

Arseni Gibert Bosch*
Anna Merino Castelló**

LA UNIDAD DE MERCADO, UNA CARRERA DE FONDO

Los principios de better regulation aplicables a la unidad de mercado y a la libre competencia son prácticamente los mismos. Reiterar estos principios no es malo aunque legislar lo mismo muchas veces no necesariamente incrementa su eficacia. Lo relevante es que se apliquen dichos principios en la redacción de las normas de las distintas administraciones territoriales. El texto embrionario del anteproyecto de ley de garantía de unidad de mercado tiene, lógicamente, cualidades y defectos. En este sentido, conviene que los impulsores de la norma se autoapliquen los principios de simplificación que promulgan y «copiar» aquello que ya funciona en otros países con metodologías contrastadas.

Palabras clave: unidad de mercado, competencia, regulación, autonomías, Estado.

Clasificación JEL: H77, K20, L40.

1. Un objetivo permanente

Cuando los fenicios llegaron (globalizando) a las costas levantinas de la Península Ibérica procedentes de lo que hoy llamamos Oriente Medio, no venían a guerrear ni a conquistar tierras sino que venían a comerciar (tómese, si se quiere, como una reivindicación del sustantivo «fenicio» mal transformado en adjetivo). Probablemente, tuvieron que superar las dificultades de un viaje con medios precarios, a pesar de navegar por un mar relativamente

tranquilo como el Mediterráneo. Tal vez, fueron recibidos con hostilidad o desconfianza por los habitantes circunstanciales de las tierras donde desembarcaron, o tal vez no. Es posible que los trueques comerciales no fueran fáciles porque los bienes a intercambiar no resultaban mutuamente lo bastante atractivos. O todo lo contrario. Lo que sí es seguro es que no tuvieron que superar barreras administrativas, fiscales o normativas de carácter intencionadamente proteccionista o simplemente absurdas, de inercia burocrática. Todo eso apareció más tarde.

Aunque ciertamente la globalización se ha acelerado espectacularmente en las últimas décadas, sería bueno recordar que no es un fenómeno nuevo ni tampoco fruto de decisiones políticas. Al contrario, es una constante

* Presidente de la Autoritat Catalana de la Competència.

** Responsable del Área de Promoción de la Competencia de la Autoritat Catalana de la Competència.

del proceso de civilización y mucho más vinculado a los avances tecnológicos que a cualquier otra variable (ya saben: el fuego, la rueda, el tam-tam, la vela, la imprenta, la máquina de vapor, el tren, el teléfono, la electricidad, el automóvil, la aviación, la televisión atravesando fronteras, los ordenadores, internet...). Quizás se podría decir que la globalización y la tensión entre proteccionismo y librecambismo son cosas inseparables. Cada cambio de escala, es decir, cada crecimiento del ámbito de intercambio, comporta inevitablemente esta tensión, por lo menos, durante un tiempo.

En el paisaje natural, no hay fronteras, ni aduanas, ni contrabandistas, ni aranceles, ni normas restrictivas del libre comercio o de la competencia. Es decir, el libre mercado es natural, probablemente por eso funciona, porque es asimilable a la vida biológica. Dicho de otra manera: la unidad de mercado es el estado natural, deseable, eficiente, un ingrediente necesario para el progreso, para la prosperidad. Libre comercio y unidad de mercado son conceptos bastante equiparables o, cuando menos e hilando muy fino en los matices, armónicos o complementarios.

Por el contrario, en el paisaje antropologizado, sí hay fronteras, aduanas y barreras. Y normas. Normas absolutamente necesarias para la organización social así como fundamentales para la democracia, pero que no siempre son óptimas; ya se sabe, nada humano es perfecto. Y a menudo incluyen prescripciones que rompen la unidad de mercado, dificultan la competencia y condicionan el libre comercio. Como ya se ha apuntado, a veces, estas restricciones se introducen intencionadamente (proteccionismo), otras veces por inercias¹ de mala o excesiva regulación, por vestigios históricos y nostálgicos de cuando los mercados eran más pequeños o, simplemente, por resistencia al cambio de la cultura administrativa instalada. Barreras de nada fácil remoción a pesar del alto coste que suponen para el interés general, concepto

que, curiosamente, a menudo, se invoca abusivamente para justificarlas.

El problema, por lo tanto, existe, es real y hacen bien los que pretenden combatirlo. Un problema no fácil de medir con precisión tal como intentaremos argumentar. Quizás una sugerencia previa a quien corresponda sería la instauración de un modelo de indicadores sobre el estado de la cuestión y su evolución, similar al usado por la Comisaria de la Unión Europea (EU) del Mercado Interior. En realidad, el problema ha existido siempre y no hay una tendencia de dirección estable hacia la mejora o el empeoramiento: oscila. Los cambios (de ámbito territorial, de coyuntura, de ideología dominante) tanto generan barreras como hacen que desaparezcan. Tender permanentemente a la unidad de mercado es un objetivo importante que no se alcanza por completo ni se consolida definitivamente, es más bien una sucesión continua de objetivos. Un objetivo permanente.

Y ello es así por varias razones. La principal es, sin duda, la combinación de la variabilidad tanto de los ámbitos geográficos escenario de la unidad de mercado como de los poderes públicos operativos sobre dichos territorios. Los tamaños de los mercados varían, generalmente ampliándose, y padecen solapamientos, intereses (o supuestos intereses) contrapuestos así como niveles heterogéneos de calidad objetiva por parte de los agentes reguladores (diversos, casi nunca únicos) o incidentes en cada ámbito. Recomendamos vivamente un texto de Herce (2006) sobre ésta y otras cuestiones relacionadas con la unidad de mercado. Creemos que sintetiza magníficamente la inevitable complejidad del problema, una complejidad que hay que tener en cuenta en cualquier tipo de análisis o de actuación que pretenda incidir sobre esta materia. Y en su introducción, Herce formula una especie de breve *laudatio* de la unidad de mercado tan precisa y convincente que no nos atreveríamos a intentar mejorarla, razón por la cual optamos por reproducirla:

«La unidad y amplitud del mercado estimula la división del trabajo, la escala de las actividades productivas y la aglomeración o diversificación de las mismas, según se precise, vectores, todos ellos, de los positivos

¹ Es conveniente evitar el error de que las restricciones causadas por inercia son más fáciles de corregir que las intencionadas. No hay que minusvalorar las inercias ancestrales.

desarrollos que diferencian a la sociedad actual de sus predecesoras históricas. Un terreno de juego liso, ancho y largo y unas reglas claras, eficientes y de evolución predecible con condiciones sin las cuales lo anterior no es posible, y menos aún el acomodo de un número creciente de jugadores. La segmentación física, administrativa, regulatoria, o de cualquier otro tipo del mercado, puede beneficiar a unos pocos, temporalmente, pero perjudica a la mayoría de manera permanente y, a la larga, a todos los agentes económicos. La unidad de mercado, en suma, es una condición necesaria para el progreso material de los individuos y las sociedades».

El hecho es que las mercancías y las prestaciones de servicios viajan o son susceptibles de viajar por territorios con vocación explícita de unidad de mercado: caso de la UE que lo llama Mercado Interior; caso de sus Estados miembros que forman parte de este Mercado Interior; caso de otros mercados supraestatales más o menos consolidados (NAFTA, MERCOSUR...); caso de declaraciones de intenciones como la reciente propuesta del presidente Obama de configurar un mercado integrado EE UU/UE. Y viajan también por territorios sin esta explícita declaración de unidad de mercado, caso de las relaciones económicas entre países sujetas, en general, a las reglas de cada país o de cada mercado integrado en los supuestos anteriores o a las reglas a las que se han adherido de organismos como la Organización Mundial de Comercio (OMC) y sus instrumentos colaterales como rondas de negociación específicas o similares.

