



IPN 35/10 ANTEPROYECTO DE LEY DE ECONOMÍA SOSTENIBLE

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), en su reunión de 27 de enero de 2010, ha aprobado el presente informe, relativo al *Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible* (en adelante, ALES). Dicho informe se aprueba en ejercicio de las competencias consultivas en relación con proyectos y proposiciones de normas que afecten a la competencia, que le atribuye el artículo 25.a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

En su Consejo de Ministros de 8 de enero de 2010, el Gobierno decidió someter el referido Anteproyecto a informe consultivo de determinados organismos, entre ellos la CNC. La solicitud de informe, realizada por la Vicepresidenta Segunda del Gobierno y Ministra de Economía y Hacienda, fue recibida en la CNC el 11 de enero de 2010. Se acompaña al texto del Anteproyecto la Memoria de Análisis de Impacto Normativo (MAIN) del mismo.

I. ANTECEDENTES

El Consejo de Ministros aprobó en su reunión de fecha 27 de noviembre de 2009 el Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible, que incorpora un conjunto amplio de reformas estructurales e institucionales que pretenden facilitar que las empresas y los agentes económicos orienten su actividad hacia sectores con potencial de crecimiento a largo plazo.

De acuerdo con la Memoria de Análisis de Impacto Normativo (MAIN), la oportunidad del ALES viene motivada por los efectos negativos en el crecimiento de la economía española derivados de la crisis económica internacional, la cual ha acarreado un importante ajuste de la estructura productiva con importantes consecuencias negativas, y en particular un fuerte incremento de la tasa de paro.

Desde el estallido de la crisis, han sido diversas las iniciativas del Gobierno para hacer frente a la misma. Aplicadas ya algunas de estas iniciativas (como, por ejemplo, el Plan E), el Gobierno ha diseñado una estrategia global que busca sentar las bases para un nuevo modelo de desarrollo y crecimiento de la economía española: es la llamada Estrategia para el Crecimiento Económico Sostenible, consistente en una serie de reformas profundas en diversos sectores a través de distintas iniciativas normativas sectoriales a desarrollar en los próximos 18 meses. Estas reformas se dividen en dos grandes bloques: Reformas para la Sostenibilidad Económica y Reformas para la Sostenibilidad Social. El Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible se concibe como iniciativa nuclear dentro de esta Estrategia, pretendiendo resultar un elemento clave en una estrategia global de modernización y cambio del modelo económico.

II. CONTENIDO DEL ANTEPROYECTO

El Anteproyecto de Ley se articula sobre tres grandes pilares: la mejora del entorno económico, el impulso de la competitividad y la búsqueda de la sostenibilidad medioambiental. El texto cuenta con 137 artículos que se agrupan en cuatro títulos más un título preliminar, nueve disposiciones adicionales, ocho disposiciones transitorias, cuarenta y dos disposiciones finales y una derogatoria.

La MAIN del Anteproyecto incluye, a partir de su página 10, un índice de los preceptos incluidos en el mismo, realizando una descripción sintética de su contenido.

El **Título preliminar** define el objeto de la Ley y el concepto de economía sostenible y establece los principios que orientarán las actuaciones de los poderes públicos para impulsar la sostenibilidad de la economía española.

El **Título I** contiene las reformas y medidas del primer gran pilar, esto es, todas aquellas orientadas a la Mejora del entorno económico, y se articula en seis capítulos. En primer término se contienen una serie de principios e instrumentos aplicables a las Administraciones públicas y con los que se busca la mejora de la calidad de la regulación existente y futura.

Se procede igualmente a la reforma de la organización y funcionamiento de los organismos reguladores (entre los que se incluye a la CNC), acometiéndose cambios importantes en la organización institucional de los mismos y, en particular, de esta Comisión. Destaca igualmente el capítulo referido a la sostenibilidad financiera de las Administraciones Públicas, que contiene un grupo de iniciativas destinadas a racionalizar el gasto de los diversos ministerios y organismos públicos. Finalmente, se producen reformas en materia de contratación pública que buscan agilizar los plazos y procedimientos actualmente existentes.

Otro segundo bloque de medidas en este Título está orientado al sector privado. Una parte de las mismas van dirigidas a la reforma de la supervisión de los mercados financieros. Para ello, en primer término se contienen cambios normativos que buscan la mejora de la transparencia y del gobierno cooperativo de las sociedades cotizadas. Adicionalmente, se produce la reforma de la regulación de la comercialización de los planes y fondos de pensiones, para incrementar la protección al consumidor y la seguridad jurídica de las entidades, y se habilitan mecanismos reforzados de supervisión y sanción que atenderán las quejas y reclamaciones de los usuarios. Finalmente se contienen nuevos

principios de autoevaluación de la responsabilidad social de las empresas que buscan incentivar este tipo de políticas especialmente entre las PYMES.

En el **Título II** se contienen todas aquellas medidas orientadas a la mejora de la Competitividad de la economía española. Un primer grupo de iniciativas tienen por objeto la simplificación administrativa y reducción de plazos. Mención especial en este ámbito merecen las reformas destinadas a la reducción de los plazos para la creación de empresas y a la reducción de la morosidad de las Administraciones Públicas a través de la reforma de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

En materia de Sociedad de la Información, los principales cambios van destinados a mejorar la posibilidad de acceso a las nuevas tecnologías y aumentar las oportunidades con las que cuentan las empresas que operan en este sector. Para ello, se incrementan las frecuencias disponibles para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas y servicios de tercera generación. Junto a ello se garantiza para antes de 2011 la comunicación en banda ancha a una velocidad mínima de 1 Mbit por segundo.

En lo relativo a Ciencia e Innovación, los cambios más destacables se refieren al sistema de patentes, buscando una simplificación de la explotación comercial de patentes por organismos públicos y una reducción de los costes en la tramitación de las mismas. Junto a ello se incluyen cambios normativos que facilitarán la cooperación entre los agentes públicos y el sector privado.

En el ámbito de la Internacionalización de la empresa española, se amplía el concepto de internacionalización, se reforma el régimen de apoyo financiero de estas actividades, y se crea un nuevo mecanismo de evaluación y control del sistema de apoyo financiero a la internacionalización.

Finalmente, dentro de este título se procede a la reforma del sistema de Formación Profesional, que pretende facilitar la adecuación de la oferta formativa a las demandas del sistema productivo y mejorar el aprovechamiento de los recursos existentes.

El **Título III** lleva por rúbrica Sostenibilidad Medioambiental. Una parte destacable de las medidas contenidas en este título van orientadas a impulsar la sostenibilidad del modelo energético y a potenciar el uso de energías alternativas mediante ejercicios de planificación que se llevarán a cabo por parte del Gobierno. Con el objetivo de la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero, se crea la certificación de reducción de emisiones, y se crea un fondo público para la compra de créditos de carbono para facilitar el cumplimiento de los objetivos del Protocolo de Kioto.

En lo relativo al transporte, se establecen nuevos principios para una adecuada regulación económica del transporte, y se aboga por una planificación y gestión eficiente de las infraestructuras y servicios de transporte. En el ámbito de la movilidad sostenible se buscará una mayor coordinación entre Administraciones y se arbitran diversas medidas adicionales, entre las que destacan el estímulo fiscal para incentivar el transporte colectivo de viajeros y el reforzamiento de los criterios medioambientales en la compra de vehículos por parte de las Administraciones Públicas.

Otro de los aspectos que se refuerza en este Título es el relativo al ahorro y la eficiencia energética. Partiendo de una planificación integral del sector, se fijan objetivos concretos de consumo de energía renovable y medidas de ahorro energético. Otra pieza destacable en este ámbito consiste en el fomento de actividades de I+D+i en el campo de las energías renovables. Por último, el capítulo dedicado a rehabilitación y vivienda impulsa la renovación de núcleos urbanos, procede a la reforma de la Ley hipotecaria, y cambia el sistema de incentivos fiscales en materia de vivienda.

Por su parte, el **Título IV** regula los Instrumentos para la aplicación y evaluación de la Ley de Economía Sostenible. El primer elemento es la creación del Fondo para la Economía Sostenible, que se constituye en el instrumento financiero del Estado para el desarrollo y aplicación de la ley. En segundo término se arbitran medidas de coordinación administrativa para el seguimiento y evaluación de la aplicación de la Ley por las Administraciones Públicas. Por último, se establece el compromiso de realizar un informe anual de aplicación de la ley que se remitirá al Congreso de los Diputados y agentes sociales.

Finalmente, las **Disposiciones adicionales, transitorias y finales** suponen una parte muy importante del contenido del ALES. Se trata, fundamentalmente, de previsiones complementarias al articulado del Anteproyecto, incluyendo, en el caso de las Disposiciones finales, modificaciones de textos legales vigentes en línea con el espíritu de la norma. El ámbito general de dichos apartados resulta muy variado: desde disposiciones relativas al sector financiero y de seguros (la totalidad de las Disposiciones transitorias y algunas de las finales) hasta modificaciones de la normativa de contratos del sector público, de transporte, de la energía, la normativa sobre sociedades o incluso la Ley de Defensa de la Competencia, en lo relativo a los umbrales de notificación obligatoria de las operaciones de concentración.

III. OBSERVACIONES AL ANTEPROYECTO

La futura Ley de Economía Sostenible incorporará un conjunto amplio y muy heterogéneo de cambios normativos con vocación de proporcionar un mejor

entorno para afrontar la recuperación económica y garantizar la sostenibilidad del crecimiento económico en nuestro país.

Al objeto de estructurar las observaciones al ALES que resultan relevantes a juicio de esta Comisión, es posible distinguir en el articulado dos ámbitos claramente diferenciados: el que se refiere a cambios que pretenden mejoras generales de tipo orgánico, regulatorio y presupuestario que afectan a las Administraciones Públicas y el que contiene reformas con una dimensión eminentemente sectorial, de distinto alcance, precisión y profundidad. Este último se articula básicamente en torno a medidas en tres grandes ejes, que pretenden mejorar la competitividad de la economía, garantizar la sostenibilidad medioambiental, y avanzar en la sostenibilidad social.

Las observaciones al ALES realizadas en el presente informe seguirán ese mismo esquema. Así, en primer lugar, y dada su importancia desde el punto de vista institucional para la CNC, cuyo régimen se ve intensamente modificado por el ALES, se analizará la reforma del régimen de los organismos reguladores recogida en el Capítulo II del Título I. A continuación, se considerarán las propuestas relativas a los instrumentos públicos (tanto regulatorios como presupuestarios o de contratación pública) que pretenden contribuir a la sostenibilidad del entorno económico. Finalmente, se estudiarán las reformas sobre diversos sectores económicos que, a juicio de la CNC, afectan a la competencia en mayor medida.

III.1 La reforma de los organismos reguladores

El Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible (en adelante ALES) dedica el capítulo II del Título I (artículos 8 a 24) a la determinación del régimen jurídico de los que denomina Organismos Reguladores, estableciendo una serie de medidas de reforma horizontal de su estructura y de sus normas de funcionamiento.

Con carácter previo al análisis de los preceptos concretos que componen este apartado, y sin perjuicio de la valoración puntual de los mismos, se quiere manifestar en primer lugar la **absoluta discrepancia con la voluntad de incluir a la CNC dentro del catálogo de organismos reguladores afectados por la futura LES**. Esta inclusión, de fructificar, puede generar graves consecuencias no sólo sobre el funcionamiento de la CNC, sino sobre la coherencia del sistema español de defensa de la competencia como tal, y, en definitiva, sobre la

adecuada protección de los intereses generales que esta institución tiene encomendados.

La reciente Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que fue aprobada con el acuerdo de la casi totalidad de los grupos parlamentarios, incluidos los dos mayoritarios, configura un modelo institucional de Autoridad Nacional de Competencia que en su objetivo, diseño, alcance, funciones y mecanismos de relación con el Gobierno y la Administración se encuentra en línea con la mayoría de las autoridades de competencia de los países de nuestro entorno, y desde luego con las más prestigiosas y eficaces. De hecho, países muy próximos al nuestro, como Francia, han tomado como referencia el modelo español, con posterioridad a nuestra reforma, para realizar la suya propia el año pasado.

Precisamente, ese modelo es en buena parte el resultado del análisis que realizó el propio Ministerio de Economía y Hacienda, hoy proponente de este ALES, en 2005 y que se recoge en su *Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia*, catalizando las contribuciones de multitud de organizaciones públicas y privadas, asociaciones sectoriales y profesionales y otros agentes interesados, en un proceso de participación que puede calificarse de modélico en la historia normativa reciente de nuestro país.

