



Antonio Maudes Gutiérrez\*

Mateo Silos Ribas\*\*

## EL PROYECTO EUROPEO Y LA REGULACIÓN ECONÓMICA EFICIENTE COMO ESENCIAS DE LA LEY DE GARANTÍA DE UNIDAD DEL MERCADO

Desde sus inicios en 1950, la construcción europea implica un marco institucional paneuropeo que repudia la guerra, generando «solidaridades de hecho» entre los países. Con el impulso inicial del sector público, el proyecto europeo busca facilitar que la iniciativa privada, los operadores económicos y el sistema de precios relativos actúen libre y eficientemente en un mercado único. La Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM) constituye la oportunidad más reciente para adaptar voluntariamente la normativa en todos los niveles administrativos de España. La experiencia acumulada desde la función de promoción de la competencia en las distintas autoridades de competencia de España permite proponer diversas mejoras referidas a la aplicación de la legislación activa del artículo 27 de la LGUM. Partiendo de los principios de transparencia, independencia, interpretación procompetitiva de la ley y ambición (TILA), el artículo incorpora doce recomendaciones para reforzar la aplicación de la LGUM y de este modo aumentar el bienestar.

**Palabras clave:** competencia, interés general, primer pilar, regulación económica eficiente, LGUM.

**Clasificación JEL:** L51, O12, O43.

---

\*Técnico Comercial y Economista del Estado. Director del Departamento de Promoción de la Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

\*\*Subdirector de Análisis Económico. Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Las opiniones manifestadas en este artículo son las opiniones del Director de Promoción de la Competencia y del Subdirector de Análisis Económico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Versiones anteriores del análisis y de las opiniones incorporadas en este artículo se presentan en un *working paper* puesto a disposición por los autores en Internet, de forma libre y abierta, para su difusión y la recepción de comentarios, en la siguiente dirección: [https://docs.google.com/document/d/1xIIYxJ-92bSSME4j2TN0P-mBpB3EDEWI\\_bU-Hr2deiCs/edit](https://docs.google.com/document/d/1xIIYxJ-92bSSME4j2TN0P-mBpB3EDEWI_bU-Hr2deiCs/edit). Un resumen de dicho *working paper* se publicó en el blog *Hay Derecho* el 20 de marzo de 2017: [hayderecho.com/2017/03/20/la-ley-de-garantia-de-la-unidad-de-mercado-pieza-clave-del-proyecto-europeo-doce-recomendaciones-para-fortalecer-su-eficacia/](http://hayderecho.com/2017/03/20/la-ley-de-garantia-de-la-unidad-de-mercado-pieza-clave-del-proyecto-europeo-doce-recomendaciones-para-fortalecer-su-eficacia/)

Versión de mayo de 2017.

### 1. Introducción

En 1950, cinco años después del final de la Segunda Guerra Mundial, el Ministro de Asuntos Exteriores francés de la época, Robert Schuman, pronunció la ya famosa declaración del 9 mayo que lleva su nombre. Este discurso se considera el texto fundador de la construcción europea, un complejo proyecto histórico que, casi setenta años después, continúa desarrollándose en una Europa sin guerras internas. Es el más potente motor de libertad, ▷

progreso y prosperidad conocido en nuestro continente y, posiblemente, en el mundo.

Desde Schuman, los primeros pasos del proyecto europeo fueron esencialmente económicos. En concreto, las cuatro libertades básicas y la política de defensa de la competencia son instrumentos sutiles y a largo plazo fundamentados en la ciencia económica. Constituyen el primer pilar del proyecto europeo, el elemento vertebrador de un mercado único que aspira a funcionar sin fraccionamientos y de forma eficiente. Años más tarde, la esencia jurídico-económica del proyecto europeo pasó a formar parte del marco normativo español. En concreto, con la aprobación de la Constitución Española de 1978 y la adhesión de España a la Comunidad Económica Europea en 1986.

Sobre esta base histórica, económica y jurídica, durante los últimos años ha tenido lugar un movimiento hacia la mejora de la regulación (*better regulation*), cuya finalidad última es conseguir un funcionamiento eficiente de los mercados. Los mercados competitivos son una herramienta formidable para impulsar la productividad y los salarios reales, intensificar el crecimiento económico y aumentar el nivel de bienestar y prosperidad de nuestra sociedad a lo largo del tiempo.

Desde hace más de una década, la autoridad de competencia de España ha venido trabajando en articular los principios que debe satisfacer la intervención pública para ser eficiente, y en concreto la normativa. Con el paso del tiempo, estos principios han sido reconocidos y protegidos en distintas leyes de carácter nacional e impronta europea. Entre ellas sobresale la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM). Como indica su propia exposición de motivos, la LGUM «no puede sino afectar positivamente a la propia construcción del mercado interior a nivel europeo, dado que es indudable que un

mejor funcionamiento del mercado único español tendrá un efecto positivo sobre el desarrollo del Mercado Interior de la Unión Europea». La LGUM constituye un corolario necesario del proyecto europeo y es una digna heredera de las tesis de Schuman.