La necesidad de regulación de esta complejidad es evidente pero las normas no inciden únicamente y de forma directa sobre estos viajes de mercancías y servicios propiciándolos o dificultándolos. Lo hacen también sobre las actividades económicas en general, afectando las condiciones de producción o prestación desde la raíz y de forma distinta según el territorio de destino y/u origen. Las actividades económicas en general, topan con obstáculos, con barreras. Barreras naturales, a veces insoslayables aunque, en la mayoría de los casos, la tecnología y la innovación suelen ser capaces de superarlas. Barreras

administrativas no justificadas, un hueso más duro de roer: ya se ha dicho que las hay que son intencionadas y las hay que son producto de la inercia pero ambas tienen una matriz común, el exceso de intervencionismo. En principio, la incidencia de diversas jurisdicciones sobre un mismo ámbito territorial es o parece ser un peligro para la unidad de mercado, pero lo cierto es que no es necesariamente así. Los Gobiernos de cualquier ámbito territorial pueden ser indistintamente propensos a la segmentación o a la libertad económica. En un mundo crecientemente interdependiente, todos los poderes públicos que ejercen sus competencias toman decisiones que influyen en alguna medida en mercados más amplios y pueden hacerlo —o no— con criterios correctos de imbricación en ellos. Dicho de otra manera: centralización o descentralización no es la clave principal ni única de la unidad de mercado.

Si echamos un vistazo aéreo sobre la UE, observaremos fácilmente que el mercado interior de mercancías funciona bastante bien desde el punto de vista de la unidad de mercado interior. Que el de servicios está a un nivel de libre circulación consolidada mucho menor pero tiende claramente a una situación adecuada en un plazo de no muchos años. Que la libre circulación de personas también funciona bien aunque con una tendencia a ser cuestionada en función de los movimientos migratorios (no solo los externos, también en alguna medida los internos). Que los mercados financieros y la fiscalidad están lejos de la armonización que requieren, lo cual, como se ha visto claramente, es un problema grave en un espacio con moneda única aunque parece que las buenas intenciones prosperan a pesar de las grandes dificultades del presente. Y observaremos también —¡atención!— que las barreras proteccionistas en relación con terceros países son bastantes, bastante rígidas y no siempre justificadas por razón de falta de reciprocidad o por otras razones aceptables desde el punto de vista del libre comercio.

Pero si ajustamos el *zoom* sobre la UE, podremos observar los problemas relativos a la unidad de mercado en los Estados miembros, la unidad de mercado intraes-

tatal, sin la cual no puede existir un mercado interior europeo plenamente único. Puede que sea oportuna una sucinta y simple primera evaluación descriptiva:

— La propia UE, como se ha apuntado, tiene establecidas barreras, discutibles, a bienes y servicios procedentes de terceros países. Rompiendo la unidad de mercado global.

— Todos los Estados miembros mantienen alguna medida sectorial proteccionista en relación con los demás Estados miembros. Rompiendo la unidad de mercado europea².

— Cada Estado miembro tiene barreras establecidas por niveles de la administración inferiores al estatal (todos los Estados miembros, incluso los más centralizados tienen administraciones locales aptas para generar segmentaciones de mercado), rompiendo la unidad de mercado intraestatal y, por extensión, la europea.

Dicho de otra manera, todos «pecan». Unos más que otros, por supuesto. Y en unos casos de forma más justificada —o al menos más explicable— que en otros, también, por supuesto. Y esta situación no va a cambiar radicalmente de un día para otro, no será fácil que surjan y se consoliden instancias globales de regulación a nivel mundial. Los Estados-nación, cuando se integran en mercados más extensos que sus propios territorios, se resisten a ceder soberanía hacia arriba sin condiciones o compensaciones. Las unidades subestatales pueden ser más no menos intervencionistas o proteccionistas pero no son, en general, paladines incondicionales de la unidad de mercado en su acepción más amplia. Por otro lado, es cierto que instancias internacionales ya existentes desarrollan funciones de carácter más o menos político (la OMC ya citada, la OCDE, el FMI...) buscando orden e integración en la economía global —a menudo estimulados por los agentes económicos más globaliza-

dos y más competitivos— y que su influencia se derrama en cascada, aunque lentamente, sobre el conjunto de poderes públicos. En definitiva, el paisaje global refleja una balanza oscilante y muy condicionada por la coyuntura, probablemente con una tendencia de fondo favorable. Valga esta constatación como primera aproximación al panorama general, tal vez necesario como preámbulo para pasar a la cuestión concreta que nos incumbe al escribir este artículo a principios de marzo en relación con el Anteproyecto de Ley de Garantía de la Unidad de Mercado (en adelante, APLGUM) que dio a conocer el Ministerio de Economía y Competitividad del Gobierno español, el 24 de enero de 2013.

2. La unidad de mercado intraestatal: el caso de España

Pasemos, pues, al núcleo de la cuestión indicado en el encabezamiento de este apartado, señalando de entrada que la unidad de mercado intraestatal es, por una parte necesaria e importante no solo por su aportación de eficiencia sino también por razones de equidad entre operadores internos; y, por otra, es por sí misma insuficiente en una economía abierta, ya que nada empieza y acaba nítidamente en el mercado intraestatal sino que todo interacciona con mercados de otros ámbitos geográficos. La unidad de mercado intraestatal únicamente sería un objetivo en sí mismo en un mercado autárquico.

Si, como nos gustaría haber conseguido, ha quedado claro que estamos hablando de una cuestión compleja y, en cierta medida, volátil o variable, hay que aplicar la regla de oro: *la mejor respuesta a la complejidad es siempre la flexibilidad*. Una cuestión que, a nuestro parecer, debe ser contemplada desde tres perspectivas distintas e incluso, tal vez, aparentemente contradictorias:

a) La primera, impregnada conceptualmente de intransigencia con las rupturas de la unidad de mercado. Especialmente las más claras, las más enquistadas, las más nocivas, las más clientelares.

b) La segunda, basada en el necesario realismo de asumir la extraordinaria variedad de supuestos que no

² Más que citar ejemplos, que podrían estar mal seleccionados y no ser los más representativos, parece preferible remitir al lector a la jurisprudencia del TJUE donde es fácil encontrar casos, algunos relativos a normas o actuaciones de administraciones subestatales, pero muchos otros relativos a normas o actuaciones de las administraciones estatales de todos los Estados miembros.

pueden ser tratados de forma homogénea ni por lo que respecta a la detección del problema, ni a su análisis, ni a la instrumentación ordinaria y normativa de su corrección.

c) La tercera prestando atención a las opciones de tratamiento imperativo —de última instancia— en supuestos de no corrección a pesar de una instrumentalización ordinaria adecuada pero que no depare un resultado eficaz.

Estas tres perspectivas constituyen latentemente el temario básico del artículo aunque su configuración no las desarrolla de forma lineal y ordenada. Se ha optado por un formato más fácil, más cómodo, consistente en un apartado que pretende tan sólo precisar o acotar la gama de supuestos de los que estamos hablando y unas reflexiones que, exentas de toda presunción de certeza y de toda ambición de exhaustividad temática y de concreción propositiva, pretenden aportar algunas consideraciones que puedan ser útiles para incentivar otras reflexiones derivadas y -¡ojalá!- para contribuir modestamente a la optimización de las decisiones de aquellos que tienen la responsabilidad de tomarlas.

