

PODER REGULADOR E MERCADO: AS MEMORIAS E INFORMES DE COMPETENCIA.

JOSÉ ANTONIO RODRÍGUEZ MIGUEZ

*Funcionario do corpo superior da Xunta de Galicia
Secretario xeral do Consello Galego da Competencia*

ALBERTO JOSÉ PARDO SILVA

Avogado

SUMARIO: I. CONSIDERACIÓNS INTRODUTORIAS: A INTERVENCIÓN PÚBLICA NA ACTIVIDADE ECONÓMICA E A LIBRE COMPETENCIA. II. A POTESTADE REGULATORIA E A ELABORACIÓN DE NORMAS PROCOMPETITIVAS: A PROMOCIÓN DA COMPETENCIA. III. AS MEMORIAS OU AVALIACIÓNS DE COMPETENCIA E A SÚA INTRODUCIÓN NO DEREITO ESPAÑOL. IV. OS INFORMES SOBRE PROXECTOS NORMATIVOS. V. VALORACIÓN DE CONXUNTO.

RESUMO: O presente traballo aborda a importancia de dispor de normas que impulsen a competencia e removan os obstáculos que impiden o funcionamento eficiente dos mercados.

A elaboración de memorias e informes de competencia son un exemplo da importancia da promoción da competencia no ámbito das administracións públicas; iso posibilitará a creación de normas que permitan o funcionamento competitivo dos mercados do que todos nos beneficiamos.

Palabras clave: Dereito da competencia, Promoción da competencia, Mellora da calidade das normas, Informes de regulación.

REGULATORY POWER AND MARKET: THE MEMORIES AND REPORTS OF COMPETITION

ABSTRACT: The present research approaches the importance of having procedure that stimulate the competition and remove the obstacles that prevent the efficient functioning of the markets.

The production of memories and reports of competition are an example of the importance of the Advocacy in the area of the Public Administrations; it will make possible

the creation of procedure that allow the competitive functioning of the markets from which we all benefit.

Key words: Competition Law, Advocacy, Better Regulation, Reports on Competition, Regulation Reports.

I.- CONSIDERACIONES INTRODUTORIAS: A INTERVENCIÓN PÚBLICA NA ACTIVIDADE ECONÓMICA E A LIBRE COMPETENCIA.

A intervención pública na actividade económica¹ é unha constante ao longo do tempo cuxa intensidade e modalidades variaron duns países a outros e dunhas épocas a outras en función de razóns moi diversas, entre as cales non faltaron as de carácter ideolóxico². Non obstante, é preciso deslindar o papel que asumen as ditas administracións públicas: como xenuíno poder público, investido de *Ius Imperii*, ou como operador económico³, aínda que non resulte doado en non poucas ocasións delimitar ambas as dúas funcións⁴.

¹No contexto en que nos encontramos segue sendo de grande interese o traballo de VICIANO PASTOR, Javier, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, Librería Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

²A lexitimación da intervención pública na actividade económica e, polo tanto no mercado, encóntrase tanto na propia Constitución española como no marco normativo que configura a Unión Europea. Así, o artigo 128.2 da Constitución recoñece " [...] a iniciativa pública na actividade económica. Mediante lei poderase reservar ao sector público recursos ou servizos esenciais, especialmente en caso de monopolio, e así mesmo acordar a intervención de empresas cando así o exixir o interese xeral." Pola súa banda, desde a perspectiva do dereito da Unión Europea, o actual Tratado de funcionamento da Unión Europea recolle no seu artigo 345 TFUE (antigo artigo 295 CE), cuxa redacción básica procede xa do Tratado de Roma (1951) a afirmación de que "*Os tratados non prexulgan en modo ningún o réxime da propiedade nos Estados membros.*" Unha interpretación completa deste precepto, aínda que finalmente o Tribunal de Xustiza non se guise as conclusións do seu autor, pódese ler nas conclusións acumuladas do avogado xeral Sr. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, presentadas o 3 de xullo de 2001, nos asuntos C-367/98, C-483/99 e C-503/99 nos casos Comisión das Comunidades Europeas contra República Portuguesa, República Francesa e Reino de Bélxica (números 40 e ss.), resolto polo TXUE en dúas sentenzas do 4 de xuño de 2002, Comisión/Portugal (C-367/98, Rec. 2002 p. I-4731), Comisión/Bélxica (C-483/99, Rec. 2002 p. I-4781) e Comisión/Francia (C-483/99, Rec. 2002 p. I-4781), a propósito de diversos casos de "accións de ouro". Sobre estas sentenzas e as ditas conclusións, vid. GIPPINI FOURNIER, Eric/RODRÍGUEZ MIGUEZ, José Antonio, "Golden shares in la Comunidad Europea: ¿fin de la edad dorada?" en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n.º 220, xullo/agosto, EINSIA Multimedia, 2002, pp. 38 a 62, e dos mesmos autores "Actions spécifiques dans les sociétés privatisées: le beurre ou l'argent du beurre. A propos des arrêts de la Cour de justice des 4 juin 2002 et 13 mai 2003 sur les 'golden shares' ", en *Revue du Droit de l'Union Européenne*, n.º 1, 2003, Éditions Clément Juglar, pp. 39 a 86.

³En relación coa noción de "operador económico", como recorda o profesor Bercovitz (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, *Apuntes de Derecho Mercantil*, 11ª edición, editorial Aranzadi, Navarra, 2010, pp. 132 a 139), a evolución da noción de "comerciante" que recolle o noso Código de comercio de 1885 cara á máis actual de "empresario mercantil" ou, simplemente, "empresario", non se detivo, xurdindo así, de maneira destacada no ámbito do dereito da competencia, a noción de "operador económico", que inclúe tanto o empresario público, o poder público actuando en forma de empresa, como o empresario privado. Esta concepción inspírase no criterio funcional con que o do dereito comunitario da competencia amplía a noción de empresa, conforme a cal a forma xurídica que adopte o seu titular, público ou privado, ou as peculiaridades que poidan concorrer nela son irrelevantes para os efectos da aplicación das normas comunitarias da competencia. Para o avogado xeral F. G. Jacobs, nas súas conclusións presentadas o 27 de outubro de 2005, na STXCE do 10 de xaneiro de 2006 (Cassa di Risparmio di Firenze e outros, asunto C-222/04, Rec. p. I-289), "74. É notorio que o Tribunal de Xustiza acolleu

A dita intervención na actividade económica formula interesantes cuestións desde o punto de vista da competencia. O texto constitucional español non reconece, porén, de xeito expreso a importancia da promoción e defensa da competencia nos mercados. Como sinala o preámbulo da vixente Lei 15/2007, do 3 de xullo, de defensa da competencia (en diante, Lei 15/2007, do 3 de xullo, ou LDC):

*"O artigo 38 da Constitución reconece a liberdade de empresa no marco dunha economía de mercado e a garantía e protección desta polos poderes públicos, de acordo coas exixencias da economía en xeral e, de ser o caso, da planificación. A existencia dunha competencia efectiva entre as empresas constitúe un dos elementos definitorios da economía de mercado, disciplina a actuación das empresas e reasigna os recursos produtivos en favor dos operadores ou as técnicas máis eficientes."*⁵

Polo que se refire ás comunidades autónomas, foi preciso que o Tribunal Constitucional lles reconecese competencias executivas na materia, ao declarar na súa Sentenza n.º 208/1999, do 11 de setembro⁶, que estimaba parcialmente os recursos de inconstitucionalidade promovidos polo Goberno vasco e o Consello Executivo da Generalitat de Cataluña contra determinados preceptos da hoxe derogada Lei 16/1989, do 17 de xullo, de defensa da competencia⁷.

*un concepto funcional de empresa para os efectos das normas comunitarias sobre a competencia. Unha entidade constitúe unha empresa se exerce unha actividade económica, con independencia da súa natureza xurídica e do seu modo de financiamento. Unha crítica a esta concepción funcional da noción de empresa, desde a perspectiva da seguridade xurídica, pode verse en ARPIO SANTACRUZ, Juan, *Las ayudas públicas ante el derecho europeo de la competencia*, Editorial Aranzadi, 2000, pp. 128 a 132.*

⁴ Esta cuestión é analizada pola Autoridade Catalá da Competencia (ACCO), precisamente nun dos seus informes de regulación, aos cales faremos referencias máis adiante (informes normativos); concretamente, no n.º IR 1/2009, relativo ao proxecto de decreto polo que se aproban os estatutos da Axencia Catalá de Turismo, do 7 de abril de 2009 (pp. 3 e 4), no cal se pode ler que "[...] cando a Administración actúa como operador económico en concorrencia con outros operadores privados, aplícaselle plenamente a normativa de defensa da competencia relativa á prohibición das condutas restritivas. En cada suposto concreto terase que analizar se a actuación da ACT se desenvolveu na súa faceta de operador económico ou no exercicio das potestades públicas. Agora ben, a titularidade pública ou privada do operador económico é un dato irrelevante polo que respecta á exixencia de respecto da normativa de defensa da competencia. Hai que interpretar un concepto amplo de operador económico entendendo que comprende calquera entidade que exerce unha actividade económica, independentemente do seu estatuto xurídico." [http://acco.gencat.cat/avaluacio-regulacio/Informe_de_regulacio_IR_1-2009-ESP.pdf] Outro claro exemplo desta dificultade fórmúlase no caso Electricité de France (EDF), respecto ao papel do Estado francés no xigante eléctrico galo, nun caso de axudas estatais a favor da citada empresa, articuladas como unha medida de carácter fiscal. Vid. STPI do 15 de decembro de 2009, EDF/Comisión, asunto T-156/04 (Rec. 2009 p. II-4503), na actualidade pendente de recurso de casación ante o Tribunal de Xustiza da Unión Europea (Recurso n.º C-124/10). Un breve comentario desta sentenza pode verse en RODRÍGUEZ MÍGUEZ, José A. "¿Una grieta en el Principio del Inversor Privado en una Economía de Mercado?", en *Revista Mensual de Competencia y Sectores Regulados*, Despacho CMS Albiñana & Suárez de Lezo, n.º 75. Abril - xuño de 2010, pp. 13 e 14.

⁵ Parágrafo 1 do preámbulo.

⁶ Xunto a esta sentenza pronunciáronse dous votos particulares. O primeiro, concorrente coa decisión alcanzada pola maioría, asinada polo maxistrado D. Fernando Garrido Falla, e o segundo, discrepante, polo maxistrado D. Julio Diego González Campos, ao cal se adheriron os maxistrados D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera e D. Vicente Conde Martín de Hijas.

⁷ Acerca do proceso de descentralización da defensa da competencia, vid. GUILLÉN CARAMÉS, Javier, *Libre competencia y Estado autonómico*, Marcial Pons, 2005; RODRÍGUEZ MÍGUEZ, José Antonio, "Defensa de la

Para o Alto Tribunal, a cláusula "*en todo ou en parte do mercado nacional*" está contida expresamente ou por remisión en diversos preceptos da dita norma⁸, "*na medida en que descoñece as competencias executivas da lexislación estatal sobre defensa da competencia atribuídas ás comunidades autónomas recorrentes nos seus respectivos estatutos*". Non obstante, diferiu a súa nulidade ata o momento en que, establecidos por lei estatal os criterios de conexión pertinentes, puidesen exercelas as comunidades autónomas adecuadamente⁹, labor que se levou a cabo, de xeito notablemente restritivo, pola Lei 1/2002, do 21 de febreiro, de coordinación das competencias do Estado e as comunidades autónomas en materia de defensa da competencia¹⁰.

Ao abeiro desta xurisprudencia e tras a aprobación da citada Lei 1/2002, fóronse creando en España diversas autoridades autonómicas de defensa da competencia¹¹ e, en datas máis recentes, os chamados estatutos de autonomía de "segunda xeración"¹² incorporaron de xeito expreso a atribución das competencias en materia de promoción e defensa da competencia nas súas respectivas comunidades autónomas¹³.

Neste traballo centrarémonos no papel que como reguladoras da actividade económica desenvolven as administracións públicas, na súa condición de poder público. Non obstante, parece necesario facer, aínda que de xeito breve, algunhas reflexións

Competencia y comunidades autónomas", en BENEYTO, J. M. e MAILLO, J. (eds.): *La nueva Ley de Defensa de la Competencia. Análisis y comentarios*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 61 a 107.

⁸ En concreto, nos artigos 4, 7, 9, 10, 11 e 25 a) e c), da versión orixinaria da Lei 16/1989, do 17 de xullo, de defensa da competencia.

⁹ Non parece este documento o marco adecuado para analizar esta xurisprudencia, sobre a cal se pronunciou amplamente a doutrina, discrepando, nalgúns casos, o acerto do título competencial elixido para atribuír a competencia cuestionada. A este respecto, entre outros, vid. MAGIDE HERRERO, Manuel, "El reparto competencial en materia de defensa de la competencia. Perspectivas abiertas tras la STC 208/1999", en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 17, 2000, pp. 523 a 573 e MIGUEZ MACHO, Luis (*La intervención administrativa en el comercio interior*, Iustel, Madrid, 2005, pp. 167 a 170), que destaca que, en realidade, se trata de títulos competenciais distintos, polo que non cabe considerar a "defensa da competencia" unha "rama esgazada", do "comercio interior".

¹⁰ BOE n.º 46, do 22 de febreiro de 2002. Esta norma foi modificada pola Lei 15/2007, do 3 de xullo, de defensa da competencia.

