



LA COMPETENCIA EN ESPAÑA:

BALANCE Y NUEVAS PROPUESTAS

1995

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

"Conviene repetirlo una vez más: el comercio es un acto social. Todo el que se dedique a vender mercancías de cualquier clase al público hace algo que afecta a los intereses de otras personas y de la sociedad en general; por consiguiente, su conducta cae dentro de la jurisdicción de la sociedad: de aquí que en otros tiempos se sostuviera que era deber de los Gobiernos fijar los precios y regular los procesos industriales en todos los casos de alguna importancia. Pero ahora se reconoce, no sin haber sostenido una larga lucha, que la baratura y buena calidad de los productos quedan más eficazmente aseguradas dejando a los productores y a los vendedores completamente libres, sin otra limitación que la de una igual libertad por otra parte de los compradores para proveerse donde más le convenga..."

*J.S. Mill
On Liberty, 1859*

LA COMPETENCIA EN ESPAÑA:
BALANCE Y NUEVAS PROPUESTAS

1995

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.....	1
PRESENTACIÓN	6

PARTE PRIMERA

DIMENSION SOCIAL DE LA COMPETENCIA.....	8
1. La competencia no implica desregulación.	9
2. La competencia combate los privilegios injustificados.	12
3. La competencia incrementa los salarios reales.....	13
4. La competencia facilita la aplicación de mecanismos de solidaridad.....	14
5. La competencia favorece la creación de empleo.....	16
6. La competencia contribuye al sostenimiento del gasto publico social.....	19

PARTE SEGUNDA

BALANCE DE LA COMPETENCIA EN ESPAÑA.....	21
CAPITULO I: LAS REFORMAS GENERALES	21
1. Introducción.....	21
2. Las reformas generales.	22
CAPITULO II: LAS REFORMAS SECTORIALES.....	27
1. Servicios profesionales.....	27
2. Telecomunicaciones.....	32
3. Mercado del suelo.	34
4. Sector transporte.	41
4.1. Transporte aéreo.....	41
4.2. Transporte terrestre por carretera.	44
4.3. Transporte ferroviario.....	48
4.4. Transporte marítimo.....	49
5. Energía eléctrica.....	51
5.1. Evolución del sector eléctrico.....	51
5.2. Elementos introducidos en la nueva ley.....	57
5.3. Aspectos que se mantienen o consolidan en la nueva ley.....	61
5.4. Las recomendaciones del tribunal al anteproyecto que han sido incorporadas a la ley y las que no lo han sido.....	63
5.5. Evolución normativa adicional (artículo 26 LOSEN y Real Decreto 2366/1994).....	64
5.6. Conclusiones.....	65

6. Monopolios locales.....	66
6.1. Servicios mortuorios	67
6.2. Transporte público regular colectivo.....	68
7. Servicios de instalación y mantenimiento.....	70

ANEXO 1: ANÁLISIS DEL CUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS PROPUESTAS POR EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA 71

CAPITULO III:. OTROS CAMBIOS NORMATIVOS ACOMETIDOS O EN PROYECTO.	92
1. El fin del monopolio del INEM.....	92
2. La ley de arrendamientos urbanos.	94
3. Subrogación y modificación de créditos hipotecarios.	95
4. Derechos arancelarios de los corredores de comercio.....	96
5. Comercio minorista.....	97

PARTE TERCERA

NUEVAS RECOMENDACIONES DEL TRIBUNAL 101

CAPITULO I: BANCA AL POR MENOR.....	101
1. Introducción.....	101
2. Marco legal.	103
3. El grado de competencia en la banca.....	108
3.1. Estructura del sector bancario	108
3.2. Los indicadores de competencia en la banca.....	112
4. Como aumentar la competencia.....	125
4.1. La reforma del marco legal.....	125
4.2. La política de defensa de la competencia.....	126
4.3. El Estado como cliente	128
5. Las Cajas de Ahorro y las cooperativas de crédito.....	129
5.1. Las Cajas de Ahorro.....	129
5.2. Las cooperativas de crédito.....	131
6. La política de defensa del cliente	131
CAPITULO II: PUERTOS	134
1. Introducción.....	134
2. Estructura del sistema portuario.	135
3. La competencia en el sector portuario.....	141
3.1. Competencia internacional entre puertos.....	142
3.2. Competencia entre puertos nacionales.	143
3.3. Competencia entre las empresas que prestan servicios en el mismo puerto.	146
4. Situación actual y propuestas de liberalización.	147
4.1. Servicios gestionados directamente por la autoridad portuaria.....	147
4.2. Servicios prestados en régimen de gestión indirecta.....	149
CAPITULO III: DISTRIBUCION DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS.....	160
1. Introducción.....	160

2. Estructura del sector del petróleo.....	162
2.1. Características principales del sistema.....	162
2.2. Regulación legal.....	166
2.3. Contenido de la regulación vigente.....	167
3. La competencia en la distribución de productos petrolíferos.....	178
4. Situación futura y propuestas de introducción de competencia.....	183
CAPITULO IV: CINE.....	187
1. Introduccion.....	187
2. La protección del cine.....	188
3. Las propuestas del Tribunal.....	193
3.1. Producción.....	193
3.2. Distribución.....	195
3.3. Exhibición.....	196
CAPITULO V: OFICINAS DE FARMACIA.....	197
1. Introducción.....	197
2. Ámbito del estudio.....	201
3. Estructura del sector y regulación legal.....	201
3.1. Régimen legal del medicamento y de los productos sanitarios.....	201
3.2. Regulación de las oficinas de farmacia.....	204
4. La demanda y el mercado.....	224
5. Restricciones de la competencia entre las oficinas de farmacia.....	228
5.1. Límites a la libertad de establecimiento.....	229
5.2. Fijación de los precios.....	230
5.3. Unión de la propiedad y de la titularidad de las oficinas de farmacia.....	231
5.4. Restricciones a libertad de los horarios.....	233
6. Propuestas de supresión de restricciones de la competencia.....	233
6.1. Introducción.....	233
6.2. Propuestas.....	234

ANEXO 2 LISTADO DE MEDIDAS Y MODIFICACIONES NORMATIVAS PROPUESTAS POR EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. 240

BANCA AL POR MENOR.....	240
PUERTOS.....	240
DISTRIBUCIÓN DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS.....	243
SECTOR CINE.....	245
OFICINAS DE FARMACIA.....	245

PRESENTACIÓN

La Ley de Defensa de la Competencia atribuye al Tribunal de Defensa de la Competencia la facultad de proponer al Gobierno la modificación de aquellas disposiciones legales que sean causa de restricciones de la competencia. El propio Gobierno ha impulsado al Tribunal a ejercer dicha facultad. Así, en 1991 le encargó un Informe sobre la situación del ejercicio de las profesiones liberales en España, que fue publicado en 1992¹. En la primavera de 1992 el Gobierno solicitó al Tribunal otro Informe mucho más amplio, cuyo objeto era examinar las restricciones a la competencia en el sector servicios en España y presentar propuestas concretas de reforma, indicando la administración que debía llevarlas a cabo. El Tribunal, cumpliendo este encargo, presentó en otoño de 1993 un segundo Informe², en el que se establecían un conjunto de criterios para diseñar las políticas de liberalización y se realizaban, de un lado, una serie de recomendaciones generales y, de otro, diversas propuestas de liberalización para ciertos sectores (telecomunicaciones, suelo, transportes, sector eléctrico, monopolios locales e instalación y mantenimiento).

Con ocasión de la presentación de este segundo Informe, la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos sugirió al Tribunal que elaborara periódicamente un informe en el que se evaluaran las novedades habidas en materia de competencia y se formularan nuevas recomendaciones. Fruto de esa sugerencia es este Informe **sobre La competencia en España: balance y nuevas propuestas (1995)**.

Este Informe consta de tres partes claramente diferenciadas. En la primera de ellas se presenta un conjunto de reflexiones que componen lo que el Tribunal denomina la **dimensión social de la competencia**. Existe la creencia generalizada de que la introducción de competencia genera una mayor desprotección social y un aumento de la desigualdad. Sin embargo, como se expone en esta primera parte, la principal función de las políticas de liberalización y de defensa de la competencia no es otra que la de atacar los privilegios económicos, defender la igualdad de oportunidades y favorecer un crecimiento económico sostenido que permita alcanzar mayores niveles de bienestar.

En la segunda parte se realiza un **balance de la competencia en España**. El balance se centra en aquellos sectores en torno a los cuales el Tribunal había presentado en sus anteriores Informes propuestas concretas de liberalización. Adicionalmente, se valoran también las reformas acometidas en otros ámbitos de la economía española sobre los cuales el Tribunal no había realizado propuestas,

1 Informe sobre el libre ejercicio de las profesiones, 1992.

2 Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios, 1993.

pero que han alcanzado una gran incidencia, unas veces positiva y otras negativa, sobre la competencia.

En la tercera parte del Informe se presentan las recomendaciones del Tribunal sobre los cinco nuevos sectores que han sido objeto de estudio: banca al por menor, puertos, distribución de productos petrolíferos, cinematografía y oficinas de farmacia. Como en anteriores ocasiones, el objeto de este estudio es poner de manifiesto las restricciones a la competencia existentes en estos sectores y realizar propuestas concretas de reforma para eliminar dichas restricciones.

El fin fundamental que se persigue con este Informe, al igual que sucedía con los dos anteriores, es contribuir al debate sobre la competencia y el mercado que se ha planteado en nuestro país en los últimos años.

PARTE PRIMERA

DIMENSION SOCIAL DE LA COMPETENCIA

En el Informe que el Tribunal presentó en 1993 se explicó extensamente cuáles son las ventajas económicas que produce la introducción de un mayor grado de competencia en los mercados. De hecho, gracias al rico debate que se ha abierto en el seno de la sociedad española, cada vez son menos las voces que ponen en duda las ventajas económicas que la liberalización de los mercados trae consigo. Conviene, sin embargo, recordar algunas de las más importantes.

Cuando una empresa no tienen competidores puede imponer las condiciones de venta que le sean más favorables porque los consumidores no tienen posibilidad de elección. Con la introducción de competencia, sin embargo, las posibilidades de elección se amplían notablemente, de manera que el consumidor puede optar por la alternativa que más se ajuste a sus necesidades, a su renta y a sus gustos.

El hecho de que los consumidores dispongan de varias alternativas condiciona el comportamiento de la empresa, ya que, si ofrece su producto en condiciones menos satisfactorias que el resto de empresas competidoras, el cliente podrá optar por acudir a otro proveedor que le ofrezca mejores condiciones. Por ello, ante la competencia las empresas se ven obligadas a moderar sus precios, a mejorar la calidad de sus productos, y a ofrecer un mejor trato al cliente.

Asimismo, las empresas tratan de ofrecer una mayor variedad de artículos para adaptarse a los gustos del consumidor. El deseo de ampliar su cuota de mercado mueve a las empresas a lanzar nuevos productos que tengan ciertas particularidades que atraigan a los clientes. De esta forma, la competencia estimula la innovación y favorece el dinamismo de los mercados.

Por tanto, la competencia fuerza a los productores a buscar las mejores oportunidades de negocio, a rivalizar en precios, a mejorar la calidad del producto, a innovar... Con ello se consigue que los recursos de la economía se empleen de manera más eficiente.

Por otra parte, al eliminar los obstáculos que impiden o dificultan la competencia en un sector, se permite que entren nuevas empresas a operar en el mismo, lo que genera un aumento de la inversión y de la producción. De esta forma se asegura una oferta más flexible, capaz de adecuarse mejor a las variaciones de la demanda, de manera que en los períodos de expansión económica el riesgo de que se produzcan tensiones inflacionistas es menor.

En definitiva, la competencia conduce a una asignación de recursos más eficiente, estimula la inversión y el crecimiento económico e impone una férrea disciplina en los mercados que contribuye a frenar el crecimiento de los precios. Ello permite alcanzar tasas de crecimiento económico más elevadas y elevar la renta real per cápita. Es evidente que a largo plazo todos nos beneficiamos de la introducción de competencia.

Pero, si bien en la actualidad nadie duda que desde el punto de vista económico la competencia funciona mejor que otros sistemas de asignación de los recursos, es cierto que existe cierto recelo por los efectos que puede producir a nivel social. A menudo se relaciona erróneamente la introducción de competencia con una mayor desigualdad, desprotección y falta de solidaridad, a pesar de que toda restricción de la competencia supone un privilegio para el que se beneficia de la protección.

Es frecuente oír que si se deja a las empresas en libertad para competir descuidarán la seguridad del consumidor y los intereses públicos. También se dice que si la provisión de un bien o servicio básico se realiza en régimen de competencia parte de la población quedará desatendida e, incluso, algunos piensan que la competencia favorece la especulación y el enriquecimiento de una minoría. Existe, además, una larga tradición en nuestro país que aboga por que la Administración intervenga para proteger a empresas ruinosas de sectores en crisis de la competencia, con el convencimiento de que dicha protección constituye la mejor forma de defender el empleo.

Este tipo de argumentos son en gran medida fruto de una interpretación sesgada de los efectos de la competencia o de la confusión de ésta con otros aspectos de la organización de la economía que son ajenos a la competencia en sí. A menudo estas críticas son utilizadas de forma interesada por aquellas empresas o agentes sociales minoritarios que se ven favorecidos por la ausencia de competencia a costa del resto de la sociedad y que temen perder sus privilegios con la introducción de ésta.

El objetivo de este capítulo es explicar que la competencia no sólo contribuye a incrementar la eficiencia económica, sino que también permite alcanzar una solución más deseable desde el punto de vista social que la que se logra mediante las situaciones de monopolio o de restricciones injustificadas de la competencia.

1. La competencia no implica desregulación.

Existe la creencia de que, si se permite que las empresas operen en los mercados en régimen de competencia, tratarán de obtener el máximo beneficio aún a costa de sacrificar el interés general. Se dice que, al verse sometidas a la competencia, las empresas podrían realizar sus actividades sin tener en cuenta unos

requerimientos mínimos de seguridad, calidad e higiene, o sin respetar el medio ambiente.

Para corregir este tipo de comportamientos se argumenta que es necesario limitar la competencia. Por ejemplo, durante muchos años ha circulado la idea de que liberalizar el transporte aéreo podría llevar a que las compañías privadas, en un intento de abaratar sus costes, descuidaran las condiciones de seguridad con el consiguiente riesgo de accidentes. De aquí se concluía que era necesario limitar la competencia para garantizar la seguridad de los pasajeros.

Siguiendo una lógica parecida se dice que si el propietario de un terreno pudiera construir cuando y como quisiera, se podría llegar al caos urbanístico, lo cual, evidentemente, no es deseable desde el punto de vista social. De nuevo, la consecuencia que muchos extraen es que es necesario limitar estrictamente los usos del suelo y restringir las zonas en las que se puede edificar.

Este tipo de argumentos que ven en la restricción de la competencia una forma de protección al consumidor y de salvaguardia de los intereses de la colectividad, son producto de la confusión de dos conceptos distintos: competencia y "laissez-faire".

El concepto de "laissez-faire", se enmarca en los orígenes del capitalismo, y encierra la idea de que el Estado, en general, no debe intervenir en la vida económica y, en concreto, en la actividad de las empresas, que deben competir libremente. La puesta en práctica de un principio tan radical no es deseable por las consecuencias que de él se derivan. El dejar a las empresas que actúen libremente, sin ningún tipo de normas, lleva a que los intereses generales no se respeten cuando entran en contradicción con la posibilidad de aumentar sus beneficios. Por otra parte, la falta de reglas de juego o de vigilancia en los mercados puede terminar con la competencia, puesto que, al introducir la competencia una disciplina económica incómoda para las empresas, la tendencia natural de éstas será tratar de evitarla, ya sea realizando acuerdos para repartirse el mercado o expulsando a los competidores mediante cualquier medio a su alcance. Si lo consiguen, se llegará a situaciones de oligopolio o de monopolio no deseables para los consumidores ni para la propia economía.

Por todo esto, la aplicación del "laissez-faire" no resulta deseable ni incluso factible en determinadas circunstancias. Es necesario que los poderes públicos establezcan y vigilen el cumplimiento de un conjunto de reglas objetivas y de aplicación general con el fin de velar por los intereses públicos y por el propio funcionamiento de la competencia en los mercados.

Sin embargo, para proteger una serie de intereses públicos como son la salud y la integridad física de las personas, el acceso a los bienes y servicios básicos o el medio ambiente, no es necesario restringir la competencia y constituir monopolios públicos o privados. La actividad económica puede desarrollarse sobre la base de las reglas de la competencia sin que ello impida que el regulador imponga unas

normas que aseguren la defensa de los intereses públicos. Es más, estas normas son necesarias para el buen funcionamiento del sistema.

La competencia, por tanto, no implica falta de regulación ni desatención a los objetivos públicos. Lejos de ello, facilita su consecución, ya que, al asegurar un mejor aprovechamiento de los recursos, constituye la mejor base para alcanzar estos objetivos. La tarea del regulador consiste en diseñar un marco normativo que garantice la protección de los ciudadanos y que asegure que las empresas no falseen la propia competencia.

Argumentos como los expuestos más arriba, en los que se defiende la restricción de la competencia por razones de interés público y de defensa del consumidor, son, como se ha visto, incorrectos porque confunden la competencia con el "laissez-faire", con la falta de regulación por parte del poder público. Todo el mundo está de acuerdo en que la Administración debe realizar un control sanitario sobre los medicamentos, o cerciorarse de que las empresas que distribuyen carburantes cumplen determinadas normas rigurosas de seguridad y los requerimientos técnicos fijados. También es lógico que se prohíba urbanizar en aquellas zonas que deben ser protegidas por el interés común, o que se cumplan ciertos requisitos de densidad o equipamiento a la hora de edificar. Pero ello no significa que se deba restringir la competencia. Es más, limitar la competencia no asegura estos objetivos.

Hay multitud de ejemplos de actividades económicas que afectan a la salud, la higiene, la seguridad o el medio ambiente, y se desarrollan en régimen de competencia. Por ejemplo, la elaboración y distribución de alimentos la realizan empresas privadas que compiten entre sí. A nadie se le ocurre que para asegurar el buen estado de los productos sea necesario acabar con la competencia y confiar el suministro de productos alimenticios a un monopolio público o privado. La salud y la higiene quedan aseguradas mediante el establecimiento de unas normas sanitarias de obligado cumplimiento y su vigilancia por las autoridades públicas.

Por tanto, no es verdad que liberalizar un mercado suponga desregularlo. De hecho, muchas veces la liberalización de un sector exige la elaboración de una regulación más profusa y minuciosa que la existente en situación de monopolio. Pero esta regulación debe atender a la consecución de los objetivos públicos que se hayan definido previamente sin interferir en la competencia entre empresas. La propia regulación no debe perseguir únicamente la protección de la salud, la seguridad o la protección del medio ambiente, sino que debe asegurar también que la competencia entre empresas se produzca efectivamente. Vigilar que las empresas no falseen la competencia es un medio para asegurar la consecución de los objetivos públicos. La libre competencia no constituye un fin en sí misma, sino un medio que facilita la consecución de los objetivos socialmente deseables.

2. La competencia combate los privilegios injustificados.

A menudo se acusa a la competencia de fomentar el ánimo de lucro en los individuos. Se considera que, si se deja que cualquier particular que quiera y pueda ofrecer un determinado bien o servicio lo haga, buscará enriquecerse a toda costa. De dicho planteamiento se suele deducir que limitar la competencia es aconsejable, porque así se impide el enriquecimiento excesivo de unos pocos y se fomenta, por tanto, la igualdad.

Es cierto que siempre ha habido individuos que han buscado enriquecerse. Lo que no es cierto es que el ánimo de lucro sea una característica exclusiva de la competencia. El ánimo de lucro del ser humano es independiente del sistema económico y social en el que éste vive. Sea cual sea el sistema, siempre hay individuos que buscan obtener provecho personal de un modo u otro. Ni siglos de tradición religiosa ni décadas de comunismo han eliminado este tipo de comportamiento.

Las actitudes de los agentes económicos suelen estar guiadas por su propio interés: las empresas intentan obtener más beneficios; los trabajadores tratan de aumentar su remuneración o mejorar sus condiciones de trabajo; los consumidores procuran adquirir los bienes y servicios que desean al precio más bajo posible... Partiendo del hecho de que el ánimo de lucro es una motivación de la conducta de los individuos, el sistema de competencia busca que sus efectos sean lo menos perjudiciales para el resto de los individuos y de la sociedad. Para lograrlo, la competencia enfrenta a empresas e individuos, de forma que la rivalidad que se establece entre ellos limita sus posibilidades de obtener beneficios excesivos. Por el contrario, el monopolio o las restricciones a la competencia permiten obtener a los operadores privilegiados beneficios extraordinarios con tranquilidad (rentas de monopolio), sin miedo a que otros operadores les quiten los clientes. Así, Telefónica sabe que puede cobrar sus conferencias internacionales más caras que British Telecom porque se encuentra todavía en situación de monopolio; y un farmacéutico debe una buena parte de su renta a la seguridad de que nadie podrá abrir una farmacia cerca de la suya.

La competencia, por el contrario, impide que determinados agentes obtengan beneficios extraordinarios que no vengan justificados por algún tipo de iniciativa empresarial, como pueden ser la introducción de alguna innovación, un mejor trato al cliente o un esfuerzo por reducir los costes o mejorar la calidad. Si una o varias empresas de un sector están obteniendo grandes beneficios sin tener una clara ventaja comparativa, ello atraerá a nuevas empresas y, en la medida en que exista competencia, se moderarán esos beneficios extraordinarios en beneficio de los clientes. La apertura a la competencia de la ruta aérea Madrid-Barcelona-Madrid constituye un ejemplo de lo dicho: la compañía Iberia venía explotando en exclusiva el servicio y obteniendo elevados ingresos a costa del usuario. Al permitirse que otras empresas presten también el servicio, las tarifas han bajado en beneficio de los usuarios y los ingresos por viajero de Iberia se han moderado.

(aunque los ingresos totales han crecido porque el número de viajeros ha aumentado).

3. La competencia incrementa los salarios reales.

Otra de las consecuencias positivas de la competencia es que contribuye a incrementar el poder adquisitivo de las personas o, dicho en otros términos, su salario real. En efecto, si el sueldo de una persona aumenta y el precio de los bienes y los servicios (pan, leche, luz, transportes, etc.) no varía, evidentemente esta persona podrá comprar más o incrementar su ahorro. Diremos entonces que su salario en términos reales se ha incrementado. Este mismo efecto se consigue, incluso aunque no se produzca una variación en el salario, cuando el precio de los bienes y servicios se reduce. Esto es precisamente lo que se consigue con la competencia.

Una de las consecuencias indiscutibles de la introducción de competencia en un sector es que los precios se reducen o, al menos, tienden a crecer de forma más moderada. En nuestro país hemos podido comprobar este fenómeno en numerosas ocasiones. Por ejemplo, cuando se ha liberalizado el tráfico aéreo o cuando se ha aumentando la competencia en el transporte de viajeros por carretera. Otro ejemplo es la reducción en el precio de la gasolina que se ha producido recientemente en una localidad cercana a Barcelona a raíz de la entrada en el mercado de un gran centro comercial que vende gasolina con su propia marca significativamente más barata, lo cual ha servido para desencadenar la competencia en precios entre los distribuidores de la zona. La reducción de los precios en el sector de la informática es otro ejemplo de los efectos que sobre los precios tiene la competencia entre empresas.

Cuando se introduce competencia los precios pueden tardar más o menos en moderarse dependiendo de la estructura de mercado de la que se parta, pero inevitablemente terminan por ser más bajos o crecer menos de lo que crecerían en ausencia de competencia. Ello significa que los salarios reales aumentan y que es posible acceder a más bienes y servicios que si la competencia no hubiera moderado los precios.

Pero hay más, las empresas no sólo compiten en precio sino también en calidad. Incluso suponiendo que, al verse sometidas a la competencia, las empresas no centraran su estrategia en reducir precios sino en mejorar su producto, también en este caso se incrementarían los salarios reales, puesto que se podrían adquirir bienes y servicios de mayor calidad a los que antes no se podía acceder con ese nivel de renta. Un ejemplo claro de este fenómeno se ha producido en los últimos años en el sector del automóvil, donde las mejoras en calidad y en prestaciones de los vehículos han sido proporcionalmente mucho mayores que los aumentos de precios. Estos argumentos vienen a reforzar la idea de que la liberalización de los

sectores protegidos de la competencia es beneficiosa desde el punto de vista social.

4. La competencia facilita la aplicación de mecanismos de solidaridad.

Muchas veces se acepta que los mercados funcionan mejor cuando varias empresas compiten en ellos, pero se acusa a la competencia de ser insolidaria. Se considera que si la provisión de un bien o servicio se realiza en régimen de competencia, parte de la población puede verse desatendida, ya sea porque ésta no se pueda permitir pagar el precio de mercado del producto o porque a las empresas no les resulte rentable suministrarlo a determinadas zonas. En el caso de los bienes considerados básicos se argumenta que es preferible restringir la competencia para asegurar a todos los ciudadanos la provisión del bien o servicio. Esta restricción suele traducirse en el mantenimiento de monopolios públicos o privados o en rígidas reglamentaciones del sector que impiden la competencia entre empresas.

Existen numerosos ejemplos de lo dicho. Así, se dijo que si se liberalizaba el transporte aéreo las compañías dejarían de prestar sus servicios en las rutas aéreas no rentables. Del mismo modo se ha repetido hasta la saciedad que si se liberalizan las telecomunicaciones los ciudadanos que viven en zonas rurales apartadas quedarán sin servicio telefónico. También se intenta convencer a la población de que si se levantan las restricciones a la apertura de oficinas de farmacia y se permite su libre establecimiento, habrá determinadas zonas donde no se abrirán oficinas de farmacia con el consiguiente perjuicio para los ciudadanos más desfavorecidos.

Asegurar el suministro de los bienes y servicios esenciales a toda la población es un objetivo deseable que se debe intentar alcanzar. Sin embargo, no es cierto que restringiendo la competencia se asegure que una mayor parte de la población pueda acceder a un determinado bien o servicio. En efecto, si las empresas actúan en régimen de competencia, la producción será mayor y la relación calidad-precio mejor que en situación de monopolio. Esto implica que, independientemente del tipo de políticas redistributivas que se apliquen, la competencia asegura que una mayor parte de la población pueda acceder al producto. También implica que a la hora de aplicar políticas redistributivas habrá "más para repartir". Por tanto, incrementando la competencia se puede extender el uso y disfrute de los bienes y servicios a mayores segmentos de la población.

Las razones por las que la competencia permite que más personas puedan acceder a un determinado producto son varias. En primer lugar, conviene recordar que una de las consecuencias de las situaciones de monopolio, suficientemente demostrada por la teoría económica y ratificada por la realidad, es que el nivel de producción es menor en ellas que cuando hay competencia. Si tomamos el monopolio como caso extremo de restricción de la competencia,

conforme vayamos suprimiendo restricciones en un mercado y acercándonos a la situación de competencia, la producción tenderá a aumentar y, por tanto, podrá ser atendida una mayor demanda. En segundo lugar, como ya se ha expuesto anteriormente, la competencia hace reducir comparativamente los precios, lo cual significa que con ella se beneficia principalmente a las capas sociales con menor poder adquisitivo, que antes no podían acceder a un determinado bien o servicio y que, gracias a la moderación de precios inducida por la competencia, pueden disfrutarlo. Es más, en la medida en que la introducción de competencia suele ir acompañada de una mayor diversificación de la oferta de un mismo producto, los consumidores podrán elegir aquella variedad más acorde con sus gustos y su renta.

Se pueden citar numerosos ejemplos de cómo con la introducción de competencia en un determinado sector la producción ha aumentado y una mayor proporción de la población ha tenido acceso al producto. De hecho, los españoles deberíamos ser bien conscientes de ello porque no hace tantos años, cuando nuestra economía estaba cerrada a la competencia exterior, adquirir determinados bienes de consumo era caro y las posibilidades de elección escasas. Actualmente, gracias a unos mercados abiertos, una gran parte de los consumidores puede acceder a la compra de un vehículo, tener un ordenador, una video-cámara, comprar libros extranjeros o adquirir unos vaqueros de marca, por citar algunos ejemplos.

La liberalización del puente aéreo Madrid-Barcelona-Madrid ha permitido una significativa reducción de tarifas. Frente a las 30.000 pesetas que costaba el billete antes de la liberalización, ahora es posible viajar por menos de 15.000 pesetas ida y vuelta. Esto significa poner a disposición de amplias capas de la población la posibilidad de viajar a Barcelona o Madrid. Asimismo, la apertura del transporte aéreo de línea regular a las compañías nacionales, ha producido la aparición de empresas (Air Europa, Spanair, Air Nostrum, Swift Air, Líneas Aéreas Navarras) y el establecimiento de nuevas rutas, muchas de ellas regionales.

Este fenómeno también se produce en el ámbito de las telecomunicaciones. La introducción de competencia, junto con las mejoras tecnológicas, están permitiendo en otros países, como el Reino Unido y Estados Unidos, la extensión de servicios como la telefonía móvil o las telecomunicaciones a través del cable a ciudadanos que hace pocos años no soñaban con poder acceder a ellos.

En el caso de las oficinas de farmacia, la afirmación de que si en España se permitiera su libre apertura las zonas periféricas quedarían desatendidas no cuenta con suficientes argumentos que la respalden. En la actualidad, existen solicitudes para abrir nuevas oficinas de farmacia en núcleos de población en expansión o en el ámbito rural. Si se eliminaran las restricciones arbitrarias que existen para el establecimiento de nuevas oficinas, estos núcleos de población se verían mejor atendidos. De hecho, en la actualidad existe una gran bolsa de farmacéuticos en paro, y el número de recursos contra las decisiones de los

Colegios denegatorias de las licencias solicitadas para la apertura de oficinas de farmacia es elevado, hasta tal punto que se ha creado en Extremadura una "asociación de recurrentes". De la misma forma, si se permitiera que los productos farmacéuticos cuya dispensación no exige receta médica se vendieran en todo tipo de establecimientos, los consumidores podrían acceder a los mismos más fácilmente y, a buen seguro, a mejor precio.

De todo lo dicho se deduce que la competencia permite que un mayor número de consumidores acceda a los bienes y servicios en comparación con lo que sucede en una situación de restricción de la competencia. Sin embargo, ésto no debe llevarnos a pensar que la competencia lo resuelve todo. Pese al abaratamiento de los productos y a la extensión de la oferta, puede ocurrir que determinadas personas, por razones económicas o de localización, no puedan acceder a un determinado bien o servicio básico. En estos casos la solución no debe buscarse recurriendo a los monopolios -pues la producción disminuiría y los precios aumentarían-, sino que debe hacerse a través de políticas redistributivas.

Hay varias maneras de llevar a cabo estas políticas redistributivas. Así, por ejemplo, los bienes y servicios básicos se pueden ofrecer a las personas desatendidas subvencionándolos con cargo a los recursos públicos procedentes de la imposición general, uno de cuyos objetivos es, precisamente, atender a dichas políticas redistributivas. También pueden articularse sistemas de subvenciones cruzadas transparentes, como se hace en algunos países para financiar la telefonía rural. Estos sistemas consisten en imponer un gravamen a las llamadas internacionales o de larga distancia, generando con ello un fondo para financiar la instalación de telefonía rural o determinados servicios gratuitos.

La competencia no es, pues, un sistema insolidario o antisocial. El sistema competitivo contribuye a asegurar una utilización eficiente de los recursos disponibles, con lo que permite alcanzar una oferta de bienes y servicios mayor y a unos precios relativamente inferiores. Por ello, si se introduce competencia es más fácil y más "barato" aplicar políticas redistributivas. Por un lado, porque el número de personas desprotegidas será menor. Por otro lado, porque la sociedad dispondrá de más recursos para atender a estas personas.

5. La competencia favorece la creación de empleo.

Impedir que la actividad económica se desenvuelva conforme a las reglas del mercado tiene efectos negativos sobre la capacidad de generación de empleo de una economía. Tanto aquellas medidas de protección a los sectores en declive carentes de racionalidad económica, como la falta de liberalización de los sectores con posibilidades de desarrollo, son factores que socavan la capacidad de generación de empleo de una economía.

En nuestro país es frecuente que cuando un sector económico atraviesa una situación de crisis estructural se le proteja para evitar el cierre de empresas y el despido de trabajadores. Normalmente esta protección adopta la forma de ayudas públicas y de restricciones a la competencia.

Este planteamiento se basa en la idea de que la mejor forma de asegurar el empleo es mantener a los sectores en crisis al margen de la competencia. Sin embargo, esta estrategia es tremendamente perjudicial, no sólo desde el punto de vista de la eficiencia, sino también desde el punto de vista del empleo a medio y largo plazo. La mejor manera de lograr que una economía crezca y genere empleo es dejar que los sectores en expansión se desarrollen, en vez de proteger a los sectores en declive mediante toda una serie de mecanismos que consagren su ineficiencia y supongan una carga para el resto de la economía.

El desarrollo económico es un fenómeno dinámico que produce, a lo largo del tiempo, cambios en la contribución de los diferentes sectores productivos a la generación del Producto Nacional. Así, en la economía española, como en el resto de economías de su entorno, el sector agrícola ha ido perdiendo peso en favor del sector industrial. De la misma manera, posteriormente hemos asistido a una terciarización de nuestra economía, caracterizada por el desarrollo y expansión del sector servicios. Este cambio relativo del peso de los sectores económicos lleva implícito un proceso de reasignación de los recursos productivos, de forma que éstos se dirigen a aquellos usos donde su eficiencia es mayor. Ciertos sectores demandan menos factores productivos porque ven cómo su demanda se reduce en términos absolutos o relativos, o porque consiguen abastecer a los mercados utilizando una menor cantidad de mano de obra y de medios de producción que antes. Por su parte, otros sectores en expansión demandan una mayor cantidad de factores productivos.

Para que el desarrollo económico sea posible y se produzca sin fricciones es necesario que no existan obstáculos que dificulten este proceso de reasignación de los factores productivos. Si se impide que ciertos sectores reduzcan la utilización de mano de obra y de capital y, consecuentemente, que otros sectores absorban estos factores, se estará frenando el crecimiento de la economía y favoreciendo la existencia de recursos productivos ociosos o utilizados de forma poco eficiente.

La liberalización de los mercados de capitales ha favorecido una mayor flexibilidad en el proceso de reasignación del capital entre diferentes usos productivos. Sin embargo, la utilización del factor trabajo ha estado sometida en España a numerosas restricciones que han dificultado su reasignación. Así, por ejemplo, las limitaciones al despido, la escasa movilidad de los trabajadores a nivel geográfico o funcional o unas modalidades de contratación rígidas han dificultado enormemente que las empresas adaptasen sus plantillas a las necesidades de la producción. La reciente reforma laboral ha tratado de flexibilizar este mercado.

Pero además de estas rigideces en los mercados de factores, existen otro tipo de obstáculos que pueden dificultar o, incluso, impedir la reasignación eficiente de los factores de producción. Se trata de las barreras que se imponen a la expansión de aquellos sectores que son potenciales demandantes de recursos productivos. Al perpetuar una situación de monopolio o al imponer restricciones a la competencia en un sector se están limitando sus posibilidades de desarrollo y con ello su capacidad de absorber capital y trabajo. En otras palabras, se está frenando el crecimiento del sector con la consiguiente pérdida de oportunidades de inversión y creación de empleo.

La liberalización de un sector permite la entrada de nuevos competidores que realizan inversiones y que, a su vez, fuerzan a menudo a las empresas que controlaban el mercado a invertir también para adecuarse a la nueva situación. Todo este proceso inversor fomenta la actividad en el sector en cuestión y en otros adyacentes, promoviendo el crecimiento económico y la creación de empleo. Por ello, es necesario dejar que los sectores con posibilidades de expansión crezcan para que absorban a los trabajadores excedentes. De lo contrario, a largo plazo se estará cercenando el crecimiento de la economía y condenando al desempleo a parte de la población.

A finales de 1994 la consultora McKinsey presentó un estudio³ que corrobora estas tesis ya apuntadas por el Tribunal en su Informe de 1993. En este estudio se dice que entre los años 1977 y 1993 en España se perdieron un total de 96 empleos por cada 1000 habitantes en edad laboral. Ello se ha debido a que en este período se destruyeron 69 empleos por cada 1000 habitantes en edad de trabajar en el sector agrícola, 52 en la industria y 13 en la construcción, frente a los 38 creados en el sector servicios. Este estudio sostiene que la menor creación neta de empleo en España y, por tanto, la mayor tasa de paro en relación con los países de su entorno se deben, no sólo a las rigideces del mercado de trabajo, sino también a la existencia de importantes restricciones a la competencia en el resto de los mercados, fundamentalmente en el de los servicios. Esta falta de capacidad de la economía española para generar empleo se refleja también en la tasa de actividad, que se sitúa por debajo de la de los países de nuestro entorno.

No es difícil ilustrar cómo la liberalización de un sector genera empleo. En la actualidad estamos asistiendo a un proceso de liberalización del sector de las telecomunicaciones en numerosos países, incluida España, que está desencadenando enormes inversiones en el sector que favorecen la creación de numerosos puestos de trabajo. Existen también ejemplos de que la existencia de rigideces en los mercados impide el crecimiento del empleo. Así, la rígida regulación a la que se halla sometida la utilización del suelo en España es la principal causa del elevado precio del mismo. Ello, sin duda, afecta negativamente a la actividad económica y al empleo, puesto que el alto coste del suelo desincentiva la implantación de actividades productivas y daña la competitividad de las empresas.

