

IPN 89/13 ANTEPROYECTO DE LEY DE GARANTÍA DE UNIDAD DE MERCADO

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, en su reunión de 10 de abril de 2013, ha aprobado el presente informe, relativo al Anteproyecto de Ley de Garantía de la Unidad de Mercado (en adelante, el APL).

La solicitud de informe fue remitida a esta Comisión el 13 de marzo de 2013. La documentación recibida consiste en una versión del mencionado APL, junto con la Memoria del Análisis de Impacto Normativo.

El presente informe se adopta en ejercicio de las competencias consultivas en relación con proyectos y proposiciones de normas que afecten a la competencia, que le atribuye el artículo 25.a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

I. ANTECEDENTES

El principio de unidad de mercado tiene su reflejo en el **artículo 139 de la Constitución española (CE)**, que indica que ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español.

Tanto en la Unión Europea como en España se han llevado a cabo importantes esfuerzos para, en los respectivos niveles, hacer efectivo este principio. A este respecto, destaca, en la última década, la aprobación y transposición de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (en adelante, **Directiva de Servicios**). La aprobación y modificación de la normativa interna para adaptar el ordenamiento jurídico español a este cambio estructural comunitario ha supuesto un considerable esfuerzo de escrutinio y modificación. El APL indica que este esfuerzo es compartido a nivel estatal, autonómico y local.

La transposición de la Directiva de Servicios y su aplicación está suponiendo un impulso para la eliminación de barreras, la simplificación de los procedimientos y la introducción de los principios de buena regulación económica de forma coordinada entre todas las Administraciones públicas¹. A su vez, **la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de**

¹ En particular, la **Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio**, en adelante **Ley Paraguas**, incorporó al ordenamiento jurídico una serie de principios básicos para la libre circulación de los servicios, en especial, el principio de eficacia nacional

Economía Sostenible extendió este modelo de mejora de la regulación, basado en los principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación a todas las actividades económicas.

Sin embargo, el APL considera que la racionalización del marco normativo existente y el cumplimiento con los requisitos de transposición de la Directiva de Servicios no han sido suficientes para eliminar posibles fragmentaciones del mercado español, traduciéndose en un mayor coste que dificulta de forma considerable la actividad de las empresas, repercutiendo negativamente en los niveles de competencia efectiva y de inversión.

De acuerdo con la memoria y con la exposición de motivos, **el APL buscaría “hacer efectivo el principio de unidad de mercado en el territorio nacional”, para eliminar el coste que para los operadores económicos supone la fragmentación del mercado nacional, que “dificulta la competencia efectiva e impide aprovechar las economías de escala derivadas de operar en un mayor mercado”**. Con ello, la norma indica pretender, con pleno respeto a las competencias de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, un entorno más favorable a la competencia y a la inversión, facilitando que los agentes económicos puedan beneficiarse de las ganancias de una mayor dimensión en términos de productividad y costes, en favor de la creación de empleo y de crecimiento, y en beneficio último de los consumidores y usuarios.

II. CONTENIDO

El APL consta de veintisiete artículos agrupados en siete capítulos, ocho disposiciones adicionales, una disposición derogatoria, seis disposiciones finales y un anexo.

El **capítulo I, Disposiciones generales**, regula el objeto y el ámbito de aplicación. En concreto, el ámbito de aplicación incluye el acceso y ejercicio de actividades económicas en condiciones de mercado y, en consecuencia, a todos los actos y disposiciones de las diferentes Administraciones Públicas que afecten al acceso y ejercicio de las actividades económicas.

El resto del APL gravita en torno a **dos ejes fundamentales**:

de los medios de intervención administrativa; y los de necesidad, proporcionalidad y no discriminación cuando se supedita la libre prestación de servicios y la libertad de establecimientos a una autorización previa de la autoridad competente.

Los **principios y garantías para hacer efectiva la unidad de mercado** en el territorio español. Se desarrollan en los **capítulos II, IV y V.**

El **capítulo II** recoge los **principios de garantía de la libertad de establecimiento y la libertad de circulación**. En él se contienen:

- Ø el principio de no discriminación de los operadores económicos en todo el territorio;
- Ø el principio de cooperación y confianza mutua entre las autoridades competentes para el logro de la unidad de mercado;
- Ø el principio de necesidad y proporcionalidad en las actuaciones que establezcan cualquier tipo de límites al acceso a una actividad económica o a su ejercicio;
- Ø la garantía de la eficacia en todo el territorio de las actuaciones de las autoridades competentes relacionadas con el libre acceso;
- Ø el principio de simplificación de cargas;
- Ø el principio de transparencia de las autoridades competentes para la aplicación de la Ley y la detección de obstáculos a la unidad de mercado; y
- Ø los ámbitos de actuación pública particularmente relevantes para garantizar los mencionados principios.

El **capítulo IV, garantías al libre establecimiento y circulación**, a) dispone el libre acceso a las actividades económicas en todo el territorio; b) concreta las razones que pueden justificar la exigencia de una autorización, una declaración responsable o una comunicación (previa) para el ejercicio de una actividad; y c) recoge un catálogo de actuaciones que limitarían el establecimiento y la libertad de circulación en el territorio.

El **capítulo V** desarrolla el **principio de eficacia en todo el territorio nacional**, que afirma: a) la libre iniciativa económica en el territorio español de cualquier operador instalado siempre que cumpla los requisitos establecidos en el lugar de origen; b) la libre circulación de productos, sujeta a idéntica condición; y c) la plena eficacia en todo el territorio nacional de las actuaciones administrativas que permitan el acceso a una actividad, su ejercicio, o que acrediten el cumplimiento de determinados requisitos de los productos.

Los **órganos y mecanismos institucionales para hacer efectivo el cumplimiento** de los principios señalados se concretan en los **capítulos III, VI y VII.**

El **capítulo III, garantía de la cooperación entre las AAPP**, crea el Consejo para la Unidad de Mercado (en adelante, CUM) como órgano administrativo de alto nivel entre el Estado y las Comunidades Autónomas (CCAA) para avanzar en el objetivo de la unidad de mercado. Se encomiendan a la Secretaría del CUM las funciones técnicas de coordinación, cooperación y seguimiento de los avances. En este ámbito, se plantea

la cooperación interadministrativa para la revisión de normativa existente y de prevención de nueva normativa que pueda perjudicar la unidad de mercado.

En el **capítulo VI, supervisión de los operadores económicos**, se regulan los flujos de información considerados necesarios para hacer efectivos los principios de esta Ley. Se distingue entre los intercambios directos y puntuales entre AAPP a través del Sistema de Intercambio de Información (SII), y los integrados en la Ventanilla Única.

Finalmente, en el **capítulo VII** se desarrollan otros **mecanismos de protección** para hacer efectiva la unidad de mercado. En él se regulan a) las posibles reclamaciones de los operadores por incumplimiento de los principios de la Ley ante la Secretaría del CUM y b) el mecanismo de legitimación activa de la futura CNMC frente a actuaciones u omisiones de cualquier Administración o Entidad pública y normas de rango inferior a Ley, contrarias a la unidad de mercado.

La **CNMC estaría legitimada para la interposición de recurso contencioso administrativo frente a cualquier disposición, acto, actuación, inactividad o vía de hecho que considere contraria a la unidad de mercado**. La CNMC podría actuar de oficio o a solicitud de los operadores económicos, en este último caso previa reclamación administrativa de éstos al CUM. En caso de actuación a solicitud de los operadores económicos ante la CNMC se establece un plazo, denominado “ágil”, de **cinco días**, para la **admisión o inadmisión de la solicitud**.

Para hacer efectiva esta facultad de la CNMC, en la DA Primera se procede a la modificación de la **Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa**, introduciendo un nuevo capítulo IV de su Título V, el **procedimiento para la garantía de la unidad de mercado**, , y en donde se contempla la posible suspensión automática de la disposición, acto o resolución impugnados, a instancia de la CNMC, una vez el órgano jurisdiccional admita el recurso.

III. OBSERVACIONES GENERALES

Las observaciones que esta Comisión realiza con carácter general tienen el objeto de contextualizar y centrar las observaciones al articulado que se desarrollarán posteriormente. Se estructuran en:

- Observaciones sobre el propósito de la iniciativa
- Observaciones sobre los mecanismos de colaboración
- Observaciones sobre los instrumentos de revisión administrativa y jurisdiccional, en los que se prevé un importante papel para la futura CNMC.

III.1. Sobre el propósito de la iniciativa

La CNC valora positivamente el propósito del APL, destinado a **eliminar restricciones**, barreras o trabas a la circulación de productos, prestación de servicios y movimientos de los factores productivos **en territorio nacional**,

Estas restricciones pueden originar cargas innecesarias o desproporcionadas para los operadores, erigiendo barreras a la actividad económica, desincentivando el acceso de los operadores o su permanencia en el mercado, concediendo ventajas irreplicables o asimétricas, generalmente a los incumbentes, o limitando ineficientemente las decisiones económicas o comerciales de los agentes.

Desde el *Informe Cecchini* de 1988² hasta el reciente [*Europa puede progresar*](#)³ **la Unión Europea viene poniendo de manifiesto los costes de una regulación ineficiente para el desarrollo de actividades económicas**. Los estudios indicados concluyen que estas restricciones desincentivan el desarrollo de las actividades económicas, el aprovechamiento de las economías de escala, ralentizan la inversión y dificultan las decisiones económicas racionales de los operadores.

La CNC ha puesto de manifiesto, repetidamente y por numerosas vías, la gravedad que para la competencia suponen determinadas restricciones a la unidad de mercado. Se pueden mencionar los ejemplos incluidos en las *Recomendaciones a las Administraciones Públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia* de 2008, la *Guía para la Elaboración de Memorias de Competencia en los Proyectos Normativos* de 2009 o sus pronunciamientos en diversos Informes sobre Proyectos Normativos (IPN) o Informes de Posición (IP)⁴. La CNC también ha analizado estas cuestiones en sus Informes

² Este informe es consecuencia del proyecto de investigación “El coste de la no-Europa”, liderado por Paolo Cecchini en 1988 para la Comisión Europea. En él se analizan las barreras existentes en los Estados Miembros de la entonces CEE, consignadas en el Libro Blanco sobre la consecución del mercado interior de 1985 que dio lugar al Acta Única Europea; y se estiman los costes de la fragmentación de del mercado europeo derivados de la existencia de tales barreras y los beneficios económicos de suprimirlas.

³ Centrado en las buenas prácticas para la remoción de cargas administrativas.

⁴ Por ejemplo, el **IPN 49/10** sobre el APL de Residuos y Suelos Contaminados⁴, el **IPN 75/12** sobre el APL de Modificación de la Ley de Ordenación de Transportes Terrestres en relación con el arrendamiento de vehículos con conductor, el **IPN 84/12** sobre el APL para mejorar el Funcionamiento de la Cadena Alimentaria o el IP de la CNC en relación con el [Real Decreto Ley 19/2012, de 25 de mayo, de medidas urgentes de impulso del comercio](#).

Anuales de Ayudas Públicas⁵ y en los Informes Sectoriales aprobados por el Consejo de la CNC⁶.

Por lo tanto, **cualquier iniciativa que pretenda garantizar, o al menos promover, que los operadores económicos puedan desarrollar su actividad en la totalidad del territorio nacional, eliminando, reduciendo o evitando la introducción de condiciones innecesarias o desproporcionadas para ello, merece una valoración favorable por parte de esta Autoridad de competencia.**

Para posibilitar estos objetivos, el APL introduce en el ordenamiento español principios de relevancia histórica en el *acquis communautaire*, (confianza mutua⁷, garantía de libertades de operadores económicos) que buscan fortalecer y garantizar la eficacia en todo el territorio nacional de la libertad de establecimiento y la libre circulación. Adicionalmente, profundiza en algunos conceptos jurídicos y económicos ya existentes, como los de necesidad, proporcionalidad o simplificación de cargas. El APL configura, en general, estos principios como obligaciones de los poderes públicos, o autoridades competentes, de respetar o no interferir en la actividad económica de los operadores, pretendiendo promover la mejora de la regulación y la actuación pública.

En sus finalidades, estrategia y parte de su contenido, el texto guarda una íntima **conexión con la Directiva de Servicios y la comparativamente más ambiciosa Ley Paraguas** de acceso y ejercicio de las actividades de servicios. No obstante, **el APL extiende su ámbito más allá de los servicios incluidos en dichas normas**. Por ejemplo, se amplía su alcance a todos los sectores económicos excluidos en la Directiva de Servicios, y se consigna la interdicción general del régimen de autorizaciones para acceso y establecimiento, salvo justificación de necesidad, proporcionalidad y no discriminación. **También refuerza comparativamente la intensidad de dicha Ley Paraguas a la hora de garantizar las libertades en cuestión**, por ejemplo al acotar las razones de imperioso interés general que pueden dar lugar a establecer un régimen de autorización que limite la libertad de establecimiento.

Esta voluntad de ampliar y profundizar en estos elementos de “mejor regulación”, en gran medida ya formulados con carácter general a nivel

⁵ **Segundo Informe Anual de Ayudas Públicas**: al analizar los Planes Renove y, en particular, el Plan 2000E de subvenciones a la compra de vehículos.

