

ALTERNATIVAS A LA SOLUCIÓN JUDICIAL DE LOS CONFLICTOS COMPETENCIALES EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Por

XABIER ARZOZ SANTISTEBAN
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad del País Vasco

SUMARIO: I. LA DESCENTRALIZACIÓN DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y LA LEY 1/2002, DE COORDINACIÓN DE LAS COMPETENCIAS DEL ESTADO Y DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.—II. LA NATURALEZA DE LAS CONTROVERSIAS QUE PUEDE SUSCITAR LA APLICACIÓN DESCENTRALIZADA DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE ACUERDO CON LA LEY 1/2002: CONFLICTOS DE DEFINICIÓN Y CONFLICTOS DE VERIFICACIÓN DE LAS COMPETENCIAS.—III. PROCEDIMIENTOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS COMPETENCIALES: 1. *El principio de la no exclusividad de las vías jurisdiccionales y del proceso constitucional para la solución de las controversias competenciales entre el Estado y las CC.AA.* 2. *Procedimientos alternativos a las vías jurisdiccional y constitucional para resolver controversias competenciales entre el Estado y las CC.AA. previstos en el ordenamiento jurídico español.*—IV. EL SISTEMA DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS COMPETENCIALES EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA ESTABLECIDO EN LA LEY 1/2002: 1. *Resolución de conflictos con anterioridad al inicio del procedimiento correspondiente:* a) Notificaciones de los órganos autonómicos al SDC. b) Notificaciones del SDC a los órganos autonómicos. c) La Junta Consultiva en materia de conflictos. 2. *Resolución de conflictos durante la tramitación de un procedimiento ya iniciado, incluyendo la fase de resolución.* 3. *Resolución de conflictos después de la resolución del procedimiento por una autoridad competente en materia de defensa de la competencia.*—V. PROBLEMAS DEL PROCEDIMIENTO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS PREVISTO EN LA LEY 1/2002: 1. *El carácter preprocedimental del sistema de resolución de conflictos.* 2. *La naturaleza del procedimiento previsto en el artículo 2: ¿sistema de evitación de conflictos o sistema de delimitación ad hoc de las competencias?* 3. *El sometimiento al procedimiento de resolución de conflictos:* 3.1. El papel arbitral de la Junta Consultiva en materia de conflictos. 3.2. Las consecuencias del informe de la Junta Consultiva en materia de conflictos. 3.3. La consecuencia principal: la imposibilidad de ejercer la propia competencia. 4. *¿Subsidiariedad del control judicial y del control del Tribunal Constitucional?*—VI. HACIA UN REPLANTEAMIENTO DESDRAMATIZADO DE LA CUESTIÓN EJECUCIÓN DESCENTRALIZADA Y PREVENCIÓN DE CONFLICTOS.

I. LA DESCENTRALIZACIÓN DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y LA LEY 1/2002, DE COORDINACIÓN DE LAS COMPETENCIAS DEL ESTADO Y DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

La Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC), estableció el sistema jurídico de defensa de la competencia y atribuyó a órganos dependientes de la Administración General del Estado las importantes potestades jurídico-administrativas configuradas a tal efecto. Con posterioridad la Ley ha sido modificada en diversas ocasiones; recientemente deben destacarse las modifi-

caciones introducidas por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley de Defensa de la Competencia (1), y por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, por la que se modifican determinados artículos de la Ley de Defensa de la Competencia (2).

La Sentencia 208/1999, de 11 de noviembre, del Tribunal Constitucional estimó parcialmente los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Gobierno Vasco y el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña contra la LDC y, en consecuencia, declaró inconstitucional la cláusula «en todo o en parte del mercado nacional», contenida expresamente o por remisión en los artículos 4, 7, 9, 10, 11 y 25, a) y c), en la medida en que desconoce las competencias ejecutivas de la legislación estatal sobre defensa de la competencia atribuidas a las Comunidades Autónomas recurrentes en sus respectivos Estatutos. La singularidad del fallo consistió en que difirió la nulidad de la mencionada cláusula hasta el momento en que, establecidos por la Ley estatal los criterios de conexión pertinentes, pudieran las Comunidades Autónomas ejercitar sus competencias ejecutivas (3).

La Sentencia 208/1999 ha supuesto, pues, una descentralización parcial de las competencias ejecutivas en la materia «defensa de la competencia». A las CC.AA. les corresponderán «aquellas actuaciones ejecutivas que hayan de realizarse en su territorio y que no afecten al mercado supracomunitario». A su vez, al Estado le incumbiría,

(1) «BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1999. Para una visión general de las reformas emprendidas recientemente, vid. F. L. DE LA VEGA GARCÍA, *Tendencias generales de evolución del Derecho interno de Defensa de la Competencia*, «Revista de Derecho Mercantil», núm. 240, 2001, págs. 625-651.

(2) «BOE» núm. 313, de 31 de diciembre de 2001. Como consecuencia de esta reforma, el Tribunal de Defensa de la Competencia se configura ahora como un organismo autónomo, con personalidad jurídica pública diferenciada, en los términos de la LOFAGE. El RD 864/2003, de 4 de julio, aprueba el Estatuto del Tribunal de Defensa de la Competencia («BOE» núm. 164, de 10 de julio de 2003).

(3) La Sentencia ha sido objeto de diversos comentarios monográficos: M. LÓPEZ BENÍTEZ, *Defensa de la Competencia y Comunidades Autónomas*, «Revista Andaluza de Administración Pública», núm. 36, 1999, págs. 119-142; J. COSTAS COMESAÑA, «Competencias ejecutivas de las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia», en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, 1999, vol. XX, págs. 437-456; P. BIGLINO CAMPOS, *Principio de competencia, inconstitucionalidad y nulidad a la luz de la STC 208/1999, sobre la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia*, «REDC», núm. 59, 2000, págs. 303-332; B. BELANDO GARÍN, *Defensa de la competencia y comercio interior*, «REDA», núm. 106, 2000, págs. 271-287; J. TORNOS MAS, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 208/1999 sobre la Ley de Defensa de la Competencia 16/1989», en *Anuario de la Competencia 1999, 2000*, págs. 97-120, y S. MARTÍNEZ LAGE, *La sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1999*, «Gaceta Jurídica de la Competencia y de la Unión Europea», núm. 205, enero-febrero 2000, págs. 3-9. También pueden verse las referencias a la Sentencia en L. CASES PALLARES, «La competencia en España. 1999», en *Anuario de la Competencia 1999, 2000*, págs. 13-23, esp. 18-20; J. PÉREZ RENOVALES, «El Derecho de la competencia tras la STC 209/1999, de 11 de noviembre y la Ley 52/1999, de 28 de diciembre», en *Derecho administrativo-económico*, Cuadernos de Derecho Judicial, XII-2000, págs. 239-300, esp. 289 y ss.

además de la normación, «las actuaciones ejecutivas en relación con aquellas prácticas que puedan alterar la libre competencia en un ámbito supracomunitario o en el conjunto del mercado nacional, aunque tales actuaciones se realicen en el territorio de cualquiera de las Comunidades Autónomas recurrentes» (FJ 6).

El 21 de febrero de 2002 se aprobó la Ley 1/2002, de Coordinación de las Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia (4). La Ley 1/2002, que es el objeto de este artículo, no obedece a una iniciativa legislativa propia del legislador estatal, sino que se aprueba como consecuencia directa de la citada Sentencia del Tribunal Constitucional. Es una Ley promulgada para cumplir con el fallo parcialmente estimatorio de los recursos de inconstitucionalidad presentados contra la LDC. Más aún, se dicta porque el propio Tribunal Constitucional, en una Sentencia de las que se han dado en denominar «apelativas» (5), obliga al legislador a promulgar una ley que debe cumplir dos funciones: una material, relativa a la regulación de los necesarios puntos de conexión en la materia; y otra procesal, en virtud del fallo de nulidad diferida, relativa a la finalización cuanto antes de una situación anómala y provisional de pervivencia de una legislación inconstitucional.

La Ley no oculta sino que, por el contrario, afirma con insistencia su naturaleza de «Ley-cumplimiento», especialmente en la Exposición de Motivos. Los apartados I a IV de la Exposición de Motivos exponen sucintamente los reproches de inconstitucionalidad, con su motivación correspondiente, acogidos por el Tribunal Constitucional. En particular, señalan que «debe adoptarse una iniciativa legislativa que establezca el marco para la ejecución de las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas con pleno respeto a los criterios impartidos por el Tribunal Constitucional, iniciativa que acomete la presente Ley» (IV). Esta naturaleza de «Ley-cumplimiento» merece algunos comentarios desde la perspectiva de la técnica legislativa. En efecto, la Ley 1/2002 constituye un «remiendo» legislati-

(4) «BOE» núm. 46, de 22 de febrero de 2002. Sobre esta Ley pueden verse S. MARTÍNEZ LAGE, *La aplicación del Derecho de la competencia por las Comunidades Autónomas: delimitación competencial*, «Gaceta Jurídica de la Competencia y de la Unión Europea», núm. 218, 2002, págs. 3-9; J. E. SORIANO GARCÍA, *Comentario de urgencia a la Ley 1/2002*, «Gaceta Jurídica de la Competencia y de la Unión Europea», núm. 218, 2002, págs. 10-26; P. YANES YANES, *Génesis y opciones de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia*, «Gaceta Jurídica de la Competencia y de la Unión Europea», núm. 221, 2002, págs. 45-58; L. CASES, *Comentari de la Llei 1/2002, de 22 de febrer, de coordinació de les competències de l'Estat i les comunitats autònomes en materia de defensa de la competència*, «Nota d'economia», núm. 74, 2002, págs. 115-120.

(5) Vid. al respecto BIGLINO CAMPOS, nota 2, págs. 327 y ss.

vo en el sistema de defensa de la competencia diseñado inicialmente por la Ley 16/1989. Ciertamente, desde el punto de vista jurídico pretende solventar el problema jurídico-constitucional, tanto el competencial como el relativo al vacío normativo resultante de la declaración de nulidad diferida. El legislador estatal ha cumplido el mandato de regular diversos aspectos considerados necesarios por el Tribunal Constitucional. Sin embargo, la técnica legislativa empleada no parece la adecuada. La consecuencia de la nulidad parcial de determinadas disposiciones de una Ley no ha sido una Ley modificativa para reformar formal y materialmente la Ley enjuiciada por el Tribunal Constitucional, sino la adopción de una Ley complementaria, llamada «de coordinación de competencias» (6). Con la Ley 1/2002 se ha procedido a una disgregación de la regulación de la materia, en contradicción con el principio de complitud que demanda la buena técnica normativa. El principio de complitud requiere que la regulación de una materia dada se encuentre recogida en una sola norma (7). Sin duda, existen condicionantes jurídicos y políticos que impiden satisfacer siempre ese principio, pero esos condicionantes no se dan en este supuesto. El cumplimiento del fallo del TC y, en definitiva, la regulación de los aspectos contenidos en la Ley 1/2002 no hacían necesaria ni conveniente la adopción de una Ley separada. Su limitado contenido (cinco artículos) podría haberse integrado sin problemas en una Ley que ya ha sido objeto de diversas modificaciones (las últimas sustanciales por las Leyes 52/1999 y 24/2001) y que, incluso, cuenta ya con el precedente de la inclusión de artículos *bis* o *ter* en el seno del articulado (8). Desde la perspectiva de la técnica legislativa, resulta preferible introducir varios artículos *bis* o *ter* que disgregar la materia en dos normas. Con independencia de su extensión, es evidente que no se trata de una regulación autónoma, por muy específicamente que se la quiera configurar (p. ej., la coordina-

(6) En realidad, a la coordinación *stricto sensu* sólo se dedica un artículo, el quinto. La denominación de la Ley no deja de causar la impresión de una reorientación de la expresa encomienda del TC al legislador: lo que en el espíritu de la STC 208/1999 debía ser una Ley de descentralización que estableciera los puntos de conexión, ha sido configurada como una Ley de coordinación. Todavía la Disposición Final 2.ª, introducida por la Ley 52/1999, encomendaba al Gobierno presentar en el Congreso de los Diputados «un proyecto de Ley por el que se regulen los criterios de conexión determinantes de la atribución al Estado y a las Comunidades Autónomas de competencias, previstas en el marco legal de defensa de la competencia, referidas al conocimiento y aplicación de la normativa estatal relativa a conductas prohibidas y autorizadas, en cumplimiento de la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1999».

(7) Vid. M. SÁNCHEZ MORÓN, «Contenido de las normas. Principio de homogeneidad. Estructura formal», en F. SAINZ MORENO y J. C. DA SILVA OCHOA (coords.), *La calidad de las leyes*, Parlamento Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1989, pág. 109.

(8) A raíz de la reforma por la Ley 52/1999 se incorporan a la LDC los nuevos artículos 15 bis, 15 ter, 31 bis, 36 bis y 51 bis.

ción). La Ley 1/2002 no se puede entender ni aplicar sin conocer la LDC. La Ley 1/2002 distribuye entre el Estado y las CC.AA. las competencias reguladas en la LDC. La Ley 1/2002 establece cuándo una CA tiene la competencia, pero la debe ejercer de acuerdo con la LDC. Así, el artículo 4.2 dispone que «los procedimientos de ejecución establecidos en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, serán aplicables a las actuaciones que desarrollen los órganos competentes de las Comunidades Autónomas». Pero lo mismo ocurre a la inversa. La LDC no puede aplicarse sin tener en cuenta simultáneamente la Ley 1/2002. Con la salvedad de las disposiciones declaradas nulas por la Sentencia del Tribunal Constitucional, la LDC se queda como estaba: no se retoca ninguna de las demás disposiciones de la Ley 16/1989. En lugar de una revisión sistemática que incluyese el inciso «así como, cuando lo hubiere, el órgano autonómico competente en la materia», el legislador recurre a la técnica de la asimilación a través de una norma externa al texto de la Ley. La Disposición Adicional Primera de la Ley 1/2002 señala que las referencias al Tribunal de Defensa de la Competencia y al Servicio de la Competencia contenidas en los artículos de la Ley 16/1989 que allí se enumeran (¡treinta artículos!) se entenderán efectuadas a los órganos de las CC.AA. con competencias en la materia. La técnica de la asimilación es corriente dentro de la práctica legislativa y, en ciertos contextos y para ciertas cuestiones, parece inevitable. Pero aquí el lector de la Ley 16/1989 viene obligado a dar otro alcance a una larga serie de preceptos en virtud de una disposición que no se encuentra en la propia Ley. La redacción de la Ley de Defensa de la Competencia permanece formalmente ciega a las competencias ejecutivas que ostentan las CC.AA. en esta materia (9).

El contenido de la Ley 1/2002 se ciñe estrechamente al programa legislativo indicado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 208/1999. Como señala la Exposición de Motivos, «la Ley contiene cinco artículos que desarrollan los apartados que, según el Tribunal Constitucional, deben establecerse para el adecuado ejercicio de las competencias relacionadas con la defensa de la competencia» (V). El Tribunal Constitucional señaló que «el Estado, en virtud de sus

(9) Así, el artículo 51 bis LDC señala que «los órganos previstos [SDC, TDC] en la presente Ley son los únicos competentes para la instrucción y resolución de los procedimientos que en ella regulan en materia de defensa de la competencia». La única mención de la descentralización de la aplicación del Derecho español de la competencia, además de la habilitación contenida en la Disposición Final 2.^a incorporada a la LDC, es tangencial. Se encuentra en el artículo 20.3, reformado a finales de 2001, que se limita a señalar lo siguiente: «El Tribunal tiene su sede en la capital del Estado y su competencia, de acuerdo con la normativa sobre coordinación de competencias entre el Estado y las Comunidades en materia de defensa de la competencia, se extiende a todo el territorio español».

competencias normativas, puede y debe articular los mecanismos de coordinación que garanticen la uniformidad de la disciplina de la competencia en todo el mercado nacional y, desde luego, establecer los criterios de conexión pertinentes, siempre que resulten constitucional y estatutariamente correctos..., y los imprescindibles mecanismos de colaboración e información recíproca» (FJ 6). Pues bien, el legislador introduce un artículo titulado «Puntos de conexión» (art. 1); dedica dos disposiciones a la resolución de conflictos, una titulada «Resolución de conflictos» (art. 2) y otra «La Junta Consultiva en materia de conflictos» (art. 3); titula otro artículo «Aspectos institucionales de la ejecución por parte de las Comunidades Autónomas de la Ley 17/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia» (art. 4), y, por último, contiene un precepto sobre los «Mecanismos de coordinación» (art. 5). En otro lugar nos hemos ocupado del análisis de los puntos de conexión previstos en la Ley 1/2002 y de su adecuación al bloque de constitucionalidad (10). El objeto de este artículo es examinar y valorar críticamente el procedimiento de «resolución de conflictos» regulado en los artículos 2 y 3 de dicha Ley. A tal fin, en un primer momento se precisará la naturaleza de los conflictos competenciales en materia de defensa de la competencia (II) y se indagará en la existencia de procedimientos de resolución de controversias competenciales alternativos a las vías jurisdiccional y constitucional (III). A continuación, se expondrá el sistema de resolución de conflictos previsto por la Ley 1/2002 (IV) y se examinarán los problemas que puede suscitar ese régimen (V). Finalmente, se formularán una serie de consideraciones a favor de un replanteamiento desdramatizado de la cuestión ejecución descentralizada y prevención de conflictos en materia de defensa de la competencia (VI).