Como consecuencia de este ambicioso ejercicio, la Ley 15/2007 configura a la Comisión Nacional de la Competencia, dentro del sistema español de defensa de la competencia (cuyo entramado institucional comprende la propia Comisión Europea, la CNC como instancia nacional, los organismos autonómicos de defensa de la competencia (doce constituidos hasta la actualidad), y los tribunales ordinarios, que aplican dicha normativa en el ámbito privado), como un ente que en su razón de ser y en sus mecanismos goza de unas peculiaridades que le impiden asimilarse a los organismos reguladores sectoriales cuyo régimen jurídico se pretende homologar; y ello cualquiera que sea el catálogo de organismos reguladores que la futura LES incluya bajo dicha noción. Estas peculiaridades son hasta cierto punto extensibles a las autoridades autonómicas de competencia, que la LDC también prevé, y que se relacionan con la CNC a partir de una identidad de objetivos y fines.

La primera de las poderosas razones por las que la CNC debe distinguirse taxativamente de los reguladores sectoriales es precisamente porque **el interés general cuya protección tiene encomendado, la defensa de la libre competencia en los mercados, debe contemplarse**, ya desde su formulación

constitucional en el art. 38 CE, **desde un punto de vista horizontal**, es decir, en relación con todos los sectores de actividad. Es en atención a esa voluntad de que exista una institución que, con carácter integral, vele por la competencia en los mercados, que las autoridades de competencia ostentan funciones de control y supervisión que no corresponden a ningún otro organismo sectorial, tales como el control de conductas anticompetitivas o el control de concentraciones económicas. Estas funciones las realiza la CNC incluso en sectores en que existen reguladores *ad hoc* (tales como energía, telecomunicaciones), salvaguarda que ha consagrado el Tribunal Supremo en repetidas Sentencias relativas a la delimitación de las funciones entre organismos reguladores y autoridad de competencia¹.

Así, **las funciones de las autoridades de competencia** y especialmente las relativas al control de los comportamientos de operadores privados que inciden en la competencia efectiva y que derivan en resoluciones vinculantes hacia terceros, **resultan radicalmente diferentes de las correspondientes a los organismos reguladores**. Estos últimos justifican su existencia partiendo de un presupuesto distinto –son las especificidades de algunos sectores las que demandan su existencia- y ,en consecuencia ,tienen otro tipo de herramientas a su disposición para llevar a cabo sus funciones, entre las que ocupan una parte muy importante las normativas. En este sentido, lógicamente **las funciones de la CNC, como autoridad de competencia, no encajan en el objeto de actuación propio de los organismos reguladores** según establece el ALES; hasta tal punto esto es así que el propio Anteproyecto establece, en su art. 10, que las funciones de los reguladores en relación con el funcionamiento de los sectores económicos afectados son “... *sin perjuicio de las funciones atribuidas a la Comisión Nacional de la Competencia*”.

Por otra parte, el tipo de decisiones que adopta la CNC, especialmente en relación con las conductas restrictivas de la competencia, requiere una absoluta separación funcional entre el órgano instructor – la Dirección de Investigación- y el órgano de resolución – el Consejo.

De hecho, esta fue una de las principales preocupaciones del legislador desde el inicio de la reforma del sistema. Dicha reforma se abrió con la publicación de un Libro Blanco donde se planteaba la reforma institucional, con la creación de la

¹ Véase, por ejemplo, la jurisprudencia establecida en la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2006, confirmada posteriormente por la STS de 13 de febrero de 2008.

ahora Comisión Nacional de Competencia que integrara Servicio y Tribunal de Defensa de la Competencia. La necesidad de velar por la separación funcional fue ampliamente demandada por los agentes privados, institucionales y profesionales en el seno de las consultas que condujeron al mencionado Libro Blanco, entre otras razones, para garantizar la salvaguarda de la seguridad jurídica de los agentes económicos. De hecho, todo el diseño de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia sigue esta filosofía que se plasma a lo largo de sus 70 artículos tanto en lo que se refiere a aspectos institucionales y de atribución de funciones, como en el diseño del procedimiento. Así, lo deja clara la propia Ley en su Exposición de Motivos:

“La Comisión Nacional de la Competencia presenta una estructura piramidal centrada en la existencia de dos órganos separados, la Dirección de Investigación y el Consejo, que realizan con independencia sus respectivas funciones de instrucción y resolución bajo la supervisión y coordinación del Presidente, apoyado en un conjunto de servicios comunes.

(...)

Por lo que se refiere al capítulo segundo, relativo a los órganos de dirección de la Comisión Nacional de la Competencia, dos principios fundamentales rigen su diseño: la independencia de criterio de esta institución con respecto al Gobierno y la separación entre instrucción y resolución”.

Esta separación de funciones, a la que se añaden otras garantías en relación con el nombramiento del Director de Investigación y con la no superioridad jerárquica del Consejo en relación con dicho Director de Investigación, es no sólo una de las características fundamentales de la CNC desde el punto de vista institucional, sino también una piedra angular en el diseño de los procedimientos de defensa de la competencia (sancionador y de control de concentraciones) en España.

La superposición de la estructura que propone el ALES para los organismos reguladores sobre la norma específica de competencia haría sencillamente inoperable el sistema por entrar en franca contradicción con los fundamentos del mismo, causando enormes disfunciones en la dinámica funcional e institucional de esta Comisión y en la utilización de los instrumentos que tiene encomendados.

No debe perderse de vista además que el propio Ministerio de Economía y Hacienda como proponente de la ahora Ley 15/2007 consideró que el esquema institucional adoptado entonces era el adecuado para reforzar el sistema

español de defensa de la competencia. Así se plasmó, de nuevo, en la Exposición de Motivos:

“En este marco, la presente Ley tiene por objeto la reforma del sistema español de defensa de la competencia para reforzar los mecanismos ya existentes y dotarlo de los instrumentos y la estructura institucional óptima para proteger la competencia efectiva en los mercados, teniendo en cuenta el nuevo sistema normativo comunitario y las competencias de las Comunidades Autónomas para la aplicación de las disposiciones relativas a prácticas restrictivas de la competencia según lo dispuesto en la Ley 1/2002 de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia”.

Sólo dos años después, ignorando todas estas consideraciones, se pretende modificar un modelo institucional -que se consideró entonces óptimo para desarrollar el sistema de defensa de la competencia español- mediante una Ley de carácter más genérico, que no atiende a ninguno de los condicionantes descritos.

En atención a todo lo anterior, **se considera que la inclusión de la CNC dentro del ALES en tanto que organismo regulador es absolutamente inapropiada** dada su naturaleza de supervisora horizontal de los mercados, sus funciones sancionadoras, y la necesaria garantía de independencia funcional de sus órganos para desarrollar adecuadamente las funciones que tiene encomendadas. **La CNC no es ni organismo regulador ni sectorial, y en consecuencia no debería estar incluido en el ALES.** Prueba de ello es que otros organismos que hasta cierto punto comparten estas características, como por ejemplo la Agencia de Protección de Datos, no han sido incluidos.

En consecuencia, entendemos que la Comisión Nacional de la Competencia no debe quedar comprendida dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Economía Sostenible, siendo la solución más correcta que se proceda a su exclusión del Capítulo II del Título I del ALES.

Efectuada esta reflexión general, el análisis que sigue del resto del articulado referente a los Organismos Reguladores tiene por objeto continuar ahondado en aquéllas de las previsiones del ALES con las que no estamos de acuerdo por no ajustarse al modelo de institución diseñado por la LDC.

Artículo 8. Naturaleza jurídica y régimen de funcionamiento de los organismos reguladores

Las previsiones normativas sobre los Organismos Reguladores se abren con el artículo 8, relativo a la “Naturaleza jurídica y régimen de funcionamiento de los organismos reguladores”. Como ya se ha explicado, la CNC está en profundo desacuerdo con su inclusión en el ámbito de aplicación de la LES.

Desde un punto de vista jurídico, la calificación de la Comisión Nacional de la Competencia como Organismo Regulador es inexacta, tanto desde un punto de vista conceptual como funcional.

Es cierto que no existe distinción legal entre organismos reguladores y supervisores, a ambos se refiere la Disposición Adicional Décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, que habla de Organismos Públicos de régimen especial. No obstante, el hecho de que se definan como organismos públicos no obsta a que se trate de personificaciones jurídico-públicas diferentes, con distintas funciones y ámbitos de actuación.

Así, los Organismos reguladores, como es el caso de la Comisión Nacional de Energía (CNE) y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), tienen un ámbito de cobertura limitado a sectores específicos en los que el interés público no queda suficientemente protegido por el mercado, con funciones exclusivas, por ejemplo la normativa, que no pueden ostentar los Organismos Supervisores. Estos últimos organismos, como la CNC, se caracterizan por su ámbito general de actuación en cualquier sector de actividad destinado a la protección del libre funcionamiento del mercado.

Partiendo de esta distinción, la definición de la CNC, y sólo la CNC, como Regulador no resulta admisible y menos cuando ni del articulado ni de la Memoria de Impacto Normativo se puede extraer explicación o motivo alguno que justifique su inclusión, ni los criterios que han llevado a incluir unos organismos y a excluir otros como la CNMV, Banco de España, Agencia de Protección de Datos o Consejo de Seguridad Nuclear. Todos ellos, por cierto, con una regulación mucho más antigua y posiblemente más necesitada de actualización que la de la CNC.

En concreto, la única mención a esta cuestión se efectúa en la citada Memoria, en la que se señala que *“la inclusión en la reforma de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), y el refuerzo de los instrumentos de coordinación entre los*

organismos reguladores sectoriales y la CNC, supone que estos efectos beneficiosos se deben extender a toda la economía". Dicha mención es desde todo punto de vista incomprensible cuando, en primer lugar, los instrumentos de coordinación contenidos en este Anteproyecto son manifiestamente deficientes frente a los previstos por la LDC y cuando, como ya se ha expuesto, lo único que ocasiona son disfunciones que perjudican al cumplimiento de los fines públicos que le están atribuidos a la CNC, en detrimento de los administrados y del mercado en general. Como resulta evidente, aunque éstos no son objetivos perseguidos por el ALES, pueden terminar siendo consecuencias que se deriven de la indebida inclusión en el mismo de la CNC. Sobre estas afirmaciones nos volveremos a pronunciar con mayor detenimiento en el examen de artículos posteriores.

Tampoco se comparte la previsión contenida en el apartado 3 de este artículo 8, por la que se establece **la prevalencia de la regulación establecida en el Anteproyecto de LES** sobre la especial de la CNC ya que, a nuestro juicio, carece de sentido que existiendo una ley reciente, **la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia que, con su normativa de desarrollo, contiene una regulación exhaustiva del funcionamiento de la CNC y que diseña una institución moderna y perfectamente adaptada** al cumplimiento de sus fines, se pretenda modificar su regulación por una norma más general e incompleta como es la LES. En este sentido, frente a los 16 artículos del ALES relativos a los Organismos Reguladores, la norma legal de Defensa de la Competencia le dedica más de 60 artículos.

Desde el punto de vista de técnica normativa, no se entiende que la *lex posterior* que modifica la anterior sea una ley general y no una especial, que resulta redundante en lo que no contradictoria con la LDC, y que puede generar un problema de funcionamiento que ya estaba adecuadamente resuelto por la LDC. En definitiva, la deficiente regulación contenida en el ALES ocasionaría claros desajustes en una estructura equilibrada como es la diseñada por la LDC.

Artículo 9. Relación con entidades públicas e independencia funcional

El artículo 9 se dedica a regular la "Relación con entidades públicas e independencia funcional" en unos términos que parecen poco adecuados para definir la forma en que debe articularse la interacción de una Administración independiente, como es la CNC, con el resto de la Administración Pública. Además, entra en manifiesta contradicción con algunas previsiones de la LDC,

pero también en relación con el propio Anteproyecto que es objeto del presente informe.

En este sentido, consideramos que **no es correcto jurídicamente emplear la expresión “se relacionará con el titular del Ministerio de Economía y Hacienda”** prevista en su apartado 3 cuando, de conformidad con lo dispuesto tanto por el artículo 43.2 de la LOFAGE como por el artículo 19 de la LDC, **la forma de definir la situación orgánica de la CNC es decir que está adscrita al Ministerio de Economía y Hacienda.**

Por otro lado, se opone manifiestamente a la naturaleza y fines de la CNC el que toda la relación con el Gobierno y la Administración General del Estado se deba realizar “*a través del Ministerio competente*” (apartado 1). Esta apreciación es contraria a la naturaleza y fines de la CNC que, como órgano supervisor de naturaleza horizontal, goza de autonomía orgánica y funcional (artículo 19 de la LDC), que es lo que garantiza su independencia, **estando prevista en su régimen jurídico actual la interacción directa con cualquier departamento ministerial** (por ejemplo mediante la posibilidad de que éstos consulten a la CNC sobre proyectos y proposiciones de normas, art. 25 LDC).

Partiendo de esta apreciación, y teniendo en cuenta que la vocación horizontal del modelo español de defensa de la competencia exige, a diferencia de lo que ocurre con los Reguladores sectoriales, la plena independencia en el ejercicio de sus funciones y en su forma de relacionarse tanto con entes públicos como privados, es evidente que este artículo es de todo punto de vista inaplicable a la CNC.

