

Trabajando por la Competencia

Recomendaciones a las administraciones
públicas para una regulación de los
mercados más eficiente y favorecedora
de la competencia





Trabajando por la Competencia

**Recomendaciones a las administraciones
públicas para una regulación de los
mercados más eficiente y favorecedora
de la competencia**

Índice

Trabajando por la Competencia	4
1. Antecedentes	8
2. La mejora de la regulación: el contexto actual	14
3. La mejora de la regulación desde el punto de vista de la competencia: experiencias internacionales	24
4. Principios de la regulación eficiente y favorecedora de la competencia	28
5. Recomendaciones para una regulación eficiente	36
6. Ejemplos de incumplimiento de los principios de la regulación eficiente desde el punto de vista de la competencia	40
7. Conclusiones	56



Trabajando por la competencia

La Real Academia Española define *promover* como “*tomar la iniciativa para la realización o el logro de algo*”. Eso es lo que hace la CNC en sus labores de promoción: tomar la iniciativa para poner de manifiesto aquellas situaciones en las que la competencia en un sector se halla restringida y analizar las formas en las que se puede lograr una mayor competencia y, en definitiva, un mayor beneficio para la economía y para los consumidores.

La nueva Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, ha marcado la apertura de una nueva etapa en este ámbito en un doble sentido. Por una parte, desde el punto de vista normativo. La Ley 15/2007 refuerza las labores de promoción de la competencia, que atribuye a la CNC, en sus artículos 25 y 26. En particular, este último establece que la CNC promoverá la existencia de una competencia efectiva en los mercados mediante una serie de actuaciones entre las que se incluye la realización de “informes generales sobre sectores, en su caso, con propuestas de liberalización, desregulación o modificación normativa”. Por otra parte, desde el punto de vista institucional. La CNC se ha visto dotada de una Dirección de Promoción para desarrollar las funciones de investigación, estudio y preparación de informes dirigidos a promover la competencia y aquellas de naturaleza consultiva previstas en la Ley 15/2007.

A partir de ahí, la CNC desarrolla la labor de promoción de la competencia a distintos niveles: con una política de comunicación en medios y otros foros, intensificando la interlocución con agentes sociales para extender la cultura de competencia o a través de productos más

“palpables” como los informes y estudios que se presentan en esta colección. Con esta línea de trabajo se pretende fomentar la liberalización en sectores donde las reglas de juego del libre mercado no han alcanzado su plena vigencia y cuyo funcionamiento es esencial para los ciudadanos.

Es preciso señalar que todo lo anterior no quiere decir que hasta ahora no se haya hecho nada en el ámbito de la promoción de la competencia, ni mucho menos. Bien al contrario, han existido etapas anteriores que marcaron un claro rumbo en estas tareas de promoción de la competencia. Sin ánimo de entrar aquí a valorar los trabajos realizados, no se puede dejar de mencionar la labor de promoción de la competencia desarrollada por el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia en la primera mitad de los 90, con Miguel Ángel Fernández Ordóñez como Presidente del Tribunal, con la publicación de unos informes y estudios que no solamente supusieron una nueva forma de proceder en el entonces incipiente mundo de la competencia en España, sino que además ejercieron una más que notable influencia en las reformas regulatorias y de liberalización que se desarrollaron en aquellos años. Aquellos primeros informes, ya convertidos en objeto de culto, se denominaron: “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), y hoy la lectura de su contenido permite analizar su influencia sobre la legislación posterior. Las reflexio-

Pretendemos animar el proceso de reflexión y debate sobre el funcionamiento de los operadores en determinados mercados y sectores en los que se constata que existen rigideces.

nes de estos informes impulsaron la desaparición, por ejemplo, de la prestación en régimen de monopolio de los servicios funerarios, o la reforma de la Ley de Colegios de 1997. Su labor continuó bajo los mandatos de Amadeo Petitbò y Gonzalo Solana, logrando promover reformas en las cadenas de distribución de alimentos o en la distribución comercial de los libros, realizando propuestas, entre otras, en el campo de la distribución comercial o el precio de los libros que influyeron en la regulación.

En el mes de octubre de 2005, en el acto de mi toma de posesión como Presidente del TDC tuve ocasión de poner de manifiesto las prioridades de mi actuación, y, entre ellas, ocupó un lugar destacado la elaboración de informes, en la creencia que deberían constituir un elemento imprescindible para contribuir a eliminar las rigideces de nuestros mercados, amparadas buena parte de ellas en una regulación sectorial que continuaba impidiendo la plena apertura de nuestros mercados. Hoy, tres años después, me cabe la satisfacción de haber contribuido a hacer realidad aquel propósito, con la inestimable ayuda de la nueva Ley 15/2007 y la nueva institución, que han venido a facilitar tales tareas.

Pero la regulación restrictiva de la competencia nunca resulta neutra. Al tiempo que ampara limitaciones al funcionamiento de mercado, perjudicando con ello al interés público, acostumbra a proteger intereses de los privilegiados, quienes no acostumbran a permanecer impasibles ante propuestas encaminadas a mejorar el funcionamiento del mercado, pero, al tiempo, a poner

fin a sus privilegios. Pero tales maniobras no deben provocar la pérdida del impulso que corresponde a esta autoridad de la competencia. ¡Flaco favor le haríamos a los ciudadanos si nos dejáramos amilanar por las protestas de quienes ven en peligro sus privilegios!. Pero tampoco seríamos realistas si ignoráramos que el poder político debe añadir al coraje de reformar las cosas la prudencia que aconseja conseguir el mayor apoyo para sus propuestas. Y en este capítulo, algunas de las recomendaciones contenidas en el Informe sobre el Informe sobre “la Competencia en España: balance y nuevas propuestas”, tales como el establecimiento de periodos transitorios para los supuestos en los que se introduzcan modificaciones sustanciales en la regulación que siguen hoy vigentes. Desde la Comisión Nacional de Competencia pretendemos animar el proceso de reflexión y debate sobre el funcionamiento de los operadores en determinados mercados y sectores en los que se constata que existen rigideces. Somos conscientes de que estas reformas estructurales requieren un tiempo de maduración y que no corresponden a nuestro ámbito de actuación. Sin embargo, es fundamental que desde la CNC se impulsen estos cambios esenciales para promover la competitividad internacional de nuestra economía.

Por lo tanto, es cierto que se sigue un trabajo ya iniciado, pero también es cierto que se cuenta ahora con un respaldo normativo e institucional que no había existido hasta este momento y que asegura una continuidad en el desarrollo de esta labor de promoción en la nueva institución.

Luis Berenguer Fuster
Presidente

La nueva Ley de Defensa de la Competencia, Ley 15/2007, de 3 de julio, establece como misión de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) reprimir las conductas anticompetitivas o ejercer control sobre las grandes operaciones de concentración empresarial, preservando y garantizando la existencia de una competencia efectiva en los mercados mediante el ejercicio de las funciones que la Ley le atribuye, así como *promover* activamente la competencia en los mercados.

El mayor énfasis de la Ley 15/2007 en la tarea de promoción de la competencia ha tenido su reflejo en el Plan de acción de la CNC para los años 2008 y 2009¹, que recoge entre sus principales objetivos el de “promover la competencia en aquellos sectores en que se encuentre restringida, ya sea por las características del mercado, ya sea por la regulación o por otras actuaciones de las administraciones públicas, e impulsar el conocimiento y la elaboración de estudios en defensa de la competencia”.

En el marco de la Red Internacional de Autoridades de Competencia (*International Competition Network*), se ha venido reflexionando en los últimos años acerca del significado de la expresión “promoción de la competencia”. El consenso alcanzado² es que esa expresión hace referencia a todas aquellas actividades de las autoridades de competencia que, por medio de mecanismos no coactivos, se encaminen a fomentar un entorno competitivo para el desarrollo de las actividades económicas, a través de la interacción con operadores económicos y otros agentes sociales, la colaboración con otras administraciones públicas y la sensibilización del público en general, acerca de los beneficios de la competencia.

Actividades típicas de promoción de la competencia serán, por ejemplo, la publicación de estudios sectoriales o de mercado y las labores de formación y de difusión de las políticas y actuaciones concretas de la autoridad en materia de defensa de la competencia. Pero también, la elaboración de informes sobre las actuaciones regulatorias de las administraciones públicas que evalúen su diseño y su impacto desde una perspectiva de competencia e incorporen recomendaciones de adopción de medidas procompetitivas, o de remoción de medidas obstaculizadoras de la competencia en los mercados.

La reciente puesta en marcha de la nueva institución de defensa de la competencia en España brinda una buena oportunidad para reflexionar sobre los principios que deben inspirar una regulación económica eficiente y favorecedora de la competencia y evaluar después, a modo de ejemplo y a la luz de dichos principios, algunas normas reguladoras de la actividad económica existentes en España.

El informe se estructura del siguiente modo. En primer lugar se hace un breve repaso del contexto internacional de liberalización y desregulación de mercados en el que surgen el movimiento de evaluación de las políticas públicas y las propuestas de mejora regulatoria (*better regulation*). Los principios que deben regir una buena regulación de la actividad económica se describen

1 Disponible en <http://www.cncompetencia.es/PDFs/Novedades/PlanLanzamiento.pdf>

2 Advocacy and Competition Policy, informe preparado por el Advocacy Working Group para ICN, Nápoles, 2002.

con mención a las iniciativas que en este ámbito se han desarrollado en la OCDE, la Unión Europea y en algunos Estados miembros, incluida España. A continuación, se desarrollan esos principios desde una perspectiva de defensa y promoción de la competencia efectiva en los mercados, después de haber dado cuenta de los avances que en este sentido que se han producido en la OCDE y la Unión Europea. Por último, se describen, a modo de ejemplo, ciertas normas que regulan algunos aspectos de la actividad de distintos sectores económicos y se evalúan a la luz de de esos principios, poniendo de manifiesto las restricciones a la competencia que imponen.

1.

Antecedentes



[Redacted text]

[Redacted text]

España ha experimentado en las últimas dos décadas un intenso proceso de liberalización de los mercados, que ha contribuido de manera fundamental a la consecución de una larga etapa de crecimiento y desarrollo de la economía española. Muchos sectores estratégicos han sido objeto de reformas estructurales importantes, reformas que han promovido la libre competencia en muchos mercados en los que dicha competencia era posible y deseable, y han introducido cambios regulatorios de gran calado en otros en los que, por sus características estructurales, habían de seguir conviviendo actividades con naturaleza de monopolio natural con otras que podían desarrollarse en régimen de competencia. En ocasiones, estas reformas también han llevado aparejada la privatización de importantes empresas públicas.

Los informes que a principios de los años 90 publicó el Tribunal de Defensa de la Competencia³, antecesor de la CNC, coadyuvaron en el desencadenamiento de aquel proceso de liberalización. De hecho, las actuaciones más relevantes del Tribunal en ese momento se centraron en el diseño de las líneas maestras a seguir en los procesos de apertura, liberalización y desregulación de la economía española que comenzaban por entonces a acometerse, insistiendo en la idea de que dichos procesos debían encaminarse a la creación de estructuras de mercado basadas en los principios de la libre competencia.

A este respecto, el informe elaborado por el Tribunal en 1993 con el título *Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios* tuvo especial trascendencia porque, además de sentar las bases doctrinales que explican el traslado de los beneficios de la libre competencia al conjunto de la sociedad y formular criterios para diseñar las políticas de liberalización, desgranaba recomendaciones concretas para emprender procesos de liberalización en sectores de tanta relevancia económica como el de las telecomunicaciones, la energía eléctrica, el suelo o el transporte.

Estas propuestas liberalizadoras se completaron unos años más tarde con la elaboración en 1995 del informe titulado *La competencia en España: balance y nuevas propuestas*, que además de valorar la evolución de los sectores previamente analizados⁴ y el seguimiento de sus propuestas, amplió sus recomendaciones de revisión regulatoria a otros sectores económicos (banca al por menor, puertos, cine y oficinas de farmacia).⁵

Aquellos procesos de impulso de la economía de mercado a través de las políticas de liberalización, de privatización y de reducción del peso del Estado en la economía, que se enmarcan en lo que se han venido denominando Reformas de Primera Generación, se han dado en todos los países de nuestro entorno, si bien con cronologías y ritmos diferentes.⁶

³ Disponibles en <http://www.cncompetencia.es/index.asp?m=15&p=12>

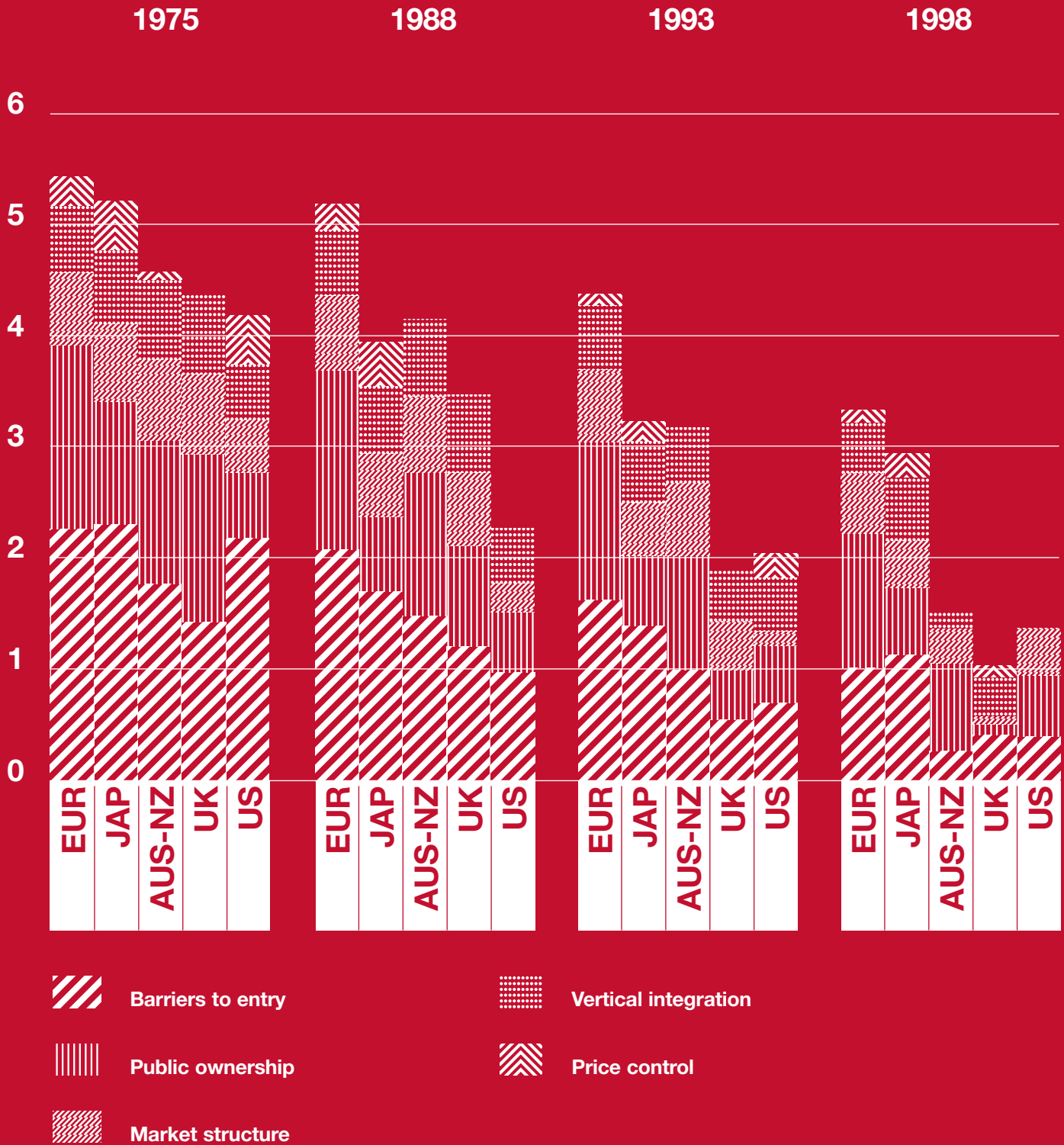
⁴ Existe un informe anterior al de 1993, el Informe sobre el libre ejercicio de las profesiones, de 1992, en el que se analizan desde la óptica de la competencia diversas profesiones liberales.