Desde el punto de vista de su diseño, la LGUM está capacitada para contribuir a mejorar el marco normativo español según los principios de regulación económica eficiente. De potencia inusitada, la LGUM es una reforma concebida para promover reformas estructurales. Es una meta-ley, una ley de leyes económica destinada a aumentar el bienestar, eliminar normas y actos sin racionalidad económica y seguir construyendo el proyecto europeo. Para cumplir este objetivo, el legislador ha dotado a la LGUM de distintos instrumentos y mecanismos. Entre ellos se encuentra la legitimación activa establecida en su artículo 27, que asigna a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) la capacidad de recurrir ante la Audiencia Nacional normas con rango inferior a la ley y actos administrativos que resulten contrarios a los principios de necesidad y mínima restricción competitiva de proporcionalidad.

La potencialidad de la LGUM es inmensa. Y, sin embargo, a pesar de las impugnaciones presentadas por la CNMC, sólo existen tres sentencias de la Audiencia Nacional por recursos interpuestos en el marco del artículo 27. Tres años después de su entrada en vigor, ninguna sentencia ha sido positiva para las pretensiones de la CNMC, ni para los operadores económicos que realizaron la petición a la CNMC, ni para los consumidores ni para el proyecto europeo.

A continuación, a partir de estas consideraciones previas, el apartado 2 presenta sucintamente los precedentes de la regulación económica eficiente en Europa y en España. Valora ▷

la LGUM como una norma esencial para la realización de las necesarias reformas estructurales en diferentes sectores, así como para facilitar el cumplimiento de las obligaciones de España que implica el derecho europeo originario y derivado. En el apartado 3 se resume qué se entiende en la actualidad por regulación económica eficiente. En el apartado 4, desde la experiencia acumulada, se desarrollan algunas recomendaciones para potenciar la aplicación del artículo 27 de esta meta-norma, la LGUM, como motor de reformas estructurales. Las recomendaciones buscan favorecer la transparencia, la independencia, la interpretación pro-competitiva de la ley y la necesaria ambición (TILA) en la interpretación y aplicación de la LGUM. Finalmente, en el apartado 5 se concluye el artículo, que se remata con la bibliografía.

## 2. Precedentes de la regulación económica eficiente

Desde Schuman, los primeros pasos —sin los cuales no hubiese sido posible plantear los siguientes— fueron esencialmente económicos. Posiblemente, la ciencia económica y, especialmente, los conceptos de «eficiencia» y de «recursos escasos» se encuentran, junto con la equidad y los valores democráticos, en la raíz más profunda de la construcción europea.

### 2.1. Primer pilar de la Unión Europea

Las libertades de movimiento de personas, servicios, mercancías y capitales están recogidas en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y asentadas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Las cuatro libertades configuran, junto a la política de

competencia, el campo de juego del mercado único europeo. Un mercado que aspira a funcionar sin fraccionamientos. Este marco jurídico se ha ido profundizando y extendiendo paulatinamente en materias de la economía real como la energía, el transporte aéreo, el ferrocarril, las telecomunicaciones, la sociedad de la información o el sector postal.

El principio general de regulación económica eficiente —a menudo con otros nombres— obliga a España desde la Constitución de 1978 e, internacionalmente, desde su adhesión en 1986 a las Comunidades Europeas. De forma especial, es exigido para el funcionamiento del «mercado unido». En sentido amplio, la regulación económica eficiente constituye el bien que todo el ordenamiento jurídico-económico, y de forma específica la LGUM, está obligado a promover y defender.

### 2.2. Precedentes en España: *better regulation* y la autoridad de competencia

Sobre estas bases históricas, económicas y jurídicas, en los últimos años ha existido un movimiento —desde distintos ámbitos e instituciones— hacia la mejora de la regulación económica; hacia una *better regulation* (Balsa, 2006; OCDE, 2010).

En la actualidad, apoyada en la digitalización y la evidencia empírica, se sigue persiguiendo la consecución de una regulación más eficiente e inteligente (*smart regulation*). Este paso adicional resulta fundamental para conseguir un funcionamiento de la economía más alineado con el interés general. El motivo reside en que la existencia de un mercado sin barreras artificiales impulsa la productividad, intensifica el crecimiento económico y el empleo y, en definitiva, aumenta el bienestar ▷

de la sociedad a lo largo del tiempo (véanse, entre otros, Barone y Cingano, 2011; Alesina y Giavazzi, 2008; Aghion y Griffith, 2005; o Nicoletti y Scarpetta, 2003).

Desde hace más de diez años, la autoridad de competencia de España ha trabajado en la articulación teórica y práctica de los principios que debe satisfacer la regulación para ser eficiente. La autoridad ha enfatizado sistemáticamente la importancia de dichos principios y ha empleado un arsenal de instrumentos de promoción de la competencia y fomento de la mejora regulatoria para luchar contra la segmentación de los mercados que provoca la normativa ineficiente (véanse, entre otros, CNMC, 2015a, 2016d; CNC, 2009, o CNC, 2008).