³ ~~Creación de empleo. Caso español.~~ McKinsey Global Institute. Madrid, Noviembre de 1994.

En conclusión, la liberalización de los sectores productivos es una condición necesaria para la creación de empleo y para elevar la tasa de ocupación de nuestra economía. Los obstáculos a la competencia en un sector restringen las posibilidades de crecimiento del mismo y su capacidad de generar puestos de trabajo. Con ello, a nivel agregado, lo único que se consigue es frenar el crecimiento económico y reducir la capacidad de crear empleo de la economía.

6. La competencia contribuye al sostenimiento del gasto publico social.

La necesidad de reducir el déficit público de la economía española ha desencadenado un debate sobre la pertinencia de reducir el gasto público, especialmente el llamado gasto público social. El planteamiento de dicho debate parece limitarse a discutir si deben recortarse este tipo de gastos aunque ello suponga una mayor desprotección o si, por el contrario, el recorte no debe producirse para que el nivel de protección se mantenga inalterado.

Es cierto que una parte no desdeñable del gasto público adopta la forma de transferencias de renta que los poderes públicos realizan a determinados agentes económicos que reúnen una serie de requisitos según los cuales las autoridades consideran que se les debe facilitar algún tipo de ayuda. Pero sucede que, a menudo, estas situaciones que hacen a los agentes económicos merecedores de las ayudas se deben a un funcionamiento ineficiente de los mercados, fruto de una regulación inadecuada.

Por ejemplo, son muchas las personas que con su renta disponible no pueden acceder a una vivienda dados los elevados precios de mercado. En la medida en que la vivienda es un bien básico, las autoridades públicas se ven obligadas a destinar muchos miles de millones de pesetas a financiar una política de vivienda que facilite el acceso a este bien a aquellos ciudadanos que no pueden permitírselo con sus ingresos. El problema del elevado precio de la vivienda en España radica, en buena medida, en la escasez de suelo derivada de una regulación rígida, que estrangula el mercado. Si se reformara la regulación del suelo, de manera que se incrementara la oferta de suelo urbanizable y se flexibilizara su uso, su precio bajaría y se favorecería una mayor oferta de viviendas y el descenso de sus precios. De este modo, si se dejara actuar al mercado, no sería necesario destinar un volumen tan elevado de recursos a financiar la política de vivienda, porque la mayoría de los españoles podría adquirir su vivienda sin necesidad de recibir subsidios públicos. Con ello sería posible reducir el déficit público o financiar otro tipo de gastos sociales cuya viabilidad hoy en día se pone en entredicho.

Existen otros ejemplos sobre cómo el mejor funcionamiento de los mercados evita incurrir en un elevado gasto público. Como se ha expuesto anteriormente, los obstáculos impuestos a la competencia en los sectores de bienes y servicios,

unidos a una regulación laboral que dificulta el funcionamiento flexible del mercado de trabajo, impiden una mayor capacidad de generación de empleo. La liberalización de los mercados traería consigo un mayor crecimiento económico y una mayor creación de puestos de trabajo que, "caeteris paribus", produciría la reducción en el número de parados y el descenso en el gasto en prestaciones de desempleo, así como el aumento de los ingresos por cotizaciones sociales, IRPF, IVA, etc.

En definitiva, circunscribir el debate sobre el gasto público social a si éste se debe recortar o no, resulta empobrecedor desde el punto de vista teórico e innecesario desde el punto de vista social. Es necesario plantearse cómo pueden corregirse las causas que dan lugar a esas situaciones en las que se cree que es necesaria la ayuda pública; así se evitará la necesidad de gasto público, de manera que se podrá controlar el déficit público o atender a otro tipo de necesidades sociales. Las medidas de introducción de competencia en los mercados que contribuyan a asegurar un buen funcionamiento de los mismos pueden jugar un papel importante en esta tarea.

PARTE SEGUNDA

BALANCE DE LA COMPETENCIA EN ESPAÑA.

CAPITULO I: LAS REFORMAS GENERALES

1. Introducción.

Los poderes públicos son los responsables últimos de que el funcionamiento de los mercados se desenvuelva conforme a las reglas de la libre competencia, para lo cual deben desarrollar una labor de promoción de la misma. Esta labor de promoción de la competencia comprende dos tareas fundamentales. En primer lugar, introducir competencia, esto es, establecer unas reglas de juego que obliguen a los agentes a competir en los mercados. En segundo lugar, la defensa de la competencia, que básicamente consiste en hacer que esas reglas de juego establecidas se respeten.

Cuando en una economía subsisten sectores controlados por monopolios, o regulaciones que impiden la entrada de nuevas empresas, la introducción de competencia es la tarea prioritaria. En estos casos las Administraciones Públicas han de enfrentarse a la labor de modificar las normas que regulan aquellos sectores en los que existen restricciones a la competencia para eliminarlas y diseñar un marco legislativo en el que las empresas puedan operar en régimen de competencia. Ello supone que nuevas empresas puedan instalarse libremente, que tengan asimismo libertad para fijar sus precios y márgenes, para anunciarse y diseñar sus políticas comerciales. La liberalización es, por tanto, una tarea de carácter fundamentalmente normativo en la que el Tribunal de Defensa de la Competencia actúa tan sólo como órgano proponente de reformas.

Es importante reiterar que el hecho de introducir competencia no implica que desaparezcan las normas que regulan el funcionamiento de un sector. Cuando las normas son restrictivas de la competencia han de ser modificadas para que las empresas puedan ofrecer libremente los bienes y servicios que producen. Sin embargo, ello no significa que no deban mantenerse unas reglas de juego que deben ser respetadas, entre otras, todas aquellas que protegen la salud y la seguridad de los consumidores.

Conforme se avanza en la liberalización de los mercados cobra una mayor importancia la segunda tarea: la defensa de la competencia. El establecimiento de

un marco legislativo que permita que las empresas compitan entre sí no es suficiente garantía de que exista competencia. Las propias empresas pueden tratar de limitar la competencia a través de acuerdos, abusando de una posición de dominio, alcanzando un grado de concentración excesivo o realizando prácticas desleales.

Para evitar este tipo de situaciones existe un conjunto de normas, tanto a nivel comunitario como nacional, que tratan de garantizar la competencia prohibiendo determinadas prácticas que la restringen, limitan o falsean. Tales normas son, en el ámbito de la Unión Europea, los artículos 85 a 94 del Tratado de Roma y, en España, la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

En este capítulo se realiza un balance de las políticas de introducción de competencia aplicadas en nuestro país desde la publicación del último Informe del Tribunal de Defensa de la Competencia. Para ello, se analiza qué políticas se han desarrollado en aquellos ámbitos de la economía respecto a los cuales el Tribunal hizo propuestas de reforma. A continuación se contemplan ciertos sectores sobre los cuales el Tribunal no realizó recomendación alguna, pero que, no obstante, han sido objeto de reformas que afectan a aspectos relacionados con la competencia.

El que no se incluya un balance de las políticas de defensa de la competencia se debe, por un lado, a que el Informe del Tribunal es un documento orientado fundamentalmente a las políticas de liberalización y, por otro lado, a que el balance de la defensa de la competencia en España queda ya recogido anualmente en la Memoria del Tribunal⁴.

2. Las reformas generales.

En su Informe anterior⁵, el Tribunal de Defensa de la Competencia realizó, además de las recomendaciones específicas para cada uno de los sectores estudiados, una serie de recomendaciones generales cuyo objeto era introducir ciertas modificaciones en nuestro marco institucional que facilitaran la liberalización de los sectores protegidos de la competencia en España. Estas modificaciones tratan, fundamentalmente, de aumentar la transparencia de las normas y actuaciones públicas que afectan a la competencia y desvincular a las Administraciones Públicas de los intereses de las empresas que operan en sectores protegidos.

⁴ Véanse las siguientes publicaciones del Tribunal de Defensa de la Competencia: ~~La libre competencia en España~~ (1986/1988) y las ~~Memorias~~ de los años 1990, 1991, 1992, 1993 y 1994.

⁵ Vid "Remedios Políticos..." (nota 2, pag.i).

Pese a que en algunos casos se han dado tímidas muestras por parte del Gobierno y del Poder Legislativo de tomar en consideración estas recomendaciones, el hecho cierto es que, en general, no se han llevado a la práctica. Por ello, el Tribunal considera preciso, a la par que se repasan los escasos avances que se han dado en este ámbito, insistir en la necesidad de efectuar este tipo de reformas estructurales que, sin duda, facilitan enormemente el desmantelamiento de los monopolios y la introducción de competencia.

Una de las principales recomendaciones generales que formuló el Tribunal es la de *desvincular a los reguladores* -la Administración competente- *de las empresas reguladas* que disfrutaban de un monopolio o de otro tipo de restricciones que las protegen de la competencia. Difícilmente se puede avanzar en la liberalización de un sector si no se asegura la imparcialidad e independencia de las autoridades que deben regularlo y aplicar las normas. Al igual que la Ley de Incompatibilidades de los Altos Cargos prohíbe a quien los ostenta formar parte de un consejo de administración de una empresa privada, tampoco se debe permitir que las autoridades que tutelan un determinado sector estén presentes en los consejos de administración de las empresas públicas reguladas, ni que las Delegaciones del Gobierno en los monopolios legales asuman competencias de regulación del sector en las actividades desmonopolizadas.

Desde que el Tribunal formulara esta recomendación no se han tomado medidas de tipo normativo y de carácter general para impedir que los reguladores formen parte de los consejos de administración de las empresas reguladas, y ello pese a que se ha elaborado una Ley de Incompatibilidades donde podrían haberse introducido normas en este sentido⁶. Hay que decir que el Ministerio de Industria y Energía ha promovido la profesionalización de los Consejos de Dirección de ciertas empresas públicas y de TENEIO, lo cual supondrá la salida de ellos de altos cargos de la Administración.

Sin embargo, el Gobierno está dando importantes pasos en lo que se refiere a *la independencia de los órganos de regulación de determinados sectores*. En primer lugar, con la aprobación de la Ley de Autonomía del Banco de España se ha reforzado la independencia del Banco de España como organismo regulador del sistema financiero. En segundo lugar, tal y como se prevé en la Ley 40/1994, de 30 de diciembre, de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional, se ha creado la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional como ente independiente regulador del sector. Por último, en el Acuerdo del Consejo de Ministros sobre Política de Telecomunicaciones adoptado a finales de 1994, se anuncia la creación de una "entidad arbitral autónoma" que, además de desempeñar funciones arbitrales, podría dirigir el proceso de liberalización de este sector.

Esta política de creación de órganos o agencias reguladoras de carácter sectorial supone un punto de partida importante para lograr la separación de intereses

⁶ La Ley 12/1995, de 11 de mayo, de Incompatibilidades de los Miembros del Gobierno de la Nación y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado ha sido publicada en el BOE de 12.05.95.

entre reguladores y regulados. Sin embargo, es mucho lo que queda por hacer en este sentido. En primer lugar, se trata de una iniciativa que, de momento, afecta sólo a los sectores mencionados; en segundo lugar, en el caso del sector de las telecomunicaciones, la creación del órgano regulador todavía no es un hecho; y, finalmente, no basta con establecer la independencia del órgano regulador sobre el papel, sino que resulta preciso que esta independencia sea real y efectiva, lo cual dependerá en gran parte de la configuración del órgano en cuestión y de las funciones y los medios que se le atribuyan.

En todo caso, debe quedar claro que la existencia de órganos reguladores sectoriales no excluye la actividad de los órganos de defensa de la competencia en aplicación de la Ley 16/1989.

Siguiendo con el repaso de las recomendaciones generales formuladas por el Tribunal, hay que señalar que tampoco se ha avanzado en lo que se refiere a aumentar la *transparencia en la gestión de los monopolios aislándolos de los holdings*. Mientras las empresas monopolistas estén integradas en los holdings públicos, resultará muy difícil saber cuáles son rentables y cuáles no, y no se podrá evitar que los beneficios de las empresas rentables se destinen a financiar a las empresas con pérdidas y a alimentar su ineficiencia. Por ello, el Tribunal propuso la segregación de los monopolios de los holdings públicos, de manera que aquellos que tengan pérdidas tengan que ser financiados con cargo a los Presupuestos Generales del Estado. Con ello se trata de hacer patente el coste que estas empresas suponen para la sociedad, de manera que se vean forzadas a incrementar su eficiencia.

Recientemente el Gobierno ha aprobado el Real Decreto-Ley 5/1995, de 16 de junio, de Creación de Determinadas Entidades de Derecho Público, que supone una reordenación del sector público industrial. Según este Real Decreto-Ley, las empresas "sujetas a planes de reestructuración o reconversión, así como a regímenes especiales derivados de su particular situación", se integran en una Agencia estatal cuya financiación está vinculada a los Presupuestos Generales del Estado y a la que no se le reconoce ninguna capacidad de endeudamiento. Esto supone un gran avance en la segregación de las empresas con pérdidas que puede mejorar la transparencia en la financiación de las mismas. Sin embargo, esta reordenación se ha hecho a costa de que las empresas más rentables asuman la enorme deuda de las empresas segregadas. Por otro lado, son todavía muchas las empresas públicas que quedan al margen de este esquema de financiación transparente. Por tanto, hay que insistir en la importancia de hacer explícitas estas transferencias entre empresas públicas, de manera que sea el Parlamento y, en última instancia, los ciudadanos, quienes decidan hasta qué punto y con qué medios deben ser financiadas las pérdidas de estas empresas.

Otra propuesta del Tribunal, que de momento no ha tenido efectos prácticos, ha sido la del *reforzamiento del control administrativo de los precios*. Hay sectores en los que el grado de competencia alcanzado no es suficiente para asegurar que las empresas no utilicen su poder de mercado para elevar excesivamente los

precios. La Administración en estos casos debe vigilar los precios que se fijan e, incluso, fijar ella misma unos precios máximos. Esta tarea la desarrolla la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos previo informe de la Junta Superior de Precios, que es además quien supervisa los precios comunicados. Sin embargo, en la mayor parte de los casos, las decisiones sobre control de precios han estado excesivamente fundamentadas en la información y criterios suministrados por las propias empresas reguladas, lo que ha podido sesgar en favor de éstas los criterios de la Junta. Por ello, el Tribunal estima conveniente que la Junta Superior de Precios se vea reforzada como órgano regulador independiente, con un aparato suficiente de auditoría e investigación para poder tomar sus decisiones en materia de precios de manera fundada, buscando primordialmente reforzar la eficiencia de las empresas y favorecer los intereses de los consumidores.

Pese a que en los medios de comunicación se ha anunciado en varias ocasiones que el Ministerio de Economía y Hacienda, de quien depende la Junta Superior de Precios, estaba estudiando la reforma de esta unidad administrativa, lo cierto es que todavía no se ha producido ningún cambio al respecto. Sin embargo, el reforzamiento del órgano regulador de precios resulta conveniente de cara a la liberalización de los sectores clave, puesto que en el período transitorio hacia la competencia es necesario mantener un cierto control y seguimiento de las tarifas que aplican los operadores.

Por último, hay que señalar que tampoco se ha instituido la práctica de someter las nuevas normas a un *test de competencia*. Dicho test consiste en analizar todo proyecto de disposición normativa con rango legal o reglamentario que se envíe al Consejo de Ministros para comprobar si introduce algún tipo de restricción a la competencia. En caso de que así sea, el Ministerio que propone la norma debería justificar su necesidad, demostrando que no hay otra alternativa mejor para alcanzar los objetivos perseguidos. La implantación de este test supondría un claro avance en la política de introducción de competencia, ya que se evitaría que las nuevas normas incluyeran restricciones a la competencia arbitrarias.

En esta línea de aumentar la transparencia de los obstáculos a la competencia y sus efectos, el Tribunal propuso la elaboración de un *Presupuesto de Restricciones a la Competencia*. Las restricciones a la competencia tienen un efecto equivalente al de un impuesto indirecto, ya que obligan a pagar por un bien o servicio un precio mayor del que pagaría en situación de libre competencia. Sin embargo, mientras que el Parlamento aprueba cada año los impuestos y el destino de los recursos que con ellos se recaudan, no existe ningún tipo de control sobre la renta que se detrae a los ciudadanos a través de las restricciones a la competencia. Por ello, sería conveniente que el Parlamento aprobara anualmente un Presupuesto de Restricciones a la Competencia en el que se cuantificaran los ingresos empresariales derivados de las restricciones existentes y el destino de los mismos. Aun cuando el cálculo del coste de algunas de las restricciones no fuera factible, sería bueno elaborar un listado de éstas a fin de tenerlas al menos identificadas. Hacer explícitas las restricciones existentes y más transparente su

coste facilitará que se eliminen aquellas que no tengan justificación y que se busquen las alternativas menos costosas para lograr los objetivos públicos que se pretenden alcanzar mediante la restricción.

El hecho de que nunca se haya formalizado a nivel institucional el examen de las disposiciones legales desde la óptica de la competencia constituye una buena muestra de hasta qué punto tradicionalmente han estado arraigadas en la sociedad española la falta de confianza en el mercado y la cultura intervencionista. Se ve como lógico y normal que un Proyecto de Ley deba ir acompañado de una memoria económica o que, previamente a su aprobación, se debatan aspectos de atribución de competencias a distintas Administraciones, mientras que, en cambio, a muchos les resulta extraña la propuesta de que deba elaborarse una "memoria o test de la competencia" de los nuevos textos legales, o un Presupuesto de Restricciones a la Competencia.

Sin embargo, sería injusto decir que en los últimos años no ha calado en la opinión pública la conveniencia de que los mercados funcionen conforme a las reglas de la libre competencia. Es indudable que desde nuestra adhesión a la Comunidad Europea se viene produciendo un cambio de mentalidad a este respecto y cada vez son más los partidarios de liberalizar la economía española. La mejor prueba de ello es que en la sociedad española se ha abierto el debate sobre la necesidad de liberalizar diversos ámbitos de la economía, cuando hace tan sólo unos años no se planteaban ni siquiera los efectos de las restricciones a la competencia y la intervención no justificada de los poderes públicos.

En la actualidad, en el seno de la sociedad española se discute la conveniencia de que los profesionales ofrezcan sus servicios en régimen de competencia, o que las compañías petroleras mantengan sus privilegios en cuanto a la fijación de márgenes y el establecimiento de barreras a la entrada de competidores. Asimismo, se debate el papel que deben jugar los poderes públicos a la hora de determinar la oferta de suelo urbanizable y se cuestiona la bondad de los monopolios públicos y los efectos perversos que tienen para el consumidor.

Al hacer el balance de los resultados de las políticas de liberalización en los últimos años, es necesario subrayar la enorme importancia que tiene esta generalización del debate sobre la competencia. Este debate hace posible que los individuos cuestionen el funcionamiento de los sectores intervenidos y contemplen los beneficios de la liberalización. Cuando la sociedad percibe que las situaciones de monopolio y las restricciones de la competencia consagran el beneficio de unos pocos a costa de la mayoría, las políticas de liberalización encuentran el necesario respaldo social y, en consecuencia, su aplicación resulta más fácil.

Así pues, el debate sobre la introducción de competencia no sólo es conveniente, sino que resulta necesario para abrir camino a la liberalización de los sectores intervenidos. En este sentido hay que recordar que el principal propósito que persigue el Tribunal de Defensa de la Competencia al elaborar sus informes es precisamente contribuir a este debate.

CAPITULO II: LAS REFORMAS SECTORIALES.

1. Servicios profesionales.

1. En el mes de Junio de 1992 el Tribunal, en cumplimiento del encargo que al efecto había recibido, entregó al Gobierno un "Informe sobre el libre ejercicio de las profesiones" que más adelante se hizo público.

El Informe se centraba en las profesiones colegiadas y su objeto era simplemente formular una "propuesta para adecuar la normativa sobre las profesiones colegiadas al régimen de libre competencia vigente en España".

No se trataba, pues, de cuestionar toda la regulación de los Colegios Profesionales: los aspectos ajenos a la competencia, aclara el Informe, ni siquiera se examinan, aceptándose sin más. Y ello, no tanto porque tal examen hubiera excedido del encargo recibido, como por la política del Tribunal de proponer sólo los cambios imprescindibles para introducir competencia, sin entrar en la consideración de que los Colegios en su configuración actual, esto es, como Corporaciones de Derecho Público dotadas por el Estado de un poder de ordenación de la profesión al que están disciplinariamente sujetos los colegiados, pueden coadyuvar a la mejor prestación de los servicios profesionales. Pero siempre, claro está, que el poder de autoregulación que el Estado les delega se ejerza por los Colegios para la consecución de los fines públicos que justifican la delegación, como son la definición y la defensa del buen hacer profesional, y se observen los límites marcados por el Derecho de la Competencia. Esto es, que dicho poder no se emplee para sustraer a los miembros de la corporación del régimen de libre competencia al que, como operadores económicos, están sometidos, ni para establecer nuevas restricciones de la competencia en perjuicio de los usuarios.

2. La prohibición de ejercer la profesión al margen del Colegio supone la inexistencia de competencia extracolegial. Si los Colegios, además, eliminan la competencia intracolegial están creando un verdadero monopolio, un privilegio frente a los demás oferentes de bienes y servicios al mercado, particularmente hiriente para los oferentes de servicios que, sin estar sujetos al régimen laboral, no han conseguido el otorgamiento del régimen colegial.

Por otra parte, el privilegio siempre resulta lesivo para los usuarios -particulares y empresarios- de los servicios, al verse obligados a pagar precios superiores a los que resultarían del juego del mercado. E, incluso, lo es para los profesionales de más reciente ingreso en la profesión, que no pueden competir ofreciendo precios más bajos, lo que constituye una barrera de entrada. En suma, desde el punto de

vista económico, la colegiación, se decía en el Informe, no debe significar un distinto régimen de prestación al mercado de los servicios colegiados.

Se ha criticado el Informe afirmando que el Tribunal pretendía y proponía la desnaturalización de los Colegios. Conviene insistir en que el Tribunal acepta los Colegios en su caracterización actual, por lo que el Informe no cuestiona los dos elementos que son esenciales para la existencia de las Corporaciones de Derecho Público: la obligatoriedad de la colegiación y el monopolio territorial. Unicamente se advierte, en ambos casos, que los Colegios no deben utilizar la afiliación al Colegio para imponer, con motivo de ella, cargas que agraven injustificadamente el ejercicio profesional; y que no deben utilizar el monopolio territorial para impedir o dificultar el ejercicio, en el propio territorio, de los colegiados en un Colegio de ámbito territorial distinto.

3. Delimitado el objeto del Informe, el Tribunal examinó y valoró las restricciones a la competencia existentes en la práctica profesional, llegando a la conclusión de que unas provenían directamente de la Ley de 1974, otras habían sido impuestas por los Colegios al amparo de su interpretación de la potestad genérica de ordenar la profesión que les atribuye la Ley, y un tercer grupo no gozaban, ni tan siquiera teóricamente, de amparo legal o reglamentario alguno. Frente a las primeras, que son prácticas autorizadas por Ley, nada puede hacer el Tribunal salvo proponer al Gobierno la modificación de la Ley de 1974. No sucede lo mismo en los otros dos casos. En efecto, cuando se trata de prácticas restrictivas de la competencia, que no derivan de la aplicación de una Ley o de un Reglamento que la desarrolla, el Tribunal puede enjuiciarlas sin más en los términos establecidos por la Ley de Defensa de la Competencia. Ahora bien, en los casos en los que se pretenda fundar la legitimidad de la restricción en la potestad genérica de ordenación de la profesión que la Ley atribuye a los Colegios, o en una norma reglamentaria dictada por éstos, habrá que analizar previamente si la cuestión sometida a enjuiciamiento encaja estrictamente dentro de dicho concepto genérico o si la norma colegial goza de amparo legal.

Dado que las más importantes restricciones de la libre competencia se encuentran en la Ley de Colegios Profesionales de 1974, se hace ineludible su modificación.

4. La Ley de 1974 no era una norma excepcional para su tiempo. Dictada por un Estado corporativo e intervencionista, hacía de los Colegios "cauce de representación orgánica" y les delegaba la regulación de la profesión también en su aspecto económico; en vez del Estado serían los Colegios los que fijasen los precios mínimos. Cuando el Estado nacional-sindicalista fue sustituido por un Estado democrático basado en las libertades, la Ley de 1974 quedó desfasada y hubo de ser revisada. Así se hace en 1978, pero limitando las modificaciones que se introducen al aspecto político de la Ley; el aspecto económico ha permanecido intacto. Mientras tanto, los más diversos sectores de la vida económica nacional han ido adaptando su funcionamiento a la economía de mercado en un proceso

de eliminación de intervencionismos administrativos -directos o delegados- que ha dejado reducidos a muy contados casos los precios intervenidos y que ha eliminado todos los casos, probablemente, de precios mínimos fijados por la organización gremial de quienes prestan los servicios.

El proceso de apertura a la competencia recibió un poderoso impulso con la adhesión de España a las Comunidades Europeas. El ingreso en el Mercado Común obligó a los empresarios españoles a competir con los comunitarios al liberalizarse las importaciones. El efecto ha sido menor en los sectores que gozaban de alguna protección adicional, por disposición legal no derogada o por su situación de hecho, como ocurre con los servicios que, por su naturaleza, sólo en muy pequeña medida son susceptibles de importación.

5. Si bien es cierto que la entrada en el mercado de un gran número de nuevos titulados que ha tenido lugar en los últimos tiempos ha forzado la aparición, al margen de la regulación legal, de una cierta competencia en precios, lo que ha llevado a algunos Colegios a hacer simplemente orientativos sus honorarios y a otros a aceptar de hecho el fenómeno no persiguiendo a los infractores, hay que admitir, no obstante, que la presión interna no es suficiente. Sin reforma legal se produce una disociación entre la realidad regulada y la norma que la regula que prima a los incumplidores y perjudica al profesional respetuoso de la Ley.

La Ley de Defensa de la Competencia se aplica directamente a los profesionales. Para obviar la discusión de si éstos son o no empresarios sujetos a las leyes del mercado, la Ley de Defensa de la Competencia emplea, junto al término de empresario, el de operador económico, para comprender a quienes realizan actividades de dación habitual y onerosa de bienes o servicios al mercado, esto es, actividades materialmente empresariales, pero que por alguna razón (por tradición en los profesionales) no atribuyen a quienes las ejercitan el estatuto del empresario. Lo que sucede, como ya se ha indicado con anterioridad, es que entre las conductas que la Ley de 1974 autoriza expresamente y las que aparecen presuntamente amparadas en las normas reguladoras de la profesión, la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia a los Colegios Profesionales y a sus colegiados resulta difícil y controvertida. La reforma de la Ley de 1974 es, pues, necesaria, si se quiere que las profesiones se ejerzan realmente en régimen de libre competencia en beneficio de los consumidores y de la mayoría de los profesionales.

6. Por estas razones, en la propuesta de reforma de la Ley de 1974 que el Tribunal presentó al Gobierno se sometía con carácter general el ejercicio de la potestad de regular la profesión, que siguen detentando los Colegios, a los límites fijados por las leyes postconstitucionales que disciplinan el comportamiento de quienes ofrecen bienes o servicios al mercado y, además, se modificaban algunos preceptos de la Ley de 1974 que consagraban conductas anticompetitivas.

En concreto, después de recordar que las profesiones colegiadas se deben ejercer en régimen de libre competencia y con sujeción a las Leyes de Defensa de la Competencia, Competencia Desleal y General de Publicidad, se decía que los acuerdos de los Colegios observarán también los límites que la Ley de Defensa de la Competencia impone a los acuerdos que afectan a la competencia, sin perjuicio de que los Colegios puedan solicitar la correspondiente dispensa en los términos que la propia Ley de Defensa de la Competencia prevé.

Entre los acuerdos colegiales se hacía una especial referencia a los códigos deontológicos, que se creyó necesaria después de haber examinado las normas que bajo aquella denominación tienen promulgadas la mayoría de los Colegios. Se observa en los sedicentes códigos deontológicos que sus normas, todas ellas jurídicamente obligatorias, son de dos clases. Unas, de contenido propiamente deontológico, en el sentido de que concretan y desarrollan la "lex artis", definiendo el buen hacer profesional; y otras, que regulan los aspectos mercantiles o económicos de la profesión, como la prohibición de cobrar honorarios inferiores a los establecidos. Estas segundas no son normas deontológicas, aunque así se las llame, sino normas de regulación (o eliminación) de la competencia. Los Colegios han de evitar el segundo tipo de normas en todo caso y no deben utilizar el pretexto o la etiqueta de la deontología para excepcionar o limitar la competencia que ha de presidir el ejercicio profesional.

El recurso de los Colegios a las imputaciones de competencia desleal está íntimamente relacionado con los códigos deontológicos como medio de eludir la competencia entre colegiados. Partiendo de que el principio que debe regir el ejercicio profesional es el de la solidaridad gremial y no el de la competencia, los Colegios, o bien prohíben por no deontológicas las conductas competitivas, o bien las consideran como desleales, sancionándolas -los propios Colegios- por esta razón. El resultado a que se llega por los dos caminos es el mismo: atribuir al Colegio la regulación de la competencia intracolegial. El Tribunal proponía que tanto la definición de la deslealtad como la persecución de las conductas desleales se remitieran a la Ley de Competencia Desleal, reconociéndose a los Colegios, exclusivamente, la legitimación para instar ante la jurisdicción civil la persecución de estas conductas. Y la publicidad también se sujetaría, únicamente, a los límites de la Ley General de Publicidad.

7. Sentados los principios anteriores, se proponía, como medida específica, suprimir la norma de la Ley de 1974 que autorizaba a los Colegios a establecer honorarios mínimos. El precio del servicio, primera manifestación del juego de la competencia, ha de quedar a la libre determinación de las partes, con redacción de una nota-encargo o presupuesto. Por excepción, cabría la fijación de precios máximos por el Gobierno previo informe de la Junta Superior de Precios.

Como consecuencia de la libertad de precios se admitía la publicidad tendente a dar a conocer al público los correspondientes a cada colegiado y se suprimía la

exigencia del visado -del contrato o del proyecto profesional- por el Colegio, que hoy existe en algunos casos, exclusivamente en cuanto verse sobre el precio y las condiciones económicas del contrato con el cliente. En ningún momento el Tribunal ha propuesto la supresión del visado entendido como adecuación técnica del servicio prestado.

Asimismo se proponía liberalizar el cobro de los honorarios que algunos Colegios asumen por sí mismos en sustitución obligada del profesional acreedor, con la finalidad de evitar que éste cobre precios más bajos de los fijados por el Colegio. El Colegio debería prestar este servicio sólo cuando el profesional lo solicite.

Por último, las reformas propuestas se completan con otras dos: la colegiación única, que supone que basta con estar colegiado en un Colegio para poder ejercer en todo el territorio del Estado previa comunicación a los otros Colegios en cuyo territorio se pretende ejercer, y la posibilidad de adoptar formas societarias para el ejercicio profesional.

8. Presentado el Informe en el mes junio de 1992, el Gobierno, tomando como punto de partida la propuesta del Tribunal, redactó un "Proyecto de Ley por la que se modifica la Ley 2/1974, de 13 de febrero, reguladora de los colegios profesionales, para adecuar el ejercicio de las profesiones colegiadas a la legislación en materia de competencia". El Proyecto fue publicado en el Boletín Oficial de las Cortes de 27 de noviembre de 1992, pero la disolución anticipada de las Cámaras impidió que llegara a ser discutido y, en su caso, aprobado.

El Proyecto de Ley fue, en general, bien acogido por los usuarios de los servicios profesionales. Los colectivos afectados han aceptado, en algún caso, sus líneas fundamentales: así, el Consejo General de la Abogacía ha aprobado un "Convenio multilateral de habilitación recíproca de letrados ejercientes y residentes en los ilustres Colegios de abogados adheridos" y ha preparado un proyecto de nuevo Estatuto General de la Abogacía Española. En cambio, otros Colegios se han mantenido firmes en la defensa de sus privilegios e incluso los han rescatado del olvido: por ejemplo, el Colegio Oficial de Doctores y Licenciados en Filosofía y Letras y en Ciencias ha aprobado, parece que por primera vez en su historia, unos honorarios mínimos para el ejercicio libre de la profesión.

9. Al decaer el Proyecto del Gobierno, y para facilitar la urgente reforma de uno de los puntos de la regulación colegial básicos para la competencia, como son los honorarios mínimos obligatorios, el Tribunal ha propuesto al Gobierno la adopción de una llamada Ley del Descuento, que permitiría a todos los oferentes de bienes y servicios -no sólo a los profesionales colegiados- que deben observar un precio fijado imperativamente, la práctica de un descuento de hasta el 20 por ciento sobre el precio establecido, descuento que algunas regulaciones

sectoriales -como las colegiales- consideran en la actualidad un ilícito perseguible administrativamente.

Es una propuesta de fácil y sencilla transcripción legislativa -son dos artículos- y acorde con la razón de ser de los precios intervenidos, que es la defensa del consumidor y no la protección de los oferentes. Hoy no resulta admisible que se utilice el poder del Estado para conseguir privilegios corporativos e imponer a los ciudadanos, en beneficio del gremio, un precio alejado del que resultaría del juego del mercado. Los precios intervenidos han de considerarse precios máximos.

El Gobierno ha elaborado un nuevo anteproyecto que actualmente se halla en fase de discusión.

2. Telecomunicaciones.

El 7 de octubre de 1994 el Consejo de Ministros adoptó un Acuerdo que modificó la política de telecomunicaciones. Este Acuerdo supuso un giro de 180 grados respecto a la política seguida anteriormente, fijándose ahora como objetivo la liberalización del sector y la introducción de competencia.

Este cambio podría resumirse en el objetivo de liberalizar la telefonía de voz (el núcleo duro del monopolio) en 1998 en línea con los principales Estados miembros de la Unión Europea, lo que implica, de acuerdo con la Resolución del Consejo de la citada Unión de 22 de diciembre de 1994 (94/C379/03), la simultánea liberalización de las infraestructuras. Ello supone la renuncia a la moratoria de cinco años concedida por la Unión Europea a determinados países miembros que tienen un menor nivel de desarrollo de redes telefónicas, que permite no liberalizar la telefonía de voz hasta el año 2003.

El Acuerdo, coincidente en gran medida con las propuestas del Tribunal, supone un programa de actuaciones hasta 1998, cubriendo el período transitorio hasta la liberalización de la telefonía de voz, que marcará el comienzo de la etapa de competencia generalizada en el sector. A continuación se analizan las principales medidas contenidas en el citado Acuerdo:

1. Creación de un ente regulador autónomo.

Se anuncia la creación, durante el período transitorio, de una entidad arbitral autónoma que vigilará el cumplimiento de los requisitos de competencia y resolverá los conflictos entre operadores de redes y de servicios. La existencia de un regulador independiente es una condición necesaria para el establecimiento de la competencia en el sector, tal como demuestra la experiencia de los países en los que ya se ha producido la liberalización. Conviene resaltar, sin embargo, que todavía no se ha planteado una separación estricta de reguladores y regulados, porque los primeros continúan estando en los órganos de gobierno de las

empresas con derechos exclusivos (Telefónica, Retevisión e Hispasat). Esta cuestión debería resolverse también al establecer el regulador independiente.

2. Telefonía de voz.

La liberalización se producirá al comienzo de 1998. Previamente Telefónica se ha comprometido a que en 1996 este servicio se prestará con una cobertura universal, lo que significa que todos los usuarios de teléfonos de España tendrán la misma estructura de tarifas, incluidas las de conexión.

3. Tarifas.

Se establecerá un cuadro plurianual de fijación de tarifas con vigencia hasta 1998, similar al habitual en los países que han liberalizado las telecomunicaciones, que comprende un incremento global ponderado de los precios de los servicios regulados inferior al del índice de precios al consumo, de tal manera que no suponga un aumento de los ingresos reales de Telefónica, salvo, claro está, por incremento de la demanda. Durante el período transitorio se producirá una realineación de la estructura de las tarifas telefónicas con los costes.

4. Telefonía móvil.

Concesión de la segunda licencia de telefonía móvil digital GSM antes de finalizar el año 1994, lo que ya ha tenido lugar. Supone el primer paso en la introducción de la competencia en las telecomunicaciones. La segunda licencia ha sido concedida al grupo Airtel, el cual podrá ofrecer sus servicios en competencia con Telefónica. Conviene hacer notar la existencia de determinados problemas en relación con las bases del concurso, especialmente el pago de un canon de entrada que puede resultar incompatible con las normas de competencia del Tratado de Roma⁷, aunque parece llevar camino de resolverse mediante la concesión de mayor libertad a Airtel en el uso de las redes y conexiones a larga distancia.

5. Televisión por cable.

El Acuerdo preveía aprobar un Proyecto de Ley en 1994, lo que se ha cumplido. Sin embargo este Proyecto de Ley no se limita a la televisión, sino que permite la utilización del cable para todos los servicios que estén liberalizados. Supone, pues, la primera ruptura del monopolio de las infraestructuras. Conviene resaltar el trato favorable dado a Telefónica por el Proyecto de Ley, permitiendo su entrada en este mercado, cosa que no se hizo ni en el Reino Unido ni en Estados Unidos, en los que los operadores principales quedaron excluidos.

