

# DIEZ AÑOS DESDE LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS (2009-2019): LA CONTRIBUCIÓN DE LA CNMC A LA MEJORA DE LA REGULACIÓN EN ESPAÑA<sup>1</sup>

*Ten years since the services directive transposition (2009-2019): the CNMC contribution to the improvement of the Spanish regulation*

Juan M. CONTRERAS DELGADO DE COS

*Administrador Civil del Estado. Subdirector de ayudas públicas  
e informes de proyectos normativos  
CNMC*

Joaquín LÓPEZ VALLÉS

*Técnico Comercial y Economista del Estado  
Director del Departamento de Promoción  
CNMC*

## Resumen

El artículo pretende ofrecer una breve aproximación a los principales hitos históricos que han ido jalonando las reformas introducidas en nuestro país en materia de mejora regulatoria, y especialmente a raíz de la transposición de la Directiva 2006/123/CE, sin perder de vista las raíces del proceso en otros ámbitos geográficos o experiencias en organismos internacionales, para a continuación exponer cual ha sido el papel de la CNMC, desarrollando sus principales funciones así como sus actuaciones más relevantes. Adicionalmente, se pretende realizar un breve análisis prospectivo de algunos de los retos a los que consideramos que se enfrentará la regulación en los próximos años.

## Abstract

The paper aims to provide a short historical overview of the main key reforms implemented in our country concerning better regulation, particularly after the transposition of the Services Directive 2006/123/EC, without losing sight of others international experiences. Additionally, the paper focus on the CNMC role, describing its main functions and contributions to the good regulatory practices. Finally, we will make a prospective analysis of some of the challenges to be faced by the regulation system over the next years.

**Palabras clave:** Directiva de servicios y del mercado interior (DSMI) | Evaluación del impacto competitivo de las normas | Regulación |

**Keywords:** Internal market service directive (IMSD) | Competition assessment in regulatory impact Analysis | Regulation |

---

<sup>1</sup> Julio de 2019. Las opiniones expresadas en este artículo solo representan a sus autores.

## I. INTRODUCCIÓN

Los mecanismos de mejora regulatoria (*better* o *smart regulation* en terminología inglesa) puestos en marcha en diferentes Estados y Organizaciones Internacionales persiguen un marco jurídico de calidad que ofrezca los incentivos adecuados para dinamizar la actividad económica, simplificar procesos y reducir cargas administrativas. Pretenden facilitar la participación de los agentes económicos en el proceso de elaboración de normas, pero, al mismo tiempo, deben asegurar la adecuación de la medida a los principios de buena regulación en el marco de un adecuado análisis de impacto.

Junto con otras medidas de intervención pública en la actividad económica (aprovisionamiento público, política fiscal, ayudas públicas...), la mejora regulatoria constituye un elemento imprescindible para fortalecer el crecimiento económico y el bienestar de los ciudadanos y empresas. Los efectos de un proceso de este tipo no son solo económicos, pero su conocimiento y, en su caso, cuantificación si fuera posible, parecen imprescindibles para una correcta toma de decisiones. Los instrumentos de mejora regulatoria no pretenden suplantar a los responsables de dicha toma de decisiones sino coadyuvar a un mejor conocimiento de la realidad que facilite precisamente esa decisión.

En España, la trasposición de la Directiva de Servicios<sup>2</sup> merece ser objeto de especial atención en el análisis de los instrumentos de mejora regulatoria. Precisamente en este año, 2019, se cumplen diez años desde la aprobación de las leyes nacionales de transposición de esta Directiva<sup>3</sup>, lo que permite evaluar con cierta perspectiva histórica su impacto y su contexto.

A nuestro juicio, estas leyes han tenido un hondo impacto en la mejora regulatoria en España. Por un lado, por su ambición, pues no se limitaron a una trasposición estricta, sino que verdaderamente tuvieron un objeto y un efecto liberalizador en los sectores excluidos de la Directiva. Esto toma una dimensión mayor si se tiene en cuenta que la trasposición formó parte de un proceso histórico más amplio de mejora de la calidad regulatoria en España, proceso en el que la trasposición de la Directiva de Servicios no fue un hecho aislado, sino que vino precedida, acompañada y sucedida por numerosas reformas racionalizadoras de nuestra regulación económica y del marco institucional.

Así, tras la trasposición de la Directiva, hemos asistido a un esfuerzo por asimilar los principios inspiradores de la liberalización de los servicios al conjunto de nuestra economía en la Ley de economía sostenible (2011), en la Ley de garantía de la unidad de mercado (2013) o en las Leyes de procedimiento administrativo y de régimen jurídico del sector público (2015).

Y, en paralelo, la introducción de principios de mejora regulatoria en los sectores de servicios y en el conjunto de la economía ha venido acompañada de un refuerzo de las instituciones encargadas de velar por la calidad de la regulación económica, entre ellas la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC). La CNMC ha desarrollado un papel fundamental para promover una mejor regulación económica, a través de su rol principalmente consultivo para las Administraciones públicas.

---

<sup>2</sup> Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

<sup>3</sup> Fundamentalmente, Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio y Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

El presente artículo pretende hacer balance de los cambios acaecidos en el ámbito de la mejora de la regulación económica en España, recurriendo a las experiencias comparadas, la revisión histórica de los cambios legales e institucionales y la experiencia de la CNMC. Además, pretende reflexionar sobre algunos de los nuevos retos a los que debe enfrentarse la regulación en los próximos años ante el proceso horizontal de digitalización de la economía.

## II. ELEMENTOS HISTÓRICOS MÁS RELEVANTES DEL PROCESO DE MEJORA REGULATORIA

El proceso de mejora regulatoria en España no puede ser comprendido de manera aislada. Forma parte de un movimiento internacional hacia la mejora regulatoria, en el que podemos hacer referencia a iniciativas de terceros países y a organismos como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) o el Banco Mundial, y de manera más inmediata a la Unión Europea (UE). Abordaremos estas experiencias en primer lugar, para posteriormente centrarnos en el desarrollo llevado a cabo en el ámbito estrictamente español.

### II.1 La mejora regulatoria en el ámbito internacional

En el ámbito internacional, destacan las iniciativas desarrolladas en el mundo anglosajón, fundamentalmente en Estados Unidos de América y Reino Unido.

En los Estados Unidos, ha sido muy relevante el papel jugado por la Casa Blanca, que ya en 1981 aprobó la Orden ejecutiva nº 12.291<sup>4</sup>, que obligaba a todas las agencias estatales a realizar una evaluación de impacto en toda medida de alcance regulatorio. Como señalan J.B. Auby y T. Perroud<sup>5</sup> o C. Sunstein<sup>6</sup> en una reciente publicación, esta disposición, sin perjuicio de añadidos posteriores realizados por sucesivos presidentes<sup>7</sup>, ya contenía los elementos fundamentales del análisis coste-beneficio. La vigilancia de su puesta en práctica correspondía —y corresponde— a la Oficina de información y asuntos regulatorios (OIRA<sup>8</sup>, en inglés).

---

<sup>4</sup> Dicha Orden señala que: “Para la elaboración de nuevos reglamentos, la reforma de los reglamentos en vigor, el desarrollo de propuestas legislativas que afecten al reglamento, todas las agencias, hasta donde permita la ley, deberán cumplir los siguientes requisitos: a) todas las decisiones administrativas deberán basarse en la información adecuada sobre la necesidad y las consecuencias de las acciones de gobierno propuestas, b) la regulación no podrá llevarse a cabo salvo que los potenciales beneficios de la sociedad superen los costes que pudieran recaer sobre la misma [...]” (traducción libre). Para conocimiento, debe señalarse además que la orden ejecutiva aprobada por el presidente tiene rango de ley. No precisa de la aprobación del Poder Legislativo (de las cámaras) y, como toda ley, podrá ser revisada por los tribunales y no debería atentar contra otras leyes en vigor o la propia Constitución. El Congreso no tiene la potestad de suspender estas leyes o declararlas inválidas, pero sí puede aprobar otras que limiten su ámbito de actuación. Ante dichas limitaciones, el presidente podría interponer su veto y, para levantar ese veto presidencial, sería necesaria una mayoría de dos tercios en ambas cámaras del Congreso. Es decir, en el Senado y en la Cámara de Representantes. Tales mayorías son poco frecuentes y por eso, la mayoría de las órdenes ejecutivas suelen seguir en vigor hasta el final de la legislatura del presidente en el cargo. Después, su sucesor sí podrá revocar el decreto del antecesor.