Artículo 10. Objeto de la actuación de los Organismos Reguladores

Respecto al “Objeto de los Organismos Reguladores” contemplado por el artículo 10, y partiendo de nuevo de la base de que la CNC no puede de ninguna manera definirse como tal, el ALES incluye conceptos que nada tienen que ver con una Autoridad Nacional de Competencia, funciones que nunca ha tenido ni puede tener asignadas, mientras que, sin embargo, otras que forman parte esencial de su objeto y nunca lo podrían ser de un regulador sectorial no están incluidas.

En este sentido, la CNC no emite circulares, ni instrucciones normativas, ni establece derechos y obligaciones de carácter vinculante para los operadores de un sector; ni tiene competencias para habilitar o deshabilitar operadores; ni tiene carácter sectorial. Todas estas atribuciones lo son de los organismos

reguladores como la CMT o la CNE, lo que viene a evidenciar nuevamente el contrasentido que resulta de incluir a la Autoridad Nacional de Competencia en dicha clasificación administrativa.

Otra de las objeciones que se deben realizar al planteamiento de artículo 10 es la relativa a que, cuando atribuye a los Organismos Reguladores la función de preservar y promover el mayor grado de competencia efectiva y transparencia en el funcionamiento de los sectores económicos regulados, lo realiza en términos demasiado confusos. Ello puede **plantear serios problemas de interpretación** de las competencias que, en exclusiva, corresponden a la CNC como supervisor de la competencia en los mercados, con el consiguiente efecto negativo sobre la coordinación con los reguladores sectoriales. Este es uno de los objetivos que se pretende alcanzar con el ALES y que, con las previsiones de la LDC, se encontraba suficientemente garantizado, no sólo desde un punto de vista teórico, sino también en la práctica.

Artículo 11. Organización de los organismos reguladores

Otra de las principales novedades del ALES, al menos en lo que a la estructura de la CNC respecta, es la configuración del Consejo como el supremo órgano decisorio al que corresponde la representación legal del Organismo.

Si nos atenemos a las previsiones de este precepto y las ponemos en conexión con los artículos 12, 14 y 17, que serán objeto de comentario posteriormente, **la estructura diseñada por el ALES resulta, cuando menos, confusa y puede suponer, en el caso de la CNC, la modificación de un modelo que lleva en vigor apenas dos años y que se ha mostrado manifiestamente eficaz y ajustado a las necesidades del Organismo.**

En concreto, este precepto quiebra la estructura piramidal de la Comisión Nacional de la Competencia, basada en la existencia de dos órganos separados, la Dirección de Investigación y el Consejo, que realizan con independencia sus respectivas funciones de instrucción y resolución bajo la supervisión y coordinación del Presidente, apoyado en un conjunto de servicios comunes.

Como bien señala la Exposición de Motivos de la LDC, dos son los principios fundamentales que han regido su diseño: la independencia de criterio de la institución con respecto al Gobierno y la separación entre instrucción y resolución como mecanismo que garantiza un adecuado cumplimiento por la CNC de los fines que le son propios. Estos principios han de conjugarse además con la necesidad de coordinar adecuadamente las actuaciones de los órganos

encargados de la instrucción y resolución, así como de asegurar la eficacia de la política de competencia como instrumento de política económica.

Partiendo de esta base, el modelo organizativo que propone la LES, desarrollado en este artículo y los siguientes y en cuya virtud las funciones del Organismo se ejercen a través del Consejo, impide la separación funcional entre órganos de la CNC, básica para un adecuado ejercicio de sus funciones y que, como se ha expuesto anteriormente, caracteriza y singulariza el modelo de defensa de la competencia frente a la régimen de otros Organismos de régimen especial. Además, priva al Presidente de sus funciones garante del equilibrio de funciones y poderes que ostentan el órgano de resolución y el instructor.

Respecto a la concreta previsión contenida en este precepto sobre la representación legal del organismo, no podemos sino señalar que esta solución es ciertamente singular, ya que tanto en la normativa administrativa como en la mercantil y procesal, son las personas físicas las que suelen ostentar la representación legal de las jurídicas de las que forman parte.

En adición a lo expuesto, debe señalarse que la atribución de la representación legal al Consejo es una figura extraña al modelo que en la actualidad rige en los Reguladores sectoriales, en los que a pesar de que el supremo órgano decisorio es el Consejo, del que depende el Presidente, éste ostenta la representación legal del organismo. Así se prevé, por ejemplo, en el artículo 25 el Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión Nacional de Energía, el artículo 38.2 a) del Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, el artículo 4 de Ley 23/2007, de 8 de octubre, de Creación de la Comisión Nacional del Sector Postal y el artículo 12. a) del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

Artículo 12. El Consejo y su Presidente

Sin perder de vista los nocivos efectos que al aplicación del esquema orgánico y funcional del ALES ocasionaría al modelo de defensa de la competencia existente en España, nos limitaremos a concretar los motivos particulares que, en lo que respecta a este precepto, nos permiten ahondar en tal afirmación.

Comenzando por el **apartado 2**, la reducción del número de Consejeros de seis a cuatro afectaría no sólo a la composición sino también al funcionamiento de la CNC como Autoridad de Defensa de la Competencia.

En efecto, es importante resaltar que, a diferencia de lo que ocurre en los Organismos Reguladores, los Consejeros de la CNC son ponentes de sus resoluciones, lo que implica una dedicación a tiempo completo y una carga de trabajo considerable que no puede delegarse y que se verá considerablemente incrementada una vez que se reduzca su número. Dado el elevado número de asuntos sometidos a lo largo del año al conocimiento de la CNC, es evidente que dicha minoración afectará a la celeridad y eficacia que ha venido caracterizando a la CNC en el ejercicio de sus funciones durante los últimos años.

Si a dicha circunstancia le añadimos, además, que el modelo implica un incremento de las funciones de dirección del organismo ajenas a las decisorias en materia de defensa de la competencia, lo que incrementaría manifiestamente la carga de trabajo del Consejo, parece indiscutible que la regulación del ALES es claramente perjudicial para el cumplimiento de los fines que tiene atribuidos por Ley la CNC.

Por otro lado, señalar que en el **apartado 3**, que regula la asistencia al Consejo de personal ajeno a él, la expresión “*asistirán*” hace que la CNC no encaje en este régimen de funcionamiento previsto en el ALES ya que, salvo el Secretario del Consejo, por motivos evidentes, y el Director de Investigación, de acuerdo con el artículo 25 del Real Decreto 331/2008, de 29 de febrero, por el que se aprueba el Estatuto de la CNC, la intervención del personal directivo o no directivo es meramente ocasional.

Artículo 13. Nombramiento y mandato de los miembros del Consejo del Organismo Regulador

En cuanto al “Nombramiento y mandato de los miembros del Consejo del Organismo Regulador” a que hace referencia el artículo 13, entendemos que la redacción del apartado segundo, que impide, transcurrido el mandato, la reelección del Presidente y Consejeros como miembros del Consejo, entra en clara contradicción con la del artículo 29 de la LDC, en la que, aunque se impide la reelección de aquéllos una vez transcurridos sus seis años de mandato, permite que cualquiera de estos últimos pueda ser posteriormente designado Presidente de la CNC.

Esta previsión ha de entenderse partiendo de la base de que el Presidente del Consejo lo es también del Organismo, con lo que sus funciones exceden de las de mero Consejero-director del Consejo e impedirían considerar que, en el caso de que el Gobierno quisiese que el cargo de Presidente fuera ostentado por un Consejero, se estuviese produciendo una reelección encubierta de tal Consejero.

Artículo 14. El Presidente del Organismo Regulador

Puesto en conexión con los artículos precedentes y posteriores, la CNC no encaja en el modelo de institución que el ALES diseña y que, en lo que se refiere a este precepto en concreto, impide a uno de sus órganos rectores el correcto ejercicio de unas funciones que, como son las previstas por el artículo 32 de la LDC, se ajustan a la estructura y modo de funcionamiento que tiene esta institución.

Partiendo de esta base, no tiene ningún sentido analizar las concretas competencias que el ALES prevé para el Presidente, ya que el problema fundamental que afecta a este precepto no es de detalle sino de concepto, lo cual no hace sino reforzar la oposición a su aplicación que de forma reiterada se ha venido apuntando en este Informe.

Artículo 15. Funciones e incompatibilidades de los miembros del Consejo

El artículo 15, dedicado a las “Funciones e incompatibilidades de los miembros del Consejo”, atribuye al Gobierno la competencia para resolver las incompatibilidades en que pudieran incurrir los miembros del Consejo.

Esta previsión es **asumible**, y aconsejable respecto a la incompatibilidad para el ejercicio del cargo, pero **no en lo que respecta a las causas de abstención o recusación**², sino en la atribución de la competencia para resolver al respecto. El Estatuto de la CNC, en su artículo 10.2 g), atribuye al Consejo la competencia para resolver sobre las incompatibilidades de los miembros del Consejo. La atribución de esta competencia al Consejo es, desde una perspectiva jurídica, absolutamente adecuada, puesto que todo órgano colegiado es superior

² Previstas por otra parte en el artículo 28 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en la Ley 5/2006, de 10 de abril, de Regulación de los Conflictos de Intereses de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado.

jerárquico de los miembros que lo integran, debiendo ser a él al que le corresponda tal decisión.

Además, **una adecuada tramitación de los expedientes**, en aras de la eficacia y una rápida respuesta a los ciudadanos (principios éstos que con arreglo al artículo 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre deben regir la actuación de toda Administración Pública), **exige evitar su paralización**, que es lo que ocurriría si cada vez que se detectase la existencia de una causa de abstención se debiera dar traslado al Gobierno, presumiblemente a través del Ministerio de adscripción, para tramitar y resolver sobre dicha causa. Por el contrario, el planteamiento y resolución de una causa de abstención se realiza de una forma mucho más ágil y eficaz por el Consejo, que en el mismo día en que se plantea puede resolver, continuando la tramitación del procedimiento con o sin la presencia del Consejero afectado.

Artículo 17. Personal directivo

El artículo 17, que regula el “Personal directivo” de los Organismos reguladores, es uno de los que mayores distorsiones pueden ocasionar en el funcionamiento y organización de la Comisión Nacional de la Competencia por ser manifiestamente incompatible con nuestra estructura y funciones.

La LDC (y su Estatuto) distinguen, dentro de la estructura directiva de la CNC, entre órganos de dirección y órganos directivos.

En concreto, el artículo 4 del Estatuto de la CNC define como órganos de dirección, el Presidente, el Consejo y la Dirección de Investigación, siendo sus titulares altos cargos de la Administración General del Estado nombrados directamente por el Gobierno mediante Real Decreto (artículo 29 de la LDC).

Por su parte, el artículo 5 del Estatuto considera órganos directivos a la Secretaría del Consejo, la Secretaría General y la Dirección de Promoción.

Por el contrario, el ALES diseña un esquema en el que el órgano superior jerárquico es el Consejo, que ostenta además la representación legal del Organismo, y bajo el que está el personal directivo, que dirige las áreas de responsabilidad y que está sometido a las instrucciones del Consejo y del Presidente.

Aplicada esta previsión a la CNC, nos encontraríamos con una **equiparación** entre un órgano de dirección, como es la Dirección de Investigación y los

órganos directivos, que son la Secretaría del Consejo, la Secretaría General o la Dirección de Promoción.

Esta dependencia no tiene sentido en un esquema como el de la CNC, en el que al menos dos de los órganos directivos, la Secretaría General y la Dirección de Promoción, están sometidos a la jefatura inmediata del Presidente. Por el contrario, tiene sentido en el caso de Secretaría del Consejo, por motivos evidentes.

Tampoco resulta posible someter a las instrucciones del Consejo a la **Dirección de Investigación** ya que al ser órgano instructor, y venir exigido por disposición de la Ley la necesaria separación entre dicho órgano y el resolutorio en procedimientos sancionadores y en control de concentraciones, la dependencia jerárquica del Consejo podría afectar gravemente a su funcionamiento **y privarle de la necesaria independencia** al tiempo que se traslada al exterior esa dependencia, poco o nada conveniente para el mantenimiento del prestigio de que, en la actualidad, goza la CNC.

Debe reiterarse nuevamente que la estructura de la CNC se basa, tal y como revela la Exposición de Motivos de la LDC, en la existencia de dos órganos separados, la Dirección de Investigación y el Consejo, que realizan con independencia sus respectivas funciones de instrucción y resolución y que dicha separación es absolutamente indispensable para llevar a efecto de una forma adecuada el modelo de defensa de la competencia existente en España.

