sostiene, sino la subordinación de dicha competencia autonómica a la competencia estatal en materia de bases y ordenación de la actividad económica general, ex art. 149.1.13 CE, que es precisamente la que ampara la constitucionalidad de los preceptos impugnados.

b) Tras ello, se centra en el análisis de los preceptos impugnados. A su juicio, por lo que se refiere al art. 9, este precepto se limita a contener una norma de carácter procedimental consecuencia de ejercitar la competencia adjetiva definidora del procedimiento, que resulta inherente a la competencia sustantiva para legislar, que en materia de defensa de la competencia se halla reservada al Estado. En cuanto al art. 13.1 señala que el legislador no ha hecho sino recoger la doctrina del Tribunal en la materia, al ajustarse estrictamente a lo dispuesto en la STC 208/1999 y limitarse a reproducir lo señalado en el art. 1.3 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, texto legal por el que se da cumplimiento a la citada Sentencia y que viene a configurar un régimen antitrust basado en el reparto de competencias de ejecución entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Recuerda el Abogado del Estado que la omisión de cláusulas de salvaguarda o recordatorios de las competencias autonómicas ni convierte en inconstitucional el precepto estatal silente, ni impide que las competencias exclusivas que a la Comunidad reserva su Estatuto de Autonomía se desplieguen legítimamente con toda su extensión, alcance y eficacia. De esta forma, en el art. 13 de la Ley 15/2007 carece de toda importancia la omisión de una expresa cláusula para salvaguardar el resto de competencias ejecutivas autonómicas, puesto que no perjudica en lo más mínimo el legítimo despliegue de éstas.

Pero además, a juicio del Abogado del Estado, procede inadmitir el presente recurso de inconstitucionalidad en cuanto se dirige contra un precepto que no fue impugnado en su día y que se pretende recurrir ahora de forma oblicua y con fraude del plazo, perentorio y de caducidad, que establece el art. 33 LOTC. Insiste en que el art. 13.1 carece de toda vocación innovadora respecto del apartado 3 del art. 1 de la Ley 1/2002, cuya redacción no se había modificado desde el dictado de ésta y se ha venido aplicando sin manifestación alguna por parte de las Comunidades Autónomas. Incluso puede afirmarse, señala, que el hecho de que la Comunidad Autónoma canaria haya reaccionado contra el precepto muchos años después de su aprobación constituye un fuerte indicio de la constitucionalidad del precepto.

Añade que una vez examinado el contenido de los preceptos objeto de impugnación, podemos afirmar que realmente la reserva al Estado de las competencias ejecutivas en materia de control de concentraciones económicas no deriva de los arts. 9 y 13 de la Ley 15/2007, sino del art. 1.5 de la Ley 1/2002 que, en cumplimiento de los mandatos del Tribunal Constitucional, reguló los puntos de conexión que delimitan el ejercicio de las competencias que corresponden al Estado y a las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia. Afirma que si el recurso de la Comunidad Autónoma canaria persigue la declaración de inconstitucionalidad de la reserva al Estado de todas las competencias ejecutivas en materia de concentraciones económicas, el objeto de impugnación debió ser el art. 1.5 de la Ley 1/2002, al ser este precepto el que atribuye expresamente al Estado dichas competencias.

Además, señala que los arts. 9 y 13 de la Ley 15/2007 deben ponerse en relación con el art. 8 de la Ley 1/2002, precepto en el que se define el ámbito de aplicación del régimen de concentraciones y que permite evidenciar la incongruencia en que incurre la demanda al no incluirle entre los preceptos objeto de impugnación. A su juicio, la legislación sobre competencia define en el art. 8 de la Ley 1/2002 circunstancias que, concurriendo en una operación, pueden hacer suponer la existencia de una incidencia relevante en la libre competencia a nivel nacional, aun cuando la operación se realice en el territorio de una Comunidad Autónoma. Así, señala que la adquisición de una posición dominante de una empresa en las Islas Canarias supone una evidente barrera de entrada a las restantes

empresas en ese territorio, afectando a la libre competencia en todo el mercado nacional. No obstante, indica que de haber sido el art. 8 de la Ley 1/2002 uno de los preceptos recurridos, procedería asimismo alegar la inadmisibilidad del recurso respecto del mismo, pues, al igual que sucede con el art. 13 de la Ley 15/2007, el art. 8 se limita a reproducir lo establecido en el art. 14.1 de la Ley 16/1989.

c) En tercer lugar, el Abogado del Estado analiza el contenido de la STC 208/1999 y concluye que lo establecido en la misma resta todo fundamento a la argumentación ofrecida por el Gobierno de Canarias, pues la Sentencia se limitó a analizar las competencias ejecutivas concernientes a las prácticas restrictivas, no pronunciándose sobre otras posibles intervenciones, por cuanto los recurrentes de la Ley 16/1989 no impugnaron los preceptos relativos al control de las concentraciones económicas y a las ayudas públicas.

d) Seguidamente, el Abogado del Estado se centra en la intervención administrativa en el ámbito del control de las concentraciones. A su juicio, el que la Ley de defensa de la competencia queda enmarcada en la regulación de la economía general parece incuestionable; por ello los arts. 9 y 13 de la misma son declarados normas básicas dictadas al amparo del art. 149.1.13 CE. Continúa afirmando que existen materias transversales como las concentraciones empresariales por encima de determinados umbrales, que han de considerarse ligadas a la consecución de la unidad de mercado en tanto se hallan directamente implicadas en dicha unidad. Considera que el control de concentraciones económicas se configura como un control sobre cambios estructurales en el mercado, de incidencia notable y que muy excepcionalmente dejarán de tener un efecto potencial fuera del mercado de una Comunidad Autónoma, por lo que resulta incuestionable que la naturaleza y objetivos del control de las concentraciones difieren de la persecución de conductas restrictivas de la competencia cuya ejecución ha sido parcialmente atribuida por la Ley 1/2002 a las autoridades administrativas autonómicas. Señala que la persecución de conductas restrictivas de la competencia es una actividad de control *ex post*, cuya ejecución está diversificada en varias instancias administrativas y judiciales; pero el control de concentraciones económicas es una actividad de control preventiva que influye en la configuración del mercado, por lo que exige una resolución rápida incompatible con procedimientos complejos de atribución de competencias entre autoridades administrativas.

Para el Abogado del Estado el control de las concentraciones constituye el ejemplo arquetípico de competencia ejecutiva necesaria para preservar un mercado único de ámbito nacional y, por tanto, su atribución al Estado se fundamenta en aquellas competencias ejecutivas que, según la jurisprudencia constitucional, pertenecen a lo básico de la materia defensa de la competencia. A su juicio, la definición del ámbito de aplicación de las potestades de intervención administrativa en materia de concentraciones, es decir, los umbrales requeridos por la legislación vigente para que una operación de concentración esté sujeta a la obligación de notificación, confirma efectivamente que la intervención administrativa realizada en este ámbito obedece a la configuración real del mercado de ámbito nacional.

e) En quinto lugar, el Abogado del Estado hace alusión a la incidencia en el mercado nacional de las operaciones de concentración y a la relevancia de los umbrales de notificación. Señala que los umbrales que la Ley 15/2007 establece y a través de los cuales se diseña una política económica determinada, se ajustan a lo previsto en el art. 1 del Reglamento del Consejo 139/2004, de 20 de enero, que atribuye el control de la concentración a la Administración comunitaria europea. En particular, indica, se ha pretendido establecer un sistema que limita lo máximo posible las incertidumbres y los costes para las empresas, al ver éstas restringida su libertad de empresa en tanto no pueden ejecutar las operaciones de concentración, que son susceptibles de afectar a la libre competencia, sin haber recibido antes la preceptiva autorización de las autoridades de competencia.

