

## **INFORME SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY DE CREACIÓN Y CRECIMIENTO DE EMPRESAS**

**Expediente IPN/CNMC/033/21**

### **PLENO**

#### **Presidenta**

D<sup>a</sup>. Cani Fernández Vicién

#### **Vicepresidente**

D. Ángel Torres Torres

#### **Consejeros**

D<sup>a</sup>. María Ortiz Aguilar

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D<sup>a</sup>. María Pilar Canedo Arrillaga

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xavier Ormaetxea Garai

D<sup>a</sup>. Pilar Sánchez Núñez

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep Maria Salas Prat

#### **Secretario del Consejo**

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Barcelona, a 28 de septiembre de 2021

Vista la solicitud de informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital sobre el anteproyecto de ley (APL) de creación y crecimiento de empresas, que tuvo entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) el 2 de agosto de 2021, en ejercicio de las competencias que le atribuye el artículo 5.2 de la [Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC](#), el Pleno acuerda emitir el presente informe.

## ÍNDICE

1. ANTECEDENTES	3
2. CONTENIDO	4
3. VALORACIÓN	7
3.1. Observaciones generales	7
3.2. Observaciones particulares	9
3.2.1. <i>Modificación del artículo 5 LGUM. Principio de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes</i>	9
3.2.2. <i>Modificación del artículo 14 LGUM. Cooperación en la elaboración de proyectos normativos</i>	11
3.2.3. <i>Modificación del artículo 17 LGUM. Instrumentación del principio de necesidad y proporcionalidad</i>	12
3.2.4. <i>Modificación del artículo 18 LGUM. Actuaciones que limitan la libertad de establecimiento y la libertad de circulación</i>	13
3.2.5. <i>Modificación del artículo 26 LGUM. Procedimiento en defensa de los derechos e intereses de los operadores económicos por las autoridades competentes</i>	15
3.2.6. <i>Modificación del artículo 127 ter de la Ley 29/1998, de 13 de julio, en materia de condena al resarcimiento de daños y perjuicios.</i>	16
3.2.7. <i>Modificación consistente en añadir una Disposición adicional decimoprimeras.</i>	17
3.2.8. <i>Modificación relativa a la disposición final cuarta sobre la factura electrónica.</i>	18
4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	18

## 1. ANTECEDENTES

La creación y crecimiento de las empresas tienen un papel fundamental en el proceso de crecimiento económico y en el aumento de la productividad. El aumento del tamaño empresarial y el impulso al emprendimiento se han señalado como factores clave para aumentar el crecimiento potencial de España y reducir la intensidad de las fluctuaciones cíclicas, reforzando el tejido económico y social y la resiliencia a largo plazo.

En este contexto, el presente proyecto tiene por objeto mejorar el clima de negocios, impulsar el emprendimiento y fomentar el aumento del tamaño empresarial, así como el despliegue de redes de colaboración e interacción. La investigación económica y la experiencia comparada destacan que la dinámica empresarial es un factor determinante para un buen desempeño económico en términos de eficiencia, de productividad y de internacionalización.

Dentro de este proceso evolutivo, las dos fases más críticas son la creación y el crecimiento de las empresas. Una de las debilidades estructurales de la economía española está relacionada con los costes aparejados a la creación de nuevas empresas y con los obstáculos y desincentivos a los que se enfrentan las pequeñas y medianas empresas para crecer.

Entre estos obstáculos para crecer se encuentran barreras regulatorias y administrativas, fallos en el mercado único o la existencia de malas prácticas en el pago a proveedores. Estas últimas resultan particularmente onerosas para las pequeñas y medianas empresas (PYMEs), que sufren la presión sobre su liquidez y sobre su capacidad para hacer crecer su negocio<sup>1</sup>.

Adicionalmente, uno de los objetivos incluidos en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia es precisamente el establecimiento de un marco jurídico adecuado que impulse la creación de empresas y fomente su crecimiento a través de la mejora regulatoria, la eliminación de obstáculos a las actividades económicas, la reducción de la morosidad comercial y el apoyo financiero al crecimiento empresarial<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> En España, las PYME y los trabajadores autónomos constituyen más del 99% del tejido productivo en términos de número, representan algo más del 61% del Valor Añadido Bruto (VAB) y el 64% del empleo. Los estudios académicos alertan del riesgo que supone la falta de liquidez para las pequeñas empresas: cuanto más pequeña es su estructura, más sensibles se muestran a los problemas económicos y financieros, lo que las condena, en muchos casos, a su desaparición. Un menor tamaño se traduce en menor capacidad para financiarse y para resistir tensiones de tesorería; por tanto, los efectos de la morosidad se hacen más evidentes para las pequeñas empresas que para las empresas más grandes. La incertidumbre que genera esta situación también condiciona su capacidad de crecimiento y de generar empleo estable y de calidad.

<sup>2</sup> Componente 13 de este Plan, que tiene por título “Impulso a las PYME”.

## **2. CONTENIDO**

La Ley consta de 25 artículos, agrupados en 6 Capítulos, 5 disposiciones adicionales, 4 disposiciones transitorias, 1 disposición derogatoria, y 5 disposiciones finales.

El Capítulo I recoge las disposiciones generales. El Capítulo II recoge las medidas para agilizar la creación de empresas. El Capítulo III recoge las medidas para mejora de la regulación y eliminación de obstáculos a las actividades económicas. El Capítulo IV recoge las medidas para la lucha contra la morosidad comercial.

El Capítulo V se centra en las medidas para apoyar financieramente el crecimiento empresarial y se divide en dos secciones. La Sección 1ª regula el régimen jurídico de las plataformas de financiación participativa. La Sección 2ª regula las plataformas de financiación participativa armonizadas por el Derecho de la UE. El Capítulo VI recoge las medidas para el impulso y mejora de la inversión colectiva y el capital riesgo dividiéndose en la sesión primera relativa a Instituciones de inversión colectiva y la segunda, al capital riesgo.

