

INFORME (PROM 5/2022)

sobre la Orden 1/2023, de 31 de enero de 2023, de la Conselleria de Justicia, Interior y Administración Pública sobre organización y funcionamiento del procedimiento para la puesta a disposición de los órganos judiciales y del Ministerio Fiscal del servicio de asistencia pericial para su intervención en los procedimientos judiciales.

Dña. Carmen Rodilla Martí

D. Carlos Gómez Asensio.

D. José Miguel Corberá Martínez.

En Valencia, a 26 de abril de 2023

La Comisión de Defensa de la Competencia de la Comunitat Valenciana (CDCCV), en la fecha y con la composición arriba expresada, siendo Ponente Dña. Carmen Rodilla Martí, ha emitido el presente informe relativo a la Orden 1/2023, de 31 de enero de 2023, de la Conselleria de Justicia, Interior y Administración Pública sobre organización y funcionamiento del procedimiento para la puesta a disposición de los órganos judiciales y del Ministerio Fiscal del servicio de asistencia pericial para su intervención en los procedimientos judiciales.

SUMARIO:

I. Antecedentes	2
II. Competencia de la CDCCV	2

III. Objeto y contenido del Informe	3
IV. Consideraciones generales previas	4
V. Valoración desde el punto de vista de la competencia	6
VI. Conclusiones y Recomendaciones	15

I. ANTECEDENTES.

En fecha 27 de mayo de 2022 el Servicio de Gestión Administrativa y Defensa de la Competencia (el Servicio), emite nota sucinta dirigida a la Sra. Presidenta de la Comisión de Defensa de la Competencia en relación con el expediente PROM-5-2022, por la cual, en relación al trámite de audiencia e información pública respecto la “Consulta Peritos Judiciales Proyecto Orden CJIAP”, concluidas las actuaciones, se eleva a la Comisión de Defensa de la Competencia de la Comunitat Valenciana (CDCCV), de conformidad con lo previsto en el artículo 1.2.c) de su Reglamento, aprobado por Decreto 50/2012, de 23 de marzo, del Consell, para que, en su caso, realicen el informe que proceda respecto del citado Proyecto.

Recibida dicha nota sucinta del Servicio, la CDCCV, en su sesión de 3 de marzo de 2022, acuerda emitir informe de promoción de competencia sobre el Proyecto de la hoy Orden 1/2023, de 31 de enero de 2023, de la Conselleria de Justicia, Interior y Administración Pública sobre organización y funcionamiento del procedimiento para la puesta a disposición de los órganos judiciales y del Ministerio Fiscal del servicio de asistencia pericial para su intervención en los procedimientos judiciales.

II. COMPETENCIA DE LA CDCCV.

La Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC) y su desarrollo reglamentario (Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero) establecen dos ámbitos diferenciados de actuación de las autoridades de competencia: las funciones consultivas y de promoción de la competencia, y las funciones en materia sancionadora.

La CDCCV, conforme a lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto 50/2012, de 23 de marzo, por el que se crea la Comisión de Defensa de la Competencia de la Comunitat Valenciana y se aprueba su reglamento (Decreto 50/12), y en el marco de lo establecido en la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, tiene atribuidas tanto las funciones sancionadoras como las consultivas y de promoción en materia de competencia.

En este sentido, establece el artículo 1 apartado 2 del Reglamento sobre la composición y funcionamiento de la Comisión de Defensa de la Competencia de la Comunidad Valenciana, aprobado por el Decreto 50/12, que son funciones de la Comisión de Defensa de la Competencia: “c) Ejercer la función consultiva en materia de competencia y de promoción y estudios de investigación en la materia”.

El presente informe se enmarca en dicha función de promoción de competencia, concretamente en lo relativo al ámbito de la actividad de informe de la CDCCV en relación con las cuestiones que se planteen por terceros y aspectos de promoción de la normativa de defensa de la competencia en la Comunidad Valenciana.

III. OBJETO Y CONTENIDO DEL INFORME.

El presente informe tiene por objeto realizar una valoración desde el punto de vista de la promoción de la competencia de la Orden 1/2023, de 31 de enero de 2023, de la Conselleria de Justicia, Interior y Administración Pública sobre organización y funcionamiento del procedimiento para la puesta a disposición de los órganos judiciales y del Ministerio Fiscal del servicio de asistencia pericial para su intervención en los procedimientos judiciales.