Añade que el primero de los umbrales establecidos por el legislador (el volumen de negocios) es determinable por las empresas con carácter previo a la notificación de una

operación de concentración y también es calculable por la autoridades de competencia, lo que ha permitido articular el sistema de competencias en materia de análisis de las operaciones de concentración económica entre los órganos competentes para ello.

En cuanto al segundo umbral (la cuota de mercado superior al 30 por 100), es menos objetivo en la medida en que exige definir un mercado de producto relevante. Advierte que ni la Ley 16/1989, ni la actual Ley 15/2007, han llegado a definir lo que debe considerarse como mercado relevante a efectos del umbral de notificación por cuota de mercado y ello porque tal definición ha de determinarse caso por caso, atendiendo a muy distintos factores, tales como las características de las empresas partícipes en la operación y de sus competidores en el momento de producirse la concentración, la naturaleza de los productos y servicios prestados por las mismas, etc. A su juicio, la imposibilidad de establecer reglas claras y apriorísticas a la hora de definir los mercados relevantes, en particular su ámbito geográfico, ha de tenerse presente para valorar la constitucionalidad del establecimiento de un control *ex ante* de las operaciones de concentración que pueden afectar a la libre competencia en España. En cualquier caso, considera que la superación del umbral del 30 por 100, sea en un mercado relevante de un producto o servicio en el ámbito nacional, o sea en un mercado geográfico delimitado, es expresión de la dimensión nacional de la operación, por la importancia de la operación misma.

Señala que es posible que una misma operación llegue a afectar a distintos mercados de producto, cada uno de los cuales puede tener un ámbito geográfico determinado y que pueden resultar superpuestos. Esta superposición puede no hallarse claramente determinada con carácter previo al análisis de la operación, sino ser el propio análisis el que conduzca a una segmentación en particular. En tal contexto, afirma, no resulta conveniente que exista más de una autoridad de competencia que conozca la operación, sino que se precisa, al no poder determinar el alcance una operación *ex ante*, de la supervisión y el control del Estado en ejercicio de sus funciones de dirección y coordinación de la economía nacional, a diferencia de una práctica restrictiva de la competencia, cuyos efectos reales o potenciales ya han tenido lugar y pueden delimitarse.

Añade que un sistema de control de concentraciones en España con competencias ejecutivas en las Comunidades Autónomas haría más difícil la necesaria coordinación con la Comisión Europea prevista en la normativa europea. Considera que si para el control de concentraciones llegasen a existir dos autoridades de competencia paralelas, con ámbitos territoriales distintos, basando su sistema de distribución de competencias en el umbral de cuota de mercado, se generarían unos costes excesivos para la libertad de empresa, ante la incertidumbre que se crearía en las empresas que deseen realizar una operación de concentración, haciéndose recaer sobre las mismas trámites administrativos adicionales que difícilmente redundarían en una mayor competencia en el mercado.

Por todo lo expuesto, solicita que se dicte resolución por la que se inadmita el recurso, o, subsidiariamente, sentencia en la que declare la plena constitucionalidad de los preceptos impugnados.

5. Por providencia de 24 de junio de 2014, se señaló para deliberación y fallo de esta Sentencia el día 26 de junio de 2014.

II. Fundamentos jurídicos

1. El presente recurso de inconstitucionalidad ha sido formulado por el Gobierno de Canarias contra los arts. 9 y 13 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia (en adelante, LDC). La institución autonómica recurrente sostiene que ambos preceptos resultan inconstitucionales al reservar al Estado todas las competencias ejecutivas en materia de control de concentraciones económicas, desconociendo así las competencias de tal índole que pueden ostentar las Comunidades Autónomas a través del título competencial «comercio interior» (en el caso de Canarias, en virtud del art. 31.3 de su Estatuto de Autonomía), del cual aquella materia forma parte, al menos parcialmente.

Dispone el primero de los preceptos impugnados:

«Artículo 9. *Obligación de notificación y suspensión de la ejecución.*

1. Las concentraciones económicas que entren en el ámbito de aplicación del artículo anterior deberán notificarse a la Comisión Nacional de la Competencia previamente a su ejecución.

2. La concentración económica no podrá ejecutarse hasta que haya recaído y sea ejecutiva la autorización expresa o tácita de la Administración en los términos previstos en el artículo 38, salvo en caso de levantamiento de la suspensión.

3. Los apartados anteriores no impedirán realizar una oferta pública de adquisición de acciones admitidas a negociación en una bolsa de valores autorizada por la Comisión Nacional del Mercado de Valores que sea una concentración económica sujeta a control de acuerdo con lo previsto en la presente Ley, siempre y cuando:

a) La concentración sea notificada a la Comisión Nacional de la Competencia en el plazo de cinco días desde que se presenta la solicitud de la autorización de la oferta a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, en caso de no haber sido notificada con anterioridad, y

b) el comprador no ejerza los derechos de voto inherentes a los valores en cuestión o sólo los ejerza para salvaguardar el valor íntegro de su inversión sobre la base de una dispensa concedida por la Comisión Nacional de la Competencia.

4. Están obligados a notificar:

a) Conjuntamente las partes que intervengan en una fusión, en la creación de una empresa en participación o en la adquisición del control conjunto sobre la totalidad o parte de una o varias empresas.

b) Individualmente, la parte que adquiera el control exclusivo sobre la totalidad o parte de una o varias empresas.

5. En el caso de que una concentración sujeta a control según lo previsto en la presente Ley no hubiese sido notificada a la Comisión Nacional de la Competencia, ésta, de oficio, requerirá a las partes obligadas a notificar para que efectúen la correspondiente notificación en un plazo no superior a veinte días a contar desde la recepción del requerimiento.

No se beneficiarán del silencio positivo previsto en el artículo 38 aquellas concentraciones notificadas a requerimiento de la Comisión Nacional de la Competencia.

Transcurrido el plazo para notificar sin que se haya producido la notificación, la Dirección de Investigación podrá iniciar de oficio el expediente de control de concentraciones, sin perjuicio de la aplicación de las sanciones y multas coercitivas previstas en los artículos 61 a 70.

6. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrá acordar el levantamiento de la suspensión de la ejecución de la concentración a que se refiere el apartado 2 de este artículo, a propuesta de la Dirección de Investigación y previa solicitud motivada.

La resolución se dictará previa ponderación, entre otros factores, del perjuicio que causaría la suspensión de la ejecución a las empresas partícipes en la concentración y del que la ejecución de la operación causaría a la libre competencia.

El levantamiento de la suspensión de la ejecución podrá estar subordinado al cumplimiento de condiciones y obligaciones que garanticen la eficacia de la decisión que finalmente se adopte.»

Por su parte, el art. 13 de la Ley establece:

«1. Los órganos de las Comunidades Autónomas competentes para la aplicación de esta Ley ejercerán en su territorio las competencias ejecutivas correspondientes en los procedimientos que tengan por objeto las conductas previstas en los arts. 1, 2 y 3 de esta Ley de acuerdo con lo dispuesto en la misma y 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.

2. Sin perjuicio de las competencias de la Comisión Nacional de la Competencia, los órganos competentes de las Comunidades Autónomas están legitimados para impugnar ante la jurisdicción competente actos de las Administraciones Públicas autonómicas o locales de su territorio sujetos al Derecho Administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados.»

