

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por el magistrado don Juan José González Rivas, presidente; la magistrada doña Encarnación Roca Trías; los magistrados don Andrés Ollero Tassara, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Antonio Narváez Rodríguez, don Alfredo Montoya Melgar, don Ricardo Enríquez Sancho y don Cándido Conde-Pumpido Tourón y la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón, ha pronunciado

## **EN NOMBRE DEL REY**

la siguiente

## **S E N T E N C I A**

En el conflicto positivo de competencia núm. 2890-2020, planteado por la Generalitat de Cataluña respecto del escrito de 3 de marzo de 2020 de la Directora de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por el que se requiere a la Autoridad Catalana de la Competencia la remisión del expediente “Campaña de Consumo Estratégico”. Ha comparecido y formulado alegaciones el abogado del Estado. Ha sido ponente el magistrado don Antonio Narváez Rodríguez.

### **I. Antecedentes**

1. Mediante escrito presentado en el registro general de este Tribunal el día 8 de julio de 2020, el Gobierno de la Generalitat de Cataluña promovió un conflicto positivo de competencia en relación con el escrito de 3 de marzo de 2020 de la Directora de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) por el que se requiere a la Autoridad Catalana de la Competencia (ACCO) la remisión del expediente RF 177 CAT 06-36-19, denominado “Campaña de Consumo Estratégico”, para ser analizado y resuelto por dicha Comisión.

Tras relatar los antecedentes, el escrito de demanda fundamenta el conflicto en las consideraciones que se resumen a continuación:

a) El objeto del conflicto es determinar a qué Administración corresponde la competencia ejecutiva para resolver si la campaña “Consumo Estratégico”, impulsada por la Asamblea Nacional Catalana (ANC), vulnera la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia. La Generalitat sostiene que la reclamación del expediente por el Estado, basada en el dictamen emitido el día 21 de febrero de 2020 por la Junta Consultiva en materia de conflictos prevista en el art. 2.1 de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las comunidades autónomas en materia de defensa de la competencia, se fundamenta en unos criterios interpretativos, con elementos analógicos y valoraciones apriorísticas, que vulneran la doctrina constitucional sentada en la STC 208/1999, de 11 de noviembre. A su juicio, no se ha acreditado el efecto supraautonómico de la campaña, por lo que la instrucción y resolución del procedimiento de defensa de la competencia corresponde a la autoridad catalana y no a la CNMC.

b) El expediente sobre el que se plantea el conflicto tiene su origen en la denuncia presentada ante el organismo catalán de defensa de la competencia (ACCO) por la asociación empresarial “Fomento del Trabajo Nacional”, por infracción del art. 3 de la Ley 15/2007 (“falseamiento de la libre competencia por actos desleales”). Al considerarse competentes para instruir y resolver el expediente tanto dicho organismo como la CNMC, e intercambiadas varias cartas e informes entre ambas autoridades, fue convocada la Junta Consultiva en materia de conflictos prevista en la Ley 1/2002, que emitió un dictamen en el que consideraba competente al organismo estatal.

La Generalitat denuncia que la competencia estatal se justifica con criterios y reglas que no se ajustan a la doctrina constitucional sobre los puntos de conexión en materia de defensa de la competencia. La demanda no discute el canon aplicable, que es el recogido en la STC 208/1999 y en la Ley 1/2002, sino que centra su objeción en los criterios interpretativos de Derecho comunitario que considera son los que han llevado a la CNMC a reclamar el expediente, apartándose de los puntos de conexión tal y como han sido interpretados por el Tribunal Constitucional. Al respecto, recuerda que el Derecho comunitario no es canon de constitucionalidad aunque admite, con cita de doctrina constitucional, que se preste atención al modo en que una determinada institución jurídica ha sido configurada por la normativa comunitaria, pero con la debida prudencia.

La discrepancia se concreta en si la campaña “Consumo Estratégico” tiene alcance supraautonómico, más allá del territorio catalán o si, por el contrario, se circunscribe esencialmente al territorio autonómico, como sostiene la autoridad catalana.

La demanda parte de que la ANC es una entidad de carácter privado, no un operador de mercado, por lo que no le resulta de aplicación la normativa sobre defensa de la competencia. La campaña promocionaba hábitos de consumo, apelando a determinadas convicciones (“conciencia social”, “conciencia nacional” y “valores republicanos”) que se enmarcan en la libertad asociativa y en la libertad de expresión. Iba dirigida tanto a empresas como a consumidores que voluntariamente se inscribieran en ella, y su origen está en la situación económico-política en la que se ha visto inmersa Cataluña estos últimos años, que han llevado a la ANC a hacer una llamada al consumo responsable, social y ético que considera beneficioso para Cataluña.

Se pretende así que el consumidor tenga en cuenta empresas que no sean favorables a la injerencia en la política, que respeten el medio ambiente, favorezcan la cooperación y la responsabilidad social, promuevan la economía circular y la lengua catalana, entre otros objetivos, con el fin de fortalecer la economía y promover los valores ideológicos de la entidad. Todo ello con el compromiso de los consumidores y empresas con la economía catalana, los valores republicanos y las decisiones democráticas, sin injerencias políticas, según el ideario de la entidad.

Concretamente, la campaña “Consum Estratègic” se presenta por parte de la ANC como respuesta a lo sucedido desde un punto de vista económico y político en Cataluña en el último semestre de 2017, en el cual se convocó y celebró el denominado referéndum de autodeterminación. Más exactamente, la entidad entiende que hubo determinadas actitudes empresariales que se alinearon con presiones, pretendiendo dar lugar a una sensación de miedo y pánico económico desfavorable para la economía catalana. Los datos objetivos, según la entidad, corroboran que mediante el Real Decreto-ley 15/2017 de 6 de octubre, de medidas urgentes en materia de movilidad de operadores económicos dentro del territorio nacional, se facilitó el traslado de domicilios sociales fuera de Cataluña. Otros hechos relevantes fueron la retirada de una cuantía importante de los fondos del Estado de los depósitos de determinadas entidades financieras catalanas y las presiones sobre algunas empresas para que abandonaran Cataluña.

Nada de ello está exento de valoración ideológica y la ANC pretende reaccionar frente a los efectos de dicha deslocalización, afianzando los valores compartidos entre consumidores y empresas para que aquellos puedan tomar decisiones mejor informadas.