<sup>5</sup> “La evaluación de impacto regulatorio”. Colección Cuadernos universitarios de Derecho administrativo. Coedición de Global Law Press y el Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2013.

<sup>6</sup> “The cost-benefit revolution” de Cass R. Sunstein (2019). Su autor fue antiguo administrador de la Oficina de información y asuntos regulatorios de la Casa Blanca en la presidencia de Obama (OIRA).

<sup>7</sup> Por ejemplo, la Orden ejecutiva nº 12.866 del Presidente Clinton, con el fin de resolver los conflictos entre la OIRA y las diversas agencias implicadas en temas regulatorios.

<sup>8</sup> Según señala su página web: “The Office of Information and Regulatory Affairs (OIRA) is a statutory part of the Office of Management and Budget within the Executive Office of the President. OIRA is the United States Government’s central authority for the review of Executive Branch regulations, approval of Government information collections, establishment of Government statistical practices, and coordination of Federal privacy policy. The office is comprised of six subject matter branches and is led by the OIRA Administrator, who is appointed by the President and confirmed by the United States Senate [...]”.

Por su parte, el Reino Unido, además de ciertos intentos en los años ochenta del siglo pasado por mejorar la evaluación de los costes de la regulación para las empresas, ha desarrollado un marco para la implantación de un sistema de mejora regulatoria a través del trabajo desarrollado, entre otros, por la *Better Regulation Executive* (BRE)<sup>9</sup> y el *Regulatory Policy Committee* (RPC)<sup>10</sup>. Si bien la experiencia en las islas ha estado tradicionalmente volcada hacia el análisis del impacto a nivel de cargas burocráticas, los principios de buena regulación aplicables guían el conjunto de propuestas regulatorias presentadas desde el año 2006, en que se aprueba la *Legislative and regulatory reform Act*<sup>11</sup>.

Desde estas experiencias nacionales, la importancia de la evaluación de las normas a través del análisis de impacto regulatorio (*regulatory impact assesment*) se ha extendido, en general, al conjunto de buenas prácticas recomendadas por los organismos internacionales.

En su Recomendación sobre política y gobernanza regulatoria<sup>12</sup>, la OCDE identificaba diferentes áreas de aproximación al problema: de política regulatoria, de gestión y de gobernanza. La Recomendación establecía un conjunto de medidas para poner en marcha un sistema de regulación que, sin dejar de cumplir con los objetivos de interés público perseguidos, tuviera un impacto positivo sobre la economía y la sociedad en su conjunto.

Su aprobación tuvo, además, un complemento con la publicación de un conjunto de indicadores (iREG indicators) que miden el progreso de los diferentes países en la implementación de estas recomendaciones<sup>13</sup>. Los indicadores abarcan tres grandes áreas de análisis: el compromiso de los actores en el desarrollo regulatorio; el análisis de impacto regulatorio y la evaluación ex post de la regulación. Además, cada indicador está compuesto de cuatro sub indicadores: sistematicidad de las recomendaciones, la metodología utilizada, la revisión realizada de la calidad de las evaluaciones y la transparencia.

Precisamente en relación con España, en un reciente artículo<sup>14</sup> se realiza esta descripción del estado actual de la calidad regulatoria en nuestro país: *“Pese a las mejoras previamente señaladas<sup>15</sup> [...], con respecto a las normas reglamentarias, en las*

---

<sup>9</sup> Según informa su web: “BRE is a unit within the Department for Business, Energy and Industrial Strategy. It works with government departments to monitor the measurement of regulatory burdens and coordinate their reduction, and to ensure that the regulation which remains is smarter, better targeted and less costly to business [...]”

<sup>10</sup> Señala su web: “The Regulatory Policy Committee (RPC) is an independent body, sponsored by the Department for Business, Energy and Industrial Strategy. The committee is formed of independent experts. We assess the quality of evidence and analysis used to inform regulatory proposals affecting the economy, businesses, civil society, charities and other non-government organisations. Our independent advice helps ensure that ministerial policy decisions are based on accurate evidence. Where we assess the impact of regulatory proposals, we provide advice in the form of [opinions](#), which help to convey whether: central government departments’ estimated costs or savings to business, as a result of regulatory reforms, are accurate and can be validated. The accuracy of these estimates is important as they help to inform decisions on whether or not proposals are taken forward; government departments have explained why new regulation is more appropriate than non-regulatory, or voluntary, options. A clear principle of the Government’s [better regulation framework](#) is not to presume that regulation is the answer, and to consider a range of meaningful alternative options, we help to ensure that proposals consider these points; and government has, where appropriate, minimised the regulatory burdens on small and micro businesses, in particular [...]”

<sup>11</sup> Para un análisis más detallado, puede consultarse el artículo “Better Regulation-The UK experience” de I. Bishop, Head of Better regulation Framework, Better regulation Executive. Revista de Economía ICE. nº 907 marzo-abril 2019.

<sup>12</sup> OECD Recommendation on regulatory policy and governance (2012).

<sup>13</sup> Revista de Economía ICE nº 907 marzo-abril 2019: Better indicators for better regulation: the OECD ireg experience. R. Shultz, C. Arndt-Basacle, P. Davidson y B. Gerloff.

<sup>14</sup> Artículo publicado por R. Sánchez, F. Bueno y A. García con el título “La evaluación ex ante. Una visión de la Oficina de coordinación y calidad normativa”, Revista de economía ICE nº 907 marzo-abril 2019.

<sup>15</sup> Universalización de la MAIN a todos los proyectos normativos, modificaciones del RD que las regula (2017) ampliando las cuestiones de análisis, la futura actualización de la guía metodológica, entre otras.

*tres áreas clave (participación pública, evaluación ex ante —MAIN— y evaluación ex post) las encuestas [...] y documentos de la OCDE ponen de relieve que, España, en las tres áreas, permanece casi en todos los casos por debajo del promedio de la OCDE”.*

Merece la pena igualmente citar el esfuerzo realizado por el Banco Mundial<sup>16</sup>, con indicadores de corte análogo, si bien más volcados en analizar las trabas administrativas para realizar negocios por parte de los operadores económicos.

En el ámbito de la Unión Europea, un hito fundamental es la aprobación, hace ya trece años, de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior. Su principal objetivo era eliminar los obstáculos que se oponían a dos de las libertades fundamentales del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE): la libertad de establecimiento y la libre circulación de servicios. La norma perseguía ofrecer la seguridad jurídica necesaria para el ejercicio efectivo de dichas libertades, partiendo de la premisa de que la supresión de los potenciales obstáculos no podía hacerse únicamente mediante la aplicación directa de los preceptos del Tratado, sino a través de un proceso de coordinación y evaluación previa de las legislaciones nacionales.

La Comisión Europea ha mantenido tradicionalmente una especial sensibilidad con la mejora regulatoria. En los últimos veinte años, la Comisión ha apostado por la elaboración de orientaciones de naturaleza no normativa, como la Comunicación de 5 de junio de 2002 que contiene el plan de acción *“Simplificar y mejorar el marco regulatorio”*<sup>17</sup> y la Comunicación de 19 de mayo de 2015 titulada *“Legislar mejor para obtener mejores resultados”*<sup>18</sup>, sin olvidar otros documentos de trabajo de uso interno<sup>19</sup>.

En un reciente documento titulado *“Legislar mejor haciendo balance y reafirmando nuestro compromiso”*<sup>20</sup>, la Comisión Europea señala que: *“Legislar mejor supone profesionalizar todos los aspectos de la elaboración de nuestras políticas [...] consiste en legislar cuando sea necesario para alcanzar los objetivos compartidos [...] No se trata de una agenda desreguladora oculta. La mejora de la regulación consiste también en estudiar maneras alternativas de conseguir resultados, ya que la legislación no debería ser nunca un fin en sí mismo.”*

Las medidas clave desarrolladas por las autoridades europeas han ido encaminadas a mejorar la participación de las partes interesadas (compromiso de celebrar consultas públicas), a ofrecer un conjunto integrado y coherente de herramientas de mejora regulatoria, a la asunción del compromiso de evaluar la regulación antes de proponer cambios, a proporcionar a la Comisión Europea una plataforma para, junto con las autoridades nacionales, proponer medidas de simplificación administrativa y, muy especialmente, a reforzar la actividad del comité de control reglamentario independiente, de cara a revisar la calidad de las evaluaciones de impacto realizadas.