2. Antes de examinar las alegaciones del Gobierno canario resulta necesario realizar algunas consideraciones preliminares.

a) Sostiene el Abogado del Estado que el actual enunciado del art. 13 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, reitera lo que ya estaba dispuesto 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 que, en coherencia, debió ser impugnado en su momento; de modo que entrar a examinar ahora la impugnación del art. 13 de la Ley 15/2007 significaría aceptar que se reabra el plazo para interponer un recurso de inconstitucionalidad. Asimismo considera que si el recurso persigue la declaración de inconstitucionalidad de la atribución al Estado de todas las competencias ejecutivas en materia de control de concentraciones económicas, el objeto de impugnación debió ser el art. 1.5 de la Ley 1/2002, al ser este precepto el que atribuye expresamente al Estado dichas competencias.

La objeción expuesta no puede ser acogida. Como hemos señalado en las SSTC 146/1994, de 12 de mayo, FJ 4, y 214/1994, de 14 de julio, FJ 4 A), «el hecho de que una norma reproduzca otra norma anterior no recurrida, no impide la impugnación de la primera». Además, como recuerda la STC 17/2013, de 31 de enero, FJ 8, «es doctrina reiterada de este Tribunal Constitucional que el recurso de inconstitucionalidad es un recurso abstracto dirigido a la depuración del ordenamiento de forma que con el mismo no se defiende un interés propio de los recurrentes sino el interés general y la supremacía de la Constitución». En consecuencia, la circunstancia de que el art. 13 de la Ley 15/2007 reproduzca lo que ya estaba dispuesto en la Ley 1/2002 y que no se hubiera impugnado en su día el art. 1.5 de esta última, que atribuye al Estado las competencias ejecutivas en la materia, no impide la impugnación planteada en el presente recurso de inconstitucionalidad.

b) En segundo lugar, debemos delimitar el objeto del presente proceso constitucional. Aunque formalmente en el suplico de la demanda la Letrada del servicio jurídico del Gobierno de Canarias solicita la declaración de inconstitucionalidad del art. 13 de la Ley 15/2007, sus alegaciones van dirigidas única y exclusivamente a su apartado 1. Por tanto, habremos de atenernos a la doctrina que hemos mantenido en supuestos similares, según la cual «no basta la mera invocación formal de los preceptos en la demanda (STC 98/1989, FJ 5) o incluso, como sucede en este caso, la existencia en la misma de una solicitud expresa de su declaración de inconstitucionalidad, para que este Tribunal deba pronunciarse sobre todos y cada uno de ellos, sino que es preciso, además, que en el cuerpo del recurso se contenga la argumentación específica o razonamientos que fundamenten la presunta contradicción de éstos con la Norma fundamental [SSTC 146/1994, FJ 7 B); 214/1994, FJ 3; 195/1998, FJ 1]. Efectivamente, hemos de recordar aquí una vez más que la impugnación de las normas debe ir acompañada de la preceptiva fundamentación y precisión que permitan al Abogado del Estado, al que asiste,

como parte recurrida, el derecho de defensa, así como a este Tribunal, que ha de pronunciar la Sentencia, conocer las razones por las que los recurrentes entienden que las disposiciones impugnadas transgreden el orden constitucional (SSTC 118/1996, FJ 2; y 118/1998, FJ 4). Cuando lo que está en juego es la depuración del ordenamiento jurídico, es carga de los recurrentes no sólo la de abrir la vía para que el Tribunal pueda pronunciarse, sino también la de colaborar con la justicia del Tribunal en un pormenorizado análisis de las graves cuestiones que se suscitan» (STC 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 2).

Así pues, el objeto del presente proceso queda circunscrito al art. 9 y al apartado primero del art. 13 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia.

c) Con posterioridad a la interposición del presente recurso de inconstitucionalidad, la disposición final tercera de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, ha dado nueva redacción al art. 8.1 LDC, que si bien no es objeto de impugnación, es relevante para la resolución del recurso, en los términos que después se expondrán. Baste aquí anticipar que se trata de una modificación legislativa que refuerza la idea de que el control ejercido por la Administración se aplica a las concentraciones económicas de especial intensidad.

d) Igualmente debe advertirse que la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, asigna a este nuevo organismo público las competencias que la legislación vigente atribuye a la Comisión Nacional de la Competencia, cuya desaparición establece (disposición adicional segunda). En lo que aquí importa, se asigna expresamente a la nueva institución la función de «aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de control de concentraciones económicas» [art. 5.1 d)] sin que, por lo demás, la reforma afecte a la subsistencia de la impugnación formulada.

e) Por el contrario, ninguna incidencia tiene en el presente proceso constitucional la incorporación de un nuevo párrafo al punto 2 del art. 11 LDC que lleva a cabo la disposición final vigésima de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2014.

f) Por último, debe significarse que en el presente proceso constitucional subyace una controversia competencial –aunque se articule como recurso de inconstitucionalidad en atención al rango legal de los preceptos impugnados– pues aun cuando el Gobierno de Canarias admite sin reservas que corresponde al Estado la potestad normativa en materia de defensa de la competencia, rechaza que sea la Administración estatal la única competente para su ejecución o aplicación singular, pues ello supondría desconocer las competencias que pueden ostentar las Comunidades Autónomas a través del título competencial «comercio interior» (en el caso de Canarias, en virtud del art. 31.3 de su Estatuto de Autonomía), del cual aquella materia forma parte, al menos parcialmente.

3. Una vez efectuadas las anteriores precisiones, procede comenzar destacando que la libertad de empresa reconocida en nuestra Constitución (art. 38) tiene como una de sus manifestaciones la libre organización de la actividad empresarial, lo cual no excluye que puedan establecerse limitaciones derivadas de las reglas que disciplinen proporcionada y razonablemente el mercado [STC 127/1994, de 5 de mayo, FJ 6 d)], como acontece con la legislación de defensa de la competencia, entendida ésta como «toda la legislación ordenada a la defensa de la libertad de competencia, mediante la prevención y, en su caso, la represión de las situaciones que constituyen obstáculos creados por decisiones empresariales para el desarrollo de la competencia en el mercado» (STC 71/1982, de 30 noviembre, FJ 15).

En este sentido, la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia, con el fin de proteger de un modo efectivo la competencia en los mercados, atribuye a las correspondientes Administraciones ciertas facultades de control sobre la actividad de las empresas.

Así, prohíbe determinadas actuaciones u omisiones cuya realización se reputa lesiva de esa libre competencia; en particular se prohíben las conductas colusorias (art. 1), el abuso de posición dominante (art. 2) y el falseamiento de la libre competencia por actos desleales (art. 3), detallándose en los propios preceptos las concretas conductas que se

subsumen en tales nociones. En relación con estas prácticas prohibidas, la Ley regula un régimen sancionador (arts. 61 a 70) y el procedimiento para la imposición de las sanciones previstas (arts. 49 a 54). La delimitación de las competencias ejecutivas relativas a este primer tipo de control fue abordada por la STC 208/1999, de 11 de noviembre –en la que se resolvieron sendos recursos de inconstitucionalidad promovidos contra la Ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia–, en los términos que más adelante se expondrán.