Se trataría –prosigue la demanda– de una campaña en la que no prevalece una finalidad comercial o económica, sino el ejercicio de la libertad de expresión, con valores mucho más allá de lo meramente mercantil y para el ámbito exclusivamente de Cataluña.

La campaña se ha desarrollado en varios ámbitos, que incluyen un total de 92 ferias en distintas comarcas de Cataluña, 115 conferencias y una prueba piloto consistente en presentar mociones en los ayuntamientos de la comarca de Osona para que contraten con proveedores “estratégicos”. La herramienta más importante y en la que se focaliza la disputa, era la creación de una página *web*, que incluía un registro de proveedores y clientes con el fin de promocionar que los consumidores de Cataluña contrataran bienes y servicios como electricidad, gas, telefonía, carburantes, servicios financieros y de seguros, grandes superficies, etc... con empresas que reunieran una serie de requisitos. En la página *web* solo podían inscribirse consumidores residentes en Cataluña y los proveedores que prestaran servicios en dicha comunidad. Aunque no consta que se exigiera la adhesión al ideario político de la ANC, sí queda acreditado que esta impulsó la campaña para promover un consumo ajustado a sus objetivos políticos.

Para los abogados de la Generalitat, la clave está en que la campaña se desarrolló solo en el mercado catalán. La mera posibilidad de que algún efecto trascendiera más allá de dicho mercado no debe comportar el desplazamiento automático de la competencia, si no se demuestra la relevancia objetiva de la afectación supraautonómica.

c) Debe partirse de la STC 208/1999, de 11 de noviembre, que solo reserva al Estado la competencia ejecutiva de defensa de la competencia cuando las conductas la alteren o puedan alterarla en un ámbito supraautonómico, o en el conjunto del mercado nacional. La letra a) del art. 1.2 de la Ley 1/2002, dictada en cumplimiento de la citada Sentencia, establece los siguientes criterios para valorar dicho efecto: la dimensión del mercado afectado; la cuota de mercado de la empresa correspondiente; la modalidad o alcance de la restricción de la competencia o sus efectos sobre los competidores efectivos o potenciales y sobre los consumidores, aun cuando las conductas se realicen en el territorio de una comunidad autónoma.

Por su parte, la letra b) de dicho art. 1.2 añade que se considerará que tiene efecto supraautonómico la conducta que pueda atentar contra el establecimiento de un equilibrio económico adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español; implicar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libre circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio nacional; o suponer la compartimentación de los mercados o menoscabar las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales.

Los anteriores son conceptos jurídicos de carácter generalista y finalista, lo que permite un amplio margen de apreciación a los efectos de atribuir la competencia al Estado. Pero esto no

puede suponer automáticamente que las comunidades autónomas se vean privadas de sus competencias ejecutivas. La aplicación de los puntos de conexión de la Ley 1/2002 debe respetar la regla de que la centralización de competencias ejecutivas es excepcional, línea seguida también por la STC 208/1999.

d) En la presente controversia el Estado ha seguido criterios propios del Derecho de la Unión Europea para atraer hacia sí la competencia. En particular, ha utilizado los criterios de “efecto apreciable sobre el comercio”, “poder afectar” y “autoridad bien situada” contenidos en las Comunicaciones de la Comisión 2004/C 101/03 y 2004/C 101/07, que complementan al Reglamento (CE) 1/2003, que coordina la intervención de la Comisión y de los Estados respecto de las normas sobre defensa de la competencia. Se trata de nociones y criterios del Derecho de la competencia de la Unión Europea (UE) que son coincidentes con los elaborados por la doctrina constitucional y bien pudieran constituir el parámetro de referencia para la designación de la autoridad competente en este caso. Si esos criterios del derecho de competencia de la UE pueden servir para establecer cuándo una autoridad española de la competencia (estatal o autonómica) ha de conocer de un asunto frente a otra autoridad de la competencia de otro Estado miembro de la UE, en cambio, no pueden aplicarse para determinar cuándo ha de conocer la autoridad estatal española o la autoridad de una comunidad autónoma, ya que los criterios de delimitación entre Estado y CCAA son los puntos de conexión que, de conformidad con la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional, quedaron plasmados en la Ley 1/2002, y no otros.

Por tanto, no es procedente la aplicación analógica de criterios propios del Derecho de la UE, cuyo sistema de distribución de competencias no es equivalente, ya que en él cabe la actuación concurrente de varias autoridades y en el ámbito interno no. Pero incluso en el supuesto de que la aplicación de los criterios comunitarios fuera teóricamente posible, también llevarían a reconocer la competencia de la ACCO, tanto desde la perspectiva de “autoridad bien situada”, como de la regla de “efectos apreciables sobre el comercio”.

Los abogados de la Generalitat sostienen que los puntos de conexión de la Ley 1/2002 deben interpretarse de forma que, con carácter general, la potestad ejecutiva corresponda a las comunidades autónomas, sobre todo cuando la conducta anticompetitiva se realice fundamentalmente en su territorio, aunque pueda tener efectos supraautonómicos, si estos son de poca relevancia o significación y no afecta sensiblemente al conjunto del mercado español.

Un análisis de la campaña “Consumo estratégico” permite deducir que, ni las ferias, ni las conferencias, todas ellas celebradas en territorio catalán, tuvieron efecto extraterritorial

alguno. Respecto de la página *web*, se dirige sólo a consumidores que, para acceder, deben introducir un código postal correspondiente a Cataluña. Si bien también fue posible de forma temporal acceder mediante códigos de otros territorios, tal situación solo se produjo entre el 20 de junio de 2019 y mediados de agosto del mismo año y para titulares de códigos postales erróneos, alcanzando a un número muy limitado de usuarios.