II. LA NATURALEZA DE LAS CONTROVERSIAS QUE PUEDE SUSCITAR LA APLICACIÓN DESCENTRALIZADA DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE ACUERDO CON LA LEY 1/2002: CONFLICTOS DE DEFINICIÓN Y CONFLICTOS DE VERIFICACIÓN DE LAS COMPETENCIAS

Con objeto de cumplir el mandato de la STC 208/1999, la Ley 1/2002 ha llevado a cabo la delimitación de las competencias ejecutivas del Estado y de las CC.AA. Esta delimitación ha consistido en

(10) Vid. X. ARZOZ SANTISTEBAN, *Comunidades Autónomas, puntos de conexión y defensa de la competencia*, «Revista Vasca de Administración Pública», núm. 64, 2002, págs. 11-71.

el establecimiento de los llamados puntos de conexión en el artículo 1. El deslinde competencial operado mediante los puntos de conexión no significa que la posibilidad de disputas haya quedado definitivamente eliminada. Ni la mejor técnica jurídica puede evitar la aparición de controversias, diferencias o disputas sobre el alcance de los criterios o las técnicas de reparto (11). En nuestra opinión, por desgracia, el punto de partida no ha sido afortunado. El legislador estatal ha optado por unos criterios indeterminados e imprecisos y, en parte, dudosamente compatibles con el bloque de constitucionalidad (12). La titularidad estatal de competencias ejecutivas no depende de criterios precisos, objetivos y previsibles, sino de conceptos jurídicos indeterminados (13), de criterios finalistas (intereses supraautonómicos) (14) o, dada la adopción de un criterio rígido de territorialidad, de la mayor o menor voluntad de apreciar efectos, más o menos directos, en más de una Comunidad Autónoma (15). Únicamente el apartado 5 del artículo 1 cumple satisfactoriamente el doble mandato de delimitación objetiva inherente a todo deslinde competencial y de respeto al bloque de constitucionalidad, acotando una serie de cuestiones o fragmentos de la materia defensa de la competencia cuya ejecución corresponderá a la Administración General del Estado. En suma, la propia redacción de la Ley puede ser la principal fuente de conflictos competenciales entre el Estado y las CC.AA., o de las CC.AA. entre sí. En la medida en que los criterios de deslinde competencial no están suficientemente determinados, existirá una amplia zona de incertidumbre en cuanto a la autoridad competente para aplicar la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia. Con independencia de este indudable factor de indeterminación, en este apartado se analizará la naturaleza de los conflictos que pueden suscitarse con la aplicación descentralizada de la legislación de defensa de la competencia para elaborar una tipología de los conflictos. La finalidad de este análisis es poner de manifiesto la existencia, en su caso, de procedimientos de resolución más o menos adecuados para cada tipo de conflicto.

En principio, una vez fijados los criterios de deslinde competencial, es decir, una vez establecido de quién es en abstracto la compe-

(11) F. RUBIO LLORENTE, *La jurisdicción constitucional en los conflictos entre el poder central y los poderes territoriales*, «RVAP», núm. 10-II, 1984, págs. 9-21, aquí 15; J. GARCÍA ROCA, *Los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág. 24.

(12) Al respecto, véase ARZOZ SANTISTEBAN, *Comunidades Autónomas, puntos de conexión...*, cit.

(13) Vid. artículo 1, apartado 2, letra a).

(14) Vid. artículo 1, apartado 2, letra b).

(15) Vid. artículo 1, apartados 1 y 3.

tencia ejecutiva en materia de defensa de la competencia por la Ley 1/2002, parece que las controversias serán principalmente de naturaleza aplicativa, versando sobre cuestiones de hecho que deben ser resueltas de forma previa a la aplicación de la norma atributiva de competencia (p. ej., el alcance de la restricción de la competencia, la dimensión del mercado afectado, los efectos sobre los competidores o sobre los consumidores y usuarios). Desde esta perspectiva, en suma, las partes en un eventual conflicto tenderán a discutir no la titularidad de la competencia en abstracto, sino la constatación de una circunstancia o elemento de hecho que determina el ejercicio de aquélla. La doctrina mayoritaria entiende que el conflicto de competencia se conecta con la interpretación de las normas del bloque de constitucionalidad. Por tanto, podría deducirse que un conflicto sobre la interpretación de normas infraconstitucionales —en definitiva, sobre la aplicación de los puntos de conexión establecidos en el artículo 1 de la Ley 1/2002— no constituiría un conflicto de naturaleza constitucional, por lo que ninguna de las partes implicadas podría plantear un conflicto constitucional de competencias ante el Tribunal Constitucional.

Ahora bien, ello no significa que se excluyan las controversias competenciales en sentido estricto (conflictos de definición de competencias). Constituiría una simplificación la idea de que las controversias posibles en el marco de la Ley 1/2002 serán exclusivamente fácticas. En primer lugar, porque la ya aludida desafortunada naturaleza de algunos de los actuales criterios de atribución de competencias no permite excluir controversias jurídicas, es decir, disputas sobre la titularidad de la competencia. Así, la invocación por el Estado de los criterios finalistas del artículo 1, apartado 2, letra *b*), para atraer hacia sí el conocimiento de un supuesto de hecho puede suscitar la oposición de la Comunidad Autónoma que se considere *a priori* competente en virtud del criterio territorial del apartado 3. La interpretación de los criterios finalistas establecidos en el apartado 2, letra *b*), que recogen principios constitucionales previstos en el Título VIII de la Constitución y que, en definitiva, apelan a intereses generales supraautonómicos, implica algo más que la apreciación de cuestiones fácticas.

En segundo lugar, la falta de matización del criterio rígido de territorialidad acogido en los apartados 1 y 3 del artículo 1 (sin incorporar, p. ej., la diferenciación entre efectos directos e indirectos, efectos apreciables y no significativos) tampoco impedirá que la invocación por el Estado u otra Comunidad Autónoma de cualesquiera efectos que superen el territorio de una Comunidad Autónoma conduzca a una controversia sobre la titularidad en abstracto de la

competencia. En efecto, no es lo mismo discrepar sobre los efectos de un acuerdo entre empresas (¿cuál es el mercado relevante?, ¿afecta al ámbito de una CA, al de varias CC.AA. o al conjunto del mercado nacional?) que discrepar sobre la atribución de la competencia sobre un acuerdo cuyos efectos están más o menos determinados. Las partes de la controversia pueden estar de acuerdo en la definición del mercado relevante y en que los efectos se producen principalmente en el territorio de la CA, pero divergir en la interpretación de las consecuencias respecto a la titularidad competencial. Por ejemplo, en aplicación del artículo 1 de la Ley 1/2002, el Estado podría invocar el criterio rígido de territorialidad para reclamar la titularidad de la competencia ejecutiva; en cambio, una Comunidad Autónoma podría discutir no ya la existencia de una dimensión supraautonómica, cuestión más o menos fáctica y sujeta a verificación y prueba, sino la definición del alcance territorial de sus competencias ejecutivas, cuestión indudablemente competencial y de naturaleza constitucional.

La distinción entre controversias competenciales y controversias sobre cuestiones de hecho que alienta las líneas precedentes proviene de la polémica Sentencia 88/1989 (caso ATINA). En esta Sentencia, el Tribunal Constitucional se sirvió de la distinción entre controversias sobre la titularidad de la competencia y controversias sobre una cuestión de hecho que debe ser resuelta antes de la aplicación de la norma de competencia, para extraer la importante consecuencia jurídica de la inadmisibilidad del conflicto constitucional de competencias (16). El Tribunal señaló que «la discrepancia sobre el ámbito territorial de una determinada situación o supuesto no es propia ni puede ser planteada en un proceso constitucional como el del conflicto positivo de competencias» y «las partes no pretenden que el Tribunal concrete el alcance territorial de la competencia de la Comunidad Autónoma, porque no es ése el punto de discrepancia» (FJ 3). En suma, el Tribunal Constitucional distinguió entre una discrepancia sobre el alcance territorial de una competencia autonómica y una discrepancia sobre

(16) «Cuando sobre la titularidad y límites de esa competencia no existe controversia, sino que ésta se limita a discutir el ejercicio concreto de esa competencia en relación a supuestos específicos, dentro de unos límites competenciales sobre los que existe acuerdo, ha de afirmarse que falta el presupuesto para la jurisdicción reservada al Tribunal Constitucional, puesto que el conflicto sólo puede plantearse para definir los límites externos de la competencia y del correspondiente poder estatal o autonómico, pero no para verificar el ejercicio concreto dentro de tales límites de dicho poder, en relación a determinados hechos cuyo alcance territorial deviene el elemento decisivo para decidir la distribución competencial dentro de unos límites y de acuerdo con unos criterios no controvertidos. En ese caso, la decisión no establece límites competenciales, sino que sólo los aplica a supuestos concretos en relación con una calificación fáctica o, en su caso, jurídica de los mismos que carece de toda relevancia constitucional» (FJ 29).

la dimensión territorial de un supuesto de hecho concreto. El conocimiento de la primera modalidad de discrepancia le correspondería al Tribunal Constitucional en el marco del conflicto de competencia; la segunda, en cambio, debería ser resuelta en la jurisdicción contencioso-administrativa. Sin que sea necesario ahora entrar en el análisis del caso concreto enjuiciado, ha de indicarse el carácter artificioso de la distinción. Ni el Estado ni las CC.AA. plantean *in abstracto* el alcance territorial de las competencias autonómicas, sino con ocasión de su ejercicio; es a la vista de las circunstancias específicas de cada situación cuando puede surgir la discrepancia: ¿cabe subsumir o no esa concreta situación en la competencia autonómica? Lo contrario, es decir, pretender que las CC.AA. podrían reclamar el alcance territorial de sus competencias, haciendo abstracción de situaciones concretas y efectivas, equivale a admitir la posibilidad de una reclamación preventiva de la competencia en sede constitucional, posibilidad que ha sido rotunda y acertadamente descartada por la jurisprudencia constitucional. Pero, además, «de poco sirve que se reconozca en abstracto una competencia si después no se garantiza su ejercicio en cada caso concreto» (17). La precisión del alcance territorial de una competencia dada requiere inexcusablemente la referencia al caso concreto (18). En palabras de dos autores, «controversia competencial existe no sólo cuando se discute la correcta interpretación de una norma atributiva de competencias, sino también cuando está en juego el alcance territorial de una competencia, o cuando lo discutido es la subsunción de los hechos en la norma» (19).

La doctrina crítica con la STC 88/1989 acepta, como criterio general, que las controversias sobre meras cuestiones fácticas queden excluidas del ámbito del conflicto positivo de competencias, pero discrepa de que en el caso ATINA existiera una mera cuestión fáctica. Las partes no discutían hechos, lo que discutían era cuál de los

(17) A. J. GÓMEZ MONTORO, *Jurisdicción constitucional y jurisdicción contencioso-administrativa en la resolución de conflictos positivos de competencia*, «REDC», núm. 30, 1990, págs. 93-126, aquí 117.

(18) Vid. en este sentido el VP a la STC 88/1989 del magistrado Rubio Llorente, al que se adhieren los magistrados De la Vega Benagüas y Díaz Eimil: «Al resolver estos litigios, los conflictos de competencia, el Tribunal contribuye a fijar y precisar el contenido de las normas de delimitación competencial por referencia al caso concreto, cuya "realidad fáctica", naturalmente es siempre necesario analizar». Compárense también las palabras, en otro contexto, referidas al problema de la fijación de las bases, de LÓPEZ GUERRA: «la concreción de la distribución competencial dependerá, en incontables ocasiones, de consideraciones de hecho, de circunstancias fácticas incluso coyunturales y cambiantes, que habrán de conducir a una decisión sobre los límites del interés general supraautonómico» (L. LÓPEZ GUERRA, *Conflictos competenciales, interés general y decisión política*, «Revista del Centro de Estudios Constitucionales», núm. 1, 1988, págs. 77-92, aquí 89).

(19) A. J. GÓMEZ MONTORO y F. CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, *De nuevo sobre quién debe resolver los conflictos territoriales de competencia*, «REDA», núm. 99, 1998, págs. 369-394, aquí 383.

hechos alegados era el relevante para delimitar el ámbito territorial de la cooperativa cuya competencia de registro se disputaban el Estado y la CA recurrente: se discutía «la trascendencia jurídica de esos hechos para la delimitación territorial de la actuación de la cooperativa ATINA» (20). La corrección y la vigencia de esta doctrina han sido cuestiones intensamente debatidas por la doctrina (21). A nuestro juicio, el problema no parece ser tanto la distinción en sí como la consecuencia jurídica que se pretenda conectar con ella; si, además, la distinción no es sencilla en la práctica, dicha doctrina difícilmente podrá constituir un fundamento sólido y seguro para justificar una decisión tan drástica como la de inadmisión del conflicto de competencia planteado. Con el recurso, en este apartado, a la distinción entre controversias competenciales y controversias sobre cuestiones de hecho en relación con la materia de la defensa de la competencia no se pretende, por tanto, deducir aquí la polémica consecuencia extraída por la STC 88/1989 (que en cualquier caso no está claro si todavía conserva vigencia). Únicamente se quiere poner de manifiesto que, en materia de defensa de la competencia, los conflictos tenderán a versar sobre cuestiones fácticas, serán de naturaleza aplicativa o verificativa y que, en consecuencia, puede ser interesante analizar la posibilidad de soluciones alternativas a la justicia constitucional y aun a la jurisdicción contencioso-administrativa. Las cuestiones fácticas conllevan normalmente un problema de prueba, para el que el proceso ante el Tribunal Constitucional resulta poco adecuado (22).

(20) GÓMEZ MONTORO, *Jurisdicción constitucional y jurisdicción...*, cit., pág. 115; también, GÓMEZ MONTORO y CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, *De nuevo sobre quién debe resolver...*, cit., pág. 381.

(21) Por un lado, se muestran favorables a la Sentencia ATINA: L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Justicia administrativa y Comunidades Autónomas*, núm. 121 de esta REVISTA, 1990, págs. 53-87, esp. 86-87; A. ARCE JANÁRIZ, *Jurisdicción constitucional y jurisdicción contencioso-administrativa en la jurisprudencia de conflictos de competencia*, «REDA», núm. 70, 1991, págs. 225-251, esp. 250; L. LÓPEZ GUERRA, «Las controversias competenciales en la jurisprudencia constitucional», en *El funcionamiento del Estado autonómico*, 2.^a ed. ampliada y corregida, MAP, Madrid, 1999, págs. 541-559, esp. 556. Por otro lado, los autores citados *supra* en la nota 19 critican esa doctrina. Con todo, la vigencia de la doctrina del caso ATINA ha sido controvertida —vid. el comentario al artículo 61 LOTC de J. GARCÍA ROCA, en J. L. REQUEJO PAGÉS (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, BOE-TC, Madrid, 2001, pág. 992—.

(22) En este sentido, J. GARCÍA ROCA —«Una teoría de la sentencia en el conflicto constitucional de competencia entre entes territoriales», en *La sentencia en los conflictos constitucionales de competencia*, TC-CEPC, Madrid, 1998, pág. 81; en el mismo sentido, en su comentario al artículo 61 LOTC, en J. L. REQUEJO PAGÉS (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, BOE-TC, Madrid, 2001, pág. 995— pone como ejemplo de una cuestión fáctica inidónea para ser discutida en un proceso constitucional abstracto la determinación del domicilio de una sociedad como punto de conexión competencial, o la potencia de una central hidroeléctrica a los efectos de su autorización.

En definitiva, en materia de defensa de la competencia la diferenciación entre controversias competenciales y controversias sobre cuestiones fácticas debe servir para subrayar la necesidad de diferenciar los procedimientos de resolución aplicables. Una vez adoptada la Ley 1/2002, la reivindicación de la competencia en abstracto por una Comunidad Autónoma significaría algo más que un conflicto de competencias: supondría que se consideran inconstitucionales las disposiciones correspondientes de la Ley 1/2002. El conflicto de competencia presentado en relación con la intervención estatal referida a un determinado supuesto de hecho se transformaría, de acuerdo con lo previsto en el artículo 67 LOTC, en un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 1/2002 que fundamenta ese supuesto vicio de incompetencia. Para la solución de una controversia sobre la titularidad de una competencia atribuida por una norma con rango de ley no hay otra vía de solución que la del Tribunal Constitucional. En cambio, para la resolución de controversias sobre cuestiones de hecho derivadas de la aplicación de una norma legal y, en particular, sobre la aplicación de los puntos de conexión establecidos en la Ley 1/2002 se abre un horizonte más amplio de posibilidades.

III. PROCEDIMIENTOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS COMPETENCIALES

1. *El principio de la no exclusividad de las vías jurisdiccionales y del proceso constitucional para la solución de las controversias competenciales entre el Estado y las CC.AA.*

Desde hace años, una parte importante de la doctrina viene previniendo contra una solución exclusivamente judicial de los conflictos competenciales (23). Se señala en este sentido que no todas las controversias con trasfondo competencial entre el Estado y las

(23) Vid. S. MUÑOZ MACHADO, *Derecho público de las Comunidades Autónomas*, vol. II, Civitas, Madrid, 1984, pág. 327; C. VIVER I PI-SUNYER y E. ALBERTI ROVIRA, «Conflictos y Tribunal Constitucional en la construcción del Estado de las Autonomías», en *Informe Pi i Sunyer sobre Comunidades Autónomas 1989*, Barcelona, 1990, pág. 238; para J. BALZA AGUILERA («Conflictividad competencial entre el Estado y la Comunidad Autónoma: mecanismos de solución», en *Estudios sobre el Estatuto de Autonomía del País Vasco*, vol. II, IVAP, Oñati, 1991, págs. 345-420, esp. 402), la apelación a medidas alternativas tenía carácter de urgencia. La prevención aludida en el texto se desprende especialmente de los trabajos de L. LÓPEZ GUERRA (vid., p. ej., «Las controversias competenciales...», cit., págs. 545-546, 556-559). Sin embargo, en los trabajos de autores posteriores esta idea queda frecuentemente ocultada por la controversia doctrinal dominante en torno a la alternatividad, subsidiariedad o exclusividad de las jurisdicciones constitucional y contencioso-administrativa.