Junto a este control reactivo, la Ley regula otros dos: el control sobre las ayudas públicas a las empresas y el sometimiento a un régimen de autorización previa a determinadas operaciones de concentración económica, entendiendo por tales las que conlleven «un cambio estable del control de la totalidad o parte de una o varias empresas como consecuencia de: la fusión de dos o más empresas anteriormente independientes, o la adquisición por una empresa del control sobre la totalidad o parte de una o varias empresas, o la creación de una empresa en participación y, en general, la adquisición del control conjunto sobre una o varias empresas cuando éstas desempeñen de forma permanente las funciones de una entidad económica autónoma» (art. 7.1 LDC).

Siendo indudable que las concentraciones económicas constituyen una manifestación de la libertad de empresa (art. 38 CE) –de manera que, en principio, la adquisición de empresas competidoras o la fusión entre empresas competidoras debe entenderse libre–, no obstante, la necesidad de ordenar las condiciones de competencia en el mercado ha hecho que desde la Ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia, se establezca un sistema de control de las fusiones empresariales que puedan tener un impacto negativo en la libre competencia. El propio art. 38 CE sienta el fundamento último del sistema de control de estas concentraciones al encargar a los poderes públicos el mantenimiento y la garantía del funcionamiento del sistema de economía de mercado.

Se trata, así, de evitar o corregir la excesiva concentración del mercado cuando ello pueda perjudicar de manera significativa las condiciones de competencia. Es por eso que el procedimiento de control de las concentraciones económicas se aplica sólo a las que tengan una especial intensidad, de modo que las que no alcancen los umbrales señalados en el art. 8.1 LDC resultan autorizadas sin necesidad de someterse a ningún procedimiento de control administrativo de competencia. En concreto, la Ley 15/2007, de 3 de julio, actualmente con la redacción dada por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, ha reducido el control sobre las concentraciones económicas a aquellas en las que concurra alguna de las circunstancias previstas en el mencionado art. 8.1:

«a) Que como consecuencia de la concentración se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al 30 por 100 del mercado relevante de producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo ... salvo que el volumen de negocios global en España de la sociedad adquirida o de los activos adquiridos en el último ejercicio contable no supere la cantidad de 10 millones de euros, siempre y cuando las partícipes no tengan una cuota individual o conjunta igual o superior al 50 por 100 en cualquiera de los mercados afectados, en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo.

b) Que el volumen de negocios global en España del conjunto de los partícipes supere en el último ejercicio contable la cantidad de 240 millones de euros, siempre que al menos dos de los partícipes realicen individualmente en España un volumen de negocios superior a 60 millones de euros.»

En tales casos, los sujetos mencionados en el art. 9.4 LDC vienen obligados a notificar la concentración económica a la Comisión Nacional de la Competencia (hoy Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia), iniciándose el procedimiento de control previsto en los arts. 55 a 60 de la Ley, que comprende una primera fase, en la que se analizarán y aprobarán las operaciones que no obstaculicen la competencia, mientras que, en caso contrario, se prevé un examen más detallado de la operación, con participación de terceros interesados y, en su caso, de las autoridades autonómicas de

defensa de la competencia, con el fin de que el Consejo de la Comisión Nacional adopte la resolución final. En el caso de que la decisión del Consejo sea de prohibición o de subordinación de la operación a compromisos o condiciones, el Ministro de Economía podrá elevar el expediente de concentración al Consejo de Ministros, que podrá autorizar con o sin condiciones la concentración, por razones de interés general, en los términos previstos en los arts. 10.4 y 60 LDC.

4. Lo que el Gobierno de la Comunidad Autónoma de Canarias reputa inconstitucional –si bien ciñe su impugnación a los arts. 9 y 13 LDC– es que sea la Administración estatal la que tenga atribuida la aplicación del procedimiento de control, incluso en aquellos supuestos en los que «el mercado geográfico definido» afectado por la concentración económica no supere el ámbito autonómico. En particular, considera aplicable en esta materia la doctrina fijada en la STC 208/1999, de 11 de noviembre, en cuyo fundamento jurídico 6 se afirmó que «la competencia ejecutiva que, en materia de defensa de la competencia, cabe atribuir a las Comunidades Autónomas, en virtud de la asunción de comercio interior se halla, pues, limitada a aquellas actuaciones ejecutivas que hayan de realizarse en su territorio y que no afecten al mercado supracomunitario».

Sin embargo, es preciso resaltar que la materia sobre la que se pronunció la indicada STC 208/1999, fue la del control sobre las prácticas restrictivas de la competencia, por lo que no resulta directamente trasladable a las concentraciones económicas el criterio de reparto competencial allí fijado. Debe tenerse en cuenta que, como ya se ha señalado, la Ley 15/2007, de 3 de julio, regula en su título I tres tipos de instrumentos de política de defensa de la competencia: el régimen aplicable a las conductas restrictivas de la competencia (capítulo I), el control de las concentraciones económicas (capítulo II) y el sistema de seguimiento y propuesta en materia de ayudas públicas (capítulo III). Sin perjuicio de que todos ellos están orientados a la defensa de la libre competencia, cada uno de estos instrumentos presenta características propias. Consiguientemente, dado que se trata de ámbitos que dan lugar a actuaciones administrativas distintas en función de su diferente trascendencia para los mercados, la circunstancia de que determinado ámbito de la Ley –así, el referido a la represión de prácticas prohibidas– pueda ser ejecutado por las Administraciones autonómicas no predetermina que la ejecución de otros contenidos de la misma Ley no pueda quedar reservada al Estado –cuando ello resulte necesario para alcanzar su efectividad– y a la inversa.

Como consecuencia de lo dispuesto en esta Sentencia 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 establece el punto de conexión necesario para atribuir a las Comunidades Autónomas con competencias en la materia el ejercicio en su territorio de las competencias reconocidas en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia, respecto de los procedimientos que tengan por objeto las conductas previstas en los artículos 1, 6 y 7 de la mencionada Ley (represión de prácticas restrictivas de la competencia) cuando las citadas conductas, sin afectar a un ámbito superior el de una Comunidad Autónoma o al conjunto del mercado nacional, alteren o puedan alterar la libre competencia en el ámbito de la respectiva Comunidad Autónoma (art. 1.3).

Por el contrario, atribuyó en todo caso al Estado la aplicación de las normas contenidas con en el capítulo II y en el capítulo III, del título I de la Ley 16/1989, referidos, respectivamente, a las concentraciones económicas y las ayudas públicas [art 1.5 a)].

Así las cosas, la STC 31/2010, de 28 de junio, al enjuiciar la constitucionalidad del art. 154.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, señaló que «limitada territorialmente al ámbito autonómico, así como a las actuaciones restrictivas de la competencia en el mismo y de acuerdo, en todo caso, con la legislación estatal, no existe en principio razón alguna, como señala el Abogado del Estado, para que la Comunidad Autónoma no pueda asumir competencias estrictamente ejecutivas en relación con aquellas concentraciones siempre que resulten incluidas en el ámbito de la competencia autonómica y carezcan de trascendencia supracomunitaria» (FJ 96).

Del tenor de este escueto razonamiento se infiere que, ciertamente, la Constitución no impide que las Comunidades Autónomas puedan asumir estatutariamente competencias de ejecución de la legislación estatal sobre concentraciones económicas, siempre que se trate de concentraciones económicas que «carezcan de trascendencia supracomunitaria» y «de acuerdo, en todo caso, con la legislación estatal», de donde resulta claramente que queda a salvo la potestad normativa que al Estado le corresponde en este campo y, en consecuencia, la posibilidad de que en su ejercicio y en consideración a los intereses económicos en presencia, decida someter únicamente a control administrativo las concentraciones económicas cuyos efectos trascienden el ámbito geográfico de una Comunidad Autónoma.