⁶ **Colegios Profesionales tras la Directiva de Servicios** (2012), **Relaciones entre fabricantes y distribuidores en el sector alimentario** (2011), en relación con las nuevas instalaciones de grandes superficies comerciales, o **Mantenimiento y reparación de ascensores** (2011).

⁷ Que podría considerarse análogo al **principio de reconocimiento mutuo comunitario**. *Vid.* Sentencia *Cassis de Dijon* (TJCE 120/78 de 20.2.1979), "nuevo enfoque" del Libro Blanco de la Comisión de junio de 1985, incluido en el Tratado a través del Acta Única Europea de 1986.

legislativo⁸, es uno de los aspectos más destacados del APL, que la CNC valora positivamente. Objetivos que, puestos en conexión con la unidad de mercado, no corresponden únicamente a la actuación autonómica y local. También existen claros ejemplos de normativa estatal que propicia esa ruptura, tanto por omisión, por ejemplo, como consecuencia de la interrelación entre legislación básica y legislación de desarrollo⁹, como explícitamente¹⁰.

Sin perjuicio de todo lo anterior, desde el punto de vista de los principios y objetivos que perseguiría la Ley, esta Comisión aprecia una cierta falta de claridad **acerca de si el objeto de la misma y de los instrumentos que prevé es la protección del interés general, personificado en este caso en la garantía de la unidad de mercado y las libertades de circulación, o los derechos e intereses legítimos de los operadores afectados.** Ambos bienes jurídicos pueden ser merecedores de protección e incluso pueden coadyuvar uno a otro, pero: a) resultan diversos; b) no contribuyen en la misma medida a la justificación de la actuación de la administración pública, y c) además se han de proteger de manera distinta¹¹.

Según entiende la CNC, esta iniciativa debe estar destinada a proteger el interés general. De hecho, su cumplimiento se dirige tanto a las Administraciones Públicas y autoridades competentes en el ejercicio de sus distintas potestades públicas como del acceso y ejercicio de las actividades económicas. La CNC considera que ese debería ser el enfoque que vertebrase la totalidad de la norma y que todos los instrumentos presentes en ella se adecuen al mismo. Una confusión de este ámbito con la garantía de los derechos de los particulares (en particular presente en el procedimiento del artículo 26 del APL, como se comentará posteriormente) puede

⁸ Capítulo I del Título I: "Mejora de la Calidad de la Regulación".

⁹ Un ejemplo de restricción al establecimiento derivada de legislación compartida entre Estado (básica) y Comunidades Autónomas (desarrollo) se encuentra en la llamada licencia comercial autonómica, regulada inicialmente en el artículo 6 de la Ley estatal 7/1996, de 15 de enero de Ordenación del Comercio Minorista. Este artículo fue modificado en el proceso de transposición de la Directiva de Servicios.

Como ejemplo de regulación estatal básica, vigente o proyectada preocupada por eliminar, y no introducir, fragmentaciones ineficientes a la unidad de mercado puede mencionarse el Proyecto de Ley de Servicios Funerarios, objeto de informe por la CNC en su fase de APL y aún no vigente.

¹⁰ Un claro ejemplo es el desarrollo reglamentario estatal de la Ley de Ordenación del Transporte Terrestre en lo relativo a la actividad de arrendamiento de vehículos con conductor, recientemente revertido en parte mediante STS. Otro, sería la Disposición Final Cuarta del Real Decreto 1623/2011, de 14 de noviembre, por el que se regulan los efectos de la entrada en funcionamiento del enlace entre el sistema eléctrico peninsular y el balear, y se modifican otras disposiciones del sector eléctrico, impugnada por la CNC en base al artículo 12.3 de la LDC.

¹¹ Un ejemplo claro es la propia normativa de defensa de la competencia, en la que la actuación de las autoridades administrativas de competencia está destinada a preservar el interés general, frente a otros instrumentos jurídicos de garantía de los derechos de los operadores como puede ser la normativa de competencia desleal.

originar que los mecanismos previstos no estén adecuadamente diseñados para los fines a que deben servir y no resulten efectivos.

Finalmente, dentro de esta protección del interés general consistente en la garantía de la unidad de mercado, **los instrumentos previstos en esta norma no deben interferir con la aplicación de otros destinados al mismo fin como pueden ser, precisamente, los destinados a la defensa y promoción de la competencia consignados en la LDC.**

III.2 Sobre los mecanismos de colaboración y detección de restricciones

Respecto al **esquema e instrumentos institucionales**, el APL establece un marco orgánico básico encargado de velar administrativamente por la unidad de mercado, que pivota sobre el CUM. Asimismo se instauran cauces de coordinación entre las autoridades competentes, tanto preventivos como *ex post*, y diversos mecanismos de información. Según afirma la MAIN, se buscaría utilizar mecanismos institucionales ya existentes para evitar incrementos del gasto público.

Los instrumentos diseñados en el APL, a juicio de la CNC, parecen establecer un enfoque integrado, no exclusivamente **depurativo o fiscalizador** de las restricciones a la unidad de mercado existentes, sino **también prospectivo y disuasorio, en el que se establezcan los incentivos adecuados para que los distintos reguladores y administradores en territorio español vayan mejorando su calidad regulatoria** y para que desde el punto de vista dinámico se aprovechen posibles sinergias y conocimientos acumulados a tal efecto.

La CNC valora positivamente que el APL apueste por potenciar, en particular, el carácter prospectivo y disuasorio. En opinión de la CNC, los efectos dinámicos más importantes de la norma deberían ser: a) un cambio estructural en la aproximación a la "mejor regulación" y a la práctica administrativa de todas las instancias públicas en España y b) la posibilidad de compaginar la diversidad regulatoria consecuencia de la pluralidad de esferas territoriales que tienen constitucionalmente reconocida la potestad normativa con el principio de la confianza mutua.

De hecho, tampoco resultaría deseable un aumento de la conflictividad jurídica, ni constitucional ni a nivel de jurisdicción ordinaria, que pueda impactar sobre la seguridad jurídica o predictibilidad del marco regulatorio y precisamente dificultar la actividad económica. Para evitar este indeseable efecto, los mecanismos de promoción de la unidad de mercado mediante la prevención y la colaboración deben resultar verdaderamente eficaces.

Dicho lo anterior, se aprecia también la **considerable complejidad del marco instaurado**. Ello es consecuencia de la voluntad de conjugar, por un lado, la introducción de una serie de instrumentos que pretenden resultar efectivos con, por otro, la conciliación del pleno y debido respeto al orden competencial de cada uno de los niveles público-administrativos territoriales consagrado constitucionalmente (estatal, autonómico y local), o incluso la atribución de distintas competencias a diferentes organismos a nivel de la AGE (la Secretaría del CUM, la CNMC).

Por otra parte, aunque todas las funciones que incorpora la Ley se encomiendan a estructuras y organismos existentes o cuya creación ya se prevé (la propia CNMC), la intensidad de alguna de estas funciones e intercambios de información interadministrativa puede generar una cierta burocratización en el desarrollo de estas tareas y contribuir a que los mecanismos no resulten efectivos, con el reflejo negativo que ello puede comportar sobre la actividad económica de los operadores.

En vista de ello, la CNC considera que sería bueno que el proyecto tuviera en cuenta o reforzara los siguientes aspectos:

- Ø En primer lugar, desde el punto de vista de la autorresponsabilidad de las distintas autoridades competentes, **debería reforzarse el grado de exigencia del análisis previo que cada autoridad debe realizar del impacto de sus propias actuaciones** sobre la unidad de mercado. Al fin y al cabo, la manera más efectiva de evitar restricciones a la unidad de mercado y a la actividad económica será evitar la elaboración de proyectos que contemplen obstáculos innecesarios.
- Ø En segundo lugar, reconociendo el delicado equilibrio entre la naturaleza esencialmente cooperativa de los instrumentos y la búsqueda de la efectividad, la CNC considera necesario **reforzar los mecanismos que favorezcan el impulso y liderazgo de esa cooperación entre autoridades competentes..**

Con este fin, **debe potenciarse en mayor medida el papel del CUM como impulsor de las tareas que el APL asigna a los puntos de contacto**. No sólo como coordinador o supervisor de las tareas desarrolladas, sino como efectivo impulsor de las mismas **a través de su Secretaría**.

- Ø En tercer lugar, desde un punto de vista institucional existen varias instancias a las que el APL dota de un papel específico y recíprocamente complementario en la garantía de la unidad de mercado, en la voluntad de **que cada una de dichas funciones se integren en el resto de las atribuciones y filosofía de los**

distintos órganos y organismos. Es el caso, por ejemplo, de las Conferencias Sectoriales.

Destaca en este sentido la reserva a la futura Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en la que se integrará esta CNC junto con otras Comisiones, de la legitimación activa para impugnar disposiciones y actuaciones contrarios a la unidad de mercado. Sin perjuicio de que a continuación se profundizará en este aspecto, procede señalar aquí **que tanto la articulación de esta función de la CNMC como sus relaciones con el resto de órganos con atribuciones de protección de la unidad de mercado y con el resto de autoridades competentes debe estar en línea con el carácter independiente con que el legislador pretende dotar a la futura institución, en línea, por ejemplo, de la propia CNC.**

III.3 Sobre los instrumentos de revisión administrativa y jurisdiccional

Bajo la rúbrica “**Mecanismos de protección de los operadores económicos en el ámbito de la libertad de establecimiento y de la libertad de circulación**”, el Capítulo VII del APL regula los instrumentos a disposición de determinadas Administraciones Públicas para, en su caso, neutralizar la vigencia de disposiciones y actos que restringen tales libertades. Esencialmente, se plantea un doble mecanismo:

- Ø Una reclamación administrativa al CUM contra cualquier disposición, acto, actuación, inactividad o vía de hecho que pueda ser incompatible con la libertad de establecimiento y de la libertad de circulación: artículo 26 del APL.
- Ø La legitimación activa a la futura CNMC para interponer, de oficio o a solicitud de los operadores económicos, recurso contencioso administrativo frente a cualquier disposición, acto, actuación, inactividad o vía de hecho que se considere contraria a la unidad de mercado: artículo 27 y modificación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa prevista en la Disposición Final Primera.

La previsión de cauces de revisión merece una valoración positiva. La mera existencia de estos instrumentos puede reforzar la credibilidad de los mecanismos previos y “blandos” de corrección, y la disuasión de que las distintas Administraciones y autoridades competentes adopten medidas injustificadamente restrictivas de la unidad de mercado y, más ampliamente, de la actividad económica.

Sin embargo, para conseguir lo anterior, **es necesario que el diseño normativo de estos instrumentos posibilite que el uso de los mismos sea motivado por la protección del interés general, eficiente y razonable**, por parte de las autoridades en que residen las mencionadas atribuciones:

- Ø **Motivado por la protección del interés general**, en la medida en que los mecanismos no deberían tener por objeto la restitución de derechos o intereses legítimos de operadores afectados (independientemente de que tengan como consecuencia la corrección de las situaciones que hayan afectado a aquéllos) sino la garantía de la unidad de mercado y las libertades de circulación como bienes jurídico-públicos protegibles. Es a ello a lo que los organismos e instituciones a que el APL encomienda dichas tareas deben dedicar sus recursos.

- Ø **Eficiente**, en la medida en que permitan una adecuada interlocución e iteración entre las autoridades públicas y los operadores interesados y entre aquéllas entre sí; que la articulación de cada fase y la relación entre ambas equilibre la necesaria agilidad en el desarrollo de estos procedimientos con la posibilidad de que se puedan ejercer efectivamente por parte de las autoridades implicadas; y que la previsión de estos instrumentos no genere una “judicialización sistemática” que podría suponer un coste desproporcionado en términos de seguridad jurídica y de utilización de recursos públicos.

- Ø **Razonable**, en tanto se ha de garantizar que la utilización efectiva de estos instrumentos por las autoridades implicadas responde a verdaderas razones de interés general, en particular en relación con el ejercicio de legitimación activa de la CNMC para desarrollar actuaciones jurisdiccionales que en principio pueden acometer los propios operadores afectados; y también se debe eliminar el riesgo de que estos instrumentos puedan degenerar en utilizaciones espurias, integradas en las estrategias litigiosas de los operadores.

Lo anterior debe conducir a una reflexión sobre la naturaleza de la **participación de la futura CNMC en este procedimiento**. Con arreglo a su norma creadora, actualmente en fase de Proyecto de Ley, esa Comisión se caracterizará, al igual que la actual CNC y las otras Comisiones que se integrarán en aquélla, por la independencia de su actuación respecto de las Administraciones Públicas, incluyendo a la AGE (sin perjuicio de que esté adscrita a ella), y desde luego de los operadores económicos.

Esta CNC entiende que pueden existir razones por las que la atribución a la CNMC de la legitimación activa para impugnar disposiciones y actuaciones públicas contrarias a

la unidad de mercado resulte conveniente y positiva para la efectividad general del sistema.

Sin embargo, esa conveniencia ha de pasar por **garantizar la independencia de la futura CNMC en relación con la iniciativa de tal ejercicio** (aunque sea consecuencia de una solicitud de parte); algo, por otra parte, consustancial a la noción de legitimación activa. Esta independencia de la CNMC debe salvaguardarse en relación con los operadores (para garantizar que sus acciones corresponden a la defensa del interés general que esa Comisión tendrá atribuido) y del resultado a que haya conducido en su caso el procedimiento administrativo establecido en el artículo 26 y que tiene a la Secretaría del CUM como protagonista.

