



Lehiaren
Euskal Agintaritza
Autoridad Vasca
de la Competencia

INFORME DE LA AUTORIDAD VASCA DE LA COMPETENCIA REFERENTE AL ANTEPROYECTO DE LEY DE LA AUTORIDAD PÚBLICA VASCA

Pleno

Dña. María Pilar Canedo Arrillaga, Presidente

Dña. Natividad Goñi Urriza, Vocal

D. Rafael Iturriaga Nieva, Vocal

Secretario: D. Ibon Alvarez Casado

Sumario:

I. ANTECEDENTES	2
II. ESTRUCTURA DEL ANTEPROYECTO DE LEY	2
III. CONSIDERACIONES JURÍDICAS	4
A. Cuestiones esenciales.	4
a. La AVC como administración independiente.	4
b. La capacidad de la AVC para presentar cuestiones prejudiciales al TJUE	6
B. Referencia a artículos concretos del Anteproyecto	8
a. La AVC y los organismos autónomos.....	8
b. El régimen de recursos.....	8
c. Convenios de colaboración.....	9
d. Memorias de Competencia.	9
IV. CONCLUSIONES.....	11

El Pleno del Consejo Vasco de la Competencia (en adelante CVC), en su reunión del 22 de mayo de 2014, con la composición ya indicada, ha decidido emitir el presente informe en relación con el Anteproyecto de Ley de la Autoridad Pública Vasca (en adelante, ALAPV).



I. ANTECEDENTES

1. El 11 de abril de 2014 se comunicó a esta Autoridad Vasca de la Competencia (AVC), por medio de la Sede Electrónica del Gobierno Vasco, la apertura del plazo para presentar alegaciones al ALAPV, en la fase de audiencia a los interesados.

II. ESTRUCTURA DEL ANTEPROYECTO DE LEY

2. El ALAPV consta de ciento veintidós artículos, agrupados en seis títulos, tres disposiciones adicionales, una derogatoria y una final.

3. El Título Preliminar (“De la Administración Pública Vasca”) establece el objeto, los fines y el ámbito de aplicación del ALAPV y fija el contenido subjetivo de la organización institucional.

4. El Título I (“De la Administración general e institucional de la Comunidad Autónoma de Euskadi”) regula la estructura y organización de la Administración general e institucional de nuestra Comunidad Autónoma, así como la colaboración y coordinación interadministrativa.

5. El Título II (“De la composición y coherencia del Sector Público de la Comunidad Autónoma de Euskadi”) establece unos principios generales de actuación como sujetos integrantes del sector público y unos principios aplicables para la creación de nuevas entidades o participación en otras ya existentes. Asimismo, crea el Registro de Entidades del Sector Público de la Comunidad Autónoma de Euskadi, en el que se deben inscribir las principales vicisitudes relativas a la vida de estas.

6. El Título III (“Del funcionamiento de la Administración Pública Vasca al servicio de la ciudadanía”) establece, en su Capítulo primero, los principios generales de funcionamiento e interacción con la ciudadanía y los derechos y deberes que ésta tiene respecto a la Administración. El Capítulo segundo regula la planificación, gestión y evaluación de las políticas públicas.



Finalmente, el Capítulo tercero se centra en la Administración electrónica y en la atención ciudadana.

7. El Título IV (“De la transparencia de la Administración Pública Vasca”) desarrolla en el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma el contenido esencial de la ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

8. El Título V (“De la participación ciudadana y los procesos participativos”) establece las condiciones y garantías básicas que debe reunir cualquier proceso participativo. Asimismo, se regula, por vez primera, el derecho a promover iniciativas reglamentarias ciudadanas. Así, el artículo 119 del ALAPV sigue el esquema previsto en la Ley 8/1986, de 26 de junio, de iniciativa legislativa ciudadana, permitiendo al Gobierno incorporar a su acción aquellas demandas ciudadanas que, por su apoyo amplio y su acierto, merezcan tal consideración.