3. De qué estamos hablando

Como cuestión previa, cabe apuntar que estamos hablando principalmente de rupturas de la unidad de mercado derivadas de normas o actuaciones administrativas de ámbito subestatal, puesto que, en principio, la normativa estatal, de forma directa (la de aplicación directamente vinculante) o indirecta (la que condiciona las normas subestatales), es de aplicación uniforme en todo el territorio aunque ello no garantiza la unidad de mercado básicamente por dos motivos: *i)* en normas estatales existen especificidades territorializadas (por razones de insularidad como ejemplo no excluyente de otros), especificidades que pueden ser justificadas o no desde el punto de vista de la unidad de mercado; y *ii)* las normas de ámbitos geográficos mayores pueden condicionar en cascada las que promulgan las de ámbitos menores (caso de las directivas europeas o de la normativa de carácter básico en el caso español), lo cual no resuelve

todos los problemas por dos razones. La primera es que las normas directrices pueden ser de mejor o peor calidad en relación con la unidad de mercado o en relación con cualquier otra variable, y la segunda es que los niveles inferiores vinculados por ellas pueden (adrede o no) cumplirlas, incumplirlas o interpretarlas de forma no unívoca. Y, por supuesto, las normas subestatales no condicionadas por ellas pueden ser, a su vez, mejores o peores, siendo ésta una parte muy importante del problema.

Más allá de este intento de aproximación a la complejidad del tema abordado, se podría intentar acotar el temario (delimitar de qué estamos hablando) a partir de distintos criterios de clasificación: sectores de la economía, agentes (en general públicos aunque no exclusivamente) aptos para romper o condicionar la unidad de mercado, tipificación de formas comunes de afectarla, etcétera. Hemos optado por unos grupos algo heterogéneos pero capaces de abarcar, a nuestro entender, una amplia gama de supuestos derivados de la combinación o solapamiento de variables, un «mix» poco sistemático pero inclusivo de la mayor parte de los tipos de afectación a la unidad de mercado, sus agentes y los instrumentos utilizados, intentando así obtener una panorámica amplia del puzzle. Veamos si el resultado nos aproxima a esta visión sobre el conjunto de los supuestos «de los que estamos hablando»:

— *Los relativos a bienes tangibles (mercancías)*. Trabas a la libre circulación; requisitos excesivos para la homologación del producto, para el etiquetado y presentación; restricciones relacionadas con puntos autorizados de venta, etcétera. Todo ello con una variable principal solapada o no con las trabas y objetivos citados: normativa heterogénea entre las promulgadas por administraciones subestatales. No parece probable que este supuesto, el de los bienes tangibles, sea el mayor problema que afecta a la unidad de mercado. Pero no es inexistente.

— *Los relativos a servicios incluidos en 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, DSMI)*. Este grupo es, probablemente, el que mayores rupturas de unidad de mercado

comporta. La Administración central ha pasado (o para ser exactos, está pasando) con una buena nota relativa el test derivado del experimental sistema de evaluación mutua entre Estados miembros sobre los resultados de la transposición de la DSMI. Pero se trata de la transposición de una directiva especial, que no termina con la adaptación de la normativa estatal. Dedicaremos una de las reflexiones del siguiente apartado a los servicios en general, tanto los incluidos como los excluidos de la DSMI. Cabe decir que la buena nota citada obtenida por España, en la media o algo por encima de la media del conjunto de Estados miembros (con toda probabilidad evaluándose con generosidad también mutua), no indica una transposición óptima en todos los casos ni tampoco que nuevas normas sectoriales de ámbito estatal no contengan nuevas medidas no ajustadas a la DSMI y eventualmente contrarias a la unidad de mercado —ver a este efecto los Informes de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) sobre normas en trámite—. Pero cabe decir que la no adaptación o la mala adaptación a la DSMI con efectos sobre la unidad de mercado, hay que buscarla principalmente en los ámbitos subestatales.

— *Los relativos a los servicios de sectores excluidos de la DSMI (servicios financieros, redes de telecomunicaciones, transportes, servicios de salud, actividades de juego y algunos servicios sociales).* Un grupo de exclusiones que abarca algunos subsectores «clásicos» por su presencia en los conflictos de competencia y de unidad de mercado. La exclusión responde a dos criterios no excluyentes entre sí: el primero, en función de que la UE estaba elaborando o tenía intención de elaborar, cuando se promulgó la DSMI, directivas u otras normas vinculantes para los Estados miembros específicas de estos sectores; el segundo, que algunos de los *lobbys* sectoriales son extremadamente potentes y consiguieron esta exclusión que les permitió, cuando menos, ganar tiempo.

— *Los relativos a la fiscalidad.* Hay algunos impuestos o tasas creadas en ámbitos subestatales que, más allá de su constitucionalidad o no constitucionalidad (por imposición duplicada o por otras causas), rompen o pueden romper la unidad de mercado: impuestos, por ejemplo,

sobre centrales de ciclo combinado, sobre depósitos bancarios o sobre grandes superficies comerciales. Este apartado podría incluir también las exenciones fiscales vinculadas a la captación de inversiones (también susceptibles de ser incluidas en el apartado de ayudas públicas) o cuestiones parecidas.

— *Los relativos a las ayudas públicas.* En este caso, la competencia de su control cuando se trata de ayudas de obligada notificación radica en la UE. El papel de las autoridades de competencia, especialmente la CNC, es muy secundario (un informe anual de contenido impreciso que recoge la información detectada o elaborada por la propia CNC y que puede incorporar los eventuales informes de las autoridades autonómicas de competencia). Pero eso no excluye la existencia de problemas internos tanto de competencia como de unidad de mercado. Los Gobiernos (todos) suelen tener una tendencia o afición excesiva a las ayudas públicas y ello les induce a intentar maquillar dichas ayudas para que la UE no las considere ilegales. A veces cuela. Otras veces, la cosa acaba con la decisión de la UE de que las empresas beneficiadas deben devolver el dinero recibido. Pero hay un problema que se suele tener poco en cuenta: las ayudas de los Gobiernos autonómicos, y principalmente de los entes locales, que por su cuantía *de minimis* están exentos de ser notificados a la UE, pero no por ello son inocuos en relación con la libre competencia o a la unidad de mercado.

— *Los relativos a la calificación urbanística.* Con toda probabilidad, el sistema de calificación del suelo y de atribución de usos al suelo calificado debería ser reformado por razones de tanto o más peso que la garantía de la unidad de mercado³. Pero el sistema urbanístico

³ Probablemente, las tres grandes variables que determinan el diferencial de nivel de corrupción en nuestro país en relación con los que tienen los niveles más bajos de este tipo de problemas sean: i) el sistema de calificación del suelo y la atribución de usos; ii) los problemas derivados de la regulación y del mal uso de la contratación pública; y iii) la facilidad de generación de «dinero negro» a causa, en buena medida, del insuficiente control del IVA de las importaciones en general y de la producción interna de primeras materias para conseguir una mejor aplicación en cascada del impuesto.

citado comporta también problemas de unidad de mercado porque las reglas son heterogéneas y su aplicación también. Probablemente, las delimitaciones que califican y las zonificaciones de usos compatibles deberían trazarse «poco a menudo y desde cierta distancia» en lugar de «muy a menudo y desde muy cerca».

— *Los relativos a la contratación pública.* Las disfunciones detectables en este ámbito (tanto las derivadas de la regulación como las creadas por mecanismos sofisticados de colusión entre licitadores o las diferencias de criterio para la clasificación de empresas para contratar con el sector público o para su inclusión en acuerdos marco de suministro de bienes y servicios u otras circunstancias) son muchas y muy notables. No tenemos aptitudes para tratar a fondo esta cuestión, ni el espacio de este artículo lo permitiría. Queremos remarcar, tan sólo, que cualquier distorsión significativa del nivel de exigencia o de calidad en los pliegos o incluso en la elección de la figura utilizada para una adjudicación pública así como cualquier pérdida de objetividad, comporta, además de los graves problemas de otro tipo ya apuntados, afectación a la unidad de mercado.

De todo eso estamos hablando. Con toda probabilidad incluso de más cosas. La complejidad del universo temático parece evidente.