A este respecto, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 9 y 10 del Reglamento de la Ley de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (RDC), la función de promoción de la competencia se desarrollará con los instrumentos que se consideren adecuados y, en especial, mediante la elaboración de informes, estudios, trabajos de investigación y propuestas, pudiendo

recabar de los sectores económicos afectados datos e informaciones sobre la situación de los mercados.

En concreto establece el art. 9.2 RDC que la Comisión podrá elaborar informes y propuestas respecto de los proyectos y proposiciones de normas, así como dirigir a las Administraciones Públicas propuestas para la modificación o supresión de las restricciones a la competencia efectiva derivadas de su actuación o para el mantenimiento o restablecimiento de la competencia en los mercados.

De conformidad con lo expuesto la CDCCV considera que es relevante desde su función de promoción de la competencia, la elaboración del presente informe, en el cual se analizarán los términos de la puesta a disposición de los órganos judiciales y fiscalías del servicio de asistencia pericial cuyo abono corresponda asumir a la Conselleria competente en materia de justicia, así como también el procedimiento de pago de los gastos y honorarios ocasionados por la actuación pericial cuyo coste deba asumir la Conselleria competente en materia de justicia y su posible reintegro, reguladas en la Orden 1/2023, de 31 de enero de 2023, en relación con sus posibles efectos sobre el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados, así como se emitirán las recomendaciones y observaciones que la CDCCV considera pertinente y oportuno formular con respecto a la necesidad y adecuación de dicha normativa, su efecto incentivador o desincentivador para la competencia, así como la proporcionalidad de la misma.

IV. CONSIDERACIONES GENERALES PREVIAS.

1. Contexto normativo nacional.

A nivel nacional, la Ley 1/1996 de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita (LAJG), cuyo objeto es determinar el contenido y alcance del derecho de asistencia jurídica gratuita al que se refiere el artículo 119 de la Constitución, recoge en su artículo 6.6, como una de las prestaciones básicas que comprende dicho derecho, la asistencia pericial gratuita.

Por su parte, la Ley 1/2000 de 1 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), regula en los arts. 265 y 335 a 352 LEC el dictamen de peritos, sin perjuicio de su regulación en la normativa procesal específica de cada uno de los demás órdenes jurisdiccionales. Por lo que respecta al procedimiento para la designación judicial de perito, el art. 341 LEC establece que tal designación se efectuará de las listas de colegiados o asociados remitidas por los Colegios profesionales *o, en su defecto*, de entidades análogas, así como de las Academias e instituciones culturales y científicas.

Por su parte la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales (LCP), establece en su artículo 5 apartado h) que, entre las funciones cuyo ejercicio corresponde a los Colegios Profesionales en su ámbito territorial, se encuentra la de facilitar a los Tribunales, conforme a las leyes, la relación de colegiados que pudieran ser requeridos para intervenir como peritos en los asuntos judiciales, o designarlos por sí mismos, según proceda.

Esta normativa general debe complementarse con las normas de transposición 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 (Directiva de Servicios): Ley 17/2009 de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (Ley Paraguas) 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 (Ley Ómnibus).

Respecto de esta última, la Ley Ómnibus, dejó pendiente la reforma de las reservas de actividad y la colegiación obligatoria ya que, de acuerdo con su disposición transitoria cuarta, en el plazo máximo de doce meses, el Gobierno remitiría a las Cortes Generales un proyecto de ley que determinase las profesiones para cuyo ejercicio sería obligatoria la colegiación. Sin embargo, hasta la fecha no se ha aprobado un texto a este respecto.

2. Contexto normativo autonómico.

El artículo 49 del Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana establece que, entre otras materias, la Generalitat tiene competencia exclusiva en Administración de justicia, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación de desarrollo del artículo 149.1. 5ª

de la Constitución Española. Asimismo, el artículo 36 del Estatuto de Autonomía atribuye a la Generalitat, en relación a la administración de justicia, entre otras competencias, el ejercicio en la Comunitat Valenciana de todas las facultades que la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial, reconozca o atribuya al Gobierno del Estado, así como proveerla de medios personales, materiales y económicos.