Como argumento adicional que justifica el mantenimiento de la Dirección de Investigación como órgano de dirección, que no directivo, se encuentra el que el legislador ha querido (en fechas muy recientes) que sea un órgano que goce de unas **funciones y poderes** que exceden de los atribuidos a los órganos instructores de los reguladores (por ejemplo en materia de vigilancia del cumplimiento de las resoluciones del Consejo), como garantía del adecuado cumplimiento de los fines que le son propios, y como contrapeso a la actuación del Consejo el cual, en última instancia, es quien decidirá con base en sus propuestas.

Artículo 18. Personal no directivo

Del examen del artículo 18, relativo al “Personal no directivo”, lo primero que **se echa en falta** es una **definición**, aunque sea por exclusión del directivo. Tampoco se especifica si ese personal puede ser funcionario o laboral. En esto, de nuevo, hay una clara diferencia con los organismos reguladores incluidos

(CNE, CMT), ya que la CNC, por su naturaleza, no admite salvo excepciones la incorporación de personal no funcionario. La inclusión de la CNC en el ALES, junto a órganos reguladores que se nutren de personal no funcionario, debería lógicamente conllevar que dicho régimen laboral también resulte de aplicación a su personal. Ello, al margen de resultar contradictorio con la organización prevista en la Ley 15/2007 y el Estatuto de la CNC, requeriría sin duda una revisión al alza del presupuesto asignado a este órgano.

Artículo 20. Publicidad de las actuaciones de los Organismos Reguladores

Una de las preocupaciones y, por lo tanto, uno de los objetivos que persigue la LDC es garantizar un adecuado nivel de transparencia en el ejercicio de sus funciones. Así, dedica varios preceptos, como es el artículo 27, a regular con profusión el régimen de publicidad de sus actuaciones.

Desde esta perspectiva, consideramos que el margen necesario para satisfacer las exigencias de publicidad y transparencia en la actuación de la CNC se han agotado en la LDC y su Reglamento, que han tenido en consideración las singularidades derivadas de las funciones que corresponden a esta Comisión y las personas y sectores afectados por sus decisiones. Este no es sino un nuevo motivo para evidenciar que no es la CNC a la que se tiene en mente a la hora de diseñar el articulado de esta Ley.

Frente a dicha regulación, las exigencias adicionales de publicidad impuestas por el ALES pueden generar graves problemas de funcionamiento y afectar a los derechos, incluso fundamentales, de los administrados que intervengan ante la CNC, no debemos olvidar que la información incorporada a los procedimientos afecta en muchas ocasiones a secretos comerciales de las empresas.

En este sentido, consideramos que **no es en absoluto pertinente dar publicidad a las actas de las reuniones del Consejo**, dado el carácter reservado que tienen las deliberaciones, artículo 29.2 del Estatuto de la CNC, y teniendo en cuenta que el resultado de la decisión del Consejo queda plasmado en las resoluciones e informes que se dictan, que sí son públicos. Piénsese, por ejemplo, en que la publicidad de las actas en procedimientos no concluidos, como puede ser una concentración, puede tener graves repercusiones para las empresas e incluso afectar a su cotización

Tampoco parece acertada la publicidad, sin mayores consideraciones, de los informes en que se basan las decisiones del Consejo, en la medida en que puedan hacer referencia a alguna de las materias a que alude el artículo 37.5 de la LRJAP-PAC, que no son públicas para terceros. En la práctica, esta medida podría afectar a la calidad de la información que maneje la CNC para adoptar sus decisiones, ya que el conocimiento público de información confidencial aportada por las empresas podría afectar seriamente a la decisión de éstas de ponerla en conocimiento de la Comisión.

Por último, debemos hacer notar que la mención a la publicidad de las reuniones con empresas del sector y sus conclusiones plantea serios problemas por la incidencia que normalmente tienen sobre secretos comerciales e información confidencial en general. No tiene sentido que los competidores de las empresas que comparezcan ante la CNC para, por ejemplo, poner en su conocimiento o exponer una actuación o decisión meramente proyectada tengan conocimiento de dicha información.

Artículo 21. Control parlamentario de los Organismos Reguladores

Respecto al “Control parlamentario de los Organismos Reguladores”, el artículo 28 de la LDC contiene una regulación similar a la de este precepto, por lo que, desde el punto de vista de la CNC, es innecesario.

No obstante, debe señalarse que la redacción dada al apartado 3 del artículo, en el que se hace referencia a que el Presidente comparecerá ante la Comisión correspondiente del Congreso o del Senado, a petición de las mismas, en los términos establecidos en sus respectivos Reglamentos, genera dudas sobre si la comparecencia a que se refiere es la anual prevista en los apartados 1 y 2 o si es otra diferente, cuando se considere necesario.

Si se trata de este último supuesto, sugerimos que, para evitar dudas, se exprese con mayor claridad señalando que, además de la comparecencia anual, podrán tener lugar otras a petición de las comisiones de que se trate.

Artículo 23. Colaboración y cooperación de los organismos reguladores con los organismos sectoriales de los Estados Miembros de la Unión Europea, de la Comisión Europea, y de otros Estados

La redacción de este artículo no hace sino incidir nuevamente en la idea central que preside el análisis del presente capítulo, es decir, que las previsiones de la LES han sido elaboradas pensando en los Organismos reguladores sectoriales y

no en la CNC, que ésta sometida a las exigencias de la normativa de competencia europea y que interviene en los organismos internacionales de participación exclusivamente relacionados con sus funciones.

Prueba evidente de esta afirmación es el artículo 18 de la LDC y el Reglamento 1/2003 de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (Reglamento 1/2003, que, ante la obligación de aplicar los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, **exige** que la colaboración con la Comisión Europea y con las Autoridades Nacionales de Competencia de otros Estados miembros **sea constante** a efectos de intercambio de información y utilización como medio de prueba todo elemento de hecho o de derecho, incluida la información confidencial, obtenida por cualquiera de ellos.

En esta línea, la Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia (Diario Oficial C 101 de 27.4.2004) declara expresamente que el intercambio y la utilización de la información por las distintas autoridades de competencia, es un “elemento clave” para la aplicación efectiva de los artículos 81 y 82, e incluso de la legislación nacional. Esta potestad se considera una condición previa para atribuir e instruir los asuntos eficazmente.

Es decir, no se trata de fomentar la mera cooperación con organismos comunitarios sino de dotar a la CNC de un instrumento indispensable para un adecuado ejercicio de las funciones que tiene atribuidas por Ley.

Por otro lado, e incidiendo en la distinción entre reguladores y supervisores, debe señalarse que incluso internacionalmente cuentan con sus órganos y redes de representación e interlocución internacionales, separadas y distintas de las de Autoridades Nacionales de Competencia como la CNC (ECA, ECN, ICN). En estos foros internacionales, y en especial en la ECN (European Competition Network) el Gobierno ha atribuido a la CNC la competencia para representarle, competencia recogida en la nueva Ley de Defensa de la Competencia.

En definitiva, no parece que la CNC tenga encaje en las previsiones de este precepto.

Artículo 24. Cooperación entre los organismos reguladores

Desde el punto de vista de la CNC, **este artículo supone un manifiesto retroceso respecto a la regulación contenida en la LDC**, en cuyo artículo 17

se establece de una forma mucho más completa y clara y que, en atención a su tenor literal, ya es de aplicación a los organismos reguladores sectoriales. Es decir, el artículo 24 del ALES reitera, de forma manifiestamente deficiente y con una redacción mucho más ambigua que la prevista por la normativa de defensa de la competencia.

Además, no compartimos los términos en que está redactado el precepto, estableciendo un turno rotatorio entre Organismos, ya que entendemos que debe ser la Comisión Nacional de la Competencia, en ejercicio de sus funciones de coordinación horizontal de los reguladores sectoriales, las que debiera convocarlas.

En caso de mantenerse este precepto en el ALES, sería aconsejable que su redacción fuese idéntica a la del citado artículo 17 de la LDC, en el que ya se prevén cauces específicos de intercambio de información y opinión en aquellos asuntos en los que concurren competencias de los reguladores y de la Autoridad Nacional de Competencia.

En definitiva, entendemos que el ALES dibuja el diseño institucional de órganos de naturaleza regulatoria que poco tienen que ver con la estructura y funciones de la CNC. Institución que, por otra parte, es fruto de una reciente reforma del sistema de defensa de la competencia, que ha sido ampliamente elogiada fuera y dentro de nuestras fronteras.

Entendemos por ello que la Comisión Nacional de la Competencia no debe quedar comprendida dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Economía Sostenible, siendo la solución más correcta que se proceda a su exclusión antes de su aprobación.

Las modificaciones compatibles con la estructura y funcionamiento de la CNC, como es el caso de la obligación de informar y garantías para la actuación del artículo 19, la publicidad de actuaciones del artículo 20 o el control parlamentario especial del artículo 21.3, le podrían ser de aplicación (evitando los problemas apuntados) mediante la introducción de la LES de una Disposición Adicional en la que se estableciera que, aunque no sea un organismo regulador, los mismos rigen también para la CNC.

III.2 Reformas de los instrumentos públicos que contribuyen a la sostenibilidad del entorno económico

Dentro del contenido del ALES, ocupa un lugar destacado el conjunto de medidas dedicadas a mejorar la actuación de los distintos poderes públicos en distintas vertientes, como la regulatoria, la presupuestaria, la contractual o la relativa a los procedimientos y trámites que articulan las relaciones de las Administraciones Públicas con ciudadanos y empresas.

Con carácter general, estas medidas deben ser valoradas favorablemente. Por citar un ejemplo, la previsión contenida en el art. 44 que modifica el sentido del silencio administrativo (de negativo a positivo) en procedimientos que no se consideren cubiertos por razones imperiosas de interés general, supondrá un avance en la agilización de trámites.

En particular, **se aplaude la consagración a nivel de norma legal de los principios de buena regulación** contenidos en el Capítulo 1 del Título I del ALES. Ello materializa el consenso existente acerca de las consecuencias positivas que, en términos de crecimiento y productividad, implica la aprobación o el mantenimiento de una regulación favorecedora de la competencia.

La CNC se ha pronunciado repetidamente sobre la importancia de asegurar la existencia de una regulación eficiente. Lo hizo en primer lugar al informe de la CNC publicado en 2008 y titulado *“Recomendaciones a las Administraciones Públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia”*, en el que se analizaban las experiencias existentes a nivel nacional e internacional sobre la materia, se enumeraban los principios a tener en cuenta para la mejora de la regulación desde el punto de vista de la política de competencia, y se realizaban en última instancia recomendaciones concretas que conllevarían a una mejora de la regulación.

En segundo lugar, la CNC publicó a principios de 2009 la *Guía para la elaboración de memorias de competencia de los proyectos normativos*. Con ella se buscaba ofrecer a los poderes públicos una metodología fácilmente aplicable que les pudiera orientar y servir de apoyo en el diseño de nueva normativa, evitando la introducción de restricciones injustificadas a la competencia.

Un ejemplo adicional de la importancia otorgada por la CNC a la mejora regulatoria ha sido su implicación en la elaboración de la *Guía metodológica para la elaboración de la memoria del análisis de impacto normativo*, publicada en diciembre de 2009. Dicha Guía es una consecuencia directa de la entrada en

vigor del *Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo*. En ella y en lo referido al impacto económico de las propuestas normativas, se hace un especial hincapié en la necesidad de analizar el impacto de la nueva normativa sobre la competencia.

En definitiva, **la CNC ve con satisfacción el impulso que se quiere dar a la exigibilidad de estos principios por parte de todos los poderes públicos y que se deriva de su inclusión en el ALES.**

Asimismo conviene destacar que la opción por la mejora regulatoria no se limita a la nueva normativa, sino que se establece expresamente la obligación de adaptar la regulación vigente a los principios de buena regulación. Por último se debe valorar muy positivamente la existencia de mecanismos de transparencia y seguimiento del grado de mejora de la regulación.

En relación con el **resto de medidas destinadas a mejorar la sostenibilidad financiera en las Administraciones Públicas**, es destacable el reforzamiento de algunos de los principios de sostenibilidad financiera pública, a través de una serie de actuaciones generales que las AAPP deberán tener en cuenta en su actuación para la racionalización y contención del gasto público. Partiendo de un análisis previo sobre la eficiencia y eficacia del gasto público en los diversos ministerios y organismos públicos, existe un compromiso para la presentación de un programa de racionalización de las estructuras y órganos de la AGE en el plazo de seis meses desde la aprobación de la Ley. En esta misma línea, también se establecen una serie de principios novedosos aplicables a las Sociedades mercantiles estatales y las Entidades públicas empresariales, así como ciertas previsiones encaminadas a fomentar determinados instrumentos de contratación pública y a eliminar determinadas disfunciones en materia de contratación cuya utilización injustificada y desproporcionada resulta muy perniciosa para la competencia (entre ellas están las modificaciones sobrevenidas a los contratos una vez adjudicados). Todos los elementos enumerados deben ser **valorados positivamente**, en la medida en que contribuirán al mantenimiento de un entorno económico sostenible.