4. Invitación a algunas reflexiones generales

Sobre el nivel de fe en los efectos directos de las leyes

De ninguna manera, este artículo pretende cuestionar la necesidad de una ley con el objetivo de velar (garantizar tal vez sea algo excesivo) por la unidad de mercado intraestatal como objetivo en sí mismo o como medio para incrementar la eficiencia y la competitividad de la estructura económica interna. Una ley que, además, debe contribuir de forma obligada a la unidad del mercado interior europeo como elemento relevante del proyecto de construcción política europea, objetivo apremiante para que Europa tenga un papel significativo en el mundo global.

Todavía menos este artículo pretende enmendar el anteproyecto de ley. Nos gustaría dejar ambas cosas bien sentadas. Seguramente una ley es necesaria, y los eventuales cambios en el texto hasta que se convierta en proyecto de ley y su posterior tramitación parlamentaria hasta un texto definitivo ya tienen sus actores legítimos y sus canales adecuados.

La reflexión que proponemos sobre el proceso legislativo y su calidad regulatoria es de tipo genérico. Por supuesto con alguna incursión, en ésta y en las siguientes reflexiones, en relación con los objetivos, instrumentos y resultados previsibles de la materia que aborda el proyecto. Pero siempre en términos generales, como corresponde a quienes además de no ser juristas, no tenemos ni actitud, ni capacidad, ni vocación que nos haga pensar que disponemos de una llave maestra capaz de abrir las puertas de la optimización técnico-jurídica de una cuestión tan compleja.

Pero el artículo no pretende tampoco dar por descontado que una ley es el único y el mejor procedimiento para tratar todos los supuestos y todos los problemas que se pretenden corregir. Es muy probable que legislar sea la vía imprescindible para el tratamiento de muchos aspectos y es también probable que algunas cosas se puedan instrumentar igual o mejor sin una norma que —en este caso como en muchos otros— pretenda resolver de forma integral y apriorística problemas cuya dinámica tal vez no sea tan previsible como pueda parecer a simple vista.

Hay cuestiones que para ser reguladas requieren inexorablemente un *benchmarking* que permita contrastar experiencias que han tenido éxitos y fracasos, e incluso instrumentar medidas extranormativas que, tal vez no sean plenamente eficaces por sí solas, pero que permitan detectar y definir pautas de regulación a partir de un mejor conocimiento de los problemas.

En la fase inicial de gestación de una ley —de cualquier ley— habría que tener en cuenta como principio de buena regulación que la primera pregunta debe ser siempre si hay necesidad de hacer una norma. Nos movemos en un ámbito en el que cuando se detecta un problema (a veces

incluso sin haber detectado ninguno) alguien dice «sobre eso hay que hacer una ley». Y todo el mundo suele asentir. No siempre una ley es el mejor ni el único medio para atajar un problema. Hay que valorar, elegir y descartar.

Cuando ya hemos concluido que sí hay que hacer una ley — cualquier ley — el segundo principio de buena regulación obliga a seguir una metodología de análisis que contemple paso a paso el máximo de variables posibles en relación con los principios que definen una buena regulación económica. Por poner solo un ejemplo: todas las leyes que se impulsen deben minimizar las cargas administrativas innecesarias que gravan a las empresas, a los ciudadanos y a la propia administración. Las leyes que pretenden prescribir simplificación administrativa o minimización de cargas, todavía pueden permitirse menos que las demás la creación de cargas administrativas no estrictamente necesarias en sus procedimientos y circuitos instrumentales.

Un tercer principio básico de buena regulación es la claridad y la reducción de los márgenes de interpretación. Para ello es imprescindible que los preámbulos y exposiciones de motivos sean plenamente coherentes con las prescripciones normativas. No siempre es así en las normativas sectoriales que en ocasiones rompen la unidad de mercado. No debe ser así en normas que pretenden regular que eso no ocurra.

Sobre el grado de cumplimiento de las normas vinculantes en cascada. El caso de la DSMI

Lo legislado, legislado está. Es aconsejable revisar los efectos que produce la normativa periódicamente, tal y como prevé el anteproyecto. Es algo que se hace poco y a menudo no se producen los efectos buscados y, por el contrario, se producen otros efectos no previstos o no deseados. Pero si lo que ocurre es que una norma no se cumple o se cumple menos de lo deseado o necesario, la solución mejor no parece ser la reiteración de sus prescripciones en otra norma.

Tal como se ha anunciado, esta reflexión gira alrededor de los servicios, tanto de los incluidos en la DSMI

como de los expresamente excluidos. La propia DSMI ya es de aplicación directa por parte de todos los responsables de adaptar sus normas a la misma, responsables que se pueden identificar como los mismos que el APLGUM denomina autoridades competentes, incluidos los colegios profesionales. La llamada «Ley paraguas» (Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio) la transpone y tiene carácter de ley básica, añadiendo a su contenido, algunas prescripciones adicionales, entre ellas la de disponer que, en adelante, las sanciones al Reino de España impuestas por el TJUE por incumplimiento de normas europeas, las deberá satisfacer la administración o administraciones responsables del incumplimiento, una medida muy justa y conveniente.

Centrándonos en los sectores incluidos en la DSMI, la primera pregunta pertinente es hasta qué punto se han cumplido estas normas. Sabemos que el Gobierno estatal, además de transponer la DSMI mediante la citada «Ley paraguas», adaptó sus normas mediante una ley multisectorial conocida como «Ley ómnibus» (Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para la adaptación a la ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio). Las de rango inferior al de ley también debían ser adaptadas por procedimientos acordes a su rango.

En los aplicativos informáticos *ad hoc*, instrumentados por el entonces Ministerio de Economía y Hacienda, figuraban las normas identificadas como eventualmente susceptibles de tener que ser adaptadas, tanto las de ámbito estatal como las de las CC AA: alrededor de 9.000 normas. A esa cifra había que añadir otra muy superior en número pero que resultaba imposible de determinar por el hecho de ser, en muchos casos, supuestos relacionados con los numerosos entes locales y los colegios profesionales.

El seguimiento de las normas con rango de ley, incluidas las de las CC AA, funcionó bastante bien. Los resultados posteriores para el procedimiento de evaluación mutua entre los Estados miembros (que sigue desarrollándose lógicamente con la participación española) abarca,

además de las leyes, otras normas que la UE considera de especial interés. Pero en todo momento se ha puesto el énfasis en las normas con rango de ley que, lógicamente, es la parte más fácil de seguir y, hasta cierto punto, la más importante como condición necesaria pero indiscutiblemente no suficiente.

La segunda pregunta pertinente es múltiple. ¿Cuántas normas había que adaptar o por lo menos analizar en total? Si a las 9.000 identificadas añadimos una media de tres —solo tres— para cada uno de los casi 10.000 entes locales que existen en España, deberíamos añadir unas 30.000 disposiciones generales. Si estimamos que cada uno de los más de 1.500 colegios profesionales existentes en España tiene como mínimo unos estatutos y la mitad, como mínimo, alguna norma interna más, la cifra total no es inferior a 40.000 en una estimación probablemente muy a la baja. Para alcanzar la cifra de 9.000 normas, ¿se identificaron todas —leyes incluidas— las que debían serlo?; las que sí lo fueron, ¿se analizaron y adaptaron consecuentemente?; ¿alguien sabe lo que ha ocurrido con buena parte de las normas de los entes locales y colegios profesionales?; ¿cuántas nuevas normas o prácticas «nuevas» se han promulgado o instrumentado con variables disconformes con la DSMI, la ley paraguas y la ley ómnibus? Y por último, ¿cuántas y cuáles de estas normas afectan la unidad de mercado?