⁷ Reglamento técnico: Real Decreto de 1-VII-94, Pliego de bases: Orden Ministerial de 26-IX-94. Resolución del concurso: Orden Ministerial de 29-XII-94.

6. Televisión de ámbito local por ondas hertzianas.

Igualmente, el Acuerdo había anunciado la presentación de un proyecto de Ley antes de 1995, lo que se ha cumplido.

7. Reventa de capacidad de circuitos alquilados.

El Real Decreto de 3 de febrero de 1995 ha autorizado la citada reventa, lo que ha supuesto el adelanto de un año sobre el calendario anterior. Está prevista, en breve, la aparición del reglamento de líneas alquiladas. Esta medida rebajará, sin duda, el coste de utilización de circuitos para muchas empresas.

Las medidas citadas no agotan el conjunto de actuaciones necesarias para completar las precisas para la apertura del sector a la competencia en 1998. En concreto el Acuerdo no se pronuncia claramente sobre la liberalización de las infraestructuras, pero la citada Decisión del Consejo de la Unión Europea la convierte en simultánea a la liberalización de telefonía de voz, o sea, también para 1998.

En cualquier caso, lo importante del Acuerdo es el cambio hacia una orientación procompetitiva. Dada la aceleración que se está produciendo en la liberalización del sector y las innovaciones que van surgiendo es difícil hacer previsiones sobre otras cuestiones que pueden suceder antes de 1998, tales como el segundo concurso sobre telefonía móvil digital (banda de 1800 Mh), la liberalización de infraestructuras alternativas existentes, -las de Retevisión o la Red Eléctrica Española, por ejemplo- etc.

En resumen, se ha producido un cambio muy positivo y liberalizador en los objetivos de la política de telecomunicaciones, pero no se ha concretado todavía en medidas efectivas salvo en lo que respecta a la reventa de capacidad de circuitos alquilados y a la introducción de un segundo operador en telefonía móvil digital, sistema GSM.

Hay que resaltar el notable incremento de la inversión que previsiblemente se producirá como consecuencia de la entrada en vigor de la futura ley de televisión por cable, lo que se sumará a los efectos derivados de la segunda licencia de telefonía móvil.

3. **Mercado del suelo.**

1. La disponibilidad de suelo constituye un condicionante de primer orden para la actividad económica de un país, no sólo por su influencia sobre el funcionamiento del mercado de un bien esencial como es la vivienda, sino también por su repercusión en la flexibilidad de la oferta de la mayor parte de los sectores económicos. En efecto, dado que prácticamente todas las actividades económicas

necesitan suelo urbano, su carestía eleva los costes de las empresas y dificulta la inversión, deteriorando la competitividad de la economía. Cuando el suelo es escaso y caro actúa como un factor de estrangulamiento de la actividad económica, en general, y del mercado de la vivienda en particular y alimenta las tensiones inflacionistas.

España padece agudamente los efectos derivados de la escasez de suelo pese a que este factor es relativamente abundante en términos físicos. Ello se debe a la existencia de una legislación sobre la materia sumamente intervencionista que restringe artificialmente la oferta de suelo hasta el punto de conseguir que haya una gran falta del mismo y que, por consiguiente, su precio sea muy elevado.

Esta carestía del suelo es origen de graves distorsiones. Al ser el coste del suelo un componente fundamental del precio de la vivienda, los altos precios de suelo se traducen en precios de la vivienda muy elevados, lo que dificulta el acceso a este bien esencial.

El repaso de ciertos datos contribuye a ilustrar el problema. Para el conjunto de España, el precio tipo de una vivienda media es equivalente a 5,3 veces los ingresos familiares medios anuales, es decir, una familia tiene que destinar el equivalente a los ingresos que obtiene en más de cinco años para adquirir una vivienda. En municipios como Madrid, donde la escasez de suelo y el problema de la vivienda son más agudos, el precio tipo de ésta llega a ser ocho veces los ingresos familiares medios anuales. Sin embargo, en países como el Reino Unido esta proporción es de 3,5 veces, 3 en Francia y 1,8 en los Estados Unidos. Solamente Japón y Holanda tienen ratios superiores a España (6,6 y 5,5 veces respectivamente), pero merece la pena resaltar que se trata de países que también tienen una legislación sobre el suelo muy intervencionista y una alta densidad de población.

Se puede comprobar el carácter inflacionista del sector de la vivienda desde una perspectiva temporal. Durante el período 1984-1994 el precio tipo de una vivienda media en Madrid se incrementó de 4,8 millones de pesetas a 15,5 millones de pesetas, lo cual supone que se multiplicó por 3,2. En ese mismo período los salarios se multiplicaron 2,5 veces y los bienes de consumo algo más de 1,7 veces.

La adquisición de una vivienda supone para las familias españolas un esfuerzo económico enorme que les obliga a endeudarse por un largo plazo, en cuantías elevadas y a unos tipos de interés altos, lo cual encarece aun más la adquisición de una vivienda. Por poner un ejemplo, y siguiendo con datos de la Comunidad Autónoma de Madrid, en 1994 las familias madrileñas que adquirieron una vivienda destinaron como media un 48 por ciento de su renta mensual a pagar créditos hipotecarios, casi la mitad de sus ingresos. Es evidente que la compra de la vivienda condiciona seriamente la capacidad adquisitiva de los españoles y sus decisiones de gasto y ahorro. Por otra parte, el encarecimiento de un bien básico

como es la vivienda alienta las reivindicaciones salariales de los trabajadores, lo que contribuye a intensificar las tensiones inflacionistas.

Precisamente la dificultad del acceso a este bien esencial induce a las Administraciones Públicas a realizar políticas de ayuda a la adquisición de este bien: políticas que absorben un elevado volumen de fondos contribuyendo al incremento del déficit público y al endeudamiento de las Administraciones. Resulta paradójico que sea la regulación administrativa una de las principales causas del encarecimiento de la vivienda, y que luego se diseñen políticas de ayuda a la adquisición de ésta para determinados colectivos, con incidencia en el gasto público. Dentro de estas políticas de ayuda a la adquisición de la vivienda, el sistema de viviendas de protección oficial es especialmente incoherente porque incentiva a los individuos a declarar menos ingresos de los reales con el fin de obtener una vivienda protegida. De hecho, resulta significativo que en muchos casos con los ingresos declarados sea muy difícil poder afrontar el pago de una vivienda de protección oficial a los precios tasados. Es, por tanto, un sistema que estimula el fraude y favorece a los defraudadores.

Por otra parte, la escasez de suelo afecta a la calidad de vida de los ciudadanos al condicionar la configuración urbanística de las ciudades, donde la falta de espacio propicia que la densidad de población sea mayor, que sea menor el tamaño de las viviendas, que haya menos espacios libres, que el tráfico sea más difícil, etc.

Los efectos derivados del carácter restrictivo e intervencionista de la normativa urbanística no se limitan al ámbito del mercado de la vivienda. Dado que la mayor parte de las actividades productivas se desarrollan en algún espacio físico, el precio del suelo constituye un coste de las mismas. Además, la legislación impone numerosas trabas burocráticas para la utilización del suelo, que tienen un coste no desdeñable en términos de tiempo, gastos de gestión, litigios, incertidumbre... Todo ello deteriora la rentabilidad de las actividades económicas, afecta negativamente a su competitividad y tienen claras repercusiones inflacionistas. Esto afecta especialmente al establecimiento de estructuras comerciales, sobre todo a aquellas que requieren amplios espacios y deben cumplir determinadas exigencias técnicas, como ocurre con las estaciones de servicio o las grandes superficies.

2. Ante el alcance y la magnitud de todos estos problemas derivados de la escasez y carestía de suelo resulta incomprensible que, sin embargo, España sea un país que tiene urbanizado apenas un 4 por ciento de su territorio. Si falta suelo, ¿por qué no se utiliza el 96 por ciento restante?

Podría decirse que el problema no es de escasez natural sino de escasez administrativa. La legislación española concede a la autoridad urbanística un papel planificador de manera que es esta autoridad quien decide a través de los planes cuánto suelo hace falta, qué uso debe dársele y cuándo y cómo debe

urbanizarse, de manera sumamente restrictiva y precisa. Se está en presencia de un caso de hiperregulación administrativa que minimiza el papel de las fuerzas del mercado.

El hecho que un factor básico de producción como es el suelo sea administrado conforme a los criterios de la autoridad en una economía de mercado es totalmente contradictorio y sólo puede ser fuente de problemas. En el caso español la autoridad urbanística ha pretendido planificar con demasiado celo poniendo en el mercado el suelo que se consideraba necesario y determinando detalladamente el uso que podía dársele. Esta intervención, que teóricamente trata de introducir racionalidad, lo único que ha conseguido es dar rienda suelta a la arbitrariedad del planificador, segmentar el mercado del suelo y generar escasez. Evidentemente, la actitud de los agentes económicos en un contexto de escasez es, racionalmente, la obtención de ganancias especulativas. Los propios Ayuntamientos, que son juez y parte en el proceso urbanístico, no han escapado a esta lógica económica. De hecho, a nadie se le escapa que el problema del suelo está íntimamente ligado al sistema de financiación de los Municipios, hasta tal punto que el emprender una reforma liberalizadora de la legislación sobre el suelo requiere replantearse el modelo de financiación de los Ayuntamientos, tema que no ha sido tratado por la Comisión de Expertos.

Esta filosofía de sustitución del mercado por el planificador, que se encuentra en la Ley del Suelo de 1956 y que no se ha visto alterada en las posteriores reformas de 1975 y 1990, llega mucho más allá en la legislación valenciana, recientemente aprobada. Aquí se prevé que los mecanismos de asignación de recursos por el mercado sean sustituidos por concursos públicos, en los que, con previa eliminación autoritaria de la propiedad, se adjudique ésta a empresas concertadas con la Administración que sean quienes se ocupen bajo determinadas condiciones del proceso urbanizador. En otras palabras, se crea un oligopolio controlado, un mercado con más componentes restrictivos que los existentes en la situación anterior y más sometido a la voluntad administrativa. Este tipo de mecanismo atenta contra la propiedad y contra la libertad de empresa, concede un mayor control de la oferta de suelo al Ayuntamiento, amenaza con provocar una mayor segmentación del mercado y tiene el riesgo de que las normas de cada concurso puedan estar diseñadas para cada operador "ad hoc".

En definitiva la concepción de planificación a ultranza que impregna la legislación urbanística española ha llevado a un exceso de intervencionismo administrativo y a la burocratización del proceso urbanizador, lo que ha provocado una falta de suelo disponible, una elevada incertidumbre en los procesos urbanísticos y, ha sido la causa del aprovechamiento irracional del suelo.

Es innegable que la autoridad urbanística debe fijar unas reglas generales que protejan los intereses públicos en materia de urbanismo, dotación de infraestructuras y medio ambiente. El mercado del suelo presenta numerosos "fallos del mercado" -externalidades, bienes públicos,...- que precisan de la planificación para su corrección. Existen intereses públicos que es imprescindible

salvaguardar. Pero, una vez asegurados estos intereses públicos, la decisión sobre cómo y cuándo utilizar el espacio debiera corresponder al propietario del suelo. La filosofía de la actuación administrativa, en vez de partir de la base de que sólo está permitido aquello que los poderes públicos autoricen, debe partir de unas reglas de juego generales que todos han de respetar, y dejar que la oferta y la demanda actúen libremente.

3. Al tratar el tema del suelo en su anterior Informe⁸, el Tribunal propuso la creación de una Comisión de Expertos que analizara el problema del suelo y presentara sus conclusiones al respecto, cosa que se ha llevado a cabo.

Esta Comisión, dependiente del Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente, elaboró sus trabajos a lo largo de 1994 y elevó sus conclusiones al Gobierno a finales de ese mismo año.

La labor de la Comisión de Expertos debe valorarse positivamente, ya que ha ofrecido dos elementos clave que enriquecen el panorama del que inicialmente se partía en el tema del suelo.

De un lado, gracias a la Comisión el tema de la liberalización de la oferta del suelo ha estado en el centro de los debates públicos que se ha producido en los más diversos ámbitos: desde el Parlamento o el Gobierno, hasta Universidades, pasando por la prensa y otros medios de comunicación. Se ha conseguido no sólo abrir el debate, sino plantearlo en términos diferentes a como se venía haciendo y sacarlo de los foros donde tradicionalmente venía siendo tratado por los técnicos interesados profesionalmente en los problemas de suelo y urbanismo. Y, en esta línea, hay que recordar que numerosos economistas han comenzado a realizar investigaciones encaminadas a analizar las causas del elevado precio de la vivienda y del por qué de la situación de las ciudades y del urbanismo en general. Por tanto, un primer activo que hay que incorporar a la creación de la Comisión de Expertos y a su propia ejecutoria es el haber mantenido el debate abierto y constituirse en el centro de gravedad de dicha discusión, planteándola en términos novedosos.

De otro lado, el debate ha resultado muy enriquecedor dentro de la propia Comisión, ya que ha contado con diferentes puntos de vista. Pese a que al constituirse la Comisión no se persiguió precisamente que su composición recogiera suficientemente la pluralidad de planteamientos existentes sobre el tema, en la Comisión ha surgido junto a la opinión mayoritaria, otra opinión minoritaria muy interesante. El debate sigue, pues, abierto, lo cual es lógico por varias razones. En primer lugar, por cuanto el propio tema dista mucho de estar aclarado; más bien se encuentra en estos momentos en fase de apertura de la discusión, tras muchos años de alabanza a una legislación pretendidamente perfecta y prácticamente imposible de cumplir y cuyos objetivos distan de ser

⁸ Vid. "Remedios Políticos.." (Nota 2, pag.i.)

aceptables socialmente. En segundo lugar, por cuanto las razones económicas para el análisis del texto legal apenas se habían hecho valer antes de que la propia Comisión de Expertos avanzara ese enfoque. Finalmente, porque existen corrientes metodológicas contrapuestas. Así, el clásico problema de si es el suelo el que determina el precio de la vivienda o si sucede justo lo contrario o, también, si las actuaciones a corto plazo son o deben ser las mismas que las actuaciones a largo plazo. Asimismo existen discrepancias según se parta de una postura propia de la cultura urbanística tradicional o de la nueva cultura urbanística de la libertad de la oferta de suelo.

Sucede, en efecto, que parte de la Comisión estima que los problemas actuales del suelo son, con carácter prácticamente exclusivo, problemas de gestión. No ponen en cuestión el marco legal existente, sino la ejecución e implantación del mismo. Es más, no sólo no cuestionan este marco legal vigente sino que se han mostrado partidarios de intensificar la planificación administrativa en la línea apuntada por la Ley valenciana.

No obstante, otra parte significativa de la misma Comisión considera que, además de existir un problema de gestión, existe un problema de normativa. En realidad, no es exagerado sugerir que el problema de gestión forma un núcleo indisoluble con la actual normativa. Es decir, en medida no desdeñable, el problema de gestión es consecuencia directa de la complejidad, falta de claridad e intervencionismo a ultranza que constituye el núcleo del mismo de la vigente legislación del suelo y de su propia filosofía.

En efecto, el voto del grupo discrepante de la mayoría, que a juicio del Tribunal debe tomarse muy en consideración, pretende, fundamentalmente, que se permita al mercado funcionar. Naturalmente, se habla de un mercado con reglas que aseguren que se cumplen los objetivos públicos fundamentales, muy especialmente los referidos a medio ambiente, patrimonio artístico y cultural y acceso a la vivienda, que hoy constituyen un límite indiscutible a cualquier actuación, pública o privada, sobre el espacio. Pero marcados tales objetivos públicos y recuperando para las Administraciones Públicas su verdadero papel de limitarse a establecer las reglas del juego y hacerlas cumplir, debe dejarse al mercado que funcione, porque precisamente será mediante el mercado como mejor se logren tales objetivos. Es necesario liberalizar la regulación sobre el suelo en la línea apuntada por la parte minoritaria de la Comisión de Expertos para así poner fin a la restricción de su oferta, a la especulación sobre el mismo, a la carestía de la vivienda y a las arbitrariedades administrativas.

4. Sin embargo, no parece ser ésta la alternativa por la que se decanta el Gobierno a la vista de las últimas medidas adoptadas.

El 13 de enero de 1995 el Consejo de Ministros aprobó un documento titulado "Reformas legislativas para atajar el problema de la escasez de suelo", que había sido elaborado por el Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente

tomando como base las recomendaciones de la parte mayoritaria de la Comisión de Expertos sobre Urbanismo.

El mencionado documento tiene como objetivo trazar las líneas generales de actuación para solventar el problema del suelo, partiendo de la base de que lo que escasea es el suelo urbanizado y que la cantidad de suelo urbanizable disponible actualmente en España es más que suficiente para atender a la demanda de vivienda prevista para los próximos quince años. Por ello, las actuaciones que se plantean pretenden favorecer el proceso de transformación del suelo urbanizable en suelo urbanizado. Estas actuaciones son de tres tipos:

-Medidas de acción positiva, que consisten, fundamentalmente, en fomentar con financiación pública la oferta de vivienda. Dentro de este grupo entrarían: el Plan del Suelo y Vivienda 1996-1999; el Programa Estratégico de Suelo, que busca potenciar la construcción de viviendas mediante la acción concertada de la empresa estatal SEPES, las Comunidades Autónomas y los Ayuntamientos; favorecer la rehabilitación urbana y potenciar las ciudades intermedias y las regiones metropolitanas.

-Medidas legislativas, dentro de las competencias del Estado, que tratan de favorecer la acción urbanizadora, modificando ciertos aspectos de la Ley del Suelo, la Ley de Bases de Régimen Local y la legislación fiscal. En concreto se pretende: introducir mejoras en el procedimiento expropiatorio; simplificar los trámites de aprobación del planeamiento en los Municipios; garantizar la existencia de solares suficientes para la vivienda protegida; modificar la fiscalidad para incentivar el proceso de urbanización; y, por último, fomentar la acción urbanizadora privada, que no es otra cosa que introducir en la legislación estatal reglas similares a las existentes en la normativa valenciana, consistentes en que "los promotores y constructores que deseen urbanizar y edificar sustituyan a los propietarios de suelo que no puedan o no deseen hacerlo (...) tras el consiguiente trámite de concurrencia pública (subasta)".

-Pacto sobre el urbanismo en España. El Gobierno propondrá a las Comunidades Autónomas y a los Ayuntamientos un pacto sobre aspectos normativos y de gestión del suelo y del urbanismo con el fin de: solventar conflictos competenciales; incrementar la oferta de solares para vivienda pública y actividades estratégicas; simplificar el planeamiento urbanístico, mejorar su ejecución y agilizar su tramitación, así como buscar una mayor eficacia y agilidad en la gestión urbanística municipal.

La aprobación de estas líneas generales de actuación resulta, como poco, preocupante. Supone que el Gobierno ha optado por la vía de restar capacidad de maniobra al mercado y dejar que sea la Administración quien determine la oferta de suelo y decida cómo y cuándo urbanizarlo. La mejor muestra de este aumento del grado de intervención y de distorsión del mercado la constituye la sustitución por concurso de los propietarios por promotores, mecanismo que, además de

representar un ataque frontal a la propiedad privada, refuerza el control de las Administraciones locales sobre la oferta.

Dentro de este esquema de sustitución del mercado por la planificación, la intensificación de la intervención administrativa se complementa con la intención de incrementar el peso de la oferta pública de viviendas, iniciativa ésta que, además de tener un coste elevadísimo para los presupuestos públicos, es cuestionable desde el punto de vista de su eficacia.

En definitiva, se trata de un enfoque inadecuado. No se identifica correctamente la raíz del problema del suelo, que es el exceso de intervención administrativa y, por lo tanto, no se aplican las soluciones necesarias. Buena prueba de ello es que se considera que la clave es aumentar el suelo urbanizado y que las medidas que con este fin se proponen buscan favorecer el proceso urbanizador, lo cual equivale a tratar de corregir los efectos del problema sin corregir sus causas. Si se quiere acabar con la carestía del suelo y de la vivienda es necesario abandonar el espíritu intervencionista y planificador con que la Administración regula y actúa en la actualidad y optar por la liberalización de la legislación del suelo, recurriendo a unas reglas objetivas y transparentes que conjuguen el respeto a los objetivos públicos con el funcionamiento eficiente del mercado.

4. Sector transporte.

Quizá haya sido en este sector donde las propuestas de liberalización han obtenido mejores resultados, destacando a este respecto, sin lugar a dudas, el subsector del transporte aéreo.

4.1. Transporte aéreo.

En materia de transporte aéreo la liberalización puede calificarse de espectacular, no sólo por la amplitud de los servicios que se han beneficiado de la introducción de competencia (servicios aéreos regulares, vuelos charter, servicios de asistencia en tierra a las aeronaves, pasajeros y mercancías y actividades conexas), sino también por la efectividad de los resultados alcanzados, especialmente por lo que se refiere al descenso de los precios, la aparición de nuevas rutas y la multiplicación de las posibilidades de elección de los usuarios.

Hay que destacar, como nota característica del proceso de liberalización de este sector, el impulso y el ritmo marcados por la Unión Europea que, ya desde mediados del año 1992, al aprobar el llamado "tercer paquete" relativo a la política de transporte aéreo, había apostado decididamente por la apertura a la libre competencia de este mercado. Esta política comunitaria que, por otra parte, deja un escaso margen de actuación a los Gobiernos de los Estados miembros, ha

motivado también que la liberalización se haya realizado de un modo muy rápido, al no haber sido necesarias importantes modificaciones legislativas.

Pasando a analizar los resultados concretos que se han producido en este subsector del transporte señalaremos:

1. Liberalización del acceso a los servicios regulares de pasajeros en el territorio nacional.

El acceso al mercado nacional de servicios aéreos regulares de pasajeros, que anteriormente estaba restringido a las compañías del grupo Iberia, ha quedado completamente liberalizado para todas las compañías aéreas con licencia española. Esto significa que cualquier compañía española ya existente o de nueva creación puede obtener autorización para establecer líneas regulares en nuestro país.

Como consecuencia de lo anterior, a lo largo del año 1994 se han establecido en nuestro país 35 nuevas líneas regulares domésticas (tanto peninsulares como de enlace con las islas Baleares y Canarias), 21 de las cuales son nuevos enlaces, que comprenden 247 nuevas frecuencias semanales, lo que representa un aumento de la oferta cifrado en un 25,6 por ciento (11 millones de plazas). Dichas líneas han sido establecidas fundamentalmente por las compañías Air Europa y Spanair, que anteriormente operaban exclusivamente en el sector de los servicios no regulares. Ambas compañías han pasado también en ese año a ofrecer vuelos en la ruta del puente aéreo Madrid-Barcelona-Madrid. Asimismo hay que destacar también la aparición de nuevos operadores en las llamadas rutas regionales.

Características singulares de este proceso de liberalización han sido, de un lado, la espectacular caída de los precios de los pasajes aéreos, que se han reducido por término medio en más de un 50 por ciento; y, de otro, el que la entrada de los nuevos operadores se ha efectuado sin reducir significativamente la cuota de mercado del Grupo Iberia, que actuaba en régimen de monopolio. Es decir, como consecuencia de la liberalización se ha producido una reducción de las tarifas y se ha generado una nueva demanda de usuarios que, con anterioridad, o bien no viajaban, o utilizaban otros medios de transporte.

Asimismo, para las compañías aéreas con licencia comunitaria ha quedado liberalizado también el cabotaje consecutivo, esto es, la posibilidad de transportar viajeros entre distintos aeropuertos nacionales en los que se hace escala dentro de una ruta internacional. Así pues, las empresas de navegación aérea de la Unión Europea podrán tener acceso al mercado nacional a través del sistema de cabotaje anteriormente citado, si bien con los siguientes límites: utilización de un máximo del 50 por ciento de la capacidad en la ruta y que la operación sea prolongación de un vuelo internacional. Estas condiciones podrán ser, sin embargo, flexibilizadas cuando se trate de rutas no servidas por otro operador.

Dentro de esta rúbrica puede citarse, como primera experiencia, la entrada de la compañía SAS en la línea del puente aéreo Madrid-Barcelona-Madrid dentro de la ruta Madrid-Copenhague.

Finalmente, hay que señalar que las tarifas aéreas están completamente liberalizadas, aunque quedan sujetas a un procedimiento de notificación a la Administración.

2. Introducción de un segundo operador de "handling" en los aeropuertos de primera categoría.

El servicio de asistencia en tierra a las aeronaves, pasajeros y mercancías ("handling") era prestado exclusivamente por la empresa Iberia en todos los aeropuertos nacionales. El Tribunal de Defensa de la Competencia propuso al Gobierno, en su Informe sobre la liberalización de los servicios, la introducción de un segundo operador de "handling" en los cuatro aeropuertos de primera categoría. El Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente (MOPTMA), teniendo en cuenta que las tarifas que se perciben por la prestación de este servicio son muy elevadas en comparación con las existentes en otros aeropuertos extranjeros y que este hecho encarece extraordinariamente los costes de las operaciones aeroportuarias en nuestro país, acogió favorablemente la propuesta y ha previsto dar entrada en este mercado a un segundo operador en los dieciocho aeropuertos que tienen un tráfico de más de un millón de pasajeros al año e, incluso, permitir la entrada de más operadores en aquellos aeropuertos donde resulte factible. Según los responsables ministeriales, se espera que el proceso de implantación del segundo operador en los citados aeropuertos concluya en el primer cuatrimestre de 1997.

Tras la celebración de los correspondientes concursos, el segundo operador está ya funcionando en el aeropuerto de Las Palmas de Gran Canaria desde abril de 1994 y en los dos aeropuertos de Tenerife desde noviembre de ese mismo año.

3. Liberalización de los servicios de recepción y atención al pasajero en todos los aeropuertos nacionales.

En relación con las propuestas de liberalización de los servicios de recepción y atención al pasajero se ha producido la citada liberalización en la mayoría de los aeropuertos, aunque subsisten algunas dificultades debidas a condicionantes técnicos como, por ejemplo, la falta de espacio en muchos de los aeropuertos.

4. Autorización del llamado "autohandling".

Dentro del proceso de liberalización de los servicios de "handling", al que ya se ha aludido anteriormente, se contempla también la posibilidad de que las compañías aéreas que lo deseen puedan prestarse a sí mismas estos servicios ("autohandling"), sin necesidad de tener que recurrir a los operadores establecidos en el aeropuerto. Esta medida ha sido ya puesta en marcha para las compañías aéreas nacionales y en estos momentos se están estudiando las posibilidades de su generalización.

5. Establecimiento de un sistema objetivo de adjudicación de "slots".

La propuesta de establecimiento de un sistema objetivo de adjudicación de los horarios de salida y llegada de los vuelos ("slots") que permita, con cierta periodicidad, el acceso a los mismos por parte de los nuevos operadores, ha sido también favorablemente acogida por el MOPTMA, el cual ha dispuesto que los Comités de Coordinación de los aeropuertos pasen a estar bajo el control directo de AENA de modo que Iberia no tenga en ellos ningún papel determinante. Asimismo se ha perfeccionado la objetividad del sistema de adjudicación de "slots" mediante la aplicación de los criterios del Reglamento CEE 95/1993.

6. Libertad de acceso a los sistemas informáticos de reservas.

El libre acceso a los sistemas informáticos de reservas, propuesto por el Tribunal como elemento complementario y fundamental para la efectividad de la existencia de competencia en el sector, se encuentra en estos momentos pendiente de la aplicación en nuestro país del Reglamento CEE 3089/1993.

7. Liberalización de las ventas de plazas "seat only" en los servicios aéreos no regulares hasta un determinado porcentaje.

Finalmente, la propuesta de que se haga efectiva la liberalización de las ventas de plazas que comprenden solamente el transporte aéreo ("seat only") en los servicios no regulares⁹, hasta un determinado porcentaje, que establecía la Orden Ministerial de 29 de diciembre de 1992, ha perdido gran parte de su significado al haberse producido la apertura del mercado de las líneas regulares de pasajeros.

4.2. Transporte terrestre por carretera.

La Ley de Ordenación del Transporte Terrestre de 1987 estableció, como nuevo marco de actuación en el que había de desarrollarse la actividad de transporte, la

⁹ Por lo general las compañías que se dedican al charter aéreo venden paquetes turísticos que comprenden no sólo el pasaje aéreo sino también el alojamiento y la manutención o las excursiones.

economía de mercado. De conformidad con dicho postulado, una de las principales líneas de actuación de la Administración Sectorial ha sido el fomento de la competencia, si bien dentro de los estrechos límites que marca la planificación del sistema de transportes.

Los resultados concretos que se han producido en este sector en relación con las propuestas formuladas por este Tribunal son los siguientes:

1. Mantenimiento del sistema de concesión con introducción de una mayor competencia en la entrada en los concursos de adjudicación de nuevos servicios de transporte interurbano de viajeros por carretera de línea regular.

La constatación de la eficiencia de la red de transporte interurbano de viajeros por carretera existente en nuestro país, unida al hecho de que el modelo imperante en Europa es el de concesión administrativa y de que las experiencias de liberalización a ultranza del sector, emprendidas por algunos países, han resultado, en gran medida, fallidas, aconsejaron el mantenimiento del sistema concesional en esta modalidad de transporte, en el cual la competencia se desplaza al momento de presentarse a los concursos.

Una vez establecida esa opción, se insistía en que la línea de actuación a seguir debía ser el favorecer la competencia de ofertas. Así se está haciendo, por lo general, en los concursos para el otorgamiento de nuevas concesiones.

Con respecto a este tema hay que señalar, sin embargo, que la excesiva puntuación otorgada por la Administración al factor precio en los baremos para la adjudicación de los citados concursos ha motivado la presentación de ofertas temerarias y el consiguiente otorgamiento de concesiones a determinadas propuestas cuya viabilidad económica es, cuando menos, dudosa.

Asimismo hay que destacar los escasos avances que se han producido en la sustitución del sistema concesional de líneas (punto a punto) por un sistema de concesión por zonas, especialmente en aquellos casos de transportes comarcales o de líneas que se solapan o son una mera prolongación de las ya existentes. En efecto, en este campo no se conocen actuaciones de la Administración Central y tan sólo pueden citarse algunos ejemplos de concesiones zonales para transporte comarcal, que han sido establecidas por la Generalidad de Cataluña y por la Diputación de Guipúzcoa.

2. Establecimiento de un límite temporal máximo de diez años para las nuevas concesiones de transportes interurbanos de viajeros por carretera de línea regular.

Respetando el sistema concesional, y en línea con lo indicado anteriormente, se proponía reducir el plazo de otorgamiento de las concesiones para permitir, de un lado, una mayor movilidad del sistema y para incidir, de otro, en el

comportamiento del concesionario que, ante la amenaza potencial de la entrada de un nuevo operador, trataría de ser más eficiente.

Aunque actualmente el límite legal está establecido en veinte años, sin embargo se están aplicando, con carácter general, unos plazos concesionales de doce años. A este respecto, sería conveniente proseguir una política de reducción de plazos.

3. Posibilidad de modificar las condiciones de las concesiones relativas a los transportes regulares interurbanos de viajeros por carretera.

La propuesta tenía por objeto, fundamentalmente, el flexibilizar la rigidez del sistema concesional. Esta posibilidad se viene aplicando habitualmente aunque, en la práctica, resulta a menudo difícil distinguir entre condiciones esenciales y accidentales del concurso. Así por ejemplo, se consideran condiciones esenciales la tarifa y el número de expediciones. En cambio resulta discutible el carácter de la ruta con respecto al tema de las hijuelas o prolongaciones. La relevancia de la distinción estriba en que con respecto a las condiciones esenciales no resulta posible que la Administración autorice ninguna modificación posterior (*ius variandi*) salvo, claro está, la revisión periódica de las tarifas; de modo que, si devienen de imposible cumplimiento, no habrá más solución que rescindir la concesión. No sucede lo mismo con las condiciones accidentales que podrán ser alteradas por el concesionario, previa autorización.

4. Admisión del cabotaje consecutivo¹⁰ en el transporte interurbano de viajeros por carretera.

Esta propuesta que, en cierto modo, constituye una alternativa al sistema de concesión zonal, tenía por objeto dotar de una mayor racionalidad y eficiencia al transporte urbano de cercanías y al transporte interurbano de viajeros por carretera, pero no ha sido tomada en consideración por la Administración Sectorial, salvo en los casos de transporte urbano en régimen de consorcio en las grandes áreas metropolitanas.

5. Apertura, con carácter experimental, de un corredor o línea regular de transporte interurbano de viajeros por carretera a varios operadores.

La propuesta pretendía la experimentación de un nuevo modelo de explotación de las líneas regulares de transporte, consistente en la existencia de dos operadores en régimen de competencia. Tal podría ser, por ejemplo, el caso de la línea regular Madrid-Barcelona-Madrid, que presenta las características de tener un importante volumen de tráfico de pasajeros, beneficiarse de la utilización de una autovía/autopista y ser explotada por la empresa pública Enatcar. Además la experiencia serviría para contrastar los costes de explotación de los operadores en competencia con los del resto de los concesionarios en régimen de exclusiva.

¹⁰ Se denomina cabotaje consecutivo al hecho de poder tomar viajeros en puntos intermedios de la línea concedida (Así, por ejemplo, en Aranda de Duero en la línea Madrid-Burgos).

En este punto, sin embargo, no se ha producido ningún avance significativo.

6. Liberalización progresiva de las tarifas de transporte de mercancías por carretera.

Actualmente se encuentran liberalizadas las tarifas de transporte público por cuenta ajena, que se realiza en vehículos ligeros, vehículos especiales (cisternas, mudanzas, plataformas para automóviles, etc.) o en vehículos pesados cuando transportan carga fraccionada o su ámbito de actuación es local.

Solamente existen tarifas obligatorias para el transporte por cuenta ajena realizado, en régimen de carga completa, en vehículos de más de 20 Tm. y para recorridos superiores a 200 Km. No obstante, los aspectos negativos y de inviabilidad de una regulación en un contexto económico general de libertad de precios (gasóleo, repuestos, talleres de reparación, etc.), así como el hecho del incumplimiento generalizado de las citadas tarifas, ha llevado a la Administración a emprender un proceso progresivo de liberalización que culminará en el año 1998.

7. Supresión de los documentos administrativos obligatorios para el transporte de mercancías por carretera.

La exigencia de la "Declaración Administrativa de Portes" se ha suprimido ya de hecho y en estos momentos se ha iniciado el procedimiento para lograr la correspondiente modificación legislativa.

8. Supresión del sistema de contingentes en los transportes discrecionales de viajeros y de mercancías por carretera.

Actualmente sólo quedan sometidos a una contingentación¹¹ de la oferta el transporte discrecional de viajeros de ámbito nacional y el transporte público de mercancías por cuenta ajena de ámbito nacional, realizado en vehículos pesados.

A este respecto hay que señalar también que se ha fijado como horizonte temporal para concluir la reconversión del sector y suprimir el actual sistema de contingentación la fecha del 1 de enero de 1998.

9. Refuerzo de la inspección en los transportes de viajeros y mercancías por carretera.

En estos momentos es uno de los planes prioritarios de actuación de la Dirección General del Transporte Terrestre. Dichos planes se orientan, de un lado, hacia la igualación de las condiciones de competencia y comportan, en consecuencia, la exigencia por parte de las Administraciones Públicas del cumplimiento por los

¹¹ Cuota máxima de vehículos que pueden destinarse al transporte que se determina por la Administración.

empresarios de las obligaciones sociales y fiscales y, de otro, hacia la formación de un grupo de vigilancia, en colaboración con la Guardia Civil de Tráfico, que amplíe las posibilidades de inspección y control de los vehículos en ruta, para evitar la "piratería" y la competencia desleal.

El cuadro general vigente en estos momentos en el subsector de los transportes terrestres por carretera es el siguiente:

- Transporte interurbano de viajeros de línea regular: Se explota en régimen de concesión administrativa.
- Transporte discrecional de viajeros:
 - De carácter local: Está completamente liberalizado.
 - De ámbito regional o nacional: Está sometido a contingentación en cuanto a la oferta. En esta modalidad, las tarifas, que tenían carácter obligatorio, han pasado a ser consideradas tarifas de referencia.
- Transporte de mercancías:
 - Por cuenta propia: Está completamente liberalizado.
 - Por cuenta ajena y de carácter público:
 - *En vehículos ligeros: Está liberalizado.
 - *En vehículos pesados: Existe una total liberalización cuando dicho transporte es de ámbito local. En cambio, si se trata de un transporte nacional, está sometido a contingentación en cuanto a la oferta. Además, el transporte por cuenta ajena realizado, en régimen de carga completa, con vehículos de más de 20 Tm. y para distancias superiores a los 200 Km., está sometido a tarifas obligatorias.
- Los transportes especiales están liberalizados.

4.3. Transporte ferroviario.

Esta modalidad de transporte ha sufrido una profunda modificación como consecuencia de la aplicación en España de las Directivas Comunitarias y la aprobación del nuevo Estatuto de RENFE.