CC.AA., o de las CC.AA. entre sí, deben ser resueltas por el Tribunal Constitucional, o en su caso por la jurisdicción contencioso-administrativa (24), y ello no tanto porque pondría en peligro las posibilidades de supervivencia del Tribunal (25) como por una cuestión de método: existen vías que permiten solucionar las controversias más satisfactoriamente y con más garantías de consenso y de paz social que la conversión sistemática de las controversias en conflictos judiciales o constitucionales (26). Como señalara quien fuera magistrado del Tribunal Constitucional, «no se hace buen servicio ni a la construcción del Estado ni al Tribunal llevando hasta él, como conflictos, diferencias de opinión o de criterio cuya mejor solución no es la judicial, siquiera sea por la inevitable lentitud con la que ésta se produce» (27). En el mismo sentido señala otro autor que «la solución óptima, más eficiente, para el mejor engrazamiento de las relaciones de competencia y de cooperación puede no ser la derivada de la sentencia de conflicto si la controversia no exige realmente para su pacificación de una interpretación constitucional. Deben existir vías negociales y extrajudiciales, fundadas en la autocomposición entre los sujetos, en la cooperación y la transacción. Un compromiso que puede ser alcanzado directamente entre las Administraciones implicadas o, indirectamente, a través de órganos mixtos o de representación conjunta, ya sean bilaterales o multilaterales. O también en sede parlamentaria, especialmente, si nuestro Senado

(24) Aunque existe cierta controversia sobre la conveniencia de su mantenimiento, la alternatividad de las dos vías mencionadas en el texto es, junto a la prevalencia de la jurisdicción constitucional, una característica irrefutable de nuestro actual ordenamiento jurídico; alternatividad que no significa equivalencia.

(25) La idea aparece de forma recurrente en los trabajos publicados en la primera década de funcionamiento del TC; recientemente, R. PARADA y S. DEL SAZ, «Los conflictos de competencia en la Constitución española», en *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978*, INAP, Madrid, 1998, pág. 748. Sin embargo, la racionalización en la utilización de la competencia de resolución de conflictos por el Tribunal Constitucional se ha producido en la práctica desde 1988, con una muy notable disminución de los conflictos suscitados (compárense GARCÍA ROCA, *Los conflictos de competencia...*, cit., pág. 22; P. MAYOR MENÉNDEZ, «El control del Tribunal Constitucional sobre el Gobierno y la Administración», en *Administraciones Públicas y Constitución...*, cit., pág. 762).

(26) En este mismo sentido, MUÑOZ MACHADO, *Derecho público...*, vol. II, cit., pág. 327 («el sistema ... tiene que tener, por fuerza, más espitas o reguladores de presión que actúen con una agilidad y automatismo que no puede ofrecer la jurisprudencia constitucional»); MAYOR MENÉNDEZ, «El control del Tribunal Constitucional...», cit., pág. 762. J. F. LÓPEZ AGUILAR consideraba «lo mucho que *praeter legem* —si bien nunca, claro está, *contra constitutionem*— puede hacerse todavía en orden a aplicar (o, como se ha dicho a menudo, a “desdramatizar”) los elevados índices de conflictividad de nuestro proceso autonómico»; este autor apela al desarrollo de fórmulas cooperativas, no previstas en la Constitución, como forma de evitar o mitigar la conflictividad competencial. Vid. J. F. LÓPEZ AGUILAR, *Cooperación política y conflictos competenciales (A propósito de la terminación anormal de procesos constitucionales)*, «Revista de las Cortes Generales», núm. 20, 1989, págs. 119-160, esp. 136.

(27) RUBIO LLORENTE, *La jurisdicción constitucional en los conflictos...*, cit., pág. 21.

acabase por ser diseñado como una verdadera Cámara de interconexión de políticas territoriales» (28).

El propio Tribunal Constitucional no sólo no excluye vías no jurisdiccionales, sino que apela a buscar «métodos flexibles y adecuados de convergencia que disminuyan la conflictividad». Con estas palabras, no obstante, el Tribunal se refirió a una de las posibles virtualidades de los convenios de cooperación y no a la instauración de procedimientos alternativos de solución de los conflictos ya suscitados (29).

La resolución jurisdiccional o en sede constitucional de los conflictos que puedan surgir en relación con la aplicación de los criterios de la Ley 1/2002 no puede ser considerada un mecanismo eficaz en materia de defensa de la competencia. La aplicación descentralizada de la legislación de defensa de la competencia culmina en la sanción de aquellos comportamientos o acuerdos que vulneren la competencia o en el otorgamiento (o la denegación) de una autorización a los acuerdos o decisiones empresariales que se consideren compatibles con aquélla. Pues bien, el ejercicio de estas competencias ejecutivas no es conciliable con la duración ordinaria de los procesos judiciales o con la duración media del conflicto de competencias ante el Tribunal Constitucional. Las empresas exigen celeridad a la Administración: quieren cuanto antes una clarificación sobre los proyectos de acuerdo que notifican, para saber a qué atenerse, porque de ello depende la realización de importantes inversiones. La decisión sobre la pertinencia de las autorizaciones solicitadas no puede demorarse indefinidamente sin que se resienta el propio sistema de defensa de la competencia.

(28) J. GARCÍA ROCA, comentario al artículo 60 LOTC, en J. L. REQUEJO PAGÉS (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, BOE-TC, Madrid, 2001, pág. 960. La misma idea había sido defendida ya por este autor: «el acceso a los órganos jurisdiccionales no puede sustituir (...) actividades igualmente imprescindibles en cualquier Estado como son la negociación directa entre las Administraciones implicadas, el debate parlamentario o la transacción política. El límite a todo ello no es otro que la indisponibilidad de las competencias» (GARCÍA ROCA, *Los conflictos de competencia...*, cit., pág. 21).

(29) Los convenios de cooperación son, en palabras del Tribunal, «técnicas consustanciales a nuestro modelo de Estado autonómico que deberían ser acordadas en éste y otros sectores entre los órganos centrales del Estado y las Comunidades Autónomas, buscando entre todos, dentro del respectivo e indisponible marco competencial, métodos flexibles y adecuados de convergencia que disminuyan la conflictividad entre aquellos poderes, todos los cuales deben guiarse siempre por una común lealtad constitucional» (STC 13/1992, FJ 7). Sobre las técnicas de cooperación como instrumento de superación del conflicto puede verse A. SALVADOR SANCHO, «Las relaciones de cooperación y de conflicto en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978*, INAP, 1998, págs. 1021-1031.

2. *Procedimientos alternativos a las vías jurisdiccional y constitucional para resolver controversias competenciales entre el Estado y las CC.AA. previstos en el ordenamiento jurídico español*

A continuación se expondrán diversos procedimientos alternativos a la vía jurisdiccional o constitucional para resolver controversias competenciales entre los entes territoriales que ya están previstos en el ordenamiento jurídico español. La finalidad de esta exposición es disponer de un parámetro de contraste para abordar posteriormente el sistema de solución de conflictos diseñado por la Ley 1/2002. A estos efectos se utilizará un concepto amplio de «mecanismos de resolución», que incluye tanto los procedimientos de resolución *stricto sensu* como los dirigidos a la evitación de conflictos. El carácter alternativo de tales procedimientos de solución hace referencia a su alejamiento de los procedimientos jurisdiccionales. Para la siguiente exposición son necesarias, además, otras tres precisiones ulteriores. Con carácter general cabe descartar el mecanismo parlamentario como vía de solución de controversias (30), porque, aunque una eventual y deseable configuración del Senado como Cámara de representación territorial pudiera hacer de él un órgano de evitación de conflictos, los conflictos posibles en la materia defensa de la competencia derivados de la aplicación de la Ley 1/2002 no se prestan a una composición en sede parlamentaria. La siguiente indagación se centra, pues, en mecanismos de resolución de conflictos protagonizados por los órganos ejecutivos superiores. La segunda precisión atañe a la exclusión de los órganos de coordinación y a los órganos de actuación conjunta, que, sin duda, pueden contribuir a armonizar criterios y a evitar conflictos, pero que, como tales, de-

(30) Al que aluden autores como GARCÍA ROCA, comentario al artículo 60 LOTC, cit., pág. 960. También LÓPEZ GUERRA (*Conflictos competenciales, interés general...*, cit., págs. 90-92) se ha referido a la virtualidad, en este sentido, del Senado, convertido en Cámara de representación de las CC.AA., como instancia que contribuya a la formulación del interés general: «La formulación del interés general se lleva a cabo, así, con una inexistente o mínima participación de las CC.AA., pese a ser entidades a las que no puede considerarse ajenas a ese “interés general”, en cuanto poderes públicos con un ámbito propio de decisión política. (...) La única posibilidad de efectivamente incidir en esas decisiones no se plantea, pues, dentro de órganos o foros políticos: como es bien sabido, frente a la decisión así adoptada, la única vía disponible es la que ofrece la jurisdicción *constitucional*. Ésta se ve así forzosamente abocada, por la inexistencia de otros cauces, a pronunciarse sobre criterios materiales y sobre decisiones que reposan en consideraciones fácticas y muchas veces coyunturales». Desde otra perspectiva, en alusión al artículo 155 CE, este mismo autor (LÓPEZ GUERRA, *El Tribunal Constitucional y la resolución de conflictos constitucionales*, cit., pág. 24) invoca la sede parlamentaria como vía no jurisdiccional de resolución de conflictos.

sempeñan funciones más amplias o, por el contrario, más específicas que la de resolver conflictos. Por último, a los efectos de este apartado no es necesario examinar la validez de las fórmulas extraprocesales de composición de los conflictos como formas de terminación del proceso ya iniciado u otras técnicas procesales para la extinción de los litigios competenciales (31).

A) Entre los procedimientos alternativos, la doctrina (32) ha aludido casi exclusivamente a la Junta de Cooperación con la Administración del Estado, prevista en el artículo 69 de la LO 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra (LORAFNA) (33). De acuerdo con ese precepto, «todas las discrepancias que se susciten entre la Administración del Estado y la Comunidad Foral de Navarra respecto a la aplicación e interpretación de la presente Ley Orgánica, serán planteadas y, en su caso, resueltas por una Junta de Cooperación integrada por igual número de representantes de la Diputación Foral y de la Administración del Estado, sin perjuicio de la legislación propia del Tribunal Constitucional y de la Administración de Justicia». El objeto de este mecanismo son las discrepancias respecto a la aplicación e interpretación de la LORAFNA; en cambio, el control sobre las leyes forales está expresamente atribuido al Tribunal Constitucional (art. 37 LORAFNA). El RD 1507/1984, de 1 de agosto, que regula la composición, atribuciones y funcionamiento de la Junta de Cooperación (34), precisa que sólo podrán plantearse ante la Junta de Cooperación las discrepancias relativas a la aplicación

(31) Pueden verse, a este respecto, LÓPEZ AGUILAR, *Cooperación política...*, cit., esp. págs. 154 y ss., y LÓPEZ GUERRA, «Las controversias competenciales...», cit., págs. 557-558.

(32) MUÑOZ MACHADO, *Derecho público...*, vol. II, cit., pág. 329; I. LAZCANO BROTONS, *Presupuestos para el planteamiento de los conflictos positivos de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas*, «RVAP», núm. 20, 1988, pág. 71; LÓPEZ GUERRA, «Las controversias competenciales...», cit., pág. 559.

(33) Vid. M. M. RAZQUIN LIZARRAGA, *La Junta de Cooperación*, «Revista Jurídica de Navarra», núm. 9, 1990, págs. 87-97; A. PÉREZ CALVO, «La participación general a través de las Comisiones Bilaterales de cooperación y de la Junta de Cooperación entre la Administración General del Estado y la Comunidad Foral de Navarra», en A. PÉREZ CALVO (coord.), *La participación de las Comunidades Autónomas en las decisiones del Estado*, Tecnos-Gobierno de Navarra, 1997, págs. 89-109. La doctrina ha apuntado distintos precedentes para la Junta de Cooperación. J. BERMEJO VERA (*Cauces para la solución de los conflictos competenciales*, «DA», núm. 182, 1979, pág. 219) aludió a un precedente anterior en el Proyecto de Estatuto General del Estado Vasco-Navarro de 1931. Para MUÑOZ MACHADO (*Derecho público...*, vol. II, cit., pág. 329), la técnica prevista en el artículo 69 LORAFNA sería «un reflejo último y particular» de ese precedente del Estatuto vasco de Estella. Sin embargo, otros autores identifican el posible origen de la Junta de Cooperación en la Junta Arbitral prevista en los Convenios Económicos (1927, 1941, 1969). Vid. en este sentido M. M. RAZQUIN LIZARRAGA, *ob. cit.*, pág. 87; A. GUAITA, *La Administración de la Comunidad Foral de Navarra*, «REDC», núm. 4, 1984, págs. 67-86, aquí 84.

(34) «BOE» de 11 de agosto de 1984 (núm. 192).

e interpretación de la LORAFNA «que tengan su origen en una disposición, resolución o acto de los órganos de la Administración del Estado, de la Administración de la Comunidad Foral o de sus respectivos organismos autónomos» (art. 3.1). El planteamiento de la discrepancia ante la Junta de Cooperación se realizará: *a)* antes de la formalización de la impugnación, del conflicto o del recurso ante el Tribunal Constitucional o ante el órgano jurisdiccional competente, o *b)* dentro de los diez días siguientes a dicha formalización (art. 4.2). Dos apartados del artículo 6 del Real Decreto 1507/1984 resultan básicos para captar la naturaleza de la Junta de Cooperación. Los acuerdos de la Junta de Cooperación, adoptados por consenso entre ambas representaciones, vinculan exclusivamente a la Administración del Estado y a la de la Comunidad Foral de Navarra y serán ejecutados en sus propios términos por los órganos de la Administración que en cada caso resulten competentes (art. 6.5). Cuando dichos acuerdos vengan a resolver una discrepancia que hubiere sido planteada ante la Junta de Cooperación con posterioridad a la formalización ante el Tribunal Constitucional o ante el órgano jurisdiccional competente de la correspondiente impugnación, conflicto o recurso, contendrán las determinaciones pertinentes en relación con el desistimiento de las acciones interpuestas ante los mencionados órganos (art. 6.4). De las características brevemente expuestas se deduce que la LORAFNA instituye un mecanismo de conciliación que evite el planteamiento de conflictos de competencia o la interposición de recursos contencioso-administrativos. La composición paritaria del órgano de conciliación garantiza, en principio, el cumplimiento de los acuerdos alcanzados por las partes. El éxito de la conciliación evitará el planteamiento del conflicto de competencia o la impugnación jurisdiccional o, cuando se hubiere planteado el conflicto o interpuesto el recurso contencioso-administrativo, pondrá fin al conflicto o a la impugnación realizada. El TC ha señalado que, «sin negar la obligatoriedad de uso de este instrumento [el planteamiento de las discrepancias ante la Junta de Cooperación], lo cierto es que el mismo no ha creado un requisito previo de procedibilidad, que impida el acceso a este Tribunal, pues dicho artículo [69 LORAFNA] añade “sin perjuicio de la legislación propia del Tribunal Constitucional y de la Administración de Justicia”» (35). A pesar del interés que pueda revestir el mecanismo de la Junta de Cooperación, los demás Estatutos de Autonomía no han previsto un procedimiento similar. Y aunque ello no parece que fuera obstáculo para una ins-

(35) STC 86/1988, FJ 1.

titucionalización extraestatutaria (36), lo cierto es que en dicha hipótesis su previsión no gozaría de un respaldo tan cualificado como el de la Junta de Cooperación.

B) El segundo procedimiento de «resolución» de conflictos es el requerimiento previo efectuado por el Estado a la CA, o viceversa, cuando una parte considere que una actuación de la otra entidad requerida no se ajusta al reparto competencial constitucional o estatutario. Aunque, a diferencia del anteriormente reseñado, se configura como el instrumento principal y general dirigido a la evitación de controversias competenciales, lo cierto es que el requerimiento previo de incompetencia no ha sido objeto de un análisis suficientemente autónomo y detallado, sino superficial y constreñido a su virtualidad procesal (37). El requerimiento previo de incompetencia como tal constituye un presupuesto procesal para la formalización del conflicto de competencias por una CA contra el Estado (art. 63.2 LOTC); el requerimiento previo, en cambio, es potestativo para el Estado (art. 62 LOTC). La regulación del requerimiento es en cualquier caso idéntica en ambos supuestos (el art. 62 se remite al artículo siguiente), aunque su distinto carácter (potestativo o preceptivo) condiciona su naturaleza. El requerimiento preceptivo constituye un presupuesto del proceso constitucional: «un trámite anterior que afecta e incide en la ulterior relación jurídica en que el proceso constitucional que inicia la demanda consiste» (38). Pero su condición de presupuesto preprocesal (cuando es preceptivo) no debe hacer perder la vista sobre la finalidad a la que debe servir el requerimiento y que le otorga su justificación: «hacer posible una avenencia entre el órgano requirente y el requerido» (39). Para el Tribunal Constitucional, «en un sistema de distribución territorial del poder público inspirado en principios de colaboración y buena fe ... es obvio que el requerimien-

(36) En este sentido, LAZCANO BROTONS, *Presupuestos para el planteamiento...*, cit., pág. 71. También VIVER I PI-SUNYER y ALBERTI ROVIRA («Conflictos y Tribunal Constitucional...», cit., pág. 238) y LÓPEZ GUERRA («Las controversias competenciales...», cit., pág. 559) proponen como instrumento eficaz para la disminución de la conflictividad la generalización de la Junta de Cooperación. Sin embargo, para A. HERNÁNDEZ LAFUENTE («Técnicas y fórmulas de cooperación en el Estado autonómico», en *El funcionamiento del Estado autonómico*, 2.ª ed. corregida y ampliada, MAP, Madrid, 1999, pág. 604), el prototipo de las Comisiones Bilaterales de Cooperación se encontraría precisamente en la Junta de Cooperación.

(37) Como excepción puede verse LAZCANO BROTONS, *Presupuestos para el planteamiento...*, cit., págs. 51-84, esp. 72 y ss., así como, más recientemente, el comentario a los artículos 62 y 63 de J. GARCÍA ROCA, en J. L. REQUEJO PAGÉS (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, TC-BOE, Madrid, 2001, págs. 1016-1017 y 1026-1035.

(38) GARCÍA ROCA, comentario al artículo 63, cit., pág. 1028.

(39) STC 97/1986, FJ 1. En el mismo sentido, LÓPEZ GUERRA, «Las controversias competenciales...», cit., pág. 559: «pretende tanto dar una oportunidad a las partes para resolver sus diferencias sin acudir al Tribunal constitucional, como, si no se consigue, fijar con precisión los términos del conflicto».

to previo ... responde a la finalidad primordial de generar las posibilidades de resolución convencional o negociada de las diferencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, sin perjuicio del derecho de éstas a plantear, en último extremo, el conflicto no resuelto extrajudicialmente ante esta instancia jurisdiccional» (40).