⁵ Muchas de las recomendaciones sectoriales que el Tribunal vertió en esos informes han sido en buena medida recogidas por el legislador y por el Gobierno a lo largo de sucesivas revisiones normativas, aunque todavía algunas de las consideraciones que entonces se defendieron siguen teniendo vigencia. Entre éstas se encuentra la propuesta de desarrollar un Presupuesto de Restricciones a la Competencia, que se comentará más adelante.

⁶ Jacobs, S. H., *The Second Generation of Regulatory Reforms*, IMF Conference on Second Generation Reforms, 8 y 9 de noviembre de 1999.

Cuadro 1:

Reforma regulatoria en países de la OCDE para sectores no manufactureros seleccionados (1975–1998)



Fuente: Nicoletti, G. y S. Scarpetta, Regulation, Productivity and Growth: OCDE evidence, Economics Department Working Paper, 347, 2003.

Sirvan como muestra los datos presentados en el Cuadro 1 que recogen la evolución de determinados indicadores asociados a los procesos de desregulación y privatización experimentados en la mayor parte de los países de la OCDE. A través de ellos se identifican, para determinados sectores no manufactureros, cambios relativos a las barreras de entrada existentes, presencia de propiedad pública, estructura de mercado, integración vertical y grado de control de precios. Como puede observarse, estos indicadores muestran un avance en términos generales muy considerable en el periodo de más de 20 años analizados, si bien el ritmo difiere según el grupo de países considerados.

Sin embargo, a pesar del alcance, nada desdeñable, de los procesos de apertura de mercados y de privatización experimentados en las últimas décadas, el sector público sigue desempeñando un papel crucial en las economías de mercado y aquí tampoco es España una excepción.

Según datos de EUROSTAT publicados en mayo de 2008, el conjunto de los ingresos públicos en España representaron el 41,0% del Producto Interior Bruto en 2007. A pesar de superar la barrera del 40%, la presencia de los poderes públicos en la actividad económica española continúa siendo inferior al del conjunto de la UE. En la eurozona los ingresos públicos representaban a cierre de 2007 el 45,6% del PIB, y en la UE a 27, el 44,9%. En términos de gasto, el peso del sector público en España también es muy importante, si bien es sensiblemente menor en comparación con el de la eurozona, al representar el 38,8% del PIB frente al correspondiente 46,3% de la eurozona.

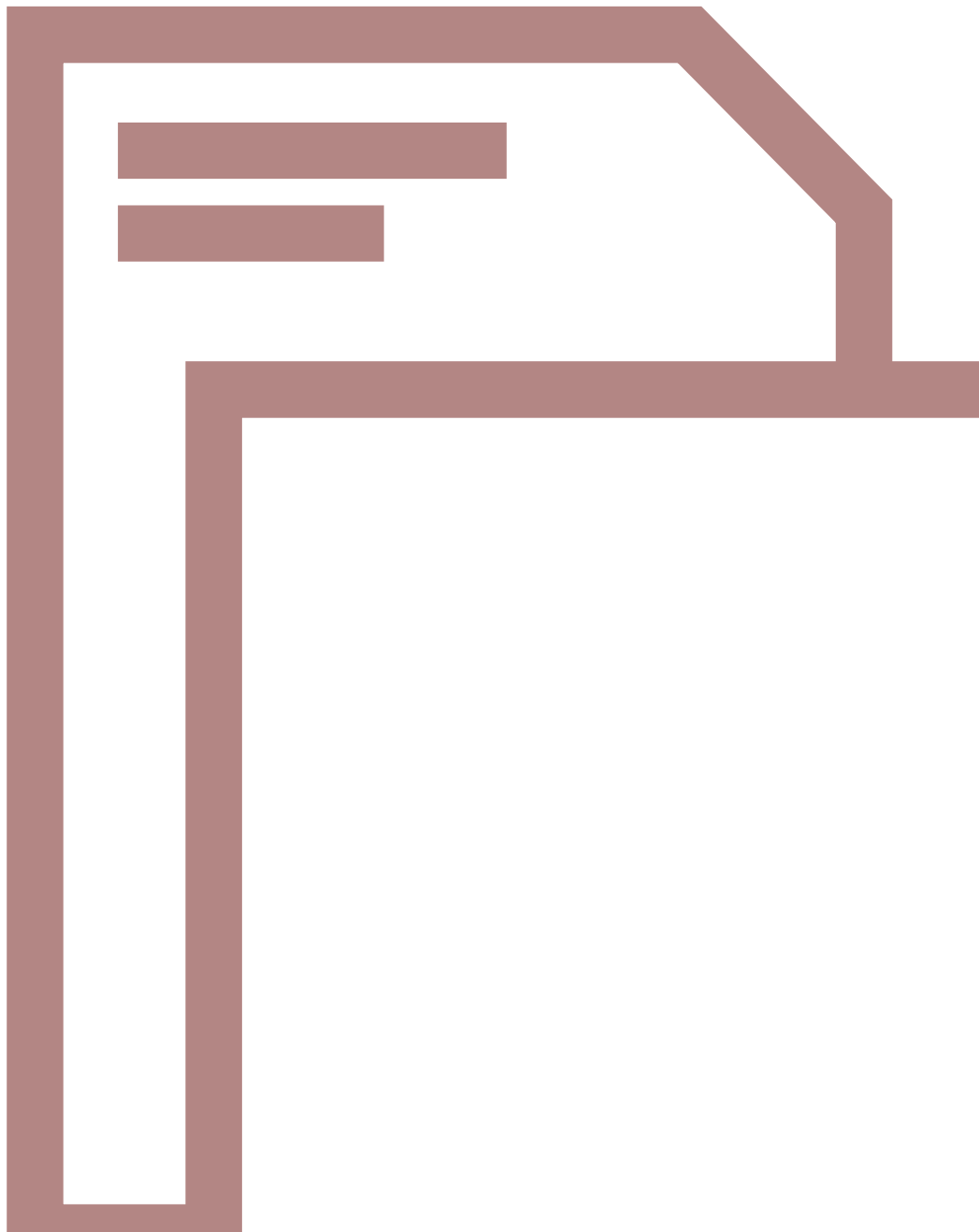
Las Administraciones Públicas intervienen en la economía en formas muy diversas: como operadores económicos a través de la demanda de bienes y servicios o de la provisión directa o indirecta de servicios públicos e infraestructuras, pero también a través de la regulación de la actividad económica. Esta última forma de intervención cobra cada vez mayor auge en las economías desarrolladas, al ser cada vez más las instituciones públicas con capacidad de dictar normas que tienen implicaciones en la actividad de las empresas, y ello es especialmente cierto en países como España que presentan diferentes niveles de Gobierno con capacidad normativa.

Sin cuestionar la necesidad de que el sector público intervenga en la economía mediante la regulación de determinadas actividades económicas, que puede estar justificada por la persecución de determinados objetivos públicos y la presencia de fallos de mercado, es cierto que en muchos casos esas actuaciones pueden distorsionar u obstaculizar el desarrollo de las actividades económicas más de lo que sería estrictamente necesario para conseguir sus legítimos objetivos.

Estas distorsiones pueden ser de muy distinta naturaleza. Pueden manifestarse en la imposición de formas concretas de organización de la provisión de bienes y servicios, como cuando se determina otorgar en exclusiva sin causa debidamente justificada una concesión en lugar de recurrir a un sistema de autorizaciones para la provisión del servicio. O en la aparición de cargas administrativas desproporcionadas, a veces asociadas a la gran cantidad de normas que se generan en distintos niveles de gobierno. Estas cargas afectan al comportamiento de los agentes económicos ralentizando sus operaciones, detrayendo recursos de otras actividades productivas y generando obstáculos a la libre entrada y salida del mercado. También el

desarrollo de la actividad económica y las decisiones de inversión se pueden ver afectadas por la inseguridad jurídica asociada a la falta de transparencia y precariedad que a veces caracteriza las regulaciones sectoriales. O una regulación poco predecible puede incentivar actividades de “captura del regulador” por parte de las empresas, es decir, actividades de lobby cuyo objetivo es convencer al regulador para que dicte normas favorables a sus intereses. Dichas actividades consumen recursos que las empresas podrían dedicar, en otras circunstancias, a sus tareas productivas.

Como resultado de éstas y otras deficiencias regulatorias, la competencia y el correcto funcionamiento de los mercados pueden verse mermados en perjuicio de los consumidores y con el consiguiente efecto adverso sobre los resultados macroeconómicos del país en términos de crecimiento, empleo, productividad, inflación, etc. De ahí la importancia de asegurarse de que allí donde sea necesaria la intervención de los poderes públicos en los mercados, ésta se produce conforme a los principios de una buena práctica regulatoria.



2.

La mejora de la regulación:
el contexto actual



El alcance de las reformas de liberalización y privatización de primera generación ha sido ampliamente discutido y el balance de sus resultados varía según los países, pero parece haber consenso en que, si bien la apertura de los mercados y la privatización han reportado ganancias en productividad, la magnitud de estos beneficios depende de forma crucial del marco institucional y regulatorio que ha acompañado estas reformas. Y en consecuencia, la gran disparidad en las políticas nacionales de reforma empleadas en países de la OCDE puede explicar las diferentes tasas de crecimiento en ellos observadas, a pesar de que en su amplia mayoría se haya apostado por la apertura de un gran número de mercados.

Precisamente en estos dos pilares, la capacidad institucional y la calidad de la regulación, se basan muchas de las reformas subsiguientes, aquellas denominadas de *segunda generación*, que aspiran a alcanzar ganancias en productividad adicionales implementando cambios en el entorno regulatorio, con especial énfasis en los mercados de servicios, y profundizando en la reducción del protagonismo del Estado en la economía.

En este marco, se ha empezado a reconsiderar el papel que deben cumplir las instituciones regulatorias para potenciar al máximo los beneficios derivados de la competencia en los mercados y se ha intensificado el debate sobre la forma en que el estado puede intervenir en los mercados para salvaguardar ciertos intereses sociales legítimos, a través de instrumentos flexibles que distorsionen lo menos posible los incentivos económicos y el libre juego del mercado.

Todo este conjunto de iniciativas es lo que se ha venido denominando procesos de mejora o reforma regulatoria, en inglés, *better regulation* o, de manera más amplia, *regulatory reform*. La Mejora Regulatoria se refiere tanto a la calidad de las normas como a la calidad de la intervención administrativa, que ha de racionalizarse para garantizar la protección de los intereses generales. Precisamente en este sentido, muchos entes públicos y organizaciones internacionales han ido configurando una serie de herramientas para conseguir mejorar la calidad de los ordenamientos jurídicos, y es considerable el número de estudios y contribuciones surgidos a lo largo de la última década que, a nivel comparado, han documentado las ventajas de incorporar principios de mejora regulatoria como base de la regulación económica y social en general, pero también de la regulación en industrias específicas.

Entre las iniciativas a las que se ha dedicado más esfuerzo en la definición de instrumentos y evaluación destacan las de medición y reducción de las cargas administrativas,⁷ que se centran en la reducción de costes innecesarios y eliminación de obstáculos para las actividades privadas derivadas de la actuación de las Administraciones Públicas; las de simplificación normativa y adecuación a las necesidades sociales, que suponen la revisión sistemática de la regulación y, cuando es posible, la codificación; y las de análisis de impacto regulatorio, que comprenden la evaluación rigurosa de las propuestas regulatorias, así como la identificación de las posibles alternativas, y la valoración de las consecuencias económicas derivadas de su aplicación.

⁷ Las cargas administrativas son aquellos costes que soportan las empresas como consecuencia de una obligación contenida en la norma, tales que, si las normas desaparecieran, las empresas dejarían de incurrir en ellos.

A.

Los principios de mejora de la regulación desde la perspectiva de la OCDE

Uno de los primeros documentos en hacerse eco de la necesidad de adoptar principios informadores de la buena regulación fueron las *Recomendaciones para Mejorar la Calidad de la Regulación* de 1995 de la OCDE, que proponía una serie de principios inspiradores de la regulación de alta calidad.⁸ Sobre la base de este texto, en 1997, la OCDE publicó un nuevo informe, *Informe sobre la Reforma Regulatoria*, que recogía ejemplos de diversos países en los que se trataba de evaluar los beneficios, en términos de ganancias de eficiencia, derivados de la adopción de determinadas mejoras regulatorias. A título ilustrativo, se recogen en el cuadro siguiente algunos de esos resultados junto con otros de estudios posteriores. Si bien las metodologías de cálculo de costes y beneficio de estos estudios tienen sus limitaciones y las magnitudes concretas pueden ser cuestionables, estos ejercicios son interesantes en cuanto que reflejan muy sustanciales ganancias derivadas de las mejoras regulatorias introducidas.

⁸ Estos principios eran los siguientes: transparencia en las decisiones de los poderes públicos, no discriminación, evitación de restricciones innecesarias al comercio, utilización de medidas coherentes a nivel internacional, equivalencia en el reconocimiento de medidas adoptadas por otros países, y aplicación de principios competitivos.

Beneficios de las reformas regulatorias

- En distintos países se han venido realizando estimaciones sobre los beneficios de reformas regulatorias recientes.
- Se ha estimado que las medidas implementadas en Europa promoviendo la competencia y sustituyendo las normas nacionales por otras europeas para la consecución del Mercado Único Europeo han contribuido a incrementar el PIB europeo en un 1,5% entre 1987 y 1993.
- En los EEUU, se ha estimado que las reformas realizadas en varios sectores como el de transporte aéreo, transporte de mercancías por carretera o servicios financieros, entre otros, generan beneficios anuales para consumidores y productores de alrededor de 42 y 54 mil millones de dólares. Además, la evaluación de 15 análisis de impacto regulatorio llevados a cabo en dicho país mostró que, aunque el coste agregado de realizarlos ascendió a 10 millones de dólares, dieron lugar a modificaciones a reformas regulatorias que generaron beneficios netos estimados de cerca de 10 mil millones de dólares, es decir, una proporción de beneficio–coste de cerca de 1.000 a 1.
- En Japón, se estima que las ganancias en eficiencia derivadas de la eliminación de regulaciones innecesarias o ineficientes permitieron aumentar la renta de los consumidores en cerca de 0,3% o, alternativamente, se ha producido un ahorro agregado derivado de los menores precios de 36 mil millones de dólares.
- Según estimaciones del Gobierno británico, el coste total para las empresas derivado de las principales regulaciones acometidas en el Reino Unido entre 1998 y 2008 asciende a 65,99 miles de millones de libras. De esa cantidad, el 28,9% corresponde al impacto de regulaciones con origen británico, mientras que el 71,1% restante es atribuible a los efectos de regulaciones impulsadas por la Unión Europea.
- En Holanda, se estima que el total de las cargas administrativas ascendía en 2002 a 16,4 miles de millones de euros, lo que supone un 3,6% del PIB holandés. De esas cargas administrativas, se calcula que, aproximadamente el 53% están causadas por solamente diez normas legales.
- En Australia el Gobierno federal, en colaboración con los gobiernos estatales y regionales, emprendió en 1995 una amplia política de reformas a favor de la competencia en importantes sectores de la economía. Tras un ambicioso proceso de identificación y revisión de normas, los análisis de los resultados indican que los cambios observados en la productividad y en los precios en los principales sectores económicos en la década de los 90, cambios a los que las reformas han contribuido directamente, han permitido aumentar el PIB en torno a un 2,5%, o 20 mil millones de dólares australianos.