Asimismo, debemos recordar ahora que tampoco está constitucionalmente vedado que el legislador reserve al Estado competencias ejecutivas en este ámbito, si tal reserva resulta necesaria para garantizar la consecución de los fines a los que responde la normativa objeto de aplicación.

En efecto, debe partirse de que los preceptos impugnados de la Ley 15/2007, de 3 de julio, han sido dictados al amparo del título competencial del art. 149.1.13 CE (disposición final primera de la Ley), que confiere al Estado competencia exclusiva sobre «las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica». Es claro que dentro de esta competencia de dirección de la actividad económica general tienen cobijo tanto las normas estatales que fijen las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de sectores económicos concretos, como también las previsiones de acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector (STC 95/1986, de 10 de julio FJ 4), esto es, cuando, por la naturaleza de la materia, resultan complemento necesario para garantizar la consecución de la finalidad objetiva a que responde la competencia estatal sobre las bases.

Por ello, repetidamente hemos admitido que cuando el Estado tiene atribuida la competencia para dictar la legislación básica sobre una materia, bajo determinados presupuestos puede reservarse competencias ejecutivas para su aplicación singular. Concretamente y por lo que al presente caso importa, se dijo en la STC 208/1999: «Parece, pues, innecesario destacar el carácter básico que, desde la competencia estatal ex art. 149.1.13, reviste cuanto a la defensa de la competencia se refiere, pues nos hallamos ante un elemento definitorio del mercado. De modo que no sólo la normación, sino todas las actividades ejecutivas que determinen la configuración real del mercado único de ámbito nacional habrán de atribuirse al Estado, al que corresponderán, por lo tanto, las actuaciones ejecutivas en relación con 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 recurrentes» (FJ 6).

En consecuencia, el juicio que ahora corresponde realizar consiste, como hemos dicho, en valorar si existe justificación constitucional para que el legislador haya reservado al Estado las competencias ejecutivas disputadas, esto es, si tal reserva resulta necesaria para garantizar la consecución de los fines a los que responde la normativa objeto de aplicación.

5. El examen de la constitucionalidad de la reserva en favor del Estado de las competencias ejecutivas previstas en el art. 9 LDC exige valorar, por este orden, la finalidad del régimen de control de las concentraciones económicas, la repercusión de las que el legislador ha sometido al régimen de autorización previa, el contenido de las competencias ejecutivas controvertidas y la incidencia que pueda tener el establecimiento por el legislador de un control adicional de oportunidad en los arts. 10.4 y 60 LDC.

a) La finalidad primaria del régimen de control sobre las concentraciones económicas es la defensa de la libre competencia en el marco de la economía de mercado. La política económica determina un área necesitada de un elevado grado de unidad en la acción pública como condición de su eficacia, que corresponde garantizar al Estado en el ejercicio de sus competencias, señaladamente el art. 149.1.13 CE.

Tempranamente afirmó la STC 1/1982, de 28 de enero, FJ 1, que la denominada constitución económica «implica la existencia de unos principios básicos del orden económico que han de aplicarse con carácter unitario, unicidad que está reiteradamente exigida por la Constitución, cuyo Preámbulo garantiza la existencia de "un orden económico y social justo", y cuyo art. 2 establece un principio de unidad que se proyecta en la esfera económica por medio de diversos preceptos constitucionales. Esta exigencia de que el orden económico nacional sea uno en todo el ámbito del Estado es más imperiosa en aquéllos, como el nuestro, que tienen una estructura interna no uniforme, sino plural o compuesta desde el punto de vista de su organización territorial (Tít. VIII de la CE). La unicidad del orden económico nacional es un presupuesto necesario para que el reparto de competencias entre el Estado y las distintas Comunidades Autónomas en materias económicas no conduzca a resultados disfuncionales y desintegradores».

En la misma línea, la STC 186/1988, de 17 de octubre, señaló que «la competencia estatal en cuanto a la ordenación general de la economía responde al principio de unidad económica y abarca la definición de las líneas de actuación tendentes a alcanzar los objetivos de política económica global o sectorial fijados por la propia Constitución, así como la adopción de las medidas precisas para garantizar la realización de los mismos. La necesaria coherencia de la política económica exige decisiones unitarias que aseguren un tratamiento uniforme de determinados problemas en orden a la consecución de dichos objetivos y evite que, dada la estrecha interdependencia de las actuaciones llevadas a cabo en las distintas partes del territorio, se produzcan resultados disfuncionales y disgregadores» (FJ 2).

Indudablemente, la defensa de la competencia a través del control sobre las concentraciones económicas empresariales constituye, a la vez, un presupuesto y un límite necesario de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, reconocida en el art. 38 CE. Como dijimos en la STC 88/1986, de 1 de julio, «el reconocimiento de la economía de mercado por la Constitución, como marco obligado de la libertad de empresa, y el compromiso de proteger el ejercicio de ésta –art. 38, inciso segundo– por parte de los poderes públicos supone la necesidad de una actuación específicamente encaminada a defender tales objetivos constitucionales. Y una de las actuaciones que pueden resultar necesarias es la consistente en evitar aquellas prácticas que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es la concurrencia entre empresas, apareciendo así la defensa de la competencia como una necesaria defensa, y no como una restricción, de la libertad de empresa y de la economía de mercado, que se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias naturales de éste» (FJ 4).

b) En relación con la entidad o relevancia de las operaciones económicas que la Ley 15/2007, de 3 de julio, somete al régimen de autorización administrativa, es necesario comenzar poniendo de manifiesto que existen concentraciones económicas de dimensión comunitaria –en los términos fijados en el Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004– cuyo control corresponde a la Comisión Europea.

En un segundo nivel, queda a la decisión de cada Estado miembro disponer si también deben ser objeto de control administrativo concentraciones económicas que no superan los umbrales comunitarios, tal y como ocurre en España con las previstas en el art. 8.1 LDC.

Por el contrario, no existe un tercer nivel en el que las Comunidades Autónomas puedan decidir el control de concentraciones económicas que no superen los umbrales fijados por el legislador estatal, ya que el legislador autonómico carece de competencia al efecto. En consecuencia, las concentraciones que no superen los umbrales fijados por el legislador estatal son operaciones empresariales libres, no sujetas a autorización administrativa.

En particular, el legislador estatal ha establecido dos categorías de concentraciones económicas precisadas de autorización:

Las concentraciones a las que se refiere el apartado b) del art. 8.1 LDC son aquellas en las que el volumen de negocios global «en España» del conjunto de los partícipes

supere en el último ejercicio contable la cantidad de 240 millones de euros, siempre que al menos dos de los partícipes realicen individualmente «en España» un volumen de negocios superior a 60 millones de euros. Por tanto, el marco de referencia que debe examinar la Administración es supracomunitario, lo que excluye la actuación de la Administración autonómica.