El ejercicio de dichas competencias viene desarrollado por el Decreto 175/2021, de 29 de octubre, del Consell, de aprobación del Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita (Decreto 175/2021), que regula en su Título V la asistencia pericial gratuita, estableciendo que el reconocimiento de este derecho eximirá a sus titulares de la obligación de abonar los gastos derivados de las actuaciones periciales practicadas a lo largo del proceso para el que se solicitó dicho derecho (Art. 60.1). Por su parte, el artículo 60.2 remite al artículo 6.6 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, en cuanto al orden de prelación de los profesionales que pueden actuar como peritos judiciales. Y el artículo 61 establece los supuestos excepcionales en los que la Conselleria que tenga atribuidas las competencias en materia de justicia no vendrá obligada al abono de los honorarios del personal técnico privado. Finalmente, el artículo 62 establece que el coste económico de las peritaciones judiciales vendrá establecido por Orden de la Conselleria competente en materia de justicia.

Este coste económico venía regulado hasta este momento por la Orden de 23 de julio de 2001 de la Conselleria de Justicia y Administración Pública, posteriormente modificada por Orden 3/2015, de 4 de diciembre, de la Conselleria de Justicia, Administración Pública, Reformas Democráticas y Libertades Públicas, en cuanto a la actualización de los importes de las pericias, siendo objeto de nueva actualización por Resolución de la Dirección General de Justicia de 19 de julio de 2018, y por la Resolución de 1 de octubre de 2020, de la Dirección General de Modernización y Relaciones con la Administración de Justicia, actualmente en vigor.

Debe señalarse que la normativa expuesta, únicamente articulaba el sistema de peritaciones para aquellos supuestos en los que la pericia debía ser emitida por un profesional privado colegiado. Sin embargo, quedaba fuera de la regulación las periciales efectuadas por funcionarios públicos, entidades adjudicatarias de los contratos administrativos y profesionales privados no colegiados.

Esta situación viene a revertirse por la Orden 1/2023, de 31 de enero de 2023, que tiene por objeto la ordenación de los diversos supuestos de prestación del servicio de peritación judicial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 60.2 del Decreto 175/2021, regulando, de conformidad con su artículo 1, los siguientes aspectos:

a) La puesta a disposición de los órganos judiciales y fiscalías del servicio de asistencia pericial cuyo abono corresponda asumir a la Conselleria competente en materia de justicia.

b) El procedimiento de pago de los gastos y honorarios ocasionados por la actuación pericial cuyo coste deba asumir la Conselleria competente en materia de justicia, así como su posible reintegro.

V. VALORACIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA COMPETENCIA.

1. Contenido de la Orden 1/2023, de 31 de enero de 2023.

La adopción de la Orden 1/2023, de 31 de enero de 2023 trae su causa, de conformidad con su preámbulo, del largo periodo de tiempo transcurrido desde la publicación de la anteriormente citada Orden del año 2001, lo que torna necesario articular una nueva regulación del sistema de peritaciones cuyo coste deba asumir la Generalitat Valenciana, que desarrolle el Título V del reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita de la Comunidad Valenciana (Decreto 175/2021), y que permita conjugar la mejora en la prestación del servicio con la obligación de la Administración de hacer uso de los recursos públicos de la manera más eficiente posible.

En base a dicha justificación, el art. 1 de la Orden 1/2023, de 31 de enero de 2023, declara que el objeto de la misma es la regulación de: “a) La puesta a disposición de los órganos judiciales y fiscalías del servicio de asistencia pericial cuyo abono corresponda asumir a la conselleria competente en materia de justicia. b) El procedimiento de pago de los gastos y honorarios ocasionados por la actuación pericial cuyo coste deba asumir la conselleria competente en materia de justicia, así como su posible reintegro”.

El art.2 de la Orden 1/2023, de 31 de enero de 2023, delimita el ámbito de aplicación de la norma a las pruebas periciales para las que se haya reconocido el derecho de

asistencia jurídica gratuita al solicitante; que hayan sido acordadas por los órganos judiciales de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal; que hayan sido ordenadas por el Ministerio Fiscal en la fase de investigación previa al proceso penal y durante la instrucción del procedimiento establecido en la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal del menor; o cuando se haya declarado la insolvencia del obligado al pago de la prueba pericial. Igualmente, se regulan los supuestos concurrencia de partes procesales o colitigantes beneficiarios del derecho de Asistencia Jurídica Gratuita con no beneficiarios de este derecho, así como se delimita el ámbito de exclusión de la Orden.

En el art. 3 de la Orden 1/2023, de 31 de enero de 2023, identifica a las personas y entidades encargadas de la prestación del servicio de asistencia pericial gratuita por remisión al art. 60.2 Decreto 175/2021.