En cuanto a los progresos que se han producido en la liberalización de este sector diremos:

1. Separación de la gestión de las infraestructuras ferroviarias y los tráficos.

Esta separación, que viene impuesta por la Directiva CEE 440/1991, se ha realizado ya desde un punto de vista contable.

En el nuevo Estatuto de RENFE y en el Contrato-Programa con el Estado para los años 1994-1998, recientemente suscrito, se contempla esta separación, estableciéndose además que la financiación de las infraestructuras se realizará en

lo sucesivo a través de los Presupuestos Generales del Estado, mientras que la gestión de los tráficos, que aparecen estructurados en diversas unidades de negocio, se realizará de manera que las respectivas tarifas cubran los costes de los servicios. Esta cobertura se irá produciendo de manera escalonada en los próximos años hasta lograr el equilibrio total en el año 1998 por lo que se refiere al transporte de mercancías y en el año 2000 en cuanto al transporte de viajeros de largo recorrido. Los transportes de viajeros de carácter regional o de cercanías continuarán siendo subvencionados.

Los precios de los transportes ferroviarios de mercancías y de viajeros de largo recorrido han pasado al régimen de precios comunicados.

2. Liberalización del acceso a la infraestructura (liberalización de los tráficos).

Está ya prevista en el nuevo Estatuto de RENFE. Falta, sin embargo, establecer las condiciones y la tasa de utilización de la red por parte de los operadores privados para que la liberalización se haga realidad.

3. Concesión a un operador privado de un corredor de transporte ferroviario de largo recorrido.

Esta medida no ha encontrado una acogida favorable por parte del MOPTMA.

4. Concesión a un operador privado de una línea de cercanías de transporte de viajeros.

Esta medida, al igual que la anterior, no ha encontrado una acogida favorable en la Administración sectorial por las dificultades que supone la integración de tráficos de distintas características. No obstante, la citada Administración se ha planteado la posibilidad de otorgar, a título experimental, a un operador privado la gestión de determinadas líneas de ferrocarril de vía estrecha que presentan como característica singular su aislamiento del resto de la red.

5. Liberalización de la tracción ferroviaria.

También se encuentra prevista en el Estatuto de RENFE, aunque las dificultades derivadas de los excedentes del personal de conducción de locomotoras han movido a la Administración a dilatar su puesta en práctica.

4.4. Transporte marítimo.

En materia de transporte marítimo, la promulgación en el año 1992 de la Ley de Puertos y de la Marina Mercante no ha supuesto un mayor grado de liberalización del sector. Una vez más, ha sido el impulso de la normativa comunitaria el que ha propiciado la liberalización del sector.

En cuanto a los resultados alcanzados en este proceso pueden señalarse:

1. Liberalización del cabotaje marítimo nacional de línea regular.

El cabotaje marítimo se encuentra totalmente liberalizado para las empresas navieras de nacionalidad española, aunque el establecimiento de nuevas líneas queda sometido a autorización administrativa. Está prevista la próxima publicación de un Real Decreto sobre líneas marítimas regulares que vendrá a simplificar y objetivar las condiciones necesarias para la obtención de la citada autorización.

Por lo que respecta a las empresas comunitarias hay que señalar que, desde el mes de febrero de 1994 (al término del período fijado por la cláusula de salvaguardia obtenida por el Gobierno Español), ha quedado liberalizado en nuestro país el cabotaje continental. Finalmente, en materia de cabotaje insular y de transporte de mercancías estratégicas el MOPTMA ha optado por mantener los calendarios de liberalización establecidos en el Reglamento CEE 3577/1992. En consecuencia, la apertura del tráfico de cabotaje de mercancías estratégicas no se producirá hasta el día 1 de enero de 1997 y la total liberalización del cabotaje insular no se hará efectiva hasta el día 1 de enero de 1999.

2. Liberalización del cabotaje marítimo consecutivo de carácter ocasional¹².

Esta propuesta está referida fundamentalmente a los tráficos "feeder", es decir, aquellos que nutren al puerto "hub" que es punto principal de escala y centro de distribución de cargas. Un ejemplo de puerto "hub" sería Algeciras, donde llegan los contenedores de los puertos de todo el Mediterráneo -que serían los puertos "feeder"- para ser transbordados a un buque de dimensión mayor con el objeto de emprender un viaje transoceánico.

Tampoco esta propuesta ha sido acogida favorablemente por la Administración, que considera esencial el mantenimiento de la situación existente hasta las fechas previstas en el calendario comunitario.

3. Mantenimiento de la libertad de los fletes.

Aunque en el plano normativo esta libertad ya existe, no ha desaparecido totalmente la ordenación administrativa en esta materia.

4. Desarrollo del Registro Especial de Buques de Canarias.

El Registro, que fue creado por la Ley de Puertos y de la Marina Mercante, ha encontrado algunas dificultades para su desarrollo, fundamentalmente en las áreas fiscales y de seguridad social.

¹² Por cabotaje consecutivo se entiende la posibilidad de transportar mercancías entre distintos puertos españoles en los que se hace escala dentro de una ruta internacional.

5. Energía eléctrica.

Cuando en 1993 se elaboró el Informe¹³ del Tribunal de Defensa de la Competencia no estaba aún aprobada la Ley de Ordenación del Sector Eléctrico Nacional (LOSEN), por lo que el Tribunal expresó su opinión, basada en el anteproyecto de Ley existente en ese momento, sobre las modificaciones que se pretendían introducir en la nueva regulación. En dicho informe el Tribunal celebraba la introducción de competencia en las distintas fases del desarrollo de la actividad de generación, transporte y distribución de energía eléctrica. Pero a la vez se destacaba que en el Anteproyecto subsistían elementos que restringían la competencia, heredados de la anterior regulación y que no quedaron modificados en la nueva legislación. Además, en el período transcurrido han tenido lugar muchas modificaciones estructurales en el sector que es necesario comentar en primer lugar.

En segundo lugar, tras la aprobación de la Ley 40/1994 de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional (LOSEN) en diciembre de 1994, resulta necesario analizar los efectos que esta Ley puede tener desde el punto de vista de la competencia.

Por último, dentro de la lista de medidas sectoriales y recomendaciones al Gobierno que el Tribunal elaboró en su Informe, siete de ellas estaban dedicadas al sector eléctrico, por lo que conviene hacer un balance de los progresos habidos desde su publicación.

5.1. Evolución del sector eléctrico.

No puede decirse que la competencia en el sector eléctrico español se haya incrementado desde la redacción de dicho Informe del Tribunal hasta la fecha. Por el contrario, han tenido lugar muchos cambios en las relaciones entre las empresas del sector, en la regulación y en las circunstancias económicas, con repercusiones importantes sobre el futuro de la competencia en la generación y distribución eléctricas y las posibilidades de promover la eficiencia en beneficio de la factura eléctrica a pagar por los usuarios.

El sistema en vigor en España parte del objetivo de garantizar el suministro a todos los usuarios con un nivel de calidad suficiente y una tarifa única para todos los usuarios del mismo tipo. Se basa en el reconocimiento de los costes incurridos por los operadores, sobre un sistema unificado de despacho por orden de mérito¹⁴, pero la forma de cálculo de los costes reconocidos no asegura que los

¹³ Vid "Remedios Políticos..." (Nota 2, pag.i).

¹⁴Es decir, se reconocen todos los costes fijos, los operadores no tienen derecho a decidir si ponen o no en marcha sus centrales eléctricas, que se van utilizando por orden de menor a mayor coste variable medio. Los costes variables también se remuneran de acuerdo con los que hayan sido reconocidos. Este régimen asegura una gestión eficiente de los costes variables del sistema pero no asegura la

operadores tengan incentivos para promover una disminución de todos sus costes ni modifica los costes reconocidos a cada empresa conforme evolucionen los costes del resto de las empresas. Las empresas obtienen el mayor beneficio si maximizan la diferencia entre los costes que les son reconocidos y sus costes reales. De modo que el comportamiento de los costes reconocidos no sigue necesariamente la senda de los costes reales, y se persigue un coste variable mínimo pero no un coste total mínimo. Además los costes reconocidos se ajustan al alza de los costes reales, pero no es posible asegurar que también se ajusten a la baja de éstos. Ello se debe a que, en el plazo medio-largo, a las autoridades competentes no les queda más remedio que atender a la presión de los operadores cuando se producen elevaciones sustanciales de costes derivadas de factores externos a las decisiones de las empresas (por ejemplo, la elevación de los tipos de interés); pero las empresas ejercen presión para impedir una rebaja de los costes reconocidos cuando se producen logros de eficiencia.

La evolución en 1993 fue muy perjudicial para las empresas eléctricas, que tuvieron que enfrentarse a una disminución de la demanda industrial debida a la debilidad de la actividad económica, a los altos tipos de interés consecuencia, entre otras razones, de la elevada necesidad de financiación pública, a la baja hidraulicidad derivada de las condiciones climáticas adversas y a una considerable devaluación de la peseta que les hizo asumir enormes pérdidas de cambio por sus deudas contraídas en moneda extranjera. La situación hubiera sido crítica para las empresas con una situación financiera menos saneada si se hubieran mantenido las reglas del juego vigentes y, quizás, ello condujo a un cambio de la actitud mantenida en los últimos años por Iberdrola, que impulsó una modificación importante de las condiciones económicas del mercado sin variar sensiblemente la filosofía de su regulación.

La pública contradicción de los puntos de vista mantenidos por las dos mayores empresas eléctricas Endesa e Iberdrola en cuanto a la legalidad de la aplicación concreta del Marco Legal Estable (MLE)¹⁵ a la remuneración de activos de Endesa y al resto de las empresas fue sustituida repentinamente por un acuerdo entre ambas empresas que fue anunciado a los medios de comunicación y revelado al Ministro de Industria en junio de 1993, cuando ya habían sido disueltas las Cortes para la celebración de Elecciones Generales.

Según lo anunciado oficialmente en la prensa por las dos empresas en aquel momento, la materialización del acuerdo comprendería el estudio de modificaciones del MLE, la propuesta de un marco jurídico que garantizara formalmente la moratoria nuclear, el análisis de posibles intercambios de activos

eficiencia ni la equidad en el tratamiento de los costes fijos y de las inversiones.

¹⁵Se entiende por Marco Legal Estable el conjunto de normas que establece el sistema de remuneración de todos los costes derivados del suministro de energía eléctrica, de cálculo de una tarifa suficiente y de redistribución de los ingresos entre los operadores. Como ya se ha dicho, se basa en calcular para cada año cuál es la tarifa de equilibrio que permite remunerar todos los costes reconocidos, y establecer el sistema de liquidación y compensación de fondos entre los operadores puesto que los ingresos percibidos de su clientela no se corresponden con los costes que les ha reconocido el sistema.

dirigidos a una mayor homogeneidad y a conseguir la racionalización de determinados mercados y áreas, el reconocimiento de la validez del MLE (una vez modificado) para los objetivos que ha de cumplir, la colaboración industrial, el compromiso de unificación de criterios y actuaciones ante organismos nacionales e internacionales, la propuesta conjunta de sistemas de regulación nacional y comunitarios y la promoción de proyectos eléctricos de interés industrial de acuerdo con la Administración.

A raíz de dicho acuerdo, se han ido produciendo importantes modificaciones en el "statu quo", unas debidas a la aceptación por la Administración de los puntos de vista manifestados conjuntamente por las dos empresas, y otras causadas por factores exógenos. A pesar de todos esos cambios, Iberdrola parece haber cambiado de opinión y ha iniciado una ofensiva ante la Comisión Europea contra la LOSEN que, en los últimos tiempos, ha provocado que los servicios de la Comisión hayan expresado su insatisfacción con los logros de la misma.

Los cambios más importantes habidos en este período son los siguientes:

- compromiso de un nuevo intercambio de activos entre empresas eléctricas por un importe total de 250.000 millones de pesetas,
- reforzamiento del grupo Endesa,
- modificación del MLE con efectos desde 1 de enero de 1993,
- modificación de la tarifa eléctrica para 1994 y creación de una nueva tarifa voluntaria y experimental para grandes abonados, denominada "de punta móvil", que se ha mantenido para la tarifa de 1995,
- introducción en las cuentas de los resultados del contrato de importación y exportación de electricidad firmado por Red Eléctrica de España (REE) con Electricité de France (EDF),
- denuncia por la Comisión al Reino de España por el monopolio de importación y exportación de energía eléctrica que a su juicio mantiene REE, incluso después de la promulgación de la LOSEN,
- disminución del tipo de interés y relanzamiento de la demanda industrial. Realineamiento del tipo de cambio de la peseta y nuevas subidas del tipo de interés,
- asunción pública del riesgo de inversión para la construcción del gasoducto del Magreb,
- firma del Protocolo del gas entre Enagas y las empresas eléctricas,

- fijación por el Ministro de Industria y Energía del precio por termia a pagar por las empresas eléctricas por su consumo de gas para generación eléctrica,
- salida a Bolsa de un paquete de acciones de Endesa,
- incremento de la participación de Endesa en Sevillana de Electricidad,
- modificación del tratamiento de la cogeneración¹⁶ y autoproducción eléctricas, con una retarificación a la baja de la remuneración asegurada para la energía eléctrica sobrante que tienen derecho a verter al sistema,
- promulgación de la LOSEN después de una modificación del Anteproyecto que fue devuelto por las Cortes tras su disolución en 1993.

Algunos de los cambios enumerados merecen una explicación con cierto detalle, con el fin de hacer posible una evaluación de sus efectos sobre las posibilidades de introducir competencia en el futuro.

El Protocolo de intenciones de intercambio de activos firmado por las seis principales compañías eléctricas en diciembre de 1993 preveía la compraventa de activos eléctricos en un plazo de tres años. Los precios de venta se acordaron ligeramente por encima de los valores en libros de los activos, produciéndose un resultado extraordinario positivo para los vendedores, así como una disminución de sus costes financieros al recibir fondos frescos. Aunque algunos extremos no se concretan totalmente, el acuerdo consagra la existencia de cuatro grupos: Endesa, Iberdrola, Fenosa e Hidrocantábrico aumentando la concentración en el sector; sanea las cuentas de los grupos más endeudados, Fenosa e Iberdrola, y aumenta el negocio de los menos endeudados, Endesa e Hidrocantábrico; encamina a Sevillana de Electricidad hacia actividades de distribución y resuelve el contencioso entre Fenosa e Hidrocantábrico, provocado por la adquisición por la primera de una participación accionarial en la segunda, considerada por ésta como hostil.

Las modificaciones habidas en el MLE en diciembre de 1993 han supuesto la equiparación de las tasas internas de rentabilidad aplicables a los activos objeto de intercambios en 1985 a las existentes en el resto de las instalaciones de generación que no fueron objeto de intercambio. Se ha separado el reconocimiento de los costes de generación y distribución, lo que resultaba imprescindible teniendo en cuenta la separación entre ambas actividades que se recoge en la LOSEN. Se ha avanzado en la definición de la tasa monetaria a que se retribuyen los valores estándares de todo el sector, tasa que era una variable establecida discrecionalmente por la Administración. En adelante, la retribución para los capitales ajenos se establece mediante la mejor previsión del precio del

¹⁶ Se entiende por instalaciones de cogeneración aquellas que combinan la producción de energía eléctrica con la producción de calor útil para su posterior aprovechamiento energético, cualquiera que sea su combustible principal.

dinero en los mercados de capitales relevantes y los recursos propios se retribuyen teniendo en cuenta el coste de oportunidad de inversiones alternativas con el mismo riesgo. A pesar de todo, la Administración sigue contando con cierto grado de discrecionalidad puesto que variaciones en décimas de la tasa monetaria suponen miles de millones de pesetas en los costes fijos reconocidos. Se unifica el sistema de actualización del valor de los activos de todas las centrales, cualquiera que sea su antigüedad. Anteriormente se retribuían más las viejas centrales (anteriores a 1984) que las nuevas centrales. El efecto final para cada empresa depende de la composición de sus centrales por antigüedad. Con el paso de los años y la amortización de las viejas centrales será necesario un incremento mayor de tarifas que las que se derivarían del sistema anterior. Como el MLE es, mientras no se demuestre otra cosa, el sistema de retribución previsto para las nuevas inversiones en la nueva ordenación del sector eléctrico, es posible que el cambio de sistema se haya concebido para animar a las empresas a realizar nuevas inversiones en centrales de gas. Se deroga el régimen especial aplicable a Endesa. Se establecen los criterios que han de cumplir las inversiones en instalaciones de generación para ser consideradas inversiones extraordinarias, incluyéndose las que se derivan de la normativa de seguridad de instalaciones nucleares, de la normativa medioambiental, de una ampliación relevante de la potencia instalada, para el alargamiento de la vida útil y para la adaptación y potenciación a gas ("repowering") o transformación a ciclo combinado a gas o causadas por grandes reparaciones y averías. Se ha sustituido el coeficiente corrector que podía afectar al reconocimiento de costes fijos de instalaciones de distribución a tensión inferior a 36 kV por un complemento para incentivar las inversiones en distribución de esta tensión y la mejora de la calidad del servicio.

Como consecuencia de la aplicación de las modificaciones del MLE a todo el ejercicio de 1993, las empresas eléctricas privadas consiguieron un importante incremento de sus ingresos, que fueron directamente a sanear sus cuentas de resultados y ha supuesto un incremento de los costes reconocidos del sistema de 27.300 millones de pesetas. Al margen de que una parte se enjugara para 1993 por la existencia de mayores ingresos de los previstos derivados de un incremento de la participación residencial en el consumo y se corrigieran los excesos atribuidos a la Oficina de Compensación de Energía Eléctrica (OFICO), lo cierto es que el nuevo sistema ha supuesto una mayor tarifa eléctrica de equilibrio que la resultante del sistema anterior, en perjuicio de los usuarios y en beneficio de las empresas eléctricas.

La tarifa para 1994 se modificó con un incremento medio estimado del 2,06 por ciento. Se creó con carácter experimental una nueva tarifa "de punta móvil" limitada, en principio, a los abonados que contraten más de 25 megavatios de potencia y a la que se accede con carácter voluntario y autorización del Ministerio de Industria y Energía. Establece un precio horario en el que se incluyen todos los componentes del coste, con arreglo a un calendario de días y horas distribuidos teniendo en cuenta el comportamiento de la demanda global para hacer posible la planificación de la demanda de los grandes consumidores. En 1994 la tarifa eléctrica industrial de las empresas no subvencionadas disminuyó

un 0,2 por ciento (entre un 2 y un 3 por ciento en 1995, dependiendo de sus términos de potencia), la de los beneficiarios de la tarifa G4¹⁷ aumentó un 2,4 por ciento (un 1,6 por ciento en 1995) y la de los distribuidores un 2,7 por ciento (un 2,57 por ciento en 1995). La tarifa doméstica habitual aumentó un 3,5 por ciento (un 3 por ciento en 1995) y la social permaneció congelada los dos años.

Los ingresos para el sector derivados de la tarifa de 1994 han sido revisados a la baja en 60.000 millones de pesetas lo que ha provocado que Iberdrola haya solicitado una nueva redistribución de los ingresos del sector, puesto que los intercambios de activos y la modificación del MLE no parecen haber equilibrado el tratamiento concedido a los dos grandes grupos. Las razones fundamentales parecen ser las diferentes situaciones de endeudamiento de los dos grupos, el tratamiento de la hidráulicidad y la peor retribución de los activos de distribución frente a los de generación. Las empresas eléctricas privadas sostienen que la obligación de separar las actividades de generación y distribución ha destapado las enormes diferencias de rentabilidad reconocidas a los activos de uno y otro tipo, que estiman en el 14 por ciento para los activos de generación frente al 4 por ciento para los activos de distribución. Si es cierta esta diferencia, favorece claramente a Endesa, cuyo grupo es netamente generador.

La interrelación entre el sector eléctrico y el sector gasístico es evidente puesto que, hasta 1999, la mayor parte de las inversiones previstas en el Plan Energético Nacional (PEN)¹⁸ para la generación eléctrica son de conversión a ciclo combinado y "repowering" de centrales térmicas existentes, cuya viabilidad depende de la seguridad y el precio del suministro de la energía primaria. Se ha producido una integración vertical del negocio gasista en España mediante la adquisición por Gas Natural del 91 por ciento del capital de Enagas por un importe de 51.000 millones de pesetas, siguiendo una filosofía contraria a la preconizada en otros sectores energéticos por el Ministerio de Industria y Energía, al integrar la infraestructura y la comercialización que estaban separadas. Además, a pesar de su participación minoritaria (25 por ciento), la Caixa tiene el derecho de proponer el nombre del presidente de Gas Natural y dispone de la mitad de los puestos del Consejo. Para hacer posible esta adquisición se segregó de Enagas el riesgo financiero de la inversión en el tramo extrapeninsular del gasoducto Magreb-Europa, con un compromiso de integración en el grupo gasista una vez que su construcción esté terminada.

Asimismo, el Ministerio patrocinó la firma entre Enagas y las empresas eléctricas de un "Protocolo de intenciones para el uso del gas natural en la generación de energía eléctrica en España". En él se fijan las condiciones de suministro, de pago y las cantidades -que las empresas eléctricas se comprometen a consumir de forma conjunta y solidaria por un 87,5 por ciento anual y un 92,5 por ciento en

¹⁷ Tarifa privilegiada que se aplica a los grandes consumidores.

¹⁸ El Plan Energético Nacional 1991-2000 es el documento aprobado por el Gobierno que establece las líneas básicas de actuación de la política energética en España para la última década del siglo. De acuerdo con las características de la Planificación Indicativa, no es obligatorio para las empresas, pero el Gobierno trata de impulsar su cumplimiento mediante actuaciones de "ordenación administrativa".

cinco años- hasta el año 2001 y se determinan las centrales que deberán reconvertirse a gas, puesto que antes del año 2000 podría no ser necesaria la incorporación de nueva potencia y el consumo de gas se tendría que realizar en las instalaciones eléctricas existentes, transformándose un total de 6.472 megavatios. El precio se ha establecido por el Ministerio de Industria y Energía en 1,652 pesetas por termia para 1996, que se elevará hasta 1,687 pesetas por termia para el año 2000. El precio de venta del gas se tomará en consideración por la Administración para el reconocimiento de coste del combustible en el MLE.

Las conclusiones son que se ha aceptado la concertación entre las principales empresas; se ha desaprovechado el margen que concedía la tarifa eléctrica para introducir competencia en el mercado; se ha demostrado que los criterios de reconocimiento de costes fijos entre activos de generación y activos de distribución no son coherentes y que tampoco la introducción del gas para la generación eléctrica va a ser utilizada para fomentar la competencia entre empresas eléctricas, sino que, por el contrario, se ha utilizado para resolver los problemas políticos derivados del acuerdo de compra de gas a Argelia, favoreciendo los intereses de Gas Natural.

5.2. Elementos introducidos en la nueva ley.

Se ha incorporado en la LOSEN un conjunto de elementos que pueden favorecer las condiciones de competencia en las distintas fases de actividad del sector eléctrico:

5.2.1. Las autorizaciones de nuevas instalaciones de generación mediante el procedimiento de concurso (Art.23).

Con respecto a la adjudicación de nuevas unidades de producción, la filosofía es que éstas se realicen mediante concursos, aunque no necesariamente se obliga a que ésta sea la única vía. En efecto, el texto, en su artículo 23.1. expresa que estas autorizaciones "serán otorgadas preferentemente mediante un procedimiento que asegure la concurrencia, promovido y resuelto por la Administración competente".

Puede por lo tanto darse el caso de que alguna de estas autorizaciones no sea concedida mediante concurso, pero la Ley no explica cuáles deberán ser las circunstancias que han de darse para que dicho concurso no sea realizado. Si se considera que la regla general es la adjudicación mediante concursos deberían haberse incluido en la Ley las condiciones para hacer excepciones a esa regla.

Por otra parte, se prevé, entre los criterios para la adjudicación, tener en cuenta "el régimen económico propuesto". No es posible, con esta expresión, concluir si en el pliego de condiciones se establecerá un régimen de retribución diferente o

se aplicarán las reglas del MLE y simplemente se valorarán las propuestas de reconocimiento de costes de los licitantes. Es éste un elemento fundamental de la Ley que no debiera haberse deslegalizado y que se resolvía en el anterior Proyecto de Ley retirado de las Cortes mediante la firma de un contrato de suministro a largo plazo.

5.2.2. Las autorizaciones de nuevas instalaciones de distribución (Art. 39)

La autorización de distribución no supone la concesión de monopolio ni de derechos exclusivos.

Existen Comunidades Autónomas con competencia en la concesión de autorización de instalaciones de distribución por lo que la normativa aplicable en el procedimiento de adjudicación se complica respecto a lo establecido para las instalaciones de generación. La LOSEN prevé que la Administración General del Estado podrá establecer las condiciones de sometimiento a la planificación, explotación unificada y régimen económico que la Administración Autonómica deberá tener en cuenta para la resolución de los concursos.

El régimen económico en que vayan a concederse las nuevas instalaciones es fundamental, habida cuenta de que en los próximos años el esfuerzo inversor se va a destinar prioritariamente a este tipo de instalaciones y que la separación de actividades parece haber demostrado que los activos de distribución están peor tratados por el MLE que los activos de generación. A pesar de ello, la norma no desvela cuál será el procedimiento de retribución de los nuevos activos.

5.2.3. La posible creación del Sistema Independiente (Art.12).

Se prevé la creación del llamado Sistema Independiente¹⁹, que podrá ser autorizado por la Administración General del Estado. Este nuevo sistema implica la entrada de nuevos generadores cuya energía producida no se encuentra dentro de la explotación unificada, de forma que aquélla puede ser vendida a consumidores autorizados, destinada a demanda internacional o, incluso, vendida al Sistema Integrado mediante contratos libremente pactados entre las partes.

Es indudable la capacidad que potencialmente tiene este nuevo sistema para impulsar la competencia en el sector. Sin embargo, en la Ley nada se dice sobre cuáles han de ser los requisitos que han de cumplir cada una de las partes, para poder obtener la autorización correspondiente de la Administración para su

¹⁹Cuando ésto ocurra coexistirán dos sistemas: a) el sistema integrado, responsable de garantizar el suministro a todos los usuarios y en el que todos los participantes aportan sus activos y actividades a cambio de unos ingresos equivalentes a los costes que les haya reconocido el sistema, cuyo monto total se obtiene de la tarifa eléctrica, y b) el sistema independiente en el que los participantes contratan libremente, para lo cual las instalaciones han tenido que ser autorizadas a substraerse del sistema integrado y el imprescindible acceso a la red autorizado a cambio de un precio.

operación en el mercado. Tan sólo se menciona que las actividades realizadas en el sistema independiente no deberán afectar negativamente a la explotación unificada ni al transporte y distribución del Sistema Integrado. De cómo se establezcan en un futuro las condiciones de creación y funcionamiento de este nuevo sistema depende el que realmente éste constituya un elemento que promueva la competencia en el sector. Por el momento la Ley permite su creación, pero sujeta a condiciones muy generales que no garantizan que realmente llegue a crearse este sistema, o al menos que se le permita tener un peso suficientemente significativo como para que a través de él aumente la competencia en el sector.

Se perdería una oportunidad si el compromiso contenido en el art. 11.1 de la Ley por el que el sistema integrado garantiza el suministro de energía a todos los usuarios dentro del territorio nacional y su corolario recogido en el art. 12.2 para la aplicación de este principio al sistema independiente, se interpretaran por el regulador de tal forma que el coste de la compensación exigida a los usuarios independientes hiciera inviable económicamente la posibilidad de obtener un suministro eléctrico más barato en el sistema independiente que mediante la aplicación de la tarifa correspondiente. En opinión del Tribunal, si se quiere que el Sistema Independiente tenga efectos prácticos, es fundamental que se module el compromiso de garantía de suministro y se haga mínimo el coste de su asunción para aquellos usuarios que tengan aseguradas fuentes alternativas de suministro energético.

5.2.4. La posible creación de las comercializadoras (Disposición adicional décima).

El paso dado en la Ley respecto a la figura de las comercializadoras es más tímido que el que se contemplaba en el anteproyecto de Ley, pero es importante que se posibilite legalmente su creación en un futuro, pues de esta forma el Gobierno no necesitará volver al Parlamento para autorizar dicha figura. Para que en la práctica puedan existir las comercializadoras independientes de la distribución, y de esta forma el consumidor pueda elegir la contratación del servicio entre distintas empresas que operen en su zona, es necesario que dichas empresas tengan un incentivo para gestionar la demanda y competir en precios y ello será posible cuando exista un margen entre la tarifa máxima al consumidor y el precio al que la comercializadora puede adquirir la energía. Tampoco en este punto la Ley especifica condiciones y por lo tanto, por su contenido, es imposible saber el efecto que esta nueva figura pueda tener.

Mediante el art. 18.3 se permite que algunos consumidores (aquellos en los que concurren consumos de entidad localizados territorialmente) puedan adquirir energía del sistema integrado y acceder a las redes de transporte y distribución. Esta nueva posibilidad aumentaría la competencia, pero de nuevo se deja a reglamentaciones posteriores las características y condiciones que deberán

cumplir estos consumidores o sus asociaciones para poder adquirir energía evitando la intermediación de las distribuidoras y comercializadoras.

5.2.5. El Acceso de Terceros a la Red. (Art. 37).

El acceso de terceros a la Red que se contempla en el art. 37 supone que las instalaciones de transporte podrán ser utilizadas por terceros (no pertenecientes al sistema integrado) para el movimiento de energía eléctrica. Esto era hasta el momento imposible y supone, sin duda, un paso imprescindible para introducir competencia en un sector como el eléctrico donde la "red" es un elemento esencial. Sin embargo, se impone como condición que no resulten perjuicios para el servicio prestado por el sistema integrado. Una vez más la Ley carece totalmente de las especificaciones en que este acceso ha de ser permitido, qué tipo de cobro va a realizarse a los usuarios de la red en esta modalidad, etc. Sólo se menciona que el servicio público prestado por el sistema integrado no puede resultar perjudicado y que el acceso se deberá realizar en condiciones transparentes y objetivas.

5.2.6. La pretendida ruptura del monopolio en los intercambios internacionales (Art. 13).

La Ley regula la situación del monopolio tácito que la legislación de 1984 concedía a REE para los intercambios internacionales de energía eléctrica, dando una cobertura al monopolio "de facto" existente.

Establece una diferenciación entre los intercambios internacionales para el sistema integrado y para el sistema independiente.

En el sistema integrado, las importaciones a corto plazo y las exportaciones se reservan a REE. Las importaciones a largo plazo serán realizadas por REE cuando la garantía de potencia se proporcione para el sistema integrado y podrán ser realizadas por los generadores con autorización del Ministerio de Industria y Energía cuando la garantía de potencia provenga de sus propias instalaciones. Lo que es tanto como decir que tanto las exportaciones como las importaciones al sistema integrado se reservan a REE.

En el sistema independiente, se declaran libres los intercambios internacionales pero se exige que no afecten negativamente a la explotación unificada ni al transporte y distribución del sistema integrado. Mientras las interconexiones internacionales sean escasas, cualquier tránsito de energía eléctrica por las mismas afectará al sistema integrado, de modo que el contenido de la Ley equivale a prohibir toda operación privada de importación y exportación de energía eléctrica mientras no se realicen grandes inversiones en conexiones internacionales, cuyo régimen legal no se establece.

5.2.7. La creación de la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional (Art. 6.1).

Por último, entre las medidas aprobadas en esta Ley que pueden llevar a una mayor competencia en el Sector está la creación de la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional, órgano consultivo, con algunas funciones ejecutoras y ciertos rasgos de regulador, que debe dotar de una mayor independencia a los órganos de control, inspección y arbitraje que rigen el sistema.

Dado el alto número de funciones que se concentran en la Comisión (carácter consultivo en iniciativas legislativas, planificación eléctrica, elaboración de tarifas, determinación de la retribución, etc.) ésta puede jugar un papel clave en conseguir transparencia y objetividad en el funcionamiento del sistema, similar al papel que juega actualmente la Oficina de Regulación de la Electricidad (OFFER) en el Reino Unido. Habría sido más deseable darle a la Comisión no sólo el carácter consultivo, sino facultades como las de autorización de las nuevas instalaciones o de las tarifas eléctricas, tal y como sucede en el Reino Unido, donde es OFFER el organismo encargado de emitir y modificar los permisos de explotación de las centrales y aprobar las tarifas. No obstante la creación de la Comisión es, en principio, un nuevo instrumento para promover los criterios de eficiencia en el sector.

5.2.8. La separación de actividades en el Sistema Integrado (Art. 14).

En su artículo 14 la Ley introduce también la separación de actividades en el sistema integrado, de forma que ninguna sociedad puede tener como objeto social actividades de producción junto con las de distribución, aunque estas actividades podrán ser realizadas por empresas vinculadas. También se someten a aprobación de la nueva Comisión las participaciones de las empresas eléctricas en cualquier entidad que realice actividades distintas de las eléctricas. Estas medidas van a favor de una mayor transparencia en la asignación de costes a cada actividad, evitando la posibilidad de que existan subsidios cruzados entre las distintas fases en que se desarrolla el sistema eléctrico o se utilicen ingresos del monopolio para financiar otras actividades.

La separación jurídica de las distintas actividades va a exigir la modificación de los criterios de remuneración de los activos fijos de generación y de distribución, puesto que las sociedades de distribución no parecen ser viables con la remuneración que actualmente concede el MLE a sus activos fijos.

5.3. Aspectos que se mantienen o consolidan en la nueva ley.

Entre los elementos básicos que ya existían en la legislación anterior y que se mantienen en la actual están la atribución de la planificación eléctrica al sector

público, la explotación unificada de todas las unidades de producción y transporte, la existencia de una única red de transporte gestionada por la empresa encargada de realizar la explotación unificada, el compromiso de garantía de suministro de energía a todos los usuarios dentro del territorio nacional y la existencia de una tarifa única y máxima para todo el territorio nacional.

En la Ley se consolida el MLE, que rige el régimen económico del sector que hasta el momento se desarrollaba mediante disposiciones de menor rango, y cuyo elemento fundamental es asegurar a las empresas la retribución de los costes estándares reconocidos. Este sistema de retribución incentiva la eficiencia en la gestión empresarial, en el sentido de que, si la empresa incurre en unos costes reales menores a sus costes reconocidos, este diferencial se convierte automáticamente en beneficio empresarial. Sin embargo, tiene efectos no deseables muy importantes, y el más destacado es que el beneficio empresarial puede obtenerse no sólo mejorando la eficiencia y reduciendo costes, como se acaba de mencionar, sino también consiguiendo aumentar el valor de los costes estándares reconocidos por la Administración, puesto que los costes reconocidos no se establecen tomando como medida patrones objetivos y generales para todas las instalaciones y la evolución del reconocimiento de costes no va necesariamente ligada a la evolución de los costes reales.

En el cálculo de dichos costes se emplea la denominada "tasa monetaria" que sirve para el cálculo de la "tasa de retribución". La tasa monetaria se calcula teniendo en cuenta un tipo de interés de referencia "que será el que resulte de la mejor previsión del precio del dinero en los diferentes mercados de capitales en los que se desenvuelve el sector", es decir se trata de una variable que puede ser establecida discrecionalmente por la Administración y aquí es donde el poder de negociación de las empresas eléctricas puede hacer que se aumenten los costes estándares reconocidos, y que estos incrementos sean, automáticamente, trasladados a las tarifas.

Puesto que el MLE no asegura la eficiencia en la asignación de recursos, sino que solamente asegura una gestión eficiente en términos de costes variables de un parque de instalaciones dado, no es razonable que el sistema de retribución de la nueva generación que se instale en el sistema integrado sea el previsto en el MLE. Desgraciadamente cabe esa posibilidad, puesto que la Ley no explicita ningún otro mecanismo aunque entre los criterios de adjudicación de unidades de generación mediante concurso que deben usarse prevé que se atienda al régimen económico propuesto. Si bien el MLE supuso en su momento una solución a la situación crítica por la que atravesaba el sector, no hay razón para que se perpetúe con la nueva generación que se vaya a instalar en los próximos años. En opinión del Tribunal, el contenido del artículo 23.2 permitiría soluciones aceptables si en la regulación de los concursos de adjudicación se estableciera un sistema eficiente de previsión de la retribución correspondiente a la unidad adjudicada. De momento, solamente se cuenta con el sistema de reconocimiento de costes previsto en el MLE. El problema es todavía más grave en cuanto a las inversiones en activos de distribución que tienen que ser las más abundantes en el próximo

futuro y no están aseguradas con las tasas de retribución de activos fijos que actualmente resultan de los costes reconocidos.

5.4. Las recomendaciones del tribunal al anteproyecto que han sido incorporadas a la ley y las que no lo han sido.

Respecto a los criterios en la adjudicación de unidades de producción mediante concurso, el Tribunal de Defensa de la Competencia consideró que aspectos como la proporción de energía primaria utilizada por la nueva instalación en el conjunto de las instalaciones de los solicitantes no debían ser tenidos en cuenta (ya que la diversificación de energías primarias se planifica para el conjunto del sistema y no es, pues, necesario que se exija también diversificación a cada generador), mientras que deberían, en cambio, incluirse características técnicas del proyecto tales como su repercusión medioambiental. Ambas consideraciones han sido contempladas en la nueva Ley.