9. Finalmente, la Disposición adicional primera designa a la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi como el órgano de carácter independiente que resultará competente en la Comunidad Autónoma de Euskadi para la resolución de la reclamación prevista en el artículo 24 de la ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en relación con los supuestos de resoluciones en materia de ejercicio del derecho de acceso a la información pública; la Disposición adicional segunda extiende la aplicación de las prescripciones del Título IV a los entes locales de la CAE; la Disposición adicional tercera limita la aplicabilidad de la ley, con las excepciones previstas, a las instituciones comunes de la CAE; la Disposición derogatoria deroga el Título III y la disposición adicional única del texto refundido de la Ley de Principios Ordenadores de la Hacienda General del País Vasco, aprobado por Decreto Legislativo 1/1997, de 11 de noviembre; la Disposición final establece que la entrada en vigor de la Ley se producirá el 1 de diciembre de 2014.



III. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

A. Cuestiones esenciales.

a. La AVC como administración independiente.

10. Las autoridades de competencia tienen entre sus **funciones** las de defender y promover las condiciones de competencia en los mercados, tanto en sus relaciones con las empresas como en sus relaciones con las Administraciones Públicas.

Buena parte de la labor de **promoción** de la competencia tiene lugar precisamente analizando las funciones legislativas de la Administración, así como su papel de operador económico en los mercados.

Cada vez son más habituales los supuestos en que existen **procedimientos sancionadores** en los que se implica, como sujeto de las infracciones, a las diferentes Administraciones.

Además de estas funciones tradicionales, la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, recoge la capacidad de las Autoridades de competencia para **impugnar actos administrativos y normas jurídicas** con rango inferior a la Ley.

Por todas estas razones, resulta imprescindible que las autoridades de competencia se diseñen jurídicamente empleando las herramientas que garanticen hasta el máximo límite posible su independencia.

11. La Ley que crea la **Autoridad Vasca de la Competencia**, en el año 2012, consciente de esa necesidad, refuerza el sistema vasco de defensa de la competencia pre-existente por medio de una Ley que garantiza la independencia funcional y orgánica de la Autoridad Vasca de la Competencia.

La misma Ley recoge un régimen de nombramiento y unas causas de cese de los vocales del Consejo de la AVC, de su Presidente y del Director de Investigación, que resultan manifestaciones del mismo principio de independencia.



Sus nombramientos se producen por una duración de 6 años, para garantizar la separación incluso temporal con los nombramientos propios de cada legislatura.

Su situación administrativa está establecida en la propia Ley como régimen de servicios especiales, lo que permite contar con profesionales de reconocido prestigio en la materia de competencia, que tienen garantizada su vinculación profesional previa en el momento de la terminación de su mandato. Esta misma circunstancia contribuye a garantizar su necesaria independencia en la toma de decisiones.

Su régimen específico de incompatibilidades, que abarca los dos años anteriores al nombramiento y los dos posteriores a su cese, abunda en la misma línea que se viene exponiendo.

En virtud de la consideración de la AVC como Administración independiente, la Ley 1/2012, de la Autoridad Vasca de la Competencia, prevé en su Disposición Adicional sexta, la exclusión de la reestructuración reglamentaria¹. Por ello, y como garantía de la independencia funcional de la AVC respecto del Gobierno Vasco (titular de la potestad reglamentaria), debería excluirse expresamente la reestructuración de la misma por vía reglamentaria.

12. En este mismo sentido, subrayando la especificidad de la AVC, se pronunció la Comisión Jurídica Asesora en su dictamen nº 50/2011, sobre la Ley que crea la AVC, cuando manifestó que la AVC no es un organismo autónomo “clásico” sino un ente perteneciente a la categoría de administraciones independientes²:

60.- A la vista de la configuración que el anteproyecto realiza de la Autoridad Vasca de la Competencia, puede afirmarse que nos encontraríamos ante **un organismo en el**

¹ Sexta.- Exclusión de la reestructuración reglamentaria.

No será de aplicación a la Autoridad Vasca de la Competencia lo previsto en el artículo 13 del Decreto Legislativo 1/1997, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Principios Ordenadores de la Hacienda General del País Vasco.