Sin perjuicio de lo anterior, a juicio de la CNC resulta posible y deseable potenciar aún más el calado que pueden tener estos principios, medidas e iniciativas sobre la actuación de las Administraciones Públicas, mediante la incorporación de las siguientes modificaciones al articulado.

A) Calidad de la regulación

Art. 2. Economía sostenible

En el conjunto de elementos que integran el concepto de economía sostenible detallados en el art. 2 se echa en falta una alusión expresa a la libre competencia de los mercados como elemento sustantivo que debe favorecerse, toda vez que la libre competencia es un instrumento fundamental para la consecución de los objetivos más amplios de economía productiva y competitiva.

Por tanto, **se propone aludir expresamente a** dicho principio en el texto del artículo del siguiente modo: “[...] se entiende por economía sostenible un patrón de crecimiento que concilie el desarrollo económico, social y ambiental en una economía productiva y competitiva, que favorezca el empleo de calidad, la igualdad de oportunidades, **la libre competencia en los mercados** y la cohesión social, y que garantice el respeto ambiental y el uso racional de los recursos naturales [...]”.

Art. 3. Principios

Este artículo destaca los principios que van a guiar la acción de los poderes públicos para impulsar la sostenibilidad de la economía española entre los que se contempla entre otros la mejora de la competitividad.

Dentro del evidente carácter programático que guardan dichos principios, y en línea con lo expresado a propósito del art.2, se considera que en el principio de mejora de la competitividad **debería explicitarse la garantía de la libre competencia en los mercados** junto a la alusión a la eficiencia. Así se propone la siguiente redacción: “Las Administraciones públicas impulsarán el incremento de la competitividad de las empresas **mediante un marco regulatorio que favorezca la competencia** y la eficiencia en los mercados de bienes y servicios, **facilite la asignación de los recursos productivos y la mejora de la productividad, en particular a través de la formación, la innovación y el uso de nuevas tecnologías, y la capacidad para competir en los mercados tanto nacionales como internacionales**”.

Art. 4. Principios de buena regulación

El art.4, dentro del capítulo referido a la mejora de la calidad regulatoria, enumera y conceptúa los principios de buena regulación, que serán: necesidad, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, accesibilidad, simplicidad y eficacia.

Aún estando plenamente de acuerdo con esos principios se considera que, en el apartado 2 del artículo, cuando se alude a que, en virtud del principio de necesidad, la iniciativa normativa debe estar justificada por una razón de interés general, cabría incluir que dicha razón de interés general esté suficientemente **acreditada**, de cara a evitar alusiones a intereses generales indebidamente motivadas.

Por otra parte, en el apartado 3, cuando se habla de que el principio de proporcionalidad implica “[...] constatar que no existen otras medidas menos restrictivas y menos distorsionadoras que permitan obtener el mismo resultado”, **debe precisarse “menos restrictivas y menos distorsionadoras de la competencia en el mercado”**, ya que a lo que evidentemente hace referencia ese juicio de proporcionalidad es al grado de restricción de la libre competencia como principio rector y nuclear del funcionamiento de los mercados.

Finalmente, el precepto hace referencia a la regulación. Sin embargo, estos principios son extensibles en su mayoría al resto de actuaciones y decisiones públicas, aunque no sean regulatorias. Por ello debería demandarse expresamente que estos juicios de valoración y ponderación, en concreto de la necesidad y proporcionalidad, se extiendan a todas las actuaciones de las Administraciones Públicas, incluso en ejercicio de potestades no regulatorias. A estos efectos, **se propone incluir un nuevo apartado 9, del siguiente tenor: “Los poderes públicos aplicarán estos principios al ejercicio de las potestades que tienen atribuidas y al resto de sus actuaciones”**.

B) Sostenibilidad financiera de las Administraciones Públicas

Art. 34. Racionalización de la Administración General del Estado y del sector público empresarial

Este artículo establece que el Gobierno aprobará un plan de racionalización de las estructuras y órganos de la AGE, así como de las entidades del sector público empresarial estatal.

Estas últimas entidades, en muchas ocasiones, actúan en mercados en competencia con otros operadores, ocupando una posición preeminente o dominante en los mismos, y contando con evidentes conexiones con el sector público. Esto último les puede comportar ventajas competitivas considerables, sea de acceso a financiación o de acceso privilegiado a relaciones económicas

como prestadores de servicios (por ejemplo, en caso de que sean medios propios de la Administración). Para que estas entidades contribuyan a la sostenibilidad económica, una vez acreditada la justificación de su existencia, debe quedar garantizado que tanto su existencia como su normal actuación causa, en su caso, la mínima distorsión de la competencia en los mercados en los que actúan. Por ello, **se propone que en el ejercicio de evaluación para la racionalización del sector empresarial público se analice el impacto de la existencia de dichas entidades sobre el funcionamiento competitivo de los mercados en que operan a la luz de los mencionados criterios.**

Art. 36 Sostenibilidad en la gestión de las empresas públicas

El art. 36 establece una serie de principios a los que las sociedades mercantiles estatales y las entidades públicas empresariales deben someterse, para lo cual deberán revisar sus planes estratégicos. Estas previsiones hacen referencia a aspectos sobre informes de gobierno corporativo, producción de bienes y servicios, o medidas medioambientales.

Por las mismas razones aducidas a propósito del art. 34, **se considera que los informes anuales sobre gobierno corporativo de las entidades, que exige el 36.2.a), deberían contener una evaluación del impacto de la existencia y la normal actividad de dichas entidades sobre el funcionamiento competitivo de los mercados en que operan.** Ello con independencia de la aplicabilidad de los arts. 1 a 3 LDC a dichas entidades.

C) Contratación Pública

Disposición Final 19ª. Modificación de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público

En esta DF se modifican diversos aspectos de la LCSP; en particular, se reforma el régimen del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, y se revisa el régimen de modificación de los contratos, restringiendo las posibilidades de cambio, tanto en el articulado aplicable con carácter general a todos los contratos como en las disposiciones relativas a los distintos tipos contractuales (obras, servicios, concesión de obra pública). **La valoración es en general positiva.**

Modificaciones sobrevenidas de los contratos

En particular, **debe acogerse favorablemente lo que respecta a los límites impuestos a los modificados de los contratos**, puesto que éstos pueden desvirtuar notablemente los mecanismos concursenciales introducidos en los procesos de contratación pública.

La mera existencia de esta posibilidad distorsiona el proceso concursencial y, por ello, no resulta extraño que otros países no hayan optado por este mecanismo para la adaptación de las prestaciones contractuales a nuevos elementos sobrevenidos. Cabe recordar asimismo que las Directivas comunitarias de contratación no establecen este mecanismo, y que las autoridades comunitarias han llamado la atención sobre la regulación española en materia de modificados al Tribunal de Justicia comunitario.

Incluso reconociendo la predisposición o incentivo que el propio contratante, en este caso la Administración, tiene a modificar el contrato para evitar ulteriores problemas en la ejecución del mismo, **resulta necesario demandar a las Administraciones Públicas una actitud particularmente rigurosa en la utilización de esta posibilidad, así como de otras que también suponen, materialmente, modificaciones o adiciones a la prestación que ha de satisfacer el contratista con arreglo al contrato originario (caso de la figura de las prestaciones complementarias en obras y servicios mediante procedimiento negociado)**. Dicha petición se basa en que los potenciales beneficios que pudiese conllevar se pueden ver ampliamente sobrepasados por los perjuicios, en términos de distorsión de los procesos concursenciales y de la utilización de recursos públicos.

Para contribuir a lo anterior, se proponen distintas observaciones al articulado. En primer lugar, en relación con el **Punto Seis. Nuevo art. 92 bis de la LCSP**, se crea un nuevo Título V en el Libro I de la LCSP, que incluye este nuevo art.92 bis. En este precepto, se restringen las posibilidades de modificación del contrato, al establecerse que sólo podrá hacerse cuando así se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación, o, en su defecto, con determinados límites establecidos en el nuevo Art. 92. quater. Este artículo contiene un listado tasado de situaciones en que se pueden aceptar modificaciones no previstas en los pliegos (errores u omisiones en la redacción del proyecto, falta de idoneidad objetiva, fuerza mayor o caso fortuito...), catálogo que, en algunos puntos, posee una excesiva amplitud. Por ejemplo, el apartado d) se refiere a la *“Conveniencia de incorporar a la prestación avances técnicos que la mejoren notoriamente, siempre que su disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la adjudicación del contrato”*.

Convendría tasar en la mayor medida que sea posible este catálogo para evitar extralimitaciones en su aplicación.

Por otra parte, en el apartado 3 del mismo artículo 92 quater, se establece que “las modificaciones del contrato [...] no podrán exceder, en más o en menos, el 20% del precio de adjudicación del contrato. En el caso de modificaciones sucesivas, el conjunto de ellas no podrá superar este límite”. Si bien se considera positiva la introducción de esta cautela, **debería precisarse en el precepto que el ámbito temporal a tener en cuenta para dichas “modificaciones sucesivas” consiste en el período íntegro de vigencia del contrato.**

Colaboración público-privada

El **Punto Siete. Modificación del Art. 118 LCSP**, establece cómo se ha de realizar la evaluación previa para determinar si es posible un contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, figura recogida en la LCSP.

Es esta una modalidad excepcional al procedimiento ordinario de licitación que resulta más restrictiva en cuanto al mecanismo de acceso. En particular, tal como se configura en la LCSP, dicho mecanismo es el diálogo competitivo, con arreglo al cual la Administración mantiene, en última instancia, un cierto margen de discrecionalidad al seleccionar a la empresa con la que establecerá la colaboración, a diferencia de otros procedimientos que favorecen en mayor medida el acceso no discriminatorio, tales como el procedimiento abierto, en el que el resultado de la adjudicación está sujeto a reglas fijadas de antemano en los pliegos.

Además, el mecanismo permite una flexibilidad a la hora de rediseñar el contrato durante su vida útil que puede perturbar las condiciones en que se realiza la oferta por parte de la Administración.

Por ello, no se trata de eliminar esta posibilidad del ordenamiento, sino de que se acceda a ella tras asegurarse de que se satisfacen las necesarias garantías de idoneidad y que no resulta posible la utilización del procedimiento ordinario, tal como establece el propio art. 118 LCSP.

En este sentido, el apartado 2 de este artículo determinaría, tras la aprobación de la LES, que esta evaluación “podrá realizarse de forma sucinta si concurren razones de urgencia no imputables a la Administración o a una entidad contratante que aconsejen utilizar el contrato de colaboración entre el sector

público y el sector privado para atender las necesidades públicas”. En este sentido, **debería concretarse explícitamente qué se entiende por “razones de urgencia”**,¹ puesto que, en la formulación actual del precepto, esta noción queda muy abierta, permitiendo una vía de escape que relaje el rigor de dichas evaluaciones,

Por otra parte, el apartado 4 establece determinados supuestos en que no resulta necesario realizar una nueva evaluación sobre la idoneidad del instrumento de la colaboración público-privada: cuando en la misma Administración ya se haya efectuado previamente dicha evaluación para un suceso análogo. A este respecto, **se demanda que la utilización de dicho procedimiento sea objeto de informe justificativo en todos los casos**, ya que las circunstancias que motiven la idoneidad de este instrumento pueden haber cambiado en relación con la última vez que la Administración realizó dicha evaluación. De otra manera, existe una discrecionalidad en la Administración a la hora de interpretar si estamos ante un “supuesto análogo” que puede conducir a sobreutilizar esta figura en detrimento de las licitaciones ordinarias.

Ha de tenerse al menos en cuenta que este apartado 4 exime de nueva evaluación a todos aquellos supuestos en que la Administración realizó una evaluación para supuestos análogos, se hubiera realizado dicha evaluación con carácter ordinario o de urgencia. Por ello, **se considera que, si la evaluación original se realizó con carácter de urgencia (esto es, de manera sucinta), en ningún caso debería eximirse a la Administración en cuestión de realizar una nueva evaluación.**

Subcontratación de la prestación

Finalmente, nos referiremos al **Punto Dieciséis. Modificación del artículo 210.7 LCSP**. Este artículo, en la formulación propuesta por el ALES, establece que los órganos de contratación podrán imponer al contratista, advirtiéndolo en el anuncio o en los pliegos, la subcontratación con terceros no vinculados al contrato de determinadas partes de la prestación que no excedan en su conjunto del 50% del importe del contrato. Hasta ahora, este porcentaje era del 30% de la cuantía.