Asimismo el Tribunal manifestó que, entre los elementos que restringen la competencia, estaba la imposición de que todos los operadores en cualquiera de las actividades comprendidas en el sistema eléctrico (excepto los sistemas especiales) debieran ser sociedades mercantiles. La Ley, en su disposición adicional undécima permite que "las sociedades cooperativas de consumidores y usuarios puedan realizar las actividades de distribución, producción en régimen especial y, en su caso, comercialización de energía eléctrica", eliminándose así la limitación impuesta por la fórmula jurídica exigida en el Anteproyecto.

Otras recomendaciones, como la autorización de la posibilidad de que determinados consumidores puedan adquirir directamente energía eléctrica del sistema integrado sin mediación de comercializadoras, han sido también recogidas en la LOSEN, aunque sin detallar los criterios objetivos para autorizar dicha situación.

Por el contrario, no se contemplan en la Ley aprobada otras recomendaciones como:

- La especificación de los criterios que han de cumplir las centrales de generación y los consumidores para participar en el Sistema Independiente, de los conceptos e importes que los consumidores deben pagar como aportación al servicio público y de las condiciones en que pueden incorporarse al "Sistema Integrado" para recibir el suministro.

- El establecimiento de los criterios de remuneración de la actividad y de la estructura de precios al por mayor que deberán pagar las comercializadoras así como de la estructura de la tarifa al por menor aprobada por el Gobierno como máxima.

-La sustitución de la subvención implícita a la producción nacional de carbón por una cantidad explícita aplicable a la tarifa, discutida anualmente.

-La aprobación de un sistema de valoración de los costes estándares reconocidos a las distintas actividades necesarias para la producción y suministro de energía eléctrica sobre la base de criterios objetivos con carácter general.

-La desaparición de la tarifa G4 y, en su caso, su sustitución por una cantidad explícita aplicable a la tarifa, discutida anualmente.

Dado que, por otra parte, tampoco la Ley impide que en el futuro se apliquen, el Tribunal recomienda al Gobierno que se tengan en cuenta al aprobar las normas de desarrollo de la Ley.

5.5. Evolución normativa adicional (artículo 26 LOSEN y Real Decreto 2366/1994).

Sorprendentemente, el Consejo de Ministros ha aprobado, con anterioridad a la promulgación de la LOSEN, el Real Decreto 2366/1994, de 9 de diciembre, sobre producción de energía eléctrica por instalaciones eléctricas, de cogeneración y otras abastecidas por recursos o fuentes de energía renovables, que, en cierto modo, contradice el espíritu de la LOSEN en este punto y que ha sido publicado en el Boletín Oficial del Estado simultáneamente con ella.

El artículo 26 de la LOSEN establece el régimen especial de producción eléctrica y el Real Decreto 2366/1994 desarrolla la regulación aplicable a la producción de energía eléctrica mediante cogeneración y energías renovables. El Real Decreto, sin embargo, discrimina a las instalaciones anteriores a la entrada en vigor de la Ley 82/1980 y deja en una total inseguridad jurídica las retribuciones que hayan de corresponder a la energía de instalaciones de potencia superior a 25 MVA "que no entren en la planificación".

Por otra parte, el régimen económico aplicable a la energía de este tipo de instalaciones parte de conceptos ambiguos y discrecionales tales como "el coste evitado a largo plazo" y "la necesidad de que se retribuya más a las instalaciones en sus primeros años" y tiene una curiosa formulación: los propietarios de las instalaciones deben concertar contratos de suministro a cinco años con la distribuidora en condiciones de localización y técnicas más adecuadas para la integración de la electricidad generada y los precios pagados por las distribuidoras se transmiten directamente a la tarifa por la vía de los costes reconocidos y el régimen de compensaciones.

El Tribunal reconoce que no resulta fácil regular el régimen económico de una actividad cuando ya existen importantes intereses creados y cuando una

regulación inadecuada ha llevado a que surjan instalaciones, totalmente legales, que, a pesar de ser claramente ineficientes, reportan pingües beneficios a sus operadores en detrimento de los usuarios debido a la tarifa especial que se les aplica. Estas circunstancias hacen muy difícil establecer una regulación que resuelva los problemas detectados y exigen un esfuerzo de imaginación al regulador, pero no justifican técnicas como la introducción del concepto de "servidumbre de la planificación" a todas luces arbitrario y discriminatorio, ni tampoco el que se obligue a dos operadores a concertar contratos de suministro a largo plazo sin que quede claro cuáles son sus derechos y obligaciones y quién asume las responsabilidades derivadas de la valoración de la energía con conceptos tan ambiguos como el de "coste evitado a largo plazo".

Se desaprovechará una gran oportunidad si se comienza el nuevo ciclo de regulación del sistema eléctrico nacional perpetuando los defectos más graves que se han achacado al sistema regulador anterior: la sustitución del espíritu empresarial por la imposición de la Administración y la utilización de criterios arbitrarios para la determinación de las retribuciones de las actividades que componen el sector eléctrico. Afortunadamente no es la LOSEN sino el Real Decreto comentado el que recupera estos mecanismos para la nueva regulación de la cogeneración y utilización de fuentes de energía renovables, por lo que la modificación de los criterios de regulación será más factible una vez que se ha aprobado la Ley.

5.6. Conclusiones.

Mediante elementos como el sistema de concurso para la adjudicación de nuevas instalaciones de generación y distribución, la creación del sistema independiente, el acceso de terceros a la red y la creación de las comercializadoras separadas de la distribución, puede fomentarse la competencia en el Sector Eléctrico Nacional. Todos estos instrumentos han sido incorporados en la nueva Ley de Ordenación del Sector Eléctrico Nacional, pero este requisito necesario no es suficiente para que se introduzca competencia en el sector.

En efecto, la Ley posibilita la existencia de una serie de instrumentos liberalizadores, pero no obliga a que se utilicen ni establece de forma clara cuáles son las condiciones y requisitos necesarios para su puesta en marcha, de forma que, mediante la LOSEN, podemos llegar a dos situaciones bien distintas. Una de estas situaciones es que el Sistema Eléctrico mantenga su funcionamiento prácticamente inalterado, situación a la que llegaríamos si, tras la aprobación de esta Ley, no hay una clara voluntad de que se introduzca competencia en el sector. Por el contrario, podría llegarse a una situación de mayor competencia en las fases de generación y suministro si, a partir de su aprobación, las disposiciones necesarias para su aplicación se desarrollan con prontitud y en una línea procompetitiva. En definitiva, el aspecto positivo de la LOSEN es que abre la posibilidad de introducir competencia en el sector si el Gobierno así lo deseara.

La contribución más significativa de la LOSEN es que establece con claridad cuál es el régimen legal aplicable a las diversas actividades y empresas del sector eléctrico y regula las condiciones necesarias para que se pueda introducir competencia en el sector. Su mayor debilidad está en la vaguedad de las futuras condiciones de actuación en todos los nuevos elementos propuestos, en elevar al rango legal un sistema de reconocimiento de costes que no favorece la búsqueda de la eficiencia y en perpetuar el sometimiento del sector a que no se perjudique el funcionamiento del sistema integrado. Prácticamente todo se deja en manos de posteriores reglamentos y disposiciones, de forma que habrá que esperar a éstos para evaluar si la LOSEN es sólo una declaración de intenciones o algo más.

También considera el Tribunal que se ha desperdiciado una buena ocasión para modificar otros aspectos del actual ordenamiento que serían necesarios para obtener descensos generales en las tarifas, tales como el cálculo de la retribución a las empresas eléctricas (tasa monetaria), la reelaboración de los criterios de reconocimiento de costes fijos, el tratamiento aplicado al carbón nacional o la subvención a determinados consumidores.

Finalmente, en otro orden de cosas y por lo que respecta al espectacular grado de concentración alcanzado por el sector en los últimos años, en el que tan sólo dos empresas cubren prácticamente el 80 por ciento del mercado, y teniendo en cuenta que la facultad de controlar las operaciones de concentración otorgada por la Ley de Defensa de la Competencia al Ministro de Economía y Hacienda, no prescribe hasta los cinco años, sería conveniente que el Gobierno ejerciera la citada facultad y solicitara del Tribunal de Defensa de la Competencia el preceptivo dictamen que le sirviera para tomar una decisión sobre el diseño de la estructura de mercado que mejor pueda favorecer la existencia de competencia efectiva en el sector eléctrico.

6. Monopolios locales.

La Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, reserva en favor de la Entidades locales las actividades o servicios esenciales siguientes: abastecimiento y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos; suministro de gas y calefacción; mataderos y lonjas centrales; transporte público de viajeros y servicio mortuorio. Asimismo establece que estos servicios podrán prestarse en régimen de monopolio (Art. 86.3).

El Tribunal, en su último Informe²⁰, analizó dos de esas actividades reservadas a las Corporaciones Locales: los servicios mortuorios y el transporte público regular colectivo, y propuso con respecto de ellas ciertas medidas que se examinan a continuación.

²⁰ Vid. "Remedios Políticos..." (Nota 2, pag.i).

6.1. Servicios mortuorios

1. La expresión servicios mortuorios que utiliza la ley comprende todas las actividades a que da lugar la muerte de una persona desde que ocurre el fallecimiento hasta que recibe sepultura o es incinerada; comprende, pues, también la instalación y explotación de tanatorios y los cementerios. En el momento de redactar el Informe cinco grandes Ayuntamientos y algunos otros de menor tamaño habían monopolizado los servicios mortuorios, que explotaban generalmente por el sistema de gestión directa.

2. Las razones que se han alegado para la monopolización no parecen muy convincentes. Así no lo es el que se trate, como prescribe la Ley, de un servicio obligatorio para los Ayuntamientos, porque la obligación municipal es de resultado y no de medios: basta con que los vecinos obtengan estas prestaciones aunque sean otras instancias distintas del Ayuntamiento quienes las proporcionen. Tampoco la actividad en sí es un monopolio natural que justifique la intervención ya que la puede prestar satisfactoriamente -y de hecho la presta- la iniciativa privada en régimen de libre competencia. No hay, por otra parte, una conciencia generalizada de que esta actividad deba constituir un servicio social, en el sentido de que deba ser subvencionado por el Municipio o prestado gratuitamente a todos -lo que quizá justificaría el monopolio- como lo demuestra la gran difusión del seguro de decesos, al que está acogida más de la mitad de la población española. Ciertamente los Ayuntamientos deben procurar el sepelio de las personas indigentes, pero pueden encargarlo y pagarlo a una empresa privada. Por último, el argumento de que las empresas privadas explotan a quienes demandan el servicio -los deudos del difunto- aprovechándose de la especial situación anímica en que éstos se encuentran, mientras que el monopolio municipal no lo haría, no es convincente cuando los precios del monopolio son semejantes, si no más altos, que los que ofrece la iniciativa privada.

Quizá el motivo que lleva a los Ayuntamientos a monopolizar el servicio no sea otro que el históricamente determinante de las municipalizaciones de servicios económicos, esto es, incrementar los ingresos municipales. Como no parece razón bastante y existe un número suficiente de empresas privadas que pueden prestar el servicio, el Tribunal propuso la exclusión de los servicios mortuorios de la lista de servicios que los Ayuntamientos pueden monopolizar (art. 86.3), sin perjuicio de conceder un período transitorio de adaptación a los monopolios existentes y de aceptar el ejercicio de esta actividad por los Ayuntamientos pero en régimen de competencia.

La propuesta se completaba con otra complementaria que se juzgaba indispensable. El ejercicio de esta actividad puede, y debe, someterse a una reglamentación que asegure la protección de otros objetivos públicos -como la salubridad pública- que pueden verse afectados. La forma de controlar el cumplimiento de las restricciones impuestas es la autorización; pero ha de

evitarse que mediante la concesión de autorizaciones se produzcan situaciones restrictivas de la competencia de efectos equivalentes a los de un monopolio. Si un Ayuntamiento sólo concede una licencia está creando un monopolio. Para ello se propuso que las autorizaciones sean regladas, esto es, que se concedan a quienes reúnan los requisitos legales, que han de precisarse objetiva y exhaustivamente; de "numerus apertus", de modo que no haya limitación en el número de licencias a conceder; y que, sin perjuicio de la competencia de otras entidades territoriales, las licencias habiliten para el ejercicio de la actividad en todo el territorio del Estado. Por supuesto, los precios de los servicios deberían ser libres. Estas medidas exigen modificar la reglamentación sobre Policía Sanitaria y Mortuoria.

3. Hasta el momento el Gobierno no parece haber tomado en consideración las propuestas del Tribunal en lo que se refiere a la modificación de la Ley de las Bases de Régimen Local y del Reglamento de Policía Sanitaria y Mortuoria de 1974.

Por otra parte, el Tribunal no tiene noticia de lo que haya sucedido en los Ayuntamientos con respecto al incremento o abandono de las monopolizaciones, salvo en el caso del Ayuntamiento de Madrid en el que quizá para poner remedio a la situación financiera en que se encontraba la Empresa Municipal Mixta de Servicios Funerarios, ha dado entrada al capital privado, que ha conseguido inmediatamente elevar la rentabilidad de la empresa como consecuencia de la supresión de algún servicio poco rentable y los mayores precios que ahora se aplican. Confirmando la opinión de que el monopolista privado sabe explotar más y mejor su privilegio que el gestor público.

6.2. Transporte público regular colectivo.

1. De las diversas modalidades que puede revestir el transporte público de viajeros dentro del ámbito municipal, el Informe sólo examinaba el regular, esto es, el que se efectúa conforme a itinerarios y frecuencias establecidos, y colectivo, o que está destinado a transportar una pluralidad de personas que individualmente lo soliciten.

2. Este transporte debe contemplarse en dos momentos sucesivos: la planificación de las líneas y la ejecución del plan adoptado.

La planificación de las líneas regulares, con sus itinerarios, tarifas y horarios, es razonable que se mantenga dentro del ámbito de las competencias públicas correspondientes, ya que la iniciativa privada adapta sus líneas y frecuencias a la existencia de una demanda suficiente para asegurar la rentabilidad del servicio y

no establece la línea, o si la establece deja de prestar el servicio a aquellas horas en que la rentabilidad exigiría la percepción de unas tarifas tan altas que provocarían el rechazo del público. La necesidad social de tener asegurado el transporte quedaría insatisfecha. Ello no obsta a que sea admisible en algunos supuestos la apertura a la iniciativa privada del establecimiento de líneas al margen del plan. Por ejemplo, para absorber las crestas de demanda, que las horas punta generan en los transportes del centro a la periferia, y viceversa, en las grandes ciudades. El Informe recomienda que la liberalización se produzca en beneficio de las empresas que ya prestan servicios discrecionales y con una compensación a quien explota las líneas regulares coincidentes.

Fijada la red municipal de líneas regulares, la explotación del servicio puede realizarse por un sólo gestor o por varios, bien repartiéndose las líneas del plan o bien subdistinguiendo sectores geográficos con líneas locales. Con ello, aunque no se estableciera una competencia plena porque los gestores operan en mercados al menos parcialmente distintos, permitiría comparar los resultados de la gestión de cada operador y, quizá, diversificar las tarifas. El Tribunal considera preferible la pluralidad de gestores al gestor único.

La gestión, sean uno o varios los gestores, puede revestir las diversas formas que permite la legislación local. En la práctica existe tanto la gestión directa por el Municipio como la indirecta por concesionario privado. En este caso el Informe recomienda ajustar su duración al tiempo medio de amortización del equipamiento inicial y mantener, en lo posible, las condiciones iniciales de la concesión.

3. En atención a estas circunstancias el Tribunal recomendaba:

1º) Mantener la posibilidad de que los entes locales monopolicen la planificación de las líneas de transporte regular colectivo permitiendo, sin embargo, el establecimiento de otras líneas para el transporte de la periferia al centro, y viceversa, en las horas punta.

2º) Diversificar en más de una concesión, si es factible, la explotación de las líneas.

3º) Adoptar como tiempo máximo de las concesiones el de 10 años.

4. El Tribunal no tiene noticia de que el Gobierno haya traducido en proyectos de reforma legal las recomendaciones a él dirigidas; y carece de información sobre lo que hayan podido hacer, por su parte, los Ayuntamientos.

7. Servicios de instalación y mantenimiento.

En el Informe anterior se efectuaban un conjunto de cinco recomendaciones que se remitían al desarrollo reglamentario de la Ley 21/1992, de Industria. Y ello porque en dicha Ley se considera que los nuevos Reglamentos de Seguridad Industrial "se aprobarán por el Gobierno de la Nación, sin perjuicio de que las Comunidades Autónomas, con competencia legislativa sobre industria, puedan introducir requisitos adicionales sobre las mismas materias cuando se trate de instalaciones radicadas en su territorio."

Partía el Informe del Tribunal de la constatación del elevado grado de regulación de dicho mercado así como de la complejidad de dicha regulación y de las consecuencias que de ello se derivaban: en primer lugar, dificultades para extender la competencia; en segundo lugar, mayores facilidades para lograr colusiones o mantener situaciones de privilegio; y, por último, mayores costes económicos y sociales como consecuencia de las innecesarias complejidades administrativas que padece el sistema actual.

Consideraba el Tribunal que la remoción de los obstáculos a la competencia no debiera diferirse con el fin de que el libre ejercicio de las fuerzas del mercado contribuyan a la modernización del sector en beneficio del propio sector y, sobre todo, de los consumidores. La actualización de la regulación vigente contribuiría, sin duda, a hacer más transparentes las relaciones entre empresarios de la instalación y del mantenimiento y los clientes, reduciendo, a la vez, los actuales niveles de litigiosidad y las quejas de los usuarios mediante las organizaciones de consumidores.

Entendía el Tribunal que la iniciativa del cambio de la regulación actual debía partir del Ministerio de Industria y Energía, por medio del desarrollo reglamentario de la Ley de Industria de 1992 y proseguirse por las Comunidades Autónomas en función de sus competencias. Sin embargo, nada se ha hecho al respecto.

En consecuencia, la inexistencia de los referidos textos reglamentarios impide tanto cualquier comentario sobre la cuestión como la realización de un balance sobre el asunto.

ANEXO 1: ANÁLISIS DEL CUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS PROPUESTAS POR EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

A) MEDIDAS GENERALES

RECOMENDACIONES TDC	SITUACIÓN AL 1.1.1995
Presentación anual a las Cortes del "Presupuesto de Restricciones a la Competencia".	No se ha seguido la recomendación del TDC.
Establecimiento de un sistema de incompatibilidades que impida que quienes desempeñan funciones de regulación de los sectores económicos presten simultáneamente servicios como administradores o directivos de las empresas pertenecientes a dichos sectores.	No se ha avanzado significativamente en este punto. No se recoge en la Ley 12/95 de Incompatibilidades de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración. ²¹
Separación de los holdings públicos de aquellas empresas que gocen de alguna restricción a la competencia.	No se ha seguido la recomendación del TDC. ²²
Reforzamiento de la Junta Superior de Precios.	No se ha seguido la recomendación del TDC.
Introducción de un test de competencia a aplicar a las nuevas normas.	No se ha seguido la recomendación del TDC.

²¹ El Ministerio de Industria y Energía ha anunciado la salida de altos cargos de los Consejos de Administración de las empresas del INI y Teneo para dar entrada a profesionales de reconocida solvencia.

²² Con posterioridad a la fecha señalada, se ha dispuesto mediante el Real Decreto-Ley 5/1995, de 16 de junio, de Creación de Determinadas Entidades de Derecho Público la integración de ciertas empresas públicas en una Agencia estatal cuya financiación dependerá de los Presupuestos Generales del Estado.

B) MEDIDAS SECTORIALES

TELECOMUNICACIONES	
RECOMENDACIONES TDC	SITUACIÓN AL 1.1.1995 ²³
Separación radical entre reguladores y operadores. En los consejos de administración de las empresas públicas que gozan derechos exclusivos (Telefónica, Retevisión e Hispasat) no puede haber consejeros-reguladores.	Constituir antes de 1998 una entidad arbitral, adscrita al MOPTMA, dotada de autonomía y medios necesarios, que informe sobre las propuestas de tarifas para adaptarlas a los costes, vigile el cumplimiento de los requisitos de competencia, y resuelva los conflictos entre operadores de redes y servicios.
Mantener los objetivos públicos de telefonía, y en especial el servicio universal, estableciendo, a partir de un cierto nivel de cuota de mercado, la obligatoriedad de contribuir a los costes de la universalización entre los diversos operadores en función del tráfico que canalicen. En los casos de subvenciones explícitas, utilizar el sistema de concurso entre los diversos operadores, cuando los haya, para universalizar el servicio y estimular la competencia.	Extensión del servicio universal de telefonía local básica antes del 31 de Diciembre de 1996. Las "tarifas de acceso" de nuevos competidores se determinarán, una vez aprobados los criterios de la Unión Europea, transponiendo dichos criterios a la normativa interna. El sistema será operativo antes del 1 de enero de 1998.
Mantener una posición flexible respecto a la política de liberalización europea en el sector de las telecomunicaciones aunque se vaya entre los primeros países en el proceso liberalizador.	Se adelanta el plazo de liberalización total de la telefonía vocal al 1 de Enero de 1998, bajo determinadas circunstancias. No se hará uso de la moratoria de cinco años concedida por la Unión Europea a España. España seguirá una política de telecomunicaciones en línea con los Estados miembros más desarrollados.

²³ Se recoge el contenido del Acuerdo del Consejo de Ministros del 7 de octubre de 1994, especificando las novedades que se han producido con posterioridad.

TELECOMUNICACIONES	
RECOMENDACIONES TDC	SITUACIÓN AL 1.1.1995 ²³
No imponer limitaciones específicas a la actividad de Telefónica. Garantizar la igualdad de todos los operadores de telecomunicaciones y reforzar la vigilancia de las normas de competencia.	El Gobierno arbitrará las medidas necesarias para potenciar la adaptación de Telefónica y su grupo de empresas a las condiciones actuales de competitividad e internacionalización del sector de las telecomunicaciones. Se impulsará la incorporación de Telefónica de España S.A. a las nuevas actividades y servicios de telecomunicaciones.
Política de precios: 1. Durante los primeros años mantener el sistema actual de fijación de precios con crecimientos moderados de las tarifas urbanas y dejando que la competencia haga sentir sus efectos en el resto de los servicios. 2. Una vez avanzado el proceso, introducir un sistema de precios incentivador que favorezca a los consumidores y dé un horizonte a las compañías de telecomunicaciones. 3. Reforzamiento de la Junta Superior de Precios para llevar adelante las dos tareas anteriores.	Telefónica proporcionará a la Delegación del Gobierno información auditada de los costes y su estructura para cada uno de los servicios objeto del contrato concesional de telefonía local básica. Se establecerá un cuadro plurianual de revisión de tarifas con vigencia hasta 1998. Se prevé la fijación de un incremento global del conjunto de los precios de los servicios regulados que debe ser inferior al incremento del índice del coste de la vida previsto para cada año.
Habilitación al Gobierno para liberalizar el sector de las telecomunicaciones de forma rápida y flexible.	Impulsar el desarrollo del sector español de las telecomunicaciones favoreciendo la implantación de una competencia real y efectiva. Propiciar la constitución de un segundo operador nacional de redes y servicios de telecomunicaciones. Nada se dice de la forma jurídica que adoptarán estas decisiones.

TELECOMUNICACIONES	
RECOMENDACIONES TDC	SITUACIÓN AL 1.1.1995 ²³
Aprobar el Proyecto de Ley de televisión por cable en línea con las propuestas de introducción de competencia de este Informe, a la mayor brevedad posible. Regularizar la situación de los operadores actuales.	El Gobierno aprobará un proyecto de televisión por cable antes del 31 de Diciembre de 1994. El Proyecto de Ley se ha presentado. No recoge todas las recomendaciones del TDC a este respecto.
Aplicación efectiva de las normas liberalizadoras de la Unión Europea.	Se da por supuesto. Ha habido alguna incidencia en la transposición de las directivas europeas, como la carta de emplazamiento de 4 de mayo de la Comisión al Estado Español por presunto incumplimiento del art. 3 de la Directiva 88/3DI/CEE y del art. 2 de la Directiva 90/388/CEE. El RD 1647/94 trata de dar respuesta a esta carta de emplazamiento en lo relativo a la telefonía pública.
Convocar el concurso de telefonía móvil automática en condiciones tales que los nuevos operadores puedan competir efectivamente con Telefónica, sin depender exclusivamente de ella para proveer el servicio portador en exclusiva. Garantías de interconexión y de neutralidad de las tarifas de Telefónica con el competidor.	Resolver el concurso modalidad GSM antes del 31 de Diciembre de 1994 para una licencia libre, la otra licencia será para Telefónica, que será habilitada para prestar el servicio mediante una sociedad filial con contabilidad independiente. Acuerdo cumplido, aunque el coste de la licencia para el segundo operador plantea problemas de competencia para la Comisión de la Unión Europea en relación con los arts. 90 y 92 del Tratado de Roma.

TELECOMUNICACIONES	
RECOMENDACIONES TDC	SITUACIÓN AL 1.1.1995 ²³
Desarrollo del artículo 22 de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones (LOT), publicando el Reglamento de redes de datos, en el que no se utilice el punto c) del citado artículo -área geográfica- para establecer barreras de entrada obligando a coberturas excesivas. En cuanto al punto d) -medidas de salvaguardia para el actual operador- no debe utilizarse como una limitación a la competencia. De las otras exigencias -puntos a) y b)- relativos a publicidad de las condiciones de oferta y a interconexión de redes sólo señalar su oportunidad. En el momento de publicación del Reglamento, además, deberían estar disponibles los Títulos Habilitantes que prevé la LOT y que facultarían a Retevisión y a Correos, únicos posibles competidores de Telefónica en la oferta de circuitos hasta la modificación de la LOT, a suministrar servicios portadores, que podrían ser usados por las redes de datos que establecieran los nuevos operadores.	Propone incrementar la oferta de circuitos alquilados como servicio portador de los servicios de conmutación de datos ya liberalizados, mediante la concesión a Retevisión del correspondiente título habilitante. Retevisión podrá utilizar su propia red o la capacidad excedente de la red de telecomunicaciones de Correos.
Transposición de la directiva CE de oferta de red abierta para líneas arrendadas en breve plazo.	Continuar la reestructuración de las tarifas del servicio de alquiler de circuitos de Telefónica, con una disminución significativa de precios. Queda pendiente transposición directiva comunitaria. Debería haberse hecho antes del 5 de junio de 1993.

TELECOMUNICACIONES	
RECOMENDACIONES TDC	SITUACIÓN AL 1.1.1995 ²³
Aprobar el Real Decreto a que hace referencia la Disposición Transitoria primera, punto uno, de la LOT, permitiendo que los usuarios de líneas alquiladas puedan ofrecer a terceros la reventa de capacidad de servicio portador en el año 1993, en lugar del año 1996.	Anticipar al 1 de enero de 1995 la autorización de reventa de la capacidad excedente de los circuitos alquilados. Acuerdo cumplido a principios de 1995.
Liberalización de las comunicaciones entre satélites y estaciones terrenas.	El Acuerdo no recoge nada al respecto pero el MOPTMA se ha comprometido a presentar una regulación en verano de 1995.
Introducir competencia en transmisión de larga distancia, interurbana e internacional, concediendo autorizaciones a nuevos operadores para construir y operar las infraestructuras necesarias, y asegurando su interconexión con las redes locales de Telefónica en condiciones equitativas.	Dado que el Acuerdo de Consejo de Ministros y en el Proyecto de Ley de Televisión por Cable se fija la liberalización de la telefonía de voz en 1998, de acuerdo con la decisión de la Unión Europea, ello llevará simultáneamente a la liberalización de infraestructuras.
Modificación de la LOT para poder permitir la competencia en todo tipo de servicios. Extender el sistema de otorgamiento de autorizaciones vigente para los servicios de valor añadido al resto de los servicios de telecomunicación. La autorización deber ser el régimen general y la concesión sólo cuando exista una limitación cuantitativa al número posible de licencias por razones técnicas, por ejemplo, por la limitación del espectro radioeléctrico. Además, es necesario derogar los artículos que exigen la presentación de servicios en régimen de monopolio y otros de índole similar que restringen la competencia.	El operador de televisión por cable podrá utilizar la red soporte de este servicio para prestar cualquier servicio de valor añadido, y otros a medida que se vayan liberalizando, siempre que obtenga el correspondiente título habilitante. El Proyecto de Ley de Televisión por cable modificaría parcialmente la LOT.

TELECOMUNICACIONES	
RECOMENDACIONES TDC	SITUACIÓN AL 1.1.1995 ²³
Mantener, de momento, el monopolio en el servicio de telefonía local para el usuario doméstico. No obstante, se debe introducir en la modificación legal la posibilidad de competencia para poder aplicarla en el momento oportuno.	Completar la liberalización antes de 1998 tras haber conseguido la extensión universal de la telefonía básica en 1996, la reestructuración de tarifas para orientarlas a sus costes relativos y el establecimiento de tarifas de acceso a pagar por los operadores en competencia al operador que garantice el cumplimiento de las obligaciones de servicio público. El acuerdo va más allá de la propuesta del TDC al incluir la liberalización de toda la telefonía de voz en 1998 siguiendo la decisión de la Unión Europea de 16.6.93, posterior al cierre del Informe del TDC.

TRANSPORTE AÉREO	
RECOMENDACIONES TDC	SITUACIÓN AL 1.1.1995.
Libre acceso de las compañías aéreas con licencia española a los servicios aéreos reguladores de pasajeros en el territorio nacional.	Completamente liberalizado. Asimismo está liberalizado el cabotaje consecutivo para compañías con licencia comunitaria.
Introducción de un segundo operador para el servicio de asistencia en tierra a las aeronaves, viajeros y mercancías en los aeropuertos de primera categoría.	El segundo operador ha sido ya establecido en dos aeropuertos (Las Palmas y Tenerife). Se prevé implantarlo por concurso en otros 16 (con tráfico de más de 1 millón de pasajeros).
Liberalización del servicio de recepción y atención al pasajero en todos los aeropuertos nacionales.	Ya realizado.
Autorización del denominado "autohandling" en todos los aeropuertos nacionales.	Establecida por los operadores españoles. Se realizan estudios de la capacidad disponible para su generalización a todos los operadores.
Establecimiento de un sistema objetivo de adjudicación de los horarios de salida y llegada de los vuelos que permita con cierta periodicidad el acceso a los mismos por parte de los nuevos operadores.	Se han establecido Comités de Coordinación bajo control de AENA. Se aplican los criterios del Reglamento CEE 95/1993.
Libre acceso a los sistemas informáticos de reservas.	Pendiente de aplicación del Reglamento CEE 3089/1993.
Liberalización de las ventas de plazas "seat only" en los servicios aéreos no regulares hasta un determinado porcentaje.	Establecida por Orden Ministerial de 29.12.1992

TRANSPORTE TERRESTRE POR CARRETERA	
RECOMENDACIONES TDC	SITUACIÓN AL 1.1.1995.
Continuar con la introducción de competencia en los concursos de adjudicación de las nuevas concesiones de transportes interurbanos de viajeros por carretera.	Se está haciendo de esta forma en los nuevos concursos.
Establecimiento de un límite temporal máximo de diez años para las nuevas concesiones de transportes interurbanos de viajeros por carretera.	Se están aplicando plazos concesionales de 12 años.
Posibilidad de modificar las condiciones de las concesiones relativas a los transportes interurbanos de viajeros por carretera en cuanto a vehículos, frecuencias, horarios y paradas siempre que se ofrezcan compensaciones y sean controladas por la Administración.	Se está aplicando en la actualidad. Plantea problemas en cuanto al ejercicio discrecional por parte de la Administración del derecho a modificar las condiciones establecidas en las bases del concurso.
Admisión del cabotaje consecutivo en el transporte interurbano de viajeros por carretera hasta un porcentaje de la capacidad del vehículo que se determine siempre que el flujo lo justifique.	No se ha seguido la recomendación del TDC.
Apertura, con carácter experimental, de un corredor a varios operadores de transportes interurbanos de viajeros por carretera que compitan entre sí cuando por el flujo lo justifique.	No se ha seguido la recomendación del TDC.
Liberalización progresiva de las tarifas de transporte de mercancías por carretera.	Se ha iniciado para los transportes especiales. Se culminará en 1998.

TRANSPORTE TERRESTRE POR CARRETERA	
RECOMENDACIONES TDC	SITUACIÓN AL 1.1.1995.
Supresión de los documentos administrativos obligatorios para el transporte de mercancías por carretera.	Se ha suprimido el hecho de "Declaración de Portes". Se ha iniciado el procedimiento para su modificación legislativa.
Supresión del sistema de contingentes en los transportes de viajeros y mercancías por carretera.	Se ha establecido, como horizonte temporal, la fecha del 1.1.1998.
Refuerzo de la inspección en los transportes de viajeros y mercancías por carretera.	Es una de las prioridades del MOPTMA. Se han elaborado planes de colaboración con otras Administraciones.

TRANSPORTE MARÍTIMO	
RECOMENDACIONES TDC	SITUACIÓN AL 1.1.1995.
Liberalización del cabotaje marítimo nacional de línea regular (concesión de nuevas líneas).	Esta liberalizado tanto el cabotaje nacional como el comunitario (salvo en las Islas).
Liberalización del cabotaje marítimo consecutivo de carácter ocasional.	Se mantienen los calendarios comunitarios.
Mantenimiento de la libertad de los fletes marítimos.	Existe la libertad de fletes. Está desapareciendo la intervención administrativa en esta materia.
Desarrollo legislativo del Registro Especial de Buques de Canarias.	Hay problemas con las disposiciones sobre régimen laboral y bonificaciones fiscales y de las cuotas de seguridad social.

TRANSPORTE FERROVIARIO	
RECOMENDACIONES TDC	SITUACIÓN AL 1.1.1995.
Separación paulatina de la gestión de la infraestructura ferroviaria y las operaciones de transporte de viajeros y mercancías por ferrocarril.	Se ha realizado desde el punto de vista contable. Se ha suscrito Contrato Programa con el Estado.
Estudio de la liberalización del acceso a la infraestructura ferroviaria mediante el pago de una tasa de utilización.	Se prevé en el nuevo Estatuto de Renfe
Concesión a una nueva empresa distinta de Renfe de un corredor de transporte ferroviario de largo recorrido.	No se ha seguido la recomendación del TDC.
Concesión a una empresa distinta de Renfe de una línea de transporte ferroviario de viajeros de cercanías.	Se estudia su implantación en líneas de ferrocarril de vía estrecha.
Liberalización de la tracción ferroviaria.	Se admite en el nuevo Estatuto de Renfe.

SECTOR ELÉCTRICO	
RECOMENDACIONES DEL TDC	SITUACIÓN A 1.1.1995
Establecimiento de condiciones generales y no discriminatorias para la concesión de autorizaciones de actividad e instalación mediante procedimientos competitivos de tal forma que puedan incorporarse nuevos operadores.	La Ley 40/1994, de 30 diciembre, de ordenación del Sistema Eléctrico Nacional (LOSEN) permite la introducción de competencia por el mercado, aunque la redacción de su artículo 23 relativo a la adjudicación de unidades de producción mediante concurso no permite asegurar el cumplimiento de criterios puramente concurrenciales.
Creación de un "Sistema Independiente" de generación de energía eléctrica en el cual determinadas centrales de generación y determinados consumidores puedan establecer contratos de suministro de energía eléctrica. Especificación de los criterios que han de cumplir las centrales de generación y los consumidores para participar en este sistema. Especificación de los conceptos e importes que los consumidores deben pagar como aportación al servicio público y de las condiciones en que pueden incorporarse al "Sistema Integrado" para recibir suministro.	Permitida su autorización a la Administración, previo informe de la nueva Comisión del Sistema Eléctrico Nacional (CSEN) por el art.12 de la LOSEN. Sin embargo, la Ley prevé que el sistema integrado garantizará la cobertura del suministro alternativo a los usuarios del sistema independiente, que compensarán los costes resultantes. El sistema tiene sentido económico precisamente cuando el usuario no necesita tener garantizado el suministro, pero requiere precios más bajos. Será necesaria una modulación de la garantía de cobertura del suministro si se quiere que exista un sistema independiente. No se resuelve en la nueva norma. Tampoco se resuelve en la nueva norma.

SECTOR ELÉCTRICO	
RECOMENDACIONES DEL TDC	SITUACIÓN A 1.1.1995
Separación de la actividad de comercialización de energía eléctrica.	No se establece en la LOSEN que, sin embargo, otorga al Gobierno competencia para su regulación, previo informe de la CSEN, cuando ello sea aconsejable. (Disposición adicional décima).
Establecimiento de los criterios de remuneración de la actividad y de la estructura de precios al por mayor que deberán pagar las comercializadoras así como de la estructura de la tarifa al por menor aprobada por el Gobierno como máxima.	El Marco Legal Estable (MLE) modificado por Orden Ministerial de 3 y 17 diciembre 1993 introduce nuevos criterios de retribución estándar de las actividades de transporte, explotación unificada y distribución y comercialización conjuntamente, lo que puede servir de base en un futuro para la atención por parte del Gobierno de esta recomendación.
Autorización de la posibilidad de que determinados consumidores que cumplan criterios objetivos establecidos, puedan adquirir energía eléctrica del Sistema Integrado sin mediación de comercializadoras.	Al no existir una actividad de comercialización independiente de la de distribución eléctrica, no se atiende de momento esta recomendación.
Sustitución de la subvención implícita a la producción nacional de carbón por una cantidad explícita aplicable a la tarifa, discutida anualmente.	No se ha seguido la recomendación del TDC.