Si, por el contrario, se estuviese contemplando el papel de la CNMC como una mera mandataria para ventilar en sede jurisdiccional las cuestiones no resueltas a los operadores interesados por parte de las autoridades competentes en el sentido de lo solicitado por la Secretaría del CUM, esta CNC estima conveniente reconsiderar el mecanismo, en la medida en que correría serio peligro de operatividad y mermaría la independencia general del futuro organismo.

IV. OBSERVACIONES AL ARTICULADO

Artículo 9. Garantía de las libertades de los operadores económicos.

En relación con el catálogo de actuaciones en las que las autoridades competentes han de garantizar los principios de la Ley¹², la CNC recomienda incluir expresamente las siguientes decisiones por su capacidad de restringir las actividades económicas:

- Ø La **decisión de considerar un servicio como público**¹³.
- Ø El **desarrollo de actividades económicas** por parte de las Administraciones, en competencia con otros operadores, bien de forma directa, a través de entidades instrumentales o de corporaciones públicas.
- Ø La **totalidad de la actividad de aprovisionamiento de las Administraciones Públicas**, más allá de la documentación relativa a los contratos públicos a que se refiere el subapartado c) del artículo 9.2, que permitiría someter a los principios del APL las **encomiendas de gestión** o la colaboración con entidades públicas o privadas en la provisión de bienes o servicios, por ejemplo con **convenios de colaboración o la constitución de consorcios**.

¹² Y sin perjuicio de que puedan entenderse ya incluidas en la cláusula general del apartado f).

¹³ Esta decisión sería previa y distinta a la consiguiente exigencia de una autorización para el acceso o ejercicio de una actividad, tal como dispone, en estos casos, el artículo 17 apartado 1.b) del APL.

- Ø La puesta en práctica de planes de **redimensionamiento del sector público**.

Con base en lo anterior se propone la siguiente redacción para el artículo 9:

“Artículo 9. Garantía de las libertades de los operadores económicos.

1. Todas las autoridades competentes velarán, en las actuaciones administrativas, disposiciones y medios de intervención adoptados en su ámbito de actuación, por la observancia de los principios de no discriminación, cooperación y confianza mutua, necesidad y proporcionalidad de sus actuaciones, eficacia en todo el territorio nacional de las mismas, simplificación de cargas y transparencia.

2. En particular, garantizarán que las siguientes disposiciones y actos cumplen los principios citados en el apartado anterior:

- a) [...]
- f) **La decisión de considerar un servicio como público.**
- g) **El desarrollo de actividades económicas por parte de las Administraciones, en competencia con otros operadores, bien de forma directa, bien a través de entidades instrumentales o de corporaciones públicas.**
- h) **La actividad de aprovisionamiento de las Administraciones Públicas mediante encomiendas de gestión, la celebración de convenios y la constitución de consorcios.**
- i) **La puesta en práctica de planes de redimensionamiento del sector público.**
- fj) Cualesquiera otros actos, resoluciones y procedimientos administrativos que afecten a los operadores económicos”.

Artículo 10. Consejo para la Unidad de Mercado

Este Consejo se configura como una herramienta institucional crucial para el seguimiento de la aplicación de la futura Ley. Para potenciar su eficacia a tal respecto, se propone:

- Ø Reflejar de una manera más clara su capacidad de impulso de la cooperación en la elaboración de proyectos normativos del artículo 14, a la manera de lo que se refleja para otras funciones como las del art.15 (actual apartado 4 subapartado g).

- Ø Como consecuencia de lo anterior, establecer expresamente la posibilidad de profundizar en mecanismos de evaluación recíproca, o *peer review*, con carácter permanente o *ad hoc*, en los que participasen las distintas autoridades competentes.

Lo anterior podría incorporarse en un nuevo subapartado del artículo 4, previo al actual g), que dispusiese:

“Impulso de las tareas de coordinación en la elaboración de proyectos normativos establecidas en el artículo 14, a cuyos efectos podrá decidir la constitución de estructuras de evaluación recíproca con la participación de las distintas autoridades competentes”.

Adicionalmente, el órgano proponente del Proyecto debería clarificar en el texto qué representantes de la Administración Local, que efectivamente tiene una gran importancia en las cuestiones relativas a la unidad de mercado, integrarían dicho Consejo. Igualmente, se debería clarificar qué participación y responsabilidad van a tener estos representantes frente al resto de entidades locales.

Artículo 11. La Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado.

Este artículo otorga importantes funciones a la Secretaría del CUM como órgano técnico de coordinación y cooperación continua con las autoridades competentes. Sin embargo, para potenciar la efectividad de dicha cooperación, sería conveniente que se trasladasen de una manera más clara a la Secretaría del CUM las facultades de impulso de la misma que ostenta el CUM de acuerdo con lo dicho a propósito del artículo 10.

Con independencia de lo anterior, el CUM y su Secretaría, dadas las funciones que les atribuye esta Ley, van a disponer de información que en ocasiones, y sin perjuicio de sus implicaciones para la unidad de mercado, resulte de interés para la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia por parte de la actual CNC y la futura CNMC

En este sentido, puede valorarse la introducción de que el CUM, a través de su Secretaría Técnica, remita la información relevante en relación con el desarrollo de las competencias de dicha Comisión a que haya accedido en virtud de las actuaciones previstas en los artículos 10 y 11.

Con base en lo dicho se propone la siguiente redacción del artículo 11:

“Artículo 11. La Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado.

[...]

7. Iniciativa para la articulación de acciones de colaboración y actividades conjuntas entre autoridades competentes.

8. La Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado remitirá a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia información sobre prácticas de las que pudiera tener conocimiento y que sean susceptibles de afectar a la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia, y de aquellas otras que puedan afectar a las funciones que aquella Comisión tenga encomendadas en virtud de la Ley XXX, de xxx de xxx, de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”.

Artículos 12. Cooperación en el marco de las competencias sectoriales; y 15. Evaluación periódica de la normativa.

El APL configura **las Conferencias Sectoriales** como mecanismo de coordinación, revisión y propuesta de modificación de normas, planes de actuación y evaluación periódica¹⁴. A estos efectos, el artículo 12 establece que, a través de las conferencias sectoriales:

- Ø Las diferentes autoridades competentes, incluida en su caso una representación de las Entidades Locales, analizarán y propondrán las modificaciones normativas necesarias para cumplir con los principios recogidos en esta ley y establecer marcos regulatorios adaptados a sus principios y disposiciones.
- Ø En particular, analizarán las condiciones y requisitos para el acceso y ejercicio de la actividad económica, así como los relativos a la distribución y comercialización de productos, e impulsarán los cambios normativos y reformas que procedan.

La CNC considera que canalizar el cambio estructural en la actividad regulatoria y de práctica administrativa en las Conferencias Sectoriales, órganos de naturaleza cooperativa y periódica, puede suponer que el impulso que la cooperación interadministrativa no sea suficientemente sostenido ni operativo. Para que la

¹⁴ De acuerdo con el artículo 5 apartado 3 de la Ley 30/1992: “Los órganos de cooperación de composición multilateral y de ámbito sectorial que reúnen a miembros del Gobierno, en representación de la Administración General del Estado, y a miembros de los Consejos de Gobierno, en representación de las Administraciones de las Comunidades Autónomas, se denominan Conferencias Sectoriales”.

cooperación en las Conferencias Sectoriales sea eficiente, la CNC estima que resultaría conveniente:

- Ø Clarificar que las iniciativas a desarrollar por las conferencias sectoriales son sin perjuicio del resto de las establecidas en la Ley.
- Ø Fortalecer el papel del CUM como coordinador de la actividad desarrollada por las Conferencias Sectoriales en materia de unidad de mercado a la hora de:
 - o Proponer iniciativas concretas a valorar por las Conferencias Sectoriales.
 - o Establecer planes de revisión de las iniciativas desarrolladas.
- Ø Concretar en qué consistiría el impulso a la evaluación periódica en las materias de su competencia que las Conferencias Sectoriales tienen atribuido en su artículo 15. En este sentido, se debería especificar, más allá del Plan de Trabajo inmediato que dispone la Disposición adicional octava¹⁵, al menos la periodicidad en la evaluación de la normativa y los resultados a que debe conducir dicha normativa.

Todo lo anterior conduce a proponer la siguiente redacción para los artículos 12 y 15:

“Artículo 12. Cooperación en el marco de las conferencias sectoriales.

1. A través de las conferencias sectoriales, las diferentes autoridades competentes, incluida en su caso una representación de las Entidades Locales, analizarán y propondrán las modificaciones normativas necesarias para cumplir con los principios recogidos en esta ley y establecer marcos regulatorios adaptados a sus principios y disposiciones.

2. En particular, **y sin perjuicio de las competencias que esta Ley atribuye a otros órganos**, las conferencias sectoriales analizarán las condiciones y requisitos requeridos para el acceso y ejercicio de la actividad económica, así como los relativos a la distribución y comercialización de productos, e impulsarán los cambios normativos y reformas que podrán consistir en:

a) Propuestas de modificación, derogación o refundición de la normativa existente, con el fin de eliminar los obstáculos identificados o hacer compatibles

¹⁵ Disposición adicional octava. Plan de trabajo de las Conferencias sectoriales.

Con el fin de garantizar la cooperación en el marco de las Conferencias sectoriales, éstas serán convocadas en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de esta Ley para que analicen la normativa estatal y autonómica reguladora de los correspondientes sectores económicos y elaboren una propuesta de cambios normativos para cumplir con los principios recogidos en esta Ley.

con esta ley aquellas normas que incidan en la libertad de establecimiento y de libre circulación de bienes y servicios.

b) Adopción de acuerdos que establezcan estándares de regulación sectorial, en materias que son competencia autonómica y local de acuerdo con los principios contenidos en esta ley.

c) Adopción de otras medidas, planes de actuación que versen sobre las materias analizadas, con el fin de eliminar los obstáculos identificados de acuerdo con los principios de esta ley.

3. Sin perjuicio del resto de funciones que tiene establecidas en esta Ley, el Consejo para la Unidad de Mercado, a través de su Secretaría, coordinará la actividad desarrollada por las Conferencias Sectoriales en materia de unidad de mercado. En particular, podrá proponer que las Conferencias Sectoriales desarrollen iniciativas de las previstas en el apartado 2 de este artículo en relación con sectores o actividades concretos, así como planes de revisión de su impacto y resultado”.

“Artículo 15. Evaluación periódica de la normativa.

1. Todas las autoridades competentes evaluarán periódicamente su normativa al objeto de valorar el impacto de la misma en la unidad de mercado.

2. Sin perjuicio de la evaluación establecida en el apartado anterior, las Conferencias Sectoriales impulsarán la evaluación periódica en las materias de su competencia, así como los cambios normativos que puedan proceder, en el marco de lo establecido en el artículo 12.

A tal efecto, las Conferencias Sectoriales deberán concretar, con periodicidad anual, el programa de evaluación que se considera prioritario para el período. El resultado de la evaluación incluirá propuestas de modificación de los obstáculos a la unidad de mercado y las libertades de circulación existentes, así como una valoración de los resultados de cualesquiera medidas emprendidas para remover dichos obstáculos.

3. Asimismo, el Consejo para la Unidad de Mercado podrá impulsar la evaluación del marco jurídico vigente en un sector económico determinado,

cuando se hayan detectado obstáculos a la unidad de mercado, conforme a lo establecido en el artículo 10”.

Artículo 14. Cooperación en la elaboración de proyectos normativos.

Este precepto establece determinadas actuaciones a desarrollar por las autoridades competentes en la elaboración de proyectos normativos. A tal propósito, y de manera consistente con lo ya expresado en las observaciones generales y a otros artículos anteriores, la CNC propone:

- Ø Extender a todas las autoridades competentes, como regulación de carácter básico, la obligación de realizar una **memoria del análisis de impacto normativo** (MAIN), a la manera establecida con carácter obligatorio para los proyectos normativos de ámbito estatal por el **Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo**, que cuenta con un apartado de análisis de impacto económico de la medida, que incluye el impacto sobre la competencia¹⁶.
- Ø Incentivar adecuadamente el rigor y la correcta elaboración de estas MAIN por parte de las autoridades competentes. Incluso en el ámbito de la AGE, donde es obligatorio, tal análisis, en ocasiones, carece del rigor y la profundidad necesarios, y no existen mecanismos claros de incentivo a cumplir con una adecuada evaluación de dichos impactos, más allá de la difusa exigibilidad legal que supone el Real Decreto que establece la obligación de realizar la MAIN.

Para ello, se podrían reforzar los mecanismos que permitan el escrutinio de dichas memorias (más allá de los proyectos normativos en sí) en el contexto de la cooperación prevista en el apartado segundo de este artículo 14. En particular, se podrían establecer más claramente, en los Capítulos del APL dedicados a los mecanismos de colaboración, cauces de análisis *ex post* de la calidad de dichas memorias (por ejemplo mediante muestreos periódicos y rotatorios entre

¹⁶ Por ejemplo, en relación con reformas normativas actualmente en marcha en el ámbito estatal, la futura Ley de sostenibilidad y racionalización de la Administración Local prevé la modificación del artículo 86.1 LBRL en relación con la iniciativa económica de las entidades locales, introduciendo un párrafo que dispondría: “El expediente acreditativo de la medida irá acompañado de un análisis del mercado, relativo a la oferta y a la demanda existente, a la rentabilidad y a sus posibles efectos sobre la concurrencia empresarial”.