Fuente: Informe sobre la Reforma Regulatoria, OCDE, 1997; Burdens Barometer, British Chambers of Commerce, 2008; Standard Cost Model Network, Holanda; Informe sobre la Política Nacional de Competencia, Comisión de Productividad, Australia, 2005.

Con posterioridad, la OCDE ha seguido revisando la aplicación de estos principios y la evaluación de los resultados obtenidos en distintos estados miembros. Sobre la base de las lecciones aprendidas de estas revisiones y teniendo en cuenta la evolución de sectores específicos, como por ejemplo los servicios en red, la OCDE ha actualizado sus recomendaciones anteriores, mediante la aprobación, en abril de 2005, de los *Principios Rectores para la Regulación Eficaz y de Calidad*. Estos principios rectores son los siguientes:

- Adoptar a nivel político programas amplios de reforma de la regulación que establezcan objetivos claros y estructuras para su aplicación.
- Evaluar los impactos y revisar la regulación sistemáticamente para garantizar el cumplimiento de sus objetivos con eficiencia y eficacia en el cambiante y complejo entorno económico y social.
- Velar por que los reglamentos, las instituciones reguladoras encargadas de la ejecución y los procesos normativos sean transparentes y no discriminatorios.
- Examinar y reforzar, cuando sea necesario, el alcance, la eficacia y el cumplimiento de la política de competencia.
- Diseñar la regulación económica en todos los sectores para estimular la competencia y la eficiencia, y renunciar a ellas únicamente cuando una clara evidencia demuestre que esa es la mejor manera de servir los intereses públicos.
- Eliminar los obstáculos regulatorios innecesarios al comercio y a la inversión mediante la liberalización, y reforzar la relevancia y la mejor integración de la apertura de los mercados en todo el proceso de regulación, fortaleciendo así la eficiencia económica y la competitividad.
- Identificar los vínculos relevantes con objetivos de otras políticas y desarrollar políticas para alcanzar dichos objetivos de forma que apoyen la reforma.

De entre los elementos que integran los paquetes de reforma regulatoria merece destacarse el llamado análisis de impacto normativo o regulatorio, en inglés *Regulatory Impact Assessment* (RIA). El RIA consiste en un marco metodológico que permite realizar un análisis riguroso de las consecuencias de aprobar una determinada regulación, así como de las posibles alternativas a esa norma y las consecuencias económicas derivadas de su aplicación. Si bien distintos países e instituciones han desarrollado esta metodología con ciertas particularidades, se encuentran muchos elementos comunes entre ellas. En el cuadro siguiente se resumen los pasos más relevantes que han de seguirse en la evaluación del impacto de una norma.

Principales elementos del Análisis de Impacto Regulatorio

- Determinación del problema, de la necesidad y oportunidad de la intervención regulatoria.
- Definición de alternativas al establecimiento de regulación.
- Determinación de los efectos tangibles de cada alternativa regulatoria, incluyendo los potenciales y no intencionados.
- Estimación del coste y beneficio de cada alternativa, incluyendo el coste de oportunidad.
- Evaluación de otros impactos económicos, incluyendo efectos sobre la competencia, las PYMEs, o el comercio internacional.
- Identificación de “ganadores y perdedores” con cada alternativa regulatoria.
- Comunicación a los ciudadanos, y a los agentes económicos y sociales afectados por la regulación en cuestión, en varios momentos del proceso de elaboración, con la posibilidad de que se remitan comentarios.
- Clara justificación de la opción regulatoria que en definitiva se prefiera.
- Planificación previa para la evaluación ex post de los resultados de la regulación, con la determinación de procedimientos para la recogida de datos relevantes.

Fuente: Ladegaard, P., Measuring RIA quality and performance, en Regulatory Impact assessment. Toward better regulation?, eds Kirkpatrick, C. y Parker, D., Edgard Elgar, 2007.

B.

Los principios de mejora de la regulación desde la perspectiva comunitaria

En el ámbito de la UE también se han desarrollado múltiples iniciativas de impulso de las mejoras de regulación. Si bien se puede trazar su origen en la cumbre europea de Edimburgo de diciembre de 1992, no será hasta el Consejo de Lisboa en 2001, en el marco de la llamada Agenda de Lisboa, cuando la Comisión se compromete a actuar sobre la mejora de la calidad de la legislación de la UE, a través de su Libro Blanco para la Gobernanza europea.

La primera actuación en este sentido se tradujo en la adopción en junio de 2002 de un *Plan de Acción para la Mejora de la Regulación*. El plan identificó una serie de medidas de mejora aplicables en las distintas etapas del ciclo legislativo, desde la concepción de una determinada política hasta su aplicación. A partir de entonces, la Comisión Europea ha introducido progresivamente un sistema en el que plantea que cada una de las principales iniciativas políticas deba incluir una consulta con las partes interesadas, un análisis del impacto esperado de la medida y la justificación de la acción a nivel de la UE, de conformidad con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

En marzo de 2005 se adopta la Comunicación titulada *Mejora de la regulación para el Crecimiento y el Empleo en la Unión Europea*, en la que se establecen tres objetivos aplicables a la propia legislación comunitaria, consistentes en la realización de evaluaciones de impacto de nuevas propuestas; la simplificación de la legislación comunitaria vigente, con especial atención a determinados sectores como la industria del automóvil y los sectores de construcción, productos alimenticios y farmacéuticos; y la revisión de toda la legislación comunitaria pendiente valorando su retirada o una nueva redacción con arreglo a los principios informadores de la buena calidad regulatoria.

Posteriormente, en su revisión estratégica de la mejora de la legislación (noviembre de 2006), la Comisión Europea añadió a estas iniciativas el compromiso de acelerar los esfuerzos hacia la reducción de la burocracia tras darse a conocer nuevas cifras que revelaban que sus esfuerzos en este ámbito habían tenido hasta el momento resultados limitados.⁹

Precisamente una de las prioridades de muchos países a la hora de considerar iniciativas de reforma regulatoria ha sido el aligeramiento de las cargas administrativas que ciudadanos y empresas han de soportar para el desarrollo de sus actividades, en tanto que suponen un coste que debería estar justificado y, en todo caso, no resultar desproporcionado. La incidencia de las cargas administrativas puede llegar a tener un impacto considerable en la economía de un país. Por ejemplo, en España un estudio de 2005 estimaba que dichas cargas suponían entre el 3,6 y el 4,6% del PIB nacional, un resultado relativamente alto si lo comparamos con el del Reino Unido (entre el 1,2 y el 1,5%), aunque similar al de otros países como Italia y Portugal, e inferior al de Grecia o Hungría (entre el 5,4 y el 6,8%).¹⁰

9 Se llegó a estimar que la carga anual para las empresas asociada a los costes administrativos de la legislación de la UE iba a ser realmente el doble de la estimación inicial de 320 millones de €.

10 Kox, Henk L.M., *EU Competitiveness Report 2005. Intra-EU differences in regulation-cased administrative burden for companies*, Comisión Europea, 2005.

Una de las prioridades de muchos países a la hora de considerar iniciativas de reforma regulatoria ha sido el aligeramiento de las cargas administrativas que ciudadanos y empresas han de soportar.

En resumen, en estos momentos la Comisión, a partir del mandato del Consejo Europeo de marzo de 2007, pretende fortalecer sus actuaciones en lo que a la mejora regulatoria respecta a través de tres tipos de actuaciones:

- *La mejora de la calidad de las evaluaciones de impacto*, a través de la creación de un grupo independiente de expertos, la Comisión de Evaluación de Impacto (Impact Assessment Board), que se encargará de examinar los proyectos de evaluaciones de impacto.
- *La reducción de la carga administrativa de la normativa vigente*. La Comisión estima que los gastos administrativos ascienden aproximadamente al 3,5% del PIB de la UE. Por tanto, propone la fijación de un objetivo jurídicamente vinculante para reducir las cargas administrativas derivadas de la legislación comunitaria en un 25% para el año 2012, una actuación que podría generar unos 150 millones de euros para impulsar la economía europea. También ha establecido un plan de acción concreto para la medición de los costes administrativos y la reducción de las cargas administrativas.¹¹
- *La extensión de su programa de simplificación de la regulación existente*, incluyendo la revisión y posible retirada de propuestas pendientes y la finalización de un programa de simplificación de la legislación europea vigente a través de iniciativas de codificación.

Por lo que se refiere a las actuaciones individuales de mejora regulatoria de los Estados Miembros, es destacable la experiencia del Reino Unido. La administración inglesa cuenta con un departamento específico dedicado al desarrollo de la *Better Regulation*,¹² que lidera la agenda de reforma regulatoria cuyos objetivos son trabajar con los distintos ministerios y los reguladores para mejorar el diseño de la nueva regulación y su comunicación, simplificar y modernizar la regulación existente, y cambiar actitudes y enfoques sobre la regulación para que sean más innovadores.

Otro buen ejemplo de la preocupación por estos temas es Holanda, donde se ha desarrollado un programa específico para la evaluación y reducción de cargas administrativas para las empresas. Para ello en el año 2000 se creó un órgano consultivo y de vigilancia independiente,¹³ para dar respaldo al compromiso del gobierno holandés de lograr una reducción del 25% en el conjunto de trámites burocráticos para las empresas. Sus funciones incluyen, además de la prestación de asesoramiento al gobierno en su estrategia general de alcanzar unas cargas administrativas estructuralmente más bajas, la revisión independiente de nuevas propuestas legislativas y la evaluación de los planes ministeriales para reducir las cargas administrativas en la legislación vigente.

¹¹ Los líderes de la UE en la reunión de marzo de 2007 de la Cumbre Europea se mostraron de acuerdo con este objetivo, pero descartaron la idea de establecer objetivos obligatorios a nivel nacional.

¹² Se trata del Departamento de Negocios, Empresa y Reforma Regulatoria, dentro del que se ubica el Comité Ejecutivo para la Mejora Regulatoria.

¹³ Se trata de la Junta Consultiva sobre Cargas Administrativas (*Dutch Advisory Board on Administrative Burdens*, ACTAL).

Es destacable asimismo la metodología desarrollada en este país en 2004, para cuantificar las cargas administrativas, el denominado Modelo de Costes Estándar (*Standard Cost Model, SCM*). Se basa en la identificación de las exigencias de la legislación y la valoración de estas exigencias en función del tiempo y dinero que las empresas emplean para cumplir dichos requisitos. El SCM es tanto un instrumento de cuantificación de las cargas administrativas asociadas a la legislación vigente, como una herramienta de diseño para limitar las cargas administrativas derivadas de nuevas propuestas legislativas. Recientemente Dinamarca, Reino Unido, la República Checa y Noruega han optado por adoptar el enfoque holandés de reducción de cargas administrativas de manera integral.

C.

Los principios de mejora de la regulación desde la perspectiva nacional

En España también se han puesto en marcha en los últimos tiempos distintas iniciativas en este ámbito. Así, en octubre de 2005, y siguiendo el mandato derivado del Plan de Lisboa, se aprueba el Programa Nacional de Reformas (PNR), cuyo eje quinto hace referencia a la promoción e implantación de determinadas medidas de mejora regulatoria tales como la mejora de las memorias que acompañan las propuestas normativas, tanto en el análisis de impacto global de las mismas como en el de su impacto económico, más allá del mero impacto presupuestario.

También en desarrollo del PNR, y con el objetivo más amplio de conseguir la aplicación práctica de principios de racionalidad y eficiencia en la actuación pública, se crea la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios, entre cuyas áreas de actuación se encuentra el análisis de impacto normativo en orden a elevar la calidad de la regulación.

Más recientemente, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de mayo de 2007 denominado *Impulso del Programa de Mejora de la Reglamentación y Reducción de Cargas Administrativas*, concreta ciertas actuaciones de desarrollo de este compromiso consistentes en el reforzamiento de las instituciones encargadas de elaborar un Plan de Acción para la reducción de cargas administrativas y de coordinar el trabajo que requerirá la participación de España en el programa de acción de la Comisión europea, la necesaria colaboración con CC.AA. y Entes Locales y el establecimiento de cauces de colaboración con organizaciones empresariales y otros interlocutores sociales para avanzar en la rápida detección de las cargas administrativas prescindibles.



3.

La mejora de la regulación
desde el punto de vista de
la competencia:
experiencias internacionales



Muchas de las iniciativas de reforma regulatoria anteriormente señaladas se hacen eco de la importancia de que la normativa estimule la competencia y la eficiencia en los mercados, debiendo servir, precisamente, para regular los fallos de mercado en los casos en que la competencia efectiva no sea posible.

En este contexto, han aparecido recientemente iniciativas que tienen por objeto aplicar con mayor concreción al ámbito de la defensa de la competencia esas reflexiones efectuadas en el marco de los procesos más o menos generales de mejora regulatoria, e incorporar el análisis coste-beneficio desde esta perspectiva a los procesos de evaluación del impacto regulatorio de los proyectos normativos.

Por una parte la Comisión Europea publicó en 2005 el documento *Better Regulation: A Guide to Competition Screening*, que distingue entre tres grandes categorías de normas que pueden resultar restrictivas de la competencia: las que eximen a ciertos mercados o sectores del régimen de competencia; las que directamente interfieren en la conducta comercial de los operadores, bien reduciendo el incentivo de los operadores a competir vigorosamente o bien limitando la manera en que éstos compiten y posicionan sus productos en relación a otros; y, finalmente, las que pueden interferir de manera indirecta en dicha conducta comercial al establecer barreras de entrada o favorecer a los operadores ya implantados en detrimento de los nuevos entrantes.

El documento propone sugerencias para incorporar el análisis de competencia en el marco de las evaluaciones de impacto regulatorio. A estos efectos, plantea dos cuestiones a considerar en dichas evaluaciones: si de la regulación en estudio se derivan restricciones para la competencia y si para conseguir los mismos objetivos se pueden emplear medios menos restrictivos para evitar limitaciones a la competencia innecesarias o desproporcionadas.

También en este sentido la Office of Fair Trading británica ha publicado en 2007 el documento *Completing competition assessments in Impact Assessments*, en el que se incluyen recomendaciones útiles dirigidas a quienes diseñan políticas públicas, para introducir consideraciones de competencia en las evaluaciones de impacto de las regulaciones.

A su vez la OCDE ha invertido muchos esfuerzos en la elaboración de una *Guía para Evaluar la Competencia*, que se ha publicado en 2007. En este documento, se propone una metodología general para identificar restricciones a la competencia que resulten innecesarias y desarrollar alternativas, esto es, normativas menos restrictivas para la competencia pero igualmente capaces de alcanzar los objetivos que la regulación quiera perseguir. Uno de los principales elementos de la Guía es la denominada *Lista de verificación del impacto competitivo* que contiene una serie de preguntas para identificar las normas y regulaciones que potencialmente pueden limitar la competencia de manera innecesaria. En caso de que una regulación determinada arroje una (o más) respuestas afirmativas a las preguntas de la lista, se recomienda proceder a un análisis en profundidad cuyas pautas se desarrollan también en la Guía. De este modo, se puede priorizar y emplear más adecuadamente los recursos destinados a la evaluación competitiva de normas.