² En el mismo sentido se pronunció en su día el Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia, en su informe de 4 de junio de 2012, en relación al Anteproyecto de Ley del Sector Público de la Comunidad Autónoma de Euskadi

http://www.competencia.euskadi.net/contenidos/informacion/informes/es_informes/adjuntos/INFORME%20ANTEPROYECTO%20LEY%20SECTOR%20PUBLICO%20CAPV.pdf



que se cumplen las condiciones que se atribuyen a las administraciones independientes dado que: i) desarrolla su actividad con **autonomía orgánica y funcional** (artículo 1.2) y ejerce sus funciones con **plena independencia** de las administraciones públicas y de los agentes económicos (artículo 1.4); ii) el departamento responsable sólo participa en el establecimiento de las directrices del organismo y controlará la eficacia y eficiencia de la actividad dirigida a la promoción de la competencia; iii) los actos de la Dirección de Investigación que produzcan indefensión o perjuicio irreparable son recurribles ante el Consejo Vasco de la Competencia y no ante el Departamento al cual se adscribe el organismo (artículo 4.3), mientras que frente a los actos de la Presidencia o del Consejo sólo cabe interponer recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa puesto que finalizan la vía administrativa (artículo 4.4); iv) los titulares de la Presidencia, vocalías y Dirección de Investigación son nombrados para un periodo de **seis años** (artículos 7.1, 9.3 y 12.2), cesando en el cargo sólo por los motivos expresamente previstos en la propia Ley (artículos 7.6, 9.3 y 12.2); v) El titular de la Presidencia y de la Dirección de Investigación **tienen la consideración de alto cargo y están sujetos al régimen de incompatibilidades de los mismos** (artículos 7.3 y 12.2); vi) se establece un **régimen de incompatibilidad específico** que alcanza los dos años anteriores a su nombramiento y los dos años posteriores a su cese (artículos 7.3, 7.4 y 12.2) y; vii) la **titularidad de las vocalías es incompatible con el ejercicio de cualquier otro cargo o actividad** que pueda comprometer su independencia y tiene también un régimen de incompatibilidades específico que alcanza los dos años anteriores a su nombramiento y los dos años posteriores a su cese (artículos 9.4 y 9.5).

61.- La decisión de constituir un organismo autónomo de los contemplados en el artículo 7.3.a) LPOHGVPV tampoco puede considerarse como un obstáculo para esa consideración. Aunque generalmente esta fórmula institucional venga siendo utilizada como un mero instrumento sujeto a la superior dirección de Administración a la que se adscribe, **tampoco se aprecia ningún obstáculo legal para acudir a esta fórmula para constituir un organismo que desarrolle la mayor parte de sus funciones con plena independencia de aquélla**. Ello supone además mantenerse en el esquema previsto en la ley cabecera del nuestro sistema institucional, lo que siempre favorecerá su coherencia.

b. La capacidad de la AVC para presentar cuestiones prejudiciales al TJUE

13. El Derecho de la Competencia en los países miembros de la Unión Europea está directamente incardinado en numerosas normas de la Unión (las



de liberalización, transporte, contratos...). La interpretación precisa de las citadas normas no resulta a menudo tarea fácil y por ello el Derecho de la Unión permite a las “autoridades jurisdiccionales” encargadas de aplicar las normas el cauce de la cuestión prejudicial. Este mecanismo permite a ciertas autoridades nacionales el recurso directo ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para que sea esta máxima instancia jurisdiccional quien precise la interpretación correcta de la normativa.

El concepto de “autoridad jurisdiccional” habilitada para recurrir a este mecanismo se ha definido por el propio Tribunal de Justicia en numerosas resoluciones. Citamos entre todas, por más reciente, el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Octava) de 13 de febrero de 2014, dictado en el asunto C-555/13. En el párrafo 16 del Auto el Tribunal establece los requisitos que debe cumplir un organismo para poder ser subsumido en ese concepto.

“A este respecto, debe recordarse que, conforme a una reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para apreciar si el organismo remitente posee el carácter de «órgano jurisdiccional» en el sentido del artículo 267 TFUE, cuestión que pertenece únicamente al ámbito del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia deberá tener en cuenta un conjunto de elementos, como son **el origen legal del organismo**, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento y la aplicación por parte del organismo de normas jurídicas, **así como su independencia** (véase la sentencia de 31 de enero de 2013, *Belov*, C-394/11, apartado 38 y jurisprudencia citada).”