El art. 4 de la Orden 1/2023, de 31 de enero de 2023, establece las condiciones para la prestación del servicio por personal empleado público, personal técnico propio y organismos dependientes de la Generalitat, cuyo principio es la no percepción de honorarios por el personal empleado público incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al servicio de la Administraciones Públicas.

Por lo que respecta al art. 5 de la Orden 1/2023, de 31 de enero de 2023, el mismo introduce como novedad respecto a las versiones anteriores de esta normativa las condiciones para la prestación del servicio por las entidades adjudicatarias de los contratos administrativos, siempre que el objeto de la asistencia se corresponda con una especialidad incluida en el contrato.

El art. 6 de la Orden 1/2023, de 31 de enero de 2023, dedicado a la regulación de la prestación de la asistencia de profesionales privados es el más extenso de la norma y, como se verá, el más sensible desde el punto de vista del Derecho de la Competencia. En el mismo se regula la confección de los listados de profesionales de carácter privado por colegios profesionales o, en su defecto, entidades análogas, academias e instituciones culturales y científicas; se establece también el principio de libre inscripción voluntaria de los profesionales privados que reúnan los requisitos establecidos en los listados

confeccionados para su incorporación a dichas listas; y, por último, se señala la forma de designación del profesional técnico privado por el órgano judicial o fiscal.

Por su parte, el art. 7 de la Orden 1/2023, de 31 de enero de 2023, constituye el reverso o la contrapartida a los arts. 4 y 5, pues en el mismo se establecen las normas de tramitación y abono de gastos de las pruebas periciales realizadas por medio de recursos propios.

El art. 8 de la Orden 1/2023, de 31 de enero de 2023, hace lo propio respecto tramitación y abono de gastos de las pruebas periciales realizadas por profesionales privados, las cuales se seguirán instrumento por medio de remesas trimestrales, si bien sobre la base de los formularios normalizados cuyos modelos se incluyen como Anexos II y III a la Orden. Con todo, debe destacarse que este precepto incluye otra de las novedades más reseñables de esta Orden, a saber, la introducción del pago por baremo, el cual se incluye en el Anexo I de la norma.

En lo que constituye una especialidad respecto a las normas anteriores, el art. 9 de la Orden 1/2023, de 31 de enero de 2023, tiene por objeto la definición de los supuestos excepcionales de especial complejidad que autorizan un incremento del 40%, respecto la cantidad que corresponde conforme al Baremo, cuando concurren 2 de las 3 circunstancias que se enumeran en dicho precepto. Igualmente se regula el procedimiento para la verificación previa de la concurrencia de dichas circunstancias, antes de abonar el pago, por el órgano administrativo competente en materia de justicia, tras la remisión por el personal técnico privado en cuestión, con carácter previo a la emisión del dictamen, y para su aprobación, del modelo normalizado que figura como Anexo IV de la Orden.

El art. 10 de la Orden 1/2023, de 31 de enero de 2023, establece el derecho de la Administración de la Generalitat Valenciana al reintegro de las sumas abonadas en concepto de pruebas periciales en los supuestos previstos en el artículo 61 del Decreto 175/2021, regulándose dicho procedimiento de reintegro en el artículo 12 de la Orden, sin perjuicio de la remisión por los Letrados de la Administración de Justicia de los certificados de la resolución que pone fin al proceso en los términos establecidos en el art. 11 de la norma.

Finalmente, merece especial consideración el Baremo de Compensación Económica incluido como Anexo I de la Orden 1/2023, de 31 de enero de 2023, organizado en torno a grupos de titulación e incluyendo especificaciones sobre el importe máximo de la retribución por hora trabajada, así como el número máximo de horas imputables por pericia, que constituye el parámetro de referencia para la valoración y pago de las pericias efectuadas al amparo de la Orden objeto del presente informe.

2. Estado de la cuestión.

Tanto la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), como las diversas Autoridades Autonómicas de la competencia, han analizado en múltiples ocasiones las repercusiones que la actividad de los colegios y servicios profesionales tiene para la competencia en el mercado, tanto desde el ámbito de su potestad sancionadora¹, como también, desde el marco de sus funciones consultivas y de promoción en materia de competencia².