La CNC pretende avanzar una serie de principios y recomendaciones para el desarrollo de una regulación eficiente y favorecedora de la competencia.

Con independencia del valor práctico que se otorgue a una lista de verificación en tanto que ejercicio automático para evaluar la competencia, lo cierto es que dicha lista puede ayudar a ordenar las cuestiones sobre las que se debe reflexionar a la hora de evaluar el impacto de una normativa sobre la competencia. Entre ellas, se incluyen las siguientes:

- Si la norma evaluada limita el número o variedad de proveedores, por ejemplo, otorgando derechos exclusivos a un proveedor o estableciendo un proceso de licencias o autorizaciones necesarias para operar; limitando la capacidad de ciertos proveedores para ofertar un bien o servicio; o aumentando los costes de entrada y salida al mercado.
- Si la norma limita la capacidad de competir de los proveedores, por ejemplo, al imponer excesivos controles de precios de los bienes o servicios; limitar la libertad de publicidad de los proveedores; o elevar significativamente la producción de unos proveedores en relación a otros.
- Si la norma reduce los incentivos a competir entre los distintos proveedores, por ejemplo, al facilitar las posibilidades de coordinación mediante el establecimiento de regímenes de co-regulación o imponiendo obligaciones de mayor transparencia en el acceso a la información.

Por último, cabe señalar que el proceso de transposición de la recientemente aprobada Directiva 2006/123/CE, relativa a los Servicios en el Mercado Interior¹⁴, está también significando una gran oportunidad para los Estados miembros de modificar aspectos de su normativa interna que atentan contra determinados objetivos del TCE relacionados con la política de competencia, como son la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios.

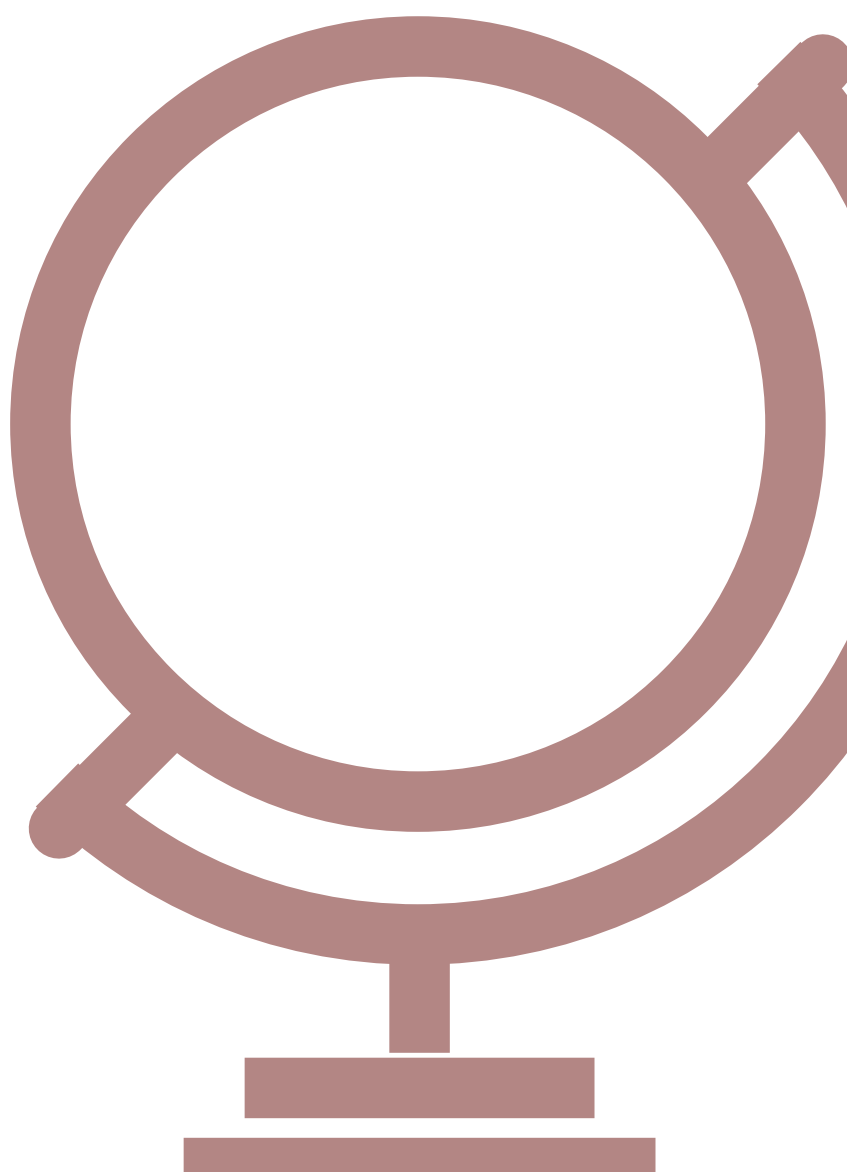
Esta Directiva pretende facilitar la prestación transfronteriza de servicios y conseguir un efectivo Mercado Interior en ese ámbito, mediante la remoción de los obstáculos legales y administrativos que todavía dificultan dicha prestación. Para ello establece una serie de obligaciones en términos de simplificación administrativa y de prohibición de todo tipo de autorizaciones y procedimientos que resulten innecesarios, discriminatorios o desproporcionados.

En este marco, las autoridades nacionales responsables de la transposición están realizando un esfuerzo de identificación de normas potencialmente susceptibles de vulnerar dicha Directiva, así como de evaluación de la pertinencia de su eliminación. Los instrumentos analíticos utilizados para estas evaluaciones, que incluyen una valoración de la necesidad de la restricción, y, en caso afirmativo, de la proporcionalidad de los términos en que la restricción está formulada, son similares a los que la OCDE y la propia Comisión Europea emplean para evaluar el impacto competitivo de las normas en proyecto.

En definitiva, las distintas iniciativas señaladas a nivel comparado evidencian la necesidad de que, también en España, las actuaciones que se han emprendido para controlar la calidad y eficacia de la regulación ex ante

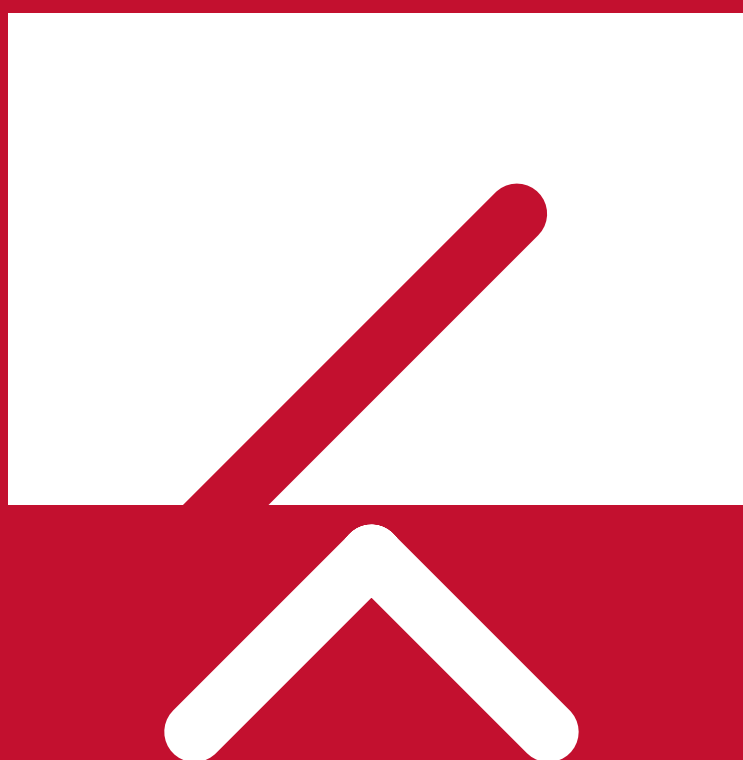
¹⁴ Aunque los Estados miembros disponen de un plazo de trasposición de tres años, que finaliza el 28 de diciembre de 2009, la Directiva de Servicios está ya en vigor desde el 28 de diciembre de 2006.

se completen igualmente desde la perspectiva de defensa de la competencia. En España este debate no ha cobrado aún suficiente intensidad, especialmente en las instituciones públicas. Por ello, en lo que sigue, la CNC pretende avanzar una serie de principios y recomendaciones para el desarrollo de una regulación eficiente y favorecedora de la competencia.



4.

Principios de la
regulación eficiente
y favorecedora de
la competencia



Como venimos insistiendo a lo largo de este informe, la experiencia acumulada en las dos últimas décadas nos ha enseñado que para favorecer el desarrollo competitivo de los mercados puede no ser bastante con introducir medidas liberalizadoras. Hay además que procurar que el marco normativo sea eficiente porque, de lo contrario, la liberalización puede no tener los efectos esperados.

Por *marco normativo* nos referimos aquí a cualquier tipo de medida que, aun no teniendo aparentemente como objeto directo la regulación de una actividad económica, pueda tener implicaciones sobre la actividad que los agentes económicos desarrollan. En este sentido, normas que tengan un objeto ajeno en principio a cuestiones económicas (prevención de riesgos laborales, protección de la salud de los ciudadanos o promoción del desarrollo de una lengua,...) pueden tener implicaciones sobre la actividad de los agentes económicos y, por tanto, deberían también observar los principios de una regulación eficiente desde el punto de vista de la defensa de la competencia.

En economía, eficiencia es un término que se refiere a la relación entre los resultados obtenidos y los recursos utilizados. Llamamos, por ejemplo, *eficiente* a la combinación de factores de mínimo coste que nos permite obtener un nivel dado de output. En el contexto presente, entendemos que la regulación es *eficiente* cuando la consecución del objetivo que la norma persigue se alcanza mediante un ejercicio regulador que impone las mínimas restricciones posibles a la actividad económica.

Para que un marco normativo sea eficiente, debe respetar siempre una serie de principios que contribuyan a minimizar la carga para la actividad económica y el perjuicio desde la perspectiva del funcionamiento de la competencia en el mercado. Tales principios se concretan de la siguiente manera: 1) Necesidad y proporcionalidad; 2) Mínima distorsión; 3) Eficacia; 4) Transparencia y 5) Predecibilidad. A continuación se desarrollan y justifican tales principios.


1.

Justificación de la restricción (principio de necesidad y proporcionalidad)

Dado que el mercado y la libertad de empresa constituyen la regla general, cuando una norma contravenga estos principios debe hacerse explícito y dar una justificación de su necesidad.

La Constitución Española reconoce la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado. El funcionamiento de nuestra economía se asienta en tales principios y, por tanto, deben ser tutelados por los poderes públicos. Esta tutela obliga a todos los poderes públicos, no sólo a los órganos de defensa de la competencia.

Es innegable que esta defensa y garantía de la libertad de empresa y del funcionamiento competitivo del mercado debe coordinarse con otros intereses públicos igualmente dignos de garantía. No obstante, tal coordinación debe respetar una serie de principios que aseguren la eficacia regulatoria y eviten que el buen funcionamiento del mercado termine por subordinarse, de manera innecesaria, a objetivos difusos o mal definidos.



La libertad de empresa y el buen funcionamiento del mercado son objetivos a cuya defensa también vienen obligados los poderes públicos.

En este sentido, resulta primordial que la elaboración de toda norma venga precedida de una **definición clara de sus objetivos** y que tales objetivos se expliciten. Esta aseveración puede parecer, hasta cierto punto, una obviedad. Sin embargo, no es infrecuente encontrarse con textos legales cuyos fines resultan poco concretos o que afirman perseguir la consecución de diferentes objetivos, difícilmente reconciliables entre sí. También suele ocurrir que las disposiciones que contiene la norma resultan innecesarias o poco acordes con el propósito que se ha identificado. Por todo ello, la definición clara de objetivos, sea cual sea el rango de la norma, debe ser una práctica ineludible que ayude a entender el porqué de la intervención, su oportunidad y su consistencia.

Pero no basta con definir los objetivos de la norma. En aquellos casos en que la consecución de los objetivos definidos requiera introducir, directa o indirectamente, algún tipo de restricciones a la competencia, debería ser condición necesaria para su aprobación la **justificación de la necesidad de tales restricciones**. Al fin y al cabo, como hemos mencionado, la libertad de empresa y el buen funcionamiento del mercado son objetivos a cuya defensa también vienen obligados los poderes públicos. Si estos principios se van a conculcar o restringir, debe hacerse de manera motivada, de forma que sea posible discernir si el objetivo que se persigue justifica la restricción que se impone y la distorsión que ello conlleva. Esto es, se debe justificar si tal distorsión es verdaderamente necesaria o la finalidad que se persigue puede alcanzarse sin necesidad de imponer restricciones a la competencia. También será necesario reflexionar sobre la **proporcionalidad de la restricción impuesta** con el fin de evitar que la consecución de un objetivo que suponga sólo una mejora relativa o marginal en términos de bienestar social genere, en cambio, un serio detrimento al mismo por las serias restricciones a la actividad económica que impone. Estos requisitos guardan a la par íntima relación con el principio de mínima distorsión al que después nos referiremos.

Aunque este ejercicio de justificación se realice con un enfoque meramente analítico, sin entrar en evaluaciones cuantitativas del impacto de la norma sobre el bienestar social, su utilidad será tremenda. Primero, forzará al legislador y a la opinión pública a tomar conciencia de para qué legisla y mediante qué instrumentos, lo que redundará en una mayor calidad de la regulación. Segundo, contribuirá a evitar restricciones a la competencia gratuitas. Tercero, hará explícitas las restricciones a la competencia que se introducen, aunque sean justificadas y a tomar conciencia sobre el coste que tienen para el sistema económico. Cuarto, ayudará a evaluar *ex post* la eficacia de la norma. Esto es, si las medidas introducidas no conducen a la consecución de los objetivos propuestos, será más fácil diagnosticar que procede su supresión, puesto que imponen un coste en términos del funcionamiento del mercado que no encuentra contrapartida en otro tipo de beneficios sociales.

2.

Justificación de los instrumentos empleados (principio de mínima distorsión)

De entre los instrumentos posibles para la consecución de un objetivo dado se debe emplear aquellos que supongan la mínima distorsión para la competencia.

A menudo sucede que para la consecución de un determinado fin se pueden emplear distintos instrumentos regulatorios y que el impacto de los mismos sobre las condiciones de competencia no es indiferente. Una falta de reflexión al respecto puede llevarnos a que se impongan medidas excesivamente restrictivas desde el punto de vista de la competencia, cuando el objetivo que se persigue podría quedar igualmente salvaguardado con mecanismos menos restrictivos.