¹¹ Debemos destacar, non obstante, que a actual crise económica levou algunha comunidade autónoma, como a de Castilla-La Mancha, a suprimir a súa autoridade autonómica de competencia.

¹² Esta expresión enconrámola consagrada xa pola doutrina constitucionalista. A título de exemplo, PORRAS RAMÍREZ, José María, "La justicia en los estatutos de autonomía de segunda generación", en UNED. *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 24, 2009, pp. 265 a 292.

¹³ Cfr. artigo 154 da Lei orgánica 6/2006, do 19 de xullo, de reforma do Estatuto de autonomía de Cataluña, baixo a rúbrica "Promoción e defensa da competencia"; artigo 58.5º ("Actividade económica") e 164 ("Defensa da competencia"), da Lei orgánica 2/2007, do 19 de marzo, de reforma do Estatuto de autonomía de Andalucía; a Lei orgánica 5/2007, do 20 de abril, de reforma do Estatuto de autonomía de Aragón, reconece a competencia exclusiva da Comunidade de Aragón en materia de promoción da competencia (artigo 71. Competencias exclusivas. Número 24º) e a defensa da competencia (artigo 77. Competencias executivas, número 17º) e Lei orgánica 14/2007, do 30 de novembro, de reforma do Estatuto de autonomía de Castilla y León (artigo 76. Competencias de execución, número 15º). Pola contra, no caso da Comunidade Autónoma de Valencia (Lei orgánica 1/2006, do 10 de abril, de reforma do Estatuto de autonomía da Comunidade Valenciana, artigo 47.35), Balears (Lei orgánica 1/2007, do 28 de febreiro, de reforma do Estatuto de autonomía das Illes Balears, artigo 30.42º), a competencia segue derivando da competencia exclusiva en materia de "comercio interior", de acordo coa doutrina sentada polo TC.

preliminares acerca dos problemas que suscita a súa presenza directa na actividade económica como operador económico, pois aínda nestes casos lles resulta difícil subtraerse da súa condición de *potentior persona*, dado o status privilexiado do cal, en boa medida, están investidas as administracións públicas, na medida en que, xunto á que se veu denominando como "fuxida do dereito administrativo" cara a formas privadas de actuación, ao mesmo tempo, se produciu un fenómeno equivalente, pero de sentido contrario, de administrativización do dereito privado en xeral e, de xeito moi particular, do dereito mercantil, na medida en que a actividade económica se encontra cada vez máis regulada.

A actuación dos poderes públicos en forma de empresa, lexitimada, como xa sinalamos, tanto desde unha perspectiva constitucional como comunitaria, encontra o seu límite nos propios fins da actuación administrativa, que non son outros que a satisfacción do interese xeral, como proclama o artigo 103 do noso texto constitucional¹⁴.

Resulta neste punto especialmente ilustrativa a xa clásica STS, do 10 de outubro de 1989¹⁵, que a propósito da creación dunha empresa por parte do Concello de Barcelona sinalou con claridade que a "[...] *total indefinición das concretas actividades ou negocios que a sociedade que se aprobaba fose desenvolver conculcaba evidentemente o principio da especialidade das empresas públicas que exige determinar con rigor e precisión o obxecto da empresa pública e a actividade ou negocio que ela deba desenvolver, pois só coñecéndoos esta se poderá examinar en todos os seus aspectos (técnico, económico, social, xurídico) e poderase determinar despois obxectivamente se o seu exercicio convén ou non ao interese público, é dicir, se interesa ao ben común que se cree e naza unha empresa pública que exerza aquela ou aquelas concretas actividades empresariais ou económicas.*"¹⁶

Un problema adicional que veu formulando especiais dificultades desde a perspectiva da competencia é o da actividade das administracións públicas, especialmente a local á hora de executar as facultades que de maneira xenérica lles atribúe a lexislación de réxime local, cando a dita actividade está a ser xa prestada por operadores privados¹⁷.

¹⁴ O artigo 103 da Constitución española de 1978 proclama no seu número 1º que "*J. A Administración pública serve con obxectividade os intereses xerais e actúa de acordo cos principios de eficacia, xerarquía, descentralización, desconcentración e coordinación, con sometemento pleno á lei e ao dereito.*"

¹⁵ Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 1ª (RX\1989\7352)

¹⁶ Fundamento xurídico 7º da citada STS.

¹⁷ Neste contexto foi especialmente polémica a promoción de actividades deportivas por parte dos concellos. Acerca deste tema, vid. RETORTILLO ATIENZA, Olatz: "La promoción de actividades deportivas por los ayuntamientos y las concesiones administrativas para su gestión: "¿puede detectarse ilícito competencial?" en *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, n.º 1, 2007, pp. 183 a 195. O TGDC tivo xa ocasión de tomar posición ao respecto. Así, no FX 6º da súa Resolución do 20 de febreiro de 2009 [expte. RA-17/2008, Cursos de inglés do Concello de Ferrol] sinalou -se cabe, *obiter dicta*- que "*Dito o anterior, e co máximo respecto á autonomía municipal, este tribunal desexa subliñar, en relación á actuación das administracións locais en ámbitos en que está presente a iniciativa persoal, a conveniencia de que tales administracións consideren os efectos das súas condutas na competencia efectiva nos mercados, pois aínda que é certo que deben protexer os intereses públicos nos seus ámbitos de actuación, tamén o é que deben contribuir a protexer o ben público da existencia dunha competencia efectiva nos mercados. [...]*". O texto pódese consultar en <http://www.tgdcompetencia.org/es/expedientes.php>

Outra cuestión que tamén paga a pena apuntar neste contexto fórmulase cando as administracións públicas deciden configurar unha determinada actividade como servizo público, prestándoa a través de concesión ou someténdoa a autorización. Sen prexuízo da transcendencia que a este respecto supuxo a Directiva 2006/123/CE do Parlamento Europeo e do Consello, do 12 de decembro de 2006, relativa aos servizos no mercado interior¹⁸ (a coñecida como "Directiva de servizos", tamén coñecida como "Directiva Bolkenstein"), resulta evidente que a definición das actividades que se decide someter a este réxime singular e a designación do prestatario se deben efectuar tomando en consideración a súa incidencia no funcionamento competitivo dos mercados, pois iso incide de xeito directo en beneficio dos consumidores e usuarios.

No caso de España optouse pola elaboración dunha lei horizontal de transposición que posibilitase unha aplicación ampla dos principios xerais establecidos na Directiva, como foi a Lei 17/2009, do 23 de novembro, sobre o libre acceso ás actividades de servizos e o seu exercicio¹⁹. Así mesmo, para dar o impulso necesario ao proceso de transposición, tamén se elaborou unha única lei que modificase a normativa estatal de rango legal para adecuala aos principios da Lei sobre o libre acceso e exercicio das actividades de servizos, como sucedeu coa Lei 25/2009, do 22 de decembro, de modificación de diversas leis para a súa adaptación á lei precedente²⁰, de aí que sexa coñecida como "Lei ómnibus"²¹.

No ámbito concreto da Comunidade Autónoma de Galicia, e en relación coa cuestión comentada, é obrigada a cita da Lei 1/2010, do 11 de febreiro, de modificación de diversas leis de Galicia para a súa adaptación á Directiva 2006/123/CE do Parlamento Europeo e do Consello, relativa aos servizos no mercado interior²².

¹⁸ DO L 376, 27.12.2006, p. 36.

¹⁹ BOE n.º 283, do 24 de novembro de 2009. Nesta norma aplicouse a técnica das memorias de impacto normativo. A dita memoria, do 27 de marzo de 2009, dedica o seu número 8 (Memoria de impacto económico) ás cuestións de competencia, pp. 46 a 63, separándoa da memoria de impacto orzamentario, á cal dedica a epígrafe seguinte. A dita memoria pódese consultar na web do Ministerio de Economía e Facenda, no enderezo: <http://www.meh.es/Documentacion/Publico/SGPEDC/09-03-27%20Memoria%20del%20análisis%20de%20impacto%20normativo%20PLLAASE.pdf>. Na dita memoria faise alusión ao informe emitido pola Comisión Nacional de Competencia (artigo 25 a) da Lei 15/2007, do 3 de xullo, de defensa da competencia), que, obviamente, foi anterior á elaboración desta. O informe da CNC pódese consultar na web do dito organismo, no enderezo: <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Informes/Informes/tabid/166/Default.aspx?pag=5>

²⁰ Lei 25/2009, do 22 de decembro, de modificación de diversas leis para a súa adaptación á Lei sobre o libre acceso ás actividades de servizos e o seu exercicio (BOE n.º 308, mércores 23 de decembro de 2009). Paradoxalmente, sobre esta lei, aínda sendo posterior á 17/2009, non se tramitou unha única memoria de impacto normativo, senón que se acudiu á fórmula tradicional da emisión de varias memorias (Memoria xustificativa, Memoria de impacto económico e orzamentario e Memoria de impacto por razón de xénero), como se comproba na web institucional do Ministerio de Economía e Facenda (<http://www.meh.es/es-ES/Areas%20Tematicas/Internacional/Union%20Europea/Paginas/Ley%20C3%93mnibus.aspx>)

²¹ Esta denominación pódese ver non só na mencionada web do Ministerio de Economía e Facenda, senón tamén no informe normativo, especialmente crítico, emitido pola CNC: IPN 08/2009 anteproxecto de Lei ómnibus, dispoñible na web da CNC, no enderezo: <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Informes/Informes/tabid/166/Default.aspx?pag=5>

²² DOG n.º 36, do 11 de febreiro de 2010. Esta norma foi impugnada polo Goberno de España ante o Tribunal Constitucional, que, mediante Auto 042/2011 do 12.4.2011, acordou levantar a suspensión provisional dos preceptos obxecto do recurso de inconstitucionalidade.

II.- A POTESTADE REGULATORIA E A ELABORACIÓN DE NORMAS PROCOMPETITIVAS: A PROMOCIÓN DA COMPETENCIA.

Aínda que tradicionalmente o peso da actividade administrativa a favor da libre competencia se centrou na "defensa da competencia", á cal se foron incorporado os órganos xudiciais da orde xurisdiccional civil (xulgados do mercantil), dando lugar ao que se denomina a "aplicación privada do dereito da competencia"²³, progresivamente foi tomando corpo a convicción da importancia non só de defendela fronte ás condutas anticompetitivas levadas a cabo polos operadores económicos, senón a necesidade de trasladar á sociedade a importancia de manter un réxime de competencia efectiva co obxecto de que o funcionamento dos mercados sexa máis eficiente, e ás propias administracións públicas a necesidade de impulsar normas procompetitivas e suprimir os obstáculos ao funcionamento eficiente dos mercados²⁴.

A promoción da competencia (*Advocacy*, na literatura anglosaxona) converteuse así nunha tarefa esencial cuxo desenvolvemento non corresponde en exclusiva ás autoridades da competencia, senón que o mandato de promover un réxime de competencia efectiva nos mercados e a importancia que iso representa para o desenvolvemento das modernas economías reforzan a idea de que se trata dunha tarefa en que todas as administracións públicas deben colaborar coas autoridades especializadas en competencia (comunitarias, nacionais ou autonómicas)²⁵, especialmente na elaboración das normas, que deben impulsar e non restrinxir o funcionamento competitivo dos mercados máis alá do que sexa imprescindible e proporcionado, cando se poida producir un conflito con outros intereses xerais tamén merecedores de protección.

Para abordar a delimitación do alcance da "promoción da competencia" é preciso partir do feito de que a garantía de mercados con niveis adecuados de competencia efectiva (*Workable Competition*) supón non só a realización de actividades de difusión entre os operadores económicos de cales son as condutas contrarias á competencia e as vantaxes que para a sociedade supón dispor de mercados máis competitivos. A moderna dimensión da promoción da competencia inclúe ademais todas aquelas outras accións destinadas a impulsar ou, de ser o caso, eliminar do ordenamento xurídico aquelas normas ou actuacións que restrinxan de maneira innecesaria ou desproporcionada a competencia.

²³ Trátase da tradución do termo anglosaxón Private Enforcement. Aínda que a Comisión Europea, en temas como as axudas de Estado, optou pola expresión máis ampla de "aplicación xudicial". Vid. Comunicación da Comisión relativa á aplicación da normativa sobre axudas estatais polos órganos xurisdiccionais nacionais (DO C 85, do 9.4.2009, p. 1). Acerca da aplicación privada do dereito da competencia, vid. VELASCO DE PEDRO, Luis Antonio et al. (Dir.), *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Lex Nova, Valladolid, 2011.

²⁴ Esta tendencia traducíuse na corrente que se denomina como "*Better Regulation*". A este respecto resulta de interese neste punto a consulta do volume VARIOS, *Better Regulation: una estrategia ineludible*", Relats Partners n.º 2, ESADE, edición en castelán, xaneiro, 2009 [<http://www.esade.edu/imagenes/1/10926347.PDF>]

²⁵ A unha delimitación conceptual de ambas as dúas vertentes da libre competencia referímonos en extenso en RODRÍGUEZ MIGUEZ, José Antonio. "Promoción versus defensa de la Competencia en España: una visión de conjunto", na Revista *Dereito*, da Facultade de Dereito da Universidade de Santiago de Compostela, n.º 19, 2, 2010, pp. 51 a 98.

En consecuencia, o seu obxectivo non son só os operadores económicos, públicos ou privados, senón e de xeito moi singular as propias administracións públicas, na súa dimensión de poder público, cuxas actuacións, decisións ou regulamentacións poden impedir ou restrinxir o funcionamento competitivo dos mercados.