La disposición adicional primera regula el Impulso de una ordenanza tipo para el ejercicio de actividades comerciales minoristas y prestación de servicios. La disposición adicional segunda prevé el impulso de un convenio de colaboración con la CNMC en el marco de la LGUM. La disposición adicional tercera, prevé medidas relacionadas con la agenda electrónica notarial. La disposición adicional cuarta establece la elaboración periódicamente de una estadística sobre la utilización de CIRCE. Y la disposición adicional quinta regula un formato estandarizado para las escrituras de constitución.

La disposición transitoria primera prevé la regulación de los procedimientos iniciados en materia de unidad de mercado. La disposición transitoria segunda regula el régimen de las sociedades en régimen de formación sucesiva. La disposición transitoria tercera regula aspectos relacionados con las causas de resolución de los contratos administrativos y la regulación aplicable. La disposición transitoria cuarta prevé un período transitorio respecto a los servicios de financiación participativa prestados de conformidad con la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial.

La disposición derogatoria única prevé en particular la derogación del Título V de la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial y el Título XII del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. La disposición final primera recoge el título competencial que ampara la ley. La disposición final segunda reconfigura las “sociedades nueva empresa” existentes como SRL. La disposición final tercera regula la creación del Observatorio de Morosidad Privada. La disposición final cuarta regula el desarrollo reglamentario. Por último, la disposición final quinta recoge la entrada en vigor (al día siguiente de su

publicación en el BOE), a excepción del artículo 12, relativo a la facturación electrónica entre empresas y autónomos, que se difiere entre uno y tres años.

Entre las novedades más relevantes, cabe mencionar:

- *Medidas para agilizar la creación de empresas.* Se establece la cifra mínima de capital funcional de 1€ para el capital social mínimo legal de una Sociedad de Responsabilidad Limitada (SR), que el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital<sup>3</sup> fijaba en 3.000€. Se reforma el Centro de Información y Red de Creación de Empresas (CIRCE)<sup>4</sup> para reducir los tiempos de constitución de una SRL. Adicionalmente, se introduce la obligación para los notarios y otros intermediarios que participen en la creación de SRL a través de CIRCE de informar sobre las ventajas de su utilización.
- *Mejora de la regulación y eliminación de obstáculos a las actividades económicas.*
  - Modificación de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM) y de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (del procedimiento de unidad de mercado que había sido introducido en esta Ley por la LGUM). Se introducen modificaciones que afectan al principio de eficacia nacional y a los principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación, así como a los mecanismos de protección de operadores<sup>5</sup>. Se mejora la transparencia planteando que los informes que elaboren los puntos de contacto de unidad de mercado podrán publicarse, así como los mecanismos de cooperación entre Administraciones (destacando el Convenio de colaboración entre la Secretaría del Consejo y la CNMC para la mejora de la regulación de las actividades económicas).
  - Modificación de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios: Se amplía el catálogo de actividades inocuas previsto en la Ley. Además, se impulsa la adopción de una ordenanza tipo para el ejercicio de actividades comerciales minoristas, prestación de servicios, actos de control e intervención municipal en ciertas

---

<sup>3</sup> [Real Decreto Legislativo 1/2010](#), de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

<sup>4</sup> Entre otras medidas, se acotan en mayor medida los tiempos de creación de SRL cuando ésta se crea sin estatutos tipo, reduciéndose el plazo de inscripción de la escritura de constitución por el Registrador de 15 a 5 días.

<sup>5</sup> Se amplía la capacidad de legitimación (acción popular) de forma que cualquier ciudadano puede interponer reclamaciones sin necesidad de que sea interesado (sin que sea el destinatario concreto de la actuación).

actividades económicas. Entre las medidas para la lucha contra la morosidad comercial, se impulsa la facturación electrónica, estableciendo su obligatoria expedición y remisión en las operaciones B2B y se tendrá en cuenta como requisito para el acceso a subvenciones, así como causa de resolución de los contratos públicos. Finalmente, se crea un Observatorio de Morosidad Privada nacional que, encargado del seguimiento y evolución de los datos de pago y la promoción de buenas prácticas, impulsará la transparencia en este ámbito.

- *Medidas para apoyar financieramente el crecimiento empresarial.* Por exigencias de la UE, se crea una nueva categoría "gestión de carteras" para permitir que el proveedor de servicios de financiación participativa invierta fondos en nombre del inversor. Por otra parte, se establece un límite único de inversión individual por proyecto para inversores minoristas que se fija como el más alto entre una cantidad de 1.000 euros o el 5% de la riqueza (sin incluir propiedades inmobiliarias y fondos de pensiones)<sup>6</sup>. Además, destaca la fijación de un límite de inversión por proyecto de 5 millones de euros, superable hasta el límite previsto en la legislación de cada Estado miembro a partir del cual se exige la emisión de un folleto (pero en este caso sin poder contar con pasaporte europeo sino sólo dentro de ese Estado miembro). Fuera de la adaptación a la regulación europea, cabe destacar el hecho de que las plataformas de financiación participativa (*crowdfunding*) puedan crear y agrupar a los inversores en una SRL<sup>7</sup>.
- *Impulso y mejora de la inversión colectiva y el capital riesgo.* En relación con las instituciones de inversión colectiva, se recoge expresamente la figura de los fondos de inversión a largo plazo europeos. En relación con las entidades de capital riesgo, se crea una nueva categoría de "Entidades de Inversión Colectiva de Tipo Cerrado de Préstamos"; se incluye expresamente como objeto principal del capital riesgo la inversión en entidades financieras cuya actividad se encuentre sustentada principalmente en la aplicación de tecnología a nuevos modelos de negocio, aplicaciones, procesos o productos, y se flexibiliza el régimen para inversores no profesionales en entidades de capital riesgo.