Se considera que la imposición de subcontratar hasta el 50% de la prestación permite relajar las tensiones competitivas entre licitadores a la hora de acceder al contrato en mayor medida que el anterior 30%. Si los licitadores saben que el adjudicatario va a verse obligado a subcontratar, y que puede suponer la mitad

del importe del contrato, pueden decidir pactar la subcontratación con otro licitador en lugar de acudir a dicha licitación. Por tanto, para solucionar este riesgo, y a no ser que exista una justificación satisfactoria en contrario que en la Memoria no se aporta, **se recomienda mantener el umbral en el 30% vigente.**

III.3 Reformas sectoriales

La variedad de sectores de actividad que, si bien en un grado de intensidad variable, se ven afectados por la futura LES refleja el importante esfuerzo comprensivo que pretende esta iniciativa normativa.

Más allá de la valoración de las reformas concretas y de la propia conformidad general con la filosofía y principios contenidos en el articulado de la Ley, la CNC considera que es conveniente realizar una serie de **reflexiones generales en relación con el impacto de la misma sobre la competencia en los distintos sectores y mercados afectados.**

En primer lugar, el establecimiento de las bases de la economía española para incrementar su productividad y competitividad y adecuar su modelo productivo a las crecientes demandas medioambientales y sociales constituye un proyecto ambicioso que, debe reconocerse, en ningún modo se podría agotar con la LES. De ahí que la Estrategia de Economía Sostenible prevea un programa considerable de reformas para el próximo año y medio.

A propósito de esta aspiración, merece destacarse que en el articulado del ALES se incorporan multitud de medidas relativas a distintos sectores de muy distinto calado. En efecto, o bien consisten en declaraciones de principios, remitiendo a desarrollos futuros que en ocasiones responden más a la detección de necesidades coyunturales que requieren de la acción del Gobierno que a concretar verdaderas reformas con voluntad de permanencia, o bien constituyen reformas de determinados aspectos puntuales que, pudiendo resultar positivas, no van a resolver por sí mismas los problemas de competitividad y eficiencia que pueda presentar el sector en cuestión. **Esta heterogeneidad en el tratamiento de las necesidades de los distintos sectores que presenta el Anteproyecto conduce obligatoriamente a reflexionar sobre las futuras reformas.**

A este respecto, **es de esperar un grado adecuado de profundidad en las reformas estructurales que sean llevadas a cabo, de manera que permitan incrementar la productividad, mejorar la eficiencia de los mercados y asegurar el funcionamiento competitivo de los mismos.** Es esto lo que cabe demandar de reformas anunciadas como parte de dicha Estrategia de Economía

Sostenible, tales como la liberalización de los Servicios Profesionales, la Ley de Calidad Agroalimentaria, o la revisión del modelo energético, mediante, entre otras iniciativas, la Ley de Eficiencia Energética y de Energías Renovables, sectores todos ellos sobre los que se ha pronunciado la CNC en diversos estudios o informes regulatorios en los dos últimos años, de manera que el resultado responda a las expectativas generadas en términos de mejoras en el funcionamiento de dichos mercados.

En segundo lugar, debido a la aludida generalidad que presentan muchas de las medidas en algunos sectores (por ejemplo, transporte, telecomunicaciones, energía, o ciencia e innovación), **resulta difícil establecer con nitidez el impacto que el desarrollo de dichas medidas va a comportar sobre la competencia en los mercados concernidos.** Puesto que deberá estarse a la implementación concreta, por parte del Gobierno, de las previsiones contenidas en la LES, resulta indispensable que los objetivos de productividad y competitividad, inherentes al concepto de economía sostenible que propone el Anteproyecto, sean suficientemente garantizados en dicho momento, en particular mediante el fomento de la libre competencia en los mercados.

Debe tenerse en cuenta que el objetivo de sostenibilidad económica implicará frecuentemente la necesidad de conciliar estos objetivos de crecimiento económico con otros de carácter medioambiental o social. En ese ejercicio futuro, que se entiende estará informado por los principios de buena regulación establecidos en el propio ALES (entre los que se encuentra el de mínima restricción al funcionamiento de los mercados), se considera que **puede resultar particularmente útil el punto de vista de las autoridades de competencia, a través del desarrollo de sus funciones consultivas a propósito de los proyectos normativos.** Por esta razón, se consideran muy positivas determinadas alusiones expresas a la CNC contenidas a este respecto en el ALES, como por ejemplo a propósito de la clasificación de los mercados de transporte que se realiza en el art. 114 del Anteproyecto, y se manifiesta el compromiso de la CNC en este sentido en relación con ese y otros ámbitos.

Por otra parte, se quiere poner de manifiesto que, si el ejercicio de conciliación de los distintos elementos que componen la noción de sostenibilidad económica es importante, también lo es que el catálogo de medidas que establece el ALES y consolidará la futura Estrategia de Economía Sostenible **no albergue inconsistencias o incoherencias entre distintas medidas destinadas a promover la misma finalidad.** Por ejemplo, en materia energética, del ALES se desprende el compromiso inequívoco de mejorar la calidad medioambiental del

modelo, por ejemplo mediante el fomento de las energías renovables y la mejora de los mecanismos de transacción de derechos de emisión. Si estas medidas responden a la voluntad de eliminar daños medioambientales y mejorar la sostenibilidad a largo plazo de los recursos naturales en la producción de energía, no podrán ser ajenas a dicho objetivo otras actuaciones en el ámbito de la energía, como por ejemplo en la aprobación de ayudas a determinadas producciones que emplean carbón autóctono y suponen un alto coste medioambiental y que, por añadidura, contribuyen a distorsionar la competencia en los mercados. Ello deberá tenerse en cuenta, por ejemplo, al preparar el futuro Plan Nacional del Carbón 2012-2018, que la Memoria menciona dentro de las reformas incluidas en sostenibilidad medioambiental y que según establece contemplará “la gradualidad de las ayudas”.

Finalmente, en este sentido de conciliar la garantía y fomento de la competencia con otros objetivos, se quiere llamar la atención particularmente sobre el hecho de que muchas de las medidas del ALES implican compromisos de gasto o de garantía de los poderes públicos hacia particulares, para fomentar determinados objetivos perseguidos en el Anteproyecto, que pueden otorgar a estos últimos determinadas ventajas económicas. Por ejemplo, el fomento de la contratación pública de PYMES dedicadas a actividades innovadoras (art. 39), los instrumentos previstos para potenciar la internacionalización de la economía española (en particular, arts, 75 a 78), los nuevos mecanismos de Seguros de Crédito a la Exportación, o el Fondo para la compra de créditos de carbono por parte del Estado a empresas radicadas en España (art. 111).

Las medidas en cuestión pueden resultar conceptualmente positivas y justificadas, pero se recuerda que **la articulación de estas medidas debe realizarse desde la mínima restricción de la competencia que resulte posible, y en particular respetando la normativa comunitaria sobre ayudas de Estado**, debiendo incluso, llegado el caso, ser notificadas las medidas individuales si se cumplen los requisitos que la normativa europea establece para dicha notificación.

Sin perjuicio de todo lo anteriormente manifestado, se procede a continuación a realizar determinadas observaciones al articulado del ALES, a propósito de ciertas previsiones sobre las que, a juicio de esta Comisión, resulta conveniente llamar la atención.

A) Competitividad

Art. 40. Promoción de la responsabilidad social de las empresas

Este artículo establece que el Gobierno pondrá a disposición de las empresas un conjunto de características e indicadores para su autoevaluación en materia de responsabilidad social, de acuerdo con una serie de objetivos, entre los que se encuentran el buen gobierno corporativo, el compromiso con lo local y el medioambiente, el respeto a los derechos humanos o la igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

Dada la importancia para los ciudadanos de que los operadores presentes en los mercados actúen de forma competitiva por reportar precios más bajos, mejor calidad de los productos y mayores incentivos a la innovación, **se considera muy positivo que a esos indicadores se añadiese el del “compromiso con la competencia en los mercados”**. Este indicador serviría para reflejar la sensibilidad ante las normas de defensa de la competencia de dichas empresas e incorporar una medida de su grado de cumplimiento al resultado de dicha autoevaluación de la responsabilidad social.

Art. 41. Medidas para agilizar y simplificar la constitución de sociedades mercantiles

Este artículo incorpora medidas relativas a la constitución de sociedades limitadas, distinguiendo varios procedimientos según la cuantía del capital social aportado. También se refiere a la constitución de otro tipo de sociedades. En particular, el apartado 1.b) de dicho artículo dispone que “la escritura de constitución de responsabilidad limitada se remitirá en forma telemática por el Notario otorgante al Registro Mercantil del domicilio social, en el mismo día de su otorgamiento”.

Con esta medida, en principio establecida para facilitar la tramitación electrónica de la inscripción, se establece una reserva de actividad, sujeta a contraprestación, a favor del Notario otorgante en relación con la remisión de la escritura de constitución al Registro Mercantil. Esta actividad, de acuerdo con la legislación vigente, cuando se realiza en soporte papel corresponde al solicitante, quien puede decidir realizar esa inscripción por sí mismo o a través de cualquier tercero cuya actividad profesional consista en realizar este tipo de gestiones, además de mediante Notario. Se restringen por tanto, de manera injustificada, las posibilidades de elección del particular, en caso de desear la

tramitación telemática y no en papel, y con ello la posible competencia en la prestación de dicho servicio.

Esta cuestión está relacionada con la problemática del monopolio de los Notarios en la gestión telemática de documentos notariales ante Registros públicos ya analizada por la CNC (Expediente 2803/07, *Registradores y Dirección General de Registros y Notariado*). Para evitar esta situación, es necesaria una **modificación del mencionado apartado 1.b) en el siguiente sentido: “El Notario otorgante, a petición del solicitante y con su previa autorización, deberá remitir en forma telemática la escritura de constitución de sociedades de responsabilidad limitada al Registro Mercantil, pudiendo el solicitante, en este caso, reclamar copia electrónica de la escritura de constitución. Dicha remisión tendrá lugar en el mismo día de su otorgamiento. En caso de no autorizar expresamente al Notario la remisión, corresponde al solicitante gestionar, por sí mismo o por terceros, la remisión telemática de la escritura al Registro Mercantil”**. Esta redacción es congruente con la posibilidad que tienen los particulares de aportar copias electrónicas de documentos notariales ante las Administraciones Públicas y los órganos jurisdiccionales.

Por otro lado, la aludida Resolución de la CNC también hace referencia a que el ordenamiento jurídico debería favorecer la gestión de documentos inscribibles de sociedades mercantiles por notarios extranjeros. Sin embargo, si se interpreta que, de acuerdo con el apartado 1.c) del artículo 41, la remisión telemática al Registro sólo se puede realizar por notarios españoles (algo que parece derivarse del hecho de que el sistema de conexiones notaría-registro sólo contempla la remisión de documentos electrónicos autorizados por notario español, al realizarse a través del Colegio nacional de notarios), el precepto, en su formulación actual, imposibilitaría la remisión de documentos extranjeros autorizados por funcionarios equivalentes extranjeros, obligando a los solicitantes de la constitución de la sociedad a demandar los servicios de un Notario español para tramitar electrónicamente la inscripción.

Para solucionar esta situación, **se propone añadir un último subapartado en el art. 41.1 que establezca lo siguiente: “En el caso de escrituras de constitución de sociedades otorgadas por notarios extranjeros con función equivalente, se observarán idénticas reglas a las establecidas en los párrafos anteriores de este apartado”**.

Art. 45. Modificación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local

El art. 45 ALES introduce un art. 84 bis de la LBRL, artículo recientemente modificado por la Ley Ómnibus. Este nuevo art. 84 bis establece el principio general de que el control de actividades no se someterá a licencia u otro medio de control ex ante. No obstante, podrán someterse a licencia o control preventivo aquellas actividades que afecten a la protección de determinados intereses generales explicitados en el precepto: la protección del medio ambiente o del patrimonio histórico-artístico, y la seguridad o la salud públicas.

Como ya manifestó la CNC en su informe acerca de la mencionada Ley Ómnibus, en los casos en que existe la necesidad de obtener licencias procedentes de una Entidad local determinada y de otra Administración simultáneamente, resultaría conveniente que la ley se asegurase de que no pueden establecerse licencias destinadas a proteger un mismo interés general. Desde un punto de vista de eliminación de restricciones al acceso a los mercados, resulta lógico que, cuando se exija una autorización por razones de interés general, su otorgamiento por parte de una determinada Administración permita entender considerado dicho interés general, sin que sea necesario que otra instancia administrativa se haya de pronunciar con el objeto de responder al mismo interés general.

Esta cautela hay que ponerla en conexión con el apartado 3 del artículo 84 mencionado, que establece la posibilidad de coexistencia de licencias o autorizaciones por parte de distintas Administraciones Públicas: *“Las licencias o autorizaciones otorgadas por otras Administraciones Públicas no eximen a sus titulares de obtener las correspondientes licencias de las Entidades locales, respetándose en todo caso lo dispuesto en las correspondientes leyes sectoriales”*.