Hay datos sueltos que permiten apreciar que la adaptación de las leyes estatales, y bastantes de las autonómicas, es la adecuada, pero hay otros datos de que hay casos sectoriales en los que no es así, que la situación real presenta resultados heterogéneos (tanto sectorialmente en una misma comunidad autónoma como en un mismo sector en distintas comunidades). Hay datos indicativos de que la transposición en cascada no ofrece resultados satisfactorios, como en los casos en que algunos ayuntamientos han simplificado procedimientos por imposición de la DSMI (por ejemplo, mediante declaraciones responsables) pero que dado que no se sienten a gusto con esta innovación, deciden hacer *ex post* controles superiores a los que hacían anteriormente *ex ante*. Y como no tienen medios para hacer este trabajo supletorio, lo

externalizan en los colegios profesionales que suplen así su pérdida de ingresos por supresión de visados y sin que el trabajo que asumen aporte (igual que los anteriores visados) ningún valor público, dado que consiste básicamente en comprobaciones documentales de titulación o de no inhabilitación de los facultativos colegiados que han redactado los proyectos.

En casos de complejidad notable como el que nos ocupa, el no cumplimiento de las normas, indistintamente de las causas de dicho incumplimiento, no se resuelve, o por lo menos no se resuelve totalmente, con otra norma que recuerde a los interesados lo que ya debían haber hecho. El APLGUM hace este recordatorio que podría ser o parecer superfluo (en algunos casos el texto es conceptualmente e incluso en alguna parte literalmente idéntico a la DSMI o a la ley paraguas) pero no es nocivo y se justifica por el hecho de regular cuestiones que no son servicios y, por lo tanto, no reguladas por las normas anteriormente citadas. Además, define mecanismos que pretenden instrumentar que se cumpla con lo que está previsto en las leyes que no se cumplen o que no se sabe si se cumplen. Esto está bien, se corresponde con el objetivo del APLGUM. Pero creemos que es importante dejar claro que la reiteración normativa no mejora por ella misma la garantía de eficacia. Sobre algunos aspectos de la idoneidad y eficacia previsible de los mecanismos previstos en el APLGUM se incluyen unos apuntes en las reflexiones siguientes.

Pasemos a los servicios excluidos de la DSMI. Hay también problemas de competencia (algunos «clásicos» como farmacias, taxis, etcétera) y de unidad de mercado. Si los diferenciamos es porque en estos sectores no hay legislación europea ni española que prescriba criterios de adaptación a la normativa como tampoco la hay, como ya se ha dicho, para buena parte de todas las actividades económicas distintas de los servicios.

Si de la agrupación convencional de supuestos hemos tratado diferenciadamente los servicios es a partir del convencimiento apriorístico de que se trata del sector con mayor número de problemas de unidad de mercado pero en ningún caso con la intención de minusvalorar los problemas

relativos a los otros grupos de categorías: mercancías, contratación, fiscalidad, urbanismo y ayudas públicas, todos ellos de extraordinaria importancia en el tratamiento de optimizar la unidad de mercado.

Sobre el papel de las autoridades de promoción y defensa de la competencia en el ámbito de la unidad de mercado

Seguramente debido a la especialización de los autores del artículo, es difícil evitar una cierta reivindicación, incluso tal vez excesiva, del papel que pueden y deben jugar los órganos de competencia en la preservación de la unidad de mercado. Nos disculpamos preventivamente por si éste fuera el caso. Forzando un poco más de la cuenta las analogías razonables, casi nos atreveríamos a decir que libre competencia y unidad de mercado son prácticamente una misma cosa.

En ocasiones, nos ha disgustado oír que la descentralización de las políticas de competencia tiende a romper la unidad de mercado. El argumento usado suele ser que los órganos de competencia autonómicos no son suficientemente independientes de los Gobiernos que los han creado y son excesivamente «comprensivos» o impotentes frente a las normas y actuaciones de los mismos.

Sin negar al 100 por 100 que algo de eso puede haber ocurrido en algún caso y que los medios de los diferentes órganos de competencia autonómicos creados son muy heterogéneos, parece obligado decir que algunos de ellos se limitan a desarrollar las funciones del procedimiento sancionador, con lo cual no inciden ni a favor ni en contra de la unidad de mercado. La aplicación homogénea del derecho de la competencia es un esfuerzo liderado por la CNC y compartido por todos los órganos autonómicos y los resultados de este esfuerzo son bastante satisfactorios.

Y los pocos organismos autonómicos de competencia que, además, realizamos tareas de promoción de la competencia (estudios sectoriales públicos, informes de regulación, etcétera), velamos por la unidad de mercado, al detectar y publicar qué normas autonómicas o loca-

les son desfavorables a la competencia y a la unidad de mercado. Cuando emitimos informes y observaciones no vinculantes sobre regulación, lo hacemos lógicamente a partir de criterios procompetitivos (tanto con respecto a prescripciones concretas que restringen directamente la competencia como con respecto a trabas y requisitos administrativos innecesarios o no proporcionales que lo hacen indirectamente). Y las normas informadas son muchas más de las que lo serían —eran— con un sistema de competencia centralizado. Cuando las autoridades de competencia elaboramos este tipo de documentos y los hacemos públicos, lo hacemos en base a los principios de una buena regulación —principio de necesidad, proporcionalidad y mínima distorsión, eficiencia y eficacia— que son coincidentes con los principios que establece el APLGUM. No sólo no rompemos sino que contribuimos a la unidad de mercado. El nivel de eficacia de esta contribución depende, claro, de la atención que nos presten los responsables de las normas sectoriales.

El papel de la futura Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), más allá de cualquier valoración de la norma en trámite que la crea, entendemos que podría y debería ser más relevante en el esquema de garantía de la unidad de mercado que define el APLGUM. El anteproyecto le reserva unas funciones acotadas que tal vez no se correspondan del todo con el contenido de sus siglas. Mercados sin rupturas de su unidad y competencia, dos caras de la misma moneda.

Sobre el APLGUM (1). Aspectos indiscutiblemente positivos

Los miembros de la «secta» de la promoción y defensa de la competencia, nos regimos por una normativa de matriz anglosajona. Poca casuística y con apoyo permanente en la jurisprudencia. Mucha importancia y extensión de los preámbulos y exposiciones de motivos y partes dispositivas relativamente escuetas y simples. Tómese como ejemplo de estas afirmaciones que la tipificación de sólo tres infracciones abarca una amplísima gama de conductas y prácticas prohibidas y sancionables. O tómese

como ejemplo que no nos regimos por una parrilla clásica de gravedad/importe de la sanción sino por el cálculo del efecto disuasorio vinculado al volumen de negocio de los eventuales sancionados. Una tipología de norma probablemente poco bien vista por una mayoría de administrativistas de la Europa continental herederos y guardianes de los principios del Derecho Romano.

El caso es que compartimos sin reservas los objetivos genéricos explícitos del APLGUM indistintamente de que figuren descriptivamente en la exposición de motivos o como principios en el articulado, objetivos que, simplificando quizás excesivamente, sintetizamos en dos: garantizar la unidad de mercado intraestatal y hacerlo con respeto al marco competencial vigente de todos los niveles de la administración.

Según su exposición de motivos, este proyecto legislativo tiene el objetivo de establecer los principios y normas básicas que garantizan la unidad de mercado con el fin de crear un entorno capaz de mejorar la competitividad de la economía española, favorable a la competencia y a la inversión que beneficie tanto a agentes económicos como a consumidores y usuarios. Para su cumplimiento, mediante la participación activa de las autoridades competentes⁴ a partir de decisiones dotadas de eficacia en todo el territorio nacional y basadas en la confianza mutua, se declara que se garantizará el pleno respeto a las competencias de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales.

Así pues, se identifica un resultado a conseguir (unidad de mercado) y un medio para obtenerlo (procedimiento para incidir en las decisiones regulatorias y administrativas tomadas por las autoridades competentes). Los objetivos no sólo son legítimos sino también deseables tanto desde el punto de vista de la eficiencia económica

como desde el punto de vista de la política de competencia. Asimismo, detectamos los siguientes instrumentos y procedimientos que concretan los objetivos genéricos:

- Detectar obstáculos a la unidad de mercado en la normativa ya en vigor básicamente mediante instrumentos de cooperación interadministrativa⁵. Algo que ha venido haciendo en alguna medida y creemos que con algunos resultados apreciables, el Comité para la Mejora de la Regulación.