---

<sup>6</sup> A los inversores minoristas no se les impide invertir por encima del límite, pero de querer hacerlo, recibirán una advertencia de riesgo y tendrán que dar su consentimiento expreso al proveedor de servicios de financiación participativa.

<sup>7</sup> Cuyo objeto social y única actividad consista en ser tenedora de las participaciones de la empresa en que se invierte, en una entidad sujeta a la supervisión de la CNMV, o en otras figuras que se utilicen habitualmente para estos fines en otros países de la Unión Europea. Aunque la normativa vigente hasta este momento en España no prohibía esta posibilidad, no se ha dado en la práctica, por lo que se considera conveniente incluirla en expresamente en la legislación, asimilando el ordenamiento jurídico español al de otros países de nuestro entorno e impulsando una medida que puede tener efectos positivos sobre el crecimiento y funcionamiento de las plataformas de financiación participativa.

### 3. VALORACIÓN

#### 3.1. Observaciones generales

En líneas generales, el APL se valora positivamente en la medida en que identifica una serie de prácticas, como las barreras regulatorias y la morosidad en el pago a proveedores, que suponen obstáculos a la creación y al crecimiento de empresas, en especial de aquellas de menor tamaño<sup>8</sup>.

Facilitar la creación de empresas tiene una incidencia directa sobre la competencia en la oferta de bienes y servicios prestados en el mercado en un doble sentido: por un lado, aumenta el número de potenciales oferentes de aquellos y con ello la capacidad de elección de los consumidores; por otro, permite incrementar la calidad de los bienes o servicios prestados, en la medida en que incentiva la existencia de comportamientos innovadores, tanto de los incumbentes como de los nuevos entrantes.

Favorecer el crecimiento de las empresas permite incrementar la productividad, la resistencia ante las potenciales crisis y la capacidad de acometer las inversiones necesarias para seguir siendo competitivas en el contexto de la doble transformación digital y medioambiental, en coherencia con las prioridades del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y con las recomendaciones de los organismos internacionales<sup>9</sup>.

En este contexto de transformación digital, el APL persigue impulsar la creación de empresas de forma rápida, ágil y al menor coste posible. Para ello, se impulsa la utilización del sistema de tramitación telemática Centro de Información y Red de Creación de Empresa (CIRCE<sup>10</sup>) y el Documento Único Electrónico (DUE). Además, se incluyen medidas para potenciar los instrumentos de financiación del crecimiento empresarial, flexibilizando los mecanismos de financiación alternativa como el crowdfunding, la inversión colectiva y el capital riesgo, en parte para

---

<sup>8</sup> Conforme a la MAIN, según el indicador PMR y el Doing Business, España está peor situada que la media UE (y OCDE) en el apartado sobre licencias asociadas a la actividad económica.

<sup>9</sup> Por ejemplo, las Recomendaciones del Consejo de la Unión Europea desde 2012 hasta 2019 han hecho algún tipo de recomendación específica al respecto. En 2020 se incluyó como considerando a las recomendaciones del Consejo a España que "(...) En España, la fragmentación y los obstáculos reglamentarios impiden a las empresas beneficiarse de las economías de escala y afectan negativamente a la productividad. La Ley de Unidad de Mercado, que ya está siendo aplicada por los tribunales y las autoridades de defensa de la competencia, debe utilizarse de forma más activa para fomentar la mejora de la reglamentación y la competencia durante la recuperación (...)".

<sup>10</sup> La reforma de CIRCE se completará con la próxima transposición de la Directiva (UE) 2019/1151 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades. Esta Directiva exige, entre otros aspectos, que una SRL pueda registrarse íntegramente en línea en unos plazos determinados.

adaptar nuestra normativa a la nueva reglamentación proveniente de la UE a este respecto<sup>11</sup>.

Esta CNMC comparte el diagnóstico del proyecto y considera que podría ser reforzado con un análisis en profundidad de los factores que entorpecen la constitución de nuevas empresas, además de las que favorecen su desaparición<sup>12</sup> o impiden su crecimiento<sup>13</sup>. En su plan de actuaciones 2021-22, la CNMC ha establecido el objetivo de analizar las barreras a la competencia en los mercados, ejercicio que podría ser complementario y contribuir positivamente a los objetivos del presente proyecto.

En otro orden de cosas, de forma más particular, se valoran positivamente ciertas medidas incluidas en el APL, entre las que destacan:

- La posibilidad de instar a la nueva Conferencia Sectorial de Mejora Regulatoria y Clima de Negocios para elaborar una ordenanza tipo para el ejercicio de actividades comerciales minoristas y prestación de servicios, así como la adopción, en coordinación con otras Conferencias Sectoriales, de ordenanzas tipo en otras actividades económicas, dentro de la evaluación permanente y periódica del marco regulatorio vigente<sup>14</sup>.
- La modificación de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, ampliando el catálogo de actividades exentas de licencia.
- La nueva regulación recogida en el artículo 28 de la LGUM para posibilitar el inicio de este mecanismo por obstáculos o barreras previstos en proyectos

---

<sup>11</sup> Como el Reglamento (UE) 2020/1503, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a los proveedores europeos de servicios de financiación participativa para empresas, y por el que se modifican el Reglamento (UE) 2017/1129 y la Directiva (UE) 2019/1937.