Las concentraciones previstas en el apartado a) del art. 8.1 LDC son las que dan lugar a que se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al 30 por 100 del mercado relevante de producto o servicio «en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo». Aun cuando se contempla la posibilidad de tomar en consideración un mercado geográfico inferior al nacional, inmediatamente añade el precepto que quedan exentas del procedimiento de control todas aquellas concentraciones en las que el volumen de negocios global «en España» de la sociedad adquirida o de los activos adquiridos en el último ejercicio contable no supere la cantidad de 10 millones de euros, por lo que la Administración viene obligada a tomar en consideración la actividad «en España» de las empresas objeto de concentración. Nuevamente el marco de referencia que debe examinar la Administración es supracomunitario, lo que excluye la actuación de la Administración autonómica. Solo en el caso de la contra-excepción prevista en el párrafo segundo *in fine*, esto es, cuando las partícipes tengan una cuota individual o conjunta igual o superior al 50 por 100 en cualquiera de los mercados afectados, puede prescindirse de cuál sea el volumen de negocios global «en España» de la sociedad adquirida o de los activos adquiridos.

Es cierto que el art. 8.1 LDC contempla concentraciones económicas susceptibles de afectar al «ámbito nacional» o a «un mercado geográfico definido dentro del mismo», lo que lleva al Gobierno canario a defender la competencia autonómica en relación con las concentraciones empresariales que afecten a «mercados geográficos definidos» que no superen el ámbito territorial de una Comunidad Autónoma. Pero a ello debe objetarse que la dimensión territorialmente limitada de un mercado no es condición suficiente para atraer la competencia autonómica, siendo necesario, además, que la concentración económica «carezca de trascendencia supracomunitaria». Es esta última cualidad la que atrae la competencia autonómica.

Pues bien, no solo el mercado de «ámbito nacional» sino también los eventuales «mercados geográficos definidos» –superen o no el ámbito territorial de una Comunidad Autónoma– forman parte del mercado único español, término éste que equivale al espacio económico unitario reconocido implícitamente como tal por el art. 139.2 CE (SSTC 1/1982, de 28 de enero, FJ 1; y 87/1985, de 16 de julio, FJ 6) y cuya exigencia se configura como un límite de las competencias autonómicas (STC 71/1982, de 30 de noviembre, FJ 2).

No es posible obviar que la defensa de la competencia mediante el control de las concentraciones económicas es una de las materias vinculadas a la existencia de ese mercado único en el que todos sus factores están fuertemente interrelacionados, lo que justifica que el legislador residencie en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia la aplicación de la normativa reguladora, sin perjuicio de que, en el supuesto de que la concentración incida de forma significativa en el territorio de una Comunidad Autónoma, se recabe de la misma el informe preceptivo, no vinculante, a que se refiere el art. 58.1.2 LDC. Las concentraciones de empresas, en atención a los umbrales de notificación establecidos en el art. 8.1 LDC, implican un riesgo para la libre competencia en el conjunto del mercado nacional pues, aunque tenga lugar entre empresas que operen en los límites de una Comunidad Autónoma, son aptas para causar un efecto barrera a la entrada de empresas situadas fuera de sus límites geográficos.

c) Descendiendo al concreto objeto de la presente impugnación, ya hemos destacado que el recurso de inconstitucionalidad no se dirige contra los preceptos de la Ley 15/2007, de 3 de julio, que atribuyen a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia la facultad de autorizar o prohibir concentraciones económicas sino contra la disposición que confiere a este órgano la competencia para recibir la notificación de la operación y, en su caso, levantar la suspensión inicial de su ejecución (el art. 9 LDC). Lo

que, por tanto, se dilucida es si, al menos en ciertos casos, debieran ser las autoridades de competencia autonómicas las receptoras de la comunicación, así como las competentes para, en su caso, levantar la mencionada suspensión.

Para dar respuesta a esta concreta cuestión ha de considerarse que, en materia de control de concentraciones económicas, para determinar la Administración a la que se encomienda su ejecución, uno de los criterios en los que se asientan tanto la regulación comunitaria europea como la española, es la noción de «autoridad mejor situada». Como señala el preámbulo del Reglamento comunitario de concentraciones (Reglamento CE núm. 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, considerando 12) «la notificación múltiple de una misma operación incrementa la inseguridad jurídica, el esfuerzo y los costes para las empresas y puede conducir a evaluaciones contradictorias».

En este sentido, el art. 9 LDC atribuye a la Comisión Nacional de la Competencia la potestad de recibir la comunicación y, en su caso, levantar la suspensión inicial de las concentraciones económicas previstas en el art. 8.1 LDC, lo cual resulta constitucionalmente justificado en consideración a que cuando la Administración toma conocimiento de una operación de concentración económica susceptible de control, sólo se conocen, inicialmente, dos datos –la cuota de mercado y el volumen de negocios actuales de las empresas cuya concentración se pretende–, que si superan los umbrales fijados en el art. 8.1 LDC se constituyen en indicios de la capacidad potencial de la concentración para alterar la libre competencia, naciendo la obligación de notificar la operación a la Comisión Nacional de la Competencia (art. 9.4 LDC).

A partir de tal comunicación la Administración deberá atender necesariamente a los elementos enumerados, sin carácter taxativo, en el art. 10.1 de la Ley: «la estructura de todos los mercados relevantes, la posición en los mercados de las empresas afectadas, su fortaleza económica y financiera, la competencia real o potencial de empresas situadas dentro o fuera del territorio nacional, las posibilidades de elección de proveedores y consumidores, su acceso a las fuentes de suministro o a los mercados, la existencia de barreras para el acceso a dichos mercados, la evolución de la oferta y de la demanda de los productos y servicios de que se trate, el poder de negociación de la demanda o de la oferta y su capacidad para compensar la posición en el mercado de las empresas afectadas, y las eficiencias económicas derivadas de la operación de concentración y, en particular, la contribución que la concentración pueda aportar a la mejora de los sistemas de producción o comercialización así como a la competitividad empresarial, y la medida en que dichas eficiencias sean trasladadas a los consumidores intermedios y finales, en concreto, en la forma de una mayor o mejor oferta y de menores precios».

Esta multiplicidad de elementos que la Administración debe tomar en consideración para valorar la incidencia de la concentración económica sólo puede ser abordada desde una perspectiva general que permita no sólo delimitar el ámbito geográfico del mercado afectado sino también la incidencia de la concentración en las condiciones de libre competencia. De ahí que resulte constitucionalmente justificado que el art. 9 LDC disponga que sea la Comisión Nacional de la Competencia el órgano receptor de la notificación de las concentraciones económicas que superen los umbrales fijados en el art. 8.1 LDC y, en su caso, el que acuerde el levantamiento de su suspensión, en atención a su indudable cualidad de «autoridad mejor situada».

d) Por último, con carácter complementario, debe significarse que en nuestro ordenamiento el control sobre las concentraciones económicas que superen los umbrales fijados en el art. 8.1 LDC puede obedecer también a fines distintos de los vistos hasta ahora, y que se ponen de manifiesto en los arts. 10.4 y 60 LDC, en los que se regula la intervención de un órgano estatal –el Consejo de Ministros– valorando las concentraciones económicas en atención a «criterios de interés general distintos de la defensa de la competencia», cuando las autoridades de competencia hayan prohibido o condicionado la concentración empresarial.

Tales criterios de interés general son la «defensa y seguridad nacional, protección de la seguridad o salud públicas, libre circulación de bienes y servicios dentro del territorio

nacional, protección del medio ambiente, promoción de la investigación y desarrollo tecnológicos, y garantía de un adecuado mantenimiento de los objetivos de la regulación sectorial» (art. 10.4 LDC).