La CNC ha propuesto que se extienda dicho análisis a otras decisiones de las entidades locales que pueden resultar susceptibles de impactar sobre la competencia. *Vid.* IPN 88/13. APL de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, disponible en www.cncompetencia.es.

autoridades competentes, y/o mediante ejemplos de malas y buenas prácticas), de manera que se publicitasen los resultados de las autoridades competentes más respetuosas.

Al efecto de desarrollar ambas tareas, y en el espíritu de que las mismas no supongan incremento de recursos públicos destinados al efecto, se podría responsabilizar de las mismas, bajo la coordinación y el impulso de la Secretaría del CUM, a las distintas autoridades competentes, de manera que fueran evaluando recíprocamente las iniciativas de los demás¹⁷.

- Ø Reforzar, de manera cualificada en atención a su importancia para la unidad de mercado, la obligación y exigencia de que, en el ámbito estatal, las MAIN de los proyectos normativos que supongan normativa básica o bien transposición de Directivas comunitarias, en las que la responsabilidad de tal transposición sea compartida, desarrollen análisis específicos del grado de afectación a la unidad de mercado de la regulación estatal en cuestión y de qué medidas, de entre las incorporadas en dicha regulación, responden a la finalidad de garantizarla, de acuerdo con esta Ley.

“Artículo 14. Cooperación en la elaboración de proyectos normativos.

1. Las autoridades competentes intercambiarán información relativa a los proyectos normativos que puedan tener incidencia en la unidad de mercado, valorando especialmente la coherencia de dichos proyectos normativos con esta ley.

2. Las iniciativas normativas que desarrollen las autoridades competentes deberán de ir acompañadas de la correspondiente Memoria del Análisis de Impacto Normativo, que deberá establecer, en particular y sin perjuicio de otro contenido, el grado de afectación de la disposición proyectada a las libertades de los operadores económicos de acuerdo con los principios establecidos en esta Ley.

¹⁷ El sistema de *peer review* se ha ensayado entre los distintos Estados Miembros en el proceso de transposición de la Directiva de Servicios y es una manera razonablemente satisfactoria de no sobrecargar en exceso a la instancia inicialmente encargada de impulsar el proceso (en aquel caso, la Comisión Europea).

3. En los procedimientos de elaboración de normas que afecten de manera relevante a la unidad de mercado, la autoridad competente proponente de la norma pondrá a disposición del resto de autoridades a través del sistema informático previsto en el artículo 23, con la antelación suficiente, el texto del proyecto de norma, acompañado de los informes o documentos que permitan su adecuada valoración, incluyendo **en su caso** la memoria del análisis de impacto.

4. En el ámbito estatal, las Memorias del Análisis de Impacto Normativo de los proyectos que supongan normativa básica, o bien transposición de Directivas comunitarias en las que la responsabilidad de tal transposición sea compartida, desarrollarán análisis específicos del grado de afectación a la unidad de mercado de la regulación estatal en cuestión y de qué medidas, de entre las incorporadas en dicha regulación, responden a la finalidad de garantizarla, de acuerdo con esta Ley.

5. Las leyes o disposiciones normativas de carácter general que regulen las funciones o la actuación de varias autoridades competentes en relación con las previsiones contenidas en esta ley garantizarán el principio de simplificación de cargas.

6. Si el proyecto de norma establece o modifica medios de intervención, se analizará la existencia de otras medidas que afecten a la misma actividad ya establecidas por otras autoridades competentes. Asimismo, se asegurará que los medios de intervención no recaen sobre los mismos aspectos en caso de concurrencia de varias administraciones y preverá un sistema por el cual el procedimiento no genere costes adicionales para el operador en comparación con la intervención de una única administración.

7. Si el proyecto de norma establece o modifica requisitos de acceso o ejercicio a una actividad económica se analizará la consistencia de éstos con el resto de la normativa de las demás autoridades competentes.

8. Bajo la iniciativa de la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado se podrán establecer grupos de trabajo compuestos por distintas autoridades competentes para desarrollar los análisis y tareas previstas en este artículo. En particular, estos grupos de trabajo evaluarán la calidad de las Memorias del Análisis de Impacto Normativo de las distintas autoridades competentes.

9. Las valoraciones y resultados de las actividades previstas en este artículo se harán públicas en la periodicidad y formato que la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado determine.

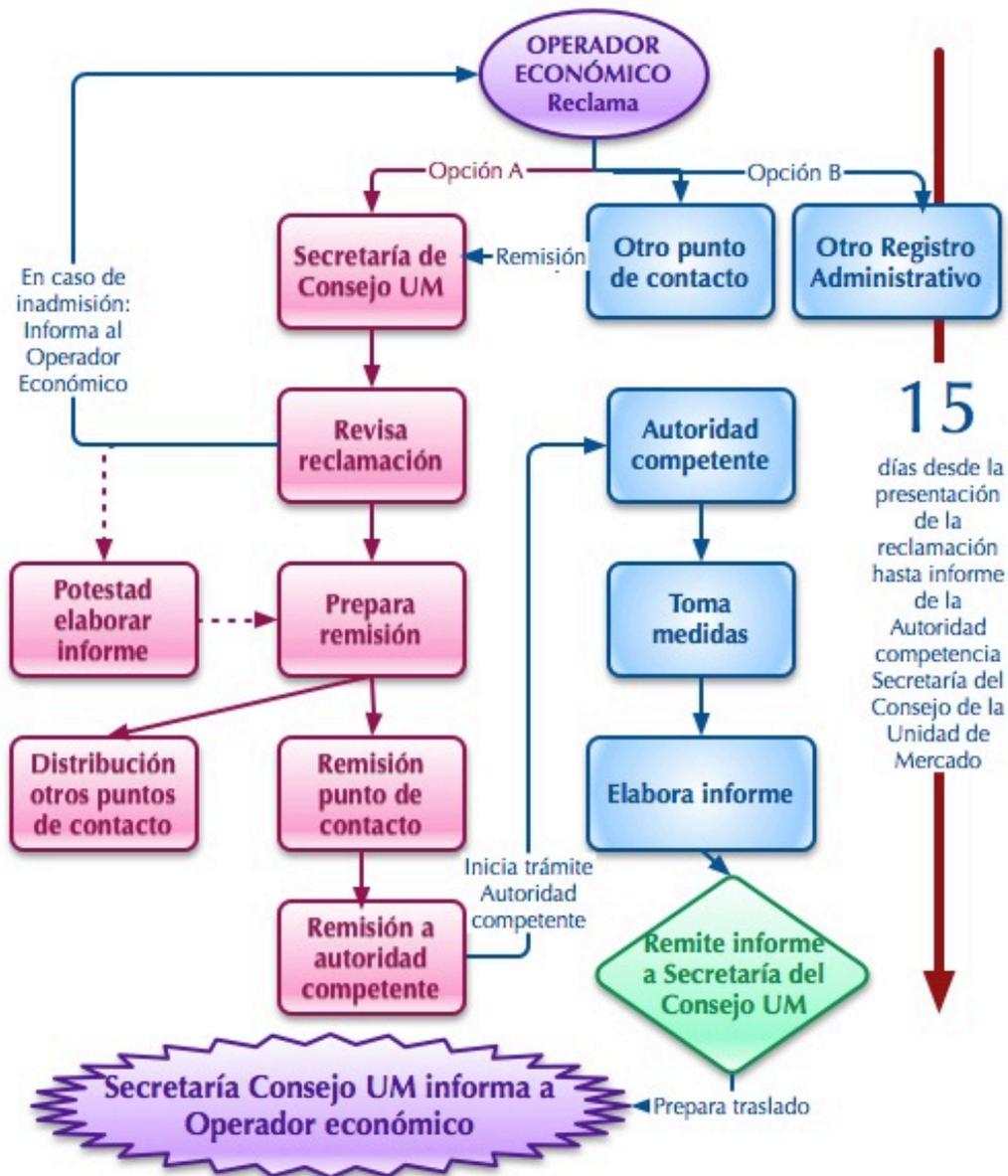
10. En los procedimientos de audiencia pública de las leyes y disposiciones normativas de carácter general, los operadores económicos o sus asociaciones representativas podrán pronunciarse sobre el impacto de la normativa en la unidad de mercado”.

Artículo 26. Defensa de los intereses de los operadores económicos por las autoridades competentes.

El artículo 26 del APL prevé una instancia administrativa para los operadores ante la cual solicitar la protección de sus derechos ante actuaciones públicas que puedan resultar incompatibles con la libertad de establecimiento y la libre circulación.

La interpretación que realiza la CNC del procedimiento del artículo 26, así como las principales cuestiones que plantea, se presentan gráficamente en el Gráfico que sigue.

Gráfico 1. Artículo 26: Defensa de los intereses de los operadores económicos por las autoridades competentes.



Fuente: elaboración propia

La CNC considera conveniente realizar una serie de observaciones sobre la previsible efectividad del mecanismo establecido en este artículo y la consistencia e integración con el instrumento de revisión jurisdiccional previsto en el artículo 27.

En primer lugar, **el carácter *sui generis* del procedimiento previsto no permite distinguir claramente**, en el diseño del artículo 26, si **su objeto** es la protección del interés general, o la de los intereses particulares de los operadores afectados.

Así, aunque la nomenclatura de "defensa de los intereses del operador económico" resulte peculiar, el artículo 26, destinado a corregir vulneraciones de derechos de particulares por incumplimientos de las garantías recogidas en los artículos 16 a 18 del APL, **parece instaurar un procedimiento de revisión administrativa específico, con análogo propósito que los recursos administrativos que pudieran sustanciarse directamente ante las autoridades competentes¹⁸ pero con importantes particularidades**. Por ejemplo: a) no se establece un plazo para la activación del procedimiento; b) se permite atacar disposiciones generales¹⁹; y c) la Secretaría del CUM se posiciona como tramitador de la reclamación; de hecho, a ella corresponde inadmitir en su caso las solicitudes. Se entiende que el objeto de este procedimiento es coadyuvar a disciplinar a las autoridades competentes para que modifiquen sus actuaciones, en caso de incumplir éstas la libertad de establecimiento o de circulación.

Como se ha comentado anteriormente, **la CNC considera que los mecanismos previstos en esta Ley deberían estar destinados a proteger el interés general**, que en este caso cristaliza en la garantía de la unidad de mercado, la libertad de establecimiento y libertad de circulación, en los términos establecidos en el artículo 1 APL, y no a garantizar o restablecer los derechos de los particulares. Es cierto que en ocasiones ambos resultados pueden solaparse, pero resulta fundamental distinguir a qué van dirigidos los instrumentos para garantizar su efectividad y operatividad.

Ello, además de desviarse de la finalidad de la norma, introduce **posibles solapamientos con los mecanismos ordinarios de protección**, como los recursos administrativos que, salvo en el caso de disposiciones generales, caben ante las instancias pertinentes contra la actuación de la autoridad competente. También puede generar **problemas de imbricación con el mecanismo de impugnación jurisdiccional previsto en el artículo siguiente**. (por ejemplo: qué resolución y en qué momento cierra la vía administrativa al particular). Todo lo cual reducirá, sin duda, la operatividad del mecanismo.

¹⁸ De hecho, el apartado 5 del artículo 26 establece que este procedimiento pone fin a la vía administrativa.

¹⁹ Si bien debe repararse en que, con carácter general y a diferencia de lo que ocurre en este caso, la Ley 30/1992 no permite recursos administrativos contra disposiciones generales.

Por consiguiente, se estima necesario reconfigurar el artículo 26 no como un mecanismo de protección de los derechos de los particulares que interfiera o se solape con el sistema de recursos administrativos previsto con carácter general, sino como un instrumento para que la Secretaría del CUM pueda instar, y además de manera efectiva, la remoción de cualesquiera obstáculos a la unidad de mercado y a las libertades mencionadas. Ello pasa por **eliminar las referencias a la salvaguarda protección de los derechos de los operadores** (que en todo caso tienen a su disposición los mecanismos ordinarios de protección) **como justificación a la actuación de la Secretaría del CUM**; y ello con independencia de que aquéllos puedan dirigirse al CUM a tal propósito. **También pasa por reforzar el papel central de dicha Secretaría**, habilitándola para instar la remoción de este tipo de obstáculos de oficio o a petición del resto de autoridades competentes mediante este mismo procedimiento.

En cualquier caso, sea cual sea su objeto, como mínimo la articulación del procedimiento debería permitir una **integración operativa con la legitimación jurisdiccional de la CNMC desarrollada en el artículo 27 y con la propia facultad del operador de atacar el acto o disposición**, tanto en sede administrativa (cuando ello sea posible) como en contenciosa, en el sentido que se comentará posteriormente.