SECTOR ELÉCTRICO	
RECOMENDACIONES DEL TDC	SITUACIÓN A 1.1.1995
Aprobación de un sistema de valoración de los costes estándar reconocidos a las distintas actividades necesarias para la producción y suministro de energía eléctrica sobre la base de criterios objetivos con carácter general.	La LOSEN incorpora en su Título III el criterio de retribución basado en el reconocimiento de costes estándar como sistema habitual de retribución de los activos y actividades del sistema integrado. Nada hace suponer que se vaya a modificar el MLE con el fin de incentivar a las empresas para que reduzcan sus costes fijos ni de utilizar como referencia de la evolución de los costes reconocidos a una empresa la de los costes reales del resto del sector, aunque tampoco existe ningún obstáculo legal para hacerlo.
Desaparición de la G4 y, en su caso, sustitución por una cantidad explícita aplicable a la tarifa, discutida anualmente.	No se ha seguido la recomendación del TDC.

SERVICIOS MORTUORIOS	
RECOMENDACIONES TDC	SITUACIÓN AL 1.1.1995
Supresión de los servicios mortuorios de la lista de actividades monopolizables por los entes locales. Se deberá prever un régimen transitorio para las empresas que dejen de ser monopolistas.	No se ha seguido la recomendación del TDC.
Además, las autorizaciones para el ejercicio de la actividad deberán ser regladas (con enumeración exhaustiva de requisitos objetivos), de numerus apertus (se conceden a todos los que reúnan los requisitos) y habilitarán para el ejercicio de la actividad en todo el territorio estatal. Los precios de los servicios mortuorios serán libres.	No se ha seguido la recomendación del TDC.

TRANSPORTE REGULAR COLECTIVO	
RECOMENDACIONES TDC	SITUACIÓN AL 1.1.1995.
Mantener la posibilidad de que los Ayuntamientos monopolicen la planificación de las líneas de transporte regular colectivo, permitiendo, sin embargo, el establecimiento de otras líneas para el transporte de la periferia al centro, y viceversa, en las horas punta. La gestión del monopolio se acomodará a la preferencia de la subasta sobre el concurso para la concesión del servicio, y al principio de diversificación, en lo posible, de la actividad dividiendo en más de una concesión la explotación de las líneas. Se adoptará como tiempo máximo de las concesiones el de 10 años.	Corresponde a los Ayuntamientos la puesta en práctica de las medidas recomendadas; el Tribunal no tiene información sobre cuáles y en qué medida han seguido las medidas propuestas.

SERVICIOS DE INSTALACIÓN Y MANTENIMIENTO	
RECOMENDACIONES TDC	SITUACIÓN AL 1.1.1995.
Libre acceso de las personas y empresas a la profesión siempre que cumplan los requisitos generales establecidos por los Reglamentos de Seguridad Industrial.	No se ha seguido la recomendación del TDC.
Unidad de mercado en las actividades de instalación y mantenimiento.	No se ha seguido la recomendación del TDC.
Transparencia del mercado mediante la publicidad de los datos fundamentales de los instaladores y mantenedores.	No se ha seguido la recomendación del TDC.
Liberalización de las tarifas horarias y del importe de los gastos de desplazamiento y publicidad de los mismos.	No se ha seguido la recomendación del TDC.
Limitación a un año, con posibilidad de renovaciones anuales, de los contratos de mantenimiento de las instalaciones de uso doméstico.	No se ha seguido la recomendación del TDC.

COLEGIOS PROFESIONALES	
RECOMENDACIONES TDC	SITUACIÓN AL 1.1.1995
Establecer claramente el sometimiento de la actividad profesional a la legislación sobre competencia.	El Gobierno envió a las Cortes un Proyecto de Ley que recogía la mayoría de las medidas propuestas. Decayó en 1993 con la disolución del Parlamento y la convocatoria de elecciones generales. Se ha elaborado un nuevo Anteproyecto que actualmente se haya en fase de discusión.
Establecer la libertad de fijación de sus propios precios por los profesionales. En el caso de que se decidiera mantener, en algunos casos, un sistema de tarifas generales se recomendaba que, al igual que los precios autorizados, tuvieran un carácter de máximas y sean aprobadas por el Gobierno, tras su examen por la Junta Superior de Precios.	
Suprimir todo tipo de restricciones a la publicidad, que no sean las establecidas en la Ley General de Publicidad y la Ley de Competencia Desleal.	
Suprimir las restricciones a la extensión de la actividad territorial y permitir que los profesionales colegiados puedan ejercer libremente en todo el territorio nacional, cualquiera que sea el Colegio donde se inscriban.	
Eliminar las restricciones impuestas a la libre configuración de la estructura del negocio y permitir que los profesionales puedan utilizar las figuras de las sociedades civiles o mercantiles para el ejercicio de su profesión.	

COLEGIOS PROFESIONALES	
Derogar la obligación de que el cobro de honorarios se haga a través de los Colegios.	
Establecer que el visado colegial se limitará al aspecto técnico del contrato o proyecto.	
Mantener la colegiación obligatoria, dado que en nuestro país no aparece configurada como una barrera que dificulta o impide el acceso a la profesión.	

SUELO	
RECOMENDACIONES TDC	SITUACIÓN AL 1.1.1995. ²⁴
Creación de la Comisión prevista en el cuerpo de este Informe.	La Comisión se creó y, una vez concluidos sus trabajos, presentó su informe en noviembre de 1994.
Buscar fórmulas para acentuar el carácter reglado de la determinación del suelo urbano, garantizando el derecho a construir de conformidad con reglas generales y sometiendo efectivamente a los propios poderes públicos a estas reglas.	No se ha seguido la recomendación del TDC.
Permitir a los particulares decidir sobre el uso del suelo urbanizable siempre que se cumplan las reglas generales.	No se ha seguido la recomendación del TDC.
Precisar cuál es el suelo no urbanizable en todo el territorio nacional de acuerdo con un plan de prioridades públicas en función de valores medioambientales, paisajísticos y ecológicos.	No se ha seguido la recomendación del TDC.
Estudiar sistemas de financiación de los entes locales que les permitan financiarse sin necesidad de recurrir a concesiones monopólicas.	No se ha seguido la recomendación del TDC.
Reducción de los plazos y etapas para la calificación y gestión del suelo.	La Comisión de Expertos ha recogido esta propuesta.

²⁴ El Consejo de Ministros aprobó un Acuerdo el 13 de enero de 1995, sobre reformas estructurales para atajar el problema de la escasez de suelo urbanizado, cuyo contenido no va en la línea de las propuestas del Tribunal.

CAPITULO III: OTROS CAMBIOS NORMATIVOS ACOMETIDOS O EN PROYECTO.

En diversos sectores y aspectos de la actividad económica española que no han sido objeto de estudio por el Tribunal en sus Informes se han producido o se proyectan modificaciones legislativas. De este conjunto de modificaciones, en este apartado se analizan sólo aquellas reformas, aprobadas o previstas, que tienen o pueden tener repercusiones sobre la competencia. En concreto, se analiza la reforma del mercado de trabajo en lo que respecta a la eliminación del monopolio del INEM, la Ley de Arrendamientos Urbanos, la Ley sobre Subrogación y Modificación del Créditos Hipotecarios, la reforma del Reglamento de los Corredores de Comercio y las distintas iniciativas legislativas que se ha producido en el ámbito de la distribución comercial minorista.

1. El fin del monopolio del INEM.

Ante el convencimiento generalizado de que el funcionamiento del mercado de trabajo español era muy deficiente y de que era necesario introducir profundas reformas en el mismo, se aprobaron en el primer semestre de 1994 un conjunto de normas que se conocen con el nombre de la reforma del mercado de trabajo. La importancia de esta reforma es enorme, no sólo porque afecta a prácticamente todos los aspectos de la relación laboral, sino también por el hondo calado de algunas de las modificaciones que introduce.

La legislación laboral española se ha caracterizado por una gran rigidez que ha dificultado enormemente el funcionamiento del mercado de trabajo. Una de las principales causas de esta rigidez radica en que, con el fin de proteger al trabajador, se le ha concedido a la Administración un papel excesivamente preponderante e intervencionista en las relaciones laborales. Precisamente, el principal objetivo que se persigue con la reforma es reducir la intervención administrativa y dejar que sean las partes implicadas, empresarios y trabajadores, quienes definan gran parte del contenido de la relación laboral a través de la negociación colectiva. De este forma será posible dibujar unas relaciones laborales más flexibles que permitan una mejor organización de la actividad productiva.

Como ya se ha indicado, las modificaciones introducidas con la reforma son muy numerosas e inciden en prácticamente todos los aspectos de la relación laboral: contratación, jornada laboral, movilidad funcional y geográfica de los trabajadores, modificación de las condiciones de trabajo, despido y contenido de la negociación colectiva. Pese a la importancia de todos estos cambios, aquí sólo se comentan los relativos a la intermediación en el mercado de trabajo por ser los que afectan directamente a la introducción de competencia.

El Estatuto de los Trabajadores atribuía al INEM el monopolio en materia de colocación al obligar a los empresarios a contratar a sus trabajadores por medio de este organismo. Además, se prohibía explícitamente la existencia de agencias privadas de colocación.

Sin embargo, la actuación del INEM para aproximar ofertas y demandas se ha mostrado tremendamente ineficiente: más del 90 por ciento de los trabajadores encontraban trabajo al margen del circuito oficial de colocación. La pervivencia de este monopolio se ha traducido en unos elevados costes de búsqueda de empleo para los trabajadores y de búsqueda de personal para los empresarios.

Ante la evidencia de que el servicio público de empleo no puede abarcar la totalidad de las cada vez más variadas ofertas y demandas de trabajo, se han tomado varias medidas para terminar con el monopolio del INEM en materia de intermediación.

En primer lugar, la Ley 10/1994, de 19 de mayo, sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación, elimina la obligación del empresario de contratar a través del INEM. Esto supone que los empleadores no tendrán que solicitar forzosamente al INEM el trabajador que necesiten. En segundo lugar, la misma Ley autoriza la existencia de agencias privadas de colocación, siempre que no tengan carácter lucrativo. Por último, la reforma incluye otro gran elemento liberalizador de la intermediación en el mercado de trabajo: las empresas de trabajo temporal. Mediante la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, se ha dado un marco legal a este tipo de empresas, cuya actividad consiste fundamentalmente en contratar trabajadores para ponerlos a disposición de otra empresa usuaria.

La existencia de intermediarios privados en la contratación es necesaria para atender a las cada vez más complejas y diversificadas ofertas y demandas de trabajo. Con ello se conseguirá tener unos mecanismos de mediación más eficientes, lo cual reducirá el coste de la búsqueda de empleo y favorecerá la ocupación al aumentar la transparencia en el mercado.

Sin embargo, con las medidas adoptadas no se agotan las posibilidades de mejorar los mecanismos de intermediación. Es necesario dar un paso más y permitir que las agencias privadas de colocación puedan tener fines lucrativos. El carácter no lucrativo que se exige a este tipo de empresas impide que se desarrolle entre ellas la competencia y que los trabajadores y las empresas se beneficien de una intermediación más eficiente.

También debería evitarse que la autorización y el control de estos intermediarios privados esté en manos de INEM. Dado que a partir de ahora el INEM y estas agencias serán competidores en el mismo mercado, que el INEM las controle puede desvirtuar la competencia.

2. La ley de arrendamientos urbanos.

Otra de las grandes reformas aprobadas en 1994 ha sido la del mercado de alquileres materializada en la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (LAU), que ha entrado en vigor el 1 de enero de 1995.

Hasta el 1 de enero de 1995 el marco legal aplicable a los arrendamientos urbanos era el establecido en la Ley de Arrendamientos Urbanos (LAU) de 1964, con las modificaciones introducidas por el Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 de abril, más conocido como el "Decreto Boyer". La convivencia de contratos regulados por la LAU de 1964 y de contratos regulados por el Real Decreto-Ley ha generado una acusada segmentación en el mercado de arrendamientos urbanos. Los contratos celebrados antes de la aprobación del "Decreto Boyer", gozan de prórroga forzosa y de rentas relativamente bajas, en muchos casos incluso congeladas. En cambio, a partir del citado Decreto, han sido las partes las que libremente han pactado las condiciones del arrendamiento.

La pervivencia de los contratos previos al "Decreto Boyer" origina una grave distorsión del mercado de alquileres. Su carácter de indefinidos, agravado por el generoso sistema de prórroga en favor del arrendatario, y por las dificultades para la actualización de la renta, perjudica seriamente a los arrendadores y ha supuesto una paralización del mercado de arrendamientos urbanos en España por carecer de atractivos.

La aprobación del "Decreto Boyer" alivió notablemente el problema, al permitir que se celebraran contratos a un precio y con una duración más acordes con las condiciones del mercado. Sin embargo, supuso sólo una solución parcial, puesto que no resolvía el problema de los contratos con prórroga indefinida.

Por ello, uno de los principales objetivos de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos es resolver los problemas derivados de los contratos celebrados con anterioridad al Real Decreto-Ley 2/1985. Con este fin, la Ley limita notablemente los derechos de subrogación ligados a este tipo de contratos, al tiempo que arbitra mecanismos de actualización de las rentas de alquiler a fin de que reflejen el crecimiento de los precios que se ha producido desde la firma de los contratos, y que no ha sido repercutido.

Resolver la situación en que se encuentran los alquileres anteriores a 1985 es una tarea tan delicada como necesaria. Se trata de un asunto delicado porque, al favorecer a los propietarios afectados, que durante años no han podido disponer de sus inmuebles ni obtener una renta derivada de ellos acorde con las condiciones del mercado, se recortan los derechos adquiridos por los inquilinos según la anterior legislación. Esta contraposición de intereses obligaba a buscar una solución equilibrada. Determinar si éste ha sido realmente el resultado final resulta difícil y no es, además, el objetivo de este Informe. Pero, con independencia de cómo se vean afectadas las partes, es razonable pensar que en lo que respecta a este aspecto de la LAU, el conjunto de la economía nacional

saldrá beneficiada a largo plazo puesto que con los mecanismos introducidos se logra, al fin y al cabo, dar una salida a la anquilosada y anacrónica situación de los contratos de alquiler anteriores a 1985. Esta valoración positiva debe matizarse como consecuencia de los efectos económicos negativos derivados de la litigiosidad a que pueden dar lugar los defectos técnicos de la Ley.

Sin embargo, la LAU no se limita, como hubiera sido deseable, a modificar el marco regulador de los contratos anteriores a 1985. También establece un nuevo marco para los contratos que se firmen a partir de la entrada en vigor de la Ley en el que la libertad de las partes para fijar las condiciones del contrato se ve seriamente restringida. La principal restricción consiste en que se establece un plazo mínimo de cinco años para la duración del contrato, de manera que, si el plazo inicial pactado por las partes es inferior a cinco años, será obligatorio prorrogarlo por plazos anuales hasta que el arrendamiento alcance una duración de cinco años.

La justificación de estas restricciones a la voluntad de las partes a la hora de negociar el contrato de alquiler es proteger los intereses del inquilino. Sin embargo, sus efectos pueden ser perversos para el funcionamiento del mercado de alquileres. Introducir un plazo mínimo para la duración de los contratos reducirá la oferta de viviendas de alquiler, puesto que todos aquellos propietarios que deseen alquilar su vivienda por un plazo inferior no estarán dispuestos a alquilar. Esto perjudicará no sólo a los propietarios de viviendas, sino también a los inquilinos, ya que si la oferta de alquileres se restringe el precio de éstos tenderá a aumentar. Por otro lado, homogeneizar normativamente las condiciones de los contratos en cuanto a duración limita las posibilidades de que los arrendadores compitan por esta vía.

Por tanto, aunque el objetivo de proteger al inquilino que persigue la LAU es loable, el mecanismo elegido es inadecuado y amenaza con hacer más rígida la oferta de alquileres y provocar mayores incrementos de sus precios. Hubiera sido preferible que la nueva LAU hubiera respetado la libertad de las partes a la hora de fijar la duración del contrato tal y como venía ocurriendo desde 1985. En última instancia se habría podido fijar en la Ley un plazo de cinco años para aquellos casos en los que las partes no hubieran acordado otro.

3. Subrogación y modificación de créditos hipotecarios.

La figura del crédito hipotecario desempeña un papel importante en cualquier sistema económico, no sólo porque facilita el acceso de los ciudadanos a un bien básico como es la vivienda, sino también porque favorece el desarrollo de la actividad económica. Sin embargo, en el pasado, el mercado de créditos hipotecarios ha estado sometido a ciertas restricciones que restaban operatividad a este instrumento financiero. Una vez que un cliente cerraba un crédito hipotecario con una determinada entidad financiera, existían ciertas barreras que

impedían en la práctica que este cliente pudiera cambiar de hipoteca. Las elevadas comisiones por amortización anticipada impuestas por las entidades crediticias y la duplicación de gastos, también elevados, que implicaba la cancelación de un crédito hipotecario y la celebración de otro nuevo hacían inviable que, ante descensos de los tipos de interés en el mercado, el cliente optara por cancelar su crédito y negociar uno nuevo con otra entidad financiera o incluso con la misma.

Esta situación resultaba perjudicial para el usuario y desincentivaba la competencia en el mercado de préstamos hipotecarios, ya que los altos costes de cancelación impedían que los clientes abandonaran a las entidades menos competitivas y renegociaran sus créditos con aquellas entidades que ofrecieran condiciones más ventajosas. Todo ello movió a las Cortes a aprobar la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, cuya principal finalidad es facilitar y abaratar la subrogación y la renovación de este tipo de préstamos.

En primer lugar, la Ley permite la subrogación en los préstamos hipotecarios, esto es, que el deudor pueda sustituir al acreedor sin necesidad de recabar el consentimiento de éste aunque no conste en los citados contratos de préstamo la posibilidad de amortización anticipada. En segundo lugar, se limita la cuantía a percibir por la entidad acreedora en concepto de comisión por la amortización anticipada de su crédito en los préstamos a interés variable. En tercer lugar, se reducen los costes fiscales y los derivados de los honorarios notariales y registrales, tanto en la subrogación como en la renovación modificativa del préstamo hipotecario en lo que se refiere al tipo de interés.

Estas medidas favorecen la competencia ya que contribuyen a que el cliente no quede cautivo de la entidad financiera con la que inicialmente concierta el préstamo. Si el usuario percibe que las condiciones de su préstamo son claramente desventajosas en relación a las que ofrecen otras entidades, puede cancelarlo y acudir a otro banco u obligar al suyo a renegociar el préstamo. En la práctica, lo que se ha conseguido con esta reforma es que, ante el riesgo de perder a sus clientes, las entidades financieras ofrezcan unos créditos hipotecarios en condiciones más competitivas, fundamentalmente en lo que a tipos de interés se refiere, de tal modo que no compense la subrogación.

4. Derechos arancelarios de los corredores de comercio.

El Reglamento de los Corredores de Comercio prohíbe la realización de descuentos o bonificaciones sobre los aranceles establecidos, por considerarlos competencia ilícita. Esta prohibición constituye una restricción a la competencia en precios que impide que los usuarios se puedan ver beneficiados con un abaratamiento de los servicios prestados por los Corredores.

Sin embargo, la Disposición Adicional Octava de la Ley 3/1994, de 14 de abril²⁵, introdujo una importante modificación a este respecto. Esta Disposición regula el régimen disciplinario aplicable a los Corredores. Entre las faltas que se consideran graves se contempla la percepción de derechos arancelarios superiores a los establecidos.

En línea con esto, el Ministerio de Economía y Hacienda prepara un nuevo Reglamento de Corredores de Comercio que será tramitado como Real Decreto. En el borrador se contempla la eliminación de la prohibición de hacer descuentos y se reitera que el cobro de derechos arancelarios superiores a los establecidos será sancionado.

Estas modificaciones normativas suponen un cambio radical en el sistema de remuneración de estos profesionales. Los Corredores no sólo no pueden cobrar derechos superiores a los establecidos en el arancel, sino que, además, estos derechos arancelarios fijados administrativamente pasan a ser precios máximos

De esta manera los Corredores pueden competir entre sí ofreciendo descuentos, lo cual tiene un efecto positivo para los usuarios que se benefician de una función fedataria más barata.

Por otra parte, en el Proyecto de Reglamento se establece que los Convenios entre Corredores, tendrán que ser autorizados por la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, y que se requerirá que persigan "un mejor ejercicio de la profesión, una adecuada organización del trabajo o una mejor atención a la clientela". Ello supone una garantía de que dichos Convenios no se establecerán en detrimento de la competencia entre Corredores ni de los intereses de los consumidores.

5. Comercio minorista.

Tradicionalmente la distribución comercial ha sido un sector caracterizado por la ausencia de restricciones a la competencia, especialmente desde que en 1985 el conocido "Decreto Boyer" liberalizara los horarios comerciales. Este marco regulador ha sido uno de los factores determinantes del desarrollo del sector, ya que ha posibilitado la aparición de formas de comercialización más modernas, que han brindado al consumidor la oportunidad de acceder a una oferta más variada y más adaptada a sus necesidades.

Las grandes superficies y los centros comerciales han constituido uno de los principales motores de este proceso de modernización de la distribución comercial. Este tipo de establecimientos goza de un mayor poder de mercado

²⁵ Ley 3/1994, de 14 de abril, por la que se adapta la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria y se introducen modificaciones relativas al sistema financiero.

frente a sus proveedores, lo que les permite conseguir los productos en mejores condiciones. Adicionalmente, utilizan sistemas de gestión más eficientes, ofrecen al consumidor un mayor número de servicios y abren sus puertas al público durante más horas. Todo ello les hace más competitivos y les ha permitido ganar cuota de mercado en detrimento del denominado comercio minorista tradicional.

Ante esta situación, los pequeños comerciantes han solicitado reiteradamente a los poderes públicos algún tipo de protección frente a las grandes superficies y centros comerciales. Desde el inicio de la presente legislatura estas peticiones han encontrado respaldo, lo cual ha dado lugar a una serie de iniciativas legislativas que a continuación se analizan, las cuales contienen graves restricciones a la competencia.

En primer lugar, a finales de 1993 se aprobó el Real Decreto-Ley 22/1993, de 29 de diciembre, por el que se establecen las bases para la regulación de horarios comerciales, según el cual las Comunidades Autónomas pueden limitar la apertura de los establecimientos comerciales en días festivos hasta un mínimo de ocho al año. A lo largo de 1994 las distintas Comunidades Autónomas han hecho uso de esta facultad, restringiendo las aperturas en festivos y estableciendo sanciones para los establecimientos que incumplan la normativa.

Por otra parte, los proveedores de las grandes superficies, fundamentalmente la industria agroalimentaria, han requerido reiteradamente de los poderes públicos que se tomen medidas para obligar a las grandes empresas de distribución a acortar sus plazos de pago que, en la actualidad, son tachados de muy largos en relación con el alto grado de rotación de los productos que venden. Con el fin de analizar este tema, en el Congreso de los Diputados se constituyó una Ponencia Especial, cuyas conclusiones van en la línea de adoptar medidas que induzcan a las grandes empresas de distribución a fijar plazos de pago por debajo de un cierto límite, que se quiere fijar en 60 días. Se pretende que estas medidas queden recogidas en la futura Ley de Comercio.

Por su parte, la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos acordó la creación de una Comisión Interministerial para estudiar el problema del aplazamiento de los pagos. En sus conclusiones esta Comisión advertía que la causa de este fenómeno radica en el mayor poder de mercado de que gozan estas grandes empresas de distribución frente a sus proveedores. El imponer medidas coercitivas con el fin de acortar los plazos de pago, sin que la correlación de fuerzas entre proveedores y gran distribución se altere, conducirá a que este poder de mercado se manifieste de alguna otra forma, igualmente desventajosa para los pequeños proveedores.

Por último, como culminación de las iniciativas reguladoras se presentó una Proposición de Ley de Ordenación del Comercio Minorista que en la actualidad se discute en las Cortes. Este proyecto contiene numerosas restricciones a la competencia y a la libertad de empresa que, de aprobarse, consolidará el papel intervencionista que se le viene queriendo atribuir últimamente a la Administración

en el sector. La Proposición de Ley establece una regulación sobre horarios comerciales similar a la del Real Decreto-Ley 22/1993 con la intención de mantenerla más allá del año 2.000. En materia de plazos de pago, atendiendo a las conclusiones de la Ponencia Especial del Congreso, se establece que en aquellos casos en que se pacte un plazo superior a sesenta días será necesario instrumentar la operación mediante letras de cambio, e incluso aportar un aval si la operación supera una determinada cuantía.

De entre las restricciones a la competencia contenidas en la Proposición de Ley, resulta especialmente grave el establecimiento de una segunda licencia, adicional a la que otorgan los Ayuntamientos, que deberá conceder la Comunidad Autónoma correspondiente, para que se pueda instalar una gran superficie comercial. La concesión de esta licencia se basará en la valoración del impacto que la apertura de la gran superficie pueda tener sobre el comercio minorista de la zona.

El objetivo que se persigue con estas iniciativas legislativas es proteger al comercio minorista tradicional con el fin de frenar su pérdida de cuota de mercado. Sin embargo, estas medidas resultan claramente contraproducentes para el sector, incluido el comercio tradicional. La supervivencia de este tipo de comercio depende de su capacidad para modernizarse, de especializarse en aquellos ámbitos en los que puede resultar competitivo o de buscar formas alternativas de organización, como el asociacionismo o la franquicia. Al abrigo de la protección, el comercio tradicional encontrará menos incentivos para acometer su transformación.

Adicionalmente, frenar la expansión de las grandes superficies reforzará el poder de mercado de aquellas que ya se han establecido, que no tendrán que enfrentarse a nuevos competidores. Por el contrario, si no se limita la apertura de grandes empresas de distribución minorista aumentará la competencia entre ellas, lo cual se traducirá en una oferta mayor, más variada y a mejores precios.

Igualmente contraproducente es la propuesta de imponer una tasa a las grandes superficies para financiar la jubilación anticipada de los comerciantes que quieran abandonar su negocio, ya que, de nuevo, supone proteger al comercio tradicional a costa de la eficiencia del sector.

En definitiva, todas estas medidas obstaculizan la competencia en el sector de la distribución comercial, por lo que tienen repercusiones negativas sobre la tasa de inflación. Suponen, además, un freno a la expansión y modernización del sector, puesto que tratan de limitar el desarrollo de aquellas modalidades de comercio que más están creciendo. Esto desincentiva claramente las inversiones en el sector y no beneficia en nada la creación de empleo.

Evidentemente, el gran perjudicado por todas estas restricciones a la competencia en el sector de la distribución comercial es el consumidor, al que se impide disfrutar de unos horarios comerciales más flexibles y de las ventajas que se

derivan de un sistema comercial más competitivo y dinámico. Todos estos cambios normativos proyectados en materia de comercio van contracorriente, puesto que suponen alejarse del objetivo de liberalizar la economía española y mejorar el funcionamiento de los mercados.

PARTE TERCERA

NUEVAS RECOMENDACIONES DEL TRIBUNAL

En este capítulo, se abordan las propuestas de liberalización que el Tribunal formula sobre los nuevos sectores que han sido objeto de estudio a lo largo del último año y que son los siguientes: banca al por menor, puertos, distribución de productos petrolíferos, cine y oficinas de farmacia.

CAPITULO I: BANCA AL POR MENOR

1. Introducción

En su análisis sobre la competencia en el sector de los servicios era ineludible que el Tribunal estudiase el sector financiero y especialmente el bancario. Su importancia lo justifica ampliamente. Sin embargo, iniciado el estudio del sector se constató que, desde el estricto punto de vista de la competencia, la normativa aplicable es, en general, favorable a la misma. Prácticamente no se detectaron situaciones de restricción de la competencia establecidas de acuerdo con normas legales, que tuvieran contenido significativo.

Este es un hecho insólito en todos los sectores estudiados hasta ahora dentro de la rúbrica genérica del sector de los servicios. Normalmente, la normativa reguladora de los sectores analizados en los informes anteriores, y en éste mismo, incluye un amplio abanico de restricciones que van desde el monopolio legal hasta otras de menor entidad. En este sector, por el contrario, las restricciones legales a la competencia son escasas, con efectos muy limitados y, además, justificadas en la mayor parte de los casos por estar encaminadas al logro de otros objetivos públicos: corregir los fallos del mercado, tales como la asimetría de la información y la falta de transparencia, y dotar al sistema bancario de credibilidad y seguridad.

Por otra parte, es importante señalar que la necesidad de homogeneizar la normativa española con la de la Unión Europea, no ha sido la única razón, ni mucho menos, de la introducción de competencia en el sistema. En efecto, desde hace más de dos lustros, antes de la adhesión, ha existido en nuestro país una política autónoma al respecto encaminada al estímulo de la eficiencia a través de la liberalización progresiva del juego de las fuerzas de mercado. Esta circunstancia, insólita entre los sectores estudiados, apunta hacia un hecho incontestable: en este sector se ha producido en los últimos años una introducción progresiva de competencia tal como viene proponiendo el Tribunal, "mutatis mutandi", para otros sectores regulados.

En estas circunstancias, el estudio del Tribunal se ha centrado en analizar la estructura y el funcionamiento del sector bancario, seleccionando aquellas áreas de negocio donde se producen, o pueden producirse, menores niveles de competencia. En concreto, se ha detectado que es en el sector de la banca al por menor donde pueden existir los mayores problemas o posibilidades de los mismos. En efecto, en otras áreas del negocio las posibilidades de restricción de la competencia son muy escasas. Por ello, el estudio se centra en la banca al por menor.

El concepto de banca al por menor, que no es sino una traducción de la expresión inglesa "retail banking", se aplica a la actividad bancaria relacionada con el pequeño cliente, sea este particular o pequeña empresa. Este concepto se contrapone al de banca corporativa (corporate banking), que es la dedicada a las grandes empresas, y al de banca privada (private banking), que comprende fundamentalmente la gestión de patrimonios y la atención de clientes especiales.

Dadas las características del sector, este capítulo se diferencia de los otros en que no se dedica al estudio de las restricciones legales sobre la competencia, sino a ver cuál es el grado de competencia existente en el mismo y, en consecuencia, las propuestas que se realizan son escasas y de limitado alcance por lo que a la liberalización se refiere y se centran, en cambio, en el análisis y vigilancia posterior de las distintas prácticas restrictivas de la competencia que se han detectado en dicho sector.

Como más adelante se verá, un adecuado marco normativo, con ser imprescindible para el juego de las fuerzas del mercado, no garantiza la exclusión de comportamientos anticompetitivos, ni la satisfacción del consumidor. La competencia siempre es beneficiosa para el consumidor, pero en este sector se da la circunstancia de que elevados grados de la misma conviven con problemas de defensa del consumidor de cierta envergadura, lo que produce como consecuencia que la imagen del sector se encuentre empañada por este tipo de cuestiones, aunque no se refieran al Derecho de la Competencia en sentido estricto.

Por último, hay que señalar que el estudio del sector ha coincidido con una moción del Congreso de los Diputados pidiendo al Tribunal un informe de parecido contenido, que ya ha sido entregado. Las coincidencias entre este capítulo y el informe citado son, lógicamente, amplias.

2. Marco legal.

El sistema financiero y, específicamente, el sistema bancario, está estrictamente regulado en los países desarrollados y, en concreto, en la Unión Europea. La necesidad de regulación se explica por la existencia de fallos en este mercado que es necesario tratar de corregir, así como por la exigencia impuesta por algunos objetivos políticos, tales como allanar el camino al mercado único. La regulación europea, concretada en las correspondientes directivas, procura un marco de homogeneización de la normativa. Ello no significa que no exista margen para una política financiera propia de los países miembros de la Unión Europea. Esta se concreta en la mayor o menor celeridad en la transposición de las directivas europeas, en la forma de hacerlo, en otras iniciativas no relacionadas con la normativa europea y en la influencia que tiene cada país en la toma de decisiones en Bruselas a través de sus representantes en los Comités y en los Consejos de Ministros de la Unión Europea.

El hecho de ser un sector profundamente intervenido exige incluir un análisis de la evolución, por lo menos en sus líneas generales, de la normativa reguladora que constituye el marco jurídico en el que desenvuelve su actividad el sistema financiero y bancario.

Los objetivos de esta regulación se centran en tres aspectos fundamentales: reforzar la estabilidad del sistema financiero y garantizar a los clientes una protección suficiente, al tiempo que se busca aumentar la eficacia y competitividad del sector bancario y demás entidades financieras.

Diferentes prioridades dadas a cada uno de estos objetivos pueden dar lugar a combinaciones que se concretan en políticas de regulación dispares. Sin embargo, en todos los países desarrollados el objetivo de la eficacia se ha perseguido por la vía de la mayor competencia; así, incluso intervenciones encaminadas al logro de otros objetivos han sido diseñadas de tal manera que tiendan a favorecer al máximo -o a dificultar al mínimo- el libre juego de la competencia. Hay que subrayar que la intervención encaminada al logro de la estabilidad del sector o a la defensa de los clientes tienen efectos inducidos que influyen sobre el comportamiento del sector y, en concreto, no son neutrales sobre la competencia en el mismo. Sin embargo, este tipo de regulación, por razones generalmente aceptadas, se extiende a todos los países, por lo que el Tribunal no entra en su discusión.

No es éste el lugar para extenderse en relatar las etapas y los pasos en pro de la liberalización del sector, pero conviene hacer algunas reflexiones que, de modo sucinto, permitan situar el marco en que la banca desenvuelve su actividad.

Se ha producido un proceso de liberalización de la economía española con un aumento de competencia muy fuerte en los sectores industriales desde la adhesión de España a la CEE. En el sector de la prestación de servicios, esta liberalización ha sido mucho menos intensa. Sin embargo, en el sector financiero y, en concreto, en el bancario, incluso desde épocas anteriores a la adhesión, se ha perseguido la introducción de la eficiencia a través de regulaciones que aumentaban la competencia. De esta manera, el proceso de liberalización ha sido asimétrico, ya que ha afectado a la industria y a los bienes comercializables, pero no de igual manera al sector de los servicios, con la excepción del sector financiero.

La presión de la Unión Europea en favor de la introducción de mayor competencia en el sector bancario es indiscutible, aunque la liberalización española haya seguido una línea decidida que no la sitúa entre las más rezagadas del área. La liberalización, junto con una política de saneamiento del sector llevada en paralelo, han sido un éxito. El resultado es una banca competitiva en términos generales y abierta a la competencia, aunque pueden quedar algunos aspectos particulares que sean la excepción.

Los pasos fundamentales de este proceso han sido la resolución de una importante crisis bancaria, cuya gravedad fue tal que afectaba hace diez años al 20 por ciento de los pasivos ajenos del sistema bancario. El procedimiento seguido para resolver esta crisis a través de la actuación de los fondos de garantía de depósitos, aunque solventó el grave problema del sector financiero, ha tendido a producir un aumento del índice de concentración en el sector. En todo caso, éste se hubiese producido igualmente si los bancos en mala situación hubiesen desaparecido, con la salvedad de una compensación por la aparición de nuevos bancos, en cualquiera de los dos supuestos citados en este párrafo.

Sin embargo, desde el estricto punto de vista de la competencia, el resto de las medidas adoptadas ha sido mucho más positivo, empezando por el primer paso de la equiparación entre bancos comerciales y cajas de ahorro en 1977 y el salto adelante que supuso permitir la entrada de la banca extranjera en 1978. Otro paso fundamental en la liberalización se dio con la Ley 13/1985 sobre Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de los Intermediarios Financieros, que supuso un nuevo acercamiento al marco europeo. A raíz de la adhesión de España a la Comunidad Económica Europea, el proceso de liberalización se acelera. Conviene insistir en que se trata de un proceso de liberalización, no de desregulación, como muchas veces se le ha calificado, puesto que el sector continúa fuertemente regulado. La nueva normativa establece un marco de actuación en el que las fuerzas del mercado tienen más posibilidades de desenvolverse y aumenta las ventajas y premios que pueden obtener las entidades

bancarias por competir. De esta libertad hicieron buen uso las entidades bancarias, aumentando la competencia efectiva en el sector de forma destacada.

A título ilustrativo, que no exhaustivo, se expone a continuación una lista de las principales medidas de liberalización adoptadas:

- libertad de tipos de activo y pasivo,
- libertad de comisiones bancarias,
- libertad reglada de acceso al mercado que supuso una reducción de las barreras de entrada y una objetivización de las condiciones de entrada,
- libertad de expansión,
- libertad reglada de entrada de la banca extranjera,
- unificación de condiciones para la banca y las cajas de ahorro, eliminando una segmentación del mercado,
- reducción programada de coeficientes (de inversión y de caja) que, al inicio del período, en algún caso llegaban a afectar a un nivel equivalente a dos tercios de los pasivos computables,
- aumento de la transparencia de las operaciones.

Este proceso ha conducido a la creación de un marco competitivo en el sector bancario de progresiva integración en el mercado europeo, en el que las entidades han abandonado conocidos y aireados comportamientos paralelos del pasado y los han sustituido por otros de competencia a todos los niveles.