Se cita doctrina de la Junta Consultiva según la cual en casos de efectos temporales muy limitados como este hay que atender al mercado a que afecta la conducta durante una mayor parte del tiempo. Además, el que la *web* sea accesible desde cualquier lugar no es determinante para centralizar la competencia ejecutiva (cita la STC 61/2015, de 18 de marzo, FJ 4, referida al conflicto planteado por la Generalitat sobre la regulación estatal de los certificados de profesionalidad). En cuanto a los proveedores, se exige que presten servicios o vendan bienes en dicha comunidad. Por consiguiente, la conducta denunciada tiene una proyección acotada sustancialmente en Cataluña, de forma que no produce efectos relevantes o significativos, más allá de este mercado.

e) La reivindicación de la competencia por la CNMC –alega la demanda– se basa en criterios indeterminados y apriorísticos, como son la potencial afectación a empresas con sede fuera de Cataluña que, según alega el organismo estatal, serían empresas del IBEX35, así como otras que quisiesen establecerse en el mercado geográfico catalán. Pero no se aportan los indicios necesarios que confirmen lo anterior. El dictamen del Consejo de Garantías Estatutarias menciona que, según la documentación consultada, se habrían producido alrededor de 148.000 nuevas contrataciones en ámbitos de empresas suministradoras de gas y electricidad como consecuencia de la campaña. Pero debe tenerse en cuenta que, según datos del *Sindic de Greuges*, en 2014 se contabilizaron 25.208.612 viviendas a nivel estatal, a efectos de consumos básicos como agua, electricidad y gas. La propia CNMC recogió 900.000 cambios de operador de telefonía móvil al inicio de 2018. Y en energía se registraron 1,4 millones de cambios de usuarios durante el año 2016. Por tanto, las nuevas contrataciones motivadas por la campaña tienen un peso relativo reducido.

Se citan las actuaciones del Consejo Vasco de la Competencia (resolución 2/2014) sobre un boicot en la terminal de contenedores del Puerto de Bilbao en el que, pese al ámbito internacional de la empresa perjudicada, se consideró que el referente debía ser el ámbito de la asociación de transportistas impulsora de la campaña. Igualmente, se invoca la resolución 9/2008 de dicho organismo, así como la del organismo catalán 12/2006, que analizaron prácticas restrictivas de ámbito local.

Para aplicar los puntos de conexión se debe identificar el área territorial en la que se proyecta la actuación presuntamente infractora, por lo que lo relevante no es la procedencia geográfica de aquellas empresas que puedan operar en el mercado de referencia, sino los potenciales perjuicios ocasionados a los operadores del resto de España. En este sentido, el dictamen de la Junta Consultiva reconoce expresamente en este caso que no hay base suficiente para determinar inequívocamente la titularidad de la competencia.

La referencia genérica a la “unidad del mercado nacional”, como elemento atributivo de la competencia estatal, no es posible sin atender a elementos más precisos y verificados, como los establecidos en la Ley 1/2002. Si la mera invocación de la afectación al mercado nacional determinara la competencia de la entidad estatal sin tener en cuenta ningún otro criterio o parámetro, se estaría concibiendo un nuevo criterio de delimitación competencial contrario a los establecidos en la STC 208/1999 y luego reiterados en las SSTC 124/2003, de 19 de junio; 157/2004, de 23 de septiembre; 31/2010, de 28 de junio, y 71/2012, de 16 de abril. La determinación del órgano competente debe hacerse a tenor de tales criterios, evitando el vaciamiento de las competencias autonómicas.

Añade que la uniformidad, en el ámbito de la defensa de la competencia, se garantiza con la aplicación de una normativa común, sin que precise centralizar también las competencias ejecutivas. El objetivo de la homogeneidad también se logra a través de la doctrina de los órganos estatales en la materia y otros mecanismos de coordinación, como el del art. 5.3 de la Ley 1/2002, que prevé la comparecencia del organismo estatal como interesado en los procedimientos tramitados por las autoridades autonómicas, reconociéndole incluso legitimación para interponer los recursos pertinentes ante las instancias correspondientes.

Termina reiterando que, al asumir la CNMC el expediente sancionador, sin base suficiente para acreditar una alteración de la competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional, se ha vulnerado la competencia autonómica.

Por todo lo cual, la Generalitat interesa que se dicte Sentencia por la que se declare que le corresponde la competencia controvertida, dejando sin efecto el requerimiento de la Directora de Competencia de la CNMC.

Asimismo, con base en el art. 64.3 LOTC, la Generalitat solicita por otrosí la inmediata suspensión de las actuaciones de la CNMC en el expediente de referencia, argumentando que resulta imprescindible para evitar la vulneración de derechos fundamentales de terceros

interesados y no ha de producir un perjuicio significativo para los intereses generales en presencia.

2. Con fecha 21 de julio de 2020, el Pleno, a propuesta de la Sección Cuarta, acordó admitir a trámite el conflicto positivo de competencia, dando traslado de la demanda y los documentos presentados al Gobierno de la Nación, al objeto de que en el plazo de veinte días presentara las alegaciones que estimara convenientes. Asimismo, se le ofreció un plazo específico de cinco días para alegaciones respecto de la solicitud de suspensión cautelar. También se acordó, según prevé el art. 61.2 LOTC, comunicar la incoación del conflicto a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y al Juzgado de lo Mercantil núm. 11 de Barcelona. Por último, se decidió publicarla en el “Boletín Oficial del Estado” y en el “Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya”.

3. El día 30 de julio de 2020, el abogado del Estado presentó un escrito de alegaciones, en el que interesa que se desestime la solicitud de suspensión cautelar, alegando que la misma tiene carácter excepcional y se debe abordar sin vincularla a la cuestión de fondo, que se analizará en la Sentencia.

4. Con fecha de 7 de septiembre de 2020, el abogado del Estado solicitó del Tribunal que se le concediera una prórroga de diez días sobre el plazo inicialmente establecido para formular sus alegaciones. Por diligencia de ordenación de la misma fecha, la Secretaria de Justicia del Pleno acordó conceder la prórroga solicitada.

5. El escrito de alegaciones del abogado del Estado, interesando la desestimación del conflicto positivo de competencia, tuvo entrada en el registro de este Tribunal el día 2 de octubre de 2020. Su contenido se resume, a continuación:

a) Tras invocar la doctrina constitucional aplicable y el contenido del art. 1 de la Ley 1/2002, argumenta que la campaña “Consumo estratégico” se basa en el fomento de la compra de productos en determinadas empresas afines, lo cual podría originar una expulsión del mercado de los competidores no afines a la ANC.



En apoyo de esta afirmación extracta un pasaje del dictamen de la Junta Consultiva, según el cual la campaña analizada pretende poner en contacto a los consumidores, incluidas las administraciones públicas, con empresas de las características requeridas, básicamente afines al soberanismo postulado por la ANC.

Cita, asimismo, jurisprudencia del Tribunal Supremo según la cual un acto puede ser contrario al orden concurrencial si es objetivamente idóneo para, al menos de forma potencial, promover la difusión de prestaciones propias o de un tercero, con independencia de la intención de los agentes.

