

Público y Regulatorio

Ley 18/2022, de 28 de septiembre: análisis de las principales modificaciones de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado

Principales modificaciones que ha introducido la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de Creación y Crecimiento de Empresas (que entró en vigor el 19 de octubre) en la Ley 20/2013, de Garantía de la Unidad de Mercado.

BLANCA LOZANO CUTANDA

Catedrática de Derecho Administrativo

Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

Esquema de las principales novedades

Avances en la unidad de mercado y la libertad de empresa:

- Introducción del principio de cooperación y confianza mutua: se prevé la adopción de estándares consolidados equivalentes a los efectos de que los operadores económicos legalmente establecidos en cualquier parte del territorio español puedan ejercer su actividad económica en todo el territorio nacional.
- Creación de la Conferencia Sectorial para la Mejora Regulatoria y el Clima de Negocios (en sustitución del Consejo para la Unidad de Mercado) con la consiguiente aplicación del régimen jurídico de estos órganos y, en particular, de la posibilidad de que sus acuerdos tengan carácter obligatorio cuando la Administración General del Estado ejerza funciones de coordinación.
- Inclusión en las memorias de análisis de impacto de los proyectos normativos que tengan efectos significativos sobre la unidad de mercado de una valoración del impacto de las previsiones que contengan requisitos o limitaciones al acceso o ejercicio de una actividad económica.
- Precisión de que los requisitos para obtener una autorización deberán ser coherentes con las razones que justifican su exigencia.
- Previsión de que se podrá solicitar informe de valoración a la Secretaría para la Unidad de Mercado por obstáculos o barreras previstos en proyectos normativos que se encuentren en fase de tramitación administrativa; el informe podrá hacerse público.

Retrocesos en la garantía de la unidad de mercado y la libertad de empresa

- Previsión de que las inscripciones en Registros de carácter habilitante únicamente se considerarán equivalentes a una autorización a los efectos de la ley cuando no sean realizadas de oficio por las autoridades competentes.
- Modificación de la regulación de los requisitos discriminatorios para la obtención de ventajas económicas, que se diferencia de la del acceso a una actividad económica o su ejercicio y permite salvedades cuestionables, en particular que «la obligación de operar en el territorio de la autoridad competente» no se considerará un requisito discriminatorio.
- Eliminación de la posibilidad de presentar una reclamación por parte del operador afectado en caso de que la actuación sea susceptible de recurso administrativo especial en materia de contratación.

El capítulo III de la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de Creación y Crecimiento de Empresas (que entró en vigor el 19 de octubre), dedicado a las medidas de «mejora de la regulación y eliminación de obstáculos a las actividades económicas», modifica diversos preceptos de la Ley 20/2013, de Garantía de la Unidad de Mercado¹. En este análisis se destacan las novedades más importantes de esta reforma (los artículos y partes citadas entre paréntesis en los títulos en negrita se refieren a la Ley 20/2013):

1. **Ámbito de aplicación (art. 2)**

Se excluyen del ámbito de aplicación de la ley las materias del ámbito tributario.

2. **Principio de cooperación y confianza mutua (art. 4)**

Se añade un nuevo párrafo al artículo 4 de la ley, en virtud del cual:

Cuando, en relación con una actividad económica concreta, existan normas que, no obstante sus posibles diferencias técnicas o metodológicas, fijen un estándar de protección equivalente en diferentes lugares del territorio español, *las autoridades competentes velarán por que un operador económico legalmente establecido en cualquier parte del territorio español pueda ejercer su actividad económica en todo el territorio nacional.*

Esta disposición parece un primer paso hacia el reconocimiento de una «licencia comercial única» a nivel nacional.

Recordemos que la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado contenía, bajo la denominación de *principio de eficacia*, la previsión de que cualquier operador legalmente establecido en un lugar del territorio español podía ejercer su actividad en todo este territorio «siempre que cumpl[ier]a los requisitos de acceso a la actividad del lugar de origen,

¹ La ley modifica los artículos 2, 4 y 5; el apartado 1 del artículo 9; los artículos 10 a 15, 17 y 18, 26 a 28; las disposiciones adicionales primera, segunda, quinta, sexta y novena; la disposición final cuarta y las letras b, c y f del anexo de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado. Además, suprime sus artículos 22, 23, 24 y 25 que regulaban el intercambio de información entre las autoridades competentes.

incluso cuando la actividad económica no est[uviera] sometida a requisitos en dicho lugar» (art. 19).