Así, frente a unas barreras legales de entrada radicales que suponían la práctica imposibilidad de conseguir una licencia bancaria nueva, de tal manera que su escasez condujo a una alta cotización de las licencias bancarias, en la actualidad los únicos requerimientos para crear un nuevo banco se limitan a un capital mínimo y la exigencia de honorabilidad comercial y profesional de los miembros del consejo de administración y de los directivos. Ciertamente los capitales mínimos requeridos en España son superiores a los impuestos en la Unión Europea por la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria. Sin embargo, ello no parece suponer una barrera de entrada significativa. A esta caída genérica de las barreras legales de entrada hay que añadir que la banca europea puede establecerse ahora en España sin prácticamente ninguna restricción.

Otro tipo de limitaciones eliminadas han sido las restricciones a la estructura de los negocios. Para la instalación de sucursales bancarias, se ha pasado de un rígido sistema de autorización previa y, para las cajas de ahorros, de limitación de la expansión fuera de su comunidad autónoma o provincia, a la libertad de

instalación de sucursales, siempre que se cumplan los requisitos mínimos de recursos propios.

Además, las principales restricciones a la estructura de los negocios se concretaban en la existencia de coeficientes que limitaban la libertad de operar de las entidades bancarias sobre más de dos quintos de los recursos captados a los clientes. El coeficiente legal de caja ha quedado reducido del 17 al 2 por ciento, siendo este último porcentaje prácticamente el coeficiente necesario por razones técnicas, con lo que ha desaparecido esta restricción, aunque queden residuos del mismo en los activos bancarios en forma de certificados del Banco de España sólo comercializables con esta institución o con otras instituciones bancarias, cuyos vencimientos se escalonan hasta el año 2000. Por su parte el coeficiente de inversión obligatoria en diversos activos, que podía calificarse como un canal de financiación privilegiada, ha desaparecido a finales de 1993.

Las principales entidades bancarias -bancos y cajas de ahorros- tenían hasta hace poco diferente regulación. Hasta 1988 no se acabó de eliminar esta diferenciación legal, con la liberalización de la apertura de sucursales de las cajas fuera de sus mercados tradicionales provinciales o autonómicos. Esta medida creó el marco legal para permitir ir eliminando la segmentación del mercado, en este caso, la segmentación geográfica a que estaban sometidas las cajas de ahorros. Esta segmentación geográfica impedía a las cajas competir entre sí, estableciendo una barrera insalvable. Otro tanto cabría decir de la diferenciación en la regulación de la operativa -operaciones a realizar - y de coeficientes de inversión y recursos propios entre cajas y bancos, ya eliminada, pero que tuvo una influencia clave en la segmentación funcional del sector. En efecto, en el pasado las cajas tenían una dedicación casi exclusiva a una actividad bancaria al por menor orientada a las familias, al mercado hipotecario, a los pequeños negocios y a la gestión de renta fija pública y privada, mientras que los bancos se especializaban en empresas y particulares de mayor renta.

En la actualidad la regulación es la misma para ambos tipos de entidades, las cuales compiten entre sí en un mismo mercado. A estos efectos, es significativa la dura batalla dada por los bancos en un mercado que normalmente se asignaba a las cajas, cual es el de los préstamos hipotecarios, todo ello a raíz de la entrada en vigor de la Ley de Subrogación de Préstamos Hipotecarios.

Las restricciones a la libre fijación de precios eran totales hasta la década de los setenta cuando estaban fijados muchos de los tipos de interés de la banca, produciéndose desde entonces una progresiva liberalización hasta llegar a la situación actual de libertad total, con escasas y marginales excepciones. Desde luego, el gran beneficiario de esta liberalización de intereses ha sido el usuario de servicios bancarios, que ha visto cómo se ha pasado de una situación en la que no se retribuían algunas de sus colocaciones a la actual en que se remuneran sus depósitos en relación con los tipos de mercado. Por su parte, los otros precios que perciben las entidades financieras -las comisiones- se rigen por un marco legal parcialmente liberalizado. En efecto, son precios máximos comunicados,

inscritos en un registro del Banco de España. La libertad de fijación de comisiones es muy elevada y la intervención del Banco de España -guiada fundamentalmente por razones de defensa de los consumidores- no supone limitación a la competencia, produciendo, sin embargo, una clarificación y transparencia de las comisiones. No obstante, este sistema adolece de cierta rigidez y, "de facto", la identidad del monto de las comisiones cobradas por los bancos por la prestación de muchos servicios puede interpretarse como un índice de la existencia de prácticas anticompetitivas que parecen abandonadas en otros aspectos del sistema bancario.

Un aspecto de gran importancia en la modificación del marco legal favorable a la competencia es el que se ha venido denominando como desintermediación y que no es más que el resultado de permitir la aparición de productos financieros (o de empresas que los ofrezcan) que sean sustitutivos de los tradicionalmente ofrecidos por la banca. Desde el punto de vista de la banca, este movimiento supone reducir su exclusividad en el desempeño de actividades bancarias, permitiendo a otras empresas ofrecer productos financieros. Ciertamente, los bancos se han llevado la parte del león en la emisión de productos competitivos, pero es indiscutible que otras empresas los pueden ofrecer y, de hecho, los ofrecen, lo que supone un aumento de la competencia real y potencial. Para dar un indicador de su crecimiento basta señalar que el producto más conocido -los fondos de inversión- han pasado de alcanzar una magnitud equivalente al 17 por ciento de los depósitos de las entidades del sistema bancario en 1990 a más del 80 por ciento en la actualidad (doce billones de pesetas), y a los fondos de inversión habría que añadir los fondos de pensiones, los seguros de vida y las ofertas de títulos de la deuda pública, todo ello en competencia con los depósitos bancarios y otros componentes del pasivo; por lo que respecta al crédito bancario cabe citar los pagarés de empresa o las cesiones de crédito.

El efecto de la desintermediación en la competencia bancaria es verdaderamente significativo, con el importante añadido de enriquecer el catálogo de productos a disposición del cliente.

La nueva situación de refuerzo de la competencia ha dado lugar, al igual que en otros países de la Comunidad Europea, a una menor preocupación por la concentración de poder financiero en manos de unos pocos bancos a la búsqueda, entre otros aspectos, de disponer de grandes entidades bancarias que estuvieran en condiciones de competir en el mercado europeo. Sin embargo, la realidad muestra que las concentraciones tuvieron lugar en el mercado español y que no se produjeron con entidades de otros países europeos, por lo que cabe calificarlas de concentraciones defensivas. Evidentemente los problemas de equilibrio financiero no han sido ajenos a este proceso. La competencia y la desregulación del sector han hecho más frágil al sector financiero lo que explica, además, el refuerzo producido en los mecanismos de defensa de los depositantes y en las capacidades de intervención del Banco de España.

3. El grado de competencia en la banca

El análisis del grado de competencia en un sector se suele hacer teniendo en cuenta dos aspectos: la estructura del sector y la conducta de los agentes económicos que en él actúan.

En el análisis de la estructura del sector desde el punto de vista de la competencia destaca el grado de concentración de las empresas oferentes.

En principio se considera que, a menor grado de concentración, menores son los riesgos de que las empresas hagan valer su poder de mercado o realicen actividades colusivas en contra de la competencia y de los consumidores. De hecho, una parte de la política de la competencia, el control previo de concentraciones económicas o fusiones de empresas, está asentado sobre este supuesto. Sin embargo, una mayor concentración, aunque entrañe mayores riesgos, no significa necesariamente menor competencia. En multitud de casos la competencia en mercados oligopolísticos es muy intensa, puesto que hay muchos factores adicionales que la salvaguardan, entre ellos la competencia exterior y la aplicación de la política de defensa de la competencia. Por otra parte, en muchos sectores es más eficiente que se den determinados grados de concentración por ser técnica y/o financieramente adecuada la existencia de empresas de gran dimensión. Esto es especialmente cierto cuando existen economías positivas de escala o de alcance y cuando la competencia desde el extranjero se hace por grandes empresas. Finalmente, al analizar la estructura del mercado también hay que tener en cuenta la de la demanda.

En cuanto al comportamiento de los agentes económicos hay que señalar que la medida del nivel de competencia se logra a través del análisis de una serie de indicadores tales como la traslación de los tipos de interés o la evolución de las comisiones y márgenes. Una rebaja de los costes, una reducción de los márgenes y una mejora de los precios pagados o cobrados a los clientes son síntomas de la existencia de una fuerte competencia.

3.1. Estructura del sector bancario

El sector bancario está compuesto fundamentalmente por los bancos, las cajas de ahorro y las cooperativas de crédito. En este capítulo el término banca se suele utilizar como equivalente a entidad bancaria, salvo que expresamente se señale que se refiere a los bancos.

La apertura de la economía española hacia el exterior y, especialmente, la adhesión a la Unión Europea, han aconsejado al Gobierno crear o estimular la formación de algunas entidades bancarias de gran volumen, esto es, de dimensiones equivalentes a los grandes bancos europeos. Fruto de esta política

son el Banco de Bilbao-Vizcaya, el Banco Central Hispano, el Santander-Banesto y el Grupo Argentaria.

En los dos primeros casos se ha tratado de actuaciones persuasivas de la autoridad financiera que han cristalizado en decisiones de entidades privadas. Esta política se ha visto reforzada por la necesidad de resolver problemas de equilibrio financiero de algunas entidades, siendo el caso de Banesto el ejemplo más evidente, en el que, una vez intervenido, se estableció un mecanismo de adjudicación que conducía a su adquisición por un gran banco español. La creación de Argentaria, por su parte, supuso una actuación concreta del sector público, agrupando casi todas las entidades bancarias de su propiedad, y además, saneando en determinados casos, para formar un gran grupo bancario. De esta manera se han creado cuatro grupos bancarios de dimensión significativa.

Conviene señalar que las cuotas de mercado de los grandes bancos resultantes de la fusión son menores que la suma de las correspondientes cuotas de los bancos fusionados, lo que parece indicar que las estrategias seguidas por los propios bancos, tales como la racionalización de las redes y la actuación del resto de los agentes operantes en el mercado, compensan en parte los efectos de estas fusiones. Así, en 1987, la suma de las cuotas de mercado de los bancos Central e Hispano era de 14,8 por ciento del pasivo de clientes y la misma cuota del Banco Central Hispano en 1993 era del 9,7 por ciento. Las cifras equivalentes para el caso del Banco de Bilbao y del Banco de Vizcaya y el BBV eran 12,2 por ciento y 10,6 por ciento en los dos años citados.

Esta pérdida de cuota de los grandes bancos resultantes de la fusión se explica, en parte no despreciable, por el fuerte incremento registrado por las cajas de ahorros en los últimos tiempos. Las grandes cajas -Caixa de Pensions y Caja de Madrid- están ahora entre las siete grandes entidades bancarias. Por su parte, el proceso de fusión y concentración de las cajas ha sido igualmente intenso, pasándose de 77 cajas en 1987 a 54 a principios de 1994.

Las características más sobresalientes de la evolución de la concentración en los últimos años se pueden resumir de la siguiente manera:

- El número de entidades bancarias ha aumentado en los últimos ocho años de 216 en 1987 a 223 a principios de 1994. La disminución del número de las cajas, de 77 a 54, ha sido compensado por el aumento del número de los bancos, de 139 a 169.

- Frente a los míticos siete grandes bancos del pasado, ahora se encuentran dos cajas de ahorro entre las siete primeras entidades bancarias. La cuota de mercado de los siete grandes grupos bancarios era del orden del 45 por ciento en 1987 frente a cifras del orden del 55 por ciento en la actualidad.

-Se han creado grandes bancos de dimensión superior, prácticamente del doble de los grandes bancos de hace una década. Aunque la política seguida para el logro de este objetivo era la de crear "campeones nacionales" que pudieran desarrollar su actividad cómodamente en el mercado europeo, la realidad muestra que las fusiones han tenido lugar entre bancos españoles, desplegando fundamentalmente sus efectos en el mercado nacional. El predominio de fusiones nacionales frente a las europeas, o entre entidades de diferentes países, ha sido la norma general en Europa. Ello no quiere decir que no haya habido compras de bancos de otros países, sino que éstas han sido de mucha menor importancia. El caso de España no es una excepción en este aspecto.

-Las fusiones entre las cajas han tenido lugar en general entre las de la misma Provincia o Comunidad Autónoma. Dado que las cajas tienen altas cuotas de mercado en sus respectivas zonas de implantación tradicional, estas fusiones aumentan mucho la concentración a nivel local, lo que incide negativamente sobre todo en la banca al por menor. Las concentraciones entre cajas de diferentes Comunidades Autónomas son improbables, dada la estructura de sus órganos gestores.

En resumen, todos los índices muestran un incremento moderado, pero significativo, de la concentración. Esta mayor concentración no ofrece motivos de preocupación para la mayoría de las actividades bancarias. Solamente es preocupante en aquellos subsectores en los que existan barreras de entrada u otras restricciones, legales o no, que limitan la posibilidad de competir. Con la actual regulación no existen barreras legales significativas que frenen la entrada de competidores, pero existen barreras de hecho en alguno de los subsectores de la actividad bancaria como, por ejemplo, en la banca al por menor, esto es, la referida fundamentalmente al usuario particular y a la pequeña empresa. En efecto, el cliente de la banca al por menor en España concede una gran importancia a la proximidad de una oficina bancaria a la hora de elegir su banco. Esta es una de las razones por las que España tiene un número de oficinas bancarias por cada 10.000 habitantes muy superior al de los países del entorno (9,3 en España frente a 3,3 en Gran Bretaña; 3,7 en Italia; 4,4 en Francia y 6,1 en Alemania). Por el contrario, el número de empleados por oficina bancaria es mucho más bajo en España (6,9 frente a 13,9 en Alemania; 15,2 en Francia; 16,7 en Italia y 23,3 en Gran Bretaña).

Esta preferencia por la oficina más próxima significa que el usuario antepone este tipo de consideraciones a otras variables que reflejan habitualmente la lucha competitiva entre las empresas; por ejemplo, los precios (intereses y comisiones, en este mercado) y el resto de las condiciones comerciales y de atención al cliente. Ello exige que, al estudiar la concentración en la banca al por menor, haya que introducir necesariamente los elementos territoriales²⁶.

²⁶ Metodología del análisis de concentración: La metodología del análisis de la concentración para un territorio determinado -el total nacional, una comunidad autónoma, una provincia- se realiza mediante diversos índices. La base de estos índices la constituye la cuota de mercado de las empresas operantes en el mercado, cuota que se

El análisis de los datos de concentración en diversas Comunidades Autónomas y Provincias muestra los siguientes resultados:

a. El total nacional arroja una cifra expresada en número de entidades equivalente (NEE) de 21 en 1992. Esto es, la concentración es equivalente a aquella situación en la que el mercado español estuviera cubierto por 21 bancos con igual cuota de mercado. En 1985 el NEE era de 24. Se comprueba de este modo el aumento de la concentración.

b. Las Comunidades Autónomas con menor NEE son Asturias (6), Cantabria (7), Aragón (7), Navarra (7), La Rioja (8) y Murcia (8). Las que tienen mayor NEE son Andalucía (14), Cataluña (14) y Madrid (13). La comparación entre autonomías uniprovinciales y otras de gran dimensión enmascara los resultados que parecen apuntar a la necesidad de un análisis provincial.

c. El análisis provincial de la concentración muestra niveles muy altos en las provincias con menor dimensión económica, como Teruel, Avila, Segovia y Cuenca, en ellas el NEE es 3. En otras, la concentración provincial es mucho más baja, como Madrid (9) y Sevilla (9) y, aunque en algunas como Barcelona, de notable importancia, el índice de concentración sea relativamente alto (5), ello no es sino indicio de la presencia de alguna entidad con alta cuota de mercado. Se podría decir que la regla general es que existe una relación inversa entre la dimensión económica y el índice de concentración, aunque existen muchas excepciones. En muchas ocasiones, la fuerte implantación de una entidad en pequeñas localidades produce la saturación del mercado.

calcula sobre una magnitud representativa del mercado: créditos al sector privado, depósitos, sucursales, etc...

Un primer y elemental índice, aunque significativo, consiste en calcular la cuota de mercado de las primeras empresas, por ejemplo de los siete primeros grupos bancarios. Un índice más elaborado lo constituye el llamado "Índice Herfindhal-Hirschman" (IHH) que consiste, en una de sus presentaciones, en la suma de los cuadrados de las cuotas de las empresas operantes en un mercado. Por ejemplo, si las cuotas de mercado de las empresas se expresasen en porcentaje, el monopolio, que dispone del 100 por 100 del mercado, tienen un índice de 10.000 y si el mercado se lo repartiesen cinco empresas con igual cuota (20% cada una) darían un índice de 2000 ($20^2 = 400$ y 400 cinco veces suman 2000). Como hay diversas presentaciones del IHH, se suelen utilizar por razones de claridad expositiva en Número de Entidades Equivalente (NEE), que expresa el grado de concentración de un mercado en el número de empresas con igual cuota teórica que refleja el índice. Por ejemplo, el monopolio daría un NEE equivalente a 1. Un índice 2000 daría un NEE de cinco empresas. El IHH da mucho peso a las empresas con mayor cuota de mercado. Por ejemplo, ya se ha visto que cinco empresas con una cuota igual al 20% daría un NEE de 5, pero si una de ellas tuviera el 5% y el resto se repartiesen el mercado de forma igualitaria, el NEE sería de 4 aproximadamente, lo que significa que en un caso de número de empresas equivalente o teórico es de 5 y en otro 4, aunque en los dos casos el número de empresas real sea de cinco.

d. En cualquier caso, los aumentos de la concentración en varias provincias donde su grado es ya alto podrían ser preocupantes para el sector de banca al por menor. En ellas, las concentraciones que les afecten de forma significativa deberían ser examinadas desde el punto de vista del derecho de competencia.

e. El nivel de concentración, aunque haya crecido, no es preocupante en términos globales para ningún área de negocio del sector bancario. Solamente la banca al por menor exige, de momento, una vigilancia más estricta. A largo plazo, las posibilidades de ejercer el poder de mercado por parte de las entidades bancarias en áreas locales disminuirán si se consolidan las tendencias a reducir la dependencia del cliente de la oficina bancaria más próxima, a través de técnicas como, por ejemplo, la banca por teléfono, las redes de cajeros automáticos y de terminales de cobro en los comercios para tarjetas de crédito y débito.

Como resumen de este epígrafe de concentración cabe reiterar que lo importante es el grado de competencia y el análisis de los comportamientos de las empresas, tema que se verá a continuación. Con respecto a lo primero, hay que tener en cuenta no sólo la competencia real, sino la potencial, esto es, la posibilidad de que cualquier banco o caja español o europeo pueda abrir nuevas oficinas bancarias en cualquier punto del territorio. Finalmente, por lo que se refiere a las políticas de concentración, no parece conveniente la continuidad de la política activa de creación de grandes campeones nacionales. Por otra parte, en las concentraciones, especialmente las de cajas, conviene analizar sus efectos locales, sobre todo si se trata de entidades de una misma Provincia o Comunidad Autónoma.

3.2. Los indicadores de competencia en la banca.

La medición del grado de competencia en un mercado se ha de hacer por una serie de indicadores indirectos que son cuestionables, pero que ofrecen resultados de indiscutible interés.

A continuación se analizan dos indicadores para estudiar la evolución del nivel de competencia en la banca. El primero se refiere a la traslación de las variaciones de los tipos de interés de los mercados monetarios a los clientes de la banca, tanto de activo como de pasivo. Una mejor traslación supone una mejor adaptación al mercado de la banca, derivada del mayor grado de competencia existente y permitida por la liberalización de la operativa bancaria. Sin embargo, este indicador adolece del fallo de no tener en cuenta que, en el período considerado, las comisiones por los servicios bancarios prestados han crecido extraordinariamente. Las comisiones son ahora un componente significativo de los ingresos bancarios y podrían distorsionar los resultados de algunas cuentas, en

concreto aquellas que canalizan las operaciones de forma masiva, tales como las cuentas corrientes.

El segundo indicador se basa en el análisis de la cuenta de resultados. En ella se recogen todos los tipos de ingresos y costes bancarios por lo que su cobertura es mayor. Es, sin duda un indicador mas fiable. Por ejemplo, entre los ingresos se incluyen las comisiones y los rendimientos de operaciones financieras (ver nota 22). Por ello, se utiliza como índice el margen ordinario, como se verá y explicará más adelante.

3.2.1. La traslación de los tipos de interés.

El negocio bancario básico consiste en la intermediación, esto es, captar los fondos de los clientes y conceder créditos a esos u otros clientes. Los precios por la disposición de estos fondos son, básicamente, los tipos de interés. Sin embargo, en el establecimiento de estos tipos de interés, el sistema bancario tiene una actuación que está subordinada a la de la autoridad financiera. En efecto, los tipos de los mercados monetarios están influidos por los objetivos y la actuación de la autoridad financiera, en concreto, por los objetivos de la política monetaria y por otros factores, como el déficit público, la financiación de la deuda pública, el tipo de cambio, los tipos de interés de los mercados mundiales, etc...

Ello no quiere decir que el funcionamiento del sistema bancario no influya en los tipos de interés, sino que éstos están subordinados a la actuación de la autoridad monetaria y a otros factores ajenos a la banca, cuya influencia sobre el mercado es capital para la fijación de los tipos.

El seguimiento de la evolución de los tipos de interés cobrados y pagados por el sistema bancario ha de hacerse en su labor de transmisión de los tipos de interés de los mercados monetarios hacia los clientes, tanto de pasivo como de activo. Se han estudiado las traslaciones de los tipos de interés a la clientela como un índice para evaluar el grado de competencia en el sistema bancario, pero hay que reconocer que se trata de un índice relativo, con respecto a los tipos de interés de los mercados monetarios, no de un índice absoluto sobre el nivel de los tipos de interés.

Una buena transmisión o una mejor transmisión de las evoluciones de los tipos de los mercados monetarios a los tipos cobrados o pagados por la clientela bancaria es, en principio, "caeteris paribus", un indicador de mayor competencia. Una peor transmisión pudiera dar lugar a pensar que la banca está ejerciendo su poder de mercado para influir sobre los precios. Conviene hacer notar, no obstante, que existen otros factores que influyen en esta transmisión, por lo que las conclusiones de este indicador de competencia deben ser tomadas de forma matizada y, en todo caso, este índice es más revelador cuando se hacen comparaciones intertemporales para ver si se ha producido una mejora o empeoramiento de la transmisión. En este, como en general en todos los indicadores de grado de

competencia, las interpretaciones pueden y deben ser matizadas y son siempre susceptibles de discusión.

Dado que en los últimos lustros se ha producido una liberalización del marco normativo en el que se desenvuelve la banca, resulta interesante analizar la evolución de esta transmisión en el período 1984-1993. En este período, además del citado cambio normativo se ha producido un desarrollo de los mercados de valores, se ha acelerado la desintermediación y ha aparecido la competencia de la banca extranjera, no sólo la instalada en España, sino igualmente la instalada fuera que, en virtud de las libertades garantizadas por el Tratado de Roma y la evolución hacia el mercado único, podría actuar en el mercado bancario español.

Se hace, en primer lugar, el análisis de los datos de traslación con respecto a los intereses de activo. En los primeros años del período considerado (1984-1987) la transmisión de los tipos de los mercados monetarios y en concreto del tipo de intervención del Banco de España hacia los tipos de interés del crédito bancario era muy débil. Así lo confirma el análisis estadístico entre los valores mensuales de un tipo medio de las operaciones de crédito realizadas por los bancos y cajas de ahorros y el tipo oficial de intervención del Banco de España del mismo mes - hasta 1990, el tipo de los préstamos de regulación monetaria y a partir de esa fecha el de la subasta decenal de certificados del Banco de España.

Por el contrario, en los años finales del período considerado (1991-93) la traslación es elevadísima. Ciertamente no es completa, ni nunca es previsible que lo sea, pero es tan alto su nivel que permite excluir, en términos generales, el ejercicio de poder de mercado de forma significativa. En otras palabras, este indicador muestra un alto grado de competencia en los tipos activos y un alto grado de flexibilidad operativa de la banca. También indica un cierto grado de sofisticación del cliente de activo. En efecto, los resultados de un mercado no pueden explicarse sin tener en cuenta a los demandantes, en este caso a los clientes bancarios, que seleccionan los créditos que reciben en función de su coste.

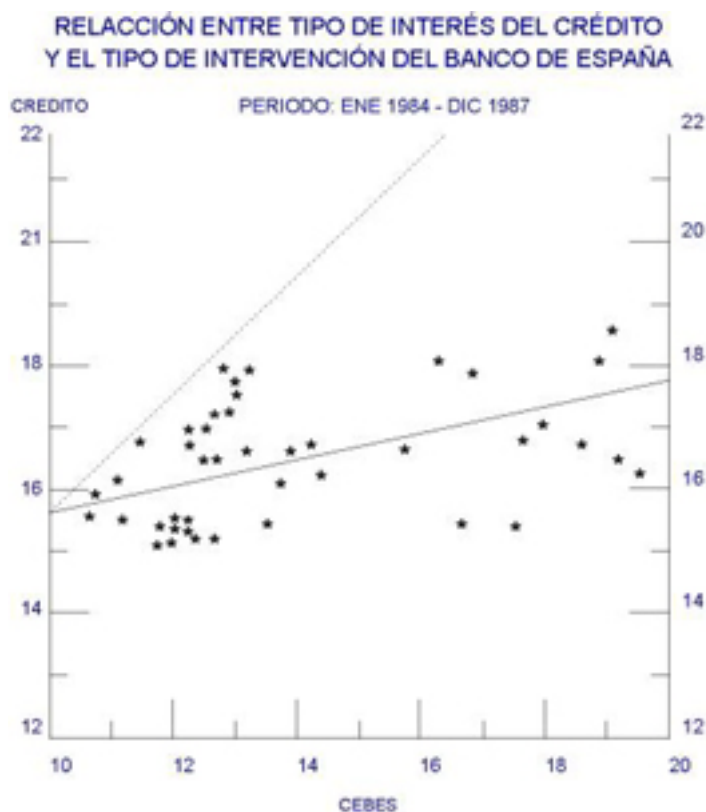
Se ha señalado que la traslación no es completa y conviene precisar la existencia de factores que lo impiden, como los diferentes riesgos de la inversión crediticia que influyen en el tipo de interés de cada préstamo, la relación entre los tipos de interés de las operaciones de activo y de pasivo de un mismo cliente, las diferentes políticas comerciales, etc... Lo cierto es que la mejora ha sido sustancial a lo largo de los últimos años y el nivel actual parece satisfactorio. Quizá la forma más clara de mostrar esta afirmación sea por medio del análisis gráfico que se recoge en el gráfico 1.

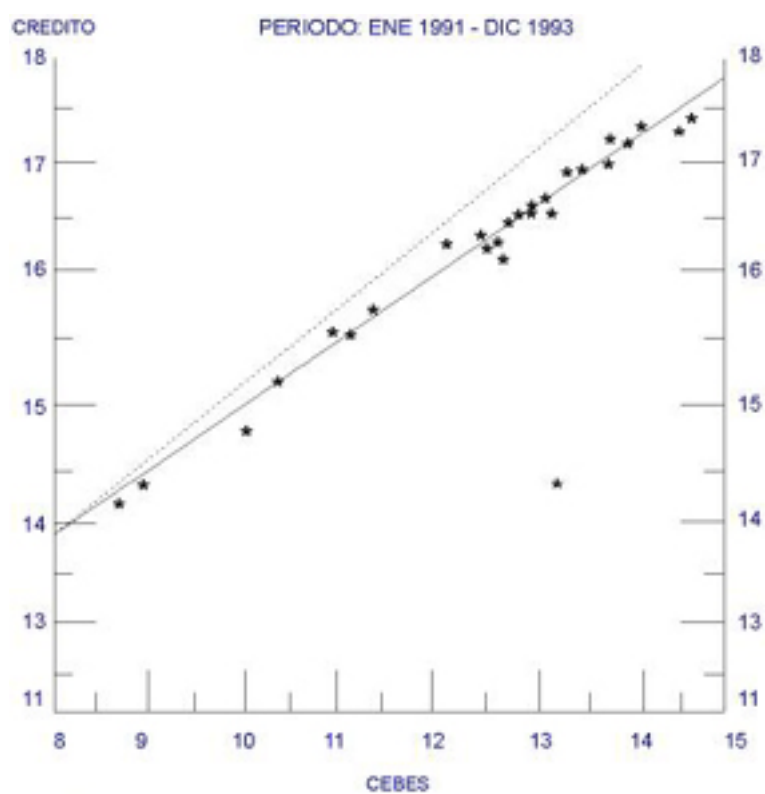
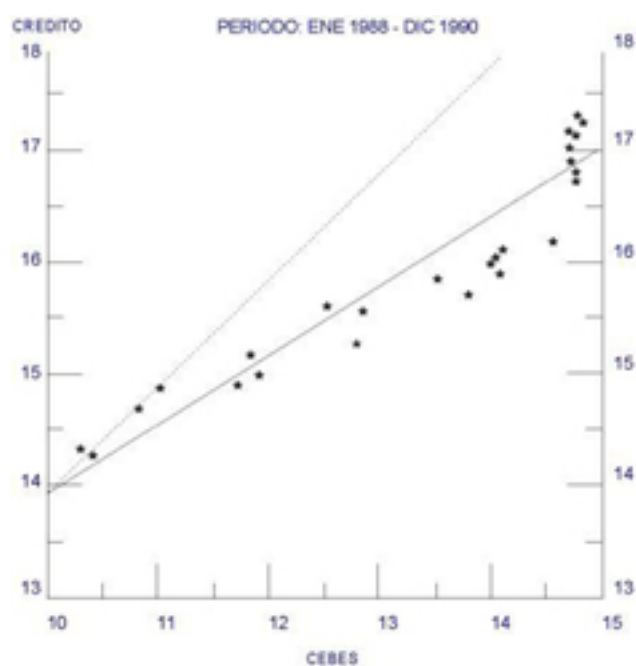
Se pasa ahora a analizar la traslación de tipos de interés en el pasivo, la otra columna del balance. Los pasivos bancarios, excluidos los recursos propios, están constituidos en gran manera, por los diversos tipos de depósitos recibidos de los clientes -desde la cuenta corriente a la imposición a plazo fijo-. La transmisión de los movimientos del tipo de intervención del Banco de España -reflejo de los

mercados monetarios- y lo pagado por los bancos a los clientes muestra una transmisión muy imperfecta en los primeros años del período considerado (1984-87), además con una dispersión de los datos muy acusada. Sin embargo, se ha ido produciendo una mejora significativa en los últimos años, con una mejor transmisión de los tipos de interés. Pese a ello, esta importante mejora no permite calificar la situación actual de muy próxima a la transmisión teórica completa; y desde luego, la transmisión es estadísticamente mucho peor que en el caso de las operaciones de activo (Véase gráfico 2). Por otra parte, no hay que olvidar que, en muchos casos, aunque aparentemente se produce una traslación, sin embargo la realidad muestra que la misma ha quedado compensada por el aumento de las comisiones.

La interpretación de este hecho -la diferente traslación de los tipos de interés a la clientela de activo y de pasivo, o sea, a los préstamos y a los depósitos- no es simple. Profundizando en los diversos grados de transmisibilidad de los intereses en las cuentas de pasivo, se comprueba que casi un tercio del pasivo bancario está formado todavía por cuentas corrientes no remuneradas y libretas de ahorro, que siguen manteniendo escasa remuneración, cuyos tipos de interés son muy insensibles a las variaciones de los tipos de los mercados monetarios y en las que recaen, en gran parte, las comisiones por servicios prestados. En el resto de las cuentas de pasivo el grado de transmisión es mucho más elevado. De las cuentas de este grupo, las que tienen un índice más alto de transmisión son, por este orden, las cesiones de crédito temporales, las cuentas de depósito a plazo fijo y las cuentas corrientes remuneradas.

GRÁFICO 1



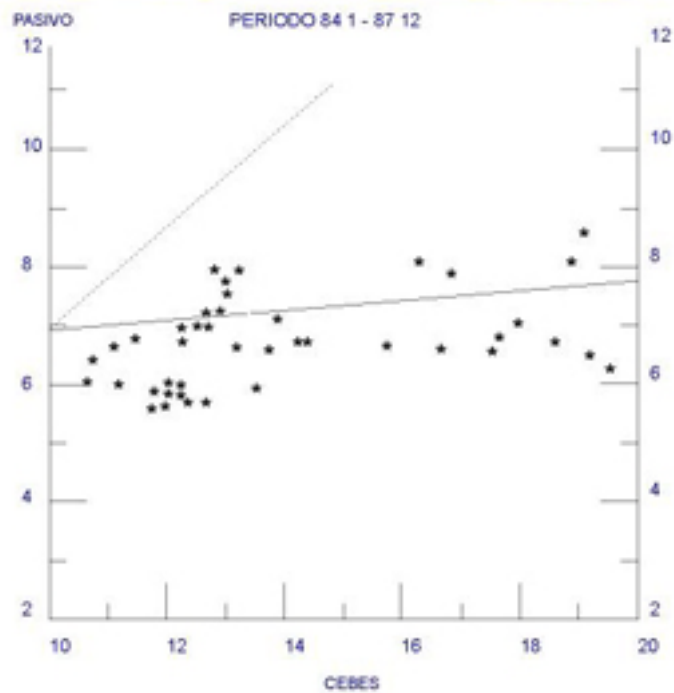


CRÉDITO: Tipo de interés del crédito otorgado por bancos y cajas de ahorro.

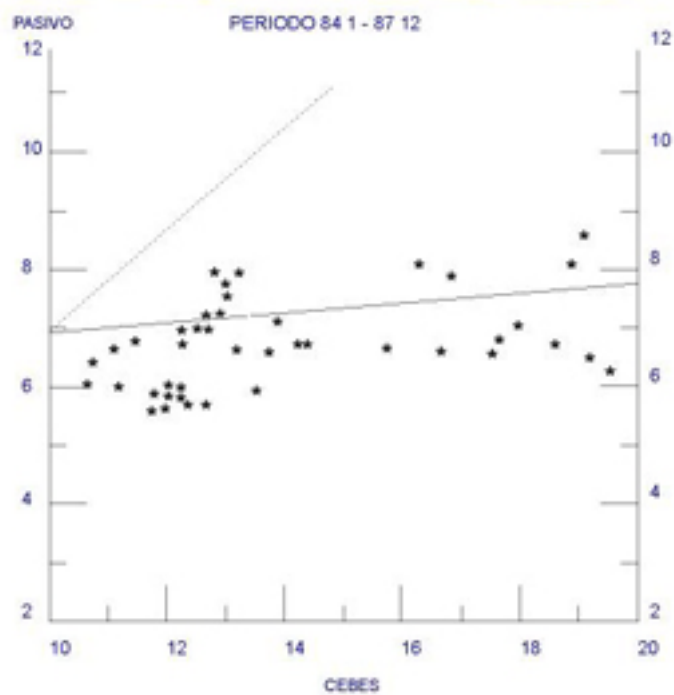
CEBES: Tipo medio de la subasta decenal de certificados de depósito del Banco de España.

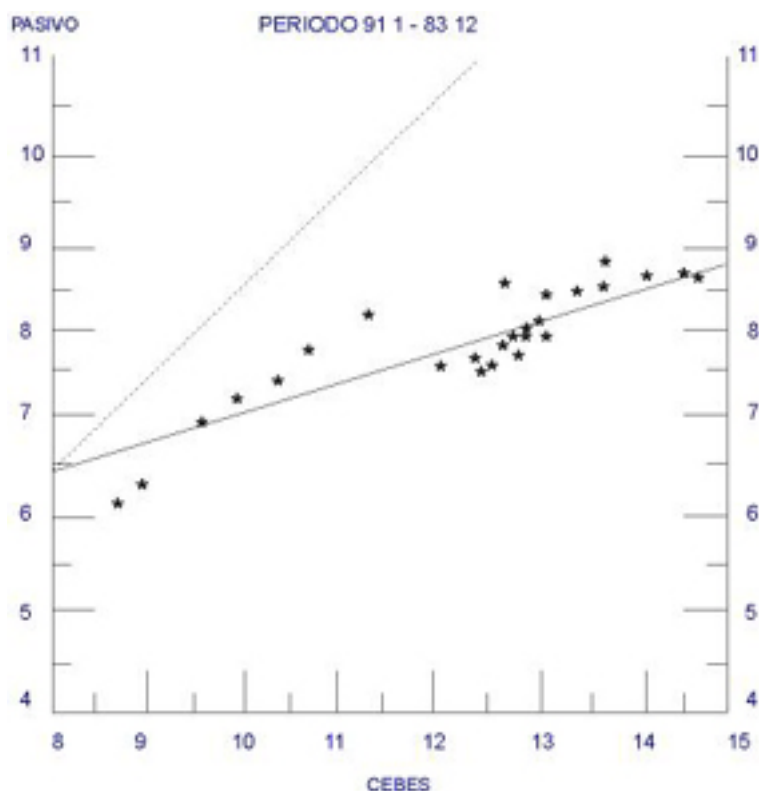
GRÁFICO 2

RELACIÓN ENTRE EL TIPO DE INTERÉS DE OPERACIONES PASIVAS Y EL TIPO DE INTERVENCIÓN DEL BANCO DE ESPAÑA



RELACIÓN ENTRE EL TIPO DE INTERÉS DE OPERACIONES PASIVAS Y EL TIPO DE INTERVENCIÓN DEL BANCO DE ESPAÑA





PASIVO: Tipo de interés que las nuevas operaciones de pasivo realizadas por bancos y cajas de ahorros.