Ello nos lleva a subrayar que el hecho de que se justifique la necesidad de restringir la competencia para la consecución de un determinado objetivo y de que se observe su proporcionalidad (que el bien obtenido supera el perjuicio que se ocasiona) no basta para asegurar que la propuesta normativa es eficiente. Para ello, debe además constatarse que **no existe un mecanismo alternativo que permita alcanzar el mismo fin imponiendo una menor distorsión al funcionamiento del mercado.**

Por ejemplo, en determinados sectores es necesario regular la entrada de operadores por razones de calidad del servicio. Puede incluso que haya que regular el número de operadores que entran por razones de orden público, de espacio o de rentabilidad de las inversiones en presencia de elevados costes fijos. Hay muchos mecanismos que permiten alcanzar este objetivo; la autorización administrativa, que permite verificar que quien entra cumple determinados requisitos objetivos; el régimen de licencias, que además de establecer requisitos puede suponer frente al anterior que opere un cierto *numerus clausus*, limitando por tanto la entrada; y el régimen concesional, que puede suponer la explotación de un servicio a un solo operador en régimen de monopolio, limitando la competencia al momento de la adjudicación.

Evidentemente, el impacto sobre la competencia de cada uno de estos mecanismos de regulación de la entrada depende de forma crucial de su diseño. Pero aun así, es cierto que su impacto desde la perspectiva de barreras a la entrada en el mercado es muy diferente. Es por ello que, a la hora de regular, es necesario plantearse si la consecución del objetivo que se pretende puede hacerse con un mecanismo menos restrictivo para evitar restricciones innecesarias que, además, una vez aprobadas, suelen perdurar en el tiempo.

Resulta bastante habitual que haya una relación positiva entre control sobre la entrada y restricción de la competencia. Ello suele llevar a justificar las restricciones a la competencia con un enfoque maximalista, con el que se pretende argumentar que, aunque son posibles varios mecanismos, el más restrictivo es el que más contribuye a los objetivos que se persiguen, por ejemplo, a la ordenación del sector. En particular, a menudo suele tenderse al régimen concesional cuando ni la existencia de inversiones específicas ni las razones

de seguridad en la prestación del servicio lo justifican¹⁵. Sin embargo, debe huirse de este enfoque maximalista. Incluso en el caso de que un régimen más restrictivo contribuya mejor a alcanzar el objetivo que la norma pretende, deberá justificarse si esta mejora compensa el mayor daño que la restricción infringe. Si los objetivos que se pretenden quedan razonablemente asegurados con mecanismos menos restrictivos, debe optarse por estos.

3.

Eficacia

El diseño de las normas debe permitir su aplicación eficaz.

Eficacia se define como la capacidad de lograr el efecto que se desea o espera. Un marco normativo eficaz es, por tanto, aquel que permite la consecución de los objetivos que persigue. Huelga decir que este es un objetivo deseable. De lo contrario, se pueden estar imponiendo cargas a las empresas y aceptando restricciones a la competencia para alcanzar ciertos objetivos cuya consecución, sin embargo, puede frustrarse por falta de eficacia de la norma.

Son muchos los factores que afectan a la eficacia de la norma. A continuación mencionamos algunos:

- **Definición clara de objetivos.** Como ya apuntábamos anteriormente, el ejercicio de definir con claridad los fines que se persiguen es básico. Si no se tiene claro qué se pretende con una determinada intervención regulatoria difícilmente el diseño de la norma va a ser lógico y adecuado. Además, en estas circunstancias el riesgo de que se introduzcan restricciones gratuitas será mayor. En ausencia de una definición clara de objetivos no será tampoco posible valorar ex post la eficacia de la norma.
- **Fácilmente ejecutable.** A la hora de diseñar una determinada normativa hay que tratar de que la aplicación de la misma sea viable y lo más sencilla posible. Una norma cuyo cumplimiento o seguimiento sean complejos y costosos puede devenir en ineficaz porque ni administración ni administrados sean capaces de cumplirla adecuadamente, sin por ello dejar de imponer costes a ambos. Las normas que adolecen de eficacia por su complejidad generan además un serio coste social para el sistema, porque de partida invitan al incumplimiento, lo que ocasiona un serio desprestigio del marco normativo.
- **Necesidad de coordinación entre administraciones.** La complejidad del marco normativo es un factor que se debe tener especialmente presente en el caso de España, donde se superponen o conviven normas emanadas de diferentes administraciones. En este contexto, una falta de coordinación de las diferentes administraciones puede complicar innecesariamente el marco regulatorio en el que se desenvuelve la actividad de empresas que

¹⁵ A este respecto es interesante el trabajo en curso sobre los procesos de contratación pública, que está realizando la Dirección General de Defensa de la Competencia de la Consejería de Economía y Finanzas de la Generalitat de Cataluña.

operan en todo el territorio y a la vez complicar las tareas de supervisión y vigilancia de las administraciones, algo que resulta también clave desde el punto de vista de la eficacia del sistema. Hay pues que buscar la coordinación entre administraciones para facilitar el cumplimiento de la normativa y evitar “*marañas normativas*”.

- **Evitar las lagunas legales.** A menudo sucede que los intentos por abrir a la competencia un determinado sector contenidos en una norma con rango legal quedan frustrados por la ausencia o precariedad de la normativa de desarrollo. Esto es habitual cuando la apertura de sectores conlleva la necesidad de regular las condiciones de acceso y se demora la aprobación de tales reglas o, las mismas, por problemas de captura del regulador o de cualquier otra índole, se perfilan de tal forma que devienen en inefectivas. Un diseño eficaz requiere por tanto que los desarrollos reglamentarios no se demoren y que se conozca de antemano cuáles van a ser sus líneas maestras. En definitiva, el marco de regulación en sectores que se pretenden abrir a la competencia debe analizarse y confeccionarse *ex ante* de la forma más concreta posible, huyendo de esquemas en los que se aprueban mediante Ley o Real Decreto principios muy generales desconociendo de antemano cuáles van a ser los detalles en que se concreta el proceso de liberalización. Con ello no se quiere decir que tales detalles deban constar en normas con rango de Ley. Lo que resulta deseable es que cuando se pretende introducir competencia la modificación del marco regulador sea fruto de un proceso de análisis completo y detallado. Además, el hecho de que la “letra pequeña” del proceso regulador se conozca *ex ante* puede en ciertos casos “comprometer al regulador”, contribuyendo a prevenir procesos de marcha atrás en el desarrollo reglamentario por presiones de parte y a evitar periodos de incertidumbre para las empresas afectadas que pueden tener un efecto negativo sobre las decisiones de inversión.

4.

Transparencia

La transparencia debe ser un principio que impregne el marco normativo y los procesos de elaboración del mismo.

En España las normas, una vez aprobadas por el órgano competente, son públicas con carácter general. No obstante, puede haber determinados elementos que resten transparencia al marco normativo. En primer lugar, la **dispersión de normas**. A menudo la regulación que afecta a un sector ha sido reiteradamente reformada mediante textos legales diferentes o se encuentra incluida en normas diversas, a menudo producidas por administraciones diferentes. Esta dispersión normativa reduce notablemente la transparencia del marco normativo, a lo cual se suma un uso a veces intrincado de las disposiciones transitorias y las derogatorias. Todo ello suele operar como una barrera de entrada al mercado que protege a los ya establecidos en detrimento de los entrantes, menos conocedores del marco normativo, de sus lagunas y de sus peculiaridades.

La transparencia debe aplicarse en igual medida a la **ejecución de la norma**. En particular, en presencia de restricciones a la entrada y a la actividad los criterios que determinan qué operadores pueden o no pueden operar deben

ser transparentes, así como su justificación. No hay que olvidar que tales restricciones constituyen una conculcación directa del artículo 38 de la Constitución, por lo que su justificación debe ser extremadamente pulcra.

Este déficit de transparencia también afecta a los procesos normativos. Lo ideal es que estos **procesos normativos sean transparentes**, sobre todo cuando constituyen el marco en que va a desenvolverse una determinada actividad económica. Debe considerarse por ello como una buena práctica a seguir la publicación de borradores de norma para consulta para favorecer el debate público. Esta, sin embargo, no es una práctica demasiado extendida entre las administraciones de los diferentes ámbitos que componen el Estado español.

Esta propuesta de proceso de consulta y diálogo no se debe confundir con el recurso a pactar y consensuar con representantes del sector la política de liberalización de manera colectiva. Esta tendencia a negociar colectivamente el marco normativo y su apertura resulta tremendamente arriesgada porque suele facilitar la captura del regulador, relajar las condiciones de competencia y facilitar la coordinación de comportamientos competitivos y los repartos de mercado.

5.

Predecibilidad

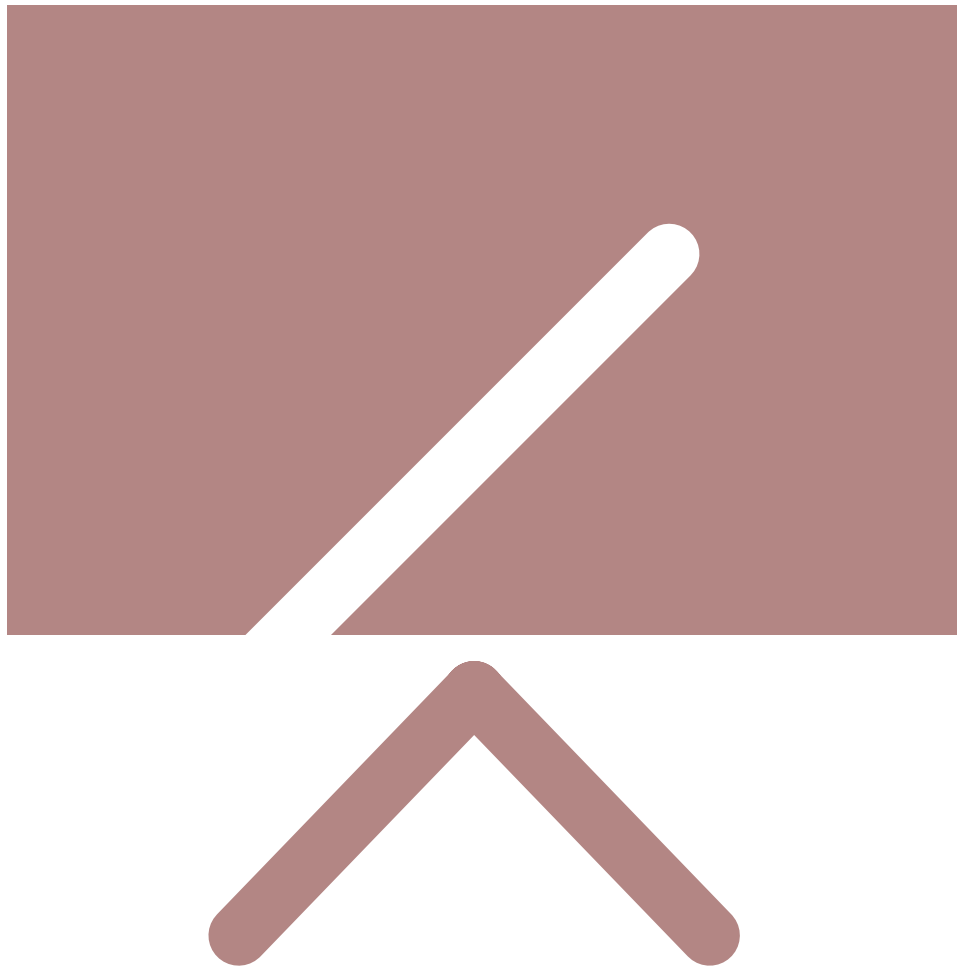
El marco normativo debe ser estable y predecible su desarrollo.

Resulta básico para la actividad económica disponer de un marco normativo sólido y estable. Cuando esto no sucede la regulación es causa de incertidumbre, que perjudica las decisiones de inversión de las empresas y puede tener además otros efectos perversos, como desincentivar la entrada de nuevos operadores.

Por ello, constituye una buena práctica que las normas que requieren de un desarrollo contengan una previsión del calendario para perfeccionar el mismo, de tal forma que, como decíamos antes, la autoridad se comprometa y genere confianza en el sistema.

En consistencia con lo anterior, hay que huir de las “normas a traición”, de forma que medidas relevantes, con un claro impacto en la cuenta de resultados de las empresas, se introduzcan de manera inesperada y un tanto precipitada, sorprendiendo a los inversores y generando una desconfianza innecesaria en los mercados de capitales. Por las mismas razones debe evitarse la inestabilidad del marco normativo.

En esta línea también, deben evitarse los vacíos legales y las liberalizaciones incompletas, porque no logran con eficacia el objetivo de apertura del mercado y someten al mismo a una grave incertidumbre que suele afectar a los procesos de inversión.



5.

Recomendaciones para una regulación eficiente



1. Toda norma debe concretar claramente, como parte de su articulado, el objetivo que pretende.
2. Se considera una buena práctica que los proyectos de norma vengan sometidos a consulta pública. Por ello, es preciso desarrollar con mayor rigor lo ya previsto en cuanto a los procedimientos de “audiencia” y de “información pública”.
3. Cuando se trata de proyectos para la liberalización e introducción de competencia en un determinado sector, conviene que se planifique y a ser posible anticipe para su debate el proyecto en detalle.
4. Este proceso de consulta y diálogo no se debe confundir con el recurso a pactar y consensuar con representantes del sector la política de liberalización de manera colectiva.
5. En el caso de que haya diversas administraciones competentes en la materia, ya sea con capacidad normativa o con competencias de ejecución, se debería asegurar la coordinación y consistencia de las diferentes normas, tanto en su definición como en su ejecución.
6. Cuando la eficacia de la norma dependa de su desarrollo reglamentario se establecerá necesariamente un plazo para su ejecución. Es posible que este plazo pueda no ser respetado, pero al menos este hecho quedará de manifiesto de forma más clara.
7. Las normas deben incluir disposiciones derogatorias precisas y huir de las “derogaciones generalizadas de todo lo anterior que se oponga a la nueva norma”. De esta forma no sólo se lograría una mayor seguridad jurídica para los operadores del mercado, sino que además se podría evaluar de forma más precisa el efecto “neto” de la nueva norma en cuanto a las restricciones que pudiera introducir¹⁶.
8. Las normas susceptibles de afectar directa o indirectamente a la libertad de empresa de los agentes económicos y al funcionamiento de los mercados deben acompañarse de una memoria relativa a su impacto, directo o indirecto, sobre la competencia en el mercado (*memoria de competencia*). Para que sea efectiva, tal memoria debería cumplir una serie de requisitos que se describen a continuación.
9. Los proyectos de normas que incluyan medidas que puedan tener efectos sobre la competencia deberán contar con el dictamen de la CNC previsto en el artículo 25 a) de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia.

¹⁶ En el caso particular de las cargas administrativas (*administrative burdens*) el gobierno holandés ha establecido una regla por la que una nueva norma no puede generar cargas “netas” nuevas y, por lo tanto, si introduce una carga nueva, esa misma norma debe eliminar otra preexistente.

1.

Sobre la memoria de competencia

Establecidos los principios para una regulación eficiente, es necesario también articular mecanismos que contribuyan a su salvaguarda.

El análisis previo de las medias de la norma que pueden tener un impacto sobre la competencia y sobre la actividad económica de las empresas no es un tema nuevo. Ya ha habido antecedentes de propuestas en este sentido. El Tribunal de Defensa de la Competencia, en un informe publicado en el año 1993¹⁷ lanzó la idea de introducir el denominado *Presupuesto de restricciones a la competencia*. Se proponía que el Parlamento, además de los impuestos y los gastos que están explícitos en los Presupuestos Generales del Estado, tenga que aprobar –o al menos conocer anualmente– los beneficios y costes que están implícitos en las restricciones a la competencia.