En segundo lugar, en el apartado 2 se mencionan los **puntos de contacto de las autoridades competentes para la defensa de los intereses del operador económico**: 1) la Secretaría del CUM; 2) la CNMC; 3) cada departamento ministerial; y 4) la autoridad que designe cada Comunidad Autónoma o Ciudad con Estatuto de Autonomía. Este mismo artículo 26.2 menciona como punto de contacto a la CNMC. Como consecuencia de esta consideración, el artículo 26.3 indica que la Secretaría del CUM distribuirá la reclamación a dicha Comisión Nacional junto al resto de puntos de contacto.

La CNC considera que su inclusión bajo la denominación de “punto de contacto” junto a las autoridades competentes de la AGE y las CCAA²⁰, puede confundir a los operadores acerca del papel de la futura CNMC en esta fase, no favorecer la independencia de la CNMC en el procedimiento y dificultar la imbricación de este procedimiento administrativo con, en su caso, el jurisdiccional del artículo 27. En atención a ello, **resulta preferible que no se contemple la inclusión de la CNMC en el apartado 2 y se reserve su papel, en su caso, a lo previsto en el artículo siguiente. Ello sin perjuicio de que la Secretaría del CUM haya de informar a la**

²⁰ Los puntos de contacto indicados en el artículo 26 de APL, con excepción de la CNMC, que lo son en representación de Administraciones que podrían desarrollar actuaciones que vulneran las libertades de establecimiento y circulación.

CNMC de las actuaciones que desarrolle (de la admisión de la queja y de su resolución) para evitar el solapamiento de este artículo 26 con una impugnación de oficio por parte de dicha Comisión.

En tercer lugar, **no se precisan las consecuencias de la reclamación para las autoridades competentes autoras de las actuaciones controvertidas.** El APL se limita a indicar en su artículo 26.4 que la autoridad competente informará a la Secretaría del CUM y a la red de puntos de contacto de las medidas que se hayan adoptado, y que la Secretaría del CUM informará al operador sobre los resultados del proceso.

La CNC considera que esta solución puede crear problemas de inseguridad jurídica: para poner fin a la vía administrativa se requiere una resolución cierta sobre las cuestiones planteadas, en cuyo defecto operaría el silencio administrativo por transcurso del plazo y se abriría la vía jurisdiccional.

En su redacción actual, el procedimiento del artículo 26, esquematizado en el Gráfico 1, podría concluir, por ejemplo, con una respuesta de la autoridad competente afirmando que “adoptará medidas para dar solución a la reclamación” y difiriendo la instauración efectiva de las mismas. La redacción actual del APL facilita este tipo de respuestas, que no permiten indicar si se trata de una resolución verdaderamente estimatoria, ni determinar los efectos que ha de producir.

Ello es particularmente importante en el caso de que lo que se pretenda con este artículo 26 es proporcionar un cauce para la protección de los derechos de los particulares y, tal como establece el apartado 5 del artículo 26, poner fin a la vía administrativa. Pero, con independencia de si este es el caso, **la puesta en marcha del procedimiento, tras la entrada en juego de la Secretaría del CUM, debe motivar una respuesta concluyente por parte de la autoridad competente de que se trate en relación con la modificación de la actuación o en sentido contrario. Si no hay respuesta concluyente, se está dificultando además la valoración de la impugnación por parte de la CNMC regulada en el artículo siguiente, sea de oficio o a instancia del operador afectado.**

En atención a lo indicado, la CNC estima que para reforzar la posibilidad de que las modificaciones a las que pueda instar la Secretaría del CUM se tengan en consideración y para obtener con mayor probabilidad una resolución administrativa cierta, **el APL debería clarificar adicionalmente los efectos de las actuaciones de la Secretaría del CUM.** Por ejemplo, el artículo 26.3 establece que esta Secretaría podrá elaborar informes de valoración sobre las reclamaciones recibidas. Es de suponer que dicho informe se emitirá cuando la actuación reclamada incumpla las

libertades protegidas por el APL de manera particularmente clara o grave. La CNC recomienda que, salvaguardando el margen de apreciación de la Secretaría del CUM, el APL precise los efectos de dicho informe sobre las autoridades competentes. Podría indicarse, por ejemplo, que tal informe incorporará una **propuesta de las medidas y cronograma que, en opinión de la Secretaría del CUM, la autoridad competente debería adoptar y que, de lo contrario, la autoridad destinataria del informe deberá incorporar en su respuesta**, en el plazo indicado en el artículo 26.4 APL²¹, una fundamentación razonada que responda a dicho informe.

Por otra parte, fijar el momento de inicio para el **cómputo del plazo de 15 días** en el cual la autoridad competente debe contestar a la Secretaría del CUM en la presentación de la reclamación por parte del operador puede resultar excesivamente ambicioso si lo que se pretende es que dicha autoridad competente haya adoptado medidas que modifiquen su actuación inicial en dichos 15 días. Ello puede coadyuvar a que la respuesta de la autoridad competente requerida no sea lo concreta y precisa que debiera, con los efectos anteriormente indicados. **Convendría sujetar dicho plazo, al menos, a la recepción de la reclamación en dicha Secretaría, cuando no a la efectiva remisión de la reclamación a la autoridad competente por parte de aquélla.**

Adicionalmente, la interacción de este procedimiento del artículo 26 con la posible impugnación de la CNMC del artículo siguiente, en particular cuando es de oficio, debe revisarse. Sin perjuicio de lo que se dirá a propósito del comentario del artículo 27, se avanza ahora que la CNMC puede encontrarse sin margen para ejecutar una impugnación de oficio en tal momento, habida cuenta de que el plazo para ello está transcurriendo desde que la actuación o disposición está desplegando sus efectos o es pública, respectivamente; que el artículo 26 no establece un plazo para la presentación de la reclamación del operador afectado a la Secretaría del CUM; y que el plazo de 15 días mencionado en el párrafo anterior no parece suficiente.

Para evitar lo anterior, se debería establecer que, en el caso de que un operador afectado inste el procedimiento del artículo 26, **el plazo de la CNMC para presentar el recurso contencioso administrativo se suspende hasta que se produzca la respuesta de la autoridad competente** (al igual que sí está previsto para los operadores afectados en el artículo 26.6).

²¹ Vid. Artículo 26.4 APL: “Transcurridos quince días desde la presentación de la reclamación por parte del operador, el punto de contacto correspondiente a la autoridad competente afectada informará a la Secretaría del Consejo y a la red de puntos de contacto de **las medidas que se hayan adoptado para dar solución a la reclamación**”.

Finalmente, en línea con lo anterior y para prevenir efectos indeseables en la interacción entre este procedimiento y el siguiente, o bien con la interposición del recurso-contencioso administrativo (el apartado 6 establece la suspensión del plazo a estos efectos), **se debería regular con más claridad cuándo se producen las actuaciones que dan lugar a la finalización del procedimiento:** inadmisión, y resolución estimatoria o desestimatoria. En segundo lugar, si, tal como parece, no se quiere sujetar la iniciación de este procedimiento del artículo 26 a plazo alguno desde que la disposición o actuación controvertida despliega sus efectos, en el apartado 6 se debería **dejar constancia expresa de que el ejercicio de la posibilidad de reclamación administrativa una vez ha transcurrido el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo** no puede abrir esta segunda vía, ni directamente ni a través de la instancia a la CNMC.

En consecuencia, se propone la siguiente redacción para el artículo 26, incluida modificación del título del mismo:

“CAPÍTULO VII

Mecanismos de protección de la libertad de establecimiento y de la libertad de circulación

Artículo 26. Defensa de la libertad de establecimiento y de la libertad de circulación por la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado.~~Los intereses de los operadores económicos por las autoridades competentes.~~

1. El operador económico que entienda que se han vulnerado sus derechos por alguna disposición, acto, actuación, inactividad o vía de hecho que pueda ser incompatible con la libertad de establecimiento y de la libertad de circulación, podrá **ponerlo en conocimiento de** la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado, a través la ventanilla que al efecto se establezca.

La Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado también podrá decidir desarrollar el procedimiento que se detalla en el presente artículo a iniciativa propia o de las autoridades competentes.

~~2. Para la defensa de los intereses del operador económico,~~ **Las** autoridades competentes actuarán y cooperarán a través de la red de puntos de contacto para la unidad de mercado y solución de diferencias. Serán puntos de contacto:

a) La Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado.

- ~~b) La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.~~
- eb) Cada departamento ministerial.
- ec) La autoridad que designe cada Comunidad Autónoma o Ciudad con Estatuto de Autonomía.

3. La Secretaría revisará la reclamación para cerciorarse de que se trata de una actuación que es o puede ser incompatible con la libertad de establecimiento o circulación y la remitirá al punto de contacto correspondiente a la autoridad competente afectada. **En caso de que la reclamación carezca de base a estos efectos, la Secretaría lo pondrá en conocimiento del operador la inadmisibilidad de la misma.**

Asimismo, **Una vez determinado por la Secretaría que existe base para la reclamación, esta** será distribuida entre todos los puntos de contacto, que podrán realizar las aportaciones que consideren oportunas. **En tal momento, la Secretaría remitirá igualmente esta información a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.** La Secretaría podrá igualmente elaborar informes de valoración sobre las reclamaciones recibidas.

4. Transcurridos quince días desde la ~~presentación de la reclamación por parte del operador~~ **recepción de la reclamación por parte de la autoridad competente**, el punto de contacto correspondiente a la autoridad competente afectada informará a la Secretaría del Consejo y a la red de puntos de contacto de las medidas que se hayan adoptado para dar solución a la reclamación. **Si no resultase posible implementar estas medidas en el plazo indicado, la autoridad competente indicará aquél en que dicha implementación tendrá lugar.**

En el caso de rechazar las medidas correctoras que en su caso proponga el informe de la Secretaría a que se refiere el apartado anterior, la autoridad competente deberá, dentro de tal plazo, argumentar motivadamente su decisión.

La Secretaría del Consejo informará al operador, **al resto de puntos de contacto y a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia** sobre los resultados del proceso.

5. La contestación de la autoridad competente **a la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado motivará que el operador pueda** ~~pondrá fin a la vía~~

administrativa, pudiendo el operador dirigir su solicitud a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, conforme a lo establecido en el artículo siguiente.

6. El plazo para interponer el recurso administrativo procedente por parte de los operadores que hayan presentado su reclamación a la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado **y para la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia** se suspende hasta que se produzca su inadmisión **por parte de esa Secretaría, conforme al apartado 3 de este artículo**, o **su** eventual desestimación **por la autoridad competente con arreglo a lo dispuesto en el apartado 4.**

Artículo 27. Legitimación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

La legitimación activa para impugnar actuaciones públicas que contengan “obstáculos a la unidad de mercado” que el APL concede a la futura CNMC también plantea determinadas cuestiones de alcance y articulación.

A. Justificación y filosofía de la habilitación

En esta ocasión resulta inequívoco que el mecanismo del artículo 27 no se ha previsto en protección de los derechos supuestamente vulnerados de los operadores en relación con la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios²². El artículo 27 introduce un instrumento de recurso jurisdiccional justificado en la defensa de los intereses generales que la CNMC tendrá asignados y, por tanto, potestativo de la futura CNMC en función de la apreciación que realice de la gravedad de la actuación sobre dicho interés general. Y ello sin perjuicio de que pueda ser iniciado de oficio o a solicitud de los operadores potencialmente afectados por la actuación.

Esta facultad impugnatoria de la futura CNMC puede ilustrarse por la experiencia de la CNC, ex **artículo 12.3 LDC: la posibilidad de interponer recurso contencioso-administrativo contra disposiciones y actos de las Administraciones Públicas sujetos a Derecho Administrativo que contengan obstáculos a la competencia efectiva en los mercados.** La CNC considera que esta facultad, análoga a la introducida en el artículo 27 del APL, es un instrumento de promoción de la competencia altamente positivo. **No sólo por su capacidad de remover**

²² Debe notarse la diferencia entre los “obstáculos a la unidad de mercado” del artículo 27, y la formulación de la reclamación administrativa de tal precepto en el artículo 26, más precisa.

efectivamente obstáculos a la competencia sino también como instrumento dinámico de disuasión hacia las Administraciones Públicas que, en sinergia con el resto de los instrumentos de promoción de la competencia de la CNC, puede evitar por su propia existencia y sin coste adicional, la introducción de obstáculos a la competencia efectiva.

En atención a esta consideración dinámica, así como de reputación y credibilidad, la CNC ha ejercitado la impugnación en un número muy reducido de ocasiones, siempre consecuencia de una ponderación cuidadosa de los factores favorables a tal ejercicio, junto al coste de oportunidad de asignar los recursos de la CNC a otras posibles actuaciones²³.

El siguiente ejemplo, extraído del ámbito de experiencia de la CNC en relación con la promoción de la competencia efectiva en los mercados y del conjunto de instrumentos con que le dota la LDC para desarrollar tal actividad, puede ayudar a centrar, para el contexto de la unidad de mercado, las situaciones en que puede resultar más efectiva y eficiente una actuación alternativa a la impugnación jurisdiccional que una impugnación (o secuencia de impugnaciones) decidida precipitadamente.

Autorización administrativa de proyectos energéticos firmados por técnicos competentes.

En septiembre de 2010, el Consejo de la CNC aprobó un Informe y recomendaciones en relación con la negativa de distintas Administraciones Públicas a la autorización de proyectos energéticos firmados por Ingenieros de Minas. Este informe fue consecuencia de un escrito remitido por el Consejo Superior de Ingenieros de Minas en el cual se ponía de manifiesto la negativa de determinadas Administraciones autonómicas a autorizar proyectos energéticos que no hubieran sido firmados por Ingenieros Industriales.