<sup>12</sup> En la MAIN (pág. 57) se cita un documento de reflexión aportado por Emilio Huertas (Catedrático de Organización de Empresas), Alfonso Novales (Real Academia de Ciencias Morales y Políticas) y Vicente Salas (Catedrático de Organización de Empresas). En el mismo se indica que el impacto de los costes externos para crecer se sobreestima y los costes internos (ligados a la descentralización y por tanto a la formación de los directivos) se ignoran, cuando tienen gran importancia. Se recomienda por los autores que la Administración encargue la elaboración de un libro blanco sobre el mercado de empresarios en España.

<sup>13</sup> Por ejemplo, en la MAIN se recogen aportaciones de operadores que identifican la existencia de umbrales en los ámbitos fiscal (consideración de Gran Empresa a partir de un determinado volumen de negocios), contable (posibilidad de presentación de cuentas de modo abreviado y exigencia de auditoría de cuentas) o laboral (representación de personal, movilidad geográfica, modificación sustancial de condiciones de trabajo, despidos colectivos, exigencias con respecto a la contratación de trabajadores discapacitados, acceso a bonificaciones e incentivos).

<sup>14</sup> Sobre las que la CNMC ofrece toda su colaboración en vía consultiva ex artículo 5.2 de la Ley 3/2013 de 4 de junio, creación de la CNMC.

normativos, incluyendo la posibilidad de hacer públicos los informes elaborados por los puntos de contacto.

Sin perjuicio de las consideraciones anteriores, se han detectado los siguientes aspectos que son susceptibles de mejora. Afectan fundamentalmente a la reforma de la LGUM y son desarrollados en las observaciones particulares.

### 3.2. Observaciones particulares

#### 3.2.1. *Modificación del artículo 5 LGUM. Principio de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes*

El nuevo texto señala que:

*“1. Las autoridades competentes que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio, o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, motivarán su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio o en la garantía de la adecuada y eficiente gestión pública de los recursos públicos.*

*2. Cualquier límite o requisito establecido conforme al apartado anterior, deberá guardar relación con la razón imperiosa de interés general invocada o con la garantía de eficiente gestión pública de los recursos y habrá de ser proporcionado tal que no exista otro medio para salvaguardar dicha razón menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica.*

*3. La necesidad y proporcionalidad de los límites o requisitos relacionados con el acceso y el ejercicio de las profesiones reguladas se hará de conformidad con el Real Decreto 472/2021, de 29 de junio, por el que se incorpora al ordenamiento jurídico español la directiva (UE) 2018/958, del parlamento y del consejo, de 28 de junio de 2018, relativa al test de proporcionalidad antes de adoptar nuevas regulaciones de profesiones.”*

Las novedades se encuentran en las razones que se pueden alegar para establecer límites a la actividad económica o su ejercicio (apartado 1), ya que se contempla una nueva categoría: la garantía de la adecuada y eficiente gestión pública de los recursos públicos. Así mismo, se introduce una referencia al recientemente aprobado RD 472/2021 sobre el test de proporcionalidad a realizar antes de adoptar nuevas regulaciones profesionales.

A este respecto, se plantean las siguientes consideraciones.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que el principio de necesidad, en su actual configuración (art. 5 LGUM vigente), pretende ser comprensivo de todas aquellas situaciones en las que existen intereses públicos que requieren

establecer límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio. La necesidad se justifica por la salvaguarda de una razón imperiosa de interés general, concepto acuñado por la jurisprudencia europea cuyo contenido va siendo perfilado por el TJUE. Este concepto pretende cubrir todas aquellas situaciones donde el mercado no aporta la solución socialmente deseable. Por ello no parece, en principio, que añadir la referencia a la garantía de la adecuada y eficiente gestión pública de los recursos públicos, otro concepto jurídico indeterminado, para justificar el establecimiento de límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio resulte necesario. El concepto de RIIG acuñado por la jurisprudencia del TJUE es lo suficientemente amplio como para considerarse comprensivo de las valoraciones que se proponen de manera expresa en la propuesta.

Tanto el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, que constituye una transposición de la Directiva de Servicios, como el artículo 5 de la LGUM, que se remite al anterior, conciben las razones imperiosas de interés general como un listado delimitado<sup>15</sup>. El Tribunal Constitucional, sin efectuar reproche a tal regulación, ha señalado, con relación a tal lista que *“la enumeración que se realiza en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, es lo suficientemente abierta en sus términos como para que quepan dentro de aquella los diferentes objetivos que se pueden querer promover a través del amplio elenco de competencias autonómicas”* (STC 79/2017).

Además, el término que se proponía resulta excesivamente impreciso tanto en su referencia a *“recursos públicos”* como en la referencia a gestión *“adecuada y eficiente”*.

En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que el principio de necesidad es una construcción que deriva de la jurisprudencia europea, que lo vincula a la existencia de razones de interés público, cuya salvaguarda hace precisa una excepción a los mecanismos de mercado y las libertades fundamentales de establecimiento y circulación consagradas en el Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE).

Finalmente, cabe recordar, en todo caso, que la eficacia en la gestión de los recursos públicos es ya un elemento importante a tener en cuenta en el análisis de la proporcionalidad de las intervenciones públicas y que la aplicación del principio de proporcionalidad permite analizar las diferentes herramientas de

---

<sup>15</sup> Vid. STC 79/2017, de 22 de junio: *“Tanto el artículo 5 de la Ley 20/2013 como el artículo 3.11 de la Ley 17/2009 al que el primero se remite, parecen aspirar a un resultado distinto al pretendido en el ámbito de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia con el reconocimiento de las razones imperiosas de interés general, pues lo que hacen los referidos preceptos estatales es establecer de forma cerrada el listado de razones que justificarían la intervención pública en la economía. En efecto, el legislador español, al trasponer la Directiva 2006/123/CE en la Ley 17/2009, ha decidido que la lista de razones que justifican la intervención del poder público sea cerrada cuando en el artículo 3.11, al que se remite ahora el artículo 5 de la Ley 20/2013, las reduce a aquellas definidas e interpretadas en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, “limitadas las siguientes”.*”

intervención pública disponibles y elegir, de entre ellas, la que resulte menos onerosa.