La finalidad de estos esfuerzos es evitar que, a cualquier nivel administrativo, la regulación ineficiente fraccione el mercado, restrinja la competencia de forma injustificada o introduzca regulación económicamente ineficiente en los sectores, regulados o no. En especial, mediante el alzamiento de barreras injustificadas a la libertad de empresa y la libertad de elección, tanto en normas jurídicas como en actos administrativos (véanse, entre otros, CNMC, 2015a, 2015b, 2015c, 2016a, 2016b, 2016c o 2016d).

Este paso proviene de una evolución natural en el funcionamiento de la autoridad de competencia en España. El Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), el Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) y la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) comprobaron que las restricciones públicas, en actos y normas, son más difícilmente atacables —si acaso lo son— con los instrumentos *ex post* de política de competencia. La intervención anticompetitiva del sector público, cuando no está investido como operador económico, ha representado tradicionalmente un límite. Una especie de zona de exclusión al *enforcement* y, en particular, a la

lucha contra los cárteles, entre los que se encuentran los acuerdos ilícitos de reparto del mercado que dañan a la competencia.

### 2.3. **Directiva de Servicios, Memorando de Entendimiento de 2012 y LGUM**

A partir de los intentos de transponer 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, al marco normativo español —más bien tímidos, en especial con los servicios profesionales y la distribución comercial—, los principios de regulación económica eficiente han ido estableciéndose en distintas leyes de carácter nacional. Por ejemplo —y aparte del artículo 38 de la Constitución Española de 1978—, dichos principios se encuentran recogidos cronológicamente, entre otros, en:

- El artículo 4 y el artículo 5 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.
- Los artículos dedicados a la mejora del entorno económico en el Capítulo I de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, hasta su derogación —y sustitución— por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.
- El artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, como principios orientadores de las actuaciones de las autoridades competentes. ▷

- El artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, como principios de regulación económica eficiente.

Desde la Ley 17/2009 hasta la Ley 39/2015, pasando por la LGUM, se constata la importancia de la regulación económica eficiente en normas «españolas» que a menudo son también «europeas» —en la letra y en el espíritu—. En particular, la LGUM es «hija» del Memorando de Entendimiento sobre condiciones de Política Sectorial Financiera de 2012 (MoU). En el MoU, las autoridades españolas se comprometieron a llevar a efecto las recomendaciones específicas para España en el contexto del Semestre Europeo para concretar las necesarias reformas estructurales. Dentro de dichas reformas, el MoU cita en el apartado 31.5 que España «adopte medidas complementarias para la apertura de los servicios profesionales, reduzca las demoras para obtener licencias y permisos para abrir nuevos negocios y erradique los obstáculos a la actividad empresarial».

Hay que subrayar que la LGUM tiene el respaldo de las autoridades españolas —como ratificado internacionalmente en el MoU— y el apoyo del derecho originario y derivado de la Unión Europea, así como de la jurisprudencia del TJUE (Tribunal de Justicia de la Unión Europea). Estaría capacitada para ayudar a cambiar y mejorar normas según los principios de regulación económica eficiente, y así elevar el bienestar (Maudes y Silos, 2016).

La capacidad teórica y práctica que tiene la LGUM —una reforma estructural— para iniciar y potenciar otras reformas estructurales no debe ser infravalorada. Es una nueva oportunidad para mejorar el funcionamiento de los mercados de bienes y servicios, con el apoyo

europeo y el convencimiento de las autoridades españolas.

### 3. La racionalidad económica de los principios de necesidad y proporcionalidad

Supongamos, por el momento, que la Administración pudiese diseñar y poner en práctica instrumentos institucionales para garantizar la independencia, reduciendo el riesgo de captura regulatoria, minimizándolo. Aun así, quedaría por responder la pregunta de cómo tienen las Administraciones que diseñar sustantivamente la normativa para evitar el fraccionamiento del mercado y para favorecer la competencia y la eficiencia. ¿Cómo pueden las Administraciones alinear la normativa con el interés general?

La respuesta que se puede dar desde la Teoría de la Regulación Eficiente es a menudo popperiana, fundamentada en el falsacionismo (Popper, 1959). Es decir, los instrumentos económicos y jurídicos disponibles permiten en mayor medida motivar qué es lo que no debe ser —y, en su caso, ofrecer alternativas superiores—, que diseñar directamente una normativa regulatoria óptima. Puede parecer poco, pero no lo es.

La regulación económica eficiente —y su fundamentación en los principios de necesidad y proporcionalidad— sería la regla con que medir, en la práctica, las posibles restricciones de los poderes públicos al libre establecimiento, a la libre circulación y, en definitiva, a la libre competencia.