Sin embargo, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional y anuló este precepto por considerar que afectaba al sistema de distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas, señalando que únicamente sería posible reconocer efectos extraterritoriales a las licencias en todo el territorio nacional cuando existiera «una normativa de la Unión Europea armonizada o una legislación común, o exista una pluralidad de legislaciones autonómicas que, no obstante, sus posibles diferencias técnicas o metodológicas, fijen un estándar que pueda ser considerado equivalente» (STC 79/2017).

Ahora, acogiéndose a esta última posibilidad, la ley reintroduce este principio de eficacia, pero únicamente cuando las normas aplicables a la actividad en diferentes lugares del territorio, «no obstante sus posibles diferencias técnicas o metodológicas, fijen un estándar de protección equivalente». En la misma línea, se modifica el apartado 1 del artículo 9 de la ley para incluir, entre los objetivos por los que todas las autoridades competentes deben velar, la «eficacia en todo el territorio nacional» de sus actuaciones.

Corresponde a las conferencias sectoriales, y en particular a la Conferencia Sectorial para la Mejora Regulatoria y el Clima de los Negocios, la «adopción de estándares consolidados equivalentes a los efectos de que los operadores económicos legalmente establecidos en cualquier parte del territorio español puedan ejercer su actividad económica en

todo el territorio nacional» (véase el epígrafe siguiente).

Cabe preguntarse, por último, si, además de avanzar —en el sentido expuesto— hacia la implantación del principio de eficacia en nuestro país, la ley podría tener también otro objetivo «oculto».

La duda surge porque, como es sabido, de forma reciente, la comunidad autónoma de Madrid ha introducido en su territorio, en su Ley del Mercado Abierto (Ley 6/2022), el principio de eficacia de los requisitos de acceso al mercado de los operadores, o de los bienes, establecidos en cualquier otra autonomía, *sin requerir un estándar de protección equivalente*².

¿Podría el legislador nacional tratar de desapoderar a la Comunidad de Madrid de su competencia para aplicar el principio de eficacia?

Creemos que, si éste fuera el propósito, con esta regulación no se conseguiría. Ello es así porque, por mucho que exista una regulación nacional que facilite el principio de eficacia, ni el sistema de distribución de competencias ni la doctrina del Tribunal Constitucional expuesta impiden que las propias comunidades autónomas vayan más allá en su propio territorio y reconozcan en su legislación la validez de los títulos habilitantes obtenidos en otra autonomía, partiendo de la presunción legal de que los estándares de protección mínimos se cumplen en todo el territorio nacional. Máxime cuando la Ley del Mercado Abierto de Madrid contiene excepciones que salvan aquellos supuestos en que «concurran razones de orden público,

² Véase: <https://www.ga-p.com/publicaciones/hacia-la-licencia-unica-la-ley-6-2022-de-mercado-abierto-de-la-comunidad-autonoma-de-madrid>.

seguridad pública o protección civil, debidamente motivadas en una disposición legal o reglamentaria», así como las actividades económicas sometidas a regulación estatal para el acceso y ejercicio por razones de orden público.

3. Principios de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes (art. 6)

Se introduce la previsión de que «la necesidad y proporcionalidad de los límites o requisitos relacionados con el acceso y el ejercicio de las profesiones reguladas se hará de conformidad con el Real Decreto 472/2021, de 29 de junio, por el que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva (UE) 2018/958, del Parlamento y del Consejo, de 28 de junio del 2018, relativa al test de proporcionalidad antes de adoptar nuevas regulaciones de profesiones».

4. Conferencia Sectorial para la Mejora Regulatoria y el Clima de Negocios (art. 10)

La reforma sustituye el Consejo para la Unidad de Mercado por la Conferencia Sectorial para la Mejora Regulatoria y el Clima de Negocios como órgano de cooperación administrativa para el seguimiento de la aplicación de la ley. Esta conferencia sectorial mantiene las mismas funciones que el consejo anterior.

En cuanto a su composición, las principales novedades son que pasa a depender del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital; que, a los integrantes previstos en la regulación anterior, se añade el titular de la Secretaría de Estado de Política Territorial, y que los consejeros de las comunidades autónomas deberán ser los competentes en materia de economía.

La Secretaría de la Conferencia Sectorial para la Mejora Regulatoria y el Clima de Negocios —secretaría designada por el ministro de Asuntos Económicos y Transformación Digital— asume también las funciones de la Secretaría para la Unidad de Mercado.