Ciertamente, el requerimiento previo de incompetencia es acreedor de las mismas objeciones que el preceptivo recurso administrativo que deben interponer los interesados ante la Administración antes de acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa (41): su utilidad como instrumento de conciliación y de composición de intereses corre peligro de quedar oscurecida por las facetas dilatoria de la auténtica tutela y de privilegio administrativo para una de las partes (42).

C) La preocupación por desarrollar fórmulas alternativas de resolución de las controversias entre el Estado y las CC.AA. se ha extendido recientemente fuera del ámbito de los conflictos de competencia. La Ley Orgánica 1/2000, de 7 de enero, ha añadido dos nuevos apartados al artículo 33 LOTC, que regula la interposición del recurso de inconstitucionalidad en el plazo de tres meses, incorporando de esta forma «una especie de fase de conciliación constitucional voluntaria» (43). La redacción original del artículo 33 se transforma ahora en el apartado 1 del artículo 33. De acuerdo con el nuevo artículo 33.2, el Presidente del Gobierno y los órganos cole-

(40) STC 104/1989, FJ 2.

(41) De hecho, llevados quizás por un excesivo paralelismo, algunos autores califican de vía administrativa el requerimiento previo de incompetencia: L. LÓPEZ GUERRA, *El Tribunal Constitucional y los conflictos competenciales*, «RVAP», núm. 10-II, 1984, págs. 23-24; J. A. MONTILLA MARTOS, «La solución política a las controversias competenciales. A propósito de la LO 1/2000, de modificación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional», en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núms. 12-13, 2000-2001, pág. 114.

(42) Para LÓPEZ GUERRA («Las controversias competenciales...», cit., pág. 559), «presenta una cierta rigidez al no permitir (o, mejor, al no hacer necesario) un proceso de diálogo y negociación entre las partes. El requerimiento, en realidad, se limita a dejar en manos de la otra parte, unilateralmente, la decisión sobre el mantenimiento o finalización de la controversia». Para LÓPEZ AGUILAR (*Cooperación política...*, cit., págs. 151-152), los requerimientos prescriptivos para las CC.AA. no son «garantía de cooperación ni de reflexión alguna», y señala «el hecho de que las CC.AA. con subsistemas políticos más acusadamente diferenciales (paradigmáticamente, Cataluña y País Vasco) se presten poco a esta vía de pacificación pre-procesal (...) por un lado, el Ejecutivo central se abstiene olímpicamente, con elevada frecuencia, de “requerir” a negociar antes de la impugnación (ex artículo 62 LOTC) y, paralelamente, que las referidas CC.AA. acuden con mayor presteza a la salida jurisdiccional elevando la cuestión ante el TC».

(43) El entrecomillado es de J. JIMÉNEZ CAMPO, *Política de la constitucionalidad (Una reflexión ante los nuevos modos de impugnar la ley)*, «REDC», núm. 59, 2000, págs. 11-27, aquí 19. Sobre este nuevo mecanismo, véase también MONTILLA MARTOS, «La solución política a las controversias competenciales...», cit., págs. 113-136. Este autor lo califica de «vía política de autorresolución por los propios sujetos de las controversias competenciales» (pág. 126).

giados ejecutivos de las CC.AA. podrán interponer el recurso de inconstitucionalidad en el plazo de nueve meses contra leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley en relación con los cuales, *con la finalidad de evitar la interposición del recurso*, se cumplan los siguientes requisitos: en primer lugar, la reunión de la Comisión Bilateral de Cooperación entre la Administración General del Estado y la respectiva CA, convocada a instancia de cualquiera de las dos partes; en segundo lugar, la adopción, en el seno de la Comisión Bilateral, de un acuerdo sobre iniciación de negociaciones para resolver las discrepancias, pudiendo instar, en su caso, la modificación del texto normativo; en tercer lugar, la puesta en conocimiento del acuerdo al Tribunal Constitucional en el plazo de tres meses desde la publicación del acto con rango de ley y, asimismo, la publicación del acuerdo en el «BOE» y en el «Diario Oficial» de la CA correspondiente. La innovación ha suscitado muy serios reparos sobre la «política de la constitucionalidad» que supone el que órganos ejecutivos puedan alcanzar acuerdos cuyo objeto sea la interpretación de la constitucionalidad de una ley o, en su caso, la necesaria modificación de normas con rango de ley (44). A los limitados efectos de este trabajo, sólo interesa mostrar la tendencia hacia la búsqueda de mecanismos de evitación de recursos o conflictos entre el Estado y las CC.AA. No hay duda de que el mecanismo de conciliación incorporado por la Ley Orgánica 1/2000 al artículo 33.2 LOTC es voluntario, y que persigue evitar la interposición del recurso de inconstitucionalidad (45). Como ha señalado la doctrina (46), el legislador no sólo ha querido *hacer posible* una negociación entre las instancias interesadas (para ello hubiera bastado con aumentar el plazo de interposición del recurso para garantizar esa opción a las partes), sino que ha querido *favorecerla o propiciarla*, en primer lugar, mediante la previsión del nuevo trámite de conciliación y, en segundo lugar, con la previsión de la posible renuncia discrecional a la facultad estatal de instar, de acuerdo con los artículos 161.2 CE y 30 LOTC, la suspensión cautelar de la ley autonómica impugnada: la renuncia estatal a instar la suspensión cautelar de la ley autonómica objeto de impugnación parece ser el premio que obtiene la Comunidad Autónoma

(44) Vid. JIMÉNEZ CAMPO, *Política de la constitucionalidad...*, cit., págs. 11 y ss. El único caso producido hasta la fecha es el Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación AGE-Comunidad de Madrid en relación con la Ley 9/2000, de 30 de junio, de Mutualidades de Previsión Social («BOE» de 5 de octubre de 2000, núm. 239).

(45) Expresamente se recoge en la Exposición de Motivos de la LO 1/2000 y en el nuevo artículo 33.2 LOTC. Vid. al respecto el comentario al artículo 33 LOTC de E. ESPÍN TEMPLADO, en J. L. REQUEJO PAGÉS (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, TC-BOE, Madrid, 2001.

(46) JIMÉNEZ CAMPO, *Política de la constitucionalidad...*, cit., pág. 23.

que accede a iniciar una negociación sobre la interpretación de la constitucionalidad de una ley autonómica.

D) La Junta Arbitral de resolución de conflictos en materia de tributos merece una consideración especial, en la medida en que parece constituir el precedente directo del mecanismo de resolución de conflictos previsto por la Ley 1/2002 en materia de defensa de la competencia. Fue prevista por primera vez por la Ley Orgánica 3/1996, que introdujo en la LOFCA un nuevo capítulo dedicado a la resolución de conflictos (47). Hasta entonces no existían un procedimiento ni un órgano específicos para la resolución de conflictos que pudieran suscitarse con motivo de la aplicación de los puntos de conexión. En el origen de esta nueva figura se encuentra la ampliación operada por la LO 3/1996 sobre las competencias atribuibles a las CC.AA. en materia de tributos: desde entonces se pueden ceder a las CC.AA. también ciertas competencias normativas y no sólo el disfrute y la gestión del rendimiento de ciertos tributos. Con el nuevo panorama de diversidad fiscal, el volumen y la entidad de los conflictos cambian notablemente: los puntos de conexión de los tributos cedidos no sólo determinan, como hasta entonces, la atribución del rendimiento y la competencia exactora, sino también la normativa aplicable en cada caso. El Reglamento de la Junta Arbitral de resolución de conflictos en materia de tributos del Estado cedidos a las Comunidades Autónomas ha sido aprobado por el Real Decreto 2451/1998, de 13 de noviembre (48).

Diversos elementos avalan la asociación de la Junta Arbitral con el mecanismo regulado por la Ley 1/2002: en primer lugar, la propia denominación de los órganos previstos (Junta Arbitral en un caso, Junta Consultiva en el otro); en segundo lugar, la naturaleza de los conflictos cuya resolución se les encomienda (conflictos relativos a la aplicación de los puntos de conexión previstos al efecto en la legislación correspondiente); y, en tercer lugar, las abundantes similitudes de organización, funcionamiento y procedimentales. Sin pretender una descripción exhaustiva, intentaremos sintetizar las principales características. La Junta Arbitral está compuesta por un Presidente y un

(47) El modelo de la Junta Arbitral prevista en el sistema de financiación de las CC.AA. de régimen común son, a su vez, las Juntas Arbitrales previstas en el marco del Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco (vid. arts. 65-67 de la LO 4/2002, de 23 de mayo, complementaria de la Ley por la que se aprueba el Concierto Económico, «BOE» núm. 124, de 24 de mayo de 2002) y del Convenio Económico con la Comunidad Foral de Navarra (vid. art. 51 de la Ley 25/2003, de 15 de julio, por la que se aprueba la modificación del Convenio Económico, «BOE» núm. 169, de 16 de julio de 2003). La regulación de estas dos Juntas Arbitrales es muy similar.

(48) «BOE» núm. 282, de 25 de noviembre de 1998.

número variable de vocales, cuatro representantes de la Administración del Estado y cuatro representantes de cada Comunidad Autónoma en conflicto (art. 6). El Presidente de la Junta Arbitral, en quien deberá concurrir la condición de jurista de reconocido prestigio, será nombrado por el Ministro de Economía y Hacienda, a propuesta del Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas (art. 5.1). Antes del planteamiento del conflicto es necesario que la Administración tributaria que se considere competente requiera a la que estime incompetente, reclamando su competencia, y que la Administración requerida se haya ratificado en su competencia expresa o tácitamente. Ese requerimiento se debe realizar en el plazo de treinta días hábiles a contar desde la fecha en que la Administración que se considere competente tuviera conocimiento del acto o disposición que, a su juicio, vulnera los puntos de conexión establecidos. El planteamiento del conflicto obliga a las Administraciones tributarias afectadas a abstenerse de cualquier actuación en relación con el asunto objeto del conflicto y a notificarlo a los interesados, produciendo tal notificación «efectos interruptivos» (*sic*) de la prescripción, así como la interrupción de cualesquiera otros plazos que puedan afectar al expediente. Pero las liquidaciones definitivas practicadas antes del planteamiento del conflicto surtirán plenos efectos, sin perjuicio del ejercicio de las facultades de revisión de oficio (art. 9). El RD 2451/1998 regula con detalle la tramitación del procedimiento. La instrucción del expediente, que compete al Presidente de la Junta, incluye un período de alegaciones de las Administraciones interesadas, la posibilidad de solicitar la práctica de pruebas, un período de audiencia de las partes y la elaboración de una propuesta de resolución por el Presidente, que se somete a la deliberación de la Junta Arbitral en sesión convocada al efecto (art. 10). Los acuerdos de la Junta Arbitral, tanto de solicitud de nuevos documentos como de modificación o aprobación de la propuesta de resolución, se adoptan por mayoría de votos; el voto del Presidente tiene carácter dirimente en caso de empate (art. 11.2). Las resoluciones de la Junta Arbitral pueden ser impugnadas en vía contencioso-administrativa (art. 13).

IV. EL SISTEMA DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS COMPETENCIALES EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA ESTABLECIDO EN LA LEY 1/2002

La Ley 1/2002, que dio paso a la descentralización parcial de la aplicación de la legislación española de defensa de la competencia,

ha establecido en los artículos 2 y 3 un procedimiento específico de «resolución de conflictos». El sistema bien puede calificarse de innovador. Desde una perspectiva de política legislativa, cabe preguntarse por las motivaciones que han llevado al legislador a establecer, en materia de defensa de la competencia, un sistema específico de «resolución de conflictos». A diferencia de los demás contenidos de la Ley 1/2002, el estímulo de las disposiciones relativas a la resolución de conflictos no proviene de la STC 208/1999, que en ningún momento se refirió a la necesidad o conveniencia de establecer un procedimiento formalizado de resolución de conflictos (49). El Tribunal Constitucional sólo le encomendó al legislador el establecimiento de los puntos de conexión pertinentes con las competencias ejecutivas autonómicas, aunque también recordó la competencia (y la obligación) del Estado para «articular los mecanismos de coordinación que garanticen la uniformidad de la disciplina de la competencia en todo el mercado nacional... y los imprescindibles mecanismos de colaboración e información recíproca» (FF.JJ. 6 y 8). Sin duda, la idea de la prevención de conflictos casa perfectamente con el espíritu de la sentencia y de la jurisprudencia constitucional en general. Con todo, las motivaciones que se barruntan resultan políticamente ambiguas: si desde una perspectiva general la iniciativa podría ser estimada positivamente, en la medida en que supone la constatación de la inadecuación de las vías *formales* existentes de resolución de conflictos para las discrepancias competenciales sobre la aplicación de la legislación de defensa de la competencia, sin embargo, no parece que semejante innovación habría tenido lugar si no hubiera mediado una amplia desconfianza hacia la aplicación por las CC.AA. de la legislación de defensa de la competencia. Basta recordar aquí el tono apocalíptico de ciertos comentarios (algunos forzosamente de urgencia) que abordaron las consecuencias de la Sentencia 208/1999. Antes de dictarse la Ley 1/2002 y de conocer los concretos puntos de conexión se extendió la visión de un futuro de confusión y conflicto. El recelo y la desconfianza parecen haber sido la inspiración principal del procedimiento establecido. Cuando menos, es llamativo que en ninguna otra materia o ámbito competencial se haya considerado

(49) La Disposición Final Segunda de la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la LDC, al recordar al Gobierno la necesidad de cumplir la STC 208/1999, tampoco se refería a la necesidad de establecer un mecanismo de resolución de conflictos: «Antes del 1 de octubre del año 2000, el Gobierno presentará en el Congreso de los Diputados un proyecto de ley por el que se regulan los criterios de conexión determinantes de la atribución al Estado y a las Comunidades Autónomas de competencias, previstas en el marco legal de defensa de la competencia, referidas al conocimiento y aplicación de la normativa estatal relativa a conductas prohibidas y autorizadas, en cumplimiento de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1999».

necesario prever un dispositivo formal tan detallado para resolver *preventivamente* eventuales discrepancias relativas a la Administración competente para aplicar la legislación estatal a supuestos de hecho concretos (50). Este carácter ambiguo inspira también, como se verá a continuación, la regulación del funcionamiento del propio mecanismo.

Los conflictos objeto de «resolución» son los que pueden surgir entre el Servicio de Defensa de la Competencia (en adelante, SDC) (51) y los órganos autonómicos, o entre estos últimos, a la hora de incoar o tramitar el procedimiento correspondiente a una solicitud de autorización singular, una denuncia o una posible infracción detectada de oficio: es decir, cuando un órgano detecta una conducta o incoa un procedimiento que otra autoridad considera que es de su competencia.

1. *Resolución de conflictos con anterioridad al inicio del procedimiento correspondiente*

La clave de bóveda del sistema de resolución de conflictos es la obligación, impuesta a las autoridades competentes, de notificarse recíprocamente todas las denuncias y las solicitudes de autorización singular recibidas, así como las actuaciones practicadas de oficio (52). Cada órgano autonómico competente notifica al SDC, y el SDC notifica a todos los órganos autonómicos competentes. La autoridad notificante en cada caso debe indicar el órgano, estatal o autonómico, que considere competente (ella misma, el SDC u otra CA). Sobre la base de esta notificación preceptiva se articula el mecanismo de resolución de conflictos. A continuación se exponen las diversas vicisitudes del mecanismo de resolución de conflictos.

(50) El precedente inmediato de la Junta Consultiva, la Junta Arbitral de resolución de conflictos en materia de tributos, se crea en 1996 con la cesión a las CC.AA. de ciertas competencias *normativas* en materia de tributos.

(51) Entre las funciones administrativas del SDC se encuentran, de acuerdo con el artículo 31 LDC, la instrucción de los expedientes por conductas incluidas en la LDC, la vigilancia de la ejecución y cumplimiento de las resoluciones que se adopten en aplicación de esa Ley y, en su caso, declarar la prescripción de la acción para exigir el cumplimiento de las sanciones, la promoción y acuerdo de la terminación convencional de los procedimientos tramitados.

(52) En el alcance de la obligación que incumbe a las autoridades competentes existen ciertas asimetrías. Si bien el SDC comunica a los órganos autonómicos competentes «las actuaciones practicadas de oficio» (art. 2.2, primer párrafo), los órganos autonómicos comunicarán al Servicio «las conductas detectadas de oficio respecto de las que existan indicios racionales de infracción» (art. 2.1, primer párrafo). Por otra parte, la obligación de notificar de los órganos autonómicos es íntegra (notifican la denuncia o la solicitud de autorización singular recibida), mientras que la del SDC se limita a una «nota sucinta».

a) *Notificaciones de los órganos autonómicos al SDC.*

Si, una vez recibida la notificación, el Director del SDC no comunica su opinión en contrario en el plazo de quince días, la autoridad notificante podrá iniciar el procedimiento correspondiente. Si el Director del SDC considera que la conducta notificada es de su competencia, se lo comunicará al órgano notificante. Si el órgano notificante mantiene su competencia sobre la conducta en cuestión, expresa o tácitamente (mediante la no remisión de actuaciones en el plazo de cinco días), el órgano competente de cualquiera de las Administraciones en conflicto solicitará la convocatoria de la Junta Consultiva en materia de conflictos para que, en el plazo de quince días, emita su informe (art. 2.1).