El principio de necesidad establece que la inclusión de una restricción a la competencia en cualquier normativa o acto administrativo debe estar vinculada causalmente a la existencia de un fallo de mercado. Dado un fallo ▷

de mercado, es esencial constatar antes de introducir la restricción que el sector público está efectivamente capacitado para mejorar el resultado al cual, sin intervención, el mercado llegaría libremente. De lo contrario, y a pesar de la existencia de un fallo de mercado, tampoco sería conveniente socialmente establecer el obstáculo, al ser mayor el coste que el beneficio. Las leyes y normas, europeas y españolas, que han venido incorporando los principios de regulación económica eficiente no hacen generalmente referencia explícita a los fallos de mercado como tales. Se circunscriben a las denominadas «razones imperiosas de interés general» (RIIG), las cuales son concreciones específicas —sobre la salud, sobre la seguridad, sobre el medio ambiente, etcétera— de fallos de mercado subyacentes. Desde la perspectiva de la regulación económica eficiente, sólo una RIIG que se encuentre vinculada causalmente a la existencia de un fallo de mercado sería relevante para comprobar el cumplimiento del principio de necesidad.

En segundo lugar, el principio de proporcionalidad establece que las restricciones a la libertad de empresa y de elección que se introduzcan o encuentren en la normativa deben constituir la alternativa que minimice la distorsión en términos de competencia. Es decir, además de ser necesaria, para estar justificada, la restricción debe ser la opción que corrija los efectos del fallo de mercado identificado sobre la RIIG protegida, de tal forma que afecte a la competencia lo mínimo indispensable (Maudes y Silos, 2016).

La aplicación sistemática de estos principios desde el rigor técnico, la transparencia y la independencia de criterio permite delimitar, con mayor probabilidad de éxito, cuándo una restricción se encuentra motivada. En sentido contrario, también permitirá detectar cuándo la

norma incluye o esconde medidas proteccionistas que, desalineadas con el interés general, fragmentan los mercados —habitualmente blindando a los incumbidos— y, en consecuencia, deben ser removidas del ordenamiento jurídico o nunca introducidas.

#### **4. Principios para mejorar la aplicación de la LGUM y aumentar su impacto en el bienestar**

Tres años después de la entrada en vigor de la LGUM —y a pesar de los exigentes plazos que impone su artículo 27 y el artículo 127 ter de la LJCA a la CNMC y a la Audiencia Nacional— sólo existen en el momento de escribir estas líneas tres sentencias en esta materia. Ninguna de ellas positiva para las pretensiones de la CNMC ni para los operadores económicos que realizaron la petición del 27.

La experiencia acumulada en promoción de la competencia, los precedentes de legitimación activa por parte de la extinta Comisión Nacional de la Competencia (CNC) y la actividad de la CNMC en materia de artículo 27 desde 2013 nos permite avanzar determinadas recomendaciones para mejorar y fortalecer el mecanismo impugnatorio de la LGUM. Las propuestas se estructuran, a continuación, en torno al acrónimo TILA (Maudes y Mezquita, 2016), es decir, partiendo de los principios de transparencia, independencia, interpretación procompetitiva de la ley y ambición.

##### **4.1. Transparencia**

La transparencia ha sido siempre un rasgo característico de la buena administración y del buen gobierno. Una aliada incondicional de ▷

la regulación económica eficiente. La CNMC tiene una obligación especial de transparencia, derivada del artículo 37 de la Ley 3/2013 —el cual establece un mínimo exigible de transparencia legal, obligatorio, que además podría ampliarse libremente por la autoridad independiente, de forma alineada con su Plan Estratégico y su apuesta pública por la transparencia—.

Una mayor transparencia facilita la fiscalización de los poderes públicos y del regulador. Permite conocer y corregir las disfunciones que puedan existir. Proporciona alternativas regulatorias aportando evidencia empírica y razonamientos lógicos, económicos o de derecho histórico y comparado. Suministra argumentos intelectuales a favor de una regulación o de sus posibles alternativas. Todo esto, que ya era cierto en la era analógica, se ve exponencialmente potenciado en la actual era digital.

El incremento de la transparencia, voluntaria o involuntaria, activa y pasiva, de los asuntos públicos permite reforzar la eficacia de las Administraciones. En particular, amplía los efectos de la función de promoción de la regulación económica eficiente desarrollada por las autoridades de competencia (Maudes y Silos, 2016). De este modo, se contribuye a mejorar dinámicamente la normativa y, en este caso, el funcionamiento del artículo 27.

En este bloque de recomendaciones se realizan cuatro. Tres específicas y una general, consistente en avanzar en la digitalización del expediente, como condición suficiente, aunque no necesaria, para facilitar la transparencia. Las específicas sugieren incrementos de predictibilidad y transparencia i) ante las Administraciones Públicas potencialmente impugnadas, ii) ante los operadores económicos peticionarios de actuaciones por el artículo 27, iii) ante las unidades internas de la CNMC y

iv) ante la opinión pública. Todas estas mejoras tienen como objetivo incrementar los efectos sobre la promoción de la competencia y la eficiencia regulatoria de la legitimación activa de la LGUM.