- Detectar estos obstáculos alternativamente mediante la canalización de quejas de operadores afectados.

- Evitar que la normativa que se promulgue contenga obstáculos a la unidad de mercado.

- Regular la evaluación periódica de la normativa.

- Instrumentar la corrección de obstáculos a la unidad de mercado detectados, tanto en la normativa vigente como en el trámite de promulgación.

Objetivos, todos ellos, deseables, incluida la revisión periódica (somos absolutamente partidarios de verificar si las normas producen los efectos previstos y deseados, cosa que no siempre ocurre), aunque en caso de éxito absoluto pero improbable de los otros objetivos, podría resultar innecesario. Y queremos resaltar la vigilancia de la nueva normativa: prevenir es todavía más importante que curar.

Sobre el APLGUM (2). Dudas o riesgos apreciados en relación con la instrumentación o con la formulación de las prescripciones

Creemos que hay motivos para que nos atrevamos a decir que no nos parece suficientemente claro que es lo que realmente ocurriría con la aplicación de la norma y su potencial incumplimiento por parte de las autoridades competentes a partir de su redacción actual. Si los objetivos

⁴ Según consta en el Anexo de Definiciones, una autoridad competente es cualquier organismo o entidad que lleve a cabo la regulación, ordenación o control de las actividades económicas o su actuación afecte en el acceso a una actividad económica o en su ejercicio y, en particular, las autoridades administrativas estatales, autonómicas o locales y los colegios profesionales y, en su caso, consejos generales y autonómicos de colegios profesionales.

⁵ Algo que ha venido haciendo en alguna medida y creemos que con algunos resultados apreciables, el Comité para la Mejora de la Regulación.

concretos que hemos intentado definir son efectivamente los que se pretenden conseguir, se observa que a lo largo del articulado se entremezclan y se solapan entre ellos, trufados además con principios y declaraciones de intenciones. Tal vez sería preferible una ordenación basada en un esquema, por ejemplo, del tipo siguiente:

— *Mecanismos de detección de problemas*, diferenciando los aptos o propios para la detección de todo tipo de casos de los más específicos en función de diferentes tipologías. No es lo mismo detectar problemas contenidos en ordenanzas municipales con requisitos insólitos que *de facto* otorgan un monopolio local —que no es detectable por la vía del mecanismo de la queja por afectación porque los operadores de un territorio acotado lo valoran como un reparto de mercado favorable a sus intereses— que detectar problemas derivados de la heterogeneidad de normas sectoriales autonómicas para lo que basta con leer 17 textos. Una diferenciación que, por lo tanto, requiere tipificación de grupos de problemas.

— *Mecanismos de corrección de problemas* (vinculando en buena medida cada mecanismo a las tipologías citadas).

Esta sugerencia puede no ser necesaria para la detección aleatoria de casos, pero sí parece serlo para la sistematización de la detección por «peinado», previa priorización de casos a detectar.

En primer lugar, cabe decir que nos parece una buena iniciativa la implementación como procedimiento de detección de obstáculos a la unidad de mercado en la normativa, ya en vigor, de las autoridades competentes, de un sistema de autoevaluación, por parte de las mismas, combinado con un sistema de evaluación mixto en el cual participan dichas autoridades competentes con el impulso de las conferencias sectoriales. Sin embargo, nos surge alguna duda sobre la idoneidad del diseño de superestructuras permanentes creadas por ley. Quizás un Consejo para la Unidad de Mercado pluriadministrativo, aunque presidido por la Administración General del Estado, que tutelara e impulsara la acción de una potente *task force* creada *ad hoc* para la detección y

sugerencia de corrección de casos sería más operativa y ágil. Incluso podría trasladar al Consejo tan solo aquellos casos no corregidos en función de su sugerencia y sus métodos de trabajo podrían ser innovados, modificados y puestos en marcha por simple aprobación del Consejo, sin necesidad de adaptación legal.

Al hilo de la reflexión anterior, sería conveniente, a nuestro juicio, revisar si los procedimientos que el anteproyecto diseña o esboza son lo bastante respetuosos con algunos principios básicos de una buena administración, como el de eficiencia, eficacia, agilidad y —sobre todo— simplificación administrativa, entendiendo por simplificación no solo lo sustantivo (trámites prescindibles, costes vinculados y valor público de los resultados esperados) sino también lo accesorio (como lo referente a la interpretación unívoca o realismo en los plazos previstos), extremos sobre los que se puede apreciar alguna duda razonable.

Sorprende también, tal como se ha apuntado anteriormente, el limitado o nulo papel que el APLGUM atribuye a la futura CNMC así como a los órganos autonómicos de competencia y a las unidades de contratación, como fuentes de detección *ex ante* y *ex post* de obstáculos para la unidad de mercado. Y no solo en la detección sino también en la prevención y propuesta de estándares de parámetros y formulaciones, para lo cual deberían formar parte, de alguna u otra forma, de la red de intercambio de información. Hay que tener en cuenta que la capacidad de detección y de análisis obligado de casos en el trabajo ordinario de los órganos mencionados los convierte en aliados naturales de los objetivos perseguidos.

Finalmente, una disquisición relativa a la llamada «ventanilla única» a la que se refiere el anteproyecto. Aunque es cierto que la expresión «ventanilla única» puede tener inicialmente más de un significado, el que se ha consolidado es el que identifica la expresión con la posibilidad de que una empresa o un ciudadano pueda, telemáticamente, obtener toda la información que necesita y culminar una tramitación completa con una única conexión a alguno de los puntos o portales diseñados y gestionados a este fin por las administraciones públicas conectadas

entre sí en red. Un objetivo que, a pesar de estar prescrito como obligatorio en diversas normas europeas, españolas o autonómicas, no está plenamente materializado en ningún caso y en ningún Estado miembro de la UE.

— En parte porque el nivel de complejidad, las necesidades de interoperabilidad y de permisos de acceso de múltiples bases de datos de orden muy diverso y heterogéneo y los déficits todavía notables del conjunto de las administraciones en la real y efectiva integración a los sistemas de trabajo en red, no lo hacen fácil a corto plazo.

— Y en parte porque el esfuerzo en formación, inversión y armonización o compatibilización tecnológica de sistemas fragmentados, no se está haciendo a un ritmo que permita acortar tiempos significativamente. La regla de oro de la ventanilla única es sencilla: cuando un funcionario que atienda presencialmente a los ciudadanos pueda desde su ordenador realizar todos los trámites completos requeridos, será muy fácil conseguir que lo pueda hacer un tercero desde el ordenador de su casa o de su empresa. Mientras no sea así, no hay ventanilla única.

Tal vez se trate de una simple contradicción entre la ambición del proyecto y los medios y los tiempos para materializarlo. Todo llegará. Pero lo cierto, hoy por hoy, es que lo que existe, aunque hay mucho empeño en llamarlo «ventanilla única» es un crecimiento relativamente significativo de acceso a información y una posibilidad efectiva de realizar determinados trámites concretos, generalmente los más sencillos, una realidad que queda muy lejos del modelo integrado descrito y prescrito por las normas. Nótese que el concepto «ventanilla única» no consiste en un único portal mundial, europeo, estatal, autonómico o municipal. Se trata de interoperatividad integrada mediante acceso a muchos y diversos puntos de conexión, si se quiere de multiplicidad de «ventanillas únicas» para que, desde cualquiera de ellas, se acceda al conjunto de posibilidades. No es una utopía, la tecnología lo hace posible, pero queda mucho camino.