A importancia de valorar os efectos sobre a competencia de calquera norma predicase non só respecto das elaboradas pola Administración pública, é dicir, as normas de carácter regulamentario, senón tamén das que procedan das cámaras parlamentarias (Cortes Xerais ou parlamentos autonómicos), máxime cando a nosa lexislación de competencia mantén a chamada "excepción legal"²⁶, recollida na nova LDC no artigo 4 (*Conductas exentas por lei*). Este "amparo legal"²⁷ non é inmune, non obstante, como se indica no propio precepto, ao dereito comunitario, en aplicación do principio de supremacía deste fronte aos dereitos nacionais.

O *Advocacy Working Group*, da *International Competition Network*, ofreceu en 2002²⁸ unha primeira definición sistemática da "promoción da competencia"²⁹, conforme a cal comprendería o "*Conxunto de actividades da autoridade da competencia encamiñadas a promover un contorno competitivo para o desenvolvemento das actividades económicas, por medio de mecanismos non coactivos, sobre todo a través da interacción con outras administracións públicas, a interacción con axentes económicos e a sensibilización do público acerca dos beneficios da competencia.*"³⁰

²⁶Acerca da "excepción legal", véxase, por todos, MARCOS FERNÁNDEZ, Francisco. *El tratamiento de las restricciones públicas a la competencia. La exención legal en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia*, Documento de Trabajo, Serie Política de la Competencia, n.º 24, Instituto de Estudios Europeos, Universidad San Pablo-CEU, Madrid, 2007.

²⁷ O artigo 4 LDC establece que:

"1. *Sen prexuízo da eventual aplicación das disposicións comunitarias en materia de defensa da competencia, as prohibicións deste capítulo non se aplicarán ás condutas que resulten da aplicación dunha lei.*

2. *As prohibicións deste capítulo aplicaranse ás situacións de restrición de competencia que deriven do exercicio doutras potestades administrativas ou sexan causadas pola actuación dos poderes públicos ou as empresas públicas sen o dito amparo legal.*"

²⁸*Advocacy and Competition Policy*. Report prepared by the Advocacy Working Group ICN's Conference. Naples, Italy, 2002, p. 115. En particular, p. 25.

²⁹ Debemos destacar que aínda que probablemente non fose o seu propósito directo ofrecer unha "definición legal" da promoción da competencia, resulta especialmente interesante ao respecto o contido do parágrafo 7º da exposición de motivos da Lei 1/2009, do 12 de febreiro, da Autoridade Catalá da Competencia, no cal se sinala que "[...] A promoción da competencia inclúe, ademais da elaboración, canalización e divulgación de estudos e traballos relacionados coa competencia, a capacidade de elaborar informes desde o punto de vista da competencia, no momento procedemental oportuno, tanto dos proxectos normativos das administracións públicas de Cataluña como das súas actuacións, se afectan ou poden afectar, directa ou indirectamente, o funcionamento competitivo dos mercados. [...]"

³⁰ A tradución tomámola do relatorio de D. Luis Berenguer Fuster, presidente da Comisión Nacional da Competencia (CNC), "¿Qué se entiende por promoción de la competencia?", ditada no marco por facilitarme o orixinal dos seus relatorios "¿Qué se entiende por promoción de la competencia?" e "La promoción de la competencia en España y otras experiencias internacionales", ditadas no marco do Curso "Promoción de la competencia", organizado pola Comisión Nacional da Competencia (CNC) e a Axencia Española de Cooperación Internacional para o Desenvolvemento (AECID), do Ministerio de Asuntos Exteriores e de Cooperación, coa colaboración da Axencia de Defensa da Competencia de Andalucía, a Autoridade Catalá da Competencia e o Tribunal Galego de Defensa da Competencia, que tivo lugar en Montevideo (Uruguai) do 12 ao 15 de xullo de

Como se engade no documento en que incorpora esta definición, a primeira parte dela trata de abranguer o que non é promoción da competencia (delimitación negativa ou *ex contrario sensu*), que serían principalmente mecanismos "coactivos", no noso caso sancións administrativas ou resolucións xudiciais de nulidade, seguidas de ser o caso, nun e outro suposto, das correspondentes reclamacións de danos e perdas, pero que noutras lexislacións, como a norteamericana, poden levar aparelladas mesmo sancións penais con privación de liberdade³¹.

A segunda parte da definición procede a identificar as dúas principais ramas ou ámbitos en que esta se manifesta. Por unha banda, as iniciativas adoptadas polas autoridades da competencia dirixidas a outras administracións ou entes públicos co propósito de que nas súas regulacións implementen de maneira positiva o seu carácter competitivo (iniciativas procompetitivas, poderíamos denominalas). A segunda liña comprendería todas aquelas iniciativas adoptadas polas autoridades de competencia dirixidas a impulsar o coñecemento da importancia para a sociedade do funcionamento competitivo dos mercados, tanto nos axentes ou operadores económicos como nas autoridades públicas e o público en xeral, e dar a coñecer o papel que a política da competencia pode desempeñar para promover e protexer a competencia.

Ambas as dúas dimensións son esenciais e necesariamente complementarias. A maior dificultade de transmitir esta mensaxe radica, non obstante, en que con frecuencia o beneficio individual das medidas é limitado e, por iso, dificilmente perceptible polos cidadáns; ou só o é a medio ou longo prazo, algo a que, desafortunadamente, están pouco afeitos os nosos políticos e, en boa medida, as sociedades modernas.

En calquera caso, esta definición é especialmente útil, pois ofrece unha visión xeral da promoción da competencia, cuxas manifestacións son, como se deduce dela, moi variadas e non todas as autoridades dispoñen dos medios ou dos mecanismos legais adecuados para levalas a cabo³².

2010. O texto orixinal reza do seguinte modo: "*Competition advocacy refers to those activities conducted by the competition authority related to the promotion of a competitive environment for economic activities by means of non-enforcement mechanisms, mainly through its relationships with other governmental entities and by increasing public awareness of the benefits of competition.*"

³¹ Un exemplo claro do contraste entre aqueles sistemas que sancionan con penas privativas de liberdade os ilícitos *antitrust* e os que o fan só con sancións "administrativas" é o caso Christie's e Sotheby's, a propósito dos acordos alcanzados entre estes prestixiosos operadores do mercado de poxas, axuzado polas autoridades xudiciais norteamericanas e a Comisión Europea de maneira simultánea.

³² Non obstante, non debemos esquecer que moitas das posibles medidas, especialmente as dirixidas ás administracións públicas, precisan do recoñecemento dun status de independencia real e non meramente formal das autoridades da competencia e unha ampla marxe de comprensión por parte dos cidadáns, que a miúdo poden tardar en percibir os seus efectos beneficiosos ou mesmo non os comprender de todo. Pénsese, por exemplo, que, con motivo do expediente aberto tanto en Europa como en EEUU a Microsoft por abuso de posición dominante (*monopolization*) na implantación do seu navegador, se cuestionaba se realmente eran beneficiados os consumidores ao ter que pagar "a maiores" por ese produto adicional (navegador), que viña "de serie" nas instalacións do sistema operativo da dita empresa. Non cabe dúbida que non se valoraban os efectos a medio e longo prazo da situación de monopolio que podería provocar a dita actuación que, na práctica, expulsaba os competidores do mercado dos navegadores.

Pola súa banda, a Comisión Nacional da Competencia (CNC)³³ define a promoción da competencia, en sentido amplo, como o labor que "[...] trata de impulsar o coñecemento e fomentar o interese pola defensa da competencia: por exemplo, a través da realización de estudos e documentos de traballo específicos ou mediante a organización de seminarios técnicos en materia de defensa da competencia. Así, a promoción enténdese como un labor amplo de fomento da cultura de competencia."

Xunto a esta acepción, a CNC engade que, nun "sentido máis estrito,[...] as tarefas de promoción da competencia concréntanse no impulso da competencia naqueles sectores en que se encontre restrinxida, a través da realización de informes sectoriais, que adoitan incluír propostas de liberalización, desregulación ou modificación normativa. En moitas ocasións, o destinatario dos ditos informes é a Administración pública, analizando a lexislación en vigor e os proxectos normativos para determinar se deles derivan ou poderían derivar consecuencias negativas para a competencia e, de ser o caso, formular as oportunas recomendacións. "

Non cabe dúbida de que tras a aparición das autoridades autonómicas da competencia e da aprobación da nova Lei de defensa da competencia, a Lei 15/2007, do 3 de xullo, a dimensión de promoción da competencia gañou un peso significativo, especialmente nestas últimas, pois as grandes empresas, aquelas cuxas condutas poden ter efectos máis alá dunha soa comunidade autónoma, poden pola súa propia dimensión e experiencia ser máis conscientes do carácter anticompetitivo das súas condutas. Neste punto resulta relevante a presenza das autoridades autonómicas da competencia pois permiten facer chegar os valores da competencia e as consecuencias da infracción da súa normativa protectora, case por capilaridade, a todo o tecido empresarial e produtivo³⁴.

En efecto, a nova LDC marca un importante cambio no recoñecemento da promoción da competencia en mans das autoridades da competencia, tanto en relación coa nova autoridade nacional, a CNC, que se configura como autoridade única (non dual, como ao abeiro da Lei 16/1989) e cun status similar ao doutros organismos reguladores nacionais³⁵.

Pola súa vez, ao abeiro do principio de autoorganización, cada comunidade autónoma optou por dotar os seus órganos, no caso de crealos, do estatuto e natureza xurídica que considerou oportuno, aínda que, como veremos, no proceso de adaptación e asunción das funcións que lles recoñece a nova Lei 15/2007, algunha delas, como no caso de Cataluña, optou por modificar os seus organismos autonómicos.

³³ Cfr. a web institucional da CNC, baixo a epígrafe "Promoción da competencia" [<http://www.cncompetencia.es/Default.aspx?tabid=167>].

³⁴ Non debemos esquecer que en España existe unha tradición marcadamente contraria á competencia, da cal se fai eco, brillantemente, FRAILE BALBÍN, Pedro, *La retórica contra la competencia en España (1875-1975)*, Madrid: Visor, 1998.

³⁵ Como a Comisión Nacional da Enerxía (CNE), ou a Comisión Nacional do Mercado de Valores (CNMV), ao crearse ao remitirse expresamente á disposición adicional décima da Lei 6/1997, do 14 de abril, de organización e funcionamento da Administración xeral do Estado. Cfr. artigo 12 LDC.

A nova LDC incorpora diversos instrumentos e institucións que xa poden ser analizados desde a perspectiva da promoción da competencia. Imos abordalos, polo menos de forma breve, seguindo o propio esquema da LDC e a propia práctica institucional da CNC.

Conforme o artigo 34 LDC ("Funcións do Consello da Comisión Nacional da Competencia"), o Consello da CNC "é o órgano de decisión en relación coas funcións resolutorias, consultivas e de promoción da competencia previstas nesta lei". En particular, o dito precepto enumera, entre outras, as seguintes funcións:

"1. Por proposta da Dirección de Investigación:

a) Resolver e ditaminar nos asuntos que a Comisión Nacional da Competencia ten atribuídos por esta lei e, en particular, nos previstos nos artigos 24 a 26 desta lei.

[...]

2. Adoptar as comunicacións previstas na disposición adicional terceira e as declaracións de inaplicabilidade previstas no artigo 6.

[...]

4. Acordar a impugnación dos actos e disposicións a que se refire o artigo 12.3 desta lei.

[...]"

Non obstante, unha lectura completa da Lei 15/2007 permite revelar os seguintes instrumentos de promoción da competencia³⁶: a.- Informes e propostas sobre axudas públicas. b.- Impugnación de actos e normas. c.- Informes a proxectos normativos e d.- Propostas de modificación de restricións á competencia e medidas dirixidas ao mantemento ou restablecemento da competencia.

Un dos campos que resulta de maior interese na promoción da competencia é o relativo á elaboración de novas normas. É neste contexto onde debemos destacar, por unha parte, as denominadas "memorias de competencia", impulsadas, como teremos ocasión de ver, polas autoridades de competencia no marco das súas actividades de promoción da competencia, pero cuxa elaboración corresponde en realidade ás propias administracións públicas das que dimanan os respectivos proxectos normativos que deberían incorporalas na súa fase de elaboración. E, por outro lado, os informes que, con carácter previo, poidan realizar as autoridades de competencia sobre as normas proxectadas, que serían, en si mesmos, instrumentos de promoción da competencia³⁷.

³⁶ Adicionalmente, debemos sinalar que o Real decreto 331/2008, do 29 de febreiro, polo que se aproba o Estatuto da Comisión Nacional da Competencia (BOE n.º 54, do 3 marzo 2008) creou a Dirección de Promoción da Competencia, como órgano especializado no seo da CNC.

³⁷ As autoridades de competencia poden elaborar, así mesmo, segundo os casos, informes, estudos ou recomendacións sobre normas xa aprobadas. A nova LDC prevé tamén no seu artigo 12.3 que "A Comisión

Neste traballo ímonos centrar nestes específicos instrumentos de promoción da competencia. En primeiro lugar, nas memorias de competencia e os esforzos que diversas autoridades de competencia, internacionais, nacionais e autonómicas, viñeron realizando para a súa implantación; e seguidamente, nos informes de competencia, elaborados polas autoridades de competencia, no marco das súas actividades de promoción da competencia que, como veremos, non son unha práctica xeneralizada, ao non apareceren expresamente recollidos entre as atribucións de todas as autoridades autonómicas de competencia.