Los posibles efectos de la conducta denunciada consistirían en la posible limitación de la competencia, por motivos ideológicos, de operadores que prestan sus servicios o ejercen su actividad en el ámbito de Cataluña, pero también en el ámbito nacional. Considera que, tanto el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 11 de Barcelona de 20 de diciembre de 2019, como el de la Audiencia Provincial de Barcelona de 11 de junio de 2020, que lo confirma en apelación, han calificado indiciariamente la conducta como un boicot contrario a la Ley de Competencia Desleal, que pretende condicionar las preferencias de consumo de sus destinatarios, según criterios políticos que no son los que deben prevalecer en el mercado, en el que ha de primar la eficiencia de las prestaciones. La canalización de la práctica a través de diversos medios de comunicación con capacidad de llegar a un numeroso grupo de consumidores y la utilización de medios tecnológicos y su difusión por internet, hacen que el boicot denunciado tenga una mayor capacidad de coordinación y propagación para el público generalista al que va dirigido y, en último término, mayor influencia en su comportamiento económico.

Prosigue remitiéndose de nuevo al dictamen de la Junta Consultiva cuando afirma que la conducta afecta al funcionamiento correcto del mercado y al principio de igualdad en el ejercicio de la libertad de empresa en todo el mercado nacional, así como al normal desarrollo del tráfico comercial.

b) En este caso concreto la atribución al Estado de la competencia ejecutiva se justifica en que, tanto el objetivo final de la conducta (seleccionar a empresas afines a la causa independentista para lograr un mercado diferenciado del resto de España), como los posibles efectos que la misma pudiera tener en la libertad de establecimiento y circulación de bienes y servicios en Cataluña, afectan claramente al mercado a nivel estatal, ocasionando su fragmentación. Cita la STC 208/1999, FJ 6, cuando enfatiza la importancia de un mercado único

a nivel nacional y reserva al Estado “no sólo la normación, sino todas las actividades ejecutivas que determinen la configuración real del mercado único de ámbito nacional”.

Dado que el análisis competencial se realiza antes de conocer todos los efectos de la conducta en cuestión, que será objeto de análisis una vez se determine dicha competencia, puede aquí suponerse un escenario en el que la campaña produjera un resultado significativo, para evidenciar y valorar su incidencia en la unidad de mercado y, por tanto, el potencial efecto supraautonómico de la conducta. Y ello de acuerdo con el principio de interpretación útil del Derecho entendido de tal manera que se otorgue a la conducta la posibilidad de desplegar todos sus efectos. Suponiendo que el propósito de la campaña fuera eficaz, se tendría que una gran parte de los consumidores catalanes, tanto públicos como privados, habrían seleccionado empresas afines a la causa independentista, expulsando así del mercado catalán a empresas que actualmente estuvieran desarrollando su actividad en él, y segmentando un mercado propio, con la consiguiente limitación *de facto* de la libre circulación y establecimiento de los operadores que actúan a nivel nacional.

Lo anterior implicaría un efecto distorsionador del mercado nacional en parte del territorio, lo que justificaría que, por aplicación de los puntos de conexión establecidos en el artículo 1.2. a) y b) de la Ley 1/2002, la competencia se atribuya a la CNMC.

6. Por providencia de 20 de octubre de 2020, se señaló para deliberación y votación de la presente sentencia el día 22 del mismo mes y año.

## **II. Fundamentos jurídicos**

### *1. Objeto y pretensiones de las partes.*

La Generalitat de Cataluña promueve un conflicto positivo de competencia respecto del expediente “Campaña de Consumo Estratégico”, y se dirige, en concreto, contra el escrito de 3 de marzo de 2020 de la Directora de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC), por el que se requiere a la Autoridad Catalana de la Competencia (ACCO) la remisión de dicho expediente para que el procedimiento por posible infracción de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia (en lo sucesivo, Ley de defensa de la competencia o LDC), sea instruido y resuelto por el órgano estatal.

Como se ha detallado en el relato de antecedentes, la Generalitat argumenta que la promotora de la campaña es la Asamblea Nacional Catalana (ANC), asociación privada que no queda obligada por la normativa sobre defensa de la competencia, máxime considerando que el objetivo de la campaña es fundamentalmente político, no mercantil, y se justifica en la libertad asociativa y de expresión. Añade que el requerimiento formulado por la CNMC, basado en el dictamen de la Junta Consultiva en materia de conflictos prevista en el art. 2.1 de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las comunidades autónomas en materia de defensa de la competencia (en lo sucesivo, Ley 1/2002), no ha justificado que la campaña analizada pueda suponer una alteración de la competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional, como exige la doctrina constitucional. Según la Generalitat, la pretendida competencia estatal se fundamenta en criterios propios del Derecho de la UE, que no resultan aplicables a este caso, con lo que se vulnera la competencia ejecutiva autonómica.

Por el contrario, el abogado del Estado sostiene que los criterios de la STC 208/1999, de 11 de noviembre, y de la Ley 1/2002 justifican la competencia ejecutiva estatal, ya que la campaña impulsada por la ANC afecta al funcionamiento correcto del mercado único, pudiendo expulsar a empresas de ámbito nacional que actualmente desarrollan su actividad en Cataluña, lo que supone una segmentación de este mercado y una limitación de la libertad de circulación y establecimiento de los operadores económicos.

## *2. Precisiones previas.*

Antes de entrar en el análisis del conflicto suscitado, es necesario realizar algunas consideraciones previas:

a) Deben quedar fuera del ámbito de este proceso las cuestiones de si la ANC está o no sujeta a las previsiones de la Ley de defensa de la competencia, si la campaña “Consumo estratégico” incurre en alguna de las conductas prohibidas por dicha ley o si puede ampararse en la libertad de expresión constitucionalmente garantizada. Tales aspectos, que afectan a la cuestión de fondo suscitada en el expediente sobre defensa de la competencia abierto, deberán abordarse al sustanciar el procedimiento iniciado por la posible infracción de la citada ley, con independencia de que lo haga el organismo estatal o el autonómico. Por tanto, el objeto del

presente proceso constitucional se circunscribe a determinar si la competencia en disputa corresponde a la CNMC o a la ACCO.

b) Por otro lado, uno de los principales argumentos esgrimidos en la demanda es que la CNMC se ha atribuido la competencia en virtud de criterios interpretativos propios del Derecho comunitario. Al respecto, debemos recordar la reiterada doctrina de este Tribunal según la cual el Derecho de la UE no es en sí mismo canon o parámetro directo de constitucionalidad (entre muchas otras, SSTC 49/1988, de 22 de marzo, FJ 14; 28/1991, de 14 de febrero, FJ 5; 254/1993, de 20 de julio, FJ 5; 12/2008, de 29 de enero, FJ 2; y 140/2018, de 20 de diciembre, FJ 6). Más específicamente, este Tribunal tiene declarado que “en los procesos constitucionales a que dan lugar los conflictos positivos de competencia no pueden hacerse valer otros motivos de inconstitucionalidad de los actos o disposiciones que los que atañen a la vulneración de las reglas constitucionales y estatutarias de distribución de competencias” (STC 45/2001, de 15 de febrero, FJ 7, con cita de otras).