El informe, emitido con base en el artículo 26 LDC, traslada a las Administraciones Públicas competentes para autorizar dichos proyectos que el criterio adecuado con el que la Administración debe valorar la capacidad de un profesional para la firma de proyectos energéticos es su competencia técnica, debidamente acreditada. En consecuencia, la CNC les solicitó que cesasen en aquellos comportamientos que por acción, omisión o vía de hecho, restringen la capacidad de firma de proyectos de instalaciones energéticas exclusivamente al colectivo de Ingenieros Industriales, y que reconozcan esta misma facultad al resto de técnicos

²³ Entre otras, el Consejo de la CNC ha tenido en consideración en estas ocasiones: la afectación al interés general y, en particular, la gravedad de la restricción, el grado de justificación de la misma, el carácter ejemplificador de su erradicación, la contumacia o perseverancia de la Administración actora en mantenerla frente a las advertencias de la CNC o las vulneraciones del ordenamiento jurídico a que da lugar la restricción. También se debe valorar el verdadero impacto de una impugnación individualmente considerada (o serie de impugnaciones sobre actuaciones concretas en la que la restricción a la unidad de mercado es análoga) frente a una actuación más general, y todo ello, de nuevo, relacionado con el coste de oportunidad que para la futura institución se derivaría de ejercitar la actuación.

competentes para ello.

La CNC considera que la publicación del informe y su remisión expresa a las distintas Administraciones competentes ha resultado más efectiva y expeditiva de cara a la remoción de la mencionada práctica con carácter general, y más eficiente desde el punto de vista de la gestión de los recursos de esta autoridad, que la alternativa de impugnar, en tiempo y forma adecuados, cualesquiera resoluciones administrativas denegatorias de la autorización de proyectos energéticos que hubiesen sido identificados por esta Comisión o incluso puestos en su conocimiento por parte de los operadores afectados.

En definitiva, la experiencia permite afirmar que la existencia de este instrumento, por sí misma, puede reforzar la efectividad del procedimiento previsto en el artículo 26 y las atribuciones previstas para la Secretaría del CUM. Sin embargo, también aconseja que el diseño de dicha legitimación permita un ejercicio no automático sino potestativo, tanto de oficio como a instancia de parte, acorde con la valoración de la afectación del interés general que realice la CNMC, como organismo independiente.

Con base en la experiencia acumulada, la CNC considera conveniente que la regulación de esta facultad impugnatoria que establece el artículo 27 del APL permita a la futura CNMC desarrollarla persiguiendo el interés general.

Lo anterior supone, en línea con el carácter facultativo del ejercicio de la acción:

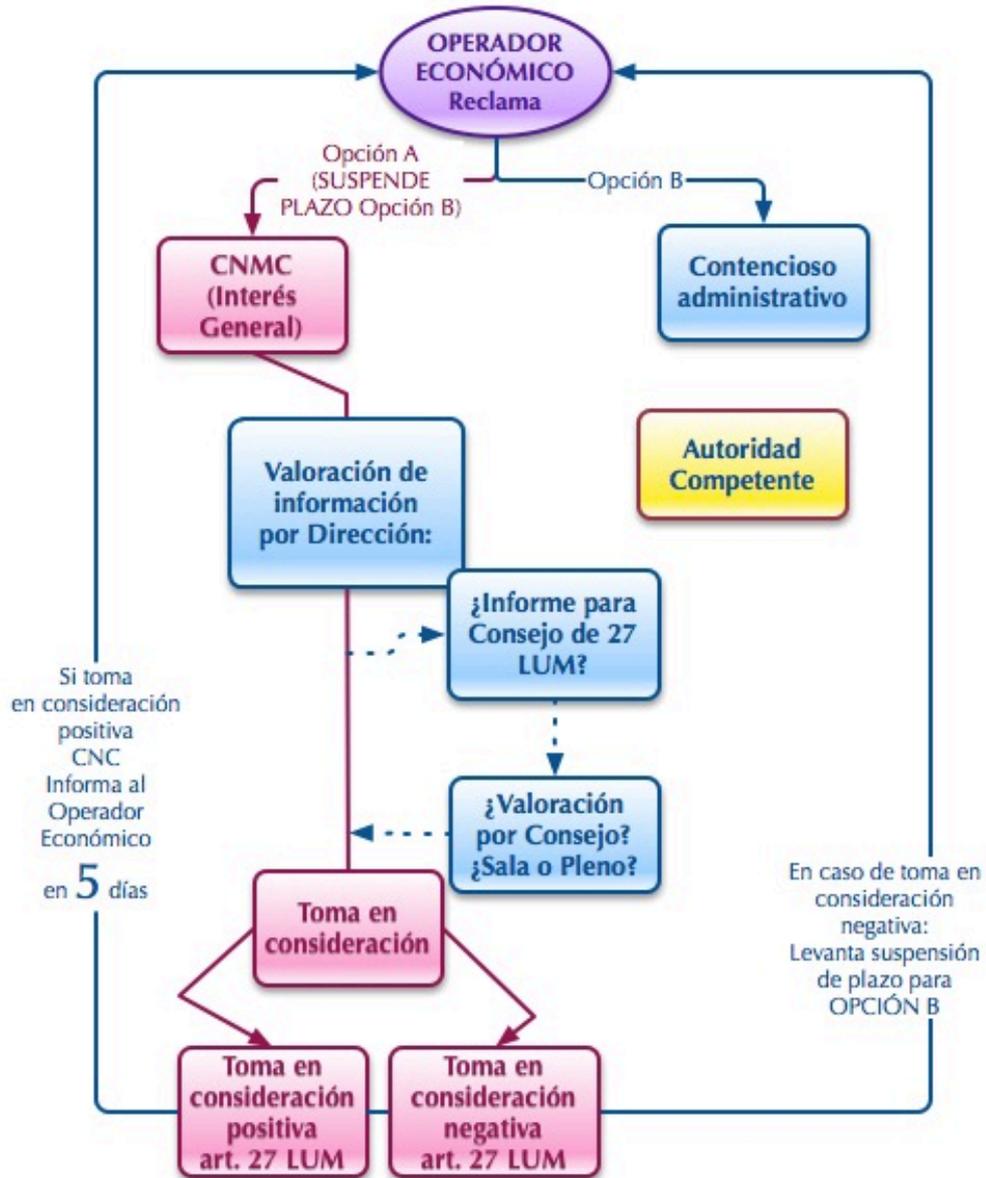
1. **Permitir que la CNMC considere autónoma e independientemente, al determinar la conveniencia de la impugnación, la afectación de la restricción al interés general**, disociándola, cuando resulte necesario, de los intereses particulares afectados.
2. Reconocer la **posibilidad de que la CNMC valore**, junto al fundamento de la solicitud con arreglo a lo establecido en el párrafo anterior, **otras razones de oportunidad** que están indisociablemente unidas al ejercicio independiente de sus funciones y a la justificación del uso de sus recursos públicos.
3. **Reducir los riesgos de instrumentación** de esta facultad por las partes interesadas en remover las posibles restricciones a la unidad de mercado. Las partes interesadas ya disponen legítimamente de la facultad de interponer recurso contencioso administrativo, concluida la vía administrativa del artículo 26 del APL, sin mediar la intervención de la CNMC.
4. **Garantizar que dicho ejercicio no interfiera ni se vea interferido por el desarrollo de los mecanismos que la futura Ley contempla**, y muy en especial con el del artículo 26.
5. Posibilitar que el Consejo de la CNMC determine el **empleo estratégico** de esta facultad, en caso de que éste lo estime necesario, considerando las posibles sinergias o alternativas facilitadas por los artículos 12.3, 25 y 26 de la LDC.

Una filosofía que, al contrario de lo dicho, pretenda configurar la legitimación de la CNMC como un mecanismo de protección automática de los derechos de los operadores, supone incrementar de hecho el riesgo de judicialización de la actividad económica. Y además introduciría una tensión desaconsejable para el futuro organismo, derivada del coste de canalizar e instrumentar dichas impugnaciones, que se potencia por determinados aspectos del diseño del instrumento que hace el artículo 27 y la modificación de la LJCA.

B. La posibilidad de que los operadores afectados insten la impugnación

Para el caso de que la futura CNMC actúe a instancia de los operadores afectados, el iter sería el explicado en el Gráfico siguiente, que incorpora algunas de las cuestiones que se suscitan, de acuerdo con la interpretación que esta CNC realiza del iter establecido.

Gráfico 2. Artículo 27: Legitimación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Actuación a instancia del operador afectado.



Fuente: elaboración propia

La configuración que el artículo 27 del APL realiza de esta solicitud a instancia de parte plantea determinados problemas:

- Ø Primeramente, debe evitarse el solapamiento o duplicidad de actuaciones del particular entre esta impugnación y el procedimiento del artículo 26. Interpretando de manera sistemática este apartado con el artículo 26.5, que establece que el operador podrá dirigir su solicitud a la CNMC una vez termine el

procedimiento administrativo previsto, **el APL debe clarificar que la instancia de la impugnación por parte interesada a la CNMC sólo cabrá cuando antes se haya hecho uso, en tiempo y forma, del procedimiento de reclamación administrativa del artículo 26 y se haya desestimado la pretensión por la autoridad competente.**

- Ø En segundo lugar, desde la experiencia de esta CNC en esta materia, **el plazo de cinco días para determinar, por el órgano de la CNMC que la tenga que decidir, la conveniencia de la impugnación es claramente ágil, pero no eficiente.** Como se analiza en el **Gráfico 2**, una vez verificada por la CNMC la existencia de un obstáculo a la unidad de mercado, debe fijarse el interés general protegible por la posible impugnación y su articulación con el resto de los recursos jurisdiccionales y consultivos disponibles por la CNMC²⁴.
- Ø En tercer lugar, debe **evitarse que la actuación de la CNMC sea una vía para desplazar injustificadamente la carga procesal** y los recursos que se derivan de ella, de la esfera privada a la pública, o bien, que favorezca una utilización secuencial y redundante de ambas vías, todo ello sin merma de la posibilidad del particular de ejercitar directamente la acción..
- Ø En cuarto lugar, debe garantizarse que la actuación de la CNMC responde a **criterios de independencia y no está condicionada por el pronunciamiento o la posición que la Secretaría del CUM haya mantenido** en su gestión del procedimiento del artículo 26. También se debe garantizar la posibilidad de que la CNMC decida, de manera alternativa o complementaria, desarrollar otras actuaciones en aplicación de la normativa correspondiente.
- Ø Finalmente, el APL debe **fijar con mayor nitidez las consecuencias jurídicas para los operadores económicos** que soliciten la actuación de la CNMC.

Por las anteriores razones, la CNC entiende que **el plazo de la CNMC para considerar la solicitud** debería ser más amplio, precisamente por motivos de

²⁴ Adicionalmente, un plazo ineficientemente breve incrementa el riesgo de error, decidiendo impugnaciones que no resulten verdaderamente pertinentes o, administrativamente más probable, no proponiendo la impugnación de actuaciones que sí lo fuesen. Debe tenerse en cuenta, además, que la Ley de la CNMC podría indicar que dicha decisión que afecta al interés general reside, dentro del órgano colegiado, en el Consejo o una de las Salas de la futura CNMC, afectando también por esta vía a los plazos.

eficiencia. Se considera que el plazo de **un mes** permitiría conciliar ambos intereses, teniendo en cuenta que en ningún caso supone ampliar el plazo general en el que la CNMC puede ejercer la impugnación sino exclusivamente el de la contestación al operador.

Adicionalmente, transcurrido dicho plazo y sin necesidad de resolución expresa, el APL debería indicar el **sentido negativo de la falta de contestación expresa de la CNMC** ante dicha solicitud. Asimismo, de admitirse por la CNMC la tramitación del recurso, **debería consignarse expresamente que tal decisión no limita el ejercicio de la legitimación activa por el operador que insta la actuación de la CNMC cuando el ordenamiento jurídico así se lo reconozca**²⁵.

También debería establecerse que **la decisión** de ejercer o no dicha facultad impugnatoria **no limita la posibilidad de ejercer el resto de actuaciones** que, en aplicación de la normativa correspondiente, la CNMC pueda considerar pertinente realizar.

Por añadidura, para reforzar la independencia de la CNMC, **debería eliminarse** de la redacción **la necesidad de que la CNMC considere, para decidir dicha impugnación, el informe de la Secretaría del CUM.**

Finalmente, en relación con la suspensión del plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo que establece el apartado 5 del precepto, **en ningún caso se debería mantener la suspensión hasta que exista un fallo del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la CNMC.** Tal posibilidad de secuenciar el ejercicio de la acción (distinta a que el particular quiera ejercer su acción con independencia de la decisión de la CNMC de impugnar o incluso en paralelo a dicha impugnación) es redundante y, aparte de tensionar el ejercicio de la función jurisdiccional²⁶, crea problemas de falta de seguridad jurídica perjudiciales, de hecho,

²⁵ Sería ésta una manera de clarificar que el papel del operador interesado en el procedimiento de la CNMC se ha de limitar a instar el recurso, y que más allá de dicha posibilidad el iter del proceso no puede generarle expectativas de las que se deriven consecuencias jurídicas. Por ejemplo, desde un punto de vista procesal, la decisión de considerar la impugnación no implica que, efectivamente, el recurso se materialice, ya que la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA) dota a las Administraciones Públicas de instrumentos transaccionales *ex ante* (el requerimiento previo del artículo 44 LJCA), tras los cuales la Administración actora puede decidir no ejercitar la impugnación. Por otro lado, en un proceso jurisdiccional, toda parte actora puede desistir de su acción. La posibilidad de que, en el desarrollo del proceso, pueda surgir ésta circunstancia a la CNMC de forma favorecedora al interés general, debe protegerse de las posibles expectativas de terceros y las implicaciones para su estrategia de protección de intereses particulares.