*Recomendación 1. Fomentar la digitalización del procedimiento administrativo, incluida su fase judicial*

La digitalización mitiga el riesgo de captura regulatoria, favorece la comunicación con los agentes del mercado y los poderes públicos, y permite una mayor difusión de las actuaciones. Por ello, sería recomendable fomentar la digitalización de todos los procedimientos internos en la LGUM, incluidas las actuaciones ante los tribunales. También para reforzar el *screening* de la normativa desde la óptica de la regulación económica eficiente.

*Recomendación 2. Asegurar la predictibilidad de la CNMC, en especial ante las Administraciones Públicas*

La predictibilidad y la credibilidad son condiciones necesarias para aumentar la eficacia de la CNMC. Por ello, sería conveniente explicitar públicamente las pautas de la CNMC en materia del artículo 27, para que los agentes económicos puedan conocer los principios que guiarán las actuaciones de la autoridad en este ámbito.

*Recomendación 3. Aumentar la transparencia interna y externa en la CNMC*

Por un lado, recomendamos potenciar la transparencia interna de la CNMC en la LGUM para asegurar la calidad técnica de los documentos procesales y mitigar el riesgo de ▷

debilidades en el procedimiento. Para mejorar la transparencia externa, sería conveniente la publicación del estado de tramitación de las solicitudes de impugnación; de los requerimientos del artículo 44 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LCJA), enviados por la CNMC a las Administraciones afectadas; de las demandas presentadas por la CNMC ante la Audiencia Nacional y de las decisiones de esta autoridad en virtud de las cuales se denieguen solicitudes de impugnación presentadas por operadores económicos en el marco del artículo 27.

*Recomendación 4. Intensificar el papel de la pedagogía y de la comunicación de las buenas prácticas hacia el conjunto de la sociedad*

Cada actuación de la CNMC debe venir acompañada de los instrumentos de comunicación más eficaces. El objetivo es trasladar a la opinión pública, a los creadores de opinión y a las Administraciones las actuaciones realizadas, los argumentos empleados y el grado de efectividad tanto de la CNMC como de la Audiencia Nacional.

## **4.2. Independencia**

William Kovacic subraya el consenso que existe en que, al diseñar un sistema de defensa y promoción de la competencia, las autoridades deban ser políticamente «independientes». Una jurisdicción logra cumplir los requisitos de independencia si la autoridad puede tomar sus decisiones libre de la influencia de políticos o de miembros designados (*appointees*) sujetos a su control (Kovacic, 2011). La independencia de las Autoridades Administrativas

Independientes (AAI) sirve al interés general siempre que mejore los resultados en las funciones económicas asignadas de las que se trate. En esencia, una AAI puede facilitar el buen ejercicio de las funciones encomendadas —consultiva, legitimación activa, defensa de la competencia o regulatoria— a través de dos vías. En primer lugar, siguiendo los principios técnicos ampliamente aceptados en cada materia. En segundo lugar, resistiendo —y ayudando a las Administraciones a resistir— las presiones para servir a grupos con intereses particulares que no favorecen el bienestar general.

Desde la óptica del análisis económico, existen varias razones que justifican la independencia de las AAI (véanse, entre otros, Trillas, 2010; Laffont, 2005; Armstrong, Cowan y Vickers, 1994; y Kydland y Prescott, 1977). En primer lugar, en algunas esferas económicas, las autoridades independientes contribuyen en mayor medida que los departamentos ministeriales a generar un compromiso creíble con objetivos de largo plazo que resultan beneficiosos en términos de eficiencia y bienestar. El Gobierno tiene más dificultades para comprometerse de forma estable y creíble con dichos objetivos regulatorios cuando dichas decisiones obedecen a factores de corto plazo ligados al ciclo político. En este sentido, las autoridades independientes se originan en las democracias avanzadas como instrumentos que permiten mitigar o solucionar problemas de inconsistencia temporal en la toma de decisiones sobre las intervenciones en un mercado. La delegación de dichas funciones acotadas en una autoridad independiente permite construir un mecanismo de compromiso creíble que sirva para mitigar o solucionar el problema de la inconsistencia temporal. La evidencia nacional e internacional en los ámbitos de la política monetaria ▷

o la política de competencia revela los efectos beneficiosos de asignar a autoridades independientes funciones que antes pertenecían a departamentos ministeriales o a Gobiernos.

En segundo lugar, la existencia de una autoridad independiente mitiga el riesgo de captura regulatoria en la toma de decisiones, económicamente necesarias, que implican la impugnación técnica e imparcial de normas o actos de la propia Administración. Los departamentos ministeriales y el propio Gobierno son más vulnerables a procesos de captura, que conducen con más frecuencia en este terreno a decisiones tácticas, cortoplacistas y menos alineadas con el interés general.

En tercer lugar, la independencia otorga legitimidad a las decisiones de la autoridad y facilita la aceptación de dichas decisiones por parte de los agentes económicos, los poderes públicos y el conjunto de la sociedad.

Dentro de la necesaria reforma del marco normativo para aumentar la independencia de estas autoridades, de forma alineada con las iniciativas a nivel europeo, se desarrolla una única recomendación específica cuya finalidad es reforzar la independencia de la autoridad en la aplicación de la LGUM, en especial de la legitimación activa por el artículo 27 de esta ley, que por su propio diseño implica un enfrentamiento jurisdiccional, de argumentos, datos e ideas, entre la autoridad independiente legitimada y las Administraciones Públicas infractoras de la LGUM.