III.- AS MEMORIAS OU AVALIACIÓNS DE COMPETENCIA E A SÚA INTRODUCCIÓN NO DEREITO ESPAÑOL.

As "memorias de competencia" concíbense como un dos elementos que deben integrar o *iter* de elaboración das normas, de rango legal ou regulamentario, co obxecto de que no dito proceso, xunto a outros aspectos relevantes, se tome en consideración a incidencia da nova norma no funcionamento competitivo dos mercados.

Neste punto debemos destacar o esforzo das autoridades de competencia, tanto comunitarias³⁸ como españolas -ás cales faremos expresa referencia- e doutros Estados membros³⁹, así como de organismos internacionais, como a OCDE⁴⁰. Na nosa Administración debemos destacar os esforzos levados a cabo, principalmente, pola CNC e a Axencia de Defensa da Competencia de Andalucía (ADCA).

No caso da CNC debemos sinalar en primeiro lugar a aprobación dunhas recomendacións ás administracións públicas, tituladas *Trabajando por la Competencia. Recomendaciones a las administraciones públicas para unha regulación de los mercados*

Nacional da Competencia está lexitimada para impugnar ante a xurisdición competente actos das administracións públicas suxeitos ao dereito administrativo e disposicións xerais de rango inferior á lei de que deriven obstáculos ao mantemento dunha competencia efectiva nos mercados." E o artigo 13.2 LDC que "*Sen prexuízo das competencias da Comisión Nacional da Competencia, os órganos competentes das comunidades autónomas están lexitimados para impugnar ante a xurisdición competente actos das administracións públicas autonómicas ou locais do seu territorio suxeitos ao dereito administrativo e disposicións xerais de rango inferior á lei de que deriven obstáculos ao mantemento dunha competencia efectiva nos mercados.*"

³⁸ Cfr. Comunicación da Comisión ao Consello e ao Parlamento Europeo, do 16 de marzo de 2005, "Lexislar mellor para potenciar o crecemento e o emprego na Unión Europea", [COM (2005) 97 - non publicada no *Diario Oficial*]. En relación a esta comunicación e aos seus actos de aplicación, vid. a web da Unión Europea, no enderezo:

http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/growth_and_jobs/114538_es.htm

³⁹ É especialmente interesante nesta, como noutras materias, o labor que realizada a Office of Fair Trading, do Reino Unido. Sobre este tema, véxase o estudo, *Government in markets. Why competition matters. A guide for policy makers*, OFT, 2009 [http://www.oft.gov.uk/shared_of/business_leaflets/general/OFT1113.pdf].

⁴⁰No marco da OCDE, podemos citar o documento *Guía Para Evaluar La Competencia*, versión 1.0, OCEDE, 2007 [<http://www.oecd.org/dataoecd/15/46/39680183.pdf>] e *Competition Assessment Guidance. Competition Assessment Toolkit*, volume II, versión 2.0, OECD, 2010 [<http://www.oecd.org/dataoecd/17/33/45544507.pdf>]. Do volume I hai versión 2.0, pero non dispoñible en castelán [<http://www.oecd.org/dataoecd/52/6/46193173.pdf>].

máis eficiente e favorecedora de la competencia⁴¹, e a publicación, en xaneiro de 2009, da *Guía para la elaboración de memorias de competencia*⁴².

Así mesmo, debemos resaltar que como consecuencia do impulso que desde o dito organismo se deu para plasmar estas iniciativas nunha norma de obrigado cumprimento, o Consello de Ministros aprobou o Real decreto 1083/2009, do 3 de xullo, polo que se regula a memoria da análise de impacto normativo⁴³, que recolle como unha das epígrafes das ditas memorias a valoración dos efectos da medida sobre a competencia.

Nas Recomendacións, a CNC recoñece, baixo a epígrafe "*Os principios de mellora da regulación desde a perspectiva nacional*", os esforzos realizados en España nos últimos anos nesta liña. A este respecto, destaca a aprobación en outubro de 2005, seguindo o mandato derivado do Plan de Lisboa⁴⁴, do Programa nacional de reformas (PNR)⁴⁵, cuxo eixe quinto fai referencia expresa á "*promoción e implantación de determinadas medidas de mellora regulatoria tales como a mellora das memorias que acompañan as propostas normativas, tanto na análise de impacto global destas como no do seu impacto económico, máis alá do mero impacto orzamentario.*"⁴⁶

A CNC menciona máis adiante no mesmo documento⁴⁷, aínda que cronoloxicamente sexa anterior, pois é de marzo de 2005, como no marco do "Plan de Dinamización da Economía e Impulso da Produtividade"⁴⁸, se incluíu como iniciativa a de "*reforzar a avaliación do impacto regulatorio das propostas normativas*", dándose inicio á tramitación do que denomina "Real decreto de memoria de impacto normativo", que como veremos se aprobou finalmente en 2009. O propósito deste proxecto normativo era "*ampliar e mellorar*

⁴¹ Estas recomendacións, de xuño de 2008, pódense descargar desde a web institucional da CNC, no enderezo: <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Promocion/GuiaparaAAPP/tabid/177/Default.aspx>

⁴² Esta guía pódese descargar desde a web institucional da CNC, no enderezo: <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Promocion/GuiaparaAAPP/tabid/177/Default.aspx>

⁴³ BOE n.º 173, do 18 de xullo de 2009. Vid. a este respecto a nota de prensa da CNC "El análisis de competencia, obligatorio en los nuevos proyectos normativos," do 8 de xullo de 2009 [<http://www.cncompetencia.es/TabId/105/Default.aspx?contentid=255616>], así como o ditame elaborado no seu día polo Consello de Estado, respecto ao citado real decreto: expediente 419/2009 (administracións públicas) proxecto de Real decreto polo que se regula a memoria de análise de impacto normativo [http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos_ce/doc.php?coleccion=ce&id=2009-419].

⁴⁴ A denominada "Estratexia de Lisboa" ou "Plan de Lisboa" xorde das conclusións da Presidencia portuguesa da Unión Europea, no Consello Europeo de Lisboa, dos días 23 e 24 de marzo de 2000 [http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/es/ec/00100-r1.es0.htm], do que xorde como obxectivo principal da UE, tal como se recolle no propio documento de conclusións, o do "Emprego, reforma económica e cohesión social. Un obxectivo estratéxico para a próxima década". Para unha referencia con amplas posibilidades de busca, vid. en "Europa Glosario" o termo "Estratexia de Lisboa" [http://europa.eu/scadplus/glossary/lisbon_strategy_es.htm]

⁴⁵ O documento a que se refire a CNC é o titulado "Converxencia e Emprego. Programa Nacional de Reformas en España", que se pode consultar en http://www.mtin.es/es/sec_trabajo/debes_saber/pnr/PNR2005.pdf

⁴⁶ Recomendacións..., op. cit., p. 22.

⁴⁷ Recomendacións..., op. cit., p. 38.

⁴⁸ Acerca deste documento vid. o n.º monográfico de *Información Comercial Española-ICE*, dedicado á política económica en España (xullo-agosto 2007, n.º 837), especialmente a súa presentación, a cargo de Ángel Torres Torres, secretario xeral de Política Económica e Defensa da Competencia (pp. 11 a 15).

o contido das memorias económicas que se deben xuntar a todo proxecto normativo, de maneira que antes de aprobar normas de certo rango se realizará unha análise en profundidade do impacto global das propostas de regulación."

Tratábase, en definitiva -como explicitamente se indica máis adiante nas Recomendacións-, da incorporación ao proceso de elaboración de normas dun "*control ex ante da regulación, atendendo á súa necesidade e efectos, de maneira que se fagan explícitos os efectos secundarios de toda norma e, no caso de que se decida asumilos, se faga de xeito consciente.*"

O que debemos resaltar neste punto é que é o propio órgano que impulsa a norma o que debe realizar a reflexión acerca da súa potencial incidencia nas condicións de competencia desde o momento inicial do seu deseño, a diferenza dos informes normativos (*ex ante* ou *ex post*), elaborados por un órgano especializado, como as autoridades de competencia, que o fan sobre un texto xa elaborado e, en moitos casos, practicamente "pechado".

Iso supón un paso decisivo, posto que a competencia pasa a un plano superior ao ser un dos criterios que *lege feranda* son obxecto de valoración e contraste con outros posibles obxectivos perseguidos por ela.

Para a CNC, para que estas memorias de competencia sexan realmente eficaces, sería preciso que cumprisen unha serie de requisitos, que enumera nas súas Recomendacións⁴⁹:

"a) Calquera tipo de Administración pública, xa sexa estatal, autonómica ou local, debe vir obrigada á presentación dunha memoria de competencia para a tramitación dunha norma.

b) A memoria de competencia debe producirse loxicamente ex ante. Realizar este exercicio ex post ten pouco sentido porque non evitará que as restricións á competencia se enquisten no noso ordenamento.

c) Debe ser pública. Iso non só por consistencia co principio de transparencia da regulación. Tamén a publicidade exerce aquí un mecanismo de disciplina para o lexislador, de maneira que se se pretenden introducir restricións se deban dar a coñecer publicamente.

d) A memoria de competencia debe ser independente, ou ben formar parte da "memoria económica" do proxecto prevista na Lei 50/1997, sempre que se amplíe o seu contido.

e) A memoria de competencia avaliará se se dan os principios para cualificar a regulación de eficiente e en particular:

- Se a norma introduce algún tipo de restrición á competencia.*

⁴⁹Recomendacións..., op. cit., p. 38.

- *Necesidade e proporcionalidade desta: se é imprescindible para os obxectivos que se pretenden e se estes teñen un impacto sobre o benestar social proporcional á restrición que se introduce.*

- *Mínima distorsión: por que se considera que non existen outras alternativas menos gravosas para o funcionamento do mercado.*

f) *Debe ser elaborada polo órgano proponente (ao igual que o resto da memoria económica, a memoria xustificativa e a memoria de impacto de xénero), ben que podería contar co apoio dun órgano distinto ao proponente e especializado en asuntos de competencia."*

Pola súa banda, a *Guía* ten un carácter complementario das *Recomendacións*, pois o seu obxecto é ofrecer aos poderes públicos pautas que *os poidan orientar e servir de apoio no deseño de normas e regulacións, de maneira que se evite a introdución de restricións inxustificadas á competencia.*"⁵⁰

É, polo tanto, un instrumento máis orientado á práctica, que ofrece aos poderes públicos unha referencia para que poidan cumprir mellor o seu "*deber de protexer a libre empresa e o adecuado funcionamento dos mercados*"⁵¹, como o son, precisamente, as memorias de competencia.

O carácter práctico da *Guía* tradúcese en que a súa propia sistemática acode ao sistema de preguntas e respostas clave, que tratan de facilitar o seu proceso de elaboración, no contexto xeral da elaboración dun proxecto de norma. O feito de que fale de normas en xeral e de actuacións, e non unicamente de disposicións regulamentarias, implica claramente que a súa utilidade non se limita en exclusiva a normas "administrativas", senón tamén ás normas con rango legal e á propia actuación da Administración (actos administrativos). Non debemos ignorar que, aínda que a aprobación das leis corresponde constitucionalmente aos órganos parlamentarios, a súa orixe se encontra no traballo previo de preparación do correspondente proxecto de lei, no caso de ser por iniciativa do goberno correspondente, ou nas proposicións de lei, se a iniciativa xorde de grupos parlamentarios.

Para a *Guía*, as memorias de competencia son "*a análise e valoración dun proxecto normativo ou regulatorio desde o punto de vista da competencia*". O propio termo "memoria" responde á terminoloxía dos documentos que se adoitan xuntar aos proxectos normativos, como son a memoria xustificativa, a memoria económica e a memoria de impacto de xénero, xa existentes na actualidade. Trataríase dunha nova memoria que se debería xuntar ao proxecto normativo, polo menos en principio con identidade propia, aínda que tamén se podería incorporar á memoria económica, como un apartado propio desta.

A causa de que se impulsen estas memorias de competencia é para a CNC que "*a aprobación dunha nova norma ou regulación é susceptible de ter efectos sobre o funcionamento da libre competencia nos mercados. Estes efectos poden ser negativos, caso*

⁵⁰*Guía*, p. 5.

⁵¹*Guía*, p. 5.

en que pode prexudicarse a competencia, a liberdade de empresa e o benestar do consumidor. "

Por iso, o que se pretende é que "*cando se proxecte unha nova norma ou regulación se valore desde un principio*"⁵² *se esta pode introducir efectos negativos para a competencia que non se encontren xustificadas polos obxectivos que a norma persegue ou que poderían mitigarse se se utilizase outra alternativa regulatoria. "*

Unha cuestión relevante a que dá resposta a *Guía* é a de determinar en que supostos procede. Para a CNC, este tipo de análise e valoración debe facerse en todos os niveis de actuación da Administración, o que nos leva a pensar novamente na importancia da súa incorporación nos proxectos de lei e, se é o caso, nas iniciativas lexislativas.

