

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 aquellas 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 29 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. Incorre 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 LDC 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 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 de 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. Incurrir en una falacia --ya familiar: véase mi voto particular a la STC 165/2013, de 26 de septiembre de 2013-- 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.^a 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.

En Madrid, a veintiséis de junio de dos mil catorce.