Interesa subrayar igualmente que, ciñéndonos al ámbito de la UE, el análisis comparado muestra que, aunque las herramientas y principios del análisis de impacto regulatorio sean similares en casi todos los países, han sido utilizados para diferentes propósitos. Señala C. M. Radaelli<sup>21</sup> a este respecto que *“la evaluación de impacto*

---

<sup>16</sup> World Bank´s worldwide governance and doing business indicators (2019 a y 2019 b).

<sup>17</sup> COM (2002) 278 final

<sup>18</sup> COM (2015) 215 final

<sup>19</sup> Destaca en este punto igualmente las *Better regulation guidelines* y todos los documentos conocidos como el *better regulation toolbox*: [https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation-why-and-how/better-regulation-guidelines-and-toolbox\\_en](https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation-why-and-how/better-regulation-guidelines-and-toolbox_en)

<sup>20</sup> Abril de 2019, ISBN 978-92-76-01494-2.

<sup>21</sup> “Diffusion without convergence: how political context shapes the adoption of regulatory impact assessment”. C. M. Radaelli *Journal of European Public Policy* (2005).

*regulatorio constituye una solución para diferentes problemas. En Alemania, Suecia e Italia, ésta se percibe como una posible solución a los problemas de simplificación; en los Países bajos se asocia a la cuestión de la competitividad; en Dinamarca y Bélgica, la conexión es entre la evaluación de impacto regulatorio y la calidad del entorno empresarial".*

Por su parte, J.B. Auby y T. Perroud<sup>22</sup> señalaban esto sobre Francia: *"En la concepción francesa la evaluación de impacto se ocupa sobretudo de la articulación de las normas en el tiempo y en el espacio (entre la Unión Europea, el nivel nacional y el local) y la implementación legal de las normas previstas. Preocupación por la calidad que no pretendía sin más reducir las cargas administrativas y la burocracia innecesaria, si no sobretudo dotar de mayor claridad y certidumbre al derecho ante la multiplicación de normas."*

## II.2 La mejora de la regulación económica en España

La eliminación de las barreras que obstaculizan el desarrollo de las actividades económicas constituye un instrumento fundamental para la consecución de un progreso económico y social equilibrado y sostenible. Así lo reconoce implícitamente el artículo 38 de la Constitución Española de 1978 cuando proclama la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, debiendo los poderes públicos garantizar y proteger su ejercicio y la defensa de la productividad.

El proceso de traslación de esta libertad constitucional al campo regulatorio ordinario se ha venido produciendo desde la aprobación de aquella, si bien ha jugado un papel fundamental la integración de nuestro país en la entonces Comunidad Económica Europea, hoy UE.

Dentro de ese proceso, la transposición de la Directiva 2006/123/CE de servicios en el mercado interior ha sido un hito fundamental. Dicha transposición se realizó principalmente a través de dos normas: la Ley 17/2009<sup>23</sup> (conocida como "Ley paraguas"), y la Ley 25/2009<sup>24</sup> (conocida como "Ley ómnibus").

Como decíamos en la introducción, la perspectiva de los diez años transcurridos permite afirmar que el proceso de mejora de la regulación económica iniciado con la transposición de la Directiva de servicios no fue un hecho aislado, sino parte de un movimiento impulsor de la calidad normativa en todos los ámbitos.

En nuestra opinión, tres son los ejes principales en los que se ha fundado este proceso: el reconocimiento de los principios de buena regulación económica como fundamento de toda acción pública que incida sobre la actividad económica, el refuerzo de las instituciones encargadas de velar por la buena regulación y la eliminación de barreras a la actividad económica en la regulación sectorial.

### A) La extensión y concreción de los principios de buena regulación económica

En primer lugar, las leyes de trasposición de la Directiva de servicios marcaron el inicio del paulatino **reconocimiento y concreción de los principios de buena regulación económica en normas de rango legal** que tienen vocación de informar al conjunto de Administraciones públicas españolas.

---

<sup>22</sup> Obra ya citada (pág. 52).

<sup>23</sup> Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

<sup>24</sup> Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

La Ley 17/2009 consagró los principios de buena regulación económica para las actividades de servicios: necesidad (que la regulación que restrinja la libertad económica venga fundada en una razón imperiosa de interés general), proporcionalidad (que no haya un medio menos restrictivo de lograr los fines pretendidos) y no discriminación.

Posteriormente, varias normas han extendido estos principios al conjunto de la economía. Ya la Ley de Economía Sostenible (2011)<sup>25</sup> proclamaba que la acción de los poderes públicos debe estar guiada por, entre otros principios, la búsqueda de *"...marcos regulatorios que favorezcan la competencia y la eficiencia en los mercados de bienes y servicios, faciliten la asignación de los recursos productivos y la mejora de la productividad..."* (artículo 3). Y concretaba la Ley que *"En el ejercicio de la iniciativa normativa, el conjunto de las Administraciones Públicas actuará de acuerdo con los principios de necesidad, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, accesibilidad, simplicidad y eficacia"* (artículo 4.1, actualmente derogado).

Posteriormente, la Ley de garantía de la unidad de mercado (2013)<sup>26</sup> consideraba en su exposición de motivos que *"La Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sienta un precedente en materia de unidad de mercado para el sector servicios que se considera debe extenderse a todas las actividades económicas"*. Así, la Ley consagra el respeto a los principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación por la regulación que incida en cualquier actividad económica.

Posteriormente, han sido las leyes que regulan más directamente la acción de las Administraciones públicas las que han otorgado el espaldarazo definitivo a la aplicación de estos principios al conjunto de la regulación<sup>27</sup>.

Así, Ley de procedimiento administrativo común (2015)<sup>28</sup> prevé que *"En el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria, las Administraciones Públicas actuarán de acuerdo con los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, y eficiencia. En la exposición de motivos o en el preámbulo, según se trate, respectivamente, de anteproyectos de ley o de proyectos de reglamento, quedará suficientemente justificada su adecuación a dichos principios"* (artículo 129).

Y añade: *"En virtud de los principios de necesidad y eficacia, la iniciativa normativa debe estar justificada por una razón de interés general, basarse en una identificación clara de los fines perseguidos y ser el instrumento más adecuado para garantizar su consecución. En virtud del principio de proporcionalidad, la iniciativa que se proponga deberá contener la regulación imprescindible para atender la necesidad a cubrir con la norma, tras constatar que no existen otras medidas menos restrictivas de derechos, o que impongan menos obligaciones a los destinatarios"*.

Pero existen otros elementos que introduce dicha Ley que no son menos relevantes, y en este caso, además novedosos: por un lado, la exigencia de revisión periódica de las normas para adaptarla a los principios de buena regulación y para

---

<sup>25</sup> Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

<sup>26</sup> Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

<sup>27</sup> Es posible que sea aconsejable en todo caso la inclusión de estos principios en una hipotética reforma de la Carta magna. Perdería sentido así el análisis de inconstitucionalidad realizado por la STC 55/2018 de 24 de mayo, que anula la imposición de estos principios por la Ley 39/2015 en el ámbito autonómico. En cualquier caso, las Comunidades Autónomas han asumido buena parte de estos principios en sus propias normativas autonómicas, con lo que el efecto práctico real de esta inconstitucionalidad es muy limitado. Para un análisis de la aplicación de dichos principios de mejora regulatoria en el ámbito local, puede consultarse el artículo de C. Prieto "La mejora regulatoria en el ámbito de las entidades locales" Revista de Economía ICE. nº 907 marzo-abril 2019.

<sup>28</sup> Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

comprobar la medida en que las normas en vigor han conseguido los objetivos previstos y si estaba justificado y correctamente cuantificado el coste y las cargas impuestas en ellas. Por otro, la planificación normativa, ya que anualmente, las Administraciones Públicas harán público un Plan Normativo<sup>29</sup> que contendrá las iniciativas legales o reglamentarias que vayan a ser elevadas para su aprobación en el año siguiente.

Como corolario, se afirma que las Administraciones Públicas cooperarán para promocionar el análisis económico en la elaboración de las normas y, en particular, para evitar la introducción de restricciones injustificadas o desproporcionadas a la actividad económica.

En esta misma línea se expresa la Ley de régimen jurídico del sector público (2015)<sup>30</sup>, que en su artículo 4 establece que *"Las Administraciones Públicas que, en el ejercicio de sus respectivas competencias, establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán aplicar el principio de proporcionalidad y elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias. Asimismo deberán evaluar periódicamente los efectos y resultados obtenidos"*.