Por lo que respecta a esta última dimensión de la actuación de las autoridades de competencia, a nivel general, son especialmente reseñables los informes de la CNMC – entonces CNC – sobre los Colegios profesionales tras la trasposición de la Directiva de Servicios (2012)³ y el Informe de posición de la CNC en relación con el procedimiento

¹ Así por ejemplo destacan los expedientes sancionadores de esta CDCCV: SAN 3-2016. Colegio Técnicos Superiores Sanitarios CV; SAN 1-2017. Capacitación Profesional; SAN 3-2015. Colegio Aparejadores y Arquitectos Técnicos de Alicante; SAN OF 12-2013 Colegio Graduados Sociales de Valencia; SAN 13-2013 Colegio de Odontólogos y Estomatólogos de Valencia; SAN OF 5-2014. Colegio Oficial de Abogados de Alicante; SAN 03-2014 Colegio Economistas Alicante; SAN 09-2013 Colegios de Procuradores de la Comunidad Valenciana; SAN 06-2013 Colegios de Procuradores de Valencia y Castellón; SAN 09-2012 Administradores fincas Alicante. Todos ellos disponibles en: <https://cindi.gva.es/es/web/defensa-de-la-competencia/resoluciones-de-la-comision-de-defensa-de-la-competencia>.

² Entre otros, puede consultarse: CNMC IPN-CNMC-009-22 Informe sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se aprueban los Estatutos Generales de los Colegios Oficiales de Aparejadores y Arquitectos Técnicos y de su Consejo General; IPN-CNMC-025-21 Informe sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se aprueban los Estatutos Generales de los Colegios de Ingenieros Técnicos de Minas y Grados en Minas y Energía y de su Consejo General.

A nivel de las Autoridades Autonómicas de la Competencia destaca especialmente la ACREA que en el año 2022 ha emitido un total de 12 informes en la materia (I01/2022-I12/2022). Disponibles en: <https://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/promocion-de-la-competencia/estudios-informes-y-recomendaciones>

³ E-2011-04: COLEGIOS PROFESIONALES II. Disponible en: <https://www.cnmc.es/expedientes/e-2011-04>

para la designación judicial de peritos (2013)⁴, en los que se analiza el papel de los Colegios Profesionales en la elaboración de listas de peritos que habrán de actuar en sede judicial.

A nivel sectorial, reiterando los pronunciamientos contenidos en los anteriores informes de alcance general, deben destacarse los más recientes: Informe sobre la propuesta remitida por el Consejo Superior de los Colegios de Arquitectos de España para la fijación de criterios para la confección de las listas de peritos de dicha profesión⁵; el Informe sobre la consulta efectuada por el Consejo General de Colegios Oficiales de Ingeniería Técnica en Informática relativa a la creación del Cuerpo Nacional de Peritos⁶; o el Informe sobre la consulta efectuada por el Colegio Profesional de Ingenieros en Informática de la Comunidad de Madrid relativa a determinadas cuestiones sobre los listados de peritos⁷.

A lo largo de todos estos informes, de forma continuada se ha venido destacando la importancia de un funcionamiento eficiente del sector de los colegios y servicios profesionales, así como la necesidad de eliminar las restricciones innecesarias o desproporcionadas, tanto en el acceso, como en el ejercicio de la actividad.

Una regulación restrictiva produce efectos económicos dañinos: se reducen los incentivos a prestar servicios de más calidad y variedad, se reduce la oferta, se produce un aumento de precios y se facilita la aparición de prácticas restrictivas de la competencia que refuerzan los efectos negativos anteriores.

La CNMC viene recomendando la necesidad de llevar a cabo una reforma de la regulación del sector de forma global, pendiente desde hace una década. Hasta que dicha reforma no se produzca, la posición de la CNMC y también de la CDCCV al respecto de la cuestión, puede condensarse en los siguientes puntos: (i) partir del principio de libre acceso a la profesión, (ii) limitar las posibles restricciones a normas con rango de ley,

⁴ PRO/001/13: POSICIÓN DE LA CNC EN RELACIÓN CON EL PROCEDIMIENTO PARA LA DESIGNACIÓN JUDICIAL DE PERITOS. Disponible en: <https://www.cnmc.es/expedientes/pro00113>

⁵ INF/CNMC/005/15. Disponible en: https://www.cnmc.es/sites/default/files/919869_16.pdf

⁶ INF/CNMC/042/21. Disponible en: https://www.cnmc.es/sites/default/files/3482708_8.pdf

⁷ INF/CNMC/052/21. Disponible en: https://www.cnmc.es/sites/default/files/3528452_10.pdf

motivando su necesidad, proporcionalidad y no discriminación, (iii) reconsiderar el catálogo de profesiones existentes, sus titulaciones y planes de estudio, así como sus reservas de actividad.