La otra observación es que la previsión intercomunicativa entre administraciones descrita en el anteproyecto

probablemente no se debería denominar «ventanilla única» para evitar confusiones semánticas. El APLGUM parece referirse a un sistema abierto en parte a operadores económicos y restringido (intranet) a agentes administrativos implicados en los procedimientos previstos en el anteproyecto (y en la futura ley) y tan solo a efectos de la misma. En el supuesto de que esto sea deseable (es plausible) y realmente viable y operativo (el papel lo aguanta todo pero la realidad a veces es otra cosa), se podría llamar algo así como «centro telemático de la unidad de mercado» o cualquier otro nombre mejor que éste, pero creemos que no «ventanilla única».

Sobre el APLGUM (3). Dudas o apreciación de riesgos en aspectos conceptuales o de fondo

Las dudas realmente importantes o de fondo se reducen a tres:

— La primera: una eventual o, por lo menos, aparente subestimación del papel de los entes locales en los problemas de la unidad de mercado, tanto cuantitativamente como cualitativamente

Cuantitativamente porque como es notorio, los entes locales son muchos (alrededor de 10.000), sumando los ayuntamientos, las diputaciones, en algunos territorios las comarcas, las organizaciones municipalistas, las mancomunidades y los consorcios participados, en muchos casos mayoritariamente, por entes locales. Es probable que los problemas generados individualmente por cada uno de ellos para la unidad de mercado no sean de una enorme magnitud. Pero son repetitivos y los efectos se multiplican por un número elevado y son acumulativos.

Cualitativamente porque en algunos de los supuestos contemplados en los grupos convencionales descritos en el apartado 3, los entes locales son los principales protagonistas o coprotagonistas. Aunque condicionados por normas estatales o autonómicas, tienen un papel importantísimo en la concesión de la mayoría de las licencias de actividad; son los principales agentes de ayudas públicas *de minimis* (menores, sí, pero muchas); la gestión urbanística pasa principalmente por ellos;

a pesar de que su contratación no es de grandes cantidades por contrato, acumulativamente suponen una parte no despreciable de la contratación pública. Además, en algunos sectores (taxis, servicios funerarios, recogida y tratamiento de residuos, limpieza urbana, tratamiento y suministro de agua potable, etcétera) o en otras actividades susceptibles de afectar la unidad de mercado (concesiones sobre espacios de dominio público principalmente) son el agente principal.

— La segunda atañe a la dificultad objetiva de armonizar la explícita vocación del texto de respetar el marco competencial vigente con la previsible conflictividad derivada indistintamente de si son simplemente diferentes apreciaciones de la afectación a la unidad de mercado o son resistencias a cambiar regulaciones conscientemente segmentadoras

Es cierto que el APLGUM propone mecanismos de cooperación que, sin duda, reportaran soluciones sin conflictividad competencial. Es cierto que apunta mecanismos que parecen inspirados en los propios de la UE en relación con los Estados miembros que la forman y que estos mecanismos, concretados e instrumentados con acierto (el anteproyecto concreta poco en este sentido), pueden dar también frutos sin excesiva conflictividad. Es cierto que el mecanismo de canalización de quejas de operadores es innovador y el procedimiento descrito, aunque discutible desde el punto de vista de la simplificación administrativa, puede conseguir —incluido el rol que se atribuye a la futura CNMC— resolver adecuadamente los obstáculos a la unidad de mercado derivados de normas o actuaciones administrativas con la salvedad de que el procedimiento contencioso administrativo tan solo se podrá utilizar contra disposiciones con rango inferior al de ley.

Y en última instancia es cierto que los mecanismos de conflicto mayor ya están previstos en el orden constitucional. Pero ése es precisamente el riesgo que no parece resuelto, el de la alta conflictividad constitucional. Un riesgo que no es tanto el de la proliferación de casos en sí mismo (éste sería en todo caso un problema de cargas de trabajo del Alto Tribunal) como de la tensión

política de difícil tratamiento y solución que se deriva de las continuas discusiones sobre la titularidad de competencias. En este tipo de cuestiones, a menudo es difícil discernir entre la discrepancia o coincidencia conceptual y la disputa estrictamente competencial y al margen de la calidad de la norma.

Lo cierto es que los procedimientos de corrección de supuestos que no se puedan acordar, el APLGUM los deja en el aire, tal vez porque no puede hacer otra cosa. Pero éste es un conflicto potencial sobre el que vale la pena reflexionar porque no cabe mucho margen de duda sobre el hecho de que en la redacción articulada de los mecanismos de control del anteproyecto se puede percibir una tendencia recentralizadora, no tanto porque así se concrete o explicita, sino que se desprende de la falta de salida alternativa al conflicto con el marco competencial de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales. Cuando menos, quedan en el aire algunas cuestiones.

— La tercera es precisamente la salida que se puede dar, en un marco de conflictividad aceptable, a los casos en los que la cooperación interadministrativa no resuelva satisfactoriamente y por acuerdo las diferencias entre administraciones.

Ya hemos dicho que hay una pregunta que, a nuestro juicio, el APLGUM no responde, sea porque no tiene la respuesta, sea porque no la explicita en caso de tenerla. La pregunta es: una vez detectados los obstáculos a la unidad de mercado por parte de los canales previstos de detección, ¿cómo conseguimos corregirlos si no funcionan los mecanismos ordinarios de corrección basados en la cooperación interadministrativa por desacuerdos de autoridades competentes con el diagnóstico, es decir, si no son operativos los mecanismos de convencimiento mutuo, intercambios de información, documentos públicos, guías metodológicas, etcétera.

Una posibilidad no hace falta legislarla porque ya existe y la prevé la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Pero, por lo menos, en relación con normas con rango inferior al de ley, debería haber otra salida. No estamos diciendo que tengamos la solución, decimos tan sólo que debería haber alguna y debería figurar claramente en la

ley resultante final. El mismo problema puede aparecer en el ámbito del intercambio de información —mediante el sistema informático previsto en el anteproyecto— relativo a los proyectos normativos de las autoridades competentes que puedan incidir en la unidad de mercado. Las preguntas a realizar son: ¿quién revisa los proyectos normativos?; ¿qué pasa si alguno de ellos incluye obstáculos a la unidad de mercado?; y ¿qué pasa si la autoridad competente no ve estos obstáculos como tales o no aprecia afectación a la unidad de mercado?

Otra duda que surge y que convendría aclarar porque no es una cuestión menor es si los intercambios de información sometidos al procedimiento previsto en el anteproyecto sobre las normas en fase de elaboración incluyen (del texto se podría desprender que sí) las leyes que van a tramitar los distintos parlamentos antes de que éstos los reciban para su tramitación. Aquí el texto debería ser muy preciso porque una cosa es la información pública, lógica a todos los efectos, de los anteproyectos de ley, y otra muy distinta sería someter dichos anteproyectos a un procedimiento de control vinculante. Suponemos que no se trata de eso sino de un trámite más de recogida de opiniones para los impulsores de un futuro proyecto de ley porque, de lo contrario, estaríamos ante una situación inaceptable para la función legislativa descentralizada. Pero convendría dejarlo más claro.

Sobre los instrumentos imperativos de último recurso

La última reflexión se refiere al «tratamiento imperativo de última instancia». Es evidente que el estado debe velar por la unidad de su mercado interior por razones endógenas y tiene, además, compromisos externos que le obligan a hacerlo. Es también evidente que existen mecanismos capaces de conseguir corregir problemas sin conflictividad como así lo prevé el APLGUM, aunque de forma mejorable y que, sin duda, mejorará durante la tramitación de la norma.

Pero es también evidente que hay, a pesar de la reiterada y sin duda sincera apelación a la intención de respe-

tar el marco competencial, potenciales puntos de fricción derivados de algunos de los instrumentos previstos en el anteproyecto. Creemos haber apuntado el principal o los principales.