Junto con este movimiento de extensión de los principios de buena regulación a todos los ámbitos de la regulación económica, debe señalarse el esfuerzo llevado a cabo por concretar tales principios. En particular, debe destacarse el Real Decreto 1083/2009<sup>31</sup>, que tenía por objeto precisar el contenido de las memorias, estudios e informes que deben acompañar a los anteproyectos de ley y a los proyectos de reglamento. Se pretendía garantizar que a la hora de elaborar y aprobar un proyecto normativo se cuente con la información necesaria para estimar el impacto de aquél. Y toda esa información se reuniría en un documento único, titulado Memoria del análisis de impacto normativo (MAIN). No es casualidad que se aprobara en el mismo año (2009) en que se realizó la transposición al derecho interno de la Directiva de servicios. Como complemento, el Consejo de Ministros<sup>32</sup> aprobó una Guía Metodológica que pretendía servir de orientación a los Departamentos ministeriales.

Tanto el Real Decreto 1083/2009 como la Guía Metodológica han contribuido a la mejora de la calidad de las normas y han permitido asentar en la cultura administrativa española la importancia del análisis y evaluación ex ante de los impactos, como instrumento indispensable en toda política regulatoria.

Estas normas se han actualizado recientemente por el Real Decreto 931/2017<sup>33</sup>, con el objeto declarado de reforzar la participación de los ciudadanos en la elaboración de las normas<sup>34</sup>, la seguridad jurídica y la evaluación periódica del ordenamiento jurídico. La norma introduce aspectos novedosos como el estudio del engarce con el Derecho de la Unión Europea en el análisis jurídico, el estudio sobre la unidad de mercado y la competitividad y la realización del test pyme. También se regula la

---

<sup>29</sup> Ver artículo 132 de la citada Ley 39/2015. Una vez aprobado, el Plan Anual Normativo se publicará en el Portal de la Transparencia de la Administración Pública correspondiente.

<sup>30</sup> Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

<sup>31</sup> Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la *memoria del análisis de impacto normativo*.

<sup>32</sup> Acuerdo de Consejo de Ministros de 11 de diciembre de 2009.

<sup>33</sup> Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo.

<sup>34</sup> La participación de los ciudadanos y empresas en la elaboración normativa presenta aspectos positivos y negativos. Para un análisis de estos últimos, y en especial, de la actuación de los lobbies o grupos de interés puede consultarse el reciente libro del catedrático de Derecho administrativo J. Ponce titulado "Mejora de la Regulación, Lobbies y Huella Normativa". Editorial Tirant lo Blanch (2019).



evaluación de los resultados de la aplicación de la norma, o evaluación *ex post*<sup>35</sup>, de manera que se amplía el ámbito de análisis desde un enfoque exclusivo *ex ante* que recogía el Real Decreto anterior a otro más integral, conectándolo con sus efectos prácticos reales. Otro aspecto destacable es que las memorias serán accesibles públicamente<sup>36</sup>.

### B) *El refuerzo de la estructura institucional*

El segundo elemento definitorio del impulso de la calidad de la regulación en España ha sido el refuerzo institucional.

Cierta expectativa generó en su momento la creación de la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios (AEVAL), que ha dejado de estar operativa desde su disolución por el Real Decreto 769/2017, de 28 de julio<sup>37</sup>.

Mayor trascendencia teórica y práctica ha tenido el trabajo realizado por las Autoridades de competencia, tanto en el ámbito estatal como autonómico, que han desarrollado notables esfuerzos para velar por la aplicación efectiva de los principios de buena regulación a través de la actividad de promoción de la competencia. Esta actividad se ha desarrollado en un marco de cooperación que a nuestro juicio ha ofrecido muy buenos frutos.

Ha sido esta una labor que ha pretendido expandir el grado de conocimiento de los principios de buena regulación por las Administraciones Públicas desde una perspectiva más apegada al convencer que al imponer. Muestra de ello es que los informes y estudios elaborados en el ámbito de la promoción de la competencia y la regulación económica eficiente por las Autoridades de competencia son públicos, si bien no tienen carácter vinculante. En cualquier caso, dicha labor no solo se ha formulado desde una óptica meramente consultiva, sino que, en determinados casos, ha llevado al ejercicio de la legitimación activa ante los tribunales. En este punto, nos remitimos al apartado III de este artículo, donde se recogen las principales actuaciones llevadas a cabo, en este caso, por la Autoridad de competencia estatal.

Adicionalmente, cabe referirse a la creación de la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa (OCCN)<sup>38</sup>. La Oficina tiene un papel fundamental, pues debe analizar los proyectos normativos con el objeto de "*asegurar la coordinación y la calidad de la actividad normativa del Gobierno*"<sup>39</sup>.

El informe de la Oficina se centrará en valorar la calidad técnica de la propuesta normativa (directrices de técnica normativa, derogación expresa de otras normas), examinar la congruencia de la iniciativa con el ordenamiento jurídico (nacional o de la UE) y evaluar el contenido de la MAIN (en especial, comprobar el cumplimiento de los principios de buena regulación de la Ley 39/2015), así como analizar el cumplimiento o la reducción de cargas administrativas.

---

<sup>35</sup> En este sentido, debe tenerse en cuenta que el artículo 25.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, señala que el Plan Anual Normativo identificará las normas que habrán de someterse a un análisis sobre los resultados de su aplicación, señalándose en el artículo 28.2 que dicha evaluación se realizará en los términos y plazos previstos en la memoria del análisis de impacto normativo.

<sup>36</sup> Las Administraciones Públicas, en el ámbito de sus competencias, publicarán: [...] d) Las memorias e informes que conformen los expedientes de elaboración de los textos normativos, en particular, la memoria del análisis de impacto normativo regulada por el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio.

<sup>37</sup> Pasando sus funciones a ser asumidas por la Secretaría de Estado de Función Pública, a través del Instituto para la Evaluación de Políticas Públicas y de la Dirección General de Gobernanza Pública.

<sup>38</sup> Por el Real Decreto 771/2017, de 28 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de la Presidencia y para las Administraciones Territoriales. Cuenta además con un Real Decreto 1081/2017, de 29 de diciembre, que regula su régimen de funcionamiento. Para un mejor conocimiento de sus funciones puede consultarse el artículo publicado por R. Sánchez, F. Bueno y A. García con el título "La evaluación *ex ante*. Una visión de la Oficina de coordinación y calidad normativa", Revista de economía ICE nº 907 marzo-abril 2019.

<sup>39</sup> Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, artículo 26.9.

Sin perjuicio de la falta de visibilidad de sus informes, que no se hacen públicos, en un reciente artículo publicado por sus integrantes<sup>40</sup>, se afirma que: “[...] *la OCCN se ha visto obligada a recordar con cierta frecuencia la necesidad de que las memorias incorporen un más completo análisis del impacto económico en sus diversos aspectos: general, sectorial, sobre la competitividad, la competencia y la unidad de mercado [...]*”.

Se comparte completamente este último diagnóstico, el referido a las carencias que plantean las MAIN en cuanto al análisis de impacto sobre la competencia se refiere. Son habituales los casos que abiertamente afirman que no contienen restricciones a la competencia o incluso que los efectos potenciales son positivos para la competencia. Y la realidad es que muchos de estos casos esconden restricciones a la competencia muy evidentes que desgraciadamente no siempre son identificadas y, en su caso, corregidas a tiempo.

Por último, cabe señalar que también algunas Comunidades Autónomas<sup>41</sup> cuentan con oficinas de esta naturaleza, por lo que el grado de expansión de los principios mejorará notablemente.

### *C) La racionalización de la regulación sectorial*

Finalmente, parece oportuno resaltar que el proceso de transposición de la Directiva de servicios no se limitó a transponer los dictados de aquella, sino que **abrió un proceso de reformas en nuestro país que excedió incluso el ámbito de aplicación inicial** de la propia normativa europea. Un buen ejemplo de ello lo tenemos con el transporte que, estando excluido de la Directiva UE, fue objeto de reforma regulatoria utilizando los instrumentos propios de los principios de buena regulación.

Como en los supuestos anteriores, cabe señalar que el impulso a la revisión de barreras a la actividad económica en la regulación sectorial no se detuvo con la trasposición de la Directiva de servicios, sino que ha sido un proceso mantenido en años posteriores. Son destacables, en este sentido, los esfuerzos de revisión de normas tras la aprobación de la Ley de garantía de la unidad de mercado.