14. Para no cerrar al organismo vasco de defensa de la competencia el acceso directo al Tribunal de Justicia de la Unión Europea y permitirle obtener directamente la interpretación auténtica de la normativa de la Unión Europea, sin necesidad de esperar a que se planteen dudas semejantes en asuntos llevado por otras instancias, resulta imprescindible:

- mantener el origen legal del organismo
- mantener su carácter permanente
- mantener su carácter obligatorio



- garantizar el carácter contradictorio del procedimiento y la aplicación por parte del organismo de normas jurídicas
- mantener un régimen de independencia.

Cualquier otra solución supondría una debilitación del organismo vasco de defensa de la competencia que lo situaría en una posición de desventaja frente al organismo estatal (CNMC) y que supondría una vuelta atrás respecto de la reciente Ley 1/2012, de creación de la Autoridad Vasca.

B. Referencia a artículos concretos del Anteproyecto

a. La AVC y los organismos autónomos.

15. Para que la AVC pueda ejercer sus funciones de manera independiente y eficaz, consideramos que debería salvaguardarse también a través de la nueva Ley el régimen especial creado por la Ley 1/2012.

Por ello no deberían ser de aplicación a una autoridad de competencia los siguientes preceptos del Anteproyecto en su redacción objeto de análisis:

- Artículo 8 (altos cargos y órganos directivos)
- Artículo 36 (la constitución de organismos autónomos)
- Artículo 37 (organismos autónomos)
- Artículo 48 (la reestructuración)
- Artículo 50 (la extinción)
- Artículo 54 (representación en los órganos de Gobierno)
- Artículo 60 (puestos directivos de las entidades)

b. El régimen de recursos

16. La Ley especial creadora de la AVC recoge su régimen específico de recursos adecuado a la Ley 15/2007, de defensa de la competencia.

El artículo 53 (actos y recursos) no se corresponde con el régimen de recursos establecido en la Ley especial y por ello tampoco puede resultar de aplicación a una autoridad de competencia.



c. Convenios de colaboración.

17. El art. 28 del ALAPV establece que la Administración general de la Comunidad Autónoma podrá suscribir convenios de colaboración con las demás Administraciones públicas, actuando cada una en el ámbito de sus respectivas competencias, sin perjuicio de su autorización o aprobación por el Consejo de Gobierno, de conformidad con lo establecido en la Ley de Gobierno.

18. Dicho artículo no recoge la misma capacidad de suscribir convenios a los entes de la Administración institucional entre sí, por lo que desde esta AVC se señala la conveniencia de permitir también a los organismos autónomos la posibilidad de suscribir convenios de colaboración bien con otros organismos autónomos, bien con otros entes institucionales.

Con tal fin, se recomienda la siguiente redacción del citado art. 28:

“La Administración general **e institucional** de la Comunidad Autónoma podrá suscribir convenios de colaboración con las demás Administraciones públicas, actuando cada una en el ámbito de sus respectivas competencias, sin perjuicio de su autorización o aprobación por el Consejo de Gobierno, de conformidad con lo establecido en la Ley de Gobierno.”

19. En cualquier caso, tal posibilidad ya está contemplada en la Ley especial de la AVC.

d. Memorias de Competencia.

20. El art. 64 (“Evaluación previa de impacto de proyectos de ley, planes estratégicos y actuaciones significativas y otras evaluaciones de intervenciones públicas”) establece que se someterán a evaluación previa de impacto todos los proyectos de ley y planes estratégicos del Plan de Gobierno y aquellas actuaciones significativas para las que así se determine en el Plan de Gobierno. Añade dicho precepto, que, además de las evaluaciones preceptivas señaladas, el Gobierno Vasco determinará anualmente una relación de intervenciones públicas que, como mínimo, deberán ser evaluadas, en función de la mayor probabilidad, profundidad o extensión de los posibles impactos, de



la mayor incertidumbre sobre sus probables consecuencias o de la mayor relevancia del problema al que hagan frente. Termina el artículo añadiendo que, respecto al resto de la actividad administrativa, los propios departamentos o entes del sector público vasco podrán someter a evaluación aquellas otras intervenciones públicas de su competencia que estimen conveniente, en función de la no existencia de evaluaciones o datos previos sobre los que basar una decisión.