En tiempos mucho más recientes, en el marco del *Plan de Dinamización de la Economía e Impulso de la Productividad*, se incluyó como iniciativa el reforzar la evaluación del impacto regulatorio de las propuestas normativas. Con este fin se inició la tramitación del llamado *Real Decreto de Memoria de impacto normativo*. Este Real Decreto pretendía ampliar y mejorar el contenido de las memorias económicas que deben acompañar a todo proyecto normativo, de manera que antes de aprobar normas de cierto rango se realizara un análisis en profundidad del impacto global de las propuestas de regulación. Este mecanismo supone un control ex ante de la regulación, atendiendo a su necesidad y efectos, de manera que se hagan explícitos los efectos secundarios de toda norma y, caso de que se decida asumirlos, se haga de manera consciente.

La CNC considera imprescindible que con carácter previo, en el trámite de elaboración de la norma, sean identificadas las medidas que puedan suponer restricciones a la competencia de forma que puedan ser eliminadas, y si no fuera posible hacerlo de forma total, que a restricción introducida sea la mínima imprescindible y que proporcionada al objetivo perseguido. En definitiva, tratar de que el marco normativo sea eficiente y no distorsionador.

En opinión de la CNC este tipo de ejercicio no debería limitarse a las normas propuestas o aprobadas por la Administración Central y de un cierto rango, sino que debería aplicarse a todo tipo de normas y a cualquier ámbito de la administración. Ello porque a menudo las restricciones a la competencia se introducen no en los textos básicos, sino fundamentalmente en la normativa de desarrollo. Por otra parte, dada la configuración del Estado español, donde muchas e importantes competencias han sido descentralizadas hacia las administraciones autonómicas o recaen en autoridades locales, resultaría estéril contar sólo con el compromiso de la administración central a la hora de identificar y combatir las restricciones a la competencia. Máxime cuando, como poderes públicos, el resto de administraciones vienen igualmente obligadas a velar por el principio de libertad de empresa y por el buen funcionamiento de los mercados.

Con carácter adicional, como hemos visto en las secciones anteriores, este tipo de mecanismo está en consonancia con las recomendaciones que se están

¹⁷ Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios.

realizando desde organizaciones internacionales para la mejora de calidad de la regulación y está en línea con las políticas que en este ámbito trata de desarrollar la Comisión Europea y las autoridades de algunos de los países miembros de la UE que están en la vanguardia de este tipo de iniciativas (UK, Holanda...).

Para que sea eficaz la memoria de competencia debe reunir una serie de requisitos:

- a) Cualquier tipo de administración pública ya sea estatal, autonómica o local debe venir obligada a la presentación de una memoria de competencia para la tramitación de una norma.
- b) La memoria de competencia debe producirse lógicamente *ex ante*. Realizar este ejercicio *ex post* tiene poco sentido porque no evitará que las restricciones a la competencia se enquisten en nuestro ordenamiento.
- c) Debe ser pública. Ello no sólo por consistencia con el principio de transparencia de la regulación. También la publicidad ejerce aquí un mecanismo de disciplina para el legislador, de manera que si se pretenden introducir restricciones se deban dar a conocer públicamente.
- d) La memoria de competencia debe ser independiente, o bien formar parte de la “memoria económica” del proyecto prevista en la Ley 50/1997, siempre que se amplíe el contenido de la misma.
- e) La memoria de competencia evaluará si se dan los principios para calificar la regulación de eficiente y en particular:
 - Si la norma introduce algún tipo de restricción a la competencia.
 - Necesidad y proporcionalidad de la misma: Si es imprescindible para los objetivos que se pretenden y si los mismos tienen un impacto sobre el bienestar social proporcional a la restricción que se introduce.
 - Mínima distorsión: por qué se considera que no existen otras alternativas menos gravosas para el funcionamiento del mercado.
- f) Debe ser elaborada por el órgano proponente (al igual que el resto de la memoria económica, la memoria justificativa y la memoria de impacto de género), si bien podría contar con el apoyo de un órgano distinto al proponente y especializado en asuntos de competencia.

Para facilitar la tarea de completar satisfactoriamente la valoración de las normas desde el punto de vista de la competencia, se deben prever actuaciones “complementarias”. En este sentido, la CNC se propone elaborar una guía práctica sobre la elaboración y contenido de una memoria de competencia que se hará pública.

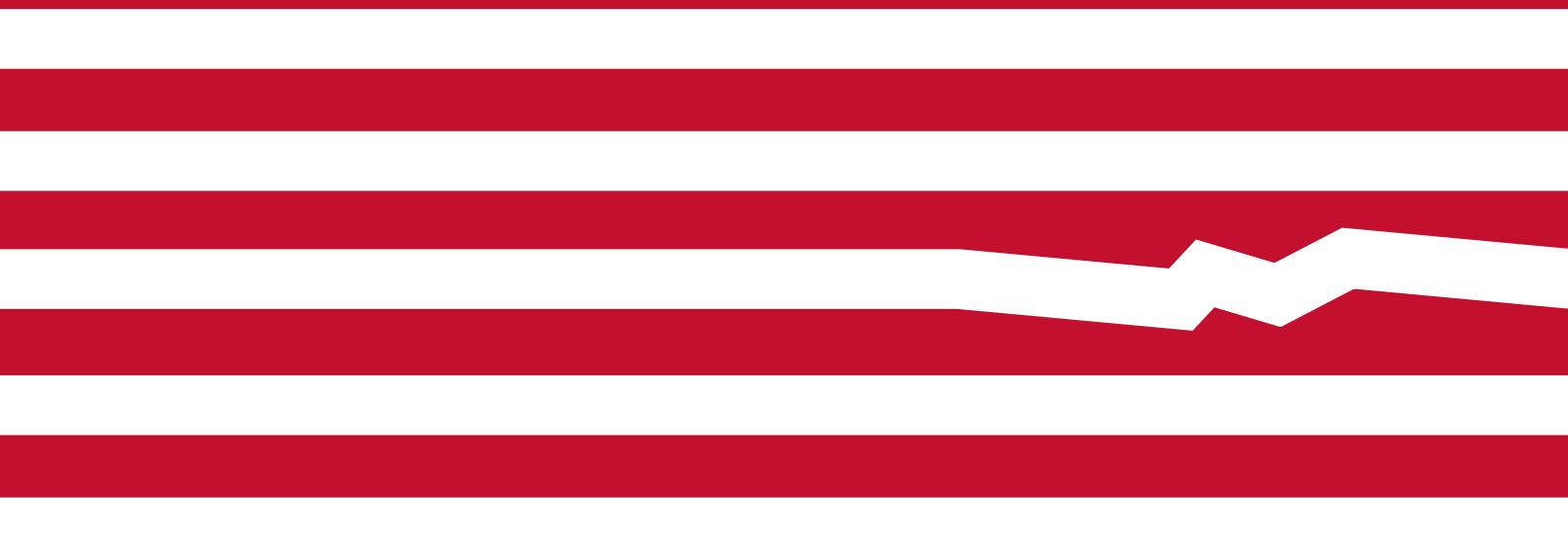
Asimismo, la CNC podría publicar, con carácter anual, un informe sobre las memorias de competencia realizadas, en el que se evalúe su calidad y se pueda aprender de las mejores (y peores) prácticas.

Estas actuaciones se sumarían a la ya previstas por la legislación de competencia en cuanto a la elaboración de informes por parte de las autoridades de competencia sobre los proyectos de normas que incluyan medidas que puedan tener efectos sobre la competencia.

La CNC considera imprescindible que con carácter previo, en el trámite de elaboración de la norma, sean identificadas las medidas que puedan suponer restricciones a la competencia.

6.

Ejemplos de incumplimiento
de los principios de la regulación
eficiente desde el punto de vista
de la competencia



Los principios anteriormente expuestos deben inspirar la tarea legislativa y, en general, de regulación futura. Pero, al tiempo, debe realizarse una detallada revisión de la normativa vigente para contribuir a detectar las restricciones de competencia que ampare y someterla a los *test* apuntados. Indudablemente ello constituiría una ingente labor que, sin duda, desbordaría el ámbito del presente informe. Es cierto que una parte ha de llevarse a cabo con ocasión de la adaptación de la Directiva de Servicios que, como ya se ha mencionado, constituye una ocasión que no debe desaprovecharse para actualizar una buena parte de nuestra regulación, pero no por ello debe dejarse de señalar que esta Comisión (y antes el Tribunal de Defensa de la Competencia) ha detectado, con ocasión de la tramitación de expedientes, un buen número de normas que contienen y amparan situaciones de restricción de la competencia, y así deben señalarse.

En consecuencia, en la segunda parte del presente Informe se indican algunas de tales normas que, en opinión de esta CNC deberían ser sometidas a escrutinio, por el procedimiento anteriormente señalado. Y, una vez ello realizado, se proponen modificaciones regulatorias. Vaya por delante que la lista está lejos de ser exhaustiva, y simplemente debe ser entendida como un ejemplo de algunas de las normas que sería necesario modificar. Pero no por ello se puede considerar que la tarea de la reforma, en tales puntos concretos, sea menos necesaria.

Así, a continuación se describen una serie de casos concretos de regulación que afectan a distintos sectores de la economía, que no cumplen los principios mencionados de regulación eficiente favorecedora de la competencia.

Distribución comercial

Licencia autonómica para la apertura de grandes superficies comerciales y establecimiento de moratorias

Descripción

Con arreglo al artículo 6 de la ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, la apertura de grandes establecimientos comerciales está sujeta a una licencia comercial específica de la Administración Autonómica. El otorgamiento o la denegación de la licencia autonómica se acuerda ponderando especialmente la existencia, o no, de un equipamiento comercial adecuado en la zona afectada por el nuevo emplazamiento y los efectos que éste pudiera ejercer sobre la estructura comercial de aquélla.

A través de esta segunda licencia comercial, que se superpone a la municipal que ha de otorgarse por parte de la Administración Local correspondiente, las Comunidades Autónomas intervienen en la configuración de la oferta comercial, con la finalidad de alcanzar determinados objetivos de ordenación de la actividad económica, o incluso urbanísticos o sociales, o de proteger o promover el comercio tradicional. Con idéntico fin, algunas Comunidades Autónomas han establecido derogaciones a la tramitación de dichas licencias, a través de las llamadas moratorias, suspendiendo así de plano la posibilidad de abrir grandes superficies durante un periodo determinado o, en los casos más graves, incierto¹⁸.

Como tiene dicho el TDC¹⁹, esta segunda licencia constituye una barrera legal a la entrada que limita la competencia geográfica, dificultando, y en algunas Comunidades –en virtud de la moratoria– llegando a impedir, el establecimiento de nuevos grandes establecimientos, e introduce ineficiencias al alterar la morfología de la oferta comercial, discriminando entre formatos. Así, la licencia autonómica provoca distorsiones en las estrategias de implantación o de expansión de las empresas que pueden preferir abrir establecimientos a los que, por su menor superficie, se puede acceder sin necesidad de licencia, favoreciéndose con ello el formato supermercado.

De esta manera, la regulación origina ineficiencias que pueden traducirse en mayores precios para los consumidores y transferencias de rentas hacia los pequeños y medianos distribuidores comerciales y a favor de los grupos empresariales ya instalados, con establecimientos en muchas ocasiones de gran superficie, libres de la competencia potencial.

Principios afectados

En la actividad comercial, la libertad de empresa constituye la regla general y la protección de la oferta existente en un territorio representa una limitación a esta regla que necesitaría de una debida justificación. Sin embargo, la legislación que establece esta segunda licencia no explicita adecuadamente las razones de interés público que justifican el perjuicio al funcionamiento eficiente de los mercados que impone la restricción, mucho más cuando la segunda licencia supone una carga adicional a la de la licencia municipal, dando lugar a un doble control sobre la misma actividad. Desde este punto de vista, la segunda licencia no sería respetuosa con los principios de **necesidad y proporcionalidad**.

Por otra parte, si el pretendido fin de la licencia comercial autonómica es garantizar la viabilidad de las formas tradicionales de comercio, resulta discutible que las trabas que se imponen a las grandes superficies hayan contribuido a dicha preservación. Al contrario, lo que parece constatarse es la ineficacia de esta política, como así lo demuestra la evolución desfavorable de la tasa de destrucción de este tipo de establecimientos desde la aprobación de la LOCM. Si éste es realmente el fin perseguido se debería cuestionar el instrumento seleccionado, pudiendo ser mucho más efectivas otro tipo de políticas incentivadoras de la reconversión del pequeño comercio hacia fórmulas más competitivas. Así, puede decirse que la segunda licencia no respeta los principios de **mínima distorsión** y de **eficacia**.

Tampoco puede caracterizarse esta política de ordenación del comercio minorista de **transparente**. Las dispares normativas autonómicas y la ambigüedad en la aplicación de requisitos y procedimientos para su adjudicación según la Comunidad de la que se trate, imponen costes de información y de transacción que también afectan negativamente las decisiones de inversión de las empresas.

Por añadidura, cuando se hace uso de las moratorias, sin referencia a un período temporal cierto de vigencia, sino sometiendo su vigencia a la aprobación del desarrollo reglamentario de la Ley comercial de turno, se conculca asimismo el principio de **predecibilidad**, en tanto que somete a una incertidumbre adicional la posibilidad de que los agentes económicos puedan establecer grandes superficies en un territorio concreto.

Recomendación

Aprovechando el marco de la transposición de la Directiva comunitaria de Servicios, la CNC insiste de nuevo, como ha venido haciéndolo el TDC en el pasado, en que se elimine de plano tal licencia, o al menos, que los requisitos y procedimientos para su obtención establecidos en las distintas legislaciones autonómicas se ajusten a los mencionados principios de regulación eficiente para aminorar sus efectos como barrera de entrada. Adicionalmente, por lo que respecta a la fijación de moratorias, la CNC considera que, dado su carácter de restricción total, no deben establecerse con carácter general, y, en caso de existir excepcionalmente, deberían contener un plazo cierto de vigencia, así como una justificación expresa de las razones de interés general por las que resulta necesario efectuar el perjuicio a la libre competencia que se opera mediante estas figuras.

18 En particular, vid. Informe de concentraciones del TDC C95/06 MIQUEL ALIMENTACIÓ/PUNTOCASH.

19 Informes de concentración C52/00 CARREFOUR/PROMODES; C70/02 CAPRABO/ENACO; C78/03 LEROY MERLÍN/BRICO; C79/03 DÍA/EL ÁRBOL, C83/03 CAPRABO/ALCOSTO, C92/05 DINOSOL/MERCACENTRO, C95/06 MIQUEL ALIMENTACIÓ/PUNTOCASH, C100/06 CARREFOUR/DINOSOL y C106/07 EROSKI/CAPRABO; Informe del TDC sobre las condiciones de competencia en el sector de la distribución comercial de 4 de junio de 2003.

Negociación colectiva

Cláusulas de convenios colectivos sobre condiciones comerciales

Descripción

En principio, los convenios colectivos tienen el objeto de regular las condiciones de trabajo y de productividad, así como la paz laboral, y en particular la garantía para los trabajadores de las condiciones salariales estipuladas en el propio convenio. Sin embargo, en determinados sectores, algunos convenios colectivos se extralimitan en la regulación haciendo constar expresamente que las condiciones pactadas en el convenio tendrán repercusión en los precios de los servicios, y consideran “competencia desleal” a las ofertas comerciales realizadas por las empresas que sean inferiores a los costes laborales establecidos en el convenio.