Ahora bien, también hemos señalado que “no cabe ignorar que la propia interpretación del sistema de distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas tampoco se produce en el vacío” (STC 102/1995, de 26 de junio, FJ 5). Por ello, prestar atención a cómo se ha configurado una institución por el Derecho comunitario puede ser no sólo útil, sino incluso obligado para aplicar correctamente sobre ella el esquema interno de distribución competencial (STC 13/1998, de 28 de junio, FJ 3). Posteriormente será preciso volver sobre este punto al examinar los concretos argumentos de la demanda.

### *3. Encuadramiento competencial.*

La cuestión debatida en el presente conflicto se enmarca en el ámbito de la aplicación de la Ley de defensa de la competencia.

a) La Constitución no prevé expresamente el reparto de competencias en la materia sobre la que versa el conflicto, pero la STC 208/1999, FJ 6, de 11 de noviembre, la incluyó dentro de las “bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica” (art. 149.1.13 CE). Dicha Sentencia, que resolvió los recursos de inconstitucionalidad presentados por dos gobiernos autonómicos contra la Ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia, sustituida por la actualmente vigente Ley 15/2007, de 3 de julio, abordó el encuadre de la materia

“defensa de la competencia” y el alcance de las atribuciones del Estado y las comunidades autónomas, en los siguientes términos:

“... la defensa de la competencia 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 tan citada STC 88/1986, ‘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 —artículo 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).

Desde esta perspectiva, se halla naturalmente relacionada con la necesaria unidad de la economía nacional y la exigencia, que tantas veces hemos subrayado, de que exista un mercado único que permita al Estado el desarrollo de su competencia constitucional de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13 CE) (SSTC 96/1984, FJ 3; 64/1990, FJ 10, y 118/1996, FJ 7): sin ‘la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica (arts. 139.1 y 149.1.1 CE) ... no es posible alcanzar en el mercado nacional el grado de integración que su carácter unitario impone’ (STC 64/1990, FJ 3). 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. ... A lo que hay que añadir que, como hemos dicho en múltiples ocasiones, al Estado, en virtud de su competencia específica ex art. 149.1.13 CE (SSTC 144/1985, FJ 11 y 118/1996, FJ 8) le corresponde articular los mecanismos de coordinación que estime necesarios.”

Una vez delimitadas las competencias estatales, la citada STC 208/1999, FJ 6, señaló que corresponden a las comunidades autónomas “aquellas actuaciones ejecutivas que hayan de realizarse en su territorio y que no afecten al mercado supracomunitario”, insistiendo en que “no sólo la normación, sino todas las actividades ejecutivas que determinen la configuración real del mercado con trascendencia extracomunitaria habrán de atribuirse al Estado”.

En consecuencia, la referida Sentencia declaró inconstitucionales y nulos los preceptos de la Ley de defensa de la competencia que atribuían al Estado todas las competencias ejecutivas,

si bien difirió los efectos de la nulidad hasta que al legislador estatal estableciera los “los criterios de conexión pertinentes, [para que] puedan las comunidades autónomas recurrentes ejercer las competencias ejecutivas que aquí se les reconocen” (FJ 8).

b) A tal efecto, se aprobó la mencionada Ley 1/2002 cuyo art. 1.1, recogiendo la regla de la STC 208/1999, dispone que corresponderá al Estado el conocimiento de las conductas que “alteren o puedan alterar la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional, aun cuando el ejercicio de tales competencias haya de realizarse en el territorio de cualquiera de las comunidades autónomas”. Por su parte, el art. 1.2 añade los siguientes criterios interpretativos:

“2. En todo caso, se considera que se altera o se puede alterar la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional, en los siguientes casos:

a) Cuando una conducta altere o pueda alterar la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional o pueda afectar a la unidad de mercado nacional, entre otras causas, por la dimensión del mercado afectado, la cuota de mercado de la empresa correspondiente, la modalidad y alcance de la restricción de la competencia, o sus efectos sobre los competidores efectivos o potenciales y sobre los consumidores y usuarios, aun cuando tales conductas se realicen en el territorio de una Comunidad Autónoma.

b) Cuando una conducta pueda atentar contra el establecimiento de un equilibrio económico adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español, implicar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libre circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio nacional, suponer la compartimentación de los mercados o menoscabar las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, aun cuando tales conductas se realicen en el territorio de una Comunidad Autónoma.”

Reproduciendo los términos de la STC 208/1999, FJ 6, el art. 1.3 de la Ley 1/2002 reconoce a las comunidades autónomas con competencias en la materia su ejercicio respecto de las que “sin afectar a un ámbito superior al 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”.

Asimismo, el art. 1.5 de la ley excluye de las competencias autonómicas el control de las concentraciones económicas y de las ayudas públicas que puedan afectar a la competencia, así como la aplicación en España de las reglas del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. La STC 108/2014, de 26 de junio, desestimó el recurso de inconstitucionalidad

interpuesto por un gobierno autonómico contra los preceptos de la LDC que, como reflejo del art. 1.5 de la Ley 1/2002, reservan en exclusiva al Estado las facultades de control de las concentraciones económicas.

c) Por su parte, la Comunidad Autónoma de Cataluña ha asumido competencias ejecutivas en defensa de la competencia. En concreto, su Estatuto de Autonomía dispone en el art. 154.2 que “corresponde a la Generalitat 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 de Cataluña”. La STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 96, desestimó la impugnación de este precepto al apreciar que la asunción de competencias se circunscribe a las prácticas que alteren la libre competencia exclusivamente en el ámbito autonómico, por lo que se respeta la doctrina constitucional.

d) La doctrina de la STC 208/1999 ha sido reiterada posteriormente, entre otras, por las SSTC 124/2003, de 19 de junio, FJ 4; 157/2004, de 23 de septiembre, FJ 4; 71/2012, de 16 de abril, FFJJ 4 y 5; y 128/2016, de 7 de julio, FJ 10 b).