3. Evaluación de Impacto Competitivo de la Orden 1/2023, de 31 de enero de 2023.

De conformidad con el art. 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas: “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”. El contenido de cada uno de los principios referidos por el precepto se desarrolla en los subsiguientes apartados del mismo.

Partiendo de dicho imperativo legal, si se atiende al contenido del preámbulo de la Orden 1/2023, de 31 de enero de 2023, justifica la concurrencia de los principios de necesidad y eficacia por el hecho que la norma que hasta la fecha regulaba la materia era de 2001 y se precisaba de su actualización para proceder al desarrollo del contenido del capítulo V del reglamento de asistencia jurídica gratuita, aprobado por Decreto 175/2021, de 29 de octubre, del Consell, antes citado.

En cuanto al respeto al principio de proporcionalidad, el preámbulo se limita a afirmar la proporcionalidad de la norma en relación al fin perseguido, sin aportar ninguna justificación adicional.

Respecto al principio de transparencia, el preámbulo remite a todo el procedimiento de audiencia e información pública observado en la tramitación de la norma, el cual le consta a esta CDCCV.

No se contiene en el preámbulo de la Orden mención alguna con respecto al principio de eficiencia.

A continuación, la CDCCV procederá a emitir sus consideraciones en relación con la observancia o no por la Orden 1/2023, de 31 de enero de 2023, de los principios de buena regulación antes expuestos, en particular, los principios de necesidad y eficacia, así como el principio de proporcionalidad, identificando las posibles restricciones a la competencia que se deriven del contenido de la norma, y evaluando el carácter proporcionado o desproporcionado – y por lo tanto anticompetitivo – de las mismas.

A) Necesidad y eficacia.

Estos principios, en relación directa con el derecho a la libre empresa y la regulación del marco de una economía de mercado en el cual tiene lugar la actividad económica, tratan de garantizar la existencia de una justificación para cualquier intervención normativa susceptible de provocar una restricción a la competencia.

De ahí la necesidad de que el proyecto normativo defina sus objetivos con claridad (evitando generalidades o abstracciones), y que exista una justificación de la necesidad de tales restricciones.

Este análisis incluye la verificación de la jurisprudencia nacional y europea acerca de la legitimidad del objetivo fijado, así como también, la consideración sobre el respeto al principio de reserva legal para la introducción de límites a la libertad de empresa (art.38 CE).

Este principio podría entenderse conculcado por el art. 6 de la Orden 1/2023, de 31 de enero de 2023. En este sentido, primeramente, el apartado 2 del precepto otorga a los colegios profesionales o, en su defecto, a entidades análogas, academias e instituciones culturales y científicas, la competencia para la confección de los listados de personal técnico privado que integre las listas elaboradas conforme al art. 341 LEC, “con absoluta independencia y responsabilidad en cuanto al sistema de selección y clasificación de los profesionales, que deberá respetar los criterios de cualificación profesional, especialización y experiencia”.

Esta atribución de la competencia a los colegios profesionales o, en su defecto, a entidades análogas, academias e instituciones culturales y científicas, para la elaboración

de los listados de personal técnico privado que integre las listas elaboradas conforme al art. 341 LEC, en sí misma no constituye una vulneración del principio de reserva de ley.

Sin embargo, el art. 6.3 de la Orden 1/2023, de 31 de enero de 2023, sí conculca dicho principio, en la medida que, atribuida la competencia como se ha señalado anteriormente añade: “El personal técnico privado que reúna los requisitos de cualificación técnica, formación y experiencia práctica **que el colegio profesional** o, en su defecto, entidad análoga, academia o institución **determine** y la **Administración de Justicia requiera**, podrá inscribirse voluntariamente a dichas listas”. (La negrita es nuestra).

Como puede verse la Orden 1/2023, de 31 de enero de 2023, habilita a los sujetos antes destacados a, por un lado, determinar y, por otro lado, requerir, requisitos de cualificación técnica, formación y experiencia práctica, al personal técnico privado que integre las listas de peritos elaboradas conforme al art. 341 LEC.