Por todo ello, se recomienda que la referencia legal se mantenga a las RIIG lo que en ningún caso obsta a la toma en consideración de las alternativas de intervención pública y sus costes y beneficios en términos de gestión de los recursos públicos que puede incluirse dentro del análisis del principio de proporcionalidad.

### *3.2.2. Modificación del artículo 14 LGUM. Cooperación en la elaboración de proyectos normativos*

En el nuevo apartado 4 del artículo de referencia se precisa que:

*“4. Las memorias de análisis de impacto de los proyectos normativos de conformidad con el artículo 26 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno recogerán una valoración del impacto de unidad de mercado conforme al cumplimiento de los principios recogidos en esta ley, en particular al principio de necesidad y proporcionalidad del artículo 5.”*

Sin perjuicio de que se valore positivamente cualquier refuerzo de la evaluación del impacto de la normativa reguladora de unidad de mercado, cabe recordar que los principios de buena regulación son predicables desde una perspectiva más amplia del conjunto de actuaciones desarrolladas por las administraciones públicas, de forma que los poderes públicos deben impulsar el incremento de la competitividad mediante marcos regulatorios que favorezcan la competencia y la eficiencia en los mercados, evitando que determinadas disposiciones puedan introducir distorsiones injustificadas que alteren el juego competitivo<sup>16</sup>.

Además, cabe señalar que el nivel de profundidad de análisis que contienen las memorias de impacto normativo que acompañan a los proyectos normativos, especialmente en lo que se refiere a la adecuación a dichos principios, presenta a menudo aspectos susceptibles de mejora.

En este sentido, habitualmente la evaluación de la adecuación a dichos principios se realiza por parte del promotor de la iniciativa respecto al proyecto normativo en su conjunto y no sobre cada una de las decisiones regulatorias (incluidas en artículos concretos, por ejemplo) que limitan el acceso o ejercicio a una actividad económica o exigen el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de la misma, lo que perjudica la calidad del análisis que puedan realizar los organismos supervisores y, en su caso, los propios tribunales.

---

<sup>16</sup> Así se recoge en distintos preceptos de nuestro ordenamiento, especialmente el [artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre](#), del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y el [artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre](#), de garantía de la unidad de mercado

Por ello, se recomienda que, al menos en el ámbito de la unidad de mercado, se establezca que el análisis de adecuación a los principios de buena regulación debe ser realizado no solo respecto al proyecto normativo en su conjunto sino sobre cada una de las previsiones regulatorias incluidas en el texto normativo que contengan requisitos o limitaciones en lo relativo al acceso o ejercicio de una actividad económica.

### *3.2.3. Modificación del artículo 17 LGUM. Instrumentación del principio de necesidad y proporcionalidad*

El nuevo apartado primero del artículo 17 señala que:

*“1. Se podrá establecer la exigencia de una autorización siempre que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad, que habrán de motivarse suficientemente en la Ley que establezca dicho régimen. Asimismo, los requisitos para la obtención de dicha autorización deberán ser coherentes con las razones que justifican su exigencia. Cuando el régimen de autorización se exija por norma comunitaria o tratado internacional las autorizaciones podrán estar previstas en una norma de rango inferior a la Ley. Se considerará que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad para la exigencia de una autorización:*

*a) Cuando esté justificado por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente en el lugar concreto donde se realiza la actividad, y estas razones no puedan salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación.*

*b) Cuando esté justificado por la necesidad de garantizar la adecuada y eficiente gestión pública de los recursos públicos en la realización de una actividad concreta [...].*

*Las inscripciones en registros con carácter habilitante que no sean realizadas de oficio por las autoridades competentes tendrán a todos los efectos el carácter de autorización”.*

*2. Se considerará que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad para exigir la presentación de una declaración responsable para el acceso a una actividad económica o su ejercicio, o para las instalaciones o infraestructuras físicas para el ejercicio de actividades económicas, cuando en la normativa se exija el cumplimiento de requisitos justificados por alguna razón imperiosa de interés general o por la necesidad de garantizar la adecuada y eficiente gestión pública de los recursos públicos, y sean proporcionados.*

*3. Las autoridades competentes podrán exigir la presentación de una comunicación cuando, por alguna razón imperiosa de interés general o para garantizar la adecuada y eficiente gestión pública de los recursos públicos, tales*

*autoridades precisen conocer el número de operadores económicos, las instalaciones o las infraestructuras físicas en el mercado”.*

Se valora positivamente la exigencia de coherencia entre los requisitos exigidos para obtener la autorización y las razones que sustentarían aquella, ya que reforzará las exigencias de motivación de la administración promotora de la medida.

Sin embargo, la nueva referencia a la *eficiente gestión pública de los recursos públicos* recogida en la letra b) en relación con el régimen de autorización, así como en los apartados segundo y tercero respecto al régimen aplicable a las declaraciones responsables y las comunicaciones respectivamente, plantea ciertos riesgos que ya han sido expuestos anteriormente en el apartado 3.2.1 de este informe y a los que nos remitimos.

Adicionalmente, el hecho de que queden fuera del concepto de autorización las inscripciones registrales que se realicen de oficio por las administraciones públicas, y por ello que queden excluidas de las garantías que ofrece el artículo 17 LGUM en cuanto al cumplimiento de los principios de necesidad y proporcionalidad, puede entrañar igualmente ciertos riesgos para la libertad de empresa en la medida en que esa inscripción, habilitante para el ejercicio de la actividad, pudiera demorarse o venir condicionada por circunstancias internas de funcionamiento del ente público que no son achacables al operador solicitante. Por ello, para evitar esta circunstancia, podría ser aconsejable establecer un plazo perentorio concreto en que esta obligación de inscripción deba llevarse a efecto.