Para la resolución del presente conflicto resulta especialmente relevante la STC 71/2012, de 16 de abril, que, al igual que en el caso aquí enjuiciado, abordó un conflicto positivo de competencia planteado por una comunidad autónoma que se consideraba competente para el conocimiento de un expediente que había asumido el Estado. En concreto, la Comunidad de Madrid sostenía que debía instruir y resolver el expediente sancionador abierto por la negativa de la Estación sur de autobuses de Madrid a adjudicar una taquilla de venta de billetes a una de las empresas que operaba la línea regular de transporte de viajeros por carretera Lisboa-Madrid-París, con el argumento de que dicha conducta solo tenía efectos en el territorio de dicha comunidad, por ser el lugar donde radica la estación. Así pues, como en el presente proceso, debía determinarse si los efectos de una conducta potencialmente contraria a la competencia se agotaban o no en el territorio autonómico.

Con cita expresa de la STC 208/1999, la STC 71/2012, FJ 6, declaró que la competencia correspondía al Estado porque la conducta descrita, aunque tenía lugar en la Comunidad de Madrid, trascendía su ámbito geográfico, al afectar a una línea de transporte internacional, de modo que la denegación de ciertos servicios a la empresa que la operaba “tiene consecuencias no sólo en el territorio de la Comunidad de Madrid, sino también en el mercado supraautonómico de transporte de viajeros”. Consideró determinante “que la imposibilidad de vender billetes en la Estación sur de autobuses en las mismas o similares condiciones que lo hacen sus competidores

en esta línea regular, puede ser susceptible de vulnerar la libre competencia entre empresas y generar una situación de desventaja competitiva para Aníbal, S.L. [empresa perjudicada por la conducta restrictiva], que desarrolla su actividad, no sólo en el territorio de la Comunidad de Madrid, sino también fuera dicho ámbito. Por lo que la decisión material sobre la práctica imputada a Esamsa [concesionaria de la Estación sur de autobuses de Madrid] corresponde al Tribunal de defensa de la competencia [cuyas funciones corresponden actualmente a la CNMC], ya que la hipotética desventaja competitiva se produciría en la explotación de una línea de transporte internacional y, por tanto, la práctica restrictiva tendría incidencia supraautonómica”.

*4. La campaña “Consumo estratégico” puede afectar al ámbito supraautonómico: desestimación del conflicto.*

Una vez expuesto el parámetro aplicable –que la conducta “pueda alterar la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional”–, nos corresponde abordar el enjuiciamiento del conflicto.

A) El primer eje de la demanda de la Generalitat se basa en que la CNMC ha asumido la competencia en virtud de criterios interpretativos específicos del Derecho de la UE. Se refiere, en particular, a las reglas de “efecto apreciable sobre el comercio”, “poder afectar” y “autoridad bien situada” contenidos en las Comunicaciones de la Comisión 2004/C 101/03, sobre cooperación en la red de autoridades de competencia, y 2004/C 101/07, relativa al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los arts. 81 y 82 del Tratado, actualmente arts. 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) (publicadas ambas en el DOUE de 27 de abril de 2004). Dichas Comunicaciones sirven de complemento al Reglamento (CE) 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, que coordina la intervención de la Comisión y de los Estados respecto de las normas sobre defensa de la competencia (DOUE de 4 de enero de 2003).

Como hemos recordado en el fundamento jurídico segundo, el conflicto debe resolverse exclusivamente mediante la aplicación de las reglas constitucionales y estatutarias de distribución de competencias, pero esto no impide interpretar los conceptos y las instituciones correspondientes, cuando sea necesario, a la luz de la interpretación que, de otros similares, haya podido hacer el Derecho comunitario. Con mayor motivo, en una materia como la defensa de la competencia, sobre la que la STC 208/1999, ya puso de manifiesto que “la dimensión puramente



interna y la dimensión comunitaria de la protección de la libre competencia [son] interdependientes” (FJ 4).

La Generalitat no argumenta realmente en qué medida los criterios del Derecho de la UE que cita se apartan de los acuñados por la doctrina constitucional. Antes al contrario, llega a afirmar que “[las] nociones y criterios del Derecho de la competencia de la Unión Europea son coincidentes con los elaborados por la doctrina constitucional y bien pudieran constituir el parámetro de referencia para la designación de la autoridad competente en este caso” (pág. 28 de la demanda). No obstante, afirma que “para el supuesto de que fuese teóricamente posible, su aplicación [de los criterios comunitarios] conduciría necesariamente a establecer la competencia de la Generalitat de Cataluña...tanto desde la perspectiva de ‘autoridad bien situada’, como teniendo en cuenta lo que dispone la ‘regla sobre ausencia apreciable’ [de efectos] sobre el comercio del mercado de la Unión” (pág. 29).

De lo anterior se colige que la asunción de la competencia por el Estado no se achaca a que se hayan seguido criterios exclusivos del Derecho de la UE, en detrimento de los constitucionales. La discrepancia gira únicamente sobre si, a la vista de las circunstancias de la campaña, cabe entender que sus efectos se agotan en el territorio de Cataluña o lo desbordan.

Ciertamente, el dictamen de la Junta Consultiva (págs. 6 y 7) menciona las directrices y la jurisprudencia comunitarias para la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE, pero lo hace *obiter dicta*, ya que su conclusión favorable a la competencia estatal no descansa en tales directrices sino en la doctrina de la STC 208/1999 y en la Ley 1/2002, a las que hace referencia expresa como *ratio decidendi* (págs. 4 y 5). En concreto, para la Junta, la competencia de la CNMC trae causa de la “posibilidad de afectación a la unidad de mercado”, toda vez que la campaña examinada “se ha articulado como medida al servicio de la exclusión de la actuación, en el ámbito autonómico, de ciertas empresas” (pág. 7).

A la vista de lo anterior, no cabe sostener que la Junta Consultiva y la CNMC se hayan basado en criterios del Derecho de la UE para defender la competencia estatal, sino que se han apoyado en el canon de la STC 208/1999, en particular, en la “posibilidad de afectación a la unidad de mercado”.