Para evitar esta situación y garantizar que sólo se establezcan autorizaciones concurrentes provenientes de distintas Administraciones en el caso de que haya diversos intereses generales dignos de protección, las Entidades locales deben asegurarse expresamente, en su ejercicio de justificación y acreditación del interés general en cuestión, de que el interés general que pretenden proteger no se entiende ya protegido por otras autorizaciones existentes.

En consecuencia, se propone añadir al art. 84 bis una redacción del siguiente tenor: **“En caso de existencia de licencias o autorizaciones concurrentes**

entre una Entidad local y alguna otra Administración, la Entidad local deberá motivar expresamente en la justificación de la necesidad de la autorización o licencia que el interés general concreto que se pretende proteger, que deberá quedar acreditado, no se encuentra ya cubierto mediante otra autorización ya existente. En caso contrario, el régimen autorizatorio se considerará improcedente.

Disposición Final 4ª. Modificación de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia

Esta Disposición Final modifica el art. 8.1.a) de la LDC en relación con los umbrales de notificación de operaciones de concentración a la CNC. Así, cuando como consecuencia de la concentración se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al 30% del mercado (situación que normalmente conllevaría la obligación de notificar), quedarán exentas de dicha obligación aquellas concentraciones en las que el volumen de negocios global en España de la sociedad adquirida o de los activos adquiridos en el último ejercicio contable no supere la cantidad de 10 millones de euros. Ello siempre y cuando las partícipes no tengan una cuota individual o conjunta igual o superior al 50% en alguno de los mercados afectados.

La valoración resulta positiva, porque, a la vez que se sigue manteniendo la sujeción al control de concentraciones de operaciones en las que intervienen operadores con altas cuotas de mercado, operaciones que son susceptibles de producir efectos sobre la competencia efectiva, se eliminan cargas para empresas de facturación inferior a 10 millones que no tengan una posición significativa en el mercado.

B) Telecomunicaciones y sociedad de la información

Art. 56. Utilización de las nuevas tecnologías en la banda de frecuencias de 900 MHz

Este artículo establece la puesta a disposición de las bandas de frecuencias de 900 MHz para sistemas GSM y UMTS, pudiendo el Gobierno, de acuerdo con su apartado 2, modificar o reconsiderar los derechos de uso privativo del espectro para garantizar que el uso de esta banda por tecnologías distintas a la GSM no da lugar a situaciones de distorsión de la competencia en los mercados afectados. Los derechos de uso que reviertan al Estado debido a lo anterior se asignarán de nuevo a través de licitación pública, sujeta a los principios de transparencia, publicidad, igualdad, objetividad y concurrencia.

A juicio de la CNC, la redacción de este art. 56 no resulta satisfactoria, puesto que deja abierta la posibilidad de que los operadores actuales puedan disponer automáticamente de su espectro asignado en dichas bandas para prestar servicios basados en sistemas diferentes del GSM-900, otorgando un derecho inmediato a los actuales operadores en esta banda para poder utilizarla para otros servicios móviles. Sin perjuicio de las facultades posteriores del Gobierno para hacer revertir estos derechos, de adoptarse de partida esta solución de forma automática, se estaría colocando a los operadores establecidos en una posición muy ventajosa respecto de potenciales entrantes interesados en acceder a la prestación de servicios no GSM, al tener aquéllos asegurado el acceso al mismo, con el consiguiente perjuicio a la competencia en estos servicios.

Así, para evitar que los actuales operadores acaparen una gran cantidad de derechos de uso del espectro para las diferentes tecnologías que limite las posibilidades de entrada y expansión de nuevos entrantes, **cabe establecer que los operadores actuales tengan que solicitar expresamente la habilitación de la banda de 900 MHz para tecnologías distintas a la GSM, autorización que podría estar sujeta a una serie de compromisos.** Por ejemplo, los operadores podrían tener que ceder derechos de uso del espectro en esta misma banda o en otras bandas aptas para prestar telefonía móvil de las que ya dispongan, lo cual garantizaría cierta reserva de espectro para nuevos operadores. Con este mismo fin, una vez habilitadas las bandas de 900MHz para poder prestar servicios de 4G, se podrían introducir para dichos operadores limitaciones para el acceso a la banda adicional que se habilite para 4G (la derivada del dividendo digital).

Art. 57. Ampliación de las bandas de frecuencia en las que se puede efectuar la transferencia de títulos habilitantes o cesión de derechos de uso del dominio público radioeléctrico

Este artículo prevé que el Gobierno fije condiciones para habilitar la posibilidad de que los títulos habilitantes y los derechos de uso de nuevas bandas de frecuencias, en particular las de 900, 1800 y 2100 MHz y 3,5 GHz, se puedan transferir entre particulares.

Sin perjuicio de la virtualidad que tenga dicha habilitación de cara a favorecer la entrada de nuevos operadores, se estima que **el desarrollo de estas condiciones debe evitar que se produzcan situaciones de especulación en el acceso original a los derechos de uso, y que la fase de reventa permita a**

determinados operadores acaparar una cantidad desproporcionada de espectro, reforzando situaciones de dominio que se hubiesen evitado en la asignación original de los títulos habilitantes y derechos.

Art. 60 Dividendo digital

Este artículo establece la liberación de la banda de frecuencias 790-892 MHz, para la prestación de servicios avanzados de comunicaciones electrónicas a partir del 2 de enero de 2015.

El artículo, sin embargo, no establece cuál va a ser la manera en que se va a abordar la reasignación del espectro a partir de la liberación mencionada. De nuevo, al igual que en relación con la reasignación del uso del espectro en la banda de 900 MHz a que alude el ya comentado art. 56, **en la regulación que se dicte al efecto debe asegurarse que parte del espectro es accesible a futuros operadores, al objeto de promover la entrada.** De nuevo, caben diversas maneras de articular lo anterior.

En todo caso, ya en la LES **convendría explicitar que el acceso al espectro liberado como consecuencia del dividendo digital estará sujeto a licitación pública regida por principios análogos a los expresados en el art. 56.3 ALES, esto es, transparencia, publicidad, igualdad, objetividad y concurrencia.**

Disposición Final 1ª. Modificación de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información, y del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, para proteger la propiedad intelectual frente a la piratería en Internet

En su Disposición Final 1ª, la LES modifica la Ley 34/2002 para garantizar que en caso de que un servicio de la sociedad de la información atente o pueda atentar contra la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual, los órganos competentes para su protección puedan adoptar las medidas necesarias para que se interrumpa su prestación o para retirar los datos que los vulneran. Asimismo, la LES también modifica la LPI actual para que el órgano que vele por la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual sea el Ministerio de Cultura. Además, se asigna a la CMAPI una función de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual.

En relación con las condiciones de competencia efectiva en los mercados de propiedad intelectual, la CNC ha publicado recientemente (con posterioridad a que le fuese remitido este ALES para informe), *un Informe sobre la gestión colectiva de derechos de Propiedad Intelectual*, en el que se ponen de manifiesto determinadas ineficiencias presentes en dichos mercados, derivadas en gran medida del marco legal vigente. Para remediar dichas ineficiencias, la CNC propone determinadas recomendaciones.

En primer lugar, se recomienda revisar con carácter integral la LPI y, en particular, eliminar aquellos elementos de la LPI que están actuando de barreras de entrada legales, teniendo en cuenta de modo especial las nuevas posibilidades que brinda el progreso tecnológico. Así:

- La CNC considera que debe eliminarse la obligatoriedad de la gestión colectiva a través de entidades de gestión en los casos en los que se impone en la actualidad, con la excepción de cuando dicha obligatoriedad venga impuesta por una Directiva europea.
- También debe sustituirse el actual sistema de autorización administrativa de las entidades de gestión colectiva por un sistema de simple registro.
- Finalmente, debe eliminarse la obligación de que las entidades de gestión carezcan de ánimo de lucro, disponiendo de forma expresa que se pueden constituir bajo cualquiera de las formas jurídicas admitidas en Derecho.

No obstante, en tanto persista el actual marco normativo y, en todo caso, la situación monopolística de las entidades de gestión, la CNC propone las siguientes recomendaciones:

- Revisar la regulación de la LPI relativa a los estatutos de las entidades y a los contratos de gestión con los titulares de los derechos, con el fin de dotarles de mayor flexibilidad y de facilitar el cambio de entidad gestora por parte de los titulares.
- Incluir en la LPI determinadas obligaciones de transparencia, con sanciones previstas en caso de incumplimiento.
- Incluir como una obligación en la LPI que las entidades de gestión establezcan, al menos para determinadas clases de usuarios, tarifas que tengan en cuenta el uso efectivo, manteniendo como alternativa las tarifas por disponibilidad.

- Reformar o sustituir la Comisión de Propiedad Intelectual para que sea un órgano regulador independiente, dotado de competencia técnica y facultades decisorias y sancionadoras adecuadas para resolver cualesquiera conflictos en materia de propiedad intelectual y, en particular, los conflictos tarifarios entre entidades de gestión y usuarios, ya sean sobre derechos exclusivos o de remuneración.
- Establecer normativamente los criterios a los cuales las entidades de gestión tengan que ajustarse para determinar las tarifas por uso de su repertorio de derechos exclusivos y/o de remuneración, y a los cuales se atenderá también la Comisión reguladora en caso de ser necesaria su intervención.

Los cambios que se contemplan en el ALES no acogen dichas modificaciones y, en particular, afectando a las funciones actuales mediadoras y arbitrales de la CMAPI, no las modifican en el sentido que la CNC demanda y que tratan de potenciar la eficacia en la resolución de conflictos tarifarios entre entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual y usuarios.

En este sentido, se considera que **la versión definitiva del presente Anteproyecto como Proyecto de Ley constituye una gran oportunidad para incorporar esos cambios.**

C) Transporte

Art. 114. Promoción de la competencia y clasificación de los mercados de transporte

El art. 114 establece que el Consejo de Ministros clasificará los mercados de transporte españoles, de acuerdo con alguno de estos tres modelos de competencia intramodal: acceso libre, acceso restringido (en exclusividad o concurrencia con un número limitado de operadores), y mercados en los que no es posible la competencia, reservados a un operador en exclusiva. El precepto establece, asimismo, la necesidad de informe de la CNC previo a la aprobación de esta clasificación de los mercados.

La propuesta, en lo que tiene de ejercicio de racionalización y determinación del grado de competencia que es posible en los distintos mercados de transporte, debe ser acogida favorablemente, así como la intervención de la CNC informando sobre el borrador que el órgano proponente le proporcione. En todo

caso, para mejorar la calidad del ejercicio, se proponen determinadas modificaciones.

En primer lugar, el artículo habla de que la clasificación se hará de acuerdo con los modelos de “competencia intramodal” anteriormente descritos. La utilidad de la clasificación es determinar qué servicios de transporte son susceptibles de prestarse en régimen de acceso libre y qué otros sólo pueden prestarse con un cierto control de su acceso por parte de la Administración. Sin embargo, en el análisis competitivo que se realice del posible funcionamiento de los distintos modos debe incluirse necesariamente la perspectiva intermodal (esto es, las tensiones competitivas entre los distintos modos). Ello permitirá adoptar el enfoque más favorecedor de la competencia en la futura clasificación de estos mercados. Por ello, **se propone un párrafo en el apartado 1 del precepto que establezca expresamente que “en dicho análisis, se tendrán en cuenta las tensiones competitivas que puedan existir entre los distintos modos de transporte de cara a establecer la posibilidad de que los mismos sean prestados en competencia”**.

En segundo lugar, no queda claro el deslinde entre el segundo y el tercer tipo de mercados (mercados de acceso restringido/mercados en los que no es posible la competencia), en particular teniendo en cuenta el hecho de que en el de acceso restringido ya se prevé que estos servicios puedan prestarse por operadores “en exclusividad”. Parece que la diferencia entre un tipo y otro es que en el mercado de acceso restringido en exclusiva la determinación del operador se realiza mediante procedimientos de concurrencia competitiva, mientras que en el mercado en que no es posible la competencia no se prevé dicho acceso competitivo. Sin embargo, se considera que, cuando hablamos de modos de transporte, **la determinación del operador en exclusiva tendría que hacerse también por procedimientos de concurrencia competitiva, y así debería quedar explicitado en el apartado 1.c) del artículo.**

Art. 115. Servicios de transporte de interés público

En este artículo, se definen estos servicios como aquéllos que las empresas operadoras no prestarían si tuvieran en cuenta exclusivamente su propio interés comercial, y que resulten necesarios para asegurar la comunicación entre distintas localidades o para garantizar su prestación en determinadas condiciones de frecuencia, precio, calidad o universalidad.

Cabe demandar más precisión en la justificación de interés general en la provisión de ese servicio, ya que la redacción del ALES es muy amplia. En particular puede resultar problemática la alusión que realiza el precepto a las condiciones de calidad del servicio para justificar el interés público. Ello puede constituir una vía de escape para declarar de interés general servicios que puedan ser razonablemente cubiertos por el mercado.