#### *3.2.4. Modificación del artículo 18 LGUM. Actuaciones que limitan la libertad de establecimiento y la libertad de circulación*

En el artículo 18 se contienen igualmente modificaciones, en la medida en que, frente a la regulación homogénea actual, se ha decidido separar la regulación de los requisitos de acceso o ejercicio a una actividad económica (incluidos los recogidos en materia de contratación pública) de los requisitos que pudiera exigirse para acceder a ventajas económicas:

*“1. Cada autoridad competente se asegurará de que cualquier medida, límite o requisito que adopte o mantenga en vigor no tenga como efecto la creación o el mantenimiento de un obstáculo o barrera a la unidad de mercado.*

*2. Las autoridades competentes no podrán realizar actuaciones que limiten el libre establecimiento y la libre circulación por no cumplir los principios recogidos en el Capítulo II de esta Ley. No cumplen los principios recogidos en el Capítulo II de esta ley los actos, disposiciones y medios de intervención de las autoridades competentes que contengan o apliquen:*

*a) Requisitos discriminatorios para el acceso a una actividad económica o su ejercicio o para la adjudicación de contratos públicos, basados directa o indirectamente en el lugar de residencia o establecimiento del operador. Entre estos requisitos se incluyen, en particular:*

*1.º que el establecimiento o el domicilio social se encuentre en el territorio de la autoridad competente, o que disponga de un establecimiento físico dentro de su territorio.*

*2.º que el operador haya residido u operado durante un determinado periodo de tiempo en dicho territorio.*

*3.º que el operador haya tenido que estar inscrito en un registro de dicho territorio durante un determinado periodo de tiempo.*

*4.º que su personal, los que ostenten la propiedad o los miembros de los órganos de administración, control o gobierno residan en dicho territorio o reúnan condiciones que directa o indirectamente discriminen a las personas procedentes de otros lugares del territorio.*

*5.º que el operador deba realizar un curso de formación dentro del territorio de la autoridad competente.*

*b) Requisitos para la obtención de ventajas económicas que sean discriminatorios de conformidad con los apartados anteriores excepto que exista una razón imperiosa de interés general que lo justifique y sea proporcionado. La obligación de operar en el territorio de la autoridad competente para la obtención de ventajas económicas vinculadas a las políticas de fomento desarrolladas por dicha autoridad no se considerará un requisito discriminatorio sin perjuicio del cumplimiento del principio de no discriminación e igualdad de trato establecido en el derecho comunitario [...]”.*

El precepto es esencialmente continuista en lo que se refiere a la letra a) pero introduce cambios relevantes en la letra b) respecto a las ayudas públicas, disminuyendo sus exigencias de adecuación a los principios de buena regulación. De tal forma que, con la modificación prevista, para acceder a las ayudas, cabrá establecer requisitos discriminatorios (conforme a los principios LGUM) siempre que se acredite una razón imperiosa de interés general y sea proporcionado. Además, se valida automáticamente la posible exigencia de operatividad en un determinado territorio. Tal modificación parece ir en contra del objetivo pretendido por el APL.

La nueva redacción plantea ciertos interrogantes: por un lado, qué tipo de requisitos discriminatorios podrían ser aceptables o, dicho de otro modo, si la relación de requisitos discriminatorios recogidos en la letra a) constituye o no el universo de posibles actuaciones admisibles; por otro lado, qué grado de exigencia se contempla cuando se indica que debe existir una razón imperiosa de interés general.

En este sentido, por más que se realice una mención en el precepto a no traspasar los límites que a este respecto pueda establecer el derecho de la UE, se considera

que la exigencia de una cierta vinculación territorial de la entidad beneficiaria de la ayuda con la zona en la que presta servicios ya está contemplada con la nueva referencia a la admisibilidad de la *obligación de operar en el territorio*<sup>17</sup>.

No obstante, la ambigüedad inherente a la expresión *operar en el territorio* podría sustituirse por la de *generar actividad económica* en el territorio, más ceñida a la finalidad que parece perseguir el APL.

De contemplarse otro tipo de actuaciones que exijan de forma más o menos encubierta una vinculación territorial diferente (por ejemplo, que el operador haya tenido que estar inscrito en un registro de dicho territorio durante un determinado periodo de tiempo o que disponga de un establecimiento físico dentro de aquel), se corre el riesgo de introducir restricciones injustificadas a la competencia.

Se recomienda, por ello, limitar la actuación admisible desde la óptica del artículo 18.2.b de la Ley a la obligación de generar actividad económica en el territorio. En caso de seguir contemplando otros posibles requisitos discriminatorios, se debería establecer, al menos, un listado cerrado de posibles actuaciones admisibles, de cara a minimizar potenciales efectos negativos.

### *3.2.5. Modificación del artículo 26 LGUM. Procedimiento en defensa de los derechos e intereses de los operadores económicos por las autoridades competentes*

El nuevo artículo 26, en su apartado primero, elimina la posibilidad de presentar una reclamación por parte del operador afectado en caso de que se encuentre en un supuesto en que quepa el recurso administrativo especial en materia de contratación:

*[...] “No podrá, interponerse esta reclamación contra actuaciones que sean susceptibles de recurso administrativo especial en materia de contratación [...]”.*

Esta exclusión de las actuaciones que sean susceptibles de este recurso especial plantearía en primer lugar un problema, especialmente en el caso en que los intereses jurídicamente protegidos en las diferentes actuaciones sean diferentes, en cuyo caso esta limitación carecería de justificación ya que estaría limitando las posibilidades de actuación de las empresas de manera no coherente con los objetivos pretendidos por este APL.