Si el Director del SDC considera que la conducta notificada es competencia de una Comunidad Autónoma distinta de la notificante, se lo comunicará a los órganos competentes de ambas CC.AA. para que manifiesten o mantengan su competencia sobre dicha conducta en el plazo de quince días. Si los órganos de ambas CC.AA. se consideran competentes, el órgano estatal o los órganos competentes de cualquiera de las Administraciones en conflicto solicitarán la convocatoria de la Junta Consultiva en materia de conflictos para que, en el plazo de quince días, emita su informe (art. 2.3).

b) *Notificaciones del SDC a los órganos autonómicos.*

El órgano considerado competente en la notificación remitida por el SDC podrá iniciar el procedimiento si, en el plazo de quince días, no recibe opinión en contrario de ningún otro órgano que recabe para sí la competencia. Si otro órgano autonómico se considera competente, el SDC o los organismos autonómicos correspondientes solicitarán la convocatoria de la Junta Consultiva en materia de conflictos para que, en el plazo de quince días, emita su informe (art. 2.2).

c) *La Junta Consultiva en materia de conflictos.*

La Junta Consultiva en materia de conflictos es definida como «el órgano consultivo especializado en el asesoramiento, mediante dictamen no vinculante, para la resolución de los conflictos de atribución de competencias que se susciten entre la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas o entre éstas entre sí con

ocasión de la aplicación de la legislación de defensa de la competencia» (art. 3). La composición de la Junta es paritaria, es decir, la mitad de los miembros será designada por las CC.AA. y la otra mitad por la Administración General del Estado (en adelante, AGE). El Presidente es nombrado por cinco años por el Ministro de Economía, oído el Consejo de Defensa de la Competencia, entre personas de reconocido prestigio y con amplia experiencia en materia de defensa de la competencia. Su voto es dirimente en caso de empate. En el caso ordinario de conflicto entre la Administración del Estado y una Comunidad Autónoma, la Junta estaría compuesta por el Presidente y por tres vocales: un representante de la AGE designado por el Ministro de Economía, que actuará como Secretario, y dos representantes de la Comunidad Autónoma en conflicto. Si son dos las CC.AA. en conflicto, el número de miembros se mantiene: cada una de las CC.AA. designaría un representante. Si las CC.AA. en conflicto son tres o más, se elevará el número de representantes de la Administración del Estado para garantizar una composición paritaria de la Junta.

La Junta Consultiva es un órgano colegiado que, en cuanto a funcionamiento, convocatoria, reuniones y régimen de adopción de acuerdos, se rige por las disposiciones pertinentes de la LRJPAC y de la LOFAGE (art. 3.3). Aunque la Ley no haya establecido expresamente la naturaleza o la adscripción de la Junta Consultiva, no cabe duda de que se trata de un órgano administrativo de la AGE, ya que, en primer lugar, es esta Administración la que designa el Presidente y siempre existirá un representante al menos de la AGE y, en segundo lugar, la Ley 1/2002 se remite en cuanto a su funcionamiento a, entre otras normas, la LOFAGE.

En cualquier caso, la Junta no es más que un órgano consultivo (53), por lo que en realidad no resuelve ni contribuye a resolver los conflictos. La emisión del informe por la Junta Consultiva sólo tiene una consecuencia jurídica de tipo procedimental: despeja la vía para que el órgano considerado competente en el informe pueda iniciar el procedimiento correspondiente. Pero si la otra Administración en conflicto no está de acuerdo, el conflicto sigue sin resolverse y la vía jurisdiccional o constitucional será la procedente (vid. *infra*, apartado V).

(53) Como redundantemente señala el artículo 3.1, «órgano *consultivo* especializado en el *asesoramiento*, mediante dictamen *no vinculante*...».

2. *Resolución de conflictos durante la tramitación de un procedimiento ya iniciado, incluyendo la fase de resolución*

El detalle con que se regula la resolución de conflictos en la fase anterior a la incoación de un procedimiento de aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia contrasta con la exigüidad de las referencias a la resolución de conflictos en fases ulteriores, después de que una autoridad competente haya incoado o tramitado un procedimiento o, incluso, una vez dictada la correspondiente resolución. La Ley 1/2002 se limita a indicar que las reglas anteriormente expuestas se aplican también y de forma idéntica cuando el conflicto se plantee con posterioridad a la incoación del procedimiento, incluso en su fase de resolución. La diferencia será que, en este supuesto, la convocatoria de la Junta Consultiva interrumpirá automáticamente el procedimiento que, en su caso, se estuviese tramitando y suspenderá el plazo para resolver y para notificar la resolución (art. 2.4).

La Ley no da a entender cuál podría ser el motivo de que se plantee el conflicto una vez incoado un procedimiento de aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia, pero cabe pensar que alguna de las autoridades competentes puede modificar su opinión sobre la conducta objeto de procedimiento, p. ej., como resultado de las investigaciones practicadas o de nuevas denuncias recibidas; o que la autoridad que inició el procedimiento correspondiente no haya efectuado la notificación preceptiva y otra autoridad ha tenido posteriormente conocimiento de aquel procedimiento.

3. *Resolución de conflictos después de la resolución del procedimiento por una autoridad competente en materia de defensa de la competencia*

La Ley distingue las dos posibilidades anteriores, la fase previa (art. 2, apt. 1 a 3) y la fase del procedimiento ya incoado (art. 2, apt. 4), pero no se ocupa de la tercera posibilidad desde el punto de vista lógico, la fase posterior. No es aventurado imaginar que bien puede ocurrir que una autoridad resuelva el procedimiento correspondiente (p. ej., otorgue una solicitud de autorización singular o sancione una conducta) y que, con posterioridad, otra autoridad autonómica o el SDC considere en virtud del carácter supraautonómico de la conducta que no le corresponde otorgar la autorización a quien la otorgó o que procede iniciar otro procedimiento sancionador. La concepción subyacente a la Ley podría ser ésta: si ya hay resolución

no hay conflictos que prevenir, y la validez y eficacia de aquella resolución se determinarán con arreglo a las categorías generales del Derecho administrativo. La única referencia prevista en la Ley respecto a esta cuestión central en una regulación de la coordinación de competencias ejecutivas entre el Estado y las CC.AA. está contenida en el artículo dedicado a los llamados puntos de conexión. Según el apartado 4 del artículo 1, «si después de otorgada una autorización por una Comunidad Autónoma se alteraran las circunstancias determinantes de la atribución competencial por afectar la conducta autorizada a un ámbito supraautonómico o al conjunto del mercado nacional, será necesario una nueva autorización, cuyo otorgamiento corresponderá a los órganos estatales de defensa de la competencia». La Ley 1/2002 sólo toma en consideración la posible alteración sobrevenida de las circunstancias constituyentes del supuesto de hecho, de forma que la competencia para examinar una conducta se traslada del órgano autonómico al órgano estatal. Sin embargo, esa norma sólo comprende una parte de las posibles incidencias. Nada dice la Ley 1/2002 sobre la posibilidad de que una CA distinta o el SDC inicie un procedimiento sancionador por una práctica restrictiva ya sancionada por una CA. Como se ha indicado, los eventuales problemas habrán de ser resueltos de acuerdo con los principios generales del Derecho administrativo.

V. PROBLEMAS DEL PROCEDIMIENTO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS PREVISTO EN LA LEY 1/2002

1. *El carácter preprocedimental del sistema de resolución de conflictos*

La Ley 1/2002 parte de una premisa que se revela incorrecta y que afecta seriamente a la viabilidad del propio sistema. La premisa es que el sistema de resolución de conflictos se pondrá en marcha, de forma general, con anterioridad a la incoación del procedimiento correspondiente para la aplicación de la legislación de defensa de la competencia. La Ley establece que la constatación de que no existe opinión discrepante entre las demás autoridades o la resolución del conflicto en virtud del dictamen de la Junta Consultiva habilita al órgano considerado competente *a iniciar* el procedimiento correspondiente (54). Sin embargo, en los procedimientos iniciados a instancia

(54) El segundo párrafo del artículo 2.1 señala que «el órgano competente de la Comunidad Autónoma notificante podrá iniciar el procedimiento correspondiente, si en el

de parte interesada, como es el caso del procedimiento para autorizar acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas (art. 38.1 LDC), la entrada de la solicitud en el registro del órgano competente para su tramitación constituye el *dies a quo* del cómputo del plazo legal máximo para resolver y notificar —art. 42.3.b) LRJPAC—; por ende, ese momento constituye el inicio del procedimiento correspondiente. La notificación al SDC de «todas ... las solicitudes de autorización singular *recibidas* en aplicación de la presente Ley» (art. 2.1) por el órgano competente para su tramitación se producirá, lógicamente, con procedimientos ya iniciados. No parece que la Ley 1/2002 haya pretendido innovar la dogmática procedimental y aportar una nueva concepción de la iniciación del procedimiento administrativo a instancia de parte alejada de la tradicional: una concepción que vendría a convertir la inexistencia de opinión contraria o la emisión del informe de un órgano ajeno a la propia organización en un requisito de procedibilidad para la apertura del procedimiento administrativo. Por tanto, hay que concluir que la Ley 1/2002 no ha atendido debidamente al encaje procedimental del sistema previsto en el artículo 2; no ha precisado qué sucede con ese procedimiento ya iniciado, si puede o si debe ser suspendido inmediatamente, ni si cabe continuar su tramitación. Podría pensarse que no es a la Ley 1/2002 a quien le corresponde precisar esta cuestión, sino a la normativa de desarrollo. Sin embargo, tampoco el reciente Real Decreto 378/2003, de 28 de marzo, por el que se desarrolla la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia en materia de exenciones por categorías, autorización singular y registro de defensa de la competencia, se ha ocupado de esta cuestión. Este Real Decreto parte de la concepción general de la iniciación del procedimiento con la recepción de la solicitud de autorización singular (55).

En suma, el sistema de resolución de conflictos previsto en el artículo 2 de la Ley 1/2002 puede consumir muchos días de un plazo que ya ha empezado a transcurrir *ope legis* y que, en principio, debe

plazo de quince días el Director del Servicio de Defensa de la Competencia no comunica su opinión en contrario»; y el párrafo sexto del mismo precepto y apartado establece que «emitido el informe previsto en el párrafo anterior [el de la Junta Consultiva], en el plazo de diez días se podrá iniciar el procedimiento por el órgano estatal o autonómico que se considere competente».

(55) «1. Recibida en forma la solicitud, en la providencia de iniciación de expediente de autorización se nombrará instructor y secretario, lo que se notificará a los interesados, con expresa referencia a la fecha de iniciación y a la autoridad competente para su resolución. 2. Iniciado el expediente, el Servicio publicará una nota sucinta...» (art. 7); «En el plazo máximo de 30 días desde la recepción en forma de la solicitud prevista en el artículo 5, el Servicio cumplimentará los trámites anteriores, calificará la solicitud y remitirá el expediente al Tribunal» (art. 8.1). El RD 378/2003 está publicado en el núm. 90 del «BOE», de 15 de abril de 2003.

ser utilizado para la tramitación de la solicitud (hasta cuarenta y cinco días, sin contar con el tiempo necesario para efectuar las correspondientes comunicaciones) (56). El riesgo de retraso de la tramitación de los expedientes es evidente (57). ¿Existen soluciones que pudieran ser tomadas en consideración? En primer lugar, cabría considerar la posibilidad de suspender el plazo para resolver y notificar (58). Los supuestos previstos en el artículo 42.5 de la Ley 30/1992 para suspender el transcurso del plazo máximo legal para resolver y notificar no parecen en general aplicables al caso (59). Podría aplicarse quizás analógicamente el supuesto más cercano, el previsto en la letra *c*) (60). Se trataría en todo caso de una aplicación analógica porque no se trata de informes preceptivos ni de informes determinantes del contenido de la resolución, sino de la emisión de una opinión expresa o tácita determinante en principio (como se discutirá posteriormente) de la titularidad de la competencia sobre el caso concreto. La suspensión debería ser acordada por el órgano que ha recibido la solicitud.

Otra solución podría ser la aplicación de una norma que, *a priori*, el legislador había previsto para los supuestos, en apariencia excepcionales, en los que el conflicto se planteara una vez iniciado el procedimiento correspondiente. De acuerdo con el apartado 4 del ar-

(56) El supuesto aludido en el texto (15+15+15) sería el siguiente. La autoridad autonómica competente notifica al SDC una solicitud de autorización singular recibida. El SDC debe responder en el plazo de 15 días. Si considera que la competencia es de otra CA, se lo comunicará a ambas CC.AA. para que en 15 días se manifiesten al respecto. Si ambas se consideran competentes, se solicitará la convocatoria de la Junta Consultiva para que en 15 días emita un dictamen al respecto. Si el conflicto se suscita entre el SDC y una CA, la duración total del mecanismo podría alcanzar 15+15+15 días, más el tiempo necesario para efectuar las correspondientes comunicaciones.

(57) En el mismo sentido se manifiesta AMILS ARNAL, *Los nuevos tribunales autonómicos...*, pág. 76.

(58) De acuerdo con el artículo 50 LDC, los procedimientos administrativos en materia de defensa de la competencia se regirán por su normativa específica y, supletoriamente, por la Ley 30/1992. Como ha señalado F. GONZÁLEZ NAVARRO (*La regulación de los procedimientos administrativos en la Ley de Defensa de la Competencia*, «Revista Jurídica de Navarra», núm. 9, 1990, págs. 20 y ss.), la cláusula de supletoriedad del artículo 50 LDC es innecesaria.

(59) El artículo 56 LDC declara expresamente la supletoriedad de los apartados 5 y 6 del artículo 42 LRJPAC con carácter general en relación con el plazo máximo de duración de la fase del procedimiento sancionador que tiene lugar ante el SDC, y más concretamente señala que «en cualquier caso, el plazo a que hace referencia este apartado se interrumpirá en caso de interposición del recurso administrativo previsto en el artículo 47 de esta Ley, o del planteamiento de cuestiones incidentales en que el artículo 42.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, prevé la suspensión, así como cuando sea necesaria la coordinación con la Unión Europea o la cooperación con autoridades de competencia de otros países. En tales casos, el Servicio deberá dar cuenta de la resolución de interrupción a los interesados».

(60) «Cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órgano de la misma o distinta Administración».

título 2 de la Ley 1/2002, *la convocatoria de la Junta Consultiva* interrumpirá automáticamente el procedimiento que, en su caso, se estuviese tramitando y suspenderá el plazo para resolver y para notificar la resolución. Si se quiere evitar que el procedimiento de resolución de conflictos entorpezca la tramitación dentro del plazo establecido de las solicitudes recibidas, esa norma debería ser generalizada a todos los procedimientos de otorgamiento de autorización singular. Pero en todo caso la aplicación del artículo 2.4 sólo proporciona un remedio parcial e insuficiente. Si la autoridad notifica, como es preceptivo, la solicitud recibida, perderá sistemáticamente un tiempo hasta que se confirme que tiene la competencia o hasta que se convoque la Junta Consultiva (hasta 15+15 días).

La tercera solución, igualmente parcial, del problemático encaje procedimental del mecanismo previsto en el artículo 2 consistiría en interpretar literalmente el contenido del artículo 42.3.b) LRJAPC: si quien recibe la solicitud, aun tratándose del órgano autonómico competente en materia de defensa de la competencia, no se considera competente para tramitarla, el procedimiento no se puede considerar iniciado. Es decir, cuando el órgano que recibe la solicitud considere que otro órgano autonómico o el SDC es el órgano competente para su tramitación, la iniciación del procedimiento se produciría cuando la solicitud haga entrada en el registro del órgano considerado competente, después del traslado de la solicitud por quien fuera su primer receptor. El nuevo órgano comunicaría al interesado la fecha de la recepción de la solicitud y, en consecuencia, la circunstancia determinante de la iniciación del procedimiento. Si quien, en virtud de traslado, recibe la solicitud considera que el competente es otro órgano, se procedería igualmente. Pero esta solución no solventaría el problema de la inevitabilidad del inicio del procedimiento en los casos en los que hay discrepancia sobre el órgano competente. En efecto, si el órgano que recibe la solicitud se considera competente a pesar de la opinión contraria de otra autoridad, no es posible entender pospuesta o aplazada la iniciación del procedimiento hasta un momento posterior, p. ej., de confirmación de la competencia de aquél.

Como se desprende de las anteriores consideraciones, el encaje procedimental del mecanismo previsto en el artículo 2 de la Ley 1/2002 plantea dificultades en relación con los procedimientos que se inician a instancia de parte interesada, como es el caso de los procedimientos de otorgamiento de autorización singular. En cambio, no existe ningún obstáculo para retener el mecanismo del artículo 2 con respecto al procedimiento sancionador. Los órganos autonómicos notificarán al SDC «todas las denuncias ... recibidas en aplica-

ción de la presente Ley así como aquellas conductas detectadas de oficio respecto de las que existan indicios racionales de infracción». En estos casos es procedimentalmente compatible la notificación previa y la espera de la inexistencia de opinión discrepante o de la emisión del informe con la iniciación posterior del procedimiento sancionador. La actividad de notificación y de convocatoria de la Junta Consultiva podrían insertarse cómodamente en el período de actuaciones previas que antecede a la iniciación formal del procedimiento de oficio. La denuncia presentada por una persona no obliga a iniciar el procedimiento sancionador. Como señala expresamente el artículo 36.3 LDC, «ante la noticia de la posible existencia de una infracción, el Servicio podrá proceder a la instrucción de una información reservada antes de resolver la iniciación de expediente sancionador, incluso con investigación domiciliaria de las empresas implicadas. Cuando el Servicio considere que no hay indicios de infracción de la Ley de Defensa de la Competencia, podrá no iniciar el procedimiento y acordar el archivo de las actuaciones» (61). Ahora bien, que sea procedimentalmente compatible no significa aceptar, como se expondrá a continuación, que la notificación al SDC constituya un requisito de validez para la apertura del procedimiento sancionador.