*Recomendación 5. Garantizar que la representación y defensa en juicio pueda ser realizada por un servicio legal propio de la CNMC*

De acuerdo con el artículo 35 de la Ley 3/2013, «la asistencia jurídica, consistente en

el asesoramiento, representación y defensa en juicio de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, corresponde al Servicio Jurídico del Estado cuyo centro directivo superior es la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico, mediante la formalización del oportuno convenio en los términos previstos en la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica del Estado e Instituciones Públicas y su normativa de desarrollo». A tal efecto, la CNMC mantiene un convenio con la Abogacía del Estado en el que se incorporan los detalles del servicio de asistencia jurídica prestado.

La delegación del asesoramiento, representación y defensa en juicio de la CNMC en la Abogacía del Estado es susceptible de afectar negativamente al nivel de independencia y de eficacia de la CNMC en materias con intereses contrapuestos a otras Administraciones y, en particular, en la aplicación del artículo 27. Por ello, se considera que las funciones del servicio legal de la CNMC deberían ampliarse para dotarlo de capacidad plena para asesorar, representar y defender a la CNMC en juicio.

Desde la óptica de la independencia, la prestación del servicio por parte de la Abogacía del Estado plantea un posible problema de conflicto de interés. La Abogacía del Estado presta servicios jurídicos a las Administraciones Públicas y, a menudo, previo convenio retribuido, a empresas vinculadas a la Administración. Estas relaciones de representación con el resto de la Administración y operadores económicos públicos pueden derivar en un conflicto de interés que impida o dificulte que el servicio prestado por la Abogacía del Estado resulte alineado con los intereses y objetivos de la CNMC en materia de impugnación de normas y actos de las Administraciones Públicas. Por el contrario, si el servicio ante los tribunales lo prestase ▷

la propia autoridad, este conflicto de interés no surgiría.

Desde la perspectiva de la eficacia, los servicios jurídicos de la Administración —la Abogacía del Estado en el caso de la AGE— no se encuentran tan bien posicionados como la CNMC para desarrollar una estrategia de defensa. Adicionalmente, afronta una estructura de incentivos distinta a la del personal propio de la CNMC. Por un lado, el personal que trabaja en la CNMC dispone de un mayor conocimiento sobre las materias que se ventilan en los recursos planteados y, al mismo tiempo, su motivación en esta materia es objetivamente mayor, dado que está más implicado en los casos y desarrolla su trabajo en la autoridad. De hecho, es por este motivo que la gran mayoría del trabajo técnico en legitimación activa, previo a las impugnaciones —argumentos jurídicos y económicos—, es realizado por el propio personal de la autoridad, no por la Abogacía del Estado. A su vez, la existencia de un coste reputacional por no ganar un caso también es relevante. Ante la sociedad y las Administraciones Públicas, dicho coste reputacional lo afronta necesariamente la CNMC, aunque haya sido la Abogacía del Estado la que haya representado y defendido a la CNMC en juicio. El impacto diferencial en términos de coste reputacional, en un contexto de información asimétrica, posible conflicto de interés y estructura de incentivos distinta genera un problema de agencia que impide o dificulta que la Abogacía del Estado pueda prestar un servicio alineado con los intereses y objetivos de la CNMC en materia de impugnación de normas y actos administrativos. Por el contrario, si el servicio ante los tribunales lo prestase la propia autoridad, los incentivos estarían más alineados con los intereses y objetivos de la CNMC.

Finalmente, existe otro factor adicional que repercute negativamente en la eficacia. La prestación del servicio por parte de la Abogacía del Estado dificulta considerablemente la impugnación por el artículo 27 de normas de ámbito nacional, puesto que ante este tipo de normas o actos la representación y defensa no puede ser realizada por la Abogacía del Estado. Dado que el marco legal citado establece que la representación y defensa jurídica corresponde a la Abogacía del Estado, se desincentiva *ex ante* la impugnación de normas nacionales. La evidencia empírica *ex post* es consistente con esta predicción, dado que prácticamente no se han impugnado normas de carácter nacional por el artículo 27 de la LGUM.

Por los motivos expuestos, y con base en los principios de independencia y eficacia, consideramos que resultaría conveniente asegurar que la asistencia, representación y defensa en juicio de la CNMC pudiesen ser realizadas por un servicio legal propio de la CNMC.

#### **4.3. Interpretación procompetitiva de la LGUM**

*Recomendación 6. Solicitar de forma sistemática ante la Audiencia Nacional la suspensión automática de las normas o actos impugnados*

De acuerdo con el artículo 127 quáter de la LJCA, «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». A su vez, el apartado 2 de este artículo establece que «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 solicitud de suspensión automática es un instrumento muy potente. Entre otros efectos beneficiosos, está capacitada para generar evidencia económica irrefutable durante el tiempo que dure la suspensión. Incluso en el caso de que no se solicitase la suspensión por parte del operador, existen poderosos motivos económicos por los que sería eficiente solicitarla de forma sistemática, de oficio, por la CNMC.