Con independencia de lo anterior, conviene destacar el paralelismo entre los términos “efecto apreciable”, empleado por la Comunicación de la Comisión Europea 2004/C 101/07, y “afectar o dañar seriamente”, que utiliza la STC 208/1999, FJ 4. Ambos coinciden en exigir que

los efectos extraterritoriales de los acuerdos o prácticas supuestamente contrarios a la normativa *antitrust* –europea y española, respectivamente– alcancen cierta magnitud, esto es, que no sean insignificantes, como precisamente defiende la Generalitat. De la misma forma, la regla constitucional y comunitaria también concuerdan al utilizar el término potencial “poder afectar”.

Por último, el concepto de “autoridad bien situada” aparece recogido en la Comunicación de la Comisión 2004/C 101/03 como criterio para la división del trabajo entre las autoridades nacionales de competencia pero, contrariamente a lo que sostiene la Generalitat, ni el dictamen de la Junta Consultiva ni el requerimiento de la CNMC se refieren a él.

B) Aclarado lo anterior, un detenido examen de su propósito, alcance y sectores afectados lleva a este Tribunal a concluir que, efectivamente, la campaña “Consumo estratégico” puede alterar la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional, por las siguientes razones:

a) El objetivo declarado de la campaña es encauzar las opciones de los consumidores catalanes, tanto privados como públicos (las mociones impulsadas en varios ayuntamientos iban encaminadas a que estos también contrataran con proveedores “estratégicos” catalanes), en favor de empresas ubicadas en Cataluña y que se encontraran alineadas con los postulados políticos de la ANC, entre los que destaca “la constitución de un estado catalán propio, independiente, de derecho, social y democrático” [art. 2.1.a) de los estatutos].

Este llamamiento a contratar con proveedores catalanes afines al ideario independentista, en perjuicio del resto, tiende a crear “como aspiración ideal, un mercado propio catalán”, según afirma el dictamen de la Junta Consultiva; mercado catalán que se plantea como desvinculado del mercado único español, puesto que son objetivos de la campaña “potenciar la creación de estructuras económicas *desvinculadas* de las empresas del IBEX35 y de los poderes políticos del Estado español y favorecer así un tejido productivo catalán próspero por sí mismo”; crear una “realidad económica *desvinculada* de los poderes políticos y de los oligopolios que participan en la campaña del miedo” y “potenciar empresas alternativas a las que participan en la campaña del miedo”.

Esta desvinculación se presenta como “liberación de los ámbitos económicos y empresariales actualmente en manos de las empresas del IBEX35” y como reacción a la deslocalización de empresas que –afirma la ANC– tuvo lugar en el segundo semestre de 2017, y que se pretende contrarrestar mediante el “compromiso de los consumidores y las empresas con

la economía catalana”. Así, se apela a la “conciencia nacional” para rescindir los contratos con aquellas empresas que no compartan los postulados de la ANC.

Ante tales rasgos de la campaña –sobre los que las partes en conflicto no discrepan– debemos tener presente que la razón de que la STC 208/1999, FJ 6, atribuyera ciertas competencias ejecutivas al Estado para aplicar la LDC fue garantizar “la configuración real del mercado único de ámbito nacional”, es decir, preservar un mercado nacional y evitar su fragmentación, pues un mercado compartimentado equivale a la quiebra del conjunto como tal.

En relación con el concepto de unidad de mercado este Tribunal ha señalado que el mercado único tiene como rasgos fundamentales: ser un espacio donde se encuentren garantizadas la libre circulación de personas y bienes, y ser un espacio donde las condiciones esenciales de ejercicio de la actividad económica sean iguales [STC 79/2017, de 22 de junio, FJ 2 a)].

Una vez recordados los rasgos propios de un mercado único, este Tribunal ha subrayado la relación que tendrían determinados títulos competenciales transversales recogidos en el artículo 149.1 CE con la promoción de la unidad de mercado, declarando que cuando las denominadas garantías estructurales –aquellos preceptos del título VIII de la Constitución que suponen un límite en sí a la diversidad regulatoria que puedan introducir los legisladores autonómicos en el ejercicio de sus competencias [como son aquellos que disponen la reserva competencial al Estado de ámbitos materiales concretos de manera exclusiva y excluyente (entre otros los recogidos, por ejemplo, en los apartados 6, 7, 8 o 9 del art. 149.1 CE) o aquellos otros que limitan y enmarcan la acción de todos los poderes públicos en el ejercicio de sus competencias (por ejemplo, aquellos principios recogidos en el artículo 139 CE)]–, se demuestran insuficientes para imponer la unidad económica, el Estado cuenta con las denominadas garantías dinámicas –aquellos preceptos que permiten que el Estado pueda intervenir normativamente a fin de garantizar esa unidad–.

Entre estas últimas garantías dinámicas se encuentra, tanto la competencia del Estado sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13 CE), competencia que de acuerdo con la doctrina de este Tribunal ampara, precisamente, todas aquellas normas y actuaciones, sea cual sea su naturaleza, orientadas a garantizar la “unidad de mercado” o la “unidad económica”; como la competencia del Estado para imponer la igualdad básica de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes

constitucionales (art. 149.1.1 CE), que habilita al Estado a intervenir normativamente a fin de imponer aquella igualdad.

Así, de acuerdo con nuestra doctrina, corresponde al Estado, al ejercer tales competencias transversales, la decisión de promover los rasgos del mercado único, pues debe recordarse que tales competencias no suponen, en realidad, una reserva al Estado de ámbitos materiales exclusivos y excluyentes, sino que suponen habilitaciones a aquel para la consecución de determinados fines, incluso aunque ello suponga, caso de efectivamente ejercerse, afectar a ámbitos materiales atribuidos a las CCAA.

De igual forma, la competencia ejecutiva estatal para conocer de un procedimiento por posible infracción de la LDC se fundamenta, como hemos recordado en el fundamento jurídico tercero, en uno de dichos títulos transversales, en concreto, en el art. 149.1.13 CE (STC 208/1999, FJ 6).

La importancia de preservar la libre circulación en el territorio español (art. 139.2 CE) y evitar la “fragmentación del mercado” (SSTC 32/1983, de 28 de abril, FJ 3; 96/2002, de 25 de abril, FJ 11; y 210/2012, de 14 de noviembre, FJ 9) se plasman en el art. 1.2 b) de la Ley 1/2002 –antes transcrito y cuya constitucionalidad no pone en duda la Generalitat– precepto que, entre los criterios para valorar si una conducta “altera o puede alterar la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional”, incluye el de que “obstaculice la libre circulación de bienes” o suponga “la compartimentación de los mercados”.