Otro ejemplo en que determinados convenios colectivos pasan de regular condiciones laborales a fijar condiciones comerciales, se presenta cuando mediante estos acuerdos se establece precisamente cuál habrá de ser el horario que las empresas habrán de respetar. Con ello, se predetermina la jornada comercial de todos los competidores del sector, restringiéndose la libertad de acción de los operadores a los que se aplica el convenio.

Principios afectados

La inclusión de este tipo de previsiones contraviene el principio de **necesidad y proporcionalidad** al suponer una extralimitación del ejercicio del derecho a la negociación colectiva laboral establecido en el art. 37.1 CE entre los representantes de los trabajadores y los empresarios, que puede vulnerar el principio de libertad de empresa en el sector objeto de convenio. En estos convenios cuando se opta por fijar los precios mínimos por hora del servicio que se trate, se está restringiendo la libertad de comportamiento entre competidores, que no podrán bajar los precios de su servicio más allá de lo establecido en el convenio. En este sentido, lo que con ello se produce es un acuerdo de fijación de precios mínimos de las ofertas comerciales. Así se manifestó el antiguo TDC en su Resolución 607/06 *Ayuda a Domicilio*, al afirmar que la fijación de estos precios mínimos suponían la pretensión de regular el beneficio empresarial y con ello eliminar la competencia en precios en el mercado. De la misma manera, mediante la fijación de la jornada comercial, se elimina la posibilidad de que las distintas empresas, a partir de una fijación del número de horas de la jornada laboral, puedan diferenciar su oferta estableciendo así competencia en horarios.

Asimismo, las estipulaciones de tal naturaleza que se alcanzan en el seno de la negociación colectiva laboral se alejan de cumplir con el principio de **mínima distorsión**. Si el interés que se protege son las condiciones salariales y de horarios de los trabajadores, ello se puede conseguir, directamente, a través de una regulación de los salarios y horarios mínimos que las empresas firmantes del convenio deben garantizar a sus trabajadores. Esto constituiría un mecanismo alternativo –en ocasiones ya existente– para alcanzar el fin perseguido, sin suponer tan directamente una distorsión a la competencia.

Recomendación

Resultaría beneficioso para la regulación de las condiciones de la competencia que no se incluyesen en los convenios este tipo de cláusulas por ser extrañas a la materia propia de los mismos. Asimismo, sería necesario que, cuando se intenten incluir, la autoridad laboral, en ejercicio de sus competencias de velar por legalidad de los convenios, obligue a excluirlas. Todo ello, sin perjuicio de que la plasmación de acuerdos sobre precios en dichos convenios pueda ser objeto de expediente de las autoridades de competencia, nacional y autonómicas, por poder constituir infracciones a la normativa sobre defensa de la competencia.

Servicios profesionales

Fijación de baremos orientativos por los Colegios Profesionales

Descripción

La Ley 7/1997, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de Colegios Profesionales, eliminó la competencia de los Colegios Profesionales para establecer honorarios mínimos, pero introdujo la posibilidad de que los Colegios aprobaran baremos de honorarios con carácter orientativo. Sin embargo, como había manifestado el propio TDC en su informe de 1992²⁰, la fijación de tarifas orientativas es lo que en términos de derecho de la competencia se entiende por “prácticas conscientemente paralelas”, con efectos finales similares a la fijación de precios.

Principios afectados

La existencia de baremos de honorarios orientativos contraviene los principios de regulación eficiente de necesidad y proporcionalidad, mínima distorsión y eficacia.

En efecto, si bien no está claramente explicitado, en principio, cabe entender que el objetivo de la autorización legal para el establecimiento de baremos de honorarios orientativos era favorecer al consumidor ofreciéndole una orientación para detectar los abusos, al menos de forma temporal tras la eliminación de los honorarios mínimos.

Sin embargo, por una parte, los baremos se revelan como verdaderas restricciones a la libertad de establecimiento de precios por parte de los prestadores de servicios profesionales, cuando el precio es factor clave para el desarrollo de la competencia efectiva en un mercado. Por otra parte, los consumidores han sido, y son, capaces de ejercitar sus facultades de elección en otros mercados de servicios profesionales en los que no existen baremos orientativos, sin que existan razones particulares para su mantenimiento en algunos casos.

Además, existen otras actuaciones que, en su caso, podrían atender debidamente el objetivo de protección del consumidor (o las peticiones de información por la administración de justicia, en su caso) tales como la obligación de presentar presupuestos, la libertad de publicidad, o la elaboración de estadísticas o estudios de precios ex post. Por último, no existe evidencia clara que permita concluir que efectivamente este instrumento haya servido para proteger a los consumidores de supuestos abusos.

Recomendación

En consecuencia, la CNC recomienda la supresión de la facultad de los Colegios Profesionales de establecer baremos de honorarios orientativos.

²⁰ El libre ejercicio de las profesiones.

Servicios profesionales

Imposición de aranceles o precios fijos en las actividades de Procuradores

Descripción

Las actividades profesionales ejercidas por Procuradores se han venido rigiendo tradicionalmente por aranceles o precios fijados por la Administración por Real Decreto. En los últimos años, sin embargo, varios cambios regulatorios han propiciado la introducción incipiente de competencia en la prestación de estos servicios, al posibilitar la aplicación de determinados descuentos, si bien éstos no son totalmente libres (están topados en un 12%)²¹.

Principios afectados

El establecimiento de aranceles o precios fijos vulnera el principio de regulación eficiente de **necesidad y proporcionalidad** y de **mínima distorsión**. Por una parte, el TDC²² ha venido considerando los aranceles como elementos gravemente perturbadores de la libre competencia. En efecto, al no permitirse la libre formación de precios en el mercado, el precio deja de ser factor de competencia en el mismo, al tiempo que no puede ser reflejo económicamente lógico del servicio que, a cambio, obtienen los consumidores, ni de su calidad o seguridad. La libertad de precios permite que el consumidor pueda obtener unos precios adecuados a los servicios que se le ofrecen, al mismo tiempo que el oferente puede idear e innovar para ofrecer servicios que se acomoden más a la relación calidad-precio.

Por otra, si lo que se pretende es garantizar la prestación de los servicios y su calidad, ese objetivo puede entenderse atendido por la forma de acceso a la profesión de los prestadores de dichos servicios, sin que mayores restricciones a la competencia bajo la forma de fijación de precios al consumidor sean necesarias.

Recomendación

En línea con lo anterior, desde la CNC sólo cabe reiterar la recomendación de suprimir los aranceles o precios fijos que rigen la actividad de los Procuradores. Alternativamente, debería, al menos, liberalizarse la aplicación de descuentos de forma que esos aranceles o precios fijos actuasen como precios máximos.

21 Real Decreto 1373/2003, de 7 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de derechos de los Procuradores de los Tribunales.

22 Expediente 477/99, Procuradores.

Servicios profesionales

Restricciones a la libertad de publicidad establecidas por los Colegios Profesionales

Descripción

Los Estatutos y la normativa deontológica de la mayor parte de los Colegios Profesionales contienen normas limitativas de la publicidad de los servicios profesionales más allá de lo establecido en la Ley 34/1988, General de Publicidad.

Pero las restricciones a la publicidad suponen una traba al funcionamiento libre del mercado, al limitar la comparabilidad entre ofertas por parte de los consumidores, y al dificultar, a los oferentes entrantes, su instalación en el mercado, y a los oferentes más eficientes, la tarea de comunicar las ventajas que tienen que ofrecer a los consumidores respecto de los oferentes menos eficientes. De modo que la publicidad se constituye como un elemento fundamental de la competencia efectiva²³.

Principios afectados

Las restricciones a la libertad de publicidad establecidas por los Colegios Profesionales vulneran el principio de regulación eficiente de **necesidad y proporcionalidad**, pues resultan innecesarias para el cumplimiento del objetivo de proteger al consumidor de eventuales prácticas publicitarias desleales (publicidad engañosa, publicidad comparativa no objetiva, etc.), pues la Ley General de Publicidad constituye un marco suficientemente amplio para velar por los intereses del consumidor en relación con la publicidad en todos los ámbitos de la actividad comercial.

Recomendación

La CNC debe, pues, recomendar la supresión de todas las restricciones colegiales a la libertad de publicidad y la sujeción explícita de la actividad publicitaria de los profesionales de estos servicios a los límites generales establecidos en la Ley 34/1998, General de Publicidad.

23 Vid. expedientes 504/2000 C.O. de Abogados de Madrid y 455/1999 Consejo General de Abogacía Española.

Servicios profesionales

El turno de reparto notarial

Descripción

La normativa notarial prevé la libre elección de notario por el cliente con una excepción, que es cuando se trate de administraciones públicas y sus organismos. Éstas se deben someter a un turno de reparto que es gestionado por el colegio notarial y, por lo tanto, aceptar el notario que resulte en aplicación de ese turno. De esta forma se pretende evitar que una administración pública pueda elegir a un “funcionario”. A cambio, se impide en la práctica la libre negociación entre las partes, puesto que se eliminan los incentivos a mejorar la calidad del servicio o a aplicar descuentos en los aranceles.

No obstante, este principio general ha sufrido ya algunas modificaciones motivadas por el mayor interés en conseguir otro objetivo: la mejora del servicio notarial recibido por las administraciones públicas, tanto en términos de calidad como de precios. De esta forma, en 1987 fueron excluidos del turno de reparto los “bancos públicos” y en 2007 se han excluido los casos en que las operaciones sean de elevada cuantía y es posible aplicar descuentos libres sobre los aranceles.

Principios afectados

Básicamente el principio de **necesidad y proporcionalidad**, puesto que el objetivo que busca el Turno Notarial provoca unos efectos negativos relevantes para la propia administración pública, puesto que no se puede ver beneficiada de los efectos de la competencia en términos de calidad y de precios (ahora que ya se pueden hacer descuentos sobre los aranceles). Este perjuicio se extiende cuando intervienen en la operación particulares que, siendo los obligados al pago de los honorarios del notario, no pueden sin embargo elegirlo libremente por verse afectados por el turno de reparto.

Esos efectos negativos podrían superar los efectos positivos previstos, sobre todo si tenemos en cuenta que, por una parte, los notarios no son “funcionarios” estrictamente y, por otra parte, el sistema de turno de reparto impide que una administración pública elija notario, pero deja que una “corporación de derecho público” (el colegio) lo elija e introduzca distribuciones desiguales del turno entre los notarios e incluso excluya del turno a algún notario.

Recomendación

La modificación de la norma para la sustitución del Turno de Reparto notarial por otro sistema que opere bajo los principios de publicidad y concurrencia.

Sector energético

Acceso al mercado de comercializadores en el sector eléctrico y de gas natural

Descripción

A partir de enero de 2003 todos los consumidores eléctricos pueden pasar, si así lo deciden, del sistema de tarifas reguladas a un régimen de mercado en el que pueden elegir libremente quien les suministra energía eléctrica. A pesar de que la actividad de comercialización de energía eléctrica se encuentra liberalizada desde la publicación de la Ley 54/1997 del Sector Eléctrico, las comercializadoras independientes que no forman parte de los grupos empresariales que operan en otros segmentos de la actividad eléctrica, han tenido serias dificultades para iniciar su actividad y/o consolidarse en el mercado. Estos problemas en parte se han debido a la dificultad de disponer de información acerca de las características del suministro y hábitos de consumo de sus potenciales clientes. En este sentido, estos operadores están en clara desventaja con respecto a los comercializadores vinculados a los grupos empresariales de los que también forman parte las distribuidoras que proporcionan acceso a las redes a sus potenciales clientes.

Con el fin de paliar el fallo de mercado asociado a estas asimetrías en la información, en 2002 se publica una norma²⁴ para implantar un sistema de información que obliga a los distribuidores a crear bases de datos con información relevante de los puntos de suministro y de los perfiles de consumo de sus clientes, pero limita el acceso de los comercializadores a un número reducido de campos de información.

Principios afectados

La norma satisface el principio de **necesidad** al permitir nivelar el terreno de juego en que compiten todos los comercializadores, establecidos y posibles entrantes. Está justificada además como instrumento para perseguir el fin propuesto, pero se ha revelado como **ineficaz** al ser insuficientes el número de campos a los que los comercializadores pueden acceder y no estar definidos con precisión los procedimientos de acceso a la información que se dejan a un posterior desarrollo reglamentario.

El resultado es que los comercializadores han intentado el acceso a las bases de datos sin conseguirlo. Estas deficiencias junto con determinadas conductas que pudieran considerarse anticompetitivas han obligado a proceder a revisiones sucesivas de la norma²⁵ ampliando la información disponible para los comercializadores, forzando a los distribuidores a suministrarla gratuitamente, a mantener el contenido de la base de datos completo y actualizado, y a evitar otra serie de condiciones restrictivas al acceso. Una regulación imprecisa o incompleta que ha de ser revisada con frecuencia genera incertidumbre incumpliendo por tanto el principio de **predecibilidad**. Estas deficiencias claramente han afectado la entrada de nuevos agentes en estos mercados energéticos.

Recomendación

Es necesario que, cuando se adopten medidas para favorecer y hacer efectivo el cambio de suministrador a través del acceso a la información, se diseñen procedimientos que detallen con precisión el contenido y la forma de acceso a los datos y se refuerce la obligación de los distribuidores a facilitar dicho acceso tipificando su incumplimiento como infracción muy grave.

24 Real Decreto 1435/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las condiciones básicas de los contratos de adquisición de energía y de acceso a las redes en baja tensión.

25 Real Decreto 1454/2005, de 2 de diciembre, por el que se modifican determinadas disposiciones relativas al sector eléctrico, posteriormente modificado por la Disposición Adicional Tercera de la Orden ITC/3860/2007, de 28 de diciembre. A fecha de hoy el acceso a la información sigue sin producirse al haberse recurrido esta Orden ante la Audiencia Nacional.

Sector energético

Acceso de distribuidores de gas natural a redes de terceros

Descripción

Entre las muchas novedades que introduce la ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, interesa destacar la que se refiere a la definición de lo que constituye una red de distribución de gas natural. La ley establece como tales redes a “los gasoductos con presión máxima de diseño igual o inferior a 16 bares y aquellos otros que, con independencia de su presión máxima de diseño, tengan por objeto conducir el gas a un único consumidor partiendo de un gasoducto de la Red Básica o de transporte secundario”. Así, mientras las redes de distribución tradicionales (de presión inferior a 4 bares) siguen teniendo esa consideración, se añaden también a esta clasificación las redes de presión de 4 hasta 16 bares.

Ahora bien, atendiendo exclusivamente a las características técnicas de presión, si bien las redes de entre 4 y 16 bares son, según la legislación, redes de distribución, éstas no tienen como único objeto conducir el gas a los consumidores finales, en este caso los industriales, sino que también sirven de conexión a redes de distribución, y por tanto equivalen en su funcionalidad a una infraestructura de transporte.

Se da entonces la circunstancia de que pudiera ocurrir que un distribuidor haya de realizar al mismo tiempo funciones de transportista y distribuidor. En esos casos, la definición de red de distribución introducida en la Ley propicia el incumplimiento de la separación vertical entre actividades postulada en la misma Ley para evitar la posición de dominio que un operador integrado pudiera ostentar frente a sus competidores. La concentración de funciones en un mismo operador posibilita que puedan generarse conflictos de interés a la hora de decidir sobre el acceso a estas redes, conflictos que se salden con comportamientos restrictivos de la competencia por parte del distribuidor transportista.