*Recomendación 7. Garantizar la aplicación de los plazos de resolución contemplados en la LGUM*

La LGUM establece distintos plazos relevantes en materia de artículo 27, todos ellos ágiles. El retraso en la solicitud de impugnación o en los trámites subsiguientes ocasiona una serie de costes. Un entorno en el que tanto la Administración como la Audiencia Nacional actúan rápido, en los plazos marcados, asegura su eficacia estática y desincentiva dinámicamente a las Administraciones Públicas a actuar en contra de la LGUM.

#### **4.4. Ambición**

*Recomendación 8. Utilizar la LGUM como una ley económica integral, garantizando su aplicación a todo tipo de intervención pública en los mercados*

Dentro de la estrategia de impugnación, convendría asumir y garantizar que todo tipo de intervención pública, en cualquier sector y

mercado de la economía española, puede recibir los efectos beneficiosos de la LGUM y su capacidad de impugnación por el artículo 27. Ya sea en materia de aprovisionamiento público, impuestos, subvenciones o regulación normativa.

*Recomendación 9. Utilizar la LGUM como instrumento para mejorar la autoorganización del sector público*

Necesitamos mejoras institucionales continuas. Los principios establecidos en la LGUM son principios robustos de racionalidad económica, útiles y eficaces para mejorar el funcionamiento del conjunto del sector público, en multitud de ámbitos. Un sector público más racional y eficiente repercute positivamente en el nivel de competencia y de eficiencia de los mercados, y de este modo aumenta el bienestar de la población.

*Recomendación 10. Extender la legitimación activa en sede LGUM a las autoridades de competencia de las comunidades autónomas*

La legitimación activa del artículo 27 de la LGUM no reconoce a las autoridades de competencia de las comunidades autónomas (CC AA). Existen varios argumentos que aconsejan extender la legitimación activa en sede LGUM a las autoridades de competencia de las CC AA. La razón fundamental es que existe una complementariedad en la aplicación por parte de la CNMC y de las autoridades autonómicas. En primer lugar, existe margen para una división eficiente del trabajo. La CNMC podría especializarse en normas y actuaciones de carácter nacional y las autoridades autonómicas, en normas y actos de su ámbito de actuación. En segundo lugar, ni la CNMC ni las autoridades de competencia ▷

de las CC AA son infalibles. Por lo tanto, una mayor capacidad del conjunto del sistema nacional de defensa de la competencia para recurrir normas o actuaciones de las Administraciones Públicas en sede LGUM refuerza: i) la eficacia del conjunto del sistema y ii) su capacidad para, dinámicamente, disuadir a las Administraciones Públicas y a determinados operadores económicos de que actúen de forma desalineada con los principios de regulación económica eficientes promovidos por la LGUM. En tercer lugar, se refuerza la cartera de instrumentos de promoción de la competencia de las autoridades de competencia de las CC AA, así como la credibilidad y eficacia de esta política a nivel autonómico.

*Recomendación 11. Potenciar los canales existentes para impugnar, desde la regulación económica eficiente, normas con rango de ley*

El mecanismo de impugnación por artículo el 27 de la LGUM no permite a la CNMC recurrir normas con rango de ley. Por ello, convendría facilitar y potenciar sustancialmente la actuación en sede LGUM de instituciones a las que el ordenamiento jurídico sí permite recurrir leyes, en concreto las siguientes instancias: el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta diputados y cincuenta senadores.

*Recomendación 12. Reforzar la relación de la Autoridad de Competencia Nacional con la Comisión Europea en materia de unidad de mercado*

Muchos de los ámbitos en los que se desarrollan las infracciones de las normas de la Unión Europea tienen estrecha relación con la LGUM. Intensificar la colaboración con la Comisión Europea, por ejemplo, con el acceso

a información relevante por parte de la CNMC, serviría para reforzar el carácter europeo de la LGUM y aumentar su eficacia.

## 5. Conclusiones

Desde sus inicios en 1950, la construcción europea implica un marco institucional paneuropeo que repudia la guerra, generando «solidaridades de hecho» entre los países. Con el impulso del sector público, el proyecto europeo busca facilitar que la iniciativa privada, los operadores económicos y el sistema de precios relativos, actúen libre y eficientemente en un mercado único. Este mercado no fraccionado debe operar al servicio del interés general, sin más restricciones que las imprescindibles derivadas de los principios económicos de necesidad y proporcionalidad.

La Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM) —hija del Memorando de Entendimiento de 2012 (MoU)— constituye la oportunidad más reciente para adaptar voluntariamente la normativa en todos los niveles administrativos de España. La capacidad de la LGUM para cumplir con su diseño y configurar un potente motor de reformas estructurales depende de las Administraciones, de los operadores económicos y, en cierta medida, de la CNMC y de la Sección Sexta de la Audiencia Nacional.