---

<sup>17</sup> Ver, en este sentido, el Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación entre la AGE y Galicia en relación con la LGUM ([BOE núm. 262](#), de 29 de octubre de 2014), por el que ambas partes asumieron la siguiente interpretación del vigente artículo 18.2.a) LGUM (subrayado nuestro): “*d) En relación con las discrepancias manifestadas sobre el artículo 18.2.a) ambas partes coinciden en interpretar que su contenido no obsta a que se pueda exigir el ejercicio de una actividad económica en el territorio para la obtención de ventajas económicas vinculadas a políticas de fomento, sin ello implique discriminación por razón de la nacionalidad o domicilio social de la empresa”.*

Por otra parte, surge el interrogante de en qué situación quedarían las actuaciones propias de un expediente de contratación pública que no son susceptibles de dicho recurso<sup>18</sup>.

Un elemento adicional a tener en cuenta es si el parámetro de legalidad que se pueda alegar por los operadores en cada vía de recurso es sustancialmente análogo, de cara a poder ofrecer unas expectativas similares de defensa de sus derechos e intereses legítimos en cada rama de actuación administrativa.

Cabe deducir que la finalidad perseguida por esta reforma es evitar vías de impugnación paralelas o resoluciones contradictorias. No obstante, en la medida en que el recurso especial en materia de contratación tiene carácter potestativo (artículo 44.7 LCSP), cabría ponderar la posibilidad de excluir del ámbito de aplicación del artículo 26 LGUM solo aquellas actuaciones en las que el recurso especial haya sido efectivamente interpuesto, en lugar de aquellas potencialmente impugnables por esta vía. Con ello, no parece que fuera a alterarse la finalidad perseguida por la reforma, a la vez que se minimizarían los riesgos apuntados.

### *3.2.6. Modificación del artículo 127 ter de la Ley 29/1998, de 13 de julio, en materia de condena al resarcimiento de daños y perjuicios.*

El APL incluye una modificación del artículo 127 ter de la Ley Jurisdiccional en lo relativo a una eventual solicitud por la CNMC de resarcimiento de daños y perjuicios en un recurso para la garantía de la unidad de mercado. Tal nueva redacción del artículo 127.ter, 6 LJCA, tiene el siguiente tenor:

*“6. Conclucas las actuaciones, el órgano jurisdiccional dictará sentencia en el plazo de cinco días. La sentencia estimará el recurso cuando la disposición, la actuación o el acto incurrieran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico que afecte a la libertad de establecimiento o de circulación, incluida la desviación de poder.*

*Conforme a lo dispuesto en el artículo 71, la sentencia que estime el recurso implicará la corrección de la conducta infractora, así como el resarcimiento de los daños y perjuicios, incluido el lucro cesante, que dicha conducta haya causado. La condena al resarcimiento de daños o perjuicios solo podrá establecerse procesalmente, en su caso, de haber sido recogida tal pretensión en la demanda presentada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia solo incorporará dicha*

---

<sup>18</sup> Conforme al artículo 44 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sólo ciertas actuaciones relativas a expedientes de contratación pública son susceptibles de recurso especial en materia de contratación (por ejemplo, los contratos de obras de valor estimado superior a 3M€).

*pretensión de existir petición expresa en tal sentido por el operador concretamente afectado, justificando debidamente además su realidad y cuantificación.”*

Al respecto se propone la mejora de redacción consistente en señalar como facultativa la posibilidad de que la CNMC incluya una reclamación de daños en su recurso. Se propone, en consecuencia, la siguiente redacción:

*Conforme a lo dispuesto en el artículo 71, la sentencia que estime el recurso implicará la corrección de la conducta infractora, así como el resarcimiento de los daños y perjuicios, incluido el lucro cesante, que dicha conducta haya causado. La condena al resarcimiento de daños o perjuicios ~~sele~~ podrá establecerse procesalmente, en su caso, de haber sido recogida tal pretensión en la demanda presentada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrá incorporar sele ~~incorporará~~ dicha pretensión solo de existir petición expresa en tal sentido por el operador concretamente afectado, justificando debidamente además su realidad y cuantificación.”*

### *3.2.7. Modificación consistente en añadir una Disposición adicional decimoprimer.*

El APL añade una disposición adicional decimoprimer relativa al plazo para formular requerimientos previos a la interposición de recurso contencioso-administrativo:

*“Disposición adicional decimoprimer. Plazo para formular requerimientos previos a la interposición de recurso contencioso-administrativo.*

*Cuando la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en uso de la legitimación prevista en el artículo 27 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía para la unidad de mercado y en el artículo 5.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia interponga recurso contencioso-administrativo contra cualquier Administración, podrá requerirle previamente, en el plazo previsto en el artículo 44 de la Ley 29/1998, de 13 de abril, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.”*

La finalidad de dicha inclusión es aclarar, en línea con pronunciamientos judiciales en materia de unidad de mercado, que el plazo de que dispone la CNMC para requerir a una autoridad competente con carácter previo a la interposición del recurso para la garantía de la unidad de mercado o por la vía de la legitimación activa del artículo 5.4 de la Ley 3/2013, es el de dos meses previsto en el artículo 44 de la Ley 29/1998, de 13 de abril<sup>19</sup>. A tal fin se propone la mejora de redacción

---

<sup>19</sup> Recientemente, Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en sentencia de 11 de febrero de 2021 (recurso 862/2018).

consistente en que, para mayor claridad, se haga constar expresamente dicho plazo de dos meses previsto en el apartado 2 de dicho artículo 44:

*“Disposición adicional decimoprimera. Plazo para formular requerimientos previos a la interposición de recurso contencioso-administrativo.*

*Cuando la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en uso de la legitimación prevista en el artículo 27 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía para la unidad de mercado y en el artículo 5.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia interponga recurso contencioso-administrativo contra cualquier Administración, podrá requerirle previamente, en el plazo **de dos meses** previsto en el artículo 44.2 de la Ley 29/1998, de 13 de abril, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.”*

### *3.2.8. Modificación relativa a la disposición final cuarta sobre la factura electrónica.*

El APL, en su disposición final cuarta, precisa que: *“Se habilita al Gobierno para desarrollar reglamentariamente lo previsto en esta Ley, en el ámbito de sus competencias. En particular, en relación con lo dispuesto en el artículo 11 de esta ley, se determinarán los requisitos técnicos y de información a incluir en la factura electrónica a efectos de verificar la fecha de pago y obtener los periodos medios de pago, incluyendo específicamente los requisitos de seguridad, control y estandarización de los dispositivos y sistemas informáticos que generen los documentos”.*

En la medida en que la utilización de una norma común europea en materia de facturación electrónica asegura una deseable homogeneización entre todos los Estados miembros, la identificación de una lista limitada de sintaxis garantiza que se alcancen de forma efectiva los beneficios de la facturación electrónica.

Por ello, al texto literal de la disposición final cuarta se propone añadir este párrafo:

*“Este desarrollo se realizará de acuerdo con la Decisión de Ejecución (UE) 2017/1870 de la Comisión Europea de 16 de octubre de 2017 sobre la publicación de la referencia de la norma europea sobre facturación electrónica y la lista de sus sintaxis de conformidad con la Directiva 2014/55/UE del Parlamento Europeo y del Consejo.”*

## **4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

El aumento del tamaño empresarial y el impulso al emprendimiento son factores claves para aumentar el crecimiento potencial de España y reducir la intensidad de las fluctuaciones cíclicas, reforzando el tejido económico y social y la resiliencia a largo plazo.

En líneas generales, el APL se valora positivamente en la medida en que identifica una serie de prácticas, como las barreras regulatorias o la morosidad en el pago a proveedores, que suponen obstáculos a la creación y al crecimiento de nuestras empresas, en especial de aquellas de menor tamaño.

Sin embargo, parecería adecuado que esta iniciativa normativa reforzara su enfoque con un análisis en profundidad de cuáles son las causas que entorpecen o impiden la creación de nuestras empresas, además de las que favorecen su desaparición o impiden su crecimiento, y ello tanto desde un punto de vista cuantitativo como cualitativo.

Sin perjuicio de valorarse positivamente ciertas medidas en concreto, como la relativa a la posibilidad de aprobar ordenanzas tipo para el ejercicio de actividades comerciales minoristas y prestación de servicios, se han detectado los siguientes aspectos que son susceptibles de mejora, y que afectan fundamentalmente a la reforma de la LGUM:

- **Modificación del artículo 5 LGUM.** Principio de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes. La inclusión de una nueva justificación añadida a la razón imperiosa de interés general (garantía de la adecuada y eficiente gestión pública de los recursos públicos) podría considerarse no necesaria, ya que el concepto de RIIG incluye varios elementos que pueden asumir las razones de eficiencia en la gestión de recursos públicos. En todo caso tales consideraciones podrían incluirse en el análisis de proporcionalidad de las medidas. Tales apreciaciones, son también trasladables a la nueva redacción propuesta del artículo 17.
- **Modificación del artículo 14 LGUM.** Cooperación en la elaboración de proyectos normativos. Se recomienda que el análisis de adecuación a los principios de buena regulación sea realizado no solo respecto al proyecto normativo en su conjunto sino adicionalmente sobre todas y cada una de las decisiones regulatorias incluidas en el texto normativo que contengan requisitos o limitaciones en lo relativo al acceso o ejercicio de una actividad económica.
- **Modificación del artículo 17 LGUM.** Instrumentación del principio de necesidad y proporcionalidad. Respecto a las inscripciones registrales que se realicen de oficio por las administraciones públicas, podría ser aconsejable establecer un plazo perentorio concreto en que esta obligación de inscripción deba llevarse a efecto.
- **Modificación del artículo 18 LGUM.** Actuaciones que limitan la libertad de establecimiento y la libertad de circulación. Se recomienda, en relación con la concesión de ayudas públicas, limitar la actuación admisible desde la óptica del artículo 18.2.b de la Ley a la obligación de *generar actividad económica* en el territorio.

- Modificación del artículo 26 LGUM. Procedimiento en defensa de los derechos e intereses de los operadores económicos por las autoridades competentes. Se recomienda limitar los supuestos de exclusión de la reclamación de artículo 26 a los supuestos en los que el recurso especial en materia de contratación haya sea efectivamente interpuesto por el afectado, de forma que el interesado disponga de la opción de tutelar sus intereses, sea por la vía que considere más adecuada.
- Modificación del apartado seis del artículo 127 ter de la LJCA. Se propone no limitar las reclamaciones de daños a los supuestos en que la posibilidad se prevea por la CNMC. Además, tal posibilidad debería tener facultativo para la CNMC.
- Nueva disposición adicional decimoprimera. Se estima necesario aclarar de forma expresa en el texto de la nueva disposición que el plazo del requerimiento que podrá dirigir la CNMC a otras Administraciones será el de dos meses previsto en el artículo 44.2 de la LJCA.
- Disposición final cuarta sobre la factura electrónica. Se propone incluir la referencia a una norma común europea en materia de facturación electrónica con el fin de limitar la sintaxis y asegurar la homogeneización entre los Estados miembros de la UE.