El propio Reglamento comunitario de concentraciones (Reglamento CE núm. 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, art. 21.4) posibilita que en el control de las concentraciones empresariales los Estados tomen en consideración intereses legítimos distintos de la competencia, sin que corresponda a este Tribunal pronunciarse sobre la introducción por el legislador español de este control de oportunidad sino exclusivamente valorar si resulta constitucionalmente admisible que la realización del mismo quede reservada al Estado –a través del Consejo de Ministros– o si en determinados casos pudiera ser llevado a cabo por las Comunidades Autónomas a través de los órganos que su correspondiente legislación determinase.

Pues bien, el art. 10.4 LDC acoge un conjunto de bienes jurídicos, todos ellos de alcance constitucional, cuya incidencia en la concentración económica puede llegar a prevalecer sobre el interés en la defensa de la competencia. En la medida en que hemos alcanzado la conclusión de que en la vigente legislación no existen concentraciones económicas sujetas a autorización en las que los parámetros que debe valorar la Administración sean de alcance exclusivamente intraautonómico, resulta coherente que sólo el Estado pueda privar de eficacia a las decisiones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia que prohíban o condicionen una determinada concentración económica, a través de un órgano especialmente idóneo para valorar intereses generales de tal naturaleza, cual es el Consejo de Ministros.

6. La conjunción de las razones precedentes (finalidad del régimen de control de las concentraciones económicas, repercusión de las que el legislador ha sometido al régimen de autorización previa, contenido de las competencias ejecutivas controvertidas e incidencia del control adicional de oportunidad establecido en los arts. 10.4 y 60 LDC) conduce a estimar constitucionalmente justificada la reserva en favor del Estado de las competencias para la ejecución o aplicación singular de la normativa reguladora del procedimiento de autorización de concentraciones económicas empresariales en los términos fijados por el legislador en el art. 9 de la Ley 15/2007, de 3 de julio.

Las consideraciones anteriores llevan necesariamente a descartar también la inconstitucionalidad del art. 13.1 LDC, limitado a regular la reacción sancionadora *ex post facto* ante acciones u omisiones ya acaecidas, cuya investigación y sanción corresponderá a la Administración competente, sea estatal o autonómica. En efecto, el impugnado art. 13.1 de la Ley dispone que «los órganos de las Comunidades Autónomas competentes para la aplicación de esta Ley ejercerán en su territorio las competencias ejecutivas correspondientes en los procedimientos que tengan por objeto las conductas previstas en los artículos 1, 2 y 3 de esta Ley de acuerdo con lo dispuesto en la misma y 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».

El reproche del Gobierno canario contra el precepto no se dirige contra lo que en el mismo se establece sino por lo que omite, esto es, en la medida en que no contempla competencias ejecutivas de las Comunidades Autónomas en relación con el control de concentraciones económicas empresariales. Pero puesto que en los fundamentos jurídicos precedentes hemos rechazado la pretensión de inconstitucionalidad formulada al respecto, debemos ahora concluir que de la redacción del art. 13.1 LDC no se deriva ninguna merma de las competencias ejecutivas autonómicas, las cuales no difieren de las que en su respectivo ámbito corresponden al Estado, pues, tal y como establece la disposición adicional octava de la propia Ley 15/2007, «las referencias contenidas en esta Ley a la Comisión Nacional de la Competencia y a sus órganos de dirección relativas a funciones, potestades administrativas y procedimientos, se entenderán también realizadas a los órganos de instrucción y resolución correspondientes de las Comunidades Autónomas con competencia en la materia cuando las mismas se refieran a las competencias correspondientes previstas en el art. 13 de esta Ley».

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Desestimar el presente recurso de inconstitucionalidad.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veintiséis de junio de dos mil catorce.—Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.—Adela Asua Batarrita.—Encarnación Roca Trías.—Andrés Ollero Tassara.—Fernando Valdés Dal-Ré.—Juan José González Rivas.—Santiago Martínez-Vares García.—Juan Antonio Xiol Ríos.—Pedro José González-Trevijano Sánchez.—Ricardo Enríquez Sancho.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos respecto de la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 2610-2008, al que se adhieren las Magistradas doña Adela Asua Batarrita y doña Encarnación Roca Trías y el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré

Con el máximo respeto a la opinión mayoritaria formulo mi Voto particular discrepante, anunciado en la deliberación.

1. La Sentencia sienta la conclusión de que es conforme con la Constitución que el legislador atribuya al Estado la totalidad de las competencias ejecutivas en materia de concentraciones económicas.

A mi juicio, el sistema constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, tal como ha sido interpretado hasta ahora de forma inequívoca por el Tribunal Constitucional, no permite el vaciamiento de ese espacio competencial autonómico que la Sentencia lleva a cabo. Muy al contrario, la Constitución impone el reconocimiento de la competencia autonómica para decidir sobre las concentraciones de empresas en los casos en los que (i) habiendo sido asumida la competencia en materia de comercio interior por el correspondiente estatuto de autonomía (ii) el mercado geográfico definido a que aquéllas afectan no excede del territorio de la Comunidad Autónoma y la operación mercantil carece de trascendencia supracomunitaria. Creo que no es necesario un gran esfuerzo para argumentar esta conclusión, pues el Tribunal la sienta con una claridad poco común en las SSTC 208/1999, de 11 de noviembre (según la cual –resumo– las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias para llevar a cabo aquellas actuaciones de ejecución de la legislación de defensa de la competencia que hayan de realizarse en su territorio siempre que no afecten al mercado supracomunitario), y 31/2010, de 28 de junio, FJ 96 («no existe en principio razón alguna, como señala el abogado del Estado, para que la Comunidad Autónoma no pueda asumir competencias estrictamente ejecutivas en relación con aquellas concentraciones siempre que resulten incluidas en el ámbito de la competencia autonómica y carezcan de trascendencia supracomunitaria»).

La conclusión contraria solo se explica, a mi juicio, como expresión de un impulso basado en una concepción restrictiva de las competencias autonómicas que terminará redundando en menoscabo del sistema de distribución territorial del poder garantizado por la Constitución.

2. Aquí podría terminar mi Voto, aunque creo útil argumentar brevemente por qué la novedad que introduce de manera oculta esta resolución no puede fundamentarse en ninguna de las tesis (que resumo con mis propias palabras) a las que se acoge para justificarla la opinión mayoritaria, que considero errónea, en que se basa la sentencia. En mi opinión, estas tesis amenazan con incidir negativamente en el sistema competencial más allá del caso aquí resuelto:

a) Primera tesis: La defensa de la libre competencia exige que el control de las concentraciones económicas sea ejercido en todo caso por el Estado.

A mi juicio, esta tesis es inaceptable. La defensa de la libre competencia justifica que en determinados supuestos exista un régimen de control sobre este tipo de concentraciones, pero no impone qué entidad debe ejercerla desde el punto de vista de la distribución territorial del poder. Es uno de los principios básicos del sistema autonómico, respetado siempre por el Tribunal Constitucional, el de que no debe confundirse la existencia de principios, valores y derechos constitucionales con la competencia estatal para su desarrollo, protección y ejercicio; pues dicha competencia está distribuida cuidadosamente por la propia Constitución entre los diversos entes territoriales.

b) Segunda tesis: La atribución de la competencia al Estado para aplicar la normativa sobre control de las concentraciones económicas que incidan en los mercados geográficos que no superen el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma y carezcan de relevancia supracomunitaria viene exigida por el hecho de que tales mercados son parte del «mercado único español».