El regulador ha dispuesto que, al igual que el transportista puro, el distribuidor propietario de este tipo de redes de finalidad dual debe permitir el acceso a sus instalaciones a terceros, pero especifica que el acceso estará condicionado a que la red de distribución de presión máxima de diseño superior a 4 bares, disponga de suficiente capacidad de suministro, atendiendo a criterios de racionalidad técnica y económica.

Principios afectados

Un diseño imperfecto e impreciso de una norma, como puede ser éste el caso, contribuye a que la norma pierda **eficacia**, y genere incertidumbre, contraviniendo en consecuencia el principio de **predecibilidad**. Este vacío legal puede dar lugar a la aparición de comportamientos estratégicos que dificultan la competencia efectiva en los mercados.

Recomendación

Regular con más precisión los principios que han de guiar la evaluación de la suficiencia en la capacidad de suministro, de forma que se especifiquen las variables que serán empleadas, y su magnitud, para determinar de forma automática qué operador es el mejor posicionado para dar acceso, siguiendo los criterios de racionalidad técnica y económica.

Competencia por el mercado en determinados servicios públicos

Régimen de autorización frente a régimen de concesión

Descripción

Para la provisión de determinados servicios públicos, la Administración titular escoge una fórmula de gestión indirecta en la que encomienda a un número concreto de operadores (en caso extremo, sólo uno) la prestación de ese servicio en un ámbito geográfico determinado, mediante la figura de la concesión administrativa. Esto implica que existe una restricción al acceso a dichas actividades, controlado por la Administración Pública, cambiándose la naturaleza del juego competitivo, de “competencia en el mercado” por “competencia por el mercado”.

Distintas razones, bien económicas (por ejemplo, que la estructura de costes necesaria para operar el servicio, con costes fijos elevados, conduzca a que resulte más eficiente su prestación por un solo operador), o bien de interés público (calidad y seguridad del servicio, orden público) pueden conducir al establecimiento de concesiones mediante contrato administrativo.

Principios afectados

En determinadas circunstancias, estas decisiones pueden no ajustarse a los principios de **necesidad y proporcionalidad**. Ese es el caso cuando una Administración contrata con un operador un servicio que cuenta con demanda suficiente y cuya estructura de costes permite ser prestado por más de un operador. Esto es, se dan condiciones para que la provisión del servicio pueda satisfacerse con arreglo a criterios de libre mercado. En estos supuestos, la instauración de una concesión administrativa provoca una distorsión de la competencia que resulta innecesaria para garantizar el servicio oportuno. Así se ha manifestado el Consejo de la CNC en su Resolución 613/06, Servicios Funerarios La Gomera, en la que consideró que la adjudicación de un concurso en exclusiva a un solo operador, para proveer de un seguro de decesos a toda la población de la isla de La Gomera, suponía una modificación de la estructura de oferta y de las condiciones de demanda en un ámbito territorial delimitado. A la vez, puede que se estén privando innecesariamente de los beneficios de la competencia a los consumidores, puesto que se podría abrir a la competencia totalmente el servicio, o bien ampliar la concesión a dos o incluso más operadores. Esta solución ya fue apuntada, en el seno del transporte interurbano de viajeros por carretera, en el informe de concentraciones del TDC C45/99 ALSA/ENATCAR, (en concreto, en relación a la línea Madrid-Bilbao).

Adicionalmente, en aquellas situaciones en las que un control público de la entrada al mercado se justifica con arreglo a razones de calidad o seguridad, la elección de un mecanismo de cierre absoluto como la concesión a un operador en exclusiva no resulta congruente con el principio de **mínima distorsión**, ya que tal régimen podría sustituirse por un sistema de autorización administrativa. Bajo el mismo, todas aquellas entidades capacitadas para ofrecer el servicio pueden entrar en el mercado, si así lo consideran, bajo el cumplimiento de determinados requisitos que se imponen por parte de la Administración. Por ejemplo, esta posibilidad se reconoce en el ámbito del transporte por carretera, en el art. 49 de la LOTT.

Recomendación

En aquellos servicios públicos sometidos a concesión administrativa, debe revisarse la necesidad de mantener dicho régimen de gestión, y, allí donde el mecanismo de mercado pueda garantizar la provisión del servicio, el sistema de concesión debe sustituirse por un régimen de autorización administrativa previa.

Contratación pública

Obligación vía pliegos de constituir uniones temporales de empresarios

Descripción

La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público establece, en su artículo 48, que pueden contratar con el sector público las uniones de empresarios (UTES) que se constituyen temporalmente al efecto. La regulación de esta figura está sometida a una pluralidad de normas²⁶.

La posibilidad de que las UTES concurren a procedimientos de contratación pública puede resultar positiva, pues la colaboración entre empresas es, en ocasiones, la única forma de encontrar potenciales contratistas, y de permitir a las empresas de pequeño y mediano tamaño competir con las grandes. Sin embargo, también resulta cierto que las UTES pueden limitar la competencia mediante la anulación de posibles ofertas alternativas, la coordinación que se establece entre sus miembros, y el riesgo de que introduzcan mecanismos de protección frente a competidores, todas ellas puestas de manifiesto por el TDC en diversos expedientes.²⁷

En ocasiones, son los propios pliegos de condiciones de los órganos de contratación los que establecen la obligación de que los concurrentes se constituyan en UTES.

Principios afectados

La imposición a los licitadores de adoptar la forma jurídica de UTE, vulnera el principio de **mínima distorsión**, en tanto que el objetivo de favorecer la presentación de ofertas por parte de empresas de tamaño reducido podría conseguirse simplemente habilitando la sola posibilidad de constituir UTE.

Por otro lado, la dispersión de las normas reguladoras de las UTES, así como las contradicciones puntuales que pueden existir como consecuencia de tal dispersión, suponen que el tratamiento jurídico de las mismas no se adecua al principio de **transparencia**.

Recomendación

La constitución o no de UTES debería dejarse, en su caso, a la libre elección de los concurrentes. Una vez elegida esa forma de colaboración por un grupo o varios grupos de empresas en el marco de una licitación pública concreta, debería ser el órgano de contratación correspondiente el que valorase si la colaboración establecida distorsiona o no innecesariamente la competencia en el ámbito del procedimiento. Alternativamente, en aquellos pliegos donde se impusiera, esta obligación debería motivarse en detalle.

Adicionalmente, debería impulsarse una iniciativa legislativa que tuviese por finalidad vertebrar una regulación unitaria, cohesionada y sistemática del régimen jurídico, administrativo y tributario de las UTES, derogando la legislación anterior, sin perjuicio de mantener por razones sistemáticas el artículo 48 de la Ley 30/2007.

²⁶ Inicialmente fueron objeto de regulación por la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, derogada posteriormente en virtud de la Ley 18/1982, de 26 de mayo, de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas, que reguló tales formas de agrupación empresarial. Esta Ley 18/1992 fue posteriormente modificada por la Ley 12/1991, de 29 de abril, que si bien regulaba la figura de las Agrupaciones de Interés Económico, modificaba el régimen de la figura tradicional de las UTES, sin perjuicio de la regulación que el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y su Reglamento de desarrollo hicieron de esta figura, que es en algunos aspectos divergente o incompatible con la vigente normativa fiscal de las UTES.

²⁷ 476/99, *Agencias de Viaje*, 504/01 *Terapias Respiratorias Domiciliarias* y 590/05 y 595/05 *Ambulancias Orense y Conquenses*.

Contratación pública

Criterios de adjudicación de los contratos

Descripción

La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público establece, en su artículo 134, que para resolver una licitación pública ha de atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, correspondiendo a los pliegos de contratación establecer los criterios de valoración de las ofertas que valdrán para adoptar la decisión de adjudicación.

El pliego es el principal elemento del juego competitivo en estos procesos, resultando de suma importancia para preservar la competencia en el acceso a las licitaciones públicas y para una adjudicación eficiente de la licitación. De la misma manera, el peso que se otorga a cada uno de los criterios de valoración en la puntuación constituye un elemento discrecional de la Administración contratante que se antoja crucial para que adjudicación sea verdaderamente al oferente más competitivo.

Sin embargo, en ocasiones, algunos de estos pliegos determinan de manera imprecisa los criterios de adjudicación, sin resultar lo suficientemente claros. En otras ocasiones, se introducen como criterios de solvencia técnica, necesarios para concurrir al contrato, elementos que a lo sumo podrían encuadrarse como criterios de valoración. Asimismo, en algunos casos se establecen, injustificadamente criterios de territorialidad, entendidos como los que valoran especialmente la conexión de los concurrentes con los medios humanos o económicos de la zona en la que se desarrollará el objeto del contrato. Finalmente, en numerosos pliegos, los órganos de contratación introducen ponderaciones excesivas a favor de criterios como la experiencia en la realización de trabajos análogos a los que son objeto de la licitación, que admiten un cierto beneficio al operador que ha venido siendo el titular del contrato en periodos anteriores.

Principios afectados

Con carácter general, un diseño de los criterios de adjudicación que adolezca de lo anteriormente mencionado se aparta de la claridad y adecuación al objeto del contrato que es deseable en los pliegos, y, en particular, puede constituir una fuente de desigualdad y discriminación injustificada entre oferentes. En consecuencia, los pliegos que presenten estas características, entre otras, estarían, en definitiva, desvirtuando todo el proceso competitivo de la contratación pública. En primer lugar, se vulnera el principio de **transparencia**, en tanto que la indefinición y excesiva complejidad de los criterios de valoración pueden suponer restricciones a la entrada, contraviniendo el espíritu procompetitivo de la Ley de Contratos en el momento del diseño y ejecución del pliego.

Por su parte, en determinadas ocasiones los criterios de valoración referidos a determinados requisitos de experiencia y territorialidad pueden resultar discriminatorios y redundantes si lo que se pretende juzgar es un proyecto de realización de obra o de prestación de un servicio, una vez que ya se ha determinado que los concurrentes cumplen determinados criterios de solvencia que sirven para justificar la idoneidad del oferente para llevar a término el contrato, en el caso de ser adjudicado. En consecuencia, se estaría contraviniendo el principio de **mínima distorsión**, imponiéndose restricciones a determinados operadores que, de resultar justificadas, ya se encontraban solucionadas con arreglo a los requisitos de solvencia.

Recomendación

Los órganos de contratación deberían tener muy presentes los principios de regulación eficiente y favorecedora de la competencia a la hora de redactar e incluir en sus pliegos los criterios de valoración de las ofertas.

Contratación pública

Modificaciones sobrevenidas del contrato

Descripción

La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público establece, en su artículo 202, que sólo pueden introducirse modificaciones en un contrato por razones de interés público y para atender a causas imprevistas, siempre justificando debidamente su necesidad en el expediente y sin que tales cambios puedan afectar a las condiciones esenciales del contrato.

La atribución de este *ius variandi* a la Administración resulta adecuada, debido a la multitud de eventualidades que pueden presentarse con carácter posterior a la adjudicación inicial del contrato, que resultan susceptibles de afectar al contenido del contrato, siendo aconsejable restablecer el equilibrio entre las partes del contrato de una manera ágil.

Sin embargo, esta posibilidad legal de modificar contratos, mal entendida, puede dar lugar a excesos que desvirtúan el carácter competitivo del proceso concursal original. En demasiados casos se utiliza esta vía para, simplemente, hacer añadidos al proyecto que podían y debían haberse previsto en el proyecto inicial. Por añadidura, en muchas ocasiones las circunstancias alegadas traen causa de informes técnicos del propio contratista original, que podría estar buscando, por vía de la modificación, el objetivo de rentabilizar el contrato para el que, inicialmente, pujó excesivamente a la baja con el fin de atraerse la adjudicación. Con ello, se cercena la posibilidad de que otros potenciales oferentes distintos del adjudicatario original puedan concurrir.

Principios afectados

Estas actuaciones de modificación de contratos atentan contra los principios de regulación eficiente de **necesidad y proporcionalidad**, ya que en muchos casos la provisión del servicio podría someterse a una nueva licitación sin que ello supusiera un incremento (en cuanto a que las circunstancias alegadas son en muy pocos casos realmente imprevistas). De hecho, en ocasiones, se podría haber dividido originalmente el objeto del contrato, dando lugar a varias licitaciones independientes. En lugar de ello, las condiciones originales de la licitación del contrato (las que conocían todos los licitadores en el momento de la licitación) se adulteran, con carácter sobrevenido, lo cual constituye una vulneración del principio de **transparencia**. Finalmente, el ejercicio de esta posibilidad resulta de difícil **predecibilidad** por parte de los licitadores en el momento de la licitación original, con la consiguiente distorsión a la competencia, ya que en aquel momento a cada participante le resulta difícil anticipar si los restantes competidores están teniendo en cuenta la posibilidad de modificar ex post el contrato en sus estrategias de decisión a la hora de presentar ofertas.

Recomendación

El órgano de contratación que pretendiese una modificación de contrato debería motivar, con arreglo al principio de necesidad, que es imposible alcanzar el objetivo de la modificación a través de una nueva licitación.



7.

Conclusiones



Con este informe, la CNC se une a la tendencia iniciada por otros países de nuestro entorno, para el impulso de la mejora de la regulación (*better regulation*).

La nueva Ley de Defensa de la Competencia, Ley 15/2007, de 3 de julio, ha reforzado el papel de la promoción de la competencia (*advocacy*) como instrumento de la política de competencia. De esta manera, la Ley atribuye a la CNC, junto a la labor de represión y control de conductas anticompetitivas, la de *promoción de la existencia de una competencia efectiva en los mercados en el ámbito nacional*.

Acorde con ello, el Plan de Lanzamiento de la CNC para el periodo 2007–2009 ha querido recoger de forma clara los nuevos retos y objetivos que se abren en este ámbito y ha explicitado las tareas a realizar en los próximos años, en particular, las referidas al análisis de la legislación en vigor, los proyectos normativos y los actos de las administraciones públicas, para determinar si de ellos se derivan o podrían derivarse consecuencias negativas para la competencia. Asimismo, ha incluido entre los objetivos de la institución el fomento de la formación de una verdadera cultura de la competencia, entre otros, en las administraciones públicas.

Por ello, la CNC ha considerado oportuna la elaboración del presente informe, que contiene un estudio sobre el significado de una “buena regulación” desde el punto de vista de la competencia y, a partir de él, define los principios de una regulación eficiente y favorecedora de la competencia.

De esta forma se pretende ofrecer una “metodología” de evaluación, desde el punto de vista de la competencia, de la regulación y de la normativa, que deberá resultar de utilidad en un doble ámbito.

Por un lado, en los informes y estudios que deba desarrollar la CNC en cumplimiento de sus funciones y, en particular, de las competencias consultivas recogidas en el artículo 25 de la Ley 15/2007. En este sentido, el presente informe se completa ya con una serie de ejemplos que contienen recomendaciones de reforma regulatoria para la mejora de la competencia, en las que se aplican los principios de evaluación definidos previamente.

Por otro lado, en la promoción de la cultura de la competencia, puesto que se propone que en el proceso de preparación de los proyectos normativos se elabore una *memoria de competencia* que permita que los principios de buena regulación sean tenidos en cuenta desde el inicio de la elaboración normativa y se eviten así regulaciones que establezcan restricciones a la competencia injustificadas o desproporcionadas.

Señalar por último que, con este informe, la CNC se une a la tendencia iniciada por otros países de nuestro entorno, así como por instituciones como la OCDE o la propia Comisión europea, para el impulso de la mejora de la regulación (*better regulation*), mejora que, en nuestro caso, se refiere al ámbito de la competencia.

Madrid, 17 de junio de 2008