2. *La naturaleza del procedimiento previsto en el artículo 2: ¿sistema de evitación de conflictos o sistema de delimitación ad hoc de las competencias?*

En el apartado II de este trabajo se ha partido de un concepto amplio de procedimientos de resolución de conflictos, que incluye tanto los que resuelven conflictos ya suscitados o formalizados como los que contribuyen a evitar su aparición en origen. Sin embargo, incluso este concepto amplio no puede ser desvirtuado. La Ley 1/2002 obliga a las CC.AA. a la notificación previa de la totalidad de las denuncias y solicitudes de autorización singular recibidas y de las conductas detectadas de oficio respecto de las que existan indicios racionales de infracción. La pretensión, más o menos patente, es que el órgano autonómico notificante no inicie o no tramite el procedimiento hasta que no verifique la inexistencia de opinión discrepante

(61) El artículo 36 bis LDC regula los supuestos de inadmisión de la denuncia. El SDC podrá acordar la no iniciación del procedimiento: con respecto a las conductas prohibidas por los artículos 1 y 6, cuando por su escasa importancia no afecten de manera significativa a las condiciones de competencia, y con respecto a las previstas en el artículo 7, cuando estime que no concurren las circunstancias previstas en ese artículo.

del SDC o, en su caso, de informe de la Junta Consultiva contrario a su competencia. Dado que la necesidad de contrastar la creencia en la propia competencia con el parecer del SDC se extiende a todos y cada uno de los casos en los que las CC.AA. tienen competencias de ejecución, el mecanismo diseñado en el artículo 2 puede ser contemplado como un procedimiento dirigido a la determinación de la competencia; desde la perspectiva de las autoridades autonómicas notificantes, se trataría de un procedimiento dirigido a la confirmación externa de la propia competencia. Recordemos que, a tenor del artículo 2.4, la convocatoria de la Junta Consultiva interrumpe automáticamente el procedimiento que, en su caso, se estuviese tramitando. Esta conclusión es la que obtiene SORIANO GARCÍA en un comentario doctrinal de la Ley 1/2002. Para este autor, «el plazo [de quince días] significa que la competencia inicialmente para conocer de un asunto no está resuelta, esto es, no se conoce quién puede resolver el caso. Es un supuesto de indeterminación de competencias, que queda resuelto, en principio, si ambos órganos administrativos entienden que ha quedado suficientemente despejado el sistema de aplicación de los puntos de conexión...»; «... no se conoce cuál es la autoridad competente mientras no se activen los mecanismos dispuestos al efecto [la notificación]», «herramienta para depurar esa competencia» (62).

A nuestro juicio, las opiniones vertidas por SORIANO son enormemente esclarecedoras de la verdadera naturaleza del mecanismo diseñado en el artículo 2. Pero, con todo respeto, no se comparte el juicio favorable que se desprende de su comentario. En primer lugar, ha de observarse la distancia conceptual entre un procedimiento así configurado, de determinación de competencias, y los procedimientos de resolución o de evitación de conflictos. Posiblemente se argumentará que si las dos partes manifiestan que se consideran competentes para tramitar y resolver un asunto, ello revela indudablemente la existencia de un conflicto y que el procedimiento previsto en el artículo 2 pretende atajarlo antes de que nazca. Sin embargo, no puede utilizarse la idea de prevención para dejar en suspenso y bajo supervisión el ejercicio de la competencia autonómica. La pretensión razonable, y hasta benevolente, manifestada en la jurisprudencia constitucional de evitar los conflictos se habría convertido en manos del

(62) El citado autor intenta salvar la neutralidad (y por tanto licitud) del mecanismo de determinación de la competencia subrayando que el Director del SDC no ejercita «un acto de aprobación de la competencia de la Administración notificante. No cabe aprobación, ni ratificación...» (SORIANO GARCÍA, *Comentario de urgencia...*, cit., pág. 20), aunque posteriormente incurre en la contradictoria calificación del mismo como «un acto administrativo de consentimiento a la competencia ajena» (pág. 22).

legislador en una vía administrativa previa para determinar el titular de la competencia.

En segundo lugar, no puede compartirse la idea manifestada por SORIANO —que también parece subyacer implícitamente al artículo 2— de que la competencia de las CC.AA. se halla indeterminada hasta que se pronuncie el SDC. Constituye jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional la afirmación de que las competencias de las CC.AA. derivan de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía, no de las decisiones del legislador: menos aún de las decisiones de órganos administrativos. La única excepción la constituyen las leyes estatales atributivas de competencias previstas en el artículo 150 CE (leyes orgánicas de transferencia o delegación) y las leyes estatales a las que corresponde una función delimitadora del contenido de las competencias autonómicas, en virtud de una expresa previsión constitucional o estatutaria. Las normas básicas pertenecen a este segundo supuesto (63). La Ley 1/2002 es aprobada sobre la base del artículo 149.1.13.^a CE (bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica). Una vez adoptada la Ley 1/2002, no puede haber indeterminación respecto a las competencias autonómicas. A las CC.AA. les corresponde ejercer las competencias que el Estado no ha considerado básicas. Ahora bien, conviene precisar que el establecimiento de puntos de conexión no tiene que ver con la función delimitadora de las competencias autonómicas en el sentido expuesto por la jurisprudencia constitucional. Esa delimitación se refiere a la relación entre norma o competencia ejecutiva estatal (básica) *versus* norma de desarrollo o competencia ejecutiva autonómica, mientras que el establecimiento de puntos de conexión responde al problema de deslinde entre varios ordenamientos autonómicos concernidos o, como ocurre en materia de defensa de la competencia, al deslinde entre las competencias ejecutivas de varias CC.AA. concernidas por un supuesto de hecho (aparente o realmente) interregional. El Tribunal Constitucional no encomendó al legislador la adopción de las necesarias normas básicas en la materia, de forma que las CC.AA. pudieran deducir su ámbito competencial (restante). Para eso no hacía falta diferir la nulidad de las disposiciones legales que evidenciaban la pretensión de universalidad de la competencia de los órganos estatales. Las CC.AA. no necesitan aguardar la intervención de una Ley básica para ejercer sus competencias. Como las conductas sobre las que versan las potestades administrativas en materia de defensa de la competencia pueden presentar diversos y variados vínculos con varios ámbitos territoriales al mismo tiempo y,

(63) STC 76/1983, FF.JJ. 4 y 7.

en consecuencia, interesar a varias CC.AA., el Tribunal Constitucional encomendó al legislador la importante misión de establecer los puntos de conexión con las competencias autonómicas (64). El concepto de puntos de conexión tiene un significado preciso, acotado inicialmente en el ámbito del Derecho internacional privado, y utilizado después con provecho también en el ámbito del Derecho público para, en contextos de pluralidad jurídica, delimitar entre sí las competencias legislativas y ejecutivas atribuidas a los entes subestatales en relación con supuestos de hecho interregional (65). Esos puntos de conexión han sido establecidos —con un escaso grado de acierto, dicho sea de paso— en el artículo 1 de la Ley 1/2002. En suma, desde el punto de vista constitucional, no se sostiene la necesidad de un procedimiento adicional de determinación de las competencias autonómicas, procedimiento que se desplegaría ante cada nuevo supuesto sometido al conocimiento de las autoridades autonómicas. Es evidente que un procedimiento de determinación *ad hoc* de la competencia va más allá de una resolución de los conflictos planteados por la aplicación de unos puntos de conexión legalmente previstos (66). Una parte sustancial de los problemas interpretativos sobre la aplicación de los puntos de conexión deriva del carácter indeterminado y finalista de los puntos de conexión establecidos por el legislador, que otorgan un excesivo margen de apreciación a los órganos del Estado sobre la existencia de un interés supraautonómico; pero la solución no es insertar una cuestión previa o incidental de determinación de la competencia para cada supuesto que suscite la aplicación de la legislación de defensa de la competencia, sino eliminar en origen esa indeterminación en el deslinde competencial y proceder a una redefinición completa de los puntos de conexión por el legislador estatal.

En tercer lugar, el deseo de afianzar el mecanismo legal lleva a

(64) Sin ese mandato expreso, las CC.AA. podrían haber comenzado inmediatamente a ejercer sus competencias con el único límite del territorio propio: sus decisiones sólo pueden ser ejecutadas dentro de su propio territorio.

(65) Vid. ARZOZ SANTISTEBAN, *Comunidades Autónomas, puntos de conexión...*, cit.

(66) He aquí una diferencia importante con el mecanismo previsto para la resolución de conflictos en materia de tributos cedidos a las CC.AA. (Junta Arbitral) aludido en el texto. La Junta Arbitral de resolución de conflictos en materia de tributos cedidos se configura propiamente como un instrumento de *resolución* de conflictos suscitados con ocasión de la aplicación de los puntos de conexión legales. En cambio, el mecanismo previsto en la Ley 1/2002 comienza con anterioridad incluso a la convocatoria de la Junta Consultiva y se extiende a la totalidad de los supuestos que acceden al conocimiento de las autoridades autonómicas. Como se señala en el texto, se prevé un procedimiento previo generalizado de determinación (en forma de confirmación expresa o tácita) de las competencias. En el mecanismo de la Ley 1/2002, la autoridad que se considera competente no requiere de inhibición a la otra autoridad que está actuando sobre un determinado asunto, sino que la autoridad autonómica, aunque se estime competente, debe notificar y, al parecer, debe esperar siempre la confirmación expresa o tácita de su competencia.

SORIANO al extremo de atribuir a la falta de notificación consecuencias jurídicas extraordinarias, no previstas en la propia Ley y alejadas de nuestra dogmática tradicional. Sin duda, este autor se perca de que el punto flaco del mecanismo puede estribar en las consecuencias de una iniciación del procedimiento sin previa notificación o sin esperar o sin atenerse a la respuesta que pueda recibirse. Por esta razón, da un paso más allá para rematar el procedimiento legal y extrae las, a su juicio, oportunas consecuencias jurídicas de la calificación del procedimiento previsto en el artículo 2 como procedimiento de determinación de competencias. Si la autoridad autonómica competente iniciara el procedimiento sin efectuar la notificación al SDC, se indica, esa iniciación estaría viciada de «falta absoluta de incompetencia», su actuación sería «una absoluta y completa vía de hecho», «una catastrófica nulidad de actuaciones» (67). Estas consecuencias se argumentan de la siguiente forma: la notificación «no es un mero requisito objetivo y meramente formal cuyo incumplimiento determinaría una irregularidad no invalidante. Es, claramente, un *elemento constitutivo de la validez del acto de iniciación del procedimiento*, y no solamente por meras razones de cumplimiento legal (de esta Ley 1/2002) ni, tan siquiera, por puras razones de lealtad constitucional. Estas dos importantes razones se dan, desde luego. Pero junto con ello, la clave de la calificación de nulidad de pleno derecho del acto de iniciación de cualesquiera procedimientos (autorización, infracción) sea cual sea el medio de iniciación, consiste en que no se conoce cuál es la autoridad competente mientras no se activen los mecanismos dispuestos al efecto». Pero la propia Ley 1/2002 no ha establecido expresamente que la falta de notificación constituirá una causa de nulidad de pleno derecho, como exige el artículo 62.1.g) LRJPAC. A nuestro juicio, el incumplimiento de la obligación de notificación de las denuncias y solicitudes recibidas y de las conductas detectadas de oficio —que consideramos perfectamente constitucional e indispensable para prevenir decisiones contradictorias— no afecta a la validez del acto de iniciación del procedimiento (ya señalamos en el apartado 1 que, respecto a las solicitudes de autorización singular, el procedimiento ya está iniciado antes de la eventual notificación) ni a la de la resolución que ponga fin al procedimiento. La obligación de notificación no es un requisito esencial de los procedimientos de aplicación de la Ley 16/1989, sino un elemento —y fundamental— del sistema de coordinación (y, en suma, de prevención de conflictos) de la aplicación descentralizada del Derecho español de

(67) SORIANO GARCÍA, *Comentario de urgencia...*, cit., pág. 20.

la competencia. La justiciabilidad de los deberes que se desprenden del principio de colaboración es una cuestión diferente y ajena a la de la validez y eficacia de los actos administrativos (68). La competencia o incompetencia del órgano que tramita o resuelve un procedimiento no deriva del procedimiento diseñado en el artículo 2 ni depende de la notificación allí prevista. Si el órgano que resuelve no es competente, la resolución adoptada estará afectada por un vicio de invalidez, que podrá fundamentar la impugnación en plazo por los interesados legitimados. Sólo cuando la incompetencia material o territorial sea manifiesta, en los términos del artículo 62.1.b) LRJPAC, podrá atribuirse a la resolución la consecuencia jurídica de la nulidad de pleno derecho.

Con independencia del análisis de la conformidad constitucional, ¿tiene sentido un procedimiento *previo* de determinación de la competencia en materia de defensa de la competencia? En principio, a todo órgano administrativo le corresponde determinar si es competente para tramitar y resolver la solicitud que llega a sus manos, o para iniciar un procedimiento sobre los hechos detectados de oficio, porque en caso contrario debe declararse incompetente, y deberá remitir directamente las actuaciones al órgano que considere competente cuando pertenezca a la misma Administración (art. 20.1 LRJPAC). En condiciones normales, la cuestión no reviste excesiva complejidad y se solventa de forma cuasi automática (los problemas parecen reducirse a supuestos de imprevisión u oscuridad legal de la atribución competencial). Toda la información relevante está dada y no cambia posteriormente. Sin embargo, en materia de defensa de la competencia la cuestión reviste una mayor complejidad. Sólo podrá saberse con seguridad qué autoridad es competente una vez que se haya investigado suficientemente la solicitud recibida o los hechos detectados de oficio (69). Elementos como el mercado de producto y el mercado geográfico afectado requieren un estudio detenido en los procedimientos de aplicación de la legislación de defensa de la competencia, porque, como presupuesto de la resolución que son, condicionan el otorgamiento de la autorización solicitada o la constatación de una conducta prohibida. La competencia suficiente y

(68) Compárese al respecto la siguiente consideración: «El principio de colaboración, como se ha indicado, desde una perspectiva general exige que las partes mantengan una determinada actitud en sus relaciones recíprocas, y, desde tal perspectiva, se desprenden del mismo ciertos deberes que, no obstante, no es posible catalogar apriorísticamente de forma concreta, así como tampoco establecer clara y directamente su justiciabilidad» (J. TORNOS MAS, E. AJA, T. FONT I LLOVET, J. M. PERULLES y E. ALBERTI, *Informe sobre las autonomías*, Civitas, Madrid, 1988, pág. 137).

(69) Vid. en este mismo sentido AMILS ARNAL, *Los nuevos tribunales autonómicos...*, pág. 74: «La identificación del órgano competente no puede hacerse, pues, más que a *posteriori*».

efectiva por cuyo mantenimiento y protección vela la política de defensa de la competencia se entiende referida siempre a circunstancias y a un mercado concretos (70). En los plazos previstos (quince días) no parece que pueda resolverse solventemente la cuestión. A lo sumo, cabría configurar el procedimiento previsto en el artículo 2 (incluido el dictamen de la Junta Consultiva) como un sistema de adjudicación provisional. En efecto, aunque *prima facie* parezca que la autorización singular solicitada o que la conducta restrictiva detectada limitan sus efectos a una Comunidad Autónoma, posteriormente puede ponerse de manifiesto una mayor trascendencia. Un acuerdo inicial (o un desacuerdo inicial) sobre el órgano competente puede convertirse en desacuerdo (o en acuerdo) a medida que avanza la tramitación el órgano que inicialmente se consideró competente. La Ley no ha previsto expresamente la posibilidad de remitir el expediente al órgano que, en virtud de los nuevos datos conocidos, resulte competente. Más problemas plantea la posibilidad de que la competencia inicialmente consentida o adjudicada por la Junta Consultiva fuera puesta en cuestión, en virtud de los nuevos datos aportados por la investigación, por otra de las autoridades. En principio, hay que atenerse a lo previsto en el artículo 2.4 de la Ley 1/2002: si iniciado el procedimiento por una autoridad (ya sea con o sin discrepancia inicial por las demás autoridades competentes y con o sin dictamen de la Junta Consultiva), otra autoridad considera que le corresponde la competencia sobre el concreto asunto, debería requerir de inhibición a aquella autoridad y, en caso de denegarla, convocar a la Junta Consultiva. En suma, el procedimiento formal de determinación de la competencia debería ser puesto de nuevo en marcha, con el consiguiente retraso de la tramitación del expediente, cada vez que surgiera una nueva disputa sobre el órgano competente. Sin duda, una hipótesis enojosa, pero no descartable.

3. *El sometimiento al procedimiento de resolución de conflictos*

3.1. *El papel arbitral de la Junta Consultiva en materia de conflictos.*

La Ley 1/2002 atribuye a la nueva Junta Consultiva el protagonismo en el procedimiento de resolución de conflictos. La Ley parece configurar como preceptiva la solicitud de convocatoria de la Junta

(70) J. PASCUAL Y VICENTE, *Fundamentos y limitaciones de la defensa pública de la competencia*, «Gaceta Jurídica de la Competencia y de la Unión Europea», núm. 224, 2003, pág. 28. La Exposición de Motivos de la LDC habla de «garantizar la existencia de una competencia suficiente».

cuando se constate un conflicto. Así pues, en caso de conflicto los órganos de las Administraciones autonómicas estarían obligados a solicitar la convocatoria de un órgano administrativo estatal. Desde el punto de vista procedimental, la Ley dispone que la convocatoria de la Junta Consultiva interrumpirá automáticamente el procedimiento que, en su caso, se estuviese tramitando y suspenderá el plazo para resolver y para notificar la resolución (art. 2.4). La cuestión que se plantea ahora es si la intervención de un órgano de naturaleza arbitral como la Junta Consultiva (aunque emita un dictamen no vinculante, ejerce una función arbitral) puede compensar de alguna forma el sometimiento de las autoridades autonómicas a un procedimiento como el previsto en el artículo 2.

Una primera y fundamental diferencia entre la Junta Consultiva y los procedimientos de solución de conflictos expuestos anteriormente reside en el origen y fundamento respectivos. La Junta de Cooperación se basa en una norma estatutaria (el art. 69 LORAFNA) (71). La Junta Arbitral de resolución de conflictos en materia de tributos del Estado cedidos a las CC.AA. cuenta con un fundamento constitucional expreso. El artículo 157.2 CE prevé que «mediante ley orgánica podrá regularse el ejercicio de las competencias financieras enumeradas en el precedente apartado 1, las normas para resolver los conflictos que pudieran surgir y las posibles formas de colaboración financiera entre las Comunidades Autónomas y el Estado». La figura de la Junta Arbitral prevista en la LO 3/1996, de reforma de la LOFCA, y el procedimiento regulado por el RD 2452/1998 constituyen «normas para resolver los conflictos que pudieran surgir» en el ejercicio de las competencias financieras enumeradas en el artículo 157.1 CE. Fuera de esta materia (tributos cedidos) pueden establecerse otros mecanismos de resolución de los conflictos relativos a la aplicación de los puntos de conexión (o, usando otra terminología, conflictos de verificación de la competencia). Pero, a falta de fundamentos constitucionales específicos, esos mecanismos deberán basarse en fórmulas cooperativas acordadas y practicadas voluntariamente por las Administraciones interesadas, especialmente cuando se trata de competencias compartidas o concurrentes entre el Estado y las CC.AA. (72). En efecto, las Comisiones Bilaterales de Cooperación

(71) Como señaló el Tribunal Constitucional en la STC 76/1983 con relación a los acuerdos de las Comisiones Mixtas para el traspaso de servicios a las CC.AA., «su validez procesal y material deriva directamente de los Estatutos de Autonomía y tiene su origen último en el artículo 147.2 de la Constitución».