En el ámbito europeo, la Comunicación de la Comisión 2004/C 101/07, que se menciona en la demanda, también prevé que, a la hora de determinar el posible efecto comunitario de una conducta restrictiva de la competencia, debe atenderse a si puede “compartimentar el mercado interior... o los mercados a escala nacional, impidiendo la interpenetración económica que el Tratado pretende lograr” (parágrafos 78, 79 y 86). Acoge así una consolidada jurisprudencia europea (por todas, Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de febrero de 2002, asunto C-309/99 *Wouters y otros*, párrafo 95) que prohíbe toda práctica tendente a compartimentar o segmentar el mercado único europeo.

En suma, la pretensión de crear mercados separados, en el caso que nos concierne un mercado catalán propio y desvinculado del español, debe ser analizada por el organismo responsable de garantizar la competencia en el mercado único afectado, en este caso, la CNMC.

b) Respecto al alcance de la conducta, la Generalitat argumenta que se localiza en Cataluña, ya que, tanto los consumidores como los proveedores a los que va dirigida, son del ámbito catalán. Sin embargo, hay que tener presente que el criterio decisivo no es la localización de la conducta o de los agentes que participan en ella, sino el alcance de los efectos que puede provocar sobre la competencia, al pretender dificultar la presencia en el mercado catalán de ciertos operadores por razones ajenas a los criterios de eficiencia de las prestaciones que deben prevalecer en el mercado.

Así, tras recordar que la finalidad de la normativa europea y nacional sobre defensa de la competencia es “garantizar el libre juego en el mercado de los agentes económicos” en los ámbitos respectivos, la varias veces citada STC 208/1999 constata que la normativa comunitaria vela por prevenir las conductas “susceptibles de afectar al comercio entre Estados miembros”, “mientras que las legislaciones de estos serán aplicables en relación con el mercado nacional” (FJ 4); de forma que atribuye al Estado la competencia ejecutiva “aunque tales actuaciones se realicen en el territorio de cualquiera de las comunidades autónomas” (FJ 6).

Por dicha razón, la STC 71/2012, FJ 6, declaró que correspondía al Estado aplicar la LDC ya que la conducta allí analizada, aunque tenía lugar en la Comunidad de Madrid, trascendía el ámbito geográfico de la comunidad autónoma, al afectar a una línea de transporte internacional, de modo que tenía “consecuencias no sólo en el territorio de la Comunidad de Madrid, sino también en el mercado supraautonómico de transporte de viajeros”.

En el caso de la campaña “Consumo estratégico”, la clave para concluir que sus efectos no se agotan en el territorio autonómico radica en que los principales perjudicados, en caso de lograr sus objetivos, serían operadores de ámbito nacional o, incluso, multinacional, como son muchas empresas del IBEX35, a las que se refiere explícitamente la campaña. Por consiguiente, pretende afectar a empresas de ámbito supraautonómico, que verían así dificultado y perturbado su acceso al mercado catalán.

La Generalitat aduce igualmente que los efectos reales de la campaña, en concreto, los cambios de contratos de suministros inducidos por ella han sido unos 148.000 (según datos de la propia ANC que mencionan tanto el dictamen de la Junta Consultiva -pág. 2- como el del Consejo de Garantías Estatutarias -pág. 46-), cifra que estima reducida, si se compara en términos relativos con el monto de cambios contractuales que se producen en un año (cita datos del *Sindic de Greuges* y de la CNMC).

Ahora bien, el foco debe ponerse en los efectos “potenciales” de la campaña, es decir, en la “capacidad” para producir efectos que “puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es la concurrencia entre empresas” (STC 88/1986, FJ 4). Y al respecto no podemos obviar que el instrumento de la *web* “Consum estratègic” le otorgaba la posibilidad de llegar a un altísimo porcentaje de los consumidores de Cataluña.

En todo caso, para concluir que la campaña “puede afectar” a la competencia a nivel supraautonómico, basta constatar –y así lo admite la Generalitat– que durante su funcionamiento logró *de facto* su objetivo tendencial de sustituir a operadores de ámbito supraautonómico por otros de ámbito catalán.

c) Por último, desde la perspectiva de los servicios afectados también se confirma que la campaña puede afectar a la competencia más allá del ámbito autonómico e incluso al conjunto del mercado nacional, puesto que se dirige –según declara su sitio *web*– a los “sectores estratégicos de la economía” entre los que cita los de “electricidad, gas, comunicaciones y telefonía, bancos, seguros, carburantes, grandes superficies”.

No hay duda de que son mercados fundamentales para la economía, muchos de ellos de carácter oligopolístico, lo que explica que, en mayor o menor grado, estén regulados por el legislador estatal, en el marco del Derecho de la UE, y sometidos a un régimen reforzado de supervisión para garantizar una competencia efectiva. Las empresas que operan en tales mercados son, en su mayoría, de ámbito nacional, cuando no multinacional. Y justamente en ellas se focaliza la campaña cuando declara que “de entrada, se priorizan los sectores regulados y de especial interés para la liberación de los ámbitos económicos y empresariales actualmente en manos del IBEX35”.

En definitiva, por los objetivos que persigue, su potencial alcance subjetivo y los servicios a los que se refiere, debemos concluir que, si la conducta imputada a la campaña “Consumo estratégico” fuera contraria a la LDC –lo que, como dejamos sentado en el fundamento jurídico segundo, queda fuera del objeto de este proceso–, dichos efectos no podrían dejar de trascender al ámbito geográfico de la Comunidad Autónoma de Cataluña.

Así pues, debemos desestimar el conflicto positivo de competencia promovido por la Generalitat y declarar que la instrucción y resolución del procedimiento en disputa corresponde a la CNMC.

Llegados a esta conclusión, es innecesario que nos pronunciemos sobre la medida cautelar que interesa mediante otrosí el escrito de demanda (por todos, ATC 128/2016, de 21 de junio, FJ 6).

### **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 conflicto positivo de competencia núm. 2890-2020 planteado por la Generalitat de Cataluña contra el escrito de 3 de marzo de 2020 de la Directora de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por el que se requiere a la Autoridad Catalana de la Competencia la remisión del expediente “Campaña de Consumo Estratégico”.

Asimismo, procede declarar la titularidad de la competencia para el conocimiento del expediente RF 177 CAT 06-36-19, a la Comisión Nacional del Mercado de la Competencia.

Publíquese esta Sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”.

En Madrid, a veintidós de octubre de dos mil veinte.