Lo más relevante de este cambio es, sin duda, *la configuración de este órgano como conferencia sectorial*, que determina que se le aplique la regulación sobre estos órganos de coordinación contenida en los artículos 147 y siguientes de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público. En esta regulación destaca, en particular, el carácter obligatorio de los acuerdos de la conferencia sectorial cuando la Administración General del Estado ejerza funciones de coordinación de acuerdo con el orden constitucional de distribución de competencias, que «será de obligado cumplimiento para todas las Administraciones Públicas integrantes de la conferencia sectorial, con independencia del sentido de su voto, siendo exigibles conforme a lo establecido en la Ley 29/1998, de 13 de julio» (art. 151.2).

A pesar de crear esta conferencia sectorial, la ley no modifica el artículo 12, relativo a la «cooperación en el marco de las conferencias sectoriales». Hay que entender, por ello, que se mantiene, como competencia de todas las conferencias sectoriales, la de cumplir con los principios de la ley y establecer marcos regulatorios adaptados a sus disposiciones.

Qué duda cabe, sin embargo, que, a pesar del carácter horizontal de esta función, corresponderá con carácter preferente a la conferencia sectorial creada por esta ley la función de analizar las condiciones y requisitos requeridos para el acceso y ejercicio de la actividad económica, así como los relativos a la distribución y comercialización de

productos, y la de impulsar los cambios normativos y reformas, tales como los siguientes:

- a) Propuestas de modificación, derogación o refundición de la normativa existente, con el fin de eliminar los obstáculos identificados o hacer compatibles con esta ley aquellas normas que incidan en la libertad de establecimiento y de libre circulación de bienes y servicios.
- b) Adopción de acuerdos que establezcan estándares de regulación sectorial, en materias que son competencia autonómica y local de acuerdo con los principios contenidos en esta ley. En particular, adopción de estándares consolidados equivalentes a los efectos de que los operadores económicos legalmente establecidos en cualquier parte del territorio español puedan ejercer su actividad económica en todo el territorio nacional.

El trabajo de estas conferencias sectoriales podrá contar con la contribución de los operadores económicos que, a través de una consulta a sus entidades representativas, participarán, en su caso, en la detección de las distorsiones que se producen en la unidad de mercado y de los ámbitos que requieren un análisis de la normativa vigente, en línea con lo establecido en esta ley.

5. La Secretaría para la Unidad de Mercado (art. 11)

La Secretaría para la Unidad de Mercado sigue configurándose como el órgano técnico de coordinación y cooperación continua con las autoridades competentes para la aplicación de la ley.

En cuanto a sus funciones:

- a) Por lo que respecta al informe que tiene que elaborar, con conclusiones y, en su caso, recomendaciones para la revisión o reforma de marcos jurídicos, se suprime su periodicidad semestral y se añade que debe ser aprobado por la Conferencia Sectorial para la Mejora Regulatoria y el Clima de Negocios.
- b) Se le encomienda la elaboración, en colaboración con los puntos de contacto de unidad de mercado, de directrices o guías en relación con la aplicación de la Ley 20/2013 y, especialmente, respecto a la evaluación del impacto sobre la unidad de mercado de las medidas incluidas en los proyectos normativos.
- c) Se añade la función de elaborar una memoria anual sobre la unidad de mercado de España.

6. La valoración del impacto sobre la unidad de mercado en las memorias de análisis normativo (art. 14)

La reforma introduce, como novedad, que las memorias de análisis de impacto de los proyectos normativos (reguladas por el artículo 26 de la Ley 50/1997, del Gobierno) contendrán una valoración del impacto sobre la unidad de mercado, atendiendo al cumplimiento de los principios recogidos en la Ley 20/2013, en particular, al principio de necesidad y proporcionalidad.

La elaboración de este análisis se encomienda a la Secretaría para la Unidad de Mercado y, siguiendo la indicación que hizo la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) en su informe sobre el anteproyecto de ley (exp. IPN/CNMC/033/21), la ley precisa que esta valoración «deberá realizarse

sobre las diferentes previsiones regulatorias incluidas en los proyectos normativos que contengan requisitos o limitaciones al acceso o ejercicio de una actividad económica» (no sólo, por tanto, respecto del proyecto normativo en su conjunto, como es lo habitual).

Sin embargo, la disposición adicional sexta de la ley establece que únicamente deberán someterse a un análisis sobre los resultados de su aplicación «aquellos proyectos normativos elaborados de conformidad con el artículo 26 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, que tengan efectos significativos sobre la unidad de mercado» (lo que explica que la ley no haya procedido a modificar directamente la regulación de las memorias de análisis normativo que contiene este precepto).