(72) Como señala HERNÁNDEZ LAFUENTE, la cooperación posee dos notas características: partir del respeto a la autonomía de cada parte, y circunscribirse a las áreas donde se produce la concurrencia de competencias y la intersección entre actuaciones de las diversas partes o a la búsqueda de soluciones a cuestiones comunes que a todos afectan.

son creadas *por acuerdo* de los representantes de la Administración General del Estado y de la CA correspondiente (art. 5 LRJPAC), y su utilización en el marco de la conciliación prevista en el nuevo artículo 33.2 LOTC es enteramente voluntaria. Sin embargo, la Junta Consultiva en materia de conflictos, regulada por la Ley 1/2002, es una creación del legislador estatal, no es un órgano de cooperación como las aludidas Comisiones Bilaterales o como las Conferencias Sectoriales. Un órgano colegiado creado por el legislador estatal y adscrito a la Administración General del Estado, en cuya composición se prevé la participación de representantes de las CC.AA., no es un órgano de cooperación a los efectos del artículo 5 LRJPAC (73).

La segunda diferencia notable es que, a pesar de su composición paritaria, el carácter dirimente otorgado al voto del Presidente, nombrado por la Administración General del Estado (el Ministro de Economía), desequilibra de antemano el resultado del informe hacia la interpretación sostenida por los miembros designados por la Administración General del Estado (74). Por mucho que se esfuercen los representantes designados por los órganos autonómicos en convencer a los designados por el Estado, el voto dirimente inclina la balanza de uno de los lados (75). El procedimiento de resolución de conflictos se configura como una vía administrativa preceptiva ante un órgano administrativo estatal y previa a la jurisdicción constitucional. La finalidad de esa vía no parece ser otra, según lo indicado, que la de primar y hacer respetar la interpretación de determinados ór-

Vid. A. HERNÁNDEZ LAFUENTE, «Coordinación, colaboración y cooperación. El desarrollo del principio de cooperación», en *El funcionamiento del Estado autonómico*, 2.ª ed. corregida y ampliada, MAP, Madrid, 1999, págs. 561-590, esp. 567.

(73) De acuerdo con el artículo 5.1 LRJPAC, «a los efectos de lo establecido en el presente Capítulo, no tienen la naturaleza de órganos de cooperación aquellos órganos colegiados creados por la Administración General del Estado para el ejercicio de sus competencias en cuya composición se prevea que participen representantes de la Administración de las Comunidades autónomas con la finalidad de consulta».

(74) En contra, AMILS ARNAL, *Los nuevos tribunales autonómicos...*, pág. 75, argumenta que no siempre tiene que ser así, ya que el nombramiento se efectúa tras oír al Consejo de Defensa de la Competencia, en el que se encuentran representadas tanto la Administración estatal como las autonómicas, entre personas de reconocido prestigio y con amplia experiencia en materia de defensa de la competencia. Pero, con independencia de que la persona concreta que ocupe la Presidencia sea más o menos sensible al punto de vista defendido por los representantes autonómicos, el voto dirimente sólo tiene sentido en la correlación 2+2. El Presidente podrá ser favorable en más o menos casos a la competencia autonómica, pero, por definición, sólo empleará su voto dirimente cuando la interpretación defendida por el Presidente y el vocal designado por la Administración estatal no coincida con la defendida por los representantes autonómicos.

(75) SORIANO ha insistido en la necesidad de que los representantes de la Administración autonómica y de la Administración estatal no se empeñen en una defensa a ultranza de la propia competencia, para evitar que los conflictos se solventen mediante el voto de calidad. Ello supondría, a su juicio, un peligro de desprestigio (*Comentario de urgencia...*, cit., pág. 23). Pero ¿no puede ser la utilización y aun la mera posibilidad de uso del voto dirimente la causa probable de la desacreditación del órgano?

ganos estatales (el SDC, la Junta Consultiva) sobre la distribución competencial. Si ésta es la finalidad, no parece que esa tutela administrativa tenga una justificación racional suficiente; por tanto, constituye un elemento ajeno al modelo constitucional de ejecución autonómica de la legislación estatal.

Por otra parte, cuando las Administraciones en conflicto sean únicamente dos o más CC.AA., la intervención de la Junta Consultiva convierte a la Administración General del Estado, por medio de la obligación de convocar la Junta Consultiva, en la que es parte significativa, en árbitro de las disputas competenciales entre CC.AA. Esta función arbitral no tiene nada que ver con la evitación de una controversia competencial entre el Estado y las CC.AA.

3.2. *Las consecuencias del informe de la Junta Consultiva en materia de conflictos.*

Puede sorprender que al voto del Presidente se le haya otorgado el carácter de dirimente y hasta la previsión en sí del procedimiento que culmina ante la Junta Consultiva, dados los limitados efectos jurídicos atribuidos al informe emitido por la Junta. En efecto, la irrelevancia del dictamen (es decir, de la decisión de fondo sobre el titular de la competencia) plantea serias dudas sobre la utilidad práctica de todo el procedimiento en sí.

El artículo 3.1 establece expresamente que el «dictamen» de la Junta Consultiva no es vinculante. Éste es un dato insoslayable (76). Sin duda, no cabía otra posibilidad (77). Las competencias autonómicas (uno de cuyos elementos esenciales es el alcance territorial) no pueden depender de juicios más o menos fundados de órganos administrativos, aunque sean órganos de naturaleza arbitral y composición paritaria.

Si el dictamen no obliga a las partes en conflicto, es evidente que el conflicto persiste si una de las partes no está de acuerdo con él (78). Entonces, ¿cuáles son las consecuencias que se derivan? ¿Pueden las

(76) Frente a la claridad del precepto legal, SORIANO GARCÍA ha intentado argumentar el carácter vinculante del dictamen. A su juicio, el dictamen «ultima el procedimiento arbitral de solución de conflictos al permitir una composición en su dictamen final (por lo que es definitivo, aunque no firme) y, de otro lado, la decisión dictaminada se incorpora al procedimiento de actuación ante los Tribunales de Justicia y Tribunal Constitucional... Ésta es, en este punto, la última palabra administrativa; luego, hablan solamente los Tribunales» (*Comentario de urgencia...*, cit., pág. 24). Vid. al respecto AMILS ARNAL, *Los nuevos tribunales autonómicos...*, pág. 76.

(77) CASES, *Comentari de la Llei...*, pág. 119.

(78) En el mismo sentido, CASES, *Comentari de la Llei...*, pág. 119; AMILS ARNAL, *Los nuevos tribunales autonómicos...*, pág. 76.

partes ejercer su competencia y, en su caso, tramitar el procedimiento ya iniciado, con independencia del sentido del dictamen? De acuerdo con el último párrafo del artículo 2.1, «emitido el informe previsto en el párrafo anterior, en el plazo de diez días se podrá iniciar el procedimiento por el órgano estatal o autonómico *que se considere competente*, sin perjuicio de la aplicación de lo establecido en el capítulo II del Título IV de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional». El fragmento transcrito ha sido redactado con notable descuido: el sintagma «que se considere competente» puede ser interpretado en el sentido tanto del órgano que se considere competente *en el informe emitido por la Junta Consultiva* como del órgano que se considere *a sí mismo competente*, con independencia del contenido del informe. A nuestro juicio, la interpretación sistemática avala la segunda opción, porque: *a)* el dictamen no es vinculante, y *b)* ha de entenderse que su emisión pone fin a la «interrupción» automática que desencadena la convocatoria de la Junta Consultiva según el artículo 2.4.

El dictamen tampoco vincula a los interesados en el procedimiento. Los interesados en el procedimiento pueden impugnar la resolución finalmente adoptada, alegando la incompetencia del órgano que ha resuelto, a pesar de la existencia de acuerdos entre las autoridades responsables (79), o a pesar de que la Junta Consultiva haya confirmado la competencia de aquel órgano.

Si el informe no es vinculante para las autoridades en conflicto ni para los interesados en el procedimiento, cabe preguntarse por la utilidad de todo el procedimiento. Si el informe fuera vinculante (dejando al margen la cuestión de su licitud constitucional), la funcionalidad del procedimiento estaría al menos clara: las autoridades autonómicas no podrían ejercer la competencia hasta que no obtuvieran una conformidad expresa del SDC o de la Junta Consultiva. Pero como el dictamen no es vinculante, la única utilidad que le corresponde al procedimiento es que los órganos competentes en materia de defensa de la competencia no podrían ejercer su competencia hasta que se pronunciara la Junta Consultiva, en la medida en que, en el plazo de quince días, otros órganos autonómicos o el SDC hubieran manifestado su oposición. La finalidad última del procedimiento sería la de contribuir a determinar el órgano competente, pero su consecuencia inmediata, y quizás única, será la de suspender el ejercicio de la propia competencia durante un determinado período de tiempo.

(79) Vid. CASES, *Comentari de la Llei...*, pág. 119.

3.3. *La consecuencia principal: la imposibilidad de ejercer la propia competencia.*

Como se ha expuesto anteriormente, la Ley 1/2002 somete a las CC.AA. a un procedimiento obligatorio de determinación de la competencia. En virtud de ese procedimiento obligatorio, para poder ejercitar *su* competencia deben aguardar la opinión conforme (expresa o tácita) del Director del SDC durante un plazo de quince días a partir de la notificación de las denuncias o solicitudes recibidas o de las conductas detectadas; o, en caso de opinión discrepante del Director del SDC e insistencia autonómica en la propia competencia, deben esperar al informe que emita la Junta Consultiva. Ya se ha señalado que el mecanismo descrito no tiene precedentes en los veinticinco años de andadura del Estado constitucional. En ninguna materia cuya ejecución corresponde a las CC.AA. el legislador ha previsto un mecanismo semejante para determinar, *ad hoc* y con carácter preventivo, el alcance de las competencias autonómicas y estatales. Cabe pensar que la razón de esa inexistencia de precedentes no es la imprevisión o falta de imaginación jurídica de los sucesivos legisladores, sino su incompatibilidad constitucional. En efecto, no parece compatible con el diseño del reparto territorial del poder operado por la Constitución de 1978 el que en los supuestos de ejecución autonómica de la legislación estatal se introduzca, por mor de la evitación de conflictos o aunque fuera para garantizar la aplicación uniforme de la legislación estatal, un procedimiento formal similar de consulta previa o de confirmación de la propia competencia (80). Tampoco la invocación del carácter indeterminado de los puntos de conexión (una indeterminación que, en todo caso, es imputable al propio legislador) parece justificación suficiente de un procedimiento obligatorio como el descrito. La evitación de conflictos y la garantía de la aplicación uniforme de la legislación estatal son objetivos indudablemente legítimos y esenciales en todo ordenamiento. Pero es evidente que cualesquiera medios o instrumentos no son válidos para realizar objetivos legítimos. En particular, porque existen otros valores que igualmente deben ser tomados en consideración y que gozan de rango constitucional (p. ej., los principios de seguridad jurídica, de eficacia administrativa, de descentralización, etc.). Por lo

(80) En este sentido, M. SÁNCHEZ MORÓN (*Subvenciones del Estado y Comunidades Autónomas*, Tecnos, Madrid, 1990, pág. 207) rechaza expresamente el deber de información previa de las CC.AA. a la Administración estatal sobre la gestión de las subvenciones financiadas con recursos estatales como «instrumento para un control administrativo previo de legalidad que la Constitución no ha previsto y el Tribunal Constitucional estima desorbitante e improcedente».

que se refiere a las competencias ejecutivas que constitucional y estatutariamente corresponden a las CC.AA., es necesario que los instrumentos utilizados para realizar el objetivo de la prevención de conflictos sean respetuosos con el principio de autonomía (art. 137 CE). La autonomía de las CC.AA. queda configurada en la Constitución como una autonomía de naturaleza política, cualitativamente superior a la administrativa que corresponde a los entes locales, en la medida en que está dotada de competencias y potestades legislativas y gubernamentales (81). La noción de autonomía conlleva la idea de un poder político propio, de una iniciativa y una dirección políticas propias.

En la Sentencia sobre el Proyecto de LOAPA, el Tribunal Constitucional reconoció que «la uniformidad constitucionalmente pretendida en los supuestos en que corresponda al Estado la normación sustantiva, legal y reglamentaria, y a las Comunidades Autónomas sólo la mera ejecución, quedaría desvirtuada ... si el Estado no tuviera la potestad y el derecho de velar para que no se produzcan diferencias en la ejecución o aplicación del bloque normativo». Pero, al mismo tiempo, señaló que «es preciso tener presente que la autonomía exige en principio, a su vez, que las actuaciones de la Administración autonómica no sean controladas por la Administración del Estado, no pudiendo impugnarse la validez o eficacia de dichas actuaciones sino a través de los mecanismos constitucionalmente previstos. Por ello el poder de vigilancia no puede colocar a las Comunidades Autónomas en una situación de dependencia jerárquica respecto de la Administración del Estado». En la citada Sentencia resolvió que no era inconstitucional una potestad de vigilancia concretada en «la facultad de formular los requerimientos procedentes a fin de subsanar las deficiencias en su caso advertidas en la ejecución de la legislación del Estado por las Comunidades Autónomas, requerimientos, por otra parte, que no tienen carácter vinculante»: «El requerimiento constituye un trámite previo posible —y en ocasiones necesario— siempre que el Gobierno tenga reconocida alguna facultad de reacción ante Órganos jurisdiccionales» (82). El requerimiento previsto en el artículo 7.2 del malogrado proyecto de LOAPA se retuvo en el artículo 3 de la Ley del Proceso Autonómico.

En conclusión, el legislador estatal no puede supeditar la eficacia o la validez de las actuaciones autonómicas a una aprobación previa, ni tampoco puede disponer la suspensión del ejercicio de la competencia autonómica hasta que la confirme un órgano estatal o, en

(81) STC 25/1981, FJ 3.

(82) STC 76/1983, FJ 12.

caso de discrepancia, un órgano arbitral por él creado. Si los órganos estatales consideran que una Comunidad Autónoma aplica incorrectamente la legislación estatal, deben utilizar los instrumentos que pone el ordenamiento a su disposición: el requerimiento previo (art. 3 de la Ley del Proceso Autonómico), la impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, la formalización del conflicto de competencias o, en un caso verdaderamente extremo, la vía del artículo 155 CE. Lo que no puede hacer es establecer un control administrativo previo de legalidad (de interpretación y aplicación de los criterios del artículo 1 de la Ley 1/2002) como condición suspensiva del ejercicio de las competencias autonómicas.

4. *¿Subsidiariedad del control judicial y del control del Tribunal Constitucional?*

En los anteriores apartados se ha mostrado el funcionamiento del sistema de resolución de conflictos diseñado por la Ley 1/2002 y la naturaleza de la intervención de la llamada Junta Consultiva en materia de conflictos. Las conclusiones eran, en primer lugar, que se establece el sometimiento de las CC.AA. a una especie de tutela administrativa por parte del Estado (concretamente, por el SDC y por la Junta Consultiva, ambos órganos administrativos estatales) y, en segundo lugar, que el mecanismo expuesto no resuelve en realidad los conflictos, porque en último término el dictamen que emite la Junta Consultiva es meramente consultivo.

Ahora se trata de relacionar el procedimiento expuesto con las funciones que corresponden constitucionalmente a los Jueces y Tribunales y al Tribunal Constitucional. Sin duda, la Ley 1/2002 ni pretende ni puede eliminar las competencias de los órganos judiciales y las de la jurisdicción constitucional. La cuestión es si esa especie de tutela administrativa que instaura la Ley se configura como una vía administrativa previa al acceso a la jurisdicción o al acceso al Tribunal Constitucional. La Ley 1/2002 resulta algo ambigua al respecto. Cuando señala las consecuencias jurídicas de la emisión del dictamen de la Junta Consultiva, que, como se ha señalado, se reduce a habilitar al órgano considerado competente para iniciar (o, según el caso, continuar) el procedimiento correspondiente, introduce la cláusula «sin perjuicio de la aplicación de lo establecido en el capítulo II del Título IV de la Ley Orgánica 1/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional» (art. 2, apt. 1, 2 y 3). La disposición es imprecisa porque no deja claro si el recurso al Tribunal Constitucional sólo procede después de emitirse el dictamen o si, por el contrario, es una

posibilidad existente en todo momento y, en consecuencia, con independencia de la convocatoria de la Junta Consultiva. Igualmente vaga en este mismo sentido es también la disposición que alude a la posibilidad de recurrir ante los Tribunales (art. 2.6: «En todo caso, lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de la utilización de las vías jurisdiccionales pertinentes»). Evocando uno de los fragmentos más polémicos de la propia STC 208/1999, cabe preguntarse por el significado de esa cláusula «sin perjuicio»: ¿significa salvedad o subsidiariedad? La Exposición de Motivos, que no tiene contenido normativo pero ayuda a la interpretación de la norma, da a entender que el recurso ante el TC tiene carácter subsidiario (83).

Si se interpretan los apartados 1 a 3 del artículo 2 de la Ley 1/2002 según el sentido que se desprende de la Exposición de Motivos, la consecuencia es que la Ley 1/2002 habría instaurado una vía administrativa *previa* para la resolución de los conflictos competenciales en materia de defensa de la competencia. Es más, cabe pensar que la razón de ser del procedimiento expuesto estriba en su configuración como vía previa.