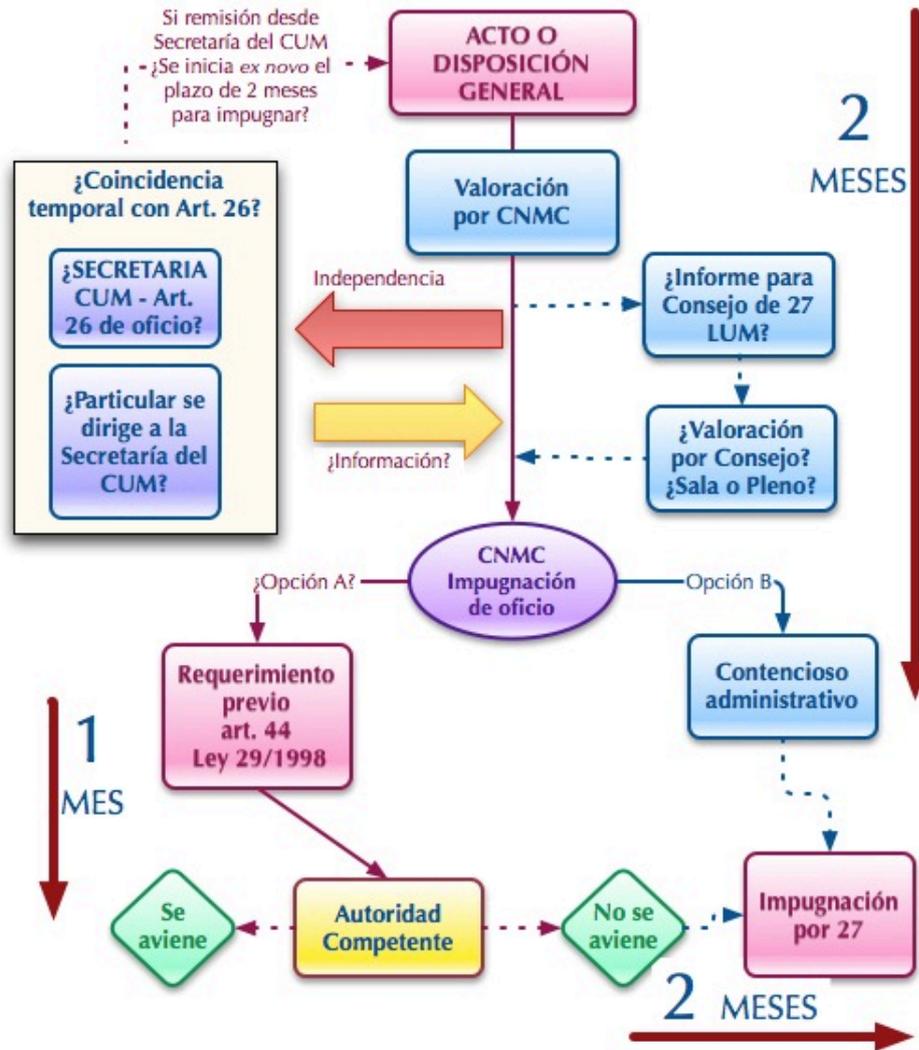
²⁶ En particular, aunque no sólo, si se mantiene la actual propuesta de modificar el artículo 11 LJCA que cambia la regla general de competencia jurisdiccional objetiva, que se comentará posteriormente.

para la unidad de mercado. Los derechos del particular se salvaguardan suficientemente si el transcurso del plazo para realizar la impugnación, sea cual sea la decisión de la CNMC, se retoma una vez el operador afectado conozca la decisión de la CNMC de impugnar, o bien pueda entender como no atendida su solicitud.

C) La posibilidad de que la CNMC realice impugnaciones de oficio

En configuración actual del artículo 27 y de la posterior modificación de la LJCA que realiza la Disposición Final Primera, el ejercicio de esta posibilidad presenta determinados problemas de articulación con el procedimiento del artículo 26. El siguiente Gráfico esquematiza dichas cuestiones de acuerdo con la interpretación del procedimiento que hace la CNC.

Gráfico 3. Artículo 27: Legitimación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Actuación de oficio.



Fuente: elaboración propia

En primer lugar, en el caso de la impugnación de oficio, y a diferencia del supuesto de la impugnación a instancia del operador afectado, el plazo con que cuenta la CNMC para realizar la impugnación comienza desde la publicación de la disposición o la toma en conocimiento de la actuación, con arreglo a las reglas generales del artículo 46 LJCA. Esto implica que, en teoría, **una posible impugnación de oficio** por parte de la CNMC de una disposición o acto contrario a la unidad de mercado **se podría solapar con las actuaciones de la Secretaría del CUM previstas en el artículo 26**, de existir éstas. Este solapamiento originaría una duplicidad redundante y disfuncional que no

resulta conveniente, en la medida en que la autoridad competente ya está siendo requerida para modificar su actuación.

Si, como parece lógico, la posible impugnación de la CNMC se configura como posterior a la actuación de la Secretaría del CUM cuando ésta exista, **la CNMC puede encontrarse sin margen para ejecutar la impugnación** de oficio en tal momento, en caso de decidir realizarla, en la medida en que el artículo 26 no establece un plazo para la presentación de la reclamación del operador afectado a la Secretaría del CUM. Por otro lado, como ya se ha dicho, la CNC considera que el plazo de 15 días desde la presentación de la reclamación para obtener una respuesta de la autoridad competente no es realista y debería cambiarse, lo que introduciría una tensión adicional sobre dicho plazo.

Para evitar lo anterior, ya se han realizado determinadas propuestas en sede de artículo 26:

- Debería preverse en la Ley un **mecanismo de puesta en conocimiento de la CNMC de la existencia de actuaciones por parte de la Secretaría del CUM**, tal como se ha propuesto para el artículo 26 anteriormente.
- Igualmente, se debería establecer que, en el caso de que un operador afectado inste el procedimiento del artículo 26, **el plazo de la CNMC para presentar el recurso contencioso administrativo se suspende** hasta que se produzca la respuesta de la autoridad competente (al igual que sí está previsto para los operadores afectados en el artículo 26.6).

Finalmente, parece razonable que en los casos de impugnación de oficio, el procedimiento especial previsto en la modificación de la LJCA que realiza la Disposición Final Primera contemple la posibilidad de **interponer el requerimiento previo potestativo** previsto en el proceso general (artículo 44 LJCA), a diferencia de lo que ocurre en la propuesta actual. Y ello con independencia de que la impugnación de oficio se vea o no precedida de una actuación de la Secretaría del CUM.

La efectividad del recurso jurisdiccional está basada, en buena parte, en la credibilidad, la reputación y la capacidad de dar alternativas eficientes a la autoridad competente para que, removiendo el obstáculo a la unidad de mercado, evite la vía jurisdiccional. Que la autoridad competente sepa que el litigio es evitable mediante ese requerimiento previo, y que dispone de un plazo realista para plegarse es un claro incentivo para la remoción del obstáculo, especialmente cuando la autoridad es consciente de que el organismo independiente acudirá si lo considera imprescindible a la vía jurisdiccional.

Con arreglo a todo lo anterior, **la redacción que se propone para el artículo 27 sería la siguiente:**

“Artículo 27. Legitimación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

1. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia está legitimada para la interposición de recurso contencioso administrativo frente a cualquier disposición, acto, actuación, inactividad o vía de hecho que se considere contraria a la unidad de mercado procedente de cualquier autoridad, de acuerdo con el procedimiento previsto en el capítulo IV del título V de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

El ejercicio de la facultad prevista en el párrafo anterior por parte de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia es sin perjuicio del resto de actuaciones que, en aplicación de la normativa correspondiente, esa Comisión pueda considerar pertinente realizar.

2. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrá actuar de oficio o a solicitud de los operadores económicos, **cuando éstos hubieran hecho uso, en tiempo y forma, del procedimiento de reclamación administrativa del artículo 26 y se haya desestimado la pretensión por la autoridad competente,** y teniendo en cuenta el informe de la Secretaría del Consejo sobre la reclamación. Los operadores podrán dirigir su solicitud a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia antes de iniciar un procedimiento contencioso administrativo.

3. Presentada una solicitud, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia procederá **la valorará** en el plazo de cinco **un mes** a su admisión o, en su caso, inadmisión por carecer de fundamento de conformidad con esta ley. **Transcurrido dicho plazo sin pronunciamiento expreso de esa Comisión, el operador podrá entender no atendida su solicitud.**

En su caso, ~~de admisión de la solicitud,~~ la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia informará al operador de la interposición ~~del recurso contencioso administrativo~~ **impugnación en el momento en que ésta tenga lugar.**

En caso de que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia decida la realización de otras actuaciones alternativas o complementarias al ejercicio de la acción jurisdiccional por considerar la disposición, acto,

actuación, inactividad o vía de hecho de que se trate contraria a la unidad de mercado, lo pondrá igualmente de manifiesto a la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado, en el momento que la aplicación de la normativa que regula dichas actuaciones lo permita.

El ejercicio de la acción jurisdiccional por parte de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia será sin perjuicio de que el operador decida impugnar jurisdiccionalmente la disposición, acto, actuación, inactividad o vía de hecho que considere contraria de la unidad de mercado, en ejercicio de su legitimación activa para la protección de sus derechos e intereses legítimos.

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia informará **a la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado** al Ministerio de Economía y Competitividad de los recursos interpuestos y de las solicitudes y denuncias recibidas.

5. El plazo para interponer un recurso contencioso administrativo ordinario por parte de los operadores que hayan presentado su solicitud a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia se suspende hasta la ~~inadmisión de~~ **la puesta en conocimiento del operador por parte de esa Comisión, de su decisión de interponer el recurso, o en todo caso a partir de que** la solicitud **se pueda entender como no considerada** ~~por parte de ésta o hasta el fallo del recurso contencioso administrativo interpuesto por la misma”.~~

Disposición final primera. Modificación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

El apartado Dos de la Disposición final primera del APL introduce en la LJCA un nuevo procedimiento para la garantía de la unidad de mercado (artículo 127 bis y siguientes).

Sin perjuicio de sus implicaciones desde el punto de vista de la técnica procesal, la conformación de este procedimiento especial en la propuesta del APL, como correlato al artículo 27, suscita **importantes cuestiones que contribuyen a profundizar en la confusión**, cuando no en la perversión, **de la finalidad que debería motivar el otorgamiento de esta atribución a la CNMC**, que no es otra que la defensa del interés general. De hecho, **ciertos aspectos pueden mermar su efectividad desde el punto de vista de la protección de la unidad de mercado, cuando no incluso contribuir a fragmentarla ulteriormente.**

Por ejemplo, el segundo párrafo del apartado 6 de la propuesta de nuevo Artículo 127 ter establece, a propósito de la regulación del contenido de la sentencia estimatoria, que ésta comprenderá **el resarcimiento de los daños y perjuicios, incluido el lucro cesante, que la conducta haya causado al operador**. Esto implica, de nuevo, posicionar a la CNMC (único actor posible al que se aplica este procedimiento) como un mero instrumentador de la defensa del interés privado. Ello, se insiste, resulta contrario a la justificación de la intervención de la CNMC (el interés general) y de su carácter independiente (en este caso de los operadores afectados). También refuerza, indebidamente, el incentivo a canalizar las reclamaciones a través de la CNMC, en comparación con un escenario en que el resarcimiento patrimonial únicamente operase cuando el recurso es interpuesto por el particular directamente. Finalmente, complica enormemente la articulación jurídica de la determinación económica de tales daños y perjuicios, en la medida en que no queda claro si corresponderá a la propia CNMC determinarlos autónomamente y proponerlos al órgano jurisdiccional, o al propio afectado, en el momento de su reclamación a la CNMC, o en cualquier otro momento posterior. En consecuencia, **dicha previsión debería eliminarse**.

Estas disfuncionalidades se potencian y complementan con la **atribución a la Audiencia Nacional de la competencia de conocer de los recursos interpuestos por la CNMC** en vulneración de la unidad de mercado. Ello constituye una disrupción de las reglas generales de competencia jurisdiccional establecidas en el artículo 11 LJCA a la propia AN, que fija tal competencia por referencia a la naturaleza de la actuación impugnada y a la identidad del órgano responsable de la misma, no del actor. También se desalinea con la regla general aplicable a la actual CNC y a la futura CNMC a la hora de impugnar disposiciones y actos que introduzcan obstáculos a la competencia efectiva con arreglo al actual artículo 12.3 LDC.