21. A tal respecto, esta AVC apoya la existencia de la evaluación previa de impacto, si bien solicita se recoja igualmente en el ALAPV, la necesidad de incluir en la citada memoria el impacto de la regulación en la competencia. Se entiende por tal el análisis y la valoración de un proyecto normativo o regulatorio desde el punto de vista de la competencia.

En efecto, la aprobación de una nueva norma o regulación es susceptible de tener efectos sobre el funcionamiento de la libre competencia en los mercados. Estos efectos pueden ser negativos, en cuyo caso puede perjudicarse a la competencia, a la libertad de empresa y al bienestar del consumidor. Debido a ello, resulta necesario que cuando se proyecte una nueva norma o regulación se valore desde un principio si la misma puede introducir efectos negativos para la competencia que no se encuentren justificados por los objetivos que la norma persigue o que podrían mitigarse si se utilizara otra alternativa regulatoria.

La Memoria de Competencia no debe limitarse a aquellas normas de mayor rango como leyes o decretos, sino que debe ser aplicado también en normas de rango inferior, puesto que, muy a menudo, las restricciones a la competencia no se introducen en los textos básicos, sino en sus normas de desarrollo y de aplicación.

22. En consecuencia, la AVC propone la incorporación de dos nuevos artículos en la Sección primera del Capítulo segundo del Título tercero, del siguiente tenor literal:



Artículo XX.- Memorias de competencia de proyectos de ley y proyectos reglamentarios.

Los órganos proponentes de una norma con rango de ley o reglamentario incorporarán una Memoria de Competencia que ponga de manifiesto que el proyecto normativo no restringe la competencia en los mercados de forma injustificada o desproporcionada.

Artículo XX.- Procedimiento de elaboración de Memorias de competencia de proyectos de ley y proyectos reglamentarios.

El procedimiento de elaboración de Memorias de competencia de proyectos de ley y proyectos reglamentarios consta de las siguientes actuaciones:

a) Identificación de los posibles efectos negativos sobre la competencia que pudiera generar la norma prevista. En caso de que en el proyecto no se identifiquen potenciales problemas de competencia, será necesario justificar en la Memoria de Competencia las razones que llevan a tal conclusión antes de dar el procedimiento por finalizado.

Si, por el contrario, el proyecto incluye preceptos o mecanismos susceptibles de restringir la competencia, será preciso continuar el procedimiento de análisis con los siguientes pasos.

b) Justificación de las restricciones a la competencia que se han identificado. Se trata de analizar cuál es el objetivo que se pretende lograr con la regulación, al objeto de valorar la necesidad de las restricciones introducidas para la consecución de dicho objetivo y su proporcionalidad.

Si no se puede justificar la restricción a la competencia que se pretende introducir, será preciso modificar el proyecto en consecuencia.

Si, por el contrario, se puede encontrar una justificación de la necesidad y proporcionalidad de la restricción, será preciso plantearse si se está instrumentando de forma correcta o si existe una alternativa regulatoria menos restrictiva de la competencia, tarea que debe acometerse necesariamente y que constituye el objeto del paso siguiente.

c) Análisis de las alternativas regulatorias. Se trata de constatar que no existe un mecanismo alternativo que permita alcanzar el mismo objetivo perseguido pero sin restringir la competencia o, al menos, restringiéndola en menor medida.

Si se identifica una alternativa regulatoria menos restrictiva de la competencia, deberá optarse por ésta.

IV. CONCLUSIONES

Primera.- La AVC considera que el anteproyecto debe recoger una referencia expresa a las administraciones independientes, dentro de la cual debe incluirse a la Autoridad de Competencia, de modo que no se menoscaben las



posibilidades de ejercicio de sus funciones que el Parlamento ha refrendado en la Ley 1/2012 y se contemplan en esta norma general las necesidades de independencia que ya han sido recogidas en la ley especial.

Segunda.- La AVC recomienda que se permita a los organismos autónomos la suscripción de convenios.

Tercera.- La AVC considera necesario que se incluya en la memoria de impacto normativo un análisis del impacto en la competencia.

En Bilbao, a 22 de mayo de 2014

PRESIDENTE

**MARIA PILAR CANEDO
ARRILLAGA**

SECRETARIO

IBON ALVAREZ CASADO

VOCAL

NATIVIDAD GOÑI URRIZA

VOCAL

RAFAEL ITURRIAGA NIEVA