Esta idea aparece confirmada na propia *Guía* ao engadir que "[...] *non debe limitarse a aquelas normas de maior rango como leis ou reais decretos, senón que debe ser aplicado tamén en normas de rango inferior (ordenes, resolucións, etc.) e mesmo actos administrativos, posto que, moi a miúdo, as restricións á competencia non se introducen nos textos básicos, senón nas súas normas de desenvolvemento e de aplicación. "*

A súa elaboración corresponde, e é o que as diferencia dos informes normativos, aos órganos proponentes da norma, como sucede nas outras memorias xa incorporadas á nosa tradición normativa. E iso débese, como remarca a CNC, a que o seu obxectivo non é tanto "*pór de manifesto nun documento que un proxecto normativo restrinxa a competencia nos mercados de forma inxustificada ou desproporcionada, ou que outra alternativa regulatoria tería resultado mellor desde o punto de vista da competencia*", senón, e sobre todo, "*que o propio órgano proponente tome conciencia diso e evite o problema. "*

Non debemos esquecer tampouco neste punto que un dos grandes problemas con que se encontra a promoción e defensa da competencia é, precisamente, que se detecte que esta se vai ver afectada pola norma ou iniciativa que se adopte e que, de ser imprescindible, pois outras exixencias tamén lexítimas o requiren, o dano sexa, polo menos, o menor posible, forzando a Administración a ponderar os posibles intereses ou obxectivos en conflito e optar pola solución menos daniña para a competencia. O que, por outro lado, se realiza de maneira habitual e implícita nas outras memorias que se elaboran e de modo máis difuso na propia concepción de toda norma ou actuación administrativa.

Por este motivo fórmulase que este exame se inicie desde o primeiro momento, como graficamente sinala a CNC ao afirmar que o redactor da norma ou da actuación administrativa "*debe ter en mente, desde o inicio, a análise e valoración dos efectos desta sobre a competencia para previr a elaboración de proxectos xa viciados desde a dita perspectiva desde os seus borradores iniciais.*" Pospolo para unha fase ulterior faría en moitos casos imposible cambiar as directrices iniciais e, por iso, en boa medida, a función das memorias de competencia non se vería cumprida senón de maneira parcial ou limitada polos informes normativos emanados das autoridades de competencia.

⁵²Subliñado noso.

Facelo así, desde un principio, permitirá dispor de "marco normativo e unha actuación administrativa de maior calidade, máis acorde co principio constitucional de liberdade de empresa no marco dunha economía de mercado."⁵³

A *Guía* ofrece un esquema de traballo moi claro, definido en "pasos sucesivos", que resulta de especial utilidade.

A primeira fase ("paso", na terminoloxía da *Guía*) supón identificar os eventuais problemas que a nova norma ou actuación pode introducir na competencia. Esta identificación baséase na realización de "preguntas clave" que, como sinala expresamente a CNC, "axudan, de forma moi intuitiva, a "pensar" desde o punto de vista da competencia e identificar posibles problemas. No caso de que no proxecto non se identifiquen potenciais problemas de competencia, será necesario xustificar na memoria de competencia as razóns que levan a tal conclusión antes de dar o procedemento por finalizado. Se, pola contra, o proxecto inclúe preceptos ou mecanismos susceptibles de restrinxir a competencia, será preciso continuar o procedemento de análise cos seguintes pasos. "

O paso posterior a esta identificación é o da "xustificación" da eventual restrición, cuxo obxectivo é analizar cal é o obxectivo que se pretende lograr coa regulación, co obxecto de valorar a necesidade das restricións introducidas para a consecución do dito obxectivo e a súa "proporcionalidade". Este é, como veremos, un concepto clave que tamén está presente noutros ámbitos, especialmente cando se trata de aplicar normas ou principios comunitarios, como no caso das restricións que afectan as liberdades comunitarias (libre circulación de persoas, bens, servizos, capitais e liberdade de establecemento).

No caso de que non sexa posible de maneira plausible a dita xustificación, é cando sería preciso modificar o proxecto. Pola contra, se a xustificación se produce e a resposta é proporcionada, debería formularse "se se está a instrumentar de forma correcta ou se existe unha alternativa regulatoria menos restritiva da competencia, tarefa que debe acometerse necesariamente e que constitúe o obxecto do paso seguinte."

É aquí onde a Administración debe valorar as posibles alternativas (terceiro paso), que deberán ser igualmente valoradas, e optarase pola que, cumprindo o obxectivo previsto, sexa menos lesiva para a competencia.

Os esforzos da CNC na implantación das memorias de competencia tiveron a súa plasmación na aprobación do Real decreto 1083/2009, do 3 de xullo, polo que se regula a memoria da análise de impacto normativo⁵⁴, que inclúe a avaliación do seu impacto sobre a competencia⁵⁵ a través, precisamente, das "memorias de competencia"⁵⁶.

⁵³Neste punto enlazamos coa corrente que se adoita denominar baixo a expresión anglosaxoa de "Bester Regulations".

⁵⁴BOE n.º 173, do 18 de xullo de 2009. Vid. a este respecto a nota de prensa da CNC "El análisis de competencia, obligatorio en los nuevos proyectos normativos," do 8 de xullo de 2009 [<http://www.cncompetencia.es/TabId/105/Default.aspx?contentid=255616>], así como o ditame elaborado no seu día polo Consello de Estado respecto ao citado real decreto: expediente 419/2009 (administracións públicas) proxecto

Esta norma, cuxa aplicación se limita, polo menos en principio, á Administración xeral de Estado, exige tamén a aprobación dunha "Guía metodolóxica" para a súa aplicación práctica⁵⁷. Esta guía metodolóxica para a memoria de análise de impacto normativo (que, na súa parte de competencia, incorporaba a Guía para memorias de competencia da CNC) foi aprobada polo Consello de Ministros do 11 de decembro de 2009⁵⁸.

Como se recolle no preámbulo do real decreto, o seu obxectivo é contribuír á *"mellora da calidade das normas"* en atención ao *"papel que os ordenamentos xurídicos xogan como motor do desenvolvemento sustentable, a competitividade e a creación de emprego, e independentemente do fin último que debe cumprir toda norma, que non é outro que o de garantir a seguridade xurídica dos cidadáns como destinatarios finais desta."*⁵⁹

Polo que se refire estritamente ás memorias de competencia, o preámbulo destaca que na *"regulación do seu contido se prestou especial atención á valoración do impacto económico das propostas, entendida como un concepto máis amplo que a estimación do custo orzamentario e facendo fincapé no impacto sobre a competencia"*. Así mesmo, sinálase que pretende *"a identificación dos obxectivos da proposta, a análise das alternativas existentes, tanto normativas como de calquera outra natureza, e a información sobre as consultas realizadas aos axentes afectados."*

Entrando xa no seu contido normativo, o artigo 2 ("Estrutura e contido da memoria da análise de impacto normativo") inclúese entre o contido que deberán conter as ditas memorias sobre impacto normativo, *"d.- Impacto económico e orzamentario, que comprenderá o impacto sobre os sectores, colectivos ou axentes afectados pola norma,*

de Real decreto polo que se regula a memoria de análise de impacto normativo [http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos_ce/doc.php?coleccion=ce&id=2009-419]

⁵⁵ Débese ter en conta tamén que o Goberno aprobou en Consello de Ministros, en decembro de 2009, a *Guía metodolóxica para a elaboración da memoria da análise de impacto normativo*, por proposta dos ministros da Presidencia, Economía e Facenda, Política Territorial e Igualdade [http://www.la-moncloa.es/ConsejodeMinistros/Referencias/_2009/refc20091211.htm#GuiaMetodol%C3%B3gica].

⁵⁶ Resulta de interese a lectura do Ditame do Consello de Estado n.º 419/2009 (Administracións públicas), do 16.4.2009.

⁵⁷ Preámbulo, parágrafo 4º, artigo 2.1º.e) e 4º e a disposición adicional primeira do real decreto.

⁵⁸ Este documento pódese consultar na web do Ministerio de Política Territorial e Administración Pública, coa referencia "última modificación: miércoles, 30 de marzo de 2011": http://www.mpt.gob.es/areas/funcion_publica/iniciativas/impacto_normativo/parrafo/0/text_es_files/file0/guia-metodologica-ain_1264084813.pdf

⁵⁹ Neste preámbulo cítase expresamente a Comunicación da Comisión ao Consello e ao Parlamento Europeo, do 16 de marzo de 2005, "Lexislar mellor para potenciar o crecemento e o emprego na Unión Europea", na cal, como se recolle no preámbulo deste real decreto, a Comisión recomendaba que todos os Estados membros establecesen estratexias para legislar mellor e, "en particular, sistemas nacionais de avaliación de impacto que permitisen determinar as consecuencias económicas, sociais e ambientais dunha norma, así como as estruturas de apoio adaptadas ás súas circunstancias nacionais."

*incluído o efecto sobre a competencia*⁶⁰, así como a *detección e medición das cargas administrativas*.⁶¹

No caso de Andalucía, a ADCA, creada pola Lei 6/2007, do 26 de xuño, de promoción e defensa da competencia de Andalucía⁶², ofrece unha visión máis integrada da promoción da competencia. Iso pode deberse, en boa medida, a que a súa tramitación foi practicamente paralela á LDC, o que permitiu que incorporase parte da elaboración doutrinal desta, pero tamén a que a reforma do seu estatuto de autonomía⁶³ impulsa a creación do órgano autonómico de defensa e promoción da competencia, ao atribuír á dita comunidade autónoma⁶⁴ competencia exclusiva en materia de promoción da competencia e competencia executiva en defensa da competencia, así como que deberá establecerse por lei un órgano independente de defensa da competencia⁶⁵.

Debemos destacar ademais que, a diferenza do que acontece coa CNC no marco da LDC, a Axencia de Defensa da Competencia de Andalucía prevé mecanismos específicos para resolver unha cuestión especialmente delicada, como é a de fixar cales son os proxectos normativos que potencialmente poden afectar a competencia, o que, como é obvio, clarifica notablemente a situación, pois o lexislador non o especifica, acudindo á técnica dos "conceptos xurídicos indeterminados".

Así, o seu Consello adoptou a Resolución do 10 de xullo de 2008, do Consello da Axencia de Defensa da Competencia de Andalucía, pola que se aproban os criterios para determinar os supostos en que un proxecto normativo pode incidir na competencia⁶⁶.

A resolución fixa os ditos criterios a través dun "test de avaliación da competencia", que se recolle no anexo I da citada resolución, que debe ser realizado polo órgano proponente da norma e, posteriormente, no caso de que resulte positivo, impón, así mesmo, ao citado órgano proponente a elaboración da correspondente "memoria de avaliación de competencia", para cuxa realización se ofrece tamén, nun anexo II da resolución, un modelo denominado "Contido da memoria de avaliación da competencia".

⁶⁰Subliñado noso.

⁶¹ Subliñado noso. Un exemplo de memoria de impacto normativo pódese ver no proxecto de Lei de economía sustentable, presentado polo Goberno de España ás Cortes Xerais [anteproxecto de Lei de economía sustentable. Memoria da análise do impacto normativo], no cal, aínda que non hai unha epígrafe específica sobre o impacto da norma sobre a competencia, se recollen diversas alusións á materia porque, entre outras cousas, afecta a Lei 15/2007 e foi requirido informe previo á CNC. Este documento pódese consultar na internet, no enderezo <http://www.meh.es/Documentacion/Publico/GabineteMinistro/Varios/100319%20Memoria%20LES%20corta.pdf>

⁶² BOJA n.º 131, do 4 de xullo.

⁶³ Vid. Lei orgánica 2/2007, do 19 de marzo, de reforma do Estatuto de autonomía de Andalucía (BOE n.º 68, do 20 marzo 2007).

⁶⁴ Artigo 58, puntos 1.5º e 4.5º da Lei orgánica 2/2007, do 19 de marzo.

⁶⁵ Artigos 58.1.5º e 164.1º da Lei orgánica 2/2007, do 19 de marzo.

⁶⁶ BOJA n.º 145, do 22 de xullo 2008, e corrección de erros no BOJA n.º 154, do 4 de agosto 2008. Esta información aparece xa na páxina principal da web institucional da Axencia co título "Test de evaluación de la competencia", no enderezo: <http://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/>

Adicionalmente, a ADCA publicou unha "Guía práctica para a avaliación da competencia"⁶⁷, na cal, tras unha breve introdución, achega información complementaria sobre o citado "test de avaliación da competencia"⁶⁸ e as memorias de avaliación da competencia⁶⁹, engadindo na súa parte final un interesante glosario.

O mecanismo que deseña a citada resolución é especialmente interesante e exhaustivo e, pola súa claridade, repetímolo de maneira practicamente literal:

Primeiro. Aprobar os criterios necesarios para determinar os supostos en que un anteproxecto de lei ou proxecto de disposición regulamentaria da Xunta de Andalucía pode incidir sobre a competencia, de conformidade co establecido no artigo 8.3.a) dos estatutos da Axencia de Defensa da Competencia de Andalucía, aprobados mediante o Decreto 289/2007, do 11 de decembro. Nos anexos I e II detállanse os referidos criterios.

Segundo. O centro directivo encargado da tramitación da norma cubrirá o test de avaliación da competencia recollido no anexo I, co fin de determinar se aquela ten ou non efectos restritivos sobre a competencia. O dito test será subscrito debidamente polo titular do referido centro directivo.

Terceiro. No suposto de que un proxecto normativo non incida sobre a competencia, o que se verificará cando non concorra ningún dos impactos descritos na ficha contida no anexo I, o test incorporárase ao expediente e continuarase coa tramitación da norma.

Cuarto. No suposto de que un proxecto normativo incida sobre a competencia, circunstancia que se verificará cando concorra algún dos impactos descritos na ficha contida no anexo I, o centro directivo responsable da tramitación do texto normativo elaborará a memoria de avaliación da competencia. O seu contido axustarase ao disposto no anexo II desta resolución.