Compaginar ambas obligaciones (conseguir los objetivos sin crear conflictos competenciales innecesarios o estériles) puede que no sea siempre fácil. Para conseguirlo tal vez sea útil reflexionar sobre las características de los instrumentos existentes u otros aplicables.

Ya se ha comentado el potencial enorme de los medios cooperativos, sin duda el instrumento más adecuado siempre que sea posible. En paralelo, probablemente debería trazarse un plan de divulgación (social y público pero también intraadministrativo) de los principios, métodos y evaluación de resultados de la *better regulation*⁶. Eso no se instrumenta con normas, se trata de cambios significativos en algunos paradigmas de la cultura administrativa, algo absolutamente necesario: es un camino largo y fatigoso pero lo mejor con los caminos y las reformas largas, graduales y fatigosas, suele ser empezar lo antes posible.

El APLGUM, ya se ha dicho, parece, en muchos aspectos, inspirado en los mecanismos de la UE tendentes a armonizar marcos normativos con la mínima intervención directa imperativa: que cada administración haga lo que debe (no es en sentido estricto una novedad, el equivalente en España sería la legislación estatal de carácter básico) en un marco de lealtad y confianza mutua. Éste podría y debería ser un buen método. Modular o eliminar elementos que puedan ser o parecer excesivamente tendentes a la intervención pueden fácilmente aminorar el potencial de esta vía y dejaría, además, de tener sentido mantenerlos en la ley si en última instancia no pudieran ser directamente aplicados o pudieran serlo con una alteración clara *de facto* del marco competencial. Los mecanismos de conflicto constitucional ya existen; no hace falta que sean contemplados o repetidos en una ley. Pero la proliferación de conflictos de este

⁶ Un concepto que, en sentido amplio, incluye y debe incluir la variable unidad de mercado.

tipo no solo crea tensiones políticas sino que, además, tiende a perjudicar gravemente el potencial corrector de la ley por vía pacífica.

Y tal vez haya una vía por explorar. El conflicto constitucional es un mecanismo necesario en un estado con las capacidades legislativas y de gobierno descentralizadas pero no debería ser un mecanismo recurrente o habitual para resolver conflictos de naturaleza repetitiva. Por otra parte, es en términos generales un procedimiento muy lento y, además, sus decisiones referidas al marco competencial —a quien corresponde el ejercicio de la competencia o, para ser exactos, si determinada prescripción de una ley se ajusta a la capacidad competencial del órgano que la dicta— puede no resolver en algunos casos el problema de unidad de mercado que es lo que se pretendía. La vía por explorar que se sugiere, tampoco es rápida. Pero podría tener un importante efecto disuasorio (o en términos más políticamente correctos, tener un efecto incentivo para hacer las cosas mejor) para mantener en otros supuestos posiciones de reticencia persistente. Y tiene la ventaja o para algunos la desventaja, según se mire, de ser una vía imperativa pero procedente de la UE.

Como ya se ha apuntado, las sanciones del TJUE al Reino de España deben ser repercutidas a los responsables del motivo de la sanción. Y son o pueden ser, según los casos, sanciones importantes. No estamos proponiendo la autodenuncia de normas españolas ni estatales ni subestatales, pero tal vez haya mecanismos de consulta previa o supuestos de canalización de conflictos, cuya resolución podría ser muy disuasoria o incentivadora, o preventiva, no solo para los responsables de las normas sino para todos los agentes en situaciones potencialmente comparables. Unos pocos casos podrían ser suficientes para mejorar actitudes e instaurar caute- las y métodos más autoexigentes. Ahí queda el envite. Si es excesivamente «creativo», pedimos disculpas.

5. Conclusión

Los problemas de unidad de mercado existen y es deseable solucionarlos, permanentemente, sabiendo que no hay un principio y un final, por lo menos próximo.

No hemos pretendido en absoluto hacer una valoración detallada del APLGUM. Solo transmitir impresiones no de técnica jurídica, naturalmente, sino desde un punto de vista práctico o, tal vez, un poco naif. Ojalá fueran útiles.

Sin embargo, no queremos dejar de resumir y decir que, lógicamente, el APLGUM es mejorable y que convendría evitar riesgos de que pudiera resultar innecesario o ingenuo debido a: una infravaloración de las resistencias y la poderosa inercia de las diversas culturas y hábitos instalados en los estamentos administrativos sectoriales (incluidos los estatales) así como el frecuente clientelismo en relación con sus interlocutores más directos; o por pensar que las leyes superan por sí solas las dificultades —en tiempo y en coste— de los complejos procesos de telematización integral o los plazos procedimentales poco realistas.

O riesgos de complicación y coste excesivos e infructuosos a causa de modelos institucionales y procedimentales no ortodoxos en relación con las metodologías contrastadas de *better regulation*. O a causa de crear un sistema tendente más a resolver los problemas caso a caso que los inherentes a la redacción o consecuencias generalizables de las normas.

O riesgos de generar una conflictividad contraproducente no sólo para el clima de relación interadministrativa sino incluso para los propios objetivos perseguidos que impulsan esta futura Ley.

Suponemos que por parte de los impulsores de esta norma se ha trabajado en términos de Derecho comparado, pero tal vez el *benchmark* adecuado no debería ser únicamente en términos de textos normativos sino de mecanismos auxiliares o incluso simplemente no normativos, recogiendo experiencias exitosas⁷ tanto en materia de unidad de mercado como de *better regulation*. Algunos de los problemas que se pretenden resolver son tanto o más cuestiones de cambio cultural administrativo y político que propiamente de orden normativo. Después de todo, las leyes por sí solas no arreglan todos los problemas. A menudo incluso los originan.

⁷ Notoriamente Reino Unido, Dinamarca, Países Bajos, Nueva Zelanda y Australia.

Referencias bibliográficas

- [1] AUTORITAT CATALANA DE LA COMPETENCIA (2010): *Metodología para evaluar el impacto competitivo de las normas (EIC)*. Barcelona.
- [2] BAIGES, E.; GIBERT, A.; PELLISÉ, C. y TORNABELL, I. (2009): *Better regulation: una estrategia ineludible*, nº 2. Relatos Programa PARTNERS, SERRA, A.; SAZ-CARRANZA, A. (editores), ESADE, Barcelona. <http://itemsweb.esade.es/idgp/relato2.pdf>.
- [3] BETTER REGULATION TASK FORCE (2005): *Less is More: Reducing burdens, improving outcomes*. <http://archive.cabinetoffice.gov.uk/brc/upload/assets/www.brc.gov.uk/lessismore.pdf>.
- [4] BETTER REGULATION EXECUTIVE (2006): *Administrative burdens: routes to reduction*. <http://www.berr.gov.uk/files/file44369.pdf>.
- [5] COMISIÓN EUROPEA (2006): *Comisión Working Document. Measuring Administrative Costs and Reducing Administrative Burdens in the European Union*. Bruselas. http://www.ec.europa.eu/enterprise/regulation/better_regulation/docs/en_691.pdf.
- [6] COMISIÓN EUROPEA (2007): *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Programa de Acción para la Reducción de las Cargas Administrativas en la Unión Europea*. Bruselas. http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2007/com2007_0023es01.pdf.
- [7] COPENHAGEN ECONOMICS (2005): *Economic Assessment of the Barriers to the Internal Market for Services*. http://ec.europa.eu/internal_market/services/docs/services-dir/studies/2005-01-cph-study_en.pdf.
- [8] HERCE, J.A. (2006): «Unidad de mercado y diversidad jurisdiccional», en *Marco regulatorio y unidad de mercado*, Ediciones del Círculo de Empresarios, Madrid. http://www.circulodeempresarios.org/sites/default/files/publicaciones/2006/05/Libro-Marron-arco-regulatorio-y-unidad-de-mercado-COMPLETO_1.pdf.
- [9] OCDE (2005): *OECD guiding principles for regulatory quality and performance*. <http://www.oecd.org/fr/reformereg/34976533.pdf>.