En cualquier caso, debe resaltarse que es un proceso inacabado, por cuanto existen sectores en los que todavía sigue pendiente una reforma en profundidad desde la óptica de la regulación económica eficiente. Sectores como los servicios profesionales, la distribución comercial, los transportes o la contratación pública, entre otros muchos, han sido objeto de análisis crítico por las Autoridades de competencia en España por la existencia de barreras en su regulación. A ello dedicamos parte de nuestra atención en el siguiente apartado.

## **III. EL PAPEL JUGADO POR LA AUTORIDAD DE COMPETENCIA ESPAÑOLA**

La búsqueda de una mejor regulación a través de la función de promoción de la competencia por la autoridad de competencia tiene en España una larga tradición. El primer antecedente puede encontrarse en la Ley de Defensa de la Competencia de 1989<sup>42</sup>, que otorgaba al Tribunal de Defensa de la Competencia funciones de carácter consultivo y emisión de informes en relación con el marco regulatorio<sup>43</sup>. Entre los años 1992 y 1995, el Tribunal publicó tres informes<sup>44</sup> que describían exhaustivamente la rigidez de la regulación en los sectores de servicios en España y proponían numerosas

<sup>40</sup> R. Sánchez, F. Bueno y A. García, obra ya citada.

<sup>41</sup> Como, por ejemplo, la oficina de calidad normativa de la Comunidad de Madrid.

<sup>42</sup> Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

<sup>43</sup> Artículos 2.2 y 26 de la Ley 16/1989.

<sup>44</sup> Informe sobre el libre ejercicio de las profesiones” (1992), “Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios” (1993) y “La competencia en España: balance y nuevas propuestas” (1995)

reformas liberalizadoras<sup>45</sup>. Buena parte de estas propuestas se llevaron a cabo en los años siguientes. No obstante, la actividad de promoción de la competencia en relación con la mejora de la regulación declinó notablemente en los años posteriores<sup>46</sup>.

La Ley de Defensa de la Competencia (LDC) de 2007<sup>47</sup> reforzó notablemente la función de promoción de la competencia en relación con la mejora de la regulación. Se recuperó el papel consultivo de la Autoridad de competencia en el proceso de elaboración de normas<sup>48</sup> y se le otorgó la capacidad de impugnar las normas restrictivas de la competencia ante los tribunales<sup>49</sup>. Desde un punto de vista institucional, se creó la Dirección de Promoción de la Competencia dentro de la nueva Comisión Nacional de la Competencia (CNC, antecesora de la actual CNMC) para el ejercicio de estas funciones. El resultado fue una notable recuperación de la actividad de promoción de la competencia, y en particular en relación con la mejora de la regulación<sup>50</sup>.

La Ley de creación de la CNMC de 2013<sup>51</sup> reordenó y sintetizó las atribuciones legales de la autoridad de competencia para evaluar y proponer mejoras normativas, pero no alteró en lo sustantivo las capacidades de promoción de la competencia. Sin embargo, otra Ley aprobada ese mismo año, la Ley de garantía de la unidad de mercado, reforzó notablemente las capacidades de la CNMC para contribuir a la mejora regulatoria, atribuyéndole nuevas funciones.

Así, la CNMC dispone de un elenco de instrumentos para promover la mejora de la regulación: los estudios y guías, los informes de promoción, las impugnaciones de competencia y los mecanismos de unidad de mercado (informes e impugnaciones). La tabla 1 recoge las principales características de estos instrumentos.

**Tabla 1. Principales herramientas de la CNMC en relación con la mejora regulatoria**

Instrumento	Base legal	Inicio	Facultades de investigación	Objetivo
Estudios	Artículos 5.1.h y 5.2 Ley 3/2013	De oficio <sup>52</sup> A petición del sector público	Reuniones Consultas públicas Requerimientos de información	Recomendaciones de reforma regulatoria Orientación a reguladores
Guías				
Informes de promoción	Artículos 26 y 28 Ley 20/2013	De oficio		
Informes de unidad de mercado	Artículo 5.4 Ley 3/2013	De oficio		Anulación de normas o actos
Impugnaciones de competencia	Artículo 27 Ley 20/2013	De oficio A petición de los operadores económicos		Anulación de normas o actos
Impugnaciones de unidad mercado				

Fuente: elaboración propia

<sup>45</sup> Entre los sectores analizados en estos informes, destacan los de telecomunicaciones, transportes, energía eléctrica, suelo urbano, servicios profesionales, banca al por menor, puertos, distribución de carburantes, cines y farmacias.

<sup>46</sup> López Vallés, J. (2019): "La Mejora de la Regulación como elemento central de la política de competencia". En INFORMACION COMERCIAL ESPAÑOLA (ICE): REVISTA DE ECONOMÍA Nº 907 (marzo-abril 2019). Monográfico sobre "La Mejora de la Regulación".

<sup>47</sup> Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

<sup>48</sup> Artículo 25 Ley 15/2007: "...En todo caso, la Comisión Nacional de la Competencia dictaminará sobre: a) Proyectos y proposiciones de normas que afecten a la competencia...".

<sup>49</sup> Artículo 12.3 Ley 15/2007: "La Comisión Nacional de la Competencia está legitimada para impugnar ante la jurisdicción competente actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados".

<sup>50</sup> López Vallés, J. (2019), op. cit.

<sup>51</sup> Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

<sup>52</sup> El hecho de que la actuación sea de oficio no excluye que se produzca tras a raíz de la información aportada por un tercero: una Administración pública, un operador económico o un consumidor, por ejemplo.

Desde 2007, la actividad de la CNMC (en este caso y en lo sucesivo, las referencias a la CNMC englobarán también a su predecesora la CNC) dirigida a la mejora de la regulación ha sido muy intensa, como puede apreciarse en los gráficos 1 y 2.

Desde 2008, la CNMC ha elaborado 45 estudios y guías (gráfico 1)<sup>53</sup>, lo que supone una media de entre 3 y 4 actuaciones al año. Los estudios y guías tienen un valor muy relevante en la mejora de la calidad de la regulación. Los estudios suponen revisiones en profundidad de un sector económico, con el propósito de detectar barreras de entrada o de ejercicio de la actividad económica que no resulten justificadas y dar orientaciones al sector público para la mejora de la regulación. Las guías tienen un carácter más práctico, al dar pautas concretas de actuación a los reguladores, en materias como la elaboración de memorias de competencia, el aprovisionamiento público.

En paralelo, desde 2008 la CNMC ha publicado 285 informes de competencia (gráfico 1)<sup>54</sup>. Estos informes se refieren a normas individuales (228), a consultas generales (28) o a licitaciones públicas (29).

Los informes sobre normas se elaboran principalmente a petición del Gobierno o los Ministerios<sup>55</sup> como parte del proceso de elaboración de las normas, y su principal valor añadido radica en detectar aquellos preceptos que introducen restricciones injustificadas sobre la competencia, proponiéndose bien su supresión, bien su sustitución por una forma menos lesiva de intervención. Es importante señalar que la CNMC tiene capacidad para elaborar estos informes no solo a petición del órgano impulsor de la norma, sino también de oficio, y en relación tanto a normas en proceso de aprobación como a normas ya aprobadas. Ello refuerza la detección de potenciales problemas sobre la competencia, al combinar los esfuerzos en este sentido del órgano impulsor de la norma con los de la CNMC. Así, del conjunto de informes sobre normas aprobados por la CNMC, en torno al 7% han sido elaborados de oficio por la CNMC.

Los informes sobre consultas generales se refieren a cuestiones de tipo regulatorio no circunscritas a una norma concreta. Típicamente, estos informes permiten a una Administración pública conocer la opinión de la CNMC sobre los riesgos sobre la competencia de diferentes opciones regulatorias en las etapas más tempranas del proceso de elaboración de normas. El valor añadido de estos informes sobre la calidad de la regulación es enorme, ya que identifica problemas en una etapa muy temprana, y permite por tanto enfocar toda la acción regulatoria hacia las soluciones más consistentes con el respeto a los principios de buena regulación económica.

Los informes sobre licitaciones públicas no abordan específicamente cuestiones regulatorias, sino que analizan posibles restricciones a la competencia en los borradores de pliegos de contratación. Ahora bien, su valor informativo sobre la regulación es incuestionable, ya que permiten identificar problemas que se reproducen con carácter sistemático en las contrataciones públicas y abordar posibles mejoras en la regulación para evitar de forma anticipada estos problemas.