Quinto. A memoria de avaliación da competencia, xunto co proxecto de norma e os documentos que se consideren pertinentes, remitirase á Axencia de Defensa da Competencia de Andalucía para que emita o preceptivo informe que establece o artigo 3.i) da Lei 6/2007, do 26 de xuño, de promoción e defensa da competencia de Andalucía. O dito informe emitirase no prazo establecido polas normas que regulan a elaboración de disposicións de carácter xeral.

O "test de avaliación da competencia" constrúese sobre a base de tres preguntas, que ofrecen unha serie de respostas alternativas destinadas a valorar a incidencia do proxecto na competencia.

⁶⁷ Esta guía pódese consultar na web institucional da ADCA no enderezo: <http://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/documentos/guia-practica-evaluacion-competencia.pdf>

⁶⁸ En tres epígrafes aborda: 1. Limitacións ao libre acceso de empresas ao mercado; 2. Restricións á competencia entre as empresas que operan no mercado e 3. Redución dos incentivos para que as empresas compitan entre elas.

⁶⁹ En catro epígrafes aborda: 1. Identificación dos obxectivos da norma; 2. Afectación á competencia; 3. Mellora da competencia e 4. Avaliación económica.

- 1.º A norma introduce algunha limitación no libre acceso das empresas ao mercado?
- 2.º A norma restrinxe a competencia entre as empresas que operan no mercado?
- 3.º A norma reduce os incentivos para competir entre as empresas?

O modelo que se ofrece para a realización das memorias de avaliación da competencia trata de afondar no obxectivo perseguido pola norma, os medios para levalo a cabo e os seus efectos sobre a competencia, establecendo como premisa implícita que a situación competitiva mellore coa norma proposta.

Así, a primeira das epígrafes ("I. Identificación dos obxectivos da norma") ten por obxecto determinar os obxectivos económicos e sociais que se pretenden conseguir co anteproxecto de lei ou o proxecto normativo de que se trate.

No segundo deles analizarase a afectación á competencia, o que supón precisar os motivos polos que se considera xustificada e/ou necesaria a afectación á competencia para conseguir os obxectivos detallados anteriormente. Neste sentido, indícase no citado anexo II que se citarán especificamente os aspectos beneficiosos para os cidadáns derivados da aplicación da norma. Todo iso sen prexuízo de que determinadas medidas xustifiquen *per se* as restricións á competencia, como por exemplo, as de discriminación positiva para favorecer certos colectivos, as de protección ambiental ou as de ordenación do territorio.

Non cabe descartar que, á vista das consideracións que derivan desta epígrafe, o órgano xestor decida non proseguir o proceso.

A terceira das epígrafes ocúpase da avaliación da potencial "mellora da competencia", que podería derivar da nova norma. Iso exige expor se coa normativa proposta se produce un menor, igual ou maior grao de afectación á competencia, en comparación co nivel existente baixo a anterior regulación. Exíxese, así mesmo, que se indiquen os motivos que xustifican a dita modificación desde a perspectiva dos aspectos beneficiosos para os cidadáns.

Finalmente e en cuarto lugar, o modelo de memoria proposto pola ADCA exige unha "avaliación económica", que estará constituída pola documentación, información e estatísticas que, se é o caso, se considerasen para a análise das actividades económicas que poderían resultar directa ou indirectamente afectadas, así como dos perfís dos consumidores que se verán máis afectados pola norma proposta, o que incluírá a achega de calquera tipo de estudo específico que se tivese elaborado para o efecto⁷⁰.

En ningunha outra comunidade autónoma, polo menos que saibamos, se aprecia a implantación de iniciativas semellantes á da Administración xeral do Estado e menos aínda á da Axencia de Defensa da Competencia de Andalucía, aínda que é previsible que algunha outra si o faga.

⁷⁰ Entendemos que este tipo de estudos aludidos como documentación adicional non ten que proceder da propia Administración, senón que sería posible que procedesen do sector afectado, de asociacións de consumidores ou doutros organismos públicos que detectasen a necesidade da innovación normativa que se trata de levar adiante.

Desgraciadamente, no caso da Comunidade Autónoma de Galicia, a recente Lei 16/2010, do 17 de decembro, de organización e funcionamento da Administración xeral e do sector público autonómico de Galicia⁷¹, omite os requisitos do procedemento de elaboración das leis e unicamente dedica o seu título II (artigos 37 a 44) ao exercicio da potestade regulamentaria por parte da Administración e do Goberno de Galicia, en cuxo procedemento non se mencionan -como si acontece no Estado- as memorias de impacto normativo, e moito menos a valoración dos efectos do proxecto de disposición regulamentaria sobre a competencia⁷². Esta cuestión tampouco foi abordada pola Lei 1/2011, do 28 de febreiro, reguladora do Consello Galego da Competencia⁷³, nin no seu regulamento de desenvolvemento⁷⁴.

Non debemos concluír este punto sen sinalar que, aínda que, en principio, a elaboración desta avaliación sobre o impacto competitivo dos novos proxectos normativos (memorias) correspondería aos órganos xestores, ao constituír a exigencia do mantemento dun nivel adecuado de competencia efectiva encontra o seu fundamento na propia Constitución española e no marco da Unión Europea, é tamén unha cuestión de legalidade, polo que, en ausencia de previsións específicas como as aludidas, poderían ser apuntadas polas correspondentes asesorías xurídicas nos seus informes preceptivos, con independencia do que poida emitir, de ser o caso, o órgano ou autoridade de competencia, no caso de que se prevexan informes normativos previos destes⁷⁵, xa que é posible apreciar como o proxecto normativo pode incidir no mercado, facilitando comportamentos colusorios, restrinxir a competencia ou favorecer posicións de dominio de carácter legal, que poderían comprometer o mantemento dunha efectiva competencia ou alterar as regras de xogo nos mercados afectados.

IV.- OS INFORMES SOBRE PROXECTOS NORMATIVOS.

Xunto ás mencionadas memorias, cuxa elaboración corresponde ao órgano proponente da norma, encontrámonos cos informes normativos ou de regulación en materia de competencia, que son un dos instrumentos máis importantes na promoción da competencia.

Estes informes son emitidos polas autoridades de competencia, con carácter previo -que é o que polo xeral se prevé nas normas que os prevén-, ou a posteriori, á promulgación

⁷¹ DOG n.º 251, do 31 de decembro de 2010.

⁷² Esta avaliación en materia de competencia polo propio órgano que promove as normas tampouco se incorporou, no seu día, na Orde do 26 de xaneiro de 2010 pola que se regula o contido mínimo da memoria económico-financeira nos casos de iniciativas legislativas ou de aprobación de normas de rango regulamentario, plans ou programas de actuación (DOG n.º 28, do 11 de febreiro de 2010).

⁷³ DOG n.º 46, do 8 de marzo de 2011.

⁷⁴ Decreto 60/2011, do 17 de marzo, polo que se desenvolve a estrutura organizativa do Consello Galego da Competencia (DOG n.º 68, do 6 de abril de 2011).

⁷⁵ Como veremos nalgún caso, como a Autoridade Catalá da Competencia (ACCO), algúns destes informes elabóranse a posteriori, é dicir, cando a norma xa foi aprobada. Vid. *infra*.

da nova norma, ben por petición do propio órgano xestor, que acode ao seu carácter de órganos especializados, ben por propia iniciativa da autoridade de competencia, ou por imperativo legal⁷⁶.

Polo que se refire á LDC, o seu artigo 25⁷⁷, baixo a rúbrica de "*Competencias consultivas*"⁷⁸ establece que "*A Comisión Nacional da Competencia actuará como órgano consultivo sobre cuestións relativas á defensa da competencia. En particular, poderá ser consultada en materia de competencia polas cámaras lexislativas, o Goberno, os distintos departamentos ministeriais, as comunidades autónomas, as corporacións locais, os colexios profesionais, as cámaras de comercio e as organizacións empresariais ou de consumidores e usuarios. En todo caso, a Comisión Nacional da Competencia ditaminará sobre:*

a) Proxectos e proposicións de normas que afecten a competencia e, en particular, aqueles polos que se modifique ou derroque, total ou parcialmente, o presente texto legal ou a Lei 1/2002, do 21 de febreiro, de coordinación das competencias do Estado e as comunidades autónomas en materia de defensa da competencia, así como os proxectos de normas regulamentarias que as desenvolvan.

[...]"

Do teor literal da norma infírese que estes informes son preceptivos tanto para os "*Proxectos e proposicións de normas que afecten a competencia*" como para os que "*se modifique ou derroque, total ou parcialmente, o presente texto legal ou a Lei 1/2002, do 21 de febreiro, de coordinación das competencias do Estado e as comunidades autónomas en materia de defensa da competencia, así como os proxectos de normas regulamentarias que as desenvolvan.*"

Respecto dos segundos non parece que se poidan presentar problemas de aplicación; non obstante, determinar que proxectos/proposicións poderían "*afectar a competencia*" resulta sen dúbida problemático, tendo en conta que en ambos os dous casos o informe da CNC resulta preceptivo. Iso exige, lóxicamente, que esta sexa informada durante a súa tramitación e, en todo caso, antes da súa adopción polo Consello de Ministros, ben para a

⁷⁶ Non entramos neste traballo nos informes relativos a axudas públicas, pola súa específica natureza, aínda que en non poucas ocasións a súa tramitación como proxectos normativos requiriría a emisión do correspondente informe normativo (pénsese, por exemplo, no caso das chamadas "vacacións fiscais vascas"). Non obstante, non debemos esquecer que en numerosos supostos as potenciais axudas públicas se articulan por canles non estritamente normativas, como por exemplo no caso da participación pública no capital de empresas, que se pode levar a cabo a través de sociedades públicas xa constituídas, polo que, nestes casos estaríamos ante decisións empresariais, aínda que requirisen determinadas autorizacións administrativas, ademais das propiamente derivadas do dereito de sociedades.

⁷⁷ Vid., así mesmo, artigo 9 do RLDC [Real decreto 261/2008, do 22 de febreiro, polo que se aproba o Regulamento de defensa da competencia (BOE n.º 50, do 27 febreiro de 2008)].

⁷⁸ A pesar de que a Lei 1/2011, do 28 de febreiro, distingue entre funcións consultivas, ás cales dedica o artigo 7º, e funcións de promoción da competencia (artigo 8º), a concepción ampla que mantemos da "promoción da competencia" lévanos a incluír dentro desta a emisión de informes normativos.

súa aprobación (normas regulamentarias⁷⁹), ben para a súa remisión ás Cortes Xerais, cando a súa aprobación corresponda ao poder lexislativo⁸⁰.

A CNC desenvolveu un importante labor nesta materia, dando proba da importancia da elaboración deste tipo de informes por un órgano especializado e independente⁸¹, aínda que a ausencia de criterios que determinen cando procede o dito informe fai que non en todas as normas que, en teoría, deberían levar o dito informe, este sexa requirido, polo menos *motu proprio*.

Polo que se refire ás comunidades autónomas e, máis en particular, ás autoridades de competencia autonómicas, sen ánimo de ser exhaustivos, debemos destacar que o novo marco normativo da competencia en España coa entrada en vigor da Lei 15/2007 supuxo unha notable ampliación e precisión nos instrumentos de promoción da competencia, moitos dos cales xa viñan sendo utilizados por estas autoridades autonómicas, e iso con independencia de que as comunidades autónomas tivesen reformado as súas institucións propias e/ou as súas atribucións -como xa aconteceu nos casos de Cataluña, o País Vasco ou Galicia- ou se creasen, como no caso de Andalucía, practicamente ao mesmo tempo que a CNC.

Por outro lado, a emisión destes informes non é unha función que se recolla nas normas reguladoras de todas as autoridades de competencia autonómicas, que nalgúns casos se limitan a exixir un informe normativo, iso si, con carácter preceptivo, cando a proposta afecte a súa propia norma de creación ou as que efectúen o seu desenvolvemento⁸². Non obstante, existen algúns exemplos de emisión destes informes, a

⁷⁹ No caso dos decretos lei non debemos esquecer que, aínda que os aproba o Goberno, o son a título provisional ata a súa validación polas Cortes Xerais, en casos de "extraordinaria e urxente necesidade". Cfr. artigo 86 da Constitución. Esta facultade de ditar foi recoñecida nalgúns estatutos de autonomía aos gobernos autonómicos en termos equivalentes.

⁸⁰ Na práctica e ante a ausencia de remisión previa á autoridade da competencia correspondente xa se formulou que o órgano de competencia emita unha valoración a posteriori da norma, por exemplo, cando se trata dun proxecto de lei que foi remitido ás Cortes Xerais sen requirir o seu informe previo. A este respecto, vid. "Posición da CNC sobre o proxecto de lei de modificación da Lei 16/1987, do 30 de xullo, de ordenación do transporte terrestre (LOTT), na cal o Consello da CNC sinala claramente que: *O obxecto da presente toma de posición é apuntar os riscos para a competencia que poden derivar dalgúns aspectos do contido deste proxecto de lei, que modifica múltiples preceptos da LOTT. Non se pretende realizar agora a análise exhaustiva do contido que se debería ter levado a cabo mediante o preceptivo informe que esta comisión tería que ter realizado en atención ao art. 25.a) da Lei 15/2007, do 3 de xullo, de defensa da competencia, informe que non foi solicitado no debido tempo e forma por parte do órgano proponente.*" Este e os demais informes emitidos pola CNC pódense consultar na web institucional do dito organismo, no enderezo: <http://www.cncompetencia.es/>

⁸¹ Os diversos informes emitidos pola CNC pódense consultar na súa web institucional, no enderezo: <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Informes/Informes/tabid/166/Default.aspx>. Entre os informes normativos, propiamente ditos, podemos destacar, entre outros: "Informe sobre anteproxecto de circular da CMT pola que se regulan as condicións de explotación de redes e a prestación de servizos de comunicacións electrónicas polas administracións públicas" ou o "Informe sobre o proxecto de real decreto que desenvolve a Lei 8/2009, do 28 de agosto, de financiamento da Corporación de Radio e Televisión Española (RTVE)", ambos os dous emitidos en 2010.