Sin embargo, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, no pueden imponerse vías administrativas previas al acceso al Tribunal Constitucional. La jurisprudencia constitucional lo ha declarado tajantemente en dos ocasiones en relación con el sometimiento a órganos expresamente previstos en la Constitución o en un Estatuto de Autonomía. En la STC 76/1983 se abordaba el artículo 9.2 del proyecto de LOAPA. La disposición en cuestión prescribía el establecimiento de común acuerdo de determinados planes y programas que, aun siendo de competencia bien autonómica, bien estatal, afectaran a los servicios o competencias de la otra Administración, y en ausencia de acuerdo obligaba a someter las diferencias al Consejo previsto en el artículo 131.2 CE (84). El TC señaló que «el carácter necesario y vinculante del acuerdo entre el Estado y la Comunidad, y la atribu-

(83) «*Si las Administraciones en conflicto no asumen el resultado del dictamen, se contempla una remisión a lo dispuesto en la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, a fin de que sea el Alto Tribunal el que decida acerca de qué administración debe ser la que resuelva el procedimiento en cuestión a través del planteamiento de un conflicto, positivo o negativo, entre el Estado y las Comunidades Autónomas o entre éstas entre sí. No obstante, en la medida en que se prevén otros procedimientos de cooperación y coordinación entre las Administraciones en conflicto, la elevación de la cuestión ante el Tribunal Constitucional debe erigirse en última instancia de resolución de las cuestiones competenciales*» (V). El énfasis es añadido.

(84) La disposición controvertida establecía lo siguiente: «En los supuestos no contemplados en el número anterior, los planes, programas o acuerdos del Estado y de las Comunidades Autónomas que, siendo competencia de una de estas esferas, afecten a servicios o competencias de la otra, se establecerán, exclusivamente en cuanto a este extremo, de común acuerdo entre ambas. *Si no se obtuviera el acuerdo, se someterán las diferencias al Consejo a que se refiere el artículo 131, 2, de la Constitución*».

ción de un papel arbitral al Consejo a que se refiere el artículo 131.2 de la Constitución, colocan al precepto en un plano distinto al de la colaboración y la coordinación. Como consecuencia de dicho precepto, el ejercicio de competencias reservadas a diversos Órganos del Estado o de la Comunidad Autónoma se ve condicionado a la decisión de otro Órgano, al que se atribuyen las facultades decisorias que a aquéllos pudieran corresponderles, invadiendo así su esfera de competencia. Por otra parte, con independencia de que sea discutible —como entienden los recurrentes— que al Consejo pueda atribuírsele una función no acorde con el fin que ha determinado su previsión constitucional, el hecho es que con la función de arbitraje a él encomendada se interpone un mecanismo para la resolución de conflictos competenciales no previsto constitucionalmente». Por todos estos motivos —por reformular el ámbito de competencia formulado por la Constitución, por limitar potestades atribuidas constitucionalmente a varios órganos y por crear controles sobre la actuación de las CC.AA. no previstos en la Constitución—, el Tribunal declaró inconstitucional la disposición enjuiciada (85).

Por otra parte, en la ya aludida Sentencia 86/1988, que abordó la falta de planteamiento de una discrepancia ante la Junta de Cooperación del artículo 69 LORAFNA, el Tribunal Constitucional señaló que «sin negar la obligatoriedad de uso de este instrumento [el planteamiento de las discrepancias ante la Junta de Cooperación], lo cierto es que el mismo no ha creado un requisito previo de procedibilidad, que impida el acceso a este Tribunal, pues dicho artículo [69 LORAFNA] añade “sin perjuicio de la legislación propia del Tribunal Constitucional y de la Administración de Justicia”» (86). Como se notará, el artículo 69 LORAFNA utiliza similares fórmulas de «sin perjuicio» a las de la Ley 1/2002. Como el artículo 2 de la Ley 1/2002 también salva expresamente («sin perjuicio») la posibilidad de acudir al Tribunal Constitucional, la interpretación constitucionalmente conforme del precepto impide considerar que el sometimiento de las discrepancias ante la Junta Consultiva constituya una vía previa preceptiva a la jurisdicción constitucional. Por razones de coherencia, igual conclusión ha de extraerse en relación con la posibilidad de acceso a la vía jurisdiccional.

(85) STC 76/1983, FJ 14.

(86) STC 86/88, FJ 1. Sin duda, esta doctrina resta eficacia a la vía conciliadora prevista en el Estatuto. Es de notar que con anterioridad la doctrina se había manifestado a favor del carácter preceptivo y previo, incluso a pesar de la STC 76/1983 (vid. MUÑOZ MACHADO, *Derecho público...*, vol. II, cit., pág. 329). También M. M. RAZQUIN LIZARRAGA (*La Junta de Cooperación*, pág. 95) discrepa del pronunciamiento del TC y considera que con la interpretación del TC se ha transformado la naturaleza del órgano, de arbitral y conciliador a simple órgano de colaboración administrativa.

De la jurisprudencia constitucional expuesta no se deduce la imposibilidad de que el legislador estatal establezca —en la medida en que ostenta competencias normativas— cauces para la resolución de conflictos que eviten la formalización del conflicto de competencias ante la jurisdicción constitucional o la jurisdicción contencioso-administrativa (87), sino sólo la imposibilidad de convertir dichos cauces en requisitos previos para el planteamiento del conflicto constitucional o la impugnación judicial (así como —ya se indicó anteriormente— supeditar el ejercicio de las competencias autonómicas a la decisión de un órgano administrativo como el SDC o la Junta Consultiva).

VI. HACIA UN REPLANTEAMIENTO DESDRAMATIZADO DE LA CUESTIÓN EJECUCIÓN DESCENTRALIZADA Y PREVENCIÓN DE CONFLICTOS

La ejecución autonómica de la legislación estatal no es un fenómeno extraño a nuestro régimen constitucional, sino que ha sido ampliamente dispuesto por las normas constitucionales y estatutarias, además de constituir un modelo ampliamente difundido en el Derecho comparado. Durante más de veinte años, este modelo de distribución de competencias ha sido practicado con notable eficacia por las Comunidades Autónomas. La jurisprudencia constitucional se ha ocupado de perfilar y precisar el modelo. Parecería que en la doctrina y en los representantes políticos tendrían que haberse instalado ya el hábito y la confianza en la responsabilidad de las autoridades autonómicas. Esto era así al menos para un conjunto extenso de materias de Derecho público. Pero lo cierto es que algunos especialistas del Derecho de la competencia acogieron con tonos apocalípticos la Sentencia 208/1999 (reacción explicable en parte por la sorpresa de la demorada Sentencia, después de diez años de aplicación de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, en parte por la mayor lejanía histórica al modelo de ejecución descentralizada en el Derecho mercantil, sector que proporciona buena parte de los especialistas en la materia). Sin embargo, nada está más lejos de esa Sentencia que un salto al vacío. La Sentencia reconoció al Estado no sólo las competencias ejecutivas relevantes para la configuración real de un mercado único de ámbito nacional, sino también las actuaciones necesarias para la coordinación de la aplicación descentralizada del Derecho de defensa de la competencia, así como, naturalmente, la competencia legislativa plena. Y la extremada prudencia

(87) MUÑOZ MACHADO, *Derecho público...*, págs. 327-328.

del Alto Tribunal difirió excepcionalmente la nulidad de los preceptos declarados inconstitucionales hasta el establecimiento por el legislador estatal de los puntos de conexión con las competencias ejecutivas de las CC.AA. La injustificada invocación de la desintegración del Derecho de defensa de la competencia parece haber provocado, lamentablemente, una regulación, en la Ley 1/2002, nada clara de los supuestos de hecho de las competencias estatales y un mecanismo exorbitante de resolución de conflictos.

La evitación de conflictos es un deseo natural en toda circunstancia y materia. Pero la conflictividad es una característica de las sociedades pluralistas, y la existencia de discrepancias entre los órganos centrales y las autoridades públicas descentralizadas es consustancial a los ordenamientos que han asumido la distribución territorial del poder como seña de identidad constitucional. Sin duda, también en el ámbito de la aplicación descentralizada de la legislación de defensa de la competencia se pueden producir conflictos de diversa naturaleza. No obstante, conviene situar los conflictos posibles en su justo término. La STC 208/1999 sólo abrió el camino a una descentralización parcial de las competencias ejecutivas. Los criterios de esa descentralización están (o debieran estar) en la Ley 1/2002. Las CC.AA. sólo tienen competencia para tramitar y resolver los procedimientos de otorgamiento de autorizaciones singulares y los procedimientos sancionadores por infracción en relación con los acuerdos o las conductas que tengan efectos exclusivamente en su ámbito territorial. Un nutrido grupo de cuestiones están expresamente excluidas de su competencia (el bloque completo relativo al control de las concentraciones, las ayudas y las exenciones por categorías, la aplicación del Derecho comunitario de la competencia, etc.).

¿Qué conflictos competenciales puede plantear la aplicación de la Ley? Desafortunadamente, la Ley 1/2002 ha optado por una delimitación confusa e insegura (salvo, claro está, en las materias atribuidas plena y absolutamente a los órganos estatales, pero a ellas no se refiere lógicamente el procedimiento de resolución de conflictos) de las competencias ejecutivas autonómicas y estatales. En tanto no se modifique la Ley, una parte de la conflictividad será directamente imputable a los controvertidos «puntos de conexión». Una definición técnicamente acertada y constitucionalmente conforme de los puntos de conexión no eliminaría de raíz la posibilidad de controversias competenciales, pero éstas serían de orden estrictamente fáctico y versarían sobre los elementos del supuesto de hecho (88). La cuestión que debe abordarse es si los conflictos sobre la aplicación de los

(88) Véase *supra*, apartado II.

puntos de conexión requieren un procedimiento formal específico de resolución. El legislador así lo ha estimado. Sin embargo, el riesgo de una eventual apreciación errónea de la propia competencia no parece fundamentar el empeño. Una vez establecido el alcance de la descentralización, los esfuerzos deben dirigirse a procurar una adjudicación eficaz, ágil y flexible de los expedientes, de forma que las autoridades responsables no se interfieran mutuamente en el ejercicio de sus competencias. Cuando menos, cabe dudar de la utilidad práctica del procedimiento previsto: a lo largo de las consideraciones anteriores se ha puesto de relieve su relativa complejidad, el riesgo de dilaciones en la tramitación de los procedimientos y la nula relevancia jurídica del informe emitido por la Junta Consultiva. Ni el procedimiento parece idóneo para el riesgo combatido, ni los costes expuestos parecen estar en proporción a los beneficios esperados. Pero, sea más o menos útil, el mecanismo de resolución de conflictos previsto en los artículos 2 y 3 suscita objeciones técnicas y serios reparos de calado constitucional (89). Por otra parte, parece que las técnicas a las que la propia Sentencia 208/1999 aludió expresamente son suficientes para prevenir y evitar los conflictos: el establecimiento de un sistema claro y previsible y, al mismo tiempo, constitucionalmente conforme de puntos de conexión, la obligación de información recíproca y los mecanismos de coordinación para garantizar la coherencia de la disciplina de la defensa de la competencia.

Sin duda, deben establecerse las medidas necesarias para la coordinación de la aplicación de la legislación de defensa de la competencia. Pero no es lo mismo decisiones materialmente incorrectas que decisiones contradictorias o que decisiones materialmente correctas adoptadas por quien, quizás, en el caso concreto no ostentara la competencia.

En primer lugar, es necesario garantizar la coherencia de la aplicación de la legislación estatal para evitar decisiones incorrectas. Pero debe tenerse en cuenta que la aplicación descentralizada no comienza de cero. La legislación de defensa de la competencia no es un bloque normativo creado *ex novo* en 2002; los órganos autonómicos cuentan con la doctrina consolidada de los órganos de defensa de la competencia y con su asistencia para los problemas que puedan ir surgiendo. Además, al Servicio de Defensa de la Competencia la Ley 1/2002 le ha atribuido la condición de interesado en los procedimientos tramitados por las autoridades autonómicas con objeto de «procurar la aplicación uniforme de la Ley de Defensa de la Competencia» (art. 5.Tres). Las autoridades autonómicas que opten por

(89) Véase *supra*, apartado V.

asumir la competencia y aplicar en su territorio la legislación de defensa de la competencia deberán garantizar, naturalmente, la independencia de los órganos competentes y la idoneidad y cualificación profesional de las personas designadas para esos puestos. Además, el Consejo de Defensa de la Competencia, órgano creado por la Ley 1/2002 (art. 5.Uno), puede ser un instrumento eficaz para supervisar y garantizar la coherencia de la aplicación de la Ley y emitir recomendaciones sobre los aspectos que se consideren oportunos.

En segundo lugar, es necesario reducir el riesgo de decisiones contradictorias. El riesgo de decisiones contradictorias se produce cuando las autoridades actúan separadamente, sin informarse recíprocamente. En el campo estricto de la aplicación descentralizada de la legislación de defensa de la competencia, se podrían producir decisiones contradictorias cuando dos Comunidades Autónomas, o una Comunidad y el SDC, tramitaran sendos expedientes sobre una misma conducta o autorización singular. En principio, no parece probable que una empresa o grupo de empresas presenten solicitudes de autorización singular ante dos CC.AA. o ante una CA y el SDC simultáneamente, por lo que los problemas se plantearían básicamente en relación con la investigación y sanción de las conductas ilícitas, sea de oficio o a raíz de una denuncia (que en esta materia es pública) (90). En cualquier caso, la obligación de notificación de todas las denuncias y las solicitudes de autorización singular recibidas, así como de todas las conductas detectadas de oficio respecto de las que existan indicios racionales de infracción, prevista en el artículo 2 (en el apartado 1, párrafo primero, para las CC.AA., y en el apartado 2, párrafo segundo, para el SDC), es instrumento adecuado y suficiente para eliminar el riesgo de decisiones contradictorias. No cabe suponer que los órganos responsables se empecinarán en la defensa a ultranza de su competencia (para estos supuestos tampoco el procedimiento del artículo 2 serviría de ayuda, puesto que no resuelve el conflicto); tampoco que los órganos responsables entablarán una carrera por ver quién resuelve antes un procedimiento sancionador. En la práctica se desarrollará un procedimiento informal de adjudicación o de remisión del expediente. En materia de autorizaciones singulares, salvo propia decisión de traslado de la solicitud, no parece que pueda serle sustraída la competencia para su tramitación a quien ha recibido la solicitud. Los demás órganos responsa-

(90) La misma persona o personas distintas, interesadas o no, pueden presentar denuncias relacionadas con una conducta prohibida ante las autoridades de varias CC.AA. y, en su caso, ante el SDC, o bien las diversas autoridades competentes pueden detectar de oficio las conductas prohibidas; también es posible que mientras una autoridad instruye un procedimiento sancionador se presente una solicitud de autorización ante otra autoridad, como ya preveía antes de la descentralización el artículo 38.3 LDC.

bles (autonómicos o estatales) pueden expresar sus reparos a la competencia de quien ha recibido la solicitud, pero nada más. En efecto, cuando las autoridades de defensa de la competencia no están de acuerdo sobre quién es competente para tramitar y resolver un asunto, no puede imponérseles una vía administrativa previa, ni como procedimiento específico para determinar *ad hoc* la competencia, ni como vía previa de acceso a los Tribunales, ni como control administrativo sobre la legalidad de la actuación autonómica. En suma, si la solicitud se ha presentado ante una CA y ésta se considera competente, tramitará el procedimiento y, en su caso, otorgará o no la autorización singular. La validez de la decisión adoptada, en el caso, p. ej., de incompetencia de su autor, se dilucidará según las normas generales de los artículos 62.1 y 63 LRJPAC. La condición de interesado del Servicio de Defensa de la Competencia le faculta para impugnar la decisión que ponga fin al procedimiento por, entre otros motivos, la incompetencia de su autor. Aunque exista discrepancia sobre el titular de la competencia, eso no significa que la decisión adoptada sea incorrecta. Si la autoridad autonómica otorga una autorización singular, la decisión sólo sería válida para ese ámbito territorial, de acuerdo con la Ley; la alteración de las circunstancias (y la detección de efectos supracomunitarios podría ser uno de los supuestos paradigmáticos) habilita a los órganos centrales para revisar la autorización otorgada y, en su caso, otorgar una nueva o revocarla. En definitiva, el otorgamiento autonómico de la autorización singular será correcto o no. En el primer caso, no se plantea ningún problema desde la perspectiva de la aplicación coordinada de la legislación de defensa de la competencia. En el segundo caso, existen medios suficientes para corregir esa autorización singular. Por un lado, si el propio órgano autonómico reconoce que no le correspondía tramitar la solicitud (por convencimiento, por ocultación o falseamiento de datos, etc.) puede iniciar el procedimiento de revisión de oficio de la autorización. Pero, con independencia de la iniciativa del órgano autonómico, los órganos centrales pueden interpretar en cualquier momento que se ha producido una alteración de las circunstancias tomadas en consideración en el momento del otorgamiento de la autorización singular (art. 2.4).

Idénticas consideraciones cabe efectuar cuando se trata de un procedimiento sancionador por infracción de las normas de competencia. Hay que insistir en la coordinación de la aplicación de la legislación de defensa de la competencia, que es lo verdaderamente importante. No se puede sostener seriamente la necesidad de verificar en cada expediente la competencia autonómica para evitar riesgos de aplicación desigual (porque es la supervisión sobre el ejercicio

de las competencias descentralizadas lo que en realidad pretende el procedimiento del artículo 2, a pesar de la doble dirección de los requerimientos de inhibición y la idéntica legitimación para convocar a la Junta Consultiva). El que el SDC o la Junta Consultiva «confirman» la competencia de un órgano autonómico no garantiza que éste adopte luego la resolución correcta. Las normas de defensa de la competencia y la unidad de mercado se resienten más cuando, como ocurre ahora, un gran número de conductas restrictivas quedan impunes. Con independencia de los mecanismos de coordinación interadministrativos, los interesados en el procedimiento (los sancionados, los denunciadores, el SDC) corregirán eventuales desviaciones (sanciones desproporcionadamente bajas o altas) mediante la impugnación de las resoluciones ante los Tribunales.