El establecimiento de requisitos de formación y experiencia para el acceso a las listas de peritos judiciales, por un el colegio profesional o, en su defecto, entidad análoga, academia o institución; o por un órgano administrativo de la administración de justicia competente, cuando ni la LEC ni la Ley de Colegios Profesionales los prevén, podría considerarse una vulneración del principio de reserva de ley, para la introducción de límites a la libertad de empresa (art.38 CE), tal y como así se ha pronunciado la CNMC al respecto⁸:

“No corresponde, por lo tanto, a un específico colegio profesional sino al legislador, en su caso, acreditar la presencia de una imperiosa razón de interés general justificativa del enfoque restrictivo, y proceder, en su caso, bien acometiendo una reforma de la LEC

⁸ INF/CNMC/005/15, ob.cit., pág. 12: “La LEC otorga, efectivamente, a los Colegios la capacidad de elaborar las listas de colegiados que cumplan los requisitos exigidos por la LEC y hayan manifestado su disponibilidad para formar parte de la lista para ser nombrados peritos judiciales. En ningún caso, sin embargo, la ley le otorga a los Colegios la potestad de establecer otros requisitos que no estén recogidos en la misma ley, en particular la obligatoriedad de seguir cursos de formación o de acreditar una determinada experiencia. En este sentido se pronuncia, por ejemplo la Sentencia de la Sala Contencioso- Administrativa del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 16 de diciembre de 2009, que, en relación con la exigencia del Colegio de Abogados de Oviedo de realizar, con carácter obligatorio e imprescindible, un curso de formación en materia concursal para formar parte de la lista de profesionales disponibles para realizar funciones de administradores concursales, estimó que el establecimiento de estos requisitos formaba parte de la reserva de ley. Cabe citar, así mismo, varias resoluciones relativas a requisitos sobre el acceso a listas de peritos tanto de la autoridad nacional de competencia como de autoridades autonómicas de competencia”.

o a través de cualquier otra iniciativa de su mismo rango. Mientras eso no sea así, y hasta que dicha hipotética reforma legal no sea objeto del oportuno informe por parte de la CNMC valorando la racionalidad de las medidas introducidas, desde esta autoridad no se ve motivo para cambiar el planteamiento firmemente mantenido en informes anteriores vinculado al principio constitucional de libertad de empresa”.

Si bien el juicio acerca de la vulneración de dicho principio de reserva legal excede de las competencias propias de la CDCCV, debe no obstante advertirse que, si en efecto se considerada infringido, la Orden 1/2023, de 31 de enero de 2023, no cumpliría con los principios de necesidad y eficacia integrantes de los principios de buena regulación.

B) Proporcionalidad.

De conformidad con el art. 129.3 de la Ley 39/2015: “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”.

En consecuencia, el principio de proporcionalidad obliga a realizar una valoración acerca de si los potenciales beneficios derivados de la consecución de los objetivos propuestos por la norma, no se ven disminuidos como consecuencia de la pérdida de competitividad del mercado. En otras palabras, que los objetivos de bienestar social subyacentes a la actuación normativa no se vean recortados como consecuencia de la disminución de la eficacia económica del mercado a causa de un menor grado de competencia en el mismo, provocado por la propia intervención normativa.

Esto es, precisamente, lo que podría suceder con la habilitación del art. 6.3 de la Orden 1/2023, de 31 de enero de 2023 a colegios profesionales o, en su defecto, entidad análoga, academia o institución; u órgano administrativo de la administración de justicia competente, para determinar y requerir, respectivamente, requisitos de formación y experiencia práctica para el acceso a las listas de peritos judiciales.

En este sentido, cabe recordar que, tal y como se ha expuesto anteriormente, la CNMC se ha pronunciado en reiteradas ocasiones en contra del establecimiento de requisitos

adicionales de acceso a las listas de peritos judiciales por parte de los colegios profesionales, en particular en lo que se refiere a los cursos de formación⁹ y a la experiencia previa, señalando respecto de esta última que “la exigencia de periodos prolongados de ejercicio profesional para poder ser incluido en las listas de peritos judiciales supone un cierre efectivo del mercado para los profesionales recientemente incorporados al ejercicio profesional y para aquellos no colegiados, en caso de existir colegiación voluntaria para el ejercicio profesional”.

En este sentido, los eventuales efectos positivos perseguidos por la determinación y requerimiento, respectivamente, de unos requisitos de formación y experiencia práctica para el acceso a las listas de peritos judiciales, por relación a la garantía de una calidad de la pericia judicial prestada por personal técnico privado, podrían no resultar proporcionados en relación con los eventuales perjuicios para la competencia en el mercado derivados de su exigencia.