---

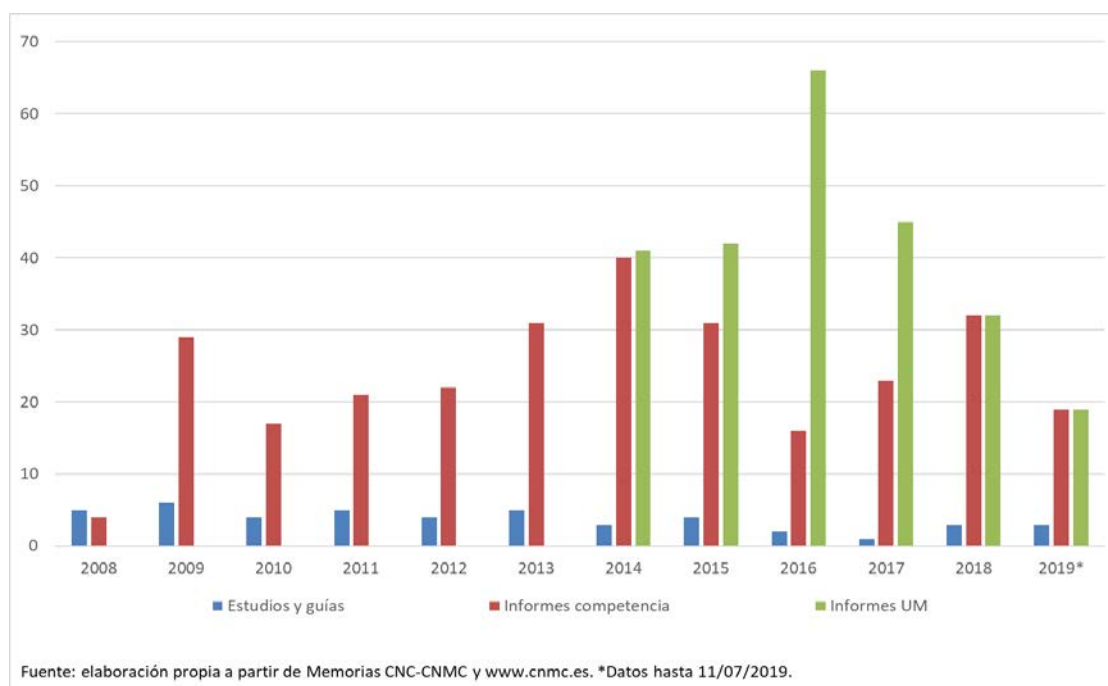
<sup>53</sup> Esta cifra incluye todos los informes que la CNMC publica bajo las referencias E y G y también los informes PRO que analizan problemáticas sectoriales en profundidad. Datos hasta julio de 2019.

<sup>54</sup> Esta cifra incluye todos los informes que la CNMC ha publicado bajo las referencias IPN, INF, IP y PRO de promoción de la competencia. Datos hasta julio de 2019.

<sup>55</sup> Aunque el Gobierno y los departamentos ministeriales son los principales demandantes de esta clase de informes, el artículo 5.2 de la Ley 3/2013 prevé que puedan solicitar informe a la CNMC también las Cámaras Legislativas, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones Locales, los Colegios Profesionales, las Cámaras de Comercio y las Organizaciones Empresariales y de Consumidores y Usuarios.

Finalmente, los informes de unidad de mercado responden a solicitudes de la Secretaría para el Consejo de la Unidad de Mercado en el contexto de los mecanismos previstos en los artículos 26 y 28 de la Ley 20/2013. En ellos, la CNMC valora la existencia de obstáculos regulatorios o administrativos desde la óptica de su ajuste a los principios de la ley de garantía de la unidad de mercado. Desde 2014, la CNMC ha elaborado 245 informes de esta clase (gráfico 1).

**Gráfico 1. Actividad de la CNMC en relación con la mejora regulatoria (1): estudios, guías e informes de competencia y unidad de mercado (2008-2019\*)**



Mención aparte merecen las impugnaciones. La Ley de defensa de la competencia de 2007 legitimó a la CNMC para poder impugnar ante los tribunales aquellas normas de rango inferior a ley y actuaciones de las Administraciones públicas que introduzcan distorsiones sobre la competencia en los mercados<sup>56</sup>. Aunque esta vía de impugnaciones se utilizó de manera muy prudente en los primeros años (entre 2008 y 2014, se plantearon 4 impugnaciones), en los últimos años se ha planteado con mayor frecuencia, de manera que hasta la fecha la CNMC ha planteado 18 impugnaciones de normas y actuaciones públicas que contenían restricciones de la competencia injustificadas (gráfico 2).

En paralelo, la Ley de garantía de la unidad de mercado de 2013 reforzó la capacidad impugnatoria de la CNMC al prever un mecanismo por el que, de oficio o a petición de los operadores económicos, la CNMC puede impugnar cualquier norma o actuación administrativa que restrinja las libertades de establecimiento o circulación. Este mecanismo se ha utilizado muy activamente, habiéndose planteado 49 impugnaciones desde 2014 (gráfico 2).

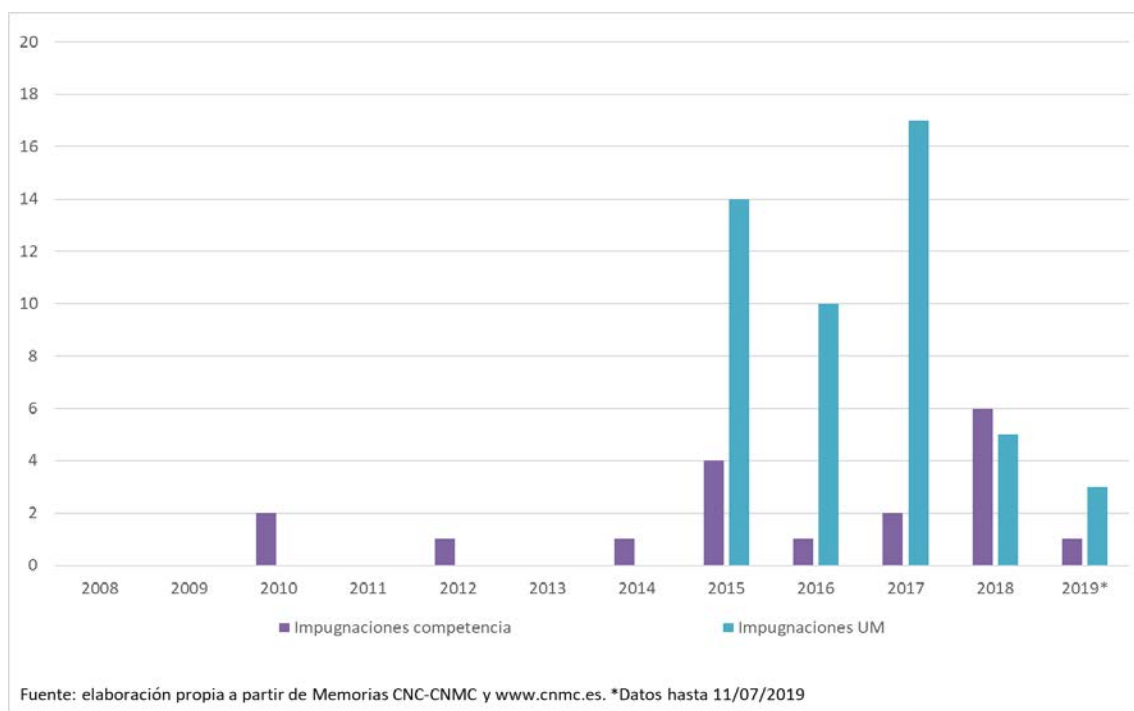
La capacidad de la CNMC para impugnar ha resultado ser un medio muy efectivo para mejorar y promover la calidad de la regulación económica y de la intervención pública en general.

<sup>56</sup> Actualmente la base legal reside en el artículo 5.4 de la Ley 3/2013.

Las impugnaciones tienen un efecto directo, ya que si prosperan consiguen la anulación de una restricción pública injustificada. De las 18 impugnaciones de competencia que se han planteado desde 2008, 7 están ya resueltas con carácter firme, y en todas ellas la CNMC ha logrado su pretensión de anular los preceptos más problemáticos. Así, se han eliminado disposiciones anticompetitivas en la regulación nacional sobre instalaciones eléctricas, en la regulación de viviendas turísticas de Madrid y Canarias, en las concesiones de rutas interurbanas de transporte de viajeros en autobús de Galicia y Comunidad Valenciana, en la apertura de establecimientos comerciales en Mallorca o en las instrucciones sobre contratación pública de Cataluña.