A mi juicio, esta tesis es inaceptable. Incurre en una metonimia que parece tener su fundamento en una creencia errónea por parte de la opinión mayoritaria en que se basa la Sentencia consistente en que toda concentración económica incluida en los umbrales que el legislador estatal establece para su control tiene como mercado relevante el mercado nacional. No creo que sea necesario recordar que la doctrina especializada acepta de manera prácticamente unánime que el concepto de mercado relevante, que es el que debe tenerse en cuenta para delimitar el ámbito geográfico a que se refiere una concentración de empresas, puede ser un mercado de ámbito infraautonómico, incluso local, y que la Ley de defensa de la competencia lo prevé así expresamente, pues se refiere de manera directa a «un mercado geográfico definido» dentro del ámbito nacional (artículo 8.1.a, párrafo primero) y al supuesto de que «la concentración incida de forma significativa en el territorio de una Comunidad Autónoma» (artículo 58.1, párrafo segundo).

En la deliberación, sin contraargumentación alguna, pareció ponerse en duda mi afirmación de que, con arreglo al sistema que establece la Ley de defensa de la competencia (LDC), concentraciones de esta naturaleza, es decir, de ámbito infraautonómico, son en la actualidad examinadas y autorizadas por la comisión nacional. Para despejar esta duda, si es que la hay, quizás sea pertinente descender a la realidad y observar cómo la Comisión Nacional de la Competencia (hoy Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia) autoriza concentraciones de empresas en las que el ámbito geográfico del mercado al que afectan es incluso de carácter local (por ejemplo, resolución recaída en el expediente C-0063/08, Dinosol/Supermercados Herdisa [Activos], de 6 de mayo de 2008, que autorizó la concentración de dos empresas de distribución minorista de bienes de consumo diario –supermercados–). Por otra parte, creo que casi nadie dudará de que si alguna Comunidad Autónoma o alguna circunstancia comportan características geográficas aptas para dar lugar a este tipo de situaciones estas son la Comunidad Canaria y el principio de la insularidad.

c) Tercera tesis: El Estado es «la autoridad mejor situada» para valorar los efectos en el mercado que pueda producir la concentración de empresas.

A mi juicio, esta tesis es inaceptable. El principio europeo relacionado con la «autoridad mejor situada» no solo no se opone a la distribución territorial de competencias en los estados miembros, sino que en nuestro sistema autonómico debe entenderse, en virtud de los principios que inspiran la Constitución, que la «autoridad mejor situada» para valorar las concentraciones es la autoridad autonómica cuando el ámbito geográfico del mercado al que afectan no tiene relevancia fuera del territorio de la Comunidad Autónoma.

d) Cuarta tesis: La atribución de todas las competencias ejecutivas al Estado viene exigida por la necesidad de controlar si existen otros fines de interés general distintos de la defensa de la competencia.

A mi juicio, esta tesis es inaceptable. La concurrencia de los fines previstos en el art. 10.4 LDC (defensa y seguridad nacional, protección de la seguridad o salud públicas, libre circulación de bienes y servicios dentro del territorio nacional, protección del medio ambiente, promoción de la investigación y el desarrollo tecnológicos, garantía de un adecuado mantenimiento de los objetivos de la regulación sectorial) pone de manifiesto que la concentración trasciende el interés autonómico. Por esta razón, la competencia para autorizar la concentración en estos casos es estatal y es el Consejo de Ministros el órgano competente para autorizar la concentración (art. 60 LDC). Ahora bien, la atribución de la competencia al Estado para autorizar las concentraciones en tales casos no impide que las Comunidades Autónomas autoricen las concentraciones económicas cuando se compruebe que no concurren tales circunstancias.

A mi juicio no existe tampoco el obstáculo procedimental insuperable que la opinión mayoritaria en que se basa la sentencia parece atisbar; pues para hacer efectiva la competencia autonómica y salvaguardar la estatal basta, entre otras posibles soluciones, con mantener la competencia de la comisión nacional para recibir la notificación. En efecto, si no concurren los fines específicos que corresponde apreciar al Consejo de Ministros y la concentración, aun superando los umbrales que hacen necesaria la autorización, no rebasa el ámbito autonómico, la comisión nacional debe poder remitir el expediente a la autoridad autonómica correspondiente, aplicando un mecanismo similar al que rige en las relaciones en esta materia entre la Unión Europea y los estados miembros, como ha propuesto una parte relevante de la doctrina.

e) Quinta tesis: La STC 31/2010 admite que el Estatuto de Autonomía de Cataluña establece que la competencia ejecutiva en materia de concentraciones de empresas debe ejercerse por la Comunidad Autónoma «de acuerdo, en todo caso, con la legislación estatal», y esto significa que el legislador estatal puede privar a las Comunidades Autónomas de sus competencias en esta materia.

A mi juicio, esta tesis es inaceptable. Incurre en una falacia –ya familiar: véase mi Voto particular a la STC 165/2013, de 26 de septiembre– consistente en extender la conclusión más allá del alcance de las premisas. Si es constitucional, según la Sentencia, que mediante el estatuto de autonomía la Comunidad Autónoma asuma las competencias ejecutivas en relación con las concentraciones «siempre que resulten incluidas en el ámbito de la competencia autonómica y carezcan de trascendencia comunitaria», las consecuencias de la remisión hecha por el propio estatuto a la ley estatal, a la que debe subordinarse el ejercicio de esta competencia, no pueden extenderse hasta dejar sin efecto lo que la Constitución dispone sobre el reconocimiento de la competencia misma.

f) Sexta tesis: Cuando el Estado dispone de la competencia básica, como es el caso de la actividad económica (art. 149.1.13 CE) en relación con la defensa de la competencia, puede ejercer, si resulta conveniente, competencias ejecutivas en la materia.

A mi juicio, esta tesis es inaceptable. Soy consciente de que el Tribunal en las últimas resoluciones viene aceptando con visos de cierta «normalidad» el ejercicio por parte del Estado de su competencia básica mediante disposiciones de rango reglamentario y mediante la autoatribución de competencias ejecutivas. El Tribunal está olvidando casi completamente que «es posible predicar el carácter básico de normas reglamentarias y actos de ejecución del Estado», pero que la fijación por el Estado de las bases «en normas con rango de ley» es, conforme a la jurisprudencia constitucional, «la forma normativa que, por razones de estabilidad y certeza, le resulta más adecuada» (STC 31/2010, de 28 junio, FJ 60).

Si las competencias ejecutivas corresponden a las Comunidades Autónomas, para excepcionar esta regla general es preciso que la atribución de las competencias ejecutivas al Estado resulte necesaria en virtud de la concurrencia de circunstancias excepcionales para garantizar el cumplimiento de los fines que a través de la normativa objeto de aplicación se persigue salvaguardar. En otro caso la caracterización de la competencia

como básica y su distinción respecto de las competencias de desarrollo normativo y ejecutivas carece de sentido. En mi opinión, el legislador estatal puede asumir competencias ejecutivas cuando la concentración afecta al mercado nacional o a intereses generales especialmente cualificados, pero ni la libre competencia ni la concurrencia de otros fines de interés general en el control de las concentraciones económicas, en tanto no se justifique que responden a circunstancias excepcionales, permiten al legislador estatal privar a las Comunidades Autónomas de sus competencias ejecutivas para autorizar estas concentraciones cuando afectan a un mercado geográfico definido que no excede del territorio autonómico y, además, carecen de trascendencia supracomunitaria.

Madrid, a veintiséis de junio de dos mil catorce.—Juan Antonio Xiol Ríos.—Adela Asua Batarrita.—Encarnación Roca Trías.—Fernando Valdés Dal-Ré.—Firmado y rubricado.