En todo caso, el control de la proporcionalidad de los requisitos de formación y experiencia previa determinados para el acceso a las listas de peritos judiciales, por un el colegio profesional o, en su defecto, entidad análoga, academia o institución; o su requerimiento por un órgano administrativo de la administración de justicia competente, ex. art. 6.3 de la Orden 1/2023, de 31 de enero de 2023, no puede realizarse en abstracto sobre el texto de la norma, sino que debe ser objeto de análisis caso por caso, atendiendo al criterio concreto determinado por el colegio profesional, entidad análoga, academia o institución.

En todo caso, a modo de ejemplo, no se consideran proporcionados los requisitos de formación consistentes en la exigencia de la acreditación de la superación de un determinado curso u obtención de una determinada titulación, impartidos por una determinada entidad formativa, colegio profesional, academia o institución. Del mismo

⁹ E-2011-04: COLEGIOS PROFESIONALES II, ob.cit., pág. 50: “El establecimiento de cursos de formación como requisito para que los profesionales colegiados puedan ser incluidos en las listas de peritos también supone una restricción de la competencia. Por un lado, el coste en términos de dinero y tiempo del mencionado curso puede reducir los incentivos de los agentes a participar en este segmento del mercado y constituir una explotación por parte del Colegio de su situación privilegiada, y por otro, el Colegio puede, alterando la dificultad, el coste o el número de cursos exigidos, regular la oferta de profesionales elegibles para formar parte de las listas”.

modo y, en relación con el requisito de la experiencia previa, no resulta proporcionado la exigencia de acreditación de este requisito por referencia exclusiva a la experiencia adquirida en el territorio geográfico en el que opera el colegio profesional, entidad análoga, academia o institución de que se trate, así como tampoco, atribuir mayor valoración a la experiencia acreditada en dicho territorio.

VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, la CDCCV emite las siguientes conclusiones y recomendaciones:

1. Las Administraciones Públicas deben cerciorarse de que, en el ejercicio de la iniciativa legislativa y de su potestad reglamentaria, actúan de conformidad con los principios de buena regulación.

La observancia del contenido de estos principios, positivizado en el art. 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en relación con el Derecho de la Competencia, implica que dichas Administraciones Públicas deban realizar un Análisis de Impacto Competitivo de la norma en cuestión.

La realización de dicho análisis implica la identificación de los posibles efectos negativos sobre la competencia que pudiera generar la norma o acción prevista; la justificación de las restricciones a la competencia identificadas; y, por último, el análisis de las posibles alternativas regulatorias y elección de la norma menos restrictiva para la competencia.

2. La Orden 1/2023, de 31 de enero de 2023, establece en su articulado una serie de previsiones susceptibles de causar restricciones a la competencia injustificadas y desproporcionadas:

En primer lugar, el establecimiento de requisitos de formación y experiencia práctica para el acceso a las listas de peritos judiciales, por un colegio profesional o, en su defecto, entidad análoga, academia o institución; o por un órgano administrativo de la administración de justicia competente, cuando ni la LEC ni la Ley de Colegios Profesionales los prevén, podría considerarse una vulneración del principio de reserva de ley.

Igualmente, la determinación de requisitos de formación y experiencia previa para el acceso a las listas de peritos judiciales, por un el colegio profesional o, en su defecto, entidad análoga, academia o institución; o su requerimiento por un órgano administrativo de la administración de justicia competente, ex. art. 6.3 de la Orden 1/2023, de 31 de enero de 2023, podrían constituir, atendiendo a su contenido concreto en cada caso, una restricción a la competencia de carácter desproporcionado.

La CDCCV vigilará que los requisitos de formación y experiencia previa determinados para el acceso a las listas de peritos judiciales, por un el colegio profesional o, en su defecto, entidad análoga, academia o institución, resulten proporcionados y no supongan la creación de restricciones a la competencia.

3. Es necesario implantar en las Administraciones Públicas una cultura de evaluación normativa y adaptación de la normativa vigente a los principios de buena regulación

La implantación de una cultura efectiva de evaluación normativa evita, con carácter ex ante, la adopción de iniciativas regulatorias que provoquen restricciones innecesarias o desproporcionadas a la actividad económica que produzcan distorsiones en la competencia en el mercado.

Con carácter ex post, la revisión periódica de la normativa vigente para su adaptación a los principios de buena regulación contribuye a promover la competencia en el mercado, eliminando eventuales costes y cargas administrativas que pueden dificultar la misma.

Las Administraciones Públicas de la Comunidad Valenciana pueden contar con el apoyo y asesoramiento de la CDCCV para llevar a cabo esta evaluación, así como para la evaluación y planificación previas a su adopción.