7. Instrumentación del principio de necesidad y proporcionalidad (art. 17)

Se introduce la precisión de que los requisitos para obtener una autorización deberán ser coherentes con las razones que justifican su exigencia, con lo que se refuerza la obligación de motivar la exigencia de control previo.

Perjudica, en cambio, a la libertad de empresa, la modificación introducida respecto de las inscripciones en registros de carácter habilitante en virtud de la cual únicamente se considerarán equivalentes a una autorización «las inscripciones en Registros con carácter habilitante *que no sean realizadas de oficio por las autoridades competentes*», con lo que estas inscripciones quedan excluidas de las garantías del artículo 17 de la ley en cuanto al cumplimiento de los principios de necesidad y proporcionalidad.

Como puso de relieve la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el informe citado, la inscripción habilitante para el

ejercicio de la actividad «pudiera demorarse o venir condicionada por circunstancias internas de funcionamiento del ente público que no son achacables al operador solicitante», por lo que consideraba aconsejable «establecer un plazo perentorio concreto en que esta obligación de inscripción deba llevarse a efecto».

Pero, además, en la medida de que se trate de actividades económicas incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva de servicios (Directiva 2006/123/CE), esta previsión no puede aplicarse por resultar contraria al derecho de la Unión Europea, dado que tal como precisa esta directiva, «el concepto de *régimen de autorización* debe abarcar, entre otros, los procedimientos administrativos mediante los cuales se conceden autorizaciones, licencias, homologaciones o concesiones, pero también la obligación, para poder ejercer una actividad, de estar inscrito en un colegio profesional o en un Registro, en una lista oficial o en una base de datos [...]».

8. Actuaciones que limitan la libertad de establecimiento y la libertad de circulación (art. 18)

En este artículo, la reforma legislativa ha separado la regulación de los «requisitos discriminatorios para el acceso a una actividad económica o su ejercicio o para la adjudicación de contratos públicos» (punto 2a) de la de los requisitos para la obtención de ventajas económicas punto 2b).

La regulación de los primeros se mantiene invariable, pero, en cambio, respecto de la obtención de ventajas económicas, se modifica la prohibición de requisitos discriminatorios, en el sentido de que no podrán exigirse excepto que exista una razón imperiosa de interés general que lo justifique y sea proporcionada.

En particular, se prevé que «la obligación de operar en el territorio de la autoridad competente o de generar actividad económica en el mismo para la obtención de ventajas económicas vinculadas a las políticas de fomento desarrolladas por dicha autoridad no se considerará un requisito discriminatorio, sin perjuicio del cumplimiento del principio de no discriminación e igualdad de trato establecido en el derecho de la Unión Europea».

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia hizo una observación a la redacción de este precepto en el anteproyecto y recomendó, en las conclusiones del informe citado, «limitar la actuación admisible desde la óptica del artículo 18.2b de la ley a la obligación de generar actividad económica en el territorio».

Esta recomendación no se ha atendido, por lo que se corre el riesgo de que, en el caso de interpretarse la obligación de «operar en el territorio de la autoridad competente» como una vinculación territorial (exigiendo, por ejemplo, que el operador haya tenido que estar inscrito en un Registro de dicho territorio durante un determinado periodo de tiempo, o que disponga de un establecimiento físico dentro de aquél), se estará vulnerando de forma flagrante el principio europeo de no discriminación e igualdad de trato de la Unión Europea que se invoca.

9. Procedimiento en defensa de la libertad de establecimiento y de circulación por las autoridades competentes (art. 26)

- a) En la nueva redacción de este precepto se añade que no se podrá interponer

la reclamación a la Secretaría para la Unidad de Mercado «contra actuaciones que sean susceptibles de recurso administrativo especial en materia de contratación o en el caso de que los interesados hayan manifestado su conformidad con una resolución sancionadora».

La eliminación de la posibilidad de presentar una reclamación por parte del operador afectado en caso de que la actuación sea susceptible de recurso administrativo especial en materia de contratación suscita el problema, que fue señalado en el informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de que el precepto no aclara qué ocurre si los intereses jurídicamente protegidos en ambas vías son diferentes, con lo que podría negarse la posibilidad de interponer la reclamación contra una actividad por considerarla incompatible con la libertad de establecimiento o de circulación, en contra de la finalidad pretendida con este procedimiento.

A falta de esta aclaración, a nuestro juicio, este problema podría solventarse mediante la interpretación conjunta del artículo 26, entendiendo —por aplicación de su apartado 10 *a sensu contrario*— que las actividades no son «susceptibles de recurso administrativo especial en materia de contratación» cuando los motivos que se puedan resolver por la vía de este recurso sean distintos de la vulneración de la libertad de establecimiento o de circulación³.