La experiencia acumulada desde la función de promoción de la competencia en las distintas autoridades de competencia permite proponer diversas mejoras referidas a la legitimación activa del artículo 27 de la LGUM. Para ello, se parte de los principios de transparencia, independencia, interpretación procompetitiva de la ley y ambición (TILA). En este sentido, el artículo incorpora doce recomendaciones para ▷

reforzar la aplicación de la LGUM y de este modo aumentar el bienestar. Entre éstas destacan las recomendaciones para incrementar la transparencia interna y externa en la aplicación de LGUM; la garantía de que la representación y defensa en juicio pueda ser realizada por un servicio legal propio de la CNMC; la utilización de forma sistemática del mecanismo de suspensión automática; la utilización de la LGUM como una ley económica integral, garantizando su aplicación a todo tipo de intervención pública en los mercados; la extensión de la legitimación activa en sede LGUM a las autoridades de competencia de las comunidades autónomas; o el refuerzo de los canales existentes para impugnar, desde la regulación económica eficiente, normas con rango de ley.

## Bibliografía

- [1] AGHION, P. y GRIFFITH, R. (2005). *Competition and Growth. Reconciling Theory and Evidence*. MIT Press.
- [2] ALESINA, A. y GIAVAZZI, D. (2008). *The Future of Europe: Reform or Decline*. MIT Press.
- [3] ARMSTRONG, M.; COWAN, S. y VICKERS, J. (1994). *Regulatory Reform: Economic Analysis and British Experience*. MIT Press.
- [4] BALSÀ, C. (2006). La «Better regulation». *Papeles de Evaluación*, 1/2006. Ministerio de Administraciones Públicas.
- [5] BARONE, G. y CINGANO, F. (2011). «Service regulation and growth: Evidence from OECD countries». *The Economic Journal*, n.º 121, pp. 931-957.
- [6] CNC – Comisión Nacional de la Competencia (2008). *Recomendaciones a las Administraciones Públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia*.
- [7] CNC – Comisión Nacional de la Competencia (2009). *Guía para la elaboración de Memorias de Competencia*.
- [8] CNMC – Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (2015a). *PRO/CNMC/001/15 Análisis de la contratación pública en España: oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia*.
- [9] CNMC – Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (2015b). *IPN/CNMC/010/15 Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público*.
- [10] CNMC – Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (2015c). *IPN/CNMC/011/15 Informe sobre el Anteproyecto de Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales*.
- [11] CNMC – Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (2016a). *Informe de la Subdirección de Análisis Económico de la CNMC sobre el Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias*.
- [12] CNMC – Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (2016b). *Informe de la Subdirección de Análisis Económico de la CNMC sobre las restricciones a la competencia incluidas en el Real Decreto 1057/2015 y en la Orden FOM/2799/2015, en materia de vehículos de alquiler con conductor*.
- [13] CNMC – Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (2016c). *Informe de la Subdirección de Análisis Económico de la CNMC sobre las restricciones a la competencia en el Acuerdo de 27 de octubre de 2015 del Gobierno de Aragón sobre los objetivos, criterios y requisitos de las enseñanzas universitarias oficiales en la Comunidad Autónoma de Aragón para el periodo 2016-2019*.
- [14] CNMC – Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (2016d). *PRO/CNMC/002/16 Propuesta de la CNMC referente a la regulación del mercado de distribución de carburantes de automoción a través de estaciones de servicio desatendidas*.
- [15] KOVACIC, W. (2011). «Competition Agencies, Independence, and the Political Process». *Competition Policy and the Economic Approach. Foundations and Limitations*. Edward Elgar Publishing. ▷

- [16] KYDLAND, F.E. y PRESCOTT, E.C. (1977). «Rules rather than Discretion: The Inconsistency of Optimal Plans». *Journal of Political Economy*, n.º 85, pp. 473-491.
- [17] LAFFONT, J.J. (2005). *Regulation and Development*. MIT Press.
- [18] MAUDES, A. y MEZQUITA, I. (2016). Conversaciones sobre regulación económica eficiente a comienzos del siglo XXI, mimeo.
- [19] MAUDES, A. y SILOS, M. (2016). «Una regulación económica más eficiente en el nuevo mundo digital. Las autoridades independientes de productividad». *Información Comercial Española (ICE)*, n.º 891, julio-agosto de 2016.
- [20] NICOLETTI, G. y SCARPETTA, S. (2003). «Regulation, Productivity and Growth: OECD evidence». *Economic Policy*, vol.18, n.º 36, pp. 9-72.
- [21] OCDE – Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (2010). *Better regulation in Europe: Spain 2010*.
- [22] POPPER, K. (1959). *The Logic of Scientific Discovery*, Hutchinson & Co.
- [23] STIGLER, G.J. (1971). «The Theory of Economic Regulation». *Bell Journal of Economics and Management Science*, n.º 2, pp. 3-21.
- [24] TRILLAS, F. (2010). «Independent Regulators: Theory, Evidence and Reform Proposals». *IESE Business School-University of Navarra*.