⁸² Tal é o caso, por exemplo, da xa derogada Lei 6/2004, do 12 de xullo, reguladora dos órganos de defensa da competencia da Comunidade Autónoma de Galicia (DOG n.º 141, do 22 de xullo de 2004. Corrección de erros: DOG n.º 199, do 13 de outubro de 2004, e n.º 203, do 19 de outubro de 2004).

pesar de non estar expresamente recollidos entre as súas funcións, como consecuencia do órgano que formula a petición (cámara parlamentaria) ou en virtude da natureza do órgano de referencia na estrutura organizativa do departamento a que estean adscritos.

Comezaremos polo caso de Andalucía, non só pola citada tramitación en paralelo á LDC, o que permitiu que incorporase parte da elaboración doutrinal desta, senón porque, como veremos, prevé mecanismos específicos moi desenvolvidos para resolver unha cuestión tan delicada como a determinación de cales son os proxectos normativos que potencialmente poden afectar a competencia. Como é obvio, a existencia duns criterios previos permite ofrecer seguridade xurídica e certeza acerca dos supostos en que este informe sobre a incidencia na competencia é preciso, evitándose a dependencia da "boa vontade" do órgano xestor para determinala. Nestes supostos é posible que a emisión do informe do órgano especializado sexa previa e se incorpore ao *iter* normativo antes da súa aprobación polo órgano correspondente.

A Axencia de Defensa da Competencia de Andalucía (en diante, ADCA), creada pola Lei 6/2007, do 26 de xuño, de promoción e defensa da competencia de Andalucía⁸³, ofrece unha visión máis integrada da promoción da competencia.

Por unha parte, a Lei 6/2007 atribúe á ADCA, no seu artigo 3, as seguintes funcións en materia de promoción da competencia:

"h) Emitir informe sobre os anteprojectos de lei polos que se modifique ou derroque, total ou parcialmente, o presente texto legal, así como os proxectos de normas regulamentarias que o desenvolvan.

i) Emitir informe sobre os anteprojectos de lei e proxectos de regulamento da Xunta de Andalucía que incidan na libre competencia, co obxectivo de protexer os intereses xerais, especialmente das persoas consumidoras e usuarias e para favorecer o desenvolvemento socioeconómico

[...]."

Para o desenvolvemento de tales funcións crea, como a CNC, un órgano especializado, o Departamento de Estudos, Análise de Mercados e Promoción da Competencia⁸⁴, aínda que os informes normativos se atribúen á Secretaría Xeral, en cuxo artigo 21 (Natureza e funcións), número 2, se sinala, en particular:

"c) Elaborar os informes sobre os anteprojectos e proxectos de normas da Xunta de Andalucía que incidan na libre competencia."

⁸³ BOJA n.º 131, do 4 de xullo.

⁸⁴ Conforme o artigo 20.1 da Lei 6/2007, a dita unidade é "o órgano que exerce o asesoramento económico en relación á promoción da competencia nos mercados. Así mesmo, correspóndelle a xestión do Sistema de Información de Promoción e Defensa da Competencia de Andalucía e, en particular, a instrumentación da publicidade das actuacións da Axencia a través de medios informáticos e telemáticos."

Debemos destacar, polo seu fundamental alcance práctico, que mediante Resolución do Consello da ADCA, concretamente, a Resolución do 10 de xullo de 2008, do Consello de Defensa da Competencia de Andalucía, pola que se aproban os criterios para determinar os supostos en que un proxecto normativo pode incidir na competencia⁸⁵, delimitou que normas deben ser sometidas ao seu informe, incorporando dous anexos, que resultan igualmente útiles para precisar os supostos en que o proxecto debe incorporar o correspondente informe da ADCA.

Con estes instrumentos, a ADCA desenvolveu, no escaso tempo que leva en funcionamento, unha serie importante de informes sobre anteprojectos e projectos de normas da Xunta de Andalucía, aos cales se pode acceder a través da web institucional do organismo⁸⁶.

A Comunidade de Madrid, que dispón desde un principio dunha autoridade única, o Tribunal de Defensa da Competencia da Comunidade de Madrid⁸⁷, atribúe a este organismo funcións consultivas, e especifica no seu artigo 5.2 que "*O Tribunal está así mesmo facultado para emitir informes sobre calquera anteprojecto ou proxecto normativo polo que considere afectada a libre competencia.*"

Engádesse no número 3º do dito precepto que "*emitirá informe preceptivo sobre os proxectos ou proposicións de lei polos que se modifique ou derroque, total ou parcialmente, o presente texto legal, así como os proxectos de normas regulamentarias que o desenvolvan.*"

No caso de Cataluña, tras a aprobación da LDC e a aprobación da reforma do seu Estatuto de autonomía, aprobouse a Lei 1/2009, do 12 de febreiro, da Autoridade Catalá da Competencia⁸⁸ (ACCO) e o seu regulamento de funcionamento.

Esta norma, ademais de modificar a estrutura organizativa da defensa da competencia na dita comunidade autónoma, ao optar polo organismo único, reforzou de maneira especialmente intensa os instrumentos para levar a cabo o labor de promoción da competencia, na que se enmarcan os informes de competencia.

Atendendo ás funcións relacionadas coa promoción da competencia atribuída a eles, o peso recae principalmente na Dirección Xeral da ACCO, que é, xunto co órgano colexiado (que conserva o nome de "Tribunal Catalán de Defensa da Competencia") e o presidente, o órgano de que se dota a nova autoridade de competencia catalá⁸⁹.

⁸⁵ BOJA n.º 154, do 4 de agosto.

⁸⁶ Vid. http://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/estudios_e_informes.html

⁸⁷ Cfr. Lei 6/2004, do 28 de decembro, de creación do Tribunal de Defensa da Competencia da Comunidade de Madrid, modificada polo art. 14 da Lei 7/2005, do 23 de decembro, de medidas fiscais e administrativas (para unha versión consolidada desta norma, véxase a súa web institucional, no enderezo: <http://gestionamadrid.org/wleg/servlet/Servidor?opcion=VerHtml&idnorma=3441&word=S&wordperfect=N&pdf=S>

⁸⁸ BOE n.º 74, do 27 de marzo de 2009.

⁸⁹ Artigo 4º da Lei 1/2009, do 12 de febreiro.

O artigo 8 da Lei 1/2009 asigna á dita DX, ente outras, as seguintes funcións:

"b) Con relación ás funcións de informe de regulación:

Primeira. Emitir informe, durante a tramitación, sobre os proxectos de lei, os decretos ou as ordes que, polo seu contido económico, poidan incidir, a criterio do órgano impulsor da norma, nas condicións de competencia no mercado, incluídos os obstáculos e as cargas administrativas innecesarias. Os ditos informes deben ser emitidos no prazo de quince días hábiles.

Segunda. Efectuar propostas de cambios normativos coa finalidade de favorecer a competencia e mellorar a calidade procompetitiva da regulación.

Terceira. Elaborar informes sobre a actuación das administracións públicas desde a perspectiva da competencia.

Cuarta. Proporlles ás administracións públicas a adopción de medidas encamiñadas a eliminar as restricións á competencia, en particular, as barreiras de entrada, resultantes da súa actuación.

Quinta. Informar, nos termos establecidos pola normativa de competencia aplicable, dos efectos que sobre a competencia teñen as axudas públicas outorgadas a empresas polas administracións públicas de Cataluña. "

Debemos destacar dos informes normativos referidos na letra b) primeira (*supra*) que non se establece o seu carácter obrigatorio.

Pola súa banda, ao órgano resolutorio, o Tribunal Catalán de Defensa da Competencia (TCDC), asígnaselle, en relación coa promoción da competencia, un papel moi limitado, aínda que relevante, pois unicamente se lle recoñece a función de "[...] recomendación con relación aos estudos e informes sobre axudas públicas" (artigo 10.1 da Lei 1/2009), e especificábase no mesmo precepto que:

"2. Son funcións do Tribunal Catalán de Defensa da Competencia:

[...]

c) Emitir, por iniciativa propia ou por proposta do director xeral ou directora xeral, recomendacións derivadas de estudos e informes sobre axudas públicas outorgadas a empresas polas administracións públicas de Cataluña. "

As recomendacións parecen limitadas en exclusiva ás axudas públicas. Non obstante, no Regulamento de funcionamento interno da Autoridade Catalá da Competencia precísase no seu artigo 8.2, letra b), entre as funcións asignadas ao TCDC, a de emitir "Recomendacións ás administracións públicas. As recomendacións ás administracións públicas son recomendacións do TCDC sobre diferentes aspectos relativos á materia da competencia", e engádese que as ditas recomendacións se poden elaborar por proposta do director ou directora xeral e en virtude de recomendacións formuladas por este no exercicio da súa función de promoción da competencia.

En consecuencia, os documentos de promoción, como no caso dos informes de regulación, non pasan polo TCDC pero, aínda que sexan elaborados pola DX, son adoptados pola ACCO, da cal depende a citada DX.

Non obstante, como xa apuntamos, o TCDC si pode elaborar, aínda que con carácter máis limitado e excepcional, e facultativamente, as súas recomendacións ao Goberno da Generalitat ou ás restantes administracións públicas catalás, que virían reforzar, se é o caso, os traballos de promoción que xa tivese elaborado a DX, nos cales se inclúen conclusións e recomendacións, pero sen o valor ou solemnidade que lle outorgaría a súa adopción polo TCDC e, neste campo, o TCDC podería elaborar recomendacións sobre algunha norma que se tivese adoptado sen informe previo ou contravindo as indicacións do que se elaborase.

A nova autoridade foi especialmente activa na elaboración de informes regulatorios (normativos)⁹⁰, así como sobre actuacións da Administración autonómica de Cataluña⁹¹, e adoptou, así mesmo, en marzo de 2010, unha metodoloxía para avaliar o impacto competitivo das normas (EIC)⁹².

Polo que se refire ao Tribunal Vasco de Defensa da Competencia (TVDC), este adaptou as súas funcións ao novo marco legal (Lei 15/2007) a través do Decreto 36/2008, do 4 de marzo, de modificación do Decreto 81/2005, do 12 de abril, de creación do Tribunal Vasco de Defensa da Competencia e de asignación de funcións do Servizo de Defensa da Competencia na Comunidade Autónoma de Euskadi⁹³.

A nova redacción do artigo 2 ("Competencias") atribúe ao TVDC, "[...] no marco da Lei 1/2002, de coordinación das competencias do Estado e as comunidades autónomas en materia de defensa da competencia, a aplicación da Lei 15/2007, do 3 de xullo, de defensa da competencia, nos seguintes ámbitos:

[...]

⁹⁰Os informes regulatorios adoptados pola Autoridade Catalá da Competencia pódense consultar no enderezo: <http://acco.gencat.cat/avaluacio-regulacio/index.html>. Como se pode observar na listaxe, encóntranse informes sobre normas xa aprobadas, polo que a emisión destes informes se produce, en non poucos casos, a posteriori, talvez porque non lle foi requirido previamente. Un exemplo de informe regulatorio *a posteriori* é o "Informe de regulación.º 8/2010 sobre el Decret Llei 1/2009, de 22 de desembre, de ordenació dels equipaments comercials" (a versión en castelán deste, do 29 de xullo de 2010, pódese consultar en:

http://acco.gencat.cat/avaluacio-regulacio/TR_8_2010_29_julio_2010_esp.pdf). No dito informe ponse en evidencia un claro enfoque proactivo da institución, pois na súa primeira páxina sinalase o seguinte "Así mesmo, co obxecto de coñecer máis a fondo algúns aspectos do Decreto lei 1/2009, a Dirección Xeral da Autoridade Catalá da Competencia (en diante, DX da ACCO) dirixiu, en data 28 de abril de 2010, un requirimento de información ao Departamento de Innovación, Universidades e Empresa, e outro requirimento ao Departamento de Política Territorial e Obras Públicas da Generalitat de Catalunya. En data de hoxe, só foi contestado este segundo requirimento en data 7 de xullo de 2010."

⁹¹ A este respecto, vid. a web institucional da ACCO no enderezo: <http://acco.gencat.cat/avaluacio-regulacio/administracions.html>

⁹² Esta guía pódese consultar en: http://acco.gencat.cat/guias-http://acco.gencat.cat/guias-recomanacions/documents/guia_AIC_v17_08_10_FINAL_esp.pdf

⁹³ BOPV n.º 54, do 17 de marzo de 2008.

c) As funcións consultivas recollidas neste decreto, así como a elaboración de estudos, informes ou recomendacións no exercicio de funcións de promoción da competencia.

[...]."

Dentro do TVDC, é o órgano resolutorio, o Pleno, o que ten atribuídas na nova redacción do artigo 6 do Decreto 81/2005 ("Funcións do Pleno") as seguintes funcións de promoción da competencia:

"c) Elaborar informes sobre axudas públicas concedidas polas administracións públicas da Comunidade Autónoma de Euskadi nos seus respectivos ámbitos territoriais, de conformidade co establecido no artigo 11.5 da Lei 15/2007, do 3 de xullo.