Pero, más allá de este efecto directo, el verdadero valor de las impugnaciones está en el refuerzo del papel de control de la CNMC sobre la calidad de las normas. La capacidad impugnatoria dota de mayor fuerza a las recomendaciones de la CNMC y supone una llamada de atención a las Administraciones públicas sobre la importancia de evitar distorsiones injustificadas sobre la competencia en sus actuaciones.

### Gráfico 2. Actividad de la CNMC en relación con la mejora regulatoria (2): impugnaciones de competencia y por unidad de mercado (2008-2019\*)



Más allá de las cifras concretas, la contribución de la CNMC a la mejora de la calidad regulatoria en España puede resumirse en los siguientes puntos:

- La CNMC ha ejercido un notable papel orientador sobre la calidad regulatoria en España, mediante una doble vía. Por un lado, la CNMC ha asumido un rol de guía para las Administraciones públicas mediante la publicación de guías y estudios orientadores sobre la regulación general y de sectores concretos. Por otro lado, la actividad consultiva e impugnatoria de la CNMC ha contribuido a descender los principios generales de la regulación (evitar distorsiones de la competencia, necesidad, proporcionalidad, no discriminación) a los casos concretos, orientando la acción reguladora del sector público.
- La CNMC ha facilitado la detección de numerosas trabas a la actividad económica que no estaban convenientemente justificadas. La actividad de la CNMC ha

llevado en muchos casos a que las Administraciones revisasen normativas para eliminar las trabas no justificadas, a que las sustituyesen por formas menos lesivas de intervención y a que se mejorase la justificación de las restricciones que se han mantenido en la regulación.

- La CNMC ha contribuido a identificar sectores y áreas de actividad donde existían necesidades de revisión de la regulación para responder eficazmente a los retos existentes. Por un lado, la CNMC ha identificado sectores donde es preciso revisar la regulación existente porque las necesidades que la motivaron han desaparecido. Es el caso del sector hotelero<sup>57</sup>, del sector financiero<sup>58</sup> o del sector de los taxis y las VTC<sup>59</sup>. Por otro lado, la CNMC ha identificado sectores donde es preciso reforzar la regulación para mitigar problemas de competencia, como el sector agroalimentario<sup>60</sup> o el sector financiero<sup>61</sup>.

#### IV. RETOS PENDIENTES PARA EL FUTURO

La complejidad del proceso de mejora regulatoria determina que se configure necesariamente como un *organismo vivo*, de forma que pueda adaptarse a los diferentes ecosistemas en que pueda aplicarse. Ya se ha señalado anteriormente cómo los diferentes países, en función de sus propias sensibilidades, priorizan ciertos aspectos frente a otros, dentro de un acervo común. En este apartado se ofrece un recorrido por alguno de los retos que se avecinan desde el punto de vista regulatorio.

En primer lugar, suscita ciertas dudas la **forma de hacer frente a la nueva revolución industrial<sup>62</sup> que ofrece la digitalización**. Dichas dudas residen básicamente en si son válidos los instrumentos existentes o si, por el contrario, se necesitan adaptaciones o modulaciones de aquellos para hacer frente a las tecnologías disruptivas<sup>63</sup> que han aparecido en los últimos años. En definitiva, decidir en qué momento se hace necesaria la intervención del regulador, el punto crítico a partir del cual algo deja de ser demasiado pequeño para preocupar para convertirse en algo demasiado grande para ignorarlo<sup>64</sup>.

Cabe señalar, no obstante, que en otros países se están produciendo ciertos movimientos interesantes. En marzo de 2019, el Parlamento británico<sup>65</sup> señalaba que el marco regulatorio aplicable a los servicios digitales debía ser revisado porque había fallado en dos de sus objetivos: no ha servido para prevenir daños online en las redes (por ejemplo, con la proliferación de las noticias falsas o los discursos de odio) y no ha

---

<sup>57</sup> Ver CNMC (2018), Estudio sobre la regulación de las viviendas de uso turístico en España (E/CNMC/003/18).

<sup>58</sup> Ver CNMC (2018), Estudio sobre el impacto en la competencia de las nuevas tecnologías en el sector financiero (Fintech) (E/CNMC/001/18).

<sup>59</sup> Ver CNMC (2019), Informe sobre el Real Decreto-ley 13/2018, de 28 de septiembre, que modifica la LOTT en materia de arrendamiento de vehículos con conductor (PRO/CNMC/003/18).

<sup>60</sup> Ver CNMC (2011), Informe sobre las relaciones entre fabricantes y distribuidores en el sector alimentario (E/2010/04).

<sup>61</sup> Ver Estudio sobre el impacto en la competencia de las nuevas tecnologías en el sector financiero (Fintech) (E/CNMC/001/18).

<sup>62</sup> A la que algunos autores (por ejemplo, Klaus Schwab, fundador del Foro Económico Mundial) denominan la Cuarta Revolución Industrial se basa en la Revolución Digital, la cual representa nuevas formas en que la tecnología se integra en las sociedades e incluso en el cuerpo humano. Está marcada por los avances tecnológicos emergentes en varios campos, que incluyen: robótica, inteligencia artificial, nanotecnología, computación cuántica, biotecnología, Internet de las cosas, impresión 3D y vehículos autónomos.

<sup>63</sup> Es aquella tecnología que conduce a la aparición de productos y servicios que buscan una ruptura brusca con la tecnología dominante a fin de competir contra ella, buscando una progresiva consolidación en un mercado.

<sup>64</sup> Armstrong P. "Financial technology. Applications within the security sector" (2017).

<sup>65</sup> En concreto la Cámara de los Lores, a través de un informe elaborado por el comité de comunicaciones. <https://www.parliament.uk/business/committees/committees-a-z/lords-select/communications-committee/news-parliament-2017/internet-regulation-report-publication/>.

promovido de forma efectiva la competencia en los servicios digitales, ya que unas pocas compañías dominan el mundo digital.

Para corregir esta situación, se plantea una estrategia basada en diez principios (Tabla 2), ya que se considera que la aproximación al problema es más factible desde la óptica de los principios que desde el enfoque más tradicional de un texto articulado para evitar una desactualización prematura.

**Tabla 2. Principios del Parlamento británico para la regulación en el ámbito digital<sup>66</sup>**

Principio	Descripción
Parity / igualdad	La regulación debería buscar obtener idénticos resultados en línea (online) y fuera de línea (offline)
Accountability / rendición de cuentas	Procedimientos a implantar deben asegurar que tanto los individuos como las organizaciones respondan por sus decisiones
Transparency / transparencia	Las grandes compañías y organizaciones que operan en el mundo digital deben ser abiertas, facilitando su control
Openness / apertura	La red debe estar abierta a la innovación y la competencia
Privacy / privacidad	La privacidad de los individuos debe ser protegida
Ethical design / componente ético	El interés de los usuarios y de la sociedad en su conjunto debe ser prioritario en la prestación de los servicios
Recognition of childhood / protección de la infancia	Debe garantizarse la protección de los usuarios más desprotegidos
Respect of human rights and equality / respeto de los derechos humanos e igualdad	La libertad de expresión y de información deben ser aseguradas
Education and awareness raising / educación y sensibilización	Se debe garantizar una navegación digital segura
Democratic accountability, proportionality and evidence-based approach / responsabilidad democrática, proporcionalidad y aproximación basada en pruebas	Debe haber un enfoque más estratégico que puramente reactivo a eventos o hechos acaecidos. La decisión sobre regular o no los servicios digitales debe estar basada en una aproximación basada en evidencias, siendo consciente de las posibles consecuencias

Este decálogo de principios podría ser razonable en cualquier sociedad democrática avanzada, si bien la mayor parte de los principios ya existen en el ordenamiento jurídico nacional y europeo, siendo por tanto plenamente aplicables. En cualquier caso, no está garantizado que con ellos se solucionen las dos carencias que se señalaban al comienzo, y muy especialmente el hecho de que la regulación no ha promovido de forma efectiva la competencia en los servicios digitales, provocando posiciones de dominio. Ello lleva a

<sup>66</sup> Traducción libre.



considerar que el resto de autoridades competentes en este punto, y muy especialmente las autoridades de competencia, pueden y deben jugar un papel relevante en este proceso.