Las implicaciones de tal atribución a la AN para la propia efectividad de la norma resultan profundas. **Se está abriendo la puerta a que múltiples órganos jurisdiccionales se puedan pronunciar sobre la misma cuestión en paralelo, lo cual puede originar interpretaciones diversas que atenten contra la certidumbre de la actividad económica y de hecho refuercen la fragmentación de la unidad de mercado**. Y ello en detrimento, además, de la eficiencia procesal desde el punto de vista de las partes actoras y los propios órganos jurisdiccionales, ya que ni el operador afectado ni la propia CNMC (cuando realiza tal impugnación de oficio) tienen por qué conocer el desarrollo de las otras acciones, ni tampoco el órgano jurisdiccional que en caso de no existir esta previsión conocería de todos los recursos pueda decidir sobre su posible acumulación. En consecuencia, **la modificación del artículo 11.1 LJCA debería igualmente eliminarse**.

Con independencia de lo anterior:

- Ø En primer lugar, resultaría apropiado que la propia norma procesal contuviese en dicho procedimiento especial los **efectos suspensivos del plazo** para presentar el recurso que los artículos 26.6 y 27.5 del APL establecen (con las modificaciones propuestas en este informe).
- Ø En segundo lugar, **debería mantenerse el requerimiento previo potestativo del artículo 44 LJCA** para el caso de que la CNC impugne de oficio.
- Ø En tercer lugar, se debería establecer también en esta Ley procesal que el ejercicio de esta facultad es **sin perjuicio de las actuaciones que procedan en aplicación de la LDC, y en particular de la legitimación activa por obstáculos a la competencia efectiva en el mercado** que ostenta la CNC con arreglo al actual artículo 12.3 LDC y ostentará la CNMC de acuerdo con su norma reguladora.
- Ø En cuarto lugar, **se debería incluir explícitamente la desviación de poder dentro de las razones para estimar el recurso** que establece el Apartado 6 del artículo 127. Ello, además de alinearse con la totalidad del artículo 70.2 LJCA que regula con carácter general el sentido de la sentencia en sede contencioso-administrativa²⁷, aplicable por ejemplo a los supuestos en que el particular realice la impugnación directamente, evitará privar innecesariamente a la CNMC de la posibilidad de fundamentar su actuación en esta causa, en detrimento de la potencialidad del instrumento.
- Ø Por otra parte, el nuevo Artículo 127 Quater que se introduce establece que la CNMC podrá solicitar en su escrito de interposición la suspensión de la disposición, acto o resolución impugnados, así como cualquier otra medida cautelar que asegure la efectividad de la sentencia. Solicitada la suspensión de la disposición, acto o resolución impugnados, la misma se producirá de forma automática.

A este respecto, clarificado que la **suspensión judicial del efecto de la medida** es automática, a diferencia del procedimiento general de los artículos 127 y siguientes LJCA, **convendría limitar las causas justificativas de la Administración impugnada para solicitar el levantamiento de la suspensión**. Así, en lugar de aludir a una “perturbación grave de intereses generales”, los intereses generales concretos a alegar deberían quedar

²⁷Que recoge, además de las infracciones del ordenamiento jurídico, expresamente la desviación de poder.

acotados en el artículo 127 Quater a las razones de imperioso interés general que sean alegables en sede del artículo 5.1 de este APL o, en concreto para el caso de regímenes de autorización, al artículo 17.1 del APL.

Por tanto, se propone la siguiente redacción para esta disposición:

Disposición final primera. *Modificación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.*

Uno. ~~Se modifica el artículo 11.1 añadiéndose una letra h con el siguiente tenor:~~

~~**«h. De los recursos interpuestos por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en defensa de la unidad de mercado.»**~~

[...]

Tres. Se añade un nuevo capítulo IV al título V con la siguiente redacción:

«CAPÍTULO IV

Procedimiento para la garantía de la unidad de mercado

Artículo 127 bis.

1. Cuando la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia considere que una disposición, acto, actuación, inactividad o vía de hecho procedente de cualquier Administración pública sea contraria a la unidad de mercado podrá presentar el recurso contencioso-administrativo regulado en este capítulo, **sin perjuicio de la legitimación que le otorga el artículo 12 apartado 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia.**

2. El plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo para la garantía de la unidad de mercado será de dos meses conforme a lo previsto en el artículo 46. Cuando el recurso se interponga a solicitud de un operador económico el plazo de dos meses se computará desde la presentación de la solicitud ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

3. En el caso de que la interposición del recurso contencioso-administrativo fuese consecuencia de una actuación de oficio de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, esta Comisión podrá

realizar el requerimiento previo a la autoridad competente responsable de la actuación establecido en el artículo 44 de esta Ley, previamente a la interposición del recurso.

[...]

6. Conclusas 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 garantía de unidad de mercado, **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 al operador.~~

[...]

Artículo 127 quater.

1. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrá solicitar en su escrito de interposición la suspensión de la disposición, acto o resolución impugnados, así como cualquier otra medida cautelar que asegure la efectividad de la sentencia.

2. Solicitada la suspensión de la disposición, acto o resolución impugnados, la misma se producirá de forma automática, una vez admitido el recurso y sin exigencia de afianzamiento de los posibles perjuicios de cualquiera naturaleza que pudieran derivarse.

La Administración cuya actuación se haya recurrido podrá solicitar el levantamiento de la suspensión en el plazo de tres meses desde su adopción, siempre que acredite que de su mantenimiento pudiera seguirse una perturbación grave de los intereses generales **establecidos en el artículo 5 apartado 1 de la Ley xxx/xxx, de xxx de xxx, de Garantía de la Unidad de Mercado, o, en el supuesto del artículo 17 apartado 1 de dicha ley, en aquellos intereses generales consignados específicamente en tal precepto;** o **bien los intereses** de tercero que el tribunal ponderará en forma circunstanciada.

3. La solicitud de cualquier otra medida cautelar se tramitará en la forma prevista en el capítulo II del título VI.»

Disposición Adicional Tercera. Plataforma de Contratación del Sector Público.

Esta DA cambia de denominación la actual Plataforma de Contratación del Estado, que pasaría a denominarse Plataforma de Contratación del Sector Público, y establece que en la Plataforma se publicará, en todo caso, bien directamente por los órganos de contratación o por interconexión con dispositivos electrónicos de agregación de la información de las diferentes administraciones y entidades públicas, la convocatoria de licitaciones y sus resultados de todas las entidades comprendidas en el apartado 1 del artículo 3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Se formulan a continuación una serie de sugerencias para ampliar el contenido de dicha Plataforma, entendiendo que el APL configura en sentido amplio las actuaciones administrativas que pueden resultar susceptibles de romper la unidad de mercado (en este sentido, véanse los artículos 3.2 o 18, este último relativo a actuaciones que limitan la libertad de establecimiento y la libertad de circulación). Se debe aprovechar la potencialidad de este instrumento para recopilar información sobre distintas actuaciones públicas que tendrían cabida en la Plataforma al estar relacionadas de alguna manera con la contratación pública.

La presencia de esta información en la Plataforma incrementaría, así, la transparencia en relación con algunas prácticas, lo cual facilita el acceso a la actividad económica, y en todo caso la agregación y sistematización de información relevante para los órganos que tienen encomendadas las tareas de velar por dicha unidad de mercado.

Así:

- Ø Sin perjuicio de que el mencionado es el contenido mínimo que, en todo caso, la Plataforma deba publicar, la CNC considera apropiado que, además de las licitaciones, la misma **incluya otras prácticas administrativas de aprovisionamiento de bienes y servicios de las Administraciones y entidades públicas, mediante, por ejemplo, encomiendas de gestión a medios propios y servicios técnicos o convenios de colaboración firmados con entidades de Derecho público o privado.** Ambas figuras están excluidas

del ámbito subjetivo de aplicación del art. 4 TRLCSP²⁸, y por tanto no se encontrarían sujetas al resto de dicha norma.

La CNC entiende que el uso de estas figuras frente al de la contratación pública constituye una decisión sobre el aprovisionamiento de bienes y servicios que puede tener un impacto determinante sobre las posibilidades de acceder o desarrollar la actividad en dichos mercados²⁹. Sin embargo, existe una abrumadora **carencia de información acerca del grado de utilización de dichos mecanismos, el convenio y la encomienda de gestión, lo cual desincentiva el uso eficiente y adecuado de los mismos.** También impide, en todo caso, un análisis de los comportamientos de las Administraciones Públicas dirigido a detectar posibles desviaciones respecto a su uso adecuado y eficiente.

- Ø Adicionalmente, centrándonos en los procesos de licitación, la CNC considera que la creación de la Plataforma a nivel interadministrativo, o interconexión entre las distintas Plataformas, constituye una oportunidad de **centralizar la información relativa a la contratación pública que resulte relevante para apreciar el grado de acceso y apertura del mercado en el funcionamiento de dichos procesos.**

En concreto, esta información debería ser agregada y concisa sobre los licitadores, los adjudicatarios, los precios de adjudicación, la valoración final de las distintas ofertas --vencedoras o no--, las posibles modificaciones sobrevenidas de los contratos, los operadores que subcontratan con los adjudicatarios y el importe de dicha subcontratación. La disponibilidad de esta información puede facilitar la detección y desincentivar prácticas, de los operadores o de las administraciones públicas, susceptibles de obstaculizar la unidad del mercado o la competencia efectiva en los mismos. Por ello, y con independencia de que se hagan públicas o no y en su caso la forma en que se publiquen, **resultaría muy positivo que estas informaciones, centralizadas en dicha Plataforma, pudiesen ser accesibles por las autoridades públicas que tienen atribuidas tareas de promoción de la unidad de mercado, como pueden ser la Secretaría del CUM o la futura CNMC.**

²⁸ Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

²⁹ Véase a tal respecto la Guía sobre contratación pública y competencia de la CNC, publicada en 2011.

La redacción propuesta para tal Disposición adicional tercera sería la siguiente:

“Disposición adicional tercera. *Plataforma de Contratación del Sector Público.*

La Plataforma de Contratación del Estado regulada en el artículo 334 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, pasará a denominarse Plataforma de Contratación del Sector Público.

En la Plataforma se publicará, en todo caso, bien directamente por los órganos de contratación o por interconexión con dispositivos electrónicos de agregación de la información de las diferentes administraciones y entidades públicas, la convocatoria de licitaciones y sus resultados de todas las entidades comprendidas en el apartado 1 del artículo 3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

También se publicará en dicha Plataforma la información sobre otras prácticas administrativas de aprovisionamiento de bienes y servicios de las Administraciones y entidades públicas, mediante, en particular las encomiendas de gestión encargadas a medios propios y servicios técnicos y los convenios de colaboración firmados con entidades de Derecho público o privado.

Sin perjuicio de la información que, con arreglo a lo previsto en este artículo, se haga pública, la Plataforma permitirá la recopilación de información sobre los distintos procesos de licitación, en particular la relativa a los licitadores, los adjudicatarios, los precios de adjudicación, la valoración final de las distintas ofertas, las posibles modificaciones sobrevenidas de los contratos, los operadores que subcontratan con los adjudicatarios y el importe de dicha subcontratación.”

Disposición Adicional Quinta. Acción administrativa popular.

Esta Disposición establece que será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales el cumplimiento de lo establecido en esta ley, y en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y ejecución, para la defensa de la unidad de mercado.

Esta acción pública (que convendría denominar así ya en la rúbrica de la disposición, para distinguirla de la acción popular propia del ámbito penal), supone la atribución de legitimación activa para que un ciudadano pueda personarse en un proceso sin necesidad de invocar la lesión de un interés propio³⁰, sino en defensa de la legalidad.

La acción pública se admite, en el ámbito administrativo, en algunas regulaciones sectoriales, como la urbanística³¹ o la medioambiental³², en la que se entiende que los ciudadanos, incluso cuando no han sido lesionados directamente sus derechos o intereses legítimos, también se ven perjudicados por las vulneraciones de la legalidad.

Sin perjuicio de que el órgano proponente del proyecto considere que éste pueda ser el caso en el ámbito de la unidad de mercado, se considera no obstante que se debería valorar muy cuidadosamente la procedencia de la inclusión de tal acción pública. Ya se está configurando un mecanismo muy particular de protección del interés general en sede administrativa, a instar por los operadores afectados por las actuaciones de las autoridades competentes, además de la legitimación activa que se confiere a la futura Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. En este contexto, la configuración de la acción pública puede contribuir sólo marginalmente a preservar dicho interés general, cuando no resultar redundante, y por el contrario puede introducir confusión³³ y tensión adicional sobre la operatividad de los mecanismos previstos en esta Ley.

³⁰ Como permite el carácter de interesado en el ámbito administrativo (artículo 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común) o jurisdiccional (artículo 19 de la Ley 29/1998, de 14 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa).

³¹ Artículo 48 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio.

³² Artículo 109 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas.

³³ Por ejemplo, cabría plantear si la acción pública permitiría simplemente acceder a los mecanismos administrativos y contenciosos generales (sistema de recursos administrativos en los términos de la Ley 30/1992 y contencioso administrativo de la Ley 29/1998) o bien extenderse a los previstos en los artículos 26 y 27 del APL, que pueden instar los operadores afectados.