³ Es de lamentar también que, en vez de excluirse la reclamación cuando la actividad sea potencialmente recurrible por la vía del recurso especial, no se hayan excluido sólo aquellas actuaciones en las que el recurso especial haya sido interpuesto efectivamente (al igual que se hace con los demás recursos administrativos o jurisdiccionales que procedan: art. 26.3), teniendo en cuenta, además, que se trata de un recurso potestativo y con un plazo muy breve para su interposición.

- b) Se establece que los informes elaborados en el marco de este procedimiento podrán hacerse públicos, sin perjuicio de lo establecido en las normas de protección de datos de carácter personal.
- c) Se precisa que, cuando se trate de actuaciones administrativas que no agoten la vía administrativa, la conclusión de este procedimiento pondrá fin a esta vía y que el plazo para interponer los recursos jurisdiccionales que procedan se iniciará cuando se produzca la inadmisión por parte de la Secretaría para la Unidad de Mercado o la notificación por ésta de la eventual desestimación de la reclamación por la autoridad competente.

10. Mecanismos adicionales de eliminación de obstáculos o barreras detectados por los operadores económicos, los consumidores y los usuarios (art. 28)

- a) Se establece que, cuando los operadores económicos, los consumidores y usuarios, así como las organizaciones que los representan u otros interesados informen de obstáculos o barreras relacionadas con la aplicación de la ley que hayan recurrido en vía administrativa, no se iniciará el procedimiento de emisión de informes previsto en este precepto hasta que se resuelva el recurso en cuestión y el interesado manifieste su interés en ello.
- b) Se prevé que este procedimiento para la emisión de informes por la Secretaría para la Unidad de Mercado podrá iniciarse tanto a instancia de los interesados

(operadores económicos, consumidores y usuarios o las organizaciones que los representen u otros interesados) como por solicitud de los puntos de contacto para la unidad de mercado o también de oficio por la propia secretaría cuando tenga constancia de la existencia de posibles obstáculos o barreras relacionadas con la aplicación de la ley.

- c) Cuando el procedimiento se inicie por la denuncia de posibles incumplimientos por el operador económico, el consumidor o usuario o la organización que los represente, la Secretaría para la Unidad de Mercado les remitirá los informes emitidos, que incluirán, en su caso, la posible solución alcanzada.
- d) Merece una consideración muy positiva para la defensa de la libertad de empresa y la unidad de mercado la previsión de que «se podrá solicitar informe de valoración a la Secretaría para la Unidad de Mercado por obstáculos o barreras previstos en proyectos normativos que se encuentren en fase de tramitación administrativa»⁴. A ello se añade que estos informes, como los demás elaborados en el marco de este precepto, podrán hacerse públicos.
- e) Se prevén dos supuestos en los que, a pesar de haberse solicitado la emisión de informes a la Secretaría para la Unidad de Mercado, ésta podrá inadmitir dichas solicitudes (o, en la expresión de la ley, «podrá dar por no iniciadas» las solicitudes):

⁴ Este informe —añade el precepto— podrá solicitarse respecto de proyectos normativos que hayan sido o estén siendo sometidos al trámite de audiencia e información pública y será enviado al punto de contacto competente para su remisión al órgano proponente del proyecto en cuestión para su consideración.

- cuando sean presentadas por un mismo interesado, ante una misma autoridad competente y versen sobre un mismo supuesto de hecho sobre el que la Secretaría para la Unidad de Mercado ya se haya pronunciado con anterioridad;
- cuando «no exista una posible afectación clara a los principios establecidos en esta ley, en los que no se haya proporcionado información suficiente y fehaciente para su valoración o en los que haya previstos otros procedimientos o mecanismos especiales o extraordinarios de resolución».

11. Creación del Observatorio de Buenas Prácticas Regulatorias (disp. adic. novena)

La ley crea el Observatorio de Buenas Prácticas Regulatorias como un órgano gestionado por la Secretaría para la Unidad de Mercado encargado de desempeñar, entre otras, las funciones de «identificación y seguimiento de las buenas prácticas regulatorias de las diferentes Administraciones», de «elaboración y actualización continua de un catálogo de buenas prácticas regulatorias que deberá ser aprobado por la Conferencia Sectorial para la Mejora Regulatoria y el Clima de Negocios» y de «seguimiento y difusión de las directrices de la Unión Europea en esta materia».