Por otra parte, debería quedar claro que esta catalogación de servicios de interés público se realizará teniendo en cuenta el mercado geográfico (organizado, por ejemplo, en líneas o corredores) y no sólo con arreglo a cada medio de transporte en abstracto, ya que, dependiendo de las condiciones de competencia presentes en un ámbito territorial concreto, un determinado modo de transporte puede reunir las condiciones para ser considerado servicio de interés público, o bien no reunir las.

Adicionalmente, en el apartado 2 de este artículo se establecen los supuestos en que pueden otorgarse subvenciones cuando se prestan servicios de interés público. Así, se establece que sólo serán posibles como compensación a la asunción de obligaciones de servicio público. A este respecto, se propone que **las subvenciones deban ir estrictamente vinculadas a la prestación del servicio de interés público en la línea o zona que resulte deficitaria**, impidiendo las subvenciones cruzadas que pueden alterar las condiciones de competencia existentes en otros mercados en principio competitivos.

Igualmente, el apartado 3, segundo párrafo establece que cuando los servicios de interés público se presten en mercados de acceso restringido, el acceso a los procedimientos de licitación pública debe ser transparente, equitativo y no discriminatorio. En conexión con lo dicho a propósito del art. 114.1.c), **se considera que debería extenderse esta previsión a los mercados en que no sea posible la competencia, reservados a un operador en exclusiva.**

Finalmente, el último párrafo del apartado 3 señala que “cuando los servicios de interés público se presten en mercados con el acceso restringido, la cuantía final de la compensación se definirá mediante procedimientos de licitación pública transparentes, equitativos y no discriminatorios en los que se ponderará debidamente la oferta que solicite una menor compensación”. Es este un precepto que pretende establecer la importancia de la compensación económica (a pagar bien por la Administración, bien por los usuarios) en dichas licitaciones, lo cual resulta lógico porque esta es la variable que normalmente refleja la información económica fundamental de la oferta. Sin embargo, la dicción “se

ponderará debidamente”, resulta un tanto amplia y puede dar lugar a ponderaciones inadecuadas, por bajas, de dicho elemento. En consecuencia, **se propone reforzar la exigibilidad de la importancia de la compensación dentro de los criterios de adjudicación de estos procedimientos, con la siguiente redacción: “[...] procedimientos de licitación pública transparentes, equitativos y no discriminatorios en los que la cuantía de la compensación solicitada constituirá el elemento fundamental a ponderar en la oferta”**. Esta redacción permitiría un margen de discrecionalidad suficiente, a la vez que garantiza que el criterio de compensación va a ser el más importante.

Art. 116. Autonomía de gestión

Este precepto establece que las funciones de operación y regulación en todos los mercados de transporte corresponderán a entidades y órganos diferenciados y funcionalmente independientes entre sí.

Del tenor literal de la redacción cabría deducir que la independencia que se pretende no vendría únicamente referida a la distinción reguladores - operadores, sino que la función reguladora de cada medio de transporte debe corresponder a reguladores distintos, según los distintos medios de transporte. Se considera que la redacción del precepto no debería perjudicar la viabilidad futura de un único regulador que integre funciones de regulación sectorial de todos los medios de transporte, lo cual puede tener ventajas indudables, en particular en un escenario de intensificación progresiva de la competencia intermodal. De hecho, esa parece ser la intención de la Disposición Final 6ª del ALES, que establece la voluntad de crear, en el futuro, un organismo regulador del sector del transporte que integre la regulación de todos los medios.

En consecuencia, debería precisarse más claramente que la separación a que alude el precepto se refiere estrictamente a las actividades de operación y regulación de cada medio de transporte.

Disposición Final 31ª. Modificación de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres

Esta Disposición Final modifica determinados preceptos de la LOTT relacionados con las concesiones de transporte interurbano regular de viajeros por carretera. Fundamentalmente, se adapta la duración de las concesiones al nuevo Reglamento comunitario vigente en la materia y se hace explícita la preeminencia de los criterios económicos en la valoración de los concursos. También se elimina el derecho de preferencia del antiguo concesionario en el

caso de similitud de ofertas entre éste y otro licitador de cara a la renovación de la concesión, similitud actualmente cifrada a nivel reglamentario en una diferencia de hasta el 5% de la puntuación en relación con la oferta mejor valorada. Y finalmente, se someten determinados cambios en la titularidad y en la morfología de las concesiones a informe no vinculante de la CNC, en concreto en los supuestos de transmisión, modificación y unificación de concesiones.

En líneas generales, el precepto ofrece una valoración muy positiva, por su intención de intensificar la competencia. En particular, se considera muy positiva la eliminación del derecho de preferencia, ya demandada por la CNC en otras ocasiones (por ejemplo, en su *Informe sobre la competencia en el transporte interurbano de viajeros en autobús en España*, y en su *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Ómnibus*), en atención al gran potencial distorsionador de la competencia en los concursos que supone dicho derecho.

En todo caso, procede proponer determinadas modificaciones al articulado propuesto.

En primer lugar, en relación con la modificación del art. 72.3.LOTT (duración de las concesiones), la dicción literal del artículo no excluye que se puedan solicitar prórrogas de las concesiones. **Se demanda una alusión expresa a la imposibilidad de conceder prórrogas con carácter general**, como mínimo en el sentido contemplado en el Reglamento comunitario 1370/2007, de 23 de octubre de 2007, del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los Servicios Públicos de Transporte de Viajeros por Ferrocarril y Carretera, que establece esta posibilidad con carácter excepcional (sin perjuicio de la eficacia directa de la norma comunitaria en cuestión).

Este Reglamento comunitario, en sus arts. 4 y 5, establece que la prórroga sólo es permisible bajo determinadas circunstancias, muy concretas. Así, sólo se podrá prorrogar el contrato en el caso de que, teniendo en cuenta las condiciones de amortización de los activos, el operador de servicio público aporte activos significativos para prestar los servicios de transporte de viajeros objeto del contrato de servicio público y que estén relacionados predominantemente con éste; o bien si ello está justificado por los costes que se derivan de una situación geográfica particular; o bien, finalmente, si el contrato se desarrolla en una región ultraperiférica.

Por otra parte, en relación con las modificaciones de los arts. 73.3 y 74.1 de la LOTT, ambos preceptos se refieren a los criterios de valoración de los pliegos, y

a la especial atención que debe prestarse a los “criterios de eficiencia económica” (art. 73) y a los “aspectos económicos” (art. 74). Aunque debe aplaudirse la intención, la virtualidad de esta referencia puede ser muy limitada si no se precisa la importancia de algunos criterios concretos, en particular el de tarifa y el de número de expediciones, que son las variables económicas fundamentales de cara al usuario. En este sentido, **cabría proponer una redacción más ambiciosa, que establezca un porcentaje mínimo del peso de los criterios de tarifa y expediciones** (por ejemplo, 30-40 en el primer caso y 15-20 en el segundo). Además, con independencia de la ponderación concreta de estos criterios, a la hora de considerar las ofertas desproporcionadas a la baja, debería evitarse la posibilidad de imponer límites ex ante a la competencia en tarifas y expediciones, consistentes por ejemplo en precios de corte que otorgan la puntuación máxima, por debajo de los cuales no es posible obtener más puntuación.

Finalmente, acerca de los informes en lo relativo a transmisión, unificación y modificación de concesiones, con carácter general, **no se considera procedente que la CNC haya de informar a propósito de cualquier expediente individual de modificación de la morfología de las concesiones**. La CNC ya cuenta con una herramienta adecuada para analizar los cambios en la estructura de la oferta en estos mercados que resulten susceptibles de obstaculizar la competencia efectiva, como es el control de concentraciones. En todo caso, resulta positivo que los organismos encargados, ahora y en el futuro, de la tramitación de los expedientes de unificación, transmisión, y modificación de concesiones apliquen estas posibilidades de manera justificada y proporcionada, realizando este ejercicio de autoevaluación en el sentido establecido por la CNC en su *Guía para la elaboración de memorias de competencia*.

Disposición Final 32ª. Modificación de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario

Mediante esta Disposición Final, en esencia, se pretende reforzar las atribuciones y la independencia del Comité de Regulación Ferroviaria (CRF). Este CRF realiza algunas de las funciones que cabría atribuir a un regulador independiente, como por ejemplo la supervisión de la pluralidad de la oferta y la prestación de los servicios ferroviarios en la Red Ferroviaria de Interés General en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias, así como la resolución de reclamaciones entre operadores tanto de transporte como de infraestructuras.

La valoración del reforzamiento de las funciones y la independencia resulta indudablemente positiva, si bien **se considera conveniente que se fortalezca aún más la independencia del CRF** tanto en relación con el propio Ministerio de Fomento (por ejemplo, mediante la separación estructural y funcional de dicho Ministerio) como con operadores públicos o privados que participan en los mercados ferroviarios, posibilidad que no queda prohibida a tenor del apartado 2 del nuevo art. 82 de la Ley del Sector Ferroviario, que regula la composición del CRF.

Esta opción supondría clarificar la voluntad que, por otra parte, se expresa en la propia Disposición Final 6ª del ALES, que determina que el Gobierno, cuando así lo aconsejen las condiciones de competencia en los mercados, remitirá al Parlamento un Proyecto de Ley de creación de un organismo regulador del sector transporte, que integre las funciones atribuidas al Comité de Regulación Ferroviaria y la regulación del resto de modos de transporte”.

D) Seguros y fondos de pensiones

Disposición Final 14ª. Modificación de la Ley 26/2006, de 17 de julio, de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados.

Esta Disposición Final realiza una modificación del Art. 8 de dicha Ley, relativo a los auxiliares externos de los mediadores de seguros. Un auxiliar externo es un asistente de los mediadores de seguros que tiene funciones administrativas y comerciales y cuya actividad está poco regulada, aunque en diversos preceptos de la ley ya se les exigía a los agentes vinculados y a los corredores que dispusieran de un programa de formación adecuado para los auxiliares. Sin embargo, la LES regula esta función, ahora llamada “auxiliar-asesor”, estableciendo la obligación de que sean los propios auxiliares los que previamente al inicio de su actividad cuenten con los conocimientos adecuados, sometiéndola a la exigencia de inscripción de dichos agentes en un Registro.

A este respecto, no parece razonable ni proporcional exigir esta formación a trabajadores que realizan una función que se limita a la comercial y administrativa, y supeditar el inicio de su actividad a la inscripción en el Registro, sin que lleven a cabo actividades de asesoramiento ni asuman obligaciones frente a terceros.

Por otra parte, se dispone en la nueva redacción que, en el caso de que los auxiliares-asesores sean personas jurídicas, para desempeñar estas funciones al menos la mitad de los miembros del órgano de dirección deben cumplir con

dichas exigencias. De esta manera, se limita la posibilidad de que emprendedores no especializados en el sector pudieran operar en él, dirigiendo la organización y contratando a expertos en la materia.

La barrera de entrada creada no parece por tanto obedecer a una justificación clara y, en todo caso, existirían medios menos restrictivos de la competencia para tratar de delimitar las funciones y capacidades exigibles a los auxiliares administrativos. El control ex post de estos agentes si existieran casos de extralimitación de sus funciones parece suficiente, y para ello la Ley 26/2006 recoge un catálogo de infracciones y un régimen sancionador que parece apropiado. En definitiva, **se propone mantener la redacción del precepto en cuestión en sus términos actuales.**

DF 15ª. Modificación del Texto Refundido de la Ley de regulación de los planes y fondos de pensiones, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre.

El apartado Cuarto introduce un séptimo apartado al Art. 20 de dicha Ley, consistente en exigir una autorización administrativa previa de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones para la fusión y escisión de entidades gestoras de fondos de pensiones.

Si se va a someter la operación societaria a una autorización previa de la DGSFP, **convendría que se explicitasen los criterios sobre los cuales la DGFSP va a emitir dicha autorización.** En principio, parece que el ejercicio de la supervisión por parte de la DGFSP consistiría en verificar el cumplimiento de los requisitos exigibles para poder operar como entidad gestora que deben en todo caso cumplir las sociedades resultantes de la fusión o de la escisión.

Sin perjuicio de lo anterior, debe recordarse que, en lo que se refiere a su impacto sobre la competencia en los mercados, la supervisión de operaciones societarias de fusión la realiza con carácter general la CNC (ello sujeto a que se alcancen los umbrales de notificación obligatoria). Por todo ello debería justificarse suficientemente la exigencia de un control administrativo ministerial de estas operaciones, que en todo caso **debería realizarse con carácter previo al control de la CNC, limitarse al ámbito de protección de los intereses generales que tiene encomendados la DGSFP y realizarse sin perjuicio de las competencias que la CNC tiene encomendadas** (lo cual debería quedar patente en el texto).