Cabe preguntarse qué se debe esperar de las autoridades reguladoras ante estos fenómenos. La posición que ha mantenido la CNMC en sus informes<sup>67</sup> se puede resumir en los siguientes párrafos:

Primero, que la respuesta por parte de las autoridades no tiene por qué consistir en más regulación para los nuevos entrantes, sino que podría centrarse en reducir los requisitos para los operadores tradicionales, cuando estos requisitos sean innecesarios o desproporcionados.

Segundo, que debe plantearse una respuesta regulatoria si se constata la existencia de fallos de mercado (como la presencia de externalidades negativas, información asimétrica u otros), es decir, si el mercado por sí mismo no puede alcanzar los objetivos de interés público predeterminados y si esos objetivos persiguen el interés general de la sociedad en su conjunto, no el interés de un grupo de operadores económicos.

Tercero, que, conforme a los principios de regulación económica eficiente, toda intervención que restrinja la competencia debe basarse en la existencia de razones imperiosas de interés general y ser necesaria, proporcionada y no discriminatoria. No caben entre tales razones las motivaciones de carácter económico, como puede ser la protección de los intereses de los operadores instalados.

Cuarto, que no basta con relacionar las razones imperiosas de interés general que supuestamente justifican la intervención (seguridad pública, medio ambiente...), sino que debe fundamentarse y probarse documentalmente en qué medida la intervención decidida es la mejor opción para proteger esas razones alegadas. De lo contrario, se estaría pasando de un supuesto fallo de mercado a un evidente fallo regulatorio.

En este sentido, cabe reseñar que las Administraciones Públicas españolas han afrontado estos fenómenos disruptivos normalmente regulándolos desde un enfoque altamente restrictivo, siendo ejemplos paradigmáticos el del transporte de viajeros y el de los alojamientos turísticos.

Sin perjuicio de lo anterior, esta nueva revolución digital ha creado unos operadores de gran tamaño con poder de mercado creciente en entornos de negocio novedosos. En ocasiones, ello debe llevar a considerar medidas directas de intervención por la vía de la regulación<sup>68</sup>, sin renunciar al control ex post a través de la persecución de conductas anticompetitivas.

En otro orden de cosas, existen otras cuestiones que están llamadas a convertirse en probablemente habituales en los próximos años, como es el caso de los denominados bancos de pruebas regulatorios (o *regulatory sandboxes*)<sup>69</sup> o de los avances producidos

---

<sup>67</sup> A modo de ejemplo, puede consultarse el IPN/CNMC/019/19 sobre el proyecto de reglamento del Consell insular de Formentera por el que se desarrolla la actividad de comercialización de estancias turísticas en viviendas.

<sup>68</sup> Un buen ejemplo de ello sería la información financiera que disponen las entidades bancarias, analizado en el estudio CNMC sobre FINTECH [E/CNMC/001/18](#) (págs. 51 y siguientes).

<sup>69</sup> Puede consultarse el post de J. Ponce "Buen gobierno regulatorio, derecho a una buena administración y living labs" (2019)

de la mano de la psicología cognitiva y, a través de ella, de la Economía y el Derecho conductual, con la técnica del *nudging*<sup>70</sup>

Por lo que se refiere a los bancos de pruebas regulatorios, serían aquellos que plantean una modulación de los requisitos de acceso al mercado para determinados modelos de negocio con un fuerte componente innovador, al menos durante un plazo limitado, lo que permite al regulador reflexionar sobre la respuesta regulatoria más adecuada. Cabe mencionar que existe actualmente un proyecto normativo, el anteproyecto de ley de medidas para la transformación digital del sistema financiero, que contempla su posible puesta en marcha en dicho ámbito<sup>71</sup>.

Resulta igualmente de interés comentar la existencia de otras iniciativas de discusión para la mejora regulatoria. Un buen ejemplo de ello pueden ser los *living-labs* como espacios físicos, virtuales o espacios de interacción, donde diferentes colectivos (empresas, organismos públicos, universidades...), colaboran en la creación, validación y ensayo de nuevas tecnologías, servicios, productos.

Por lo que se refiere a los avances en la utilización del *nudging*, puede tener una trascendencia realmente interesante en los próximos años, en la medida en que, por ejemplo, se analicen las inercias conductuales de los empleados públicos cuando no sólo ejercen facultades regulatorias sino cuando ejecutan otras actuaciones de alta relevancia económica, como el aprovisionamiento público. Las aportaciones que desde el campo de la economía se pueden generar pueden y deben ser aprovechadas por el regulador.

En segundo lugar, debe realizarse una reflexión acerca de la **estructura de gobernanza** que sería deseable para llevar a cabo todas estas actividades de mejora regulatoria. El anteriormente mencionado informe del parlamento británico reseñaba que el régimen de gobernanza pública existente en su país debía ser objeto de modificación, proponiendo la creación de una nueva autoridad reguladora (*a Digital Authority*) para hacerse cargo de la regulación del sector de forma global. Se alegaba que la actual regulación estaba excesivamente compartimentada ya que hay más de doce autoridades potencialmente responsables de su regulación y control, existiendo lagunas al mismo tiempo que duplicidades.

Ciertamente, es posible que el ámbito digital, por el mero hecho de serlo, no justifique de por sí la existencia de una estructura administrativa separada de la del resto de reguladores existentes, a modo de autoridad de regulación *digital*. En cualquier caso, sea cual sea el modelo elegido, parecería más interesante asegurar los elementos que debería ostentar dicha autoridad para cumplir con el deber que se le asigne: la capacidad suficiente (no sólo jurídica sino económica y científico-técnica) de medios humanos y materiales para afrontar con garantías técnicas la elaboración de informes o dictámenes de evaluación de impacto regulatorio, una imprescindible independencia de criterio respecto a los órganos proponentes de proyectos normativos, la transparencia y publicidad de sus actuaciones (sus informes deben hacerse públicos) y la capacidad de veto (al menos a nivel administrativo) para paralizar propuestas normativas que atenten contra los principios de buena regulación.

---

<sup>70</sup> R. Thaler fue premiado con el Nobel de Economía en 2017, por "su contribución a la economía conductual", siendo coautor del libro "**Un pequeño empujón**: el impulso que necesitas para tomar mejores decisiones sobre salud, dinero y felicidad" (2008), junto a C. Sunstein. Esta variante de la economía clásica se encarga de la investigación científica en las tendencias cognitivas y emocionales humanas y sociales para una mejor comprensión de la toma de decisiones económicas.

<sup>71</sup> Para un análisis en profundidad del sector financiero digital (FINTECH) puede consultarse el estudio ya citado [E/CNMC/001/18](https://www.cnmv.es/E/CNMC/001/18).

## V. CONCLUSIONES

El proceso de mejora regulatoria que se ha vivido en España en estos diez últimos años, desde la transposición de la Directiva UE de servicios, ha sido un proceso de largo alcance y recorrido, fundado en tres ejes principales: la extensión y concreción de los principios de buena regulación económica, el refuerzo institucional de los organismos encargados de velar por la buena regulación y la eliminación de barreras regulatorias en los sectores económicos.

En este tiempo, la Autoridad de Competencia española ha tenido un papel muy relevante a la hora de orientar a la Administración Pública sobre los cambios normativos que debían producirse, tanto respecto a las medidas instrumentales para realizar correctamente las evaluaciones de impacto regulatorio como respecto a las regulaciones de fondo que condicionan el acceso y ejercicio de la actividad económica. Y todo ello a través de las vías de actuación que ofrece la función de la promoción de la competencia.

Una lección aprendida a lo largo de este proceso es que gran parte del camino está todavía por recorrer. Como ejemplo del síntoma, España está todavía por debajo de la media de la OCDE en una serie de indicadores que tratan de medir el grado de calidad de las evaluaciones realizadas. El impulso reformista llevado a cabo en los últimos diez años para revisar barreras injustificadas en la regulación debe continuarse y extenderse a todos los sectores.

Máxime cuando el presente y futuro más inmediato plantean retos importantes, principalmente en lo que se refiere al tratamiento de los fenómenos disruptivos en el ámbito de la digitalización. En este contexto, es fundamental que la regulación no sea un obstáculo para que los consumidores y los ciudadanos puedan aprovechar todos los beneficios de la digitalización. También que la regulación sea capaz de responder adecuadamente a los retos ocasionados por las nuevas configuraciones de mercado, que en ocasiones pueden derivar hacia estructuras estables de poder de mercado.