[...]

n) Responder ás consultas que, en materia de defensa da competencia, lle sexan formuladas polo Parlamento vasco, o Goberno vasco, os distintos departamentos do Goberno vasco, as deputacións forais, as corporacións locais da Comunidade Autónoma de Euskadi, outras administracións públicas, as cámaras de comercio, os colexios profesionais e as organizacións empresariais, sindicais ou de consumidores e usuarios da Comunidade Autónoma de Euskadi.

[...]

o) Promover a existencia dunha competencia efectiva a través das actuacións que se prevén no artigo 18 deste decreto."

Pola súa banda, o Servizo Vasco de Defensa da Competencia (SVDC), na nova redacción do artigo 13 do Decreto 81/2005, ten atribuídas "j) Outras funcións de promoción da existencia dunha competencia efectiva a través das actuacións que se recollen no artigo 18 deste decreto. "

Pero o artigo máis relevante na materia obxecto do noso estudo é o novo artigo 18, baixo a rúbrica "Promoción da competencia", que queda redactado do seguinte modo:

"Artigo 18. Promoción da competencia

O Tribunal Vasco de Defensa da Competencia e o Servizo de Defensa da Competencia da Comunidade Autónoma de Euskadi, de forma conxunta, aprobarán anualmente un programa de actuacións de promoción para a existencia dunha competencia efectiva nos mercados.

Os traballos obxecto de planificación desenvolveranse, entre outras, mediante as seguintes actuacións:

a) A realización de estudos e traballos de investigación en materia de competencia.

b) *A elaboración de informes xerais sobre sectores económicos e mercados en termos de libre competencia.*

c) *A preparación de informes sobre a actuación do sector público e sobre as situacións de obstaculización do mantemento da competencia efectiva nos mercados que resulten de aplicación das normas legais.*

Á vista dos ditos informes poderán dirixirse recomendacións sobre materias de defensa da competencia ás administracións públicas da Comunidade Autónoma de Euskadi."

Como se infire claramente do exposto, non existe unha atribución directa para realizar informes normativos, o que non impediu que o TVDC emitise algún tipo de informe desta natureza⁹⁴.

No caso de Galicia, o Parlamento de Galicia aprobou por unanimidade a Lei 1/2011, do 28 de febreiro, reguladora do Consello Galego da Competencia⁹⁵ (en diante CGC), que o configura como un órgano único, seguindo o modelo da CNC⁹⁶.

Entre as atribucións conferidas ao CGC e, máis concretamente ao seu órgano colexiado (o Pleno)⁹⁷, encóntranse as de carácter consultivo⁹⁸, figurando de xeito expreso a de ditaminar, "en todo caso":

"a) De modo preceptivo non vinculante, sobre as propostas de normas que afecten a competencia e, en particular, os anteproxectos de lei polos que se modifique ou derroque, total ou parcialmente, este texto legal [que crea o organismo], así como os proxectos de normas regulamentarias que o desenvolvan. "

Engádesse máis adiante que tamén deberá ditaminar:

⁹⁴ O TVDC realizou un informe normativo en relación co Decreto 244/2006, do 28 de novembro, de modificación do Decreto sobre implantación, modificación e ampliación de grandes superficies comerciais, por petición do Departamento de Industria, Comercio e Turismo do Goberno Vasco, tal e como se recolle na Memoria do TVDC 2007, p. 51. Esta memoria pódese consultar en: http://www.ogasun.ejgv.euskadi.net/r51-14000/es/contenidos/informacion/memorias/es_memoria/adjuntos/090301%20PUBLICACION%20DEFINITIVA%20MEMORIA%202007%20TVDC.pdf

⁹⁵ DOG n.º 46, do 8 de marzo de 2011.

⁹⁶ Con anterioridade o modelo de autoridade única fora xa recollido pola Comunidade de Madrid e era unha das opcións que se propoñía en GÓMEZ SEGADE, J. A. et al., *Proyecto de normativa sobre la Autoridad Gallega de Defensa de la Competencia*, Instituto de Dereito Industrial (IDIUS)-Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2002, texto inédito.

⁹⁷ Artigo 24º (Funcións do Pleno) da Lei 1/2011, do 28 de febreiro.

⁹⁸ Artigo 7º (Funcións consultivas) da Lei 1/2011, do 28 de febreiro. A lexitimidade para solicitar o exercicio destas funcións resulta moi ampla pois, conforme o artigo 7º.1 da dita lei, "1. *O consello desenvolverá funcións consultivas mediante a realización de informes sobre cuestións relativas á defensa da competencia. Tales informes poderán ser solicitados polo Parlamento de Galicia, o Consello da Xunta de Galicia e os seus conselleiros e conselleiras, así como polas corporacións locais da Comunidade Autónoma de Galicia. Así mesmo, poderá ser consultado polas asociacións de consumidores ou usuarios e as asociacións de empresarios ou produtores.*"

"c) De modo preceptivo non vinculante, sobre os anteproxectos de lei e proxectos doutras disposicións autonómicas de carácter xeral que poidan ter algún efecto sobre a competencia efectiva nos mercados. "

Como xa sinalamos, estas funcións, conforme o artigo 2.4 da Lei 1/2011, atribúense ao Pleno do CGC, ao cal se encomendan, entre outras funcións: *"e) Exercer as funcións de arbitraje, consultivas, de promoción da competencia e asesoramento e representación, sinaladas nos artigos 6, 7, 8 e 9 desta lei, sen prexuízo das atribucións do presidente ou presidenta do Consello en materia de representación legal da institución."* Non obstante, noutras casos a función atribúese, con carácter xeral, a un órgano non colexiado dentro do propio organismo (caso de Cataluña) ou, polo menos, cóntase cunha estrutura administrativa específica para tan importante materia, como no caso da Dirección de Promoción da Competencia, no marco da CNC.

En calquera caso, ao non se precisar, como en ningunha das normas comparadas, os criterios para determinar cales son as normas *"[...] de carácter xeral que poidan ter algún efecto sobre a competencia efectiva nos mercados"*, será preciso que, dalgunha maneira, se desenvolva este aspecto para fixar esta previsión con claridade e rigor no procedemento de elaboración das correspondentes normas, pois a emisión do informe é preceptiva, aínda que, para a determinación dos criterios guía, se pode partir dos documentos xa existentes, elaborados pola CNC, a ADCA ou a ACCO.

Tampouco no caso de Galicia se precisa que órgano debe solicitar este tipo de informes, aínda que o lóxico é que sexa o órgano proponente da norma, como tamén que a solicitude se faga nun momento en que o informe requirido poida ser materialmente útil; é dicir, cando o seu contido poida ser tomado en consideración e, de ser o caso, sexa viable modificar o proxecto e cunha marxe de tempo que permita un estudo rigoroso, sen dilatar a tramitación da norma.

V.- VALORACIÓN DE CONXUNTO.

Non podemos menos que coincidir coa afirmación, tantas veces reiterada, de que a competencia non é un fin en si mesma. O contrario sería descoñecer que é a economía de mercado⁹⁹, da cal a libre competencia é un instrumento esencial, na medida en que promove a eficiencia e o progreso técnico, estimula a creatividade e, con iso, o desenvolvemento económico en xeral e, en definitiva, o benestar dos consumidores e usuarios, o que en épocas como a que atravesamos non é pouca cousa.

Desde esta perspectiva, a competencia non só se promove reprimindo as condutas que a atacan, o que tradicionalmente se chamou entre nós "defensa da competencia", senón que tamén é necesario que se promovan os valores que a inspiran (promoción da

⁹⁹A aludida Resolución do 10 de xullo de 2008, do Consello da Axencia de Defensa da Competencia de Andalucía, pola que se aproban os criterios para determinar os supostos en que un proxecto normativo pode incidir na competencia, emprega a expresión "economía social de mercado".

competencia), de modo que non só as empresas, senón tamén as administracións públicas, cando actúan no mercado, ben como un operador máis, ben exercendo a súa potestade normativa, impulsen condutas procompetitivas, removan os obstáculos que as facilitan e contribúan a crear unha cultura na cal a competencia sexa valorada cando se decide adoptar unha determinada estratexia empresarial.

Por iso resulta necesario que na elaboración das normas e, en xeral, na actuación das administracións públicas, se tome en consideración, xunto a outros intereses relevantes, a necesidade de garantir o funcionamento competitivo dos mercados e que avalíen desde a perspectiva da competencia o impacto das súas normas, como xa o veñen facendo respecto da súa incidencia noutras políticas.

A elaboración das normas, como cando se constrúe unha casa, precisa deseñar ben os planos, saber que é o que se necesita e ata onde é necesario ou posible chegar en cada momento, observar previamente a realidade, neste caso os mercados, e optar pola solución máis beneficiosa en termos de eficiencia para que estes funcionen o máis correctamente posible, aínda que para iso, con frecuencia, sexa precisa a intervención do poder público, pondo límites onde é preciso ou modulando as regras do xogo.

As memorias de competencia supoñen un esforzo adicional para o órgano proponente, que pode elevar a súa consulta previa ao órgano de competencia correspondente.

Pola súa banda, os informes normativos en materia de competencia supoñen a achega de órganos especializados que prestan a súa colaboración a esta fundamental tarefa. Para iso é preciso que actúen con plena independencia e en leal colaboración cos demais órganos administrativos. Diso pode depender, en boa medida, que as normas sexan eficaces e, como ben sabemos todos os que, dunha ou doutra maneira, participamos na tramitación dalgunha, é o obxectivo que perseguimos todos e polo que se invisten os recursos humanos e financeiros que implica a súa elaboración, aínda que con frecuencia non se valore adecuadamente a súa importancia.

BIBLIOGRAFÍA

ARPIO SANTACRUZ, Juan. *Las ayudas públicas ante el derecho europeo de la competencia*, Editorial Aranzadi, 2000, pp. 128 a 132.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto. *Apuntes de Derecho Mercantil*, 11ª edición, editorial Aranzadi, Navarra, 2010, pp. 132 a 139.

FRAILE BALBÍN, Pedro. *La retórica contra la competencia en España (1875-1975)*, Madrid: Visor, 1998.

GUILLÉN CARAMÉS, Javier. *Libre competencia y Estado autonómico*, Marcial Pons, 2005.

GIPPINI FOURNIER, Eric/RODRÍGUEZ MIGUEZ, José Antonio. “Golden shares en la Comunidad Europea: ¿fin de la edad dorada?”, en *Gaceta Jurídica de la Unión*

Europea y de la Competencia, n.º 220, xullo/agosto, EINSA Multimedia, 2002, pp. 38 a 62.

GIPPINI FOURNIER, Eric/RODRÍGUEZ MIGUEZ, José Antonio. “Actions spécifiques dans les sociétés privatisées: le beurre ou l'argent du beurre. A propos des arrêts de la Cour de justice des 4 juin 2002 et 13 mai 2003 sur les ‘golden shares’”, en *Revue du Droit de l'Union Européenne*, n.º 1, 2003, Editions Clément Juglar, pp. 39 a 86.

GÓMEZ SEGADE, J. A. et al. *Proyecto de normativa sobre la Autoridad Gallega de Defensa de la Competencia*, Instituto de Derecho Industrial (IDIUS)-Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2002, texto inédito.

MAGIDE HERRERO, Manuel. “El reparto competencial en materia de defensa de la competencia. Perspectivas abiertas tras la STC 208/1999”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 17, 2000, pp. 523 a 573.

MARCOS FERNÁNDEZ, Francisco. *El tratamiento de las restricciones públicas a la competencia. La exención legal en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia*, Documento de Trabajo, Serie Política de la Competencia, n.º 24, Instituto de Estudios Europeos, Universidad San Pablo-CEU, Madrid, 2007.

MIGUEZ MACHO, Luis. *La intervención administrativa en el comercio interior*, Iustel, Madrid, 2005, pp. 167 a 170.

PORRAS RAMÍREZ, José María. “La Justicia en los estatutos de autonomía de segunda generación”, en UNED. *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 24, 2009, pp. 265 a 292.

RETORTILLO ATIENZA, Olatz. “La promoción de actividades deportivas por los Ayuntamientos y las concesiones administrativas para su gestión: ¿puede detectarse ilícito competencial?”, en *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, n.º 1, 2007, pp. 183 a 195.

RODRÍGUEZ MIGUEZ, José Antonio. “Defensa de la Competencia y Comunidades Autónomas”. En BENEYTO, J. M. e MAILLO, J. (eds.): *La nueva Ley de Defensa de la Competencia. Análisis y comentarios*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 61 a 107.

RODRÍGUEZ MIGUEZ, José Antonio. “¿Una grieta en el Principio del Inversor Privado en una Economía de Mercado?” en *Revista Mensual de Competencia y Sectores Regulados*, Despacho CMS Albiñana & Suárez de Lezo, n.º 75, abril/xuño de 2010, pp. 13 y 14.

RODRÍGUEZ MIGUEZ, José Antonio. “Promoción versus defensa de la Competencia en España: una visión de conjunto”, en revista *Dereito*, da Facultade de Dereito da Universidade de Santiago de Compostela, n.º 19, 2, 2010, pp. 51 a 98.

VELASCO DE PEDRO, Luis Antonio et al. (dirs.). *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Lex Nova, Valladolid, 2011.

VICIANO PASTOR, Javier. *Libre competencia e intervención pública en la economía*, Librería Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

ABREVIATURAS

LDC: Lei de dereito da competencia

CNC: Consello Nacional da Competencia

ADCA: Axencia de Defensa da Competencia de Andalucía