CEBES: Tipo medio de la subasta decenal de certificados de depósito del Banco de España.

Hay que resaltar esta significativa pervivencia de las cuentas corrientes no remuneradas y de las libretas de ahorro, cuando el cliente bancario tiene múltiples oportunidades de mejorar el rendimiento de sus fondos cambiando a productos más rentables que dan un servicio equivalente, como las cuentas corrientes remuneradas. La única explicación coherente a este hecho debe fundamentarse en la falta de información del cliente bancario, especialmente del pequeño cliente. Como se indicaba anteriormente, para la adecuada interpretación de la evolución de un mercado, no sólo hay que tener en cuenta la oferta, sino también la demanda. En este caso debe haber un amplio conjunto de clientes de pasivo con escasa sofisticación. Todo esfuerzo encaminado a mejorar la información del cliente bancario y la transparencia de las operaciones redundará en un aumento de la competencia de las operaciones bancarias. No se debe olvidar que uno de los fallos de este mercado es precisamente la asimetría o desequilibrio de los niveles de información entre las entidades bancarias y una parte de sus clientes. Esta asimetría no se da ciertamente con respecto a las grandes empresas, cuyos departamentos financieros disponen de medios y conocimientos en todo equivalentes a los de los bancos.

Así pues, aún con las tendencias reseñadas, la falta de unas mejoras equivalentes en la traslación de los tipos de interés a las cuentas de pasivo respecto a las de

activo se debe fundamentalmente, a la pervivencia de un importante resto de cuentas corrientes no remuneradas y de libretas de ahorro insensibles a las modificaciones ocurridas en el mercado. Este islote ajeno a la competencia no responde a ninguna protección legal sino a un comportamiento del mercado, especialmente originado por una escasa exigencia por parte de determinados clientes, debida, sin duda, a una falta de información.

3.2.2. La evolución de comisiones y márgenes

Además de los intereses, las entidades bancarias perciben otros precios por la prestación de sus servicios: las comisiones, cuya importancia es creciente, en paralelo con el estrechamiento de márgenes debido a la mejor retribución del pasivo. Estas comisiones, al contrario que los tipos de interés, cuya fijación es libre, tienen un régimen de precios máximos comunicados al Banco de España, y deben ser inscritas en un registro. La libertad de fijación de las comisiones es muy elevada y la intervención del Banco de España al respecto, guiada por razones de defensa de los consumidores y usuarios, no supone una restricción significativa a la competencia. Por el contrario, trata de mejorar la transparencia en un aspecto en donde pueden darse algunos problemas por falta de la misma, por lo menos respecto al grupo de pequeños clientes. Este sistema de fijación de comisiones, sin duda justificado, adolece de cierta rigidez y, "de facto", la identidad de muchas de ellas en diversos bancos y cajas podría interpretarse como un índice de la existencia de prácticas anticompetitivas que parecen abandonadas en otras áreas del mercado bancario. En todo caso, el asunto está abierto a debate y en algún caso "sub judice". En estas circunstancias parece oportuno una revisión de estos comportamientos bien por la Oficina de Regulación Bancaria del Banco de España y/o por el Servicio de Defensa de la Competencia. En este aspecto, conviene señalar la dificultad de conocer las comisiones bancarias por parte de los clientes, lo que plantea de nuevo el problema de la asimetría de la información entre la banca y el pequeño cliente, que constituye una fuente de insatisfacción para este último.

Toda esta cuestión de transmisión nos aproxima a la base del negocio bancario: la diferencia entre los tipos de interés pagados y cobrados por los bancos a sus clientes son su fuente de retribución más importante. La función de canalización de los flujos de ahorro y financiación, que constituye la función principal del sistema financiero y bancario, se retribuye por este diferencial, en primer lugar y, además, por las comisiones por servicios y otros ingresos. Es lo que se llama el margen ordinario, que refleja el saldo de los ingresos de la banca por su actividad bancaria ordinaria²⁷. Este y otros "márgenes" utilizados se expresan no en su

²⁷ MARGENES BANCARIOS: Los márgenes a que se refiere este grupo de comparaciones, se refieren a la presentación de la cuenta de resultados del conjunto del sistema bancario "en cascada". Esta presentación permite identificar los ingresos y los costes hasta llegar al resultado. Una presentación esquemática podría ser de la siguiente manera, haciéndose constar que en el texto del informe todos estos márgenes se emplean en términos relativos respecto al balance medio.

valor absoluto sino en relación con el balance medio y expresados en porcentaje. Así, un margen ordinario del 4 por ciento significa que la banca percibe unos ingresos netos por sus servicios a los clientes en una cantidad equivalente a ese porcentaje de su balance medio. Si el porcentaje baja, la sociedad española paga menos en relación con el indicador de su actividad que es el balance medio, lo que significa que la banca es más eficiente o/y que la competencia le ha obligado a reducir sus precios. Una reducción de precios se expresa como un acercamiento de los intereses activos y pasivos a los del mercado monetario, a lo que hay que añadir las comisiones. La eficiencia de la banca se mide mejor, y complementariamente, por el margen de explotación, que recoge los gastos de la explotación: de personal, generales, impuestos y dotación al Fondo de Garantía de Depósitos.

¿Cómo juega la competencia en este contexto?. En primer lugar, forzando a cada banco a reducir sus precios (a bajar sus intereses activos y subir los pasivos). Esta reducción de sus ingresos le fuerza a reducir costes para salvar su nivel de beneficios. La competencia garantiza que las mejoras en la eficiencia se transmitan a los clientes. Un menor grado de competencia permitiría a los bancos ejercer su poder de mercado disminuyendo la transmisión de las mejoras de eficiencia a los precios cobrados a los clientes.

Así pues, hay que analizar los márgenes bancarios a fin de ofrecer un indicador de competencia del sector. El margen ordinario del sistema bancario era en 1991

Ingresos financieros:

Todos los derivados de los ingresos por intereses de los diferentes activos que componen el balance.

Costes financieros:

Todos los derivados de los costes por intereses de los diferentes pasivos que componen el balance.

Margen de intermediación:

Ingresos financieros - Costes financieros.

Otros productos ordinarios (neto):

Incluye el neto de las comisiones cobradas y pagadas por diferentes servicios bancarios y los ingresos netos obtenidos en operaciones financieras: mercado de divisas, deuda pública y mercados derivados.

Margen ordinario:

Margen de intermediación + otros productos ordinarios (neto). Incluiría todos los ingresos y costes de lo que se podría considerar el negocio bancario normal.

Costes de explotación:

Gastos de personal, gastos generales, impuestos y dotación al Fondo de Garantía de Depósitos.

Margen de explotación:

Margen ordinario - Costes de explotación.

Dotación y saneamientos a fondo:

Incluye las dotaciones netas al fondo de insolvencia y riesgo-país, al fondo de fluctuación de valores y a otros fondos especiales y genéricos.

Venta de valores e inmuebles y otros resultados:

Los derivados de la venta de la carta de valores de renta variable e inmovilizado y otros beneficios y pérdidas extraordinarias.

Resultado contable antes de impuestos:

Margen de explotación - Dotaciones y saneamiento (neto) + Venta de valores e inmuebles y otros resultados (neto).

del 4,43 por ciento, y en 1993 del 4,13 por ciento, siendo en el primer trimestre de 1994 del 3,54 por ciento. Ello significa que han reducido sus precios o el coste para la sociedad de sus servicios. Las cifras del margen de explotación eran en los años citados del 1,65 por ciento, del 1,53 por ciento y del 1,18 por ciento. Se puede apreciar que se han disminuido los costes (margen de explotación) en términos relativos, y que esa mejora de eficiencia se ha transmitido a los clientes (margen ordinario), lo cual es un indicador de mayor competencia. (Véase cuadro 1.)

Cuadro 1

RENTABILIDAD BANCARIA EN ESPAÑA

	1991	1992	1993	1994 (2)
a) Márgenes sobre total balance medio (en %)				
Margen de intermediación	3,87	3,63	3,36	2,58
Margen ordinario	4,43	4,39	4,13	3,54
Margen de explotación	1,65	1,58	1,53	1,18
Resultado antes de impuestos	1,32	1,07	0,33	0,87
b) Márgenes sobre total balance medio ajustado (1) (en %)				
Margen de intermediación	4,37	4,14	4,02	3,21
Margen ordinario	5,01	5,01	4,97	4,41
Margen de explotación	1,82	1,77	0,36	1,07
Resultado antes de impuestos	1,44	1,17	0,36	1,07
PRO MEMORIA				
Balance medio del total (en mm)	76.050	82.197	97.204	105.392
Balance medio ajustado (en mm)	66.186	71.201	80.154	84.226

Fuente: Banco de España.

(1) Tanto en el balance como en la cuenta de resultados, las operaciones de depósitos y "repos" entre entidades de crédito se dan en términos netos.

(2) Sólo en el primer trimestre.

Para completar este panorama de márgenes se ofrece una comparación internacional en relación con los sistemas bancarios de los principales países desarrollados. Respecto al margen bruto -magnitud prácticamente equivalente al ordinario- en 1989 España se situaba a un nivel menor que el Reino Unido y los Estados Unidos, pero por delante, o sea peor, que Francia, Alemania, Italia y Japón. En 1992 seguían con márgenes mayores que España los dos países anglosajones y a ellos se les había unido Italia, con lo que se había mejorado la posición relativa de nuestro país. La conclusión es que España está situada entre los países con un margen más elevado (sin ser el más alto), que el sector

bancario ha mejorado sus márgenes y que su posición relativa va más o menos en línea con la evolución de otros países. Ya se señaló al principio de este epígrafe que estos indicadores no son incontestables, lo que es especialmente cierto en las comparaciones internacionales. Aun así, es indudable su valor. En todo caso, conviene precisar que en estas comparaciones hay que tener en cuenta que cada tipo del negocio bancario tiene unos márgenes diferentes, siendo más alto, por lo general, el margen en la banca al por menor. A este respecto hay que señalar que la red de oficinas bancarias española es de las más densas de Europa. Por eso, las diferencias de la estructura del negocio bancario tienen una fuerte influencia en estas comparaciones. (Véase cuadro 2).

Cuadro 2

MÁRGENES BANCARIOS: COMPARACION INTERNACIONAL

En porcentaje sobre el total balance medio

TOTAL SISTEMA BANCARIO

	Margen de intermedicación		Margen bruto		Costes de explotación		Margen neto		Resultado contable	
	1989	1992	1989	1992	1989	1992	1989	1992	1989	1992
España (1)	4,05	3,59	4,87	4,54	2,97	2,74	1,90	1,80	1,38	1,08
Francia (2)	2,01	1,59	2,48	2,37	1,65	1,55	0,83	0,82	0,29	0,16
Alemania (3)	2,01	2,07	2,71	2,72	1,75	1,75	0,96	0,96	0,50	0,57
Italia (4)	3,44	3,80	4,61	4,80	2,83	2,99	1,78	1,81	0,93	1,12
Reino Unido (5)	3,14	2,86	5,06	4,93	3,28	3,16	1,79	1,77	0,18	0,32
Japón (5)	1,00	1,26	1,31	1,31	0,81	0,92	0,51	0,39	0,46	0,26
EE.UU. (4)	3,42	3,82	4,98	5,78	3,29	3,71	1,69	2,07	0,74	1,34

Fuente: OCDE Bank Profitability

(1) Bancos, cajas de ahorros y cooperativas de crédito.

(2) Bancos y cooperativas de crédito.

(3) Bancos, bancos regionales, cajas de ahorros, cooperativas de crédito.

(4) Bancos y cajas de ahorros.

(5) Bancos.

Estas evoluciones de la cuenta de resultados requieren ser interpretadas a la luz del estrechamiento de los márgenes que ha tenido lugar en los últimos años. El cambio en el marco legal de actuación, pasando de una regulación que no permitía ni hacía atractiva la competencia, a otra cuyos fines eran los contrarios, añadiendo el efecto de la entrada de la banca extranjera, ha provocado un aumento de la competencia, estimulando un cambio en el comportamiento de los bancos. Ciertamente que la ruptura del así llamado "statu quo", eufemismo que maquillaba un ambiente de colusión, en absoluto exclusivo del sector bancario en aquella época, no hubiera tenido lugar lógicamente de no haber cambiado la regulación. Justo es decirlo: sin la decidida voluntad de cambio de las autoridades financieras no hubiera habido competencia bancaria. La nueva regulación favorecía a quien estuviera preparado técnicamente y, además, tuviese la voluntad de romper el "status". El banco que actuase como líder, rompiéndolo, tenía unas prometedoras ganancias potenciales teóricas. Estas ganancias teóricas se han convertido en realidad. Baste mirar para comprobarlo los ratios de crecimiento y rentabilidad de los grandes bancos, así se podrá ver que se ha beneficiado el que rompió el "status" con una actuación de líder.

La ruptura del "statu quo" al desencadenarse la ya incipiente competencia por la denominada guerra de las supercuentas supuso el paso de aumentar la remuneración de los saldos en cuenta corriente, dejando atrás una época caracterizada por no pagarse más que un interés simbólico a los depositantes por estos saldos. Citar solamente las supercuentas supone una reducción o simplificación drástica ya que existe una verdadera competencia en todos los grupos del pasivo bancario. Por su parte, en las operaciones de activo ocurrió otro tanto. Quizá el comportamiento más llamativo de la competencia en estas operaciones se produjo recientemente en el mercado de los préstamos hipotecarios a raíz de la entrada en vigor de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios.

En paralelo, todo el proceso de desintermediación y liberalización colocó en el mercado una serie de productos financieros competitivos con los ofrecidos por la banca, produciéndose la creación y desarrollo de nuevos instrumentos y mercados, como los de la deuda pública y renta fija privada y los fondos. Todo ello contribuyó a ampliar la gama de instrumentos financieros disponibles en el mercado que hacen competencia a los tradicionales productos bancarios, tales como los depósitos, préstamos, etc.

Desde el punto de vista de la competencia este proceso de desintermediación no consiste más que en quitar la exclusividad a la banca en múltiples aspectos del negocio financiero y bancario. Ahora hay muchas otras entidades no bancarias que pueden actuar en estas áreas, lo que, sin duda, aumenta el grado de competencia. Las exclusividades siempre reducen ésta, puesto que niegan la posibilidad de operar a los competidores.

En resumen, la competencia ha contribuido a rebajar los costes del sector. Esta disminución de costes ha repercutido favorablemente en los precios pagados por los consumidores de los servicios bancarios que han disfrutado los efectos del

incremento de la competencia en forma de una mejor remuneración de su ahorro y un menor coste de su financiación. Además, se ha producido una mejora de la atención al cliente y una proliferación de nuevos productos financieros que han ensanchado sus posibilidades de elección. Conviene señalar, sin embargo, que los márgenes, o por lo menos algunos de ellos, están influidos y tienen una evolución paralela a la del ciclo económico. Por ello, no será de extrañar una parcial recuperación de los mismos, aunque la tendencia a largo plazo siga las líneas indicadas. La reducción operada en los márgenes de costes de explotación del sistema bancario se seguirá transmitiendo al consumidor y usuario si se mantiene y estimula la competencia.

4. Como aumentar la competencia

Aunque no haya un consenso sobre los índices que reflejan la competencia, está fuera de toda duda que se ha registrado un aumento de la misma, lo cual no significa que no haya que seguir actuando para incrementarla a fin de mejorar la eficiencia del sistema bancario y que ésta repercuta sobre los usuarios.

Sobre las políticas encaminadas a aumentar la competencia sí que hay, en términos generales, un alto grado de consenso. Estas políticas son, por un lado, la modificación de la regulación del marco legal en que se desenvuelve la actividad bancaria y, por otro, la aplicación de la política de defensa de la competencia en sentido estricto, esto es la aplicación de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia.

4.1. La reforma del marco legal.

Como ya se ha señalado con anterioridad, la normativa de regulación del sector ha evolucionado de forma muy positiva, permitiendo un aumento de la competencia, por delante incluso de lo que han hecho otros países; y ello, sin perjuicio de que éste hecho se haya producido con un prudente gradualismo. El Tribunal ya ha puesto anteriormente esta liberalización como un ejemplo de lo que se puede hacer en los sectores regulados para aumentar la competencia²⁸ y sólo puede desear la continuidad de esta línea de política, con las matizaciones ya realizadas respecto a la evolución de la concentración. En conclusión, no parece que sean necesarias nuevas propuestas de desregulación.

²⁸ Vid "Remedios Políticos..." (Nota 2, pag.i). Pag. 230 de la segunda edición.

4.2. La política de defensa de la competencia.

La existencia de una normativa reguladora que estimule la eficiencia a través de ofrecer un marco competitivo a las empresas no excluye la posibilidad de comportamientos anticompetitivos prohibidos por la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia, base jurídica de la actuación del Servicio de Defensa de la Competencia y del Tribunal de Defensa de la Competencia.

4.2.1. Actividad de persecución de prácticas restrictivas de la competencia.

Normalmente los informes del Tribunal se centran en hacer propuestas al Gobierno para modificar o eliminar las restricciones de la competencia que resultan de la aplicación de una Ley. Sin embargo, en este sector se dedica un epígrafe al análisis de comportamientos anticompetitivos de los operadores económicos. Y ello por varias razones:

En primer lugar, como ya se ha dicho, porque un marco proclive a la competencia no garantiza la ausencia de comportamientos prohibidos por la Ley de Defensa de la Competencia.

En segundo lugar, por cuanto que las principales Resoluciones del Tribunal referidas al sector señalan algunos aspectos donde la competencia es más vulnerable y vulnerada.

En tercer lugar, porque existe una escasez de expedientes sancionadores en este sector, frente a un cierto estado de opinión que considera que en el mismo se conculca a menudo la competencia. En efecto, el número de expedientes sancionadores relativos al sector bancario es realmente mínimo, tanto en términos absolutos como en relación con la importancia económica del sector y con el estado de la opinión pública al respecto.

Una simple lectura de la prensa económica descubre múltiples cuestiones anticompetitivas en el sector bancario que no llegan más que muy marginalmente a este Tribunal. Muchas de ellas se refieren a los servicios complementarios que prestan los bancos a sus clientes. Entre los más frecuentes podemos citar:

- La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias. Tal es el caso de la imposición al deudor de la contratación de un seguro de vida (generalmente con una compañía perteneciente al grupo bancario) para la obtención de un crédito, o de la contratación de un seguro de esta naturaleza a cargo del cabeza de familia por el importe del riesgo que asume el banco en un préstamo hipotecario, unido a otro seguro de daños del inmueble por valor del crédito concedido más los intereses.

-La concertación para el establecimiento de prácticas bancarias o condiciones uniformes.

-Algunos llamados "acuerdos técnicos", que no hacen sino encubrir fijaciones de precios o repartos de mercado.

-La imposición de empresas concretas para las tasaciones de bienes o la prestación de otros servicios no bancarios.

-La exigencia de operar con determinados profesionales o fedatarios públicos.

-La coincidencia o paralelismo de tipos de interés y comisiones con respecto a algunas operaciones bancarias.

-La uniformidad de los tipos mínimos a aplicar en los descubiertos en cuenta.

-Los intercambios de información comercial, especialmente los relativos a los riesgos.

-La obligación de domiciliar la nómina para obtener determinados servicios, o la imposición de la domiciliación de un número de pagos o recibos, tendente a crear una fidelidad forzada que dificulte al cliente el cambio de entidad bancaria.

Todo este tipo de actividades, cuya enumeración no es exhaustiva podrían vulnerar la Ley de Defensa de la Competencia si se producen mediante colusión, abuso de posición de dominio o explotación de situaciones de dependencia.

Es evidente que estos asuntos únicamente se pueden resolver caso a caso, por lo que sólo cabe recomendar la especial dedicación del Servicio de Defensa de la Competencia para detectar las conductas restrictivas de la competencia que puedan surgir en el mercado bancario. No se trata aquí de hacer una propuesta de modificación normativa, sino que basta con una investigación selectiva por parte del Servicio de Defensa de la Competencia, todo ello con independencia de la actuación al respecto del Banco de España.

Propuesta: Instar a la Dirección General de Defensa de la Competencia para que investigue sistemáticamente la existencia de prácticas restrictivas de la competencia en el sector bancario. (Acuerdo de Consejo de Ministros).

4.2.2. El control de las concentraciones.

Como se ha señalado anteriormente (véase epígrafe "Estructura del sector bancario"), se ha producido un aumento de la concentración en la oferta bancaria. Pero, en términos generales, ello no implica situaciones preocupantes, dado que este aumento de la concentración ha sido compensado por una normativa más proclive a la competencia y un comportamiento más competitivo del sector. Sin embargo, en principio, todo aumento de la concentración debe ser vigilado, especialmente en el sector de la banca al por menor. Así pues, no parece conveniente en los momentos actuales que las autoridades financieras prosigan con una política activa de estímulo a la concentración y de creación de grandes grupos bancarios. Por otra parte, hay que señalar que las fusiones de entidades con altas cuotas de mercado a nivel local resultan preocupantes desde el punto de vista de la competencia.

Asimismo, hay que cuestionarse si se han tenido en cuenta las mejoras en la eficiencia del sistema a la hora de diseñar las políticas de concentraciones económicas.

Finalmente, conviene subrayar que ninguna de las concentraciones de bancos o de cajas que se han realizado en nuestro país han sido sometidas al procedimiento de control previsto en la Ley de Defensa de la Competencia, aunque algunas, como los casos Santander-Banesto y Deutsche Bank-Banco de Madrid, hayan sido notificadas y resueltas por la Comisión de la Unión Europea, ya que por su cuantía y ámbito caían dentro de la competencia de dicha autoridad.

Propuesta: Recomendar que las concentraciones bancarias se sometan al procedimiento de control previsto en la Ley de Defensa de la Competencia. (Acuerdo de Consejo de Ministros).

4.3. El Estado como cliente

Las Administraciones públicas, tanto la Administración del Estado y sus Organismos Autónomos como las Administraciones autonómicas y municipales, son un importantísimo cliente de las entidades bancarias por los ingentes recursos dinerarios que manejan. Sus relaciones con la banca como cliente y usuario de servicios pueden afectar a la competencia y distorsionar el mercado. Por ello, sería conveniente que ajustaran dichas relaciones a procedimientos transparentes y que no impliquen el cierre del mercado. A estos efectos, sería deseable que las Administraciones Públicas determinaran sus relaciones con la banca por medio de concursos abiertos que permitieran seleccionar a varias entidades bancarias por un período de tiempo no demasiado largo que podría oscilar entre tres y cuatro años. En las presentes circunstancias este procedimiento está especialmente indicado a fin de igualar el trato dado a todas las entidades

bancarias, eliminando las posibles ventajas que pueda tener la banca pública y que carecen de toda justificación. Otro tanto cabe decir de determinadas cajas de ahorros que tienen especial vinculación con Comunidades Autónomas, Diputaciones o Ayuntamientos.

En el momento de cerrar este Informe, la Dirección General del Tesoro y Política Financiera del Ministerio de Economía y Hacienda está preparando un Proyecto de Real Decreto sobre el Régimen de las Cuentas del Tesoro Público en Entidades de Crédito distintas del Banco de España sobre el que se ha solicitado el informe a este Tribunal. Este Real Decreto, en aplicación del art. 119 de la Ley General Presupuestaria, regulará las condiciones y procedimiento de apertura de cuentas de la Administración del Estado y sus organismos autónomos en las entidades bancarias.

Este sistema se podría y debería extender a la Administración autonómica y local.

Propuesta: Establecer un sistema de concesión por concurso, por un período limitado, de las relaciones de clientela entre las Administraciones públicas y las entidades bancarias, fijando unas bases que tengan en cuenta la conveniencia de estimular la competencia. (Ley).

5. Las Cajas de Ahorro y las cooperativas de crédito.

5.1. Las Cajas de Ahorro.

Las Cajas de Ahorro son personas jurídicas de naturaleza fundacional debido a que nacieron con un carácter benéfico social. Con el tiempo, sin embargo, su papel como entidades benéficas ha perdido relevancia ante la importancia de su función como entidades de crédito.

Las Cajas están regidas por unos órganos, el principal de los cuales es la Asamblea General que está compuesta por representantes de los fundadores, de los impositores y de las Corporaciones Municipales, Diputaciones y Comunidades Autónomas de su ámbito originario de actuación. La Asamblea nombra al Consejo de Administración que tiene encomendada la gestión financiera de la entidad y éste, a su vez, designa al Director.

Característica importante de esta figura es el poder emitir valores nominativos negociables de duración indefinida, denominados "cuotas participativas" que dan derecho a sus titulares a participar en el reparto de excedentes de libre disposición y, en su caso, en la liquidación, pero no conceden ningún derecho político, lo cual diferencia sustancialmente a dichos titulares de los accionistas.

La importancia de las cajas de ahorro radica, como ya se ha dicho anteriormente, en que disponen de alrededor de la mitad de los depósitos bancarios en España. A este resultado se ha llegado gracias a un crecimiento de los depósitos en las cajas de ahorro superior al de los bancos y a que en el proceso de desintermediación han sido éstos mucho más activos que aquellas. Nada más lejos del espíritu de la competencia que cuestionar a unas empresas que conquistan cuotas de mercado en la dura lucha del mercado, ni la obsesión de homogeneizar la forma social de los agentes económicos que compiten entre sí. Pero lo cierto es que de su forma social, derivan, directa o indirectamente, importantes ventajas competitivas para estas entidades que distorsionan las condiciones de competencia en el mercado.

Además, la composición de sus órganos directivos motiva las más de las veces que las Cajas actúen movidas por criterios políticos en lugar de actuar en función de una racionalidad económica. Así mismo la inexistencia de accionistas o propietarios del capital imitan las exigencias de alcanzar niveles de beneficios y de control de las inversiones o de las actuaciones de los gestores, todo lo cual, dada la importancia de estas instituciones, afecta a las condiciones de competencia en todo el sector.

Por otra parte, hay que tener también en cuenta que la estructura y la forma social de las cajas de ahorro influye decisivamente a la hora de plantear su salida del mercado. En otras palabras, en el sector bancario, donde las quiebras están prácticamente excluidas por la intervención de la autoridad monetaria, el único mecanismo de disciplina del mercado es la adquisición de las empresas en dificultades. Pues bien, la experiencia muestra que las cajas no son adquiridas mas que por otras cajas, no por los bancos, porque, en la práctica, éstos no pueden comprarlas. Se da una asimetría o discriminación en este punto con respecto a la banca, puesto que mientras las cajas pueden hacerse cargo de los bancos, estos no pueden adquirir una caja de ahorros.

Además, por razones perfectamente lógicas, vista la composición de sus órganos directivos, las adquisiciones o fusiones entre cajas están teniendo lugar habitualmente entre entidades de la misma provincia o comunidad autónoma, lo cual, como se indicó anteriormente, es muy negativo para el nivel de concentración bancaria en áreas locales, o sea para banca al por menor.

Por todo lo expuesto, el Tribunal considera conveniente la creación de una comisión lo más plural posible que analice las distorsiones de competencia producidas por las cajas de ahorro en el mercado financiero y realice propuestas que equilibren la situación.

5.2. Las cooperativas de crédito.

Las cooperativas de crédito son entidades con personalidad jurídica propia, que se rigen por las disposiciones generales en materia de cooperación, y por la Ley 13/1989, de Cooperativas de Crédito. Su objeto social es "servir a las necesidades financieras de sus socios y de terceros mediante el ejercicio de las actividades propias de las entidades de crédito". Aunque la Ley especifica que deberán prestar una atención preferente a sus socios, sin embargo se permite también que puedan realizar operaciones con terceros hasta un límite del 50 por ciento de los recursos totales de la entidad.

Su cuota de mercado en el conjunto del sistema bancario español es ciertamente pequeña, de poco más del 4 por ciento, aunque en otros países europeos hayan tenido un desarrollo importante, baste citar el Crédit Agricole o el Crédit Mutuel en Francia, el DG Bank en Alemania y el Rabobank en Holanda. Un aspecto que hace a las cajas rurales especialmente interesante desde el punto de vista de la competencia es la estructura de su red de sucursales. En efecto, una parte importante de éstas están situadas en áreas rurales, donde el nivel de presencia de competidores es mínimo, y donde la actividad principal la constituye la banca al por menor.

Las otras cooperativas de crédito son fundamentalmente urbanas, en muchos casos formadas por socios pertenecientes a colectivos homogéneos, como los miembros de una profesión. No obstante, es preciso destacar como excepción, la existencia de una entidad vasca que es la cabeza financiera de un importante grupo industrial y de distribución (Caja Popular de Mondragón).

Las cooperativas de crédito presentan formas específicas de reparto del excedente empresarial y una fiscalidad diferenciada. Estos factores les proporcionan asimismo importantes ventajas competitivas que vienen a distorsionar la competencia en el mercado. Por ello, se sugiere que la Comisión propuesta en el apartado anterior con respecto a las cajas de ahorros amplíe su estudio a las cooperativas de crédito y las cajas rurales.

Propuesta: Crear una comisión en la que participen el Ministerio de Economía y Hacienda, el Banco de España, representantes de las cajas y bancos y expertos independientes con el fin de realizar un estudio sobre las distorsiones de la competencia que produce la singularidad de estos tipos de entidades de crédito. (Acuerdo de Consejo de Ministros).

6. La política de defensa del cliente

La defensa del último beneficiario de la competencia, el consumidor, no se agota en el ordenamiento español con la introducción de un marco regulador bancario proclive a la eficiencia y a la competencia, ni con una política activa de defensa

de la competencia. La política de defensa del consumidor tiene un desarrollo específico en este sector, como también se dijo anteriormente. Convendría añadir que, así como no ha habido muchos casos relativos a la existencia de restricciones de la competencia en el sector, los correspondientes a la defensa de consumidores y usuarios son numerosísimos.

La gran diferencia entre la información y conocimientos financieros que hay entre el cliente y la pequeña empresa, de un lado, y la entidad bancaria de otro, crea una asimetría susceptible de provocar abusos sobre los usuarios. Por otra parte, al contrario de lo que ocurre en no pocas actividades comerciales, la relación del cliente con el banco no es habitualmente esporádica, sino que, por el contrario, implica una continuidad a lo largo del tiempo. El cliente mantiene una relación duradera con el banco, el cual le presta múltiples y variados servicios, aunque no sea con exclusividad. Esta relación crea un mercado de clientela que dificulta la apreciación y valoración competitiva por parte del cliente de los precios de cada uno de los diversos servicios que presta el banco y, además, le crea unos vínculos con el banco. Cambiar de banco tiene unos costes no despreciables en términos de tiempo y molestias.

La asimetría en la información en este mercado de clientela ha aconsejado el establecimiento de mecanismos específicos encaminados a la defensa del consumidor y a actuaciones del regulador con el objetivo de aumentar la transparencia de las operaciones bancarias.

Así por ejemplo, la figura del "defensor del cliente" está extendida en la banca. Se trata de una persona de especial cualificación cuyos servicios remunera habitualmente el banco. Los clientes descontentos por una actuación concreta del banco en cuestión acuden al defensor con su queja, el cual tiene capacidad para dictar una sentencia arbitral, normalmente obligatoria para el banco y no vinculante para el cliente. Si el cliente no queda satisfecho con el arbitraje del defensor del cliente de su banco, o éste carece de dicha figura, tiene la posibilidad de dirigirse al Servicio de Reclamaciones del Banco de España. (Este Servicio de Reclamaciones fue creado por el apartado noveno de la Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las Entidades de Crédito).

Un análisis de las reclamaciones presentadas a este Servicio ofrece una panorámica muy completa de los problemas de los usuarios de los servicios bancarios. La mayor parte de las reclamaciones versan sobre los intereses de las operaciones activas, discrepancias por apuntes en cuentas, discrepancias en la negociación de letras y cheques, comisiones y tarjetas de crédito.

A través de estas instituciones el cliente puede obtener la ayuda y el amparo necesarios en un sector cuya creciente especialización y complejidad hace muy difícil y costosa la utilización de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Además de esta política de resolución de reclamaciones, conviene impulsar como actividad preventiva una normativa tendente a mejorar la transparencia de las operaciones y la información del cliente. En este sentido, además de la ya nombrada Orden de 12 de diciembre de 1989, cabe citar la Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre, a Entidades de Crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, modificada por la Circular 13/1993. A escala europea hay que recordar la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas de los contratos celebrados con los consumidores que debe transponerse antes del 31 de diciembre de 1994. Finalmente, se puede añadir a las anteriores la norma de transparencia sobre los préstamos hipotecarios ya citada, derivada de la Ley de Subrogación de Préstamos Hipotecarios y la Ley de Crédito al Consumo, de reciente aprobación.

Otros aspectos de la regulación de protección al consumidor son los relativos a la autorización previa de la publicidad y el sistema de precios máximos comunicados para las comisiones.

La autorización previa de la publicidad bancaria que trata sobre intereses y costes para los clientes garantiza una presentación en términos homogéneos o comparables y relativamente clara de las ofertas bancarias, por ejemplo expresándose los intereses de las ofertas en tasa anual equivalente (TAE), aunque existan discrepancias de aplicación de esta normativa por las Comunidades Autónomas en algunos supuestos. Otro tanto se puede decir, en cuanto a la claridad que impone el control de las comisiones, resguardándose siempre la libertad de su fijación por las empresas.

De cualquier manera, hay que señalar que este tipo de intervenciones sobre la operativa y prácticas bancarias, sin entrar a discutir la bondad de sus objetivos, no son gratuitas desde el punto de vista de la competencia. En efecto, introducen rigideces y homogeneizan procedimientos dificultando la innovación. Actualmente existe una presión social que empuja hacia un mayor intervencionismo en este ámbito que resulta preocupante. En las entrevistas con los usuarios y con otros grupos interesados se han propuesto ideas, tales como la creación de un contrato-tipo de cuenta corriente obligatorio, que restringiría las posibilidades operativas de la banca. El Tribunal considera que cualquier iniciativa de este tipo debería ser evaluada desde el punto de vista de la competencia. Los objetivos de defensa del consumidor son muy importantes, pero si implicasen restricciones a la competencia podrían resultar contraproducentes, por cuanto introducirían nuevas rigideces en el mercado bancario.

Propuesta: Analizar con criterios de competencia las propuestas de medidas que se vayan a introducir en el sector bancario en defensa de los consumidores y usuarios (Acuerdo de Consejo de Ministros).

CAPITULO II: PUERTOS

1. Introducción.

Los puertos marítimos, en su concepción legal, son un conjunto de espacios terrestres, aguas marinas e instalaciones diversas que, situados en la ribera de la mar o de las rías, reúnen un conjunto de condiciones físicas, bien sean naturales o artificiales, y de organización que posibilitan la realización de las operaciones de entrada, salida, atraque, desatraque, estancia y reparación de los buques, y las de trasbordo entre éstos y tierra o entre distintos medios de transporte, de mercancías, pesca, avituallamientos y pasajeros, así como el almacenamiento temporal de dichas mercancías en el espacio portuario.

En este sentido, el puerto comprende: a) Una superficie de aguas adecuada. b) Una zona de fondeo, muelles e instalaciones de atraque. c) Espacios para el depósito de mercancías o enseres. d) Infraestructuras terrestres y accesos que aseguren su enlace con las principales redes de transporte. Y e) medios y organización que permitan efectuar las operaciones portuarias con eficacia, rapidez, economía y seguridad.

Desde un punto de vista económico, los puertos son centros intercambiadores de mercancías y pasajeros entre diferentes modos de transporte y de prestación de servicios de carácter muy heterogéneo a los navíos (abrigo, suministros, estacionamiento, carga y descarga, etc.).

Algunos datos estadísticos pueden ayudar a comprender mejor la importancia de este sector para la economía española. Según datos del Ministerio de Obras Públicas y Transportes correspondientes al año 1992, a través de los puertos españoles de titularidad estatal se movieron 260 millones de toneladas de mercancías y 14 millones de pasajeros. El número de buques que hicieron escalas en los puertos españoles fue de 94.701 de los que 59.976 eran de bandera española y 34.725 eran extranjeros.

La cifra total de tráfico de mercancías puede desglosarse del siguiente modo:

Petróleos (incluyendo avituallamiento)	107.900.000 Tm
Graneles sólidos	71.700.000 Tm
Mercancía general	53.900.000 Tm
Otros	26.600.000 Tm

Hay que indicar a este respecto que el 49,8 por ciento del tráfico de la mercancía general se realizó por medio de contenedores, lo que representó un movimiento de 2.830.000 contenedores (en unidades TEU²⁹).

²⁹ Contenedor de 20 pies.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que el sector proporciona empleo directo a 35.000 personas e indirecto a unas 110.000.

Pero el dato más significativo desde el punto de vista económico consiste en que a través de los puertos se desarrolla una parte esencial del comercio exterior de nuestro país. En efecto, según datos del citado año 1992, resulta que el 86 por ciento de nuestras importaciones de mercancías y el 68 por ciento de nuestras exportaciones se realizaron por vía marítima.

Por el contrario, el sistema portuario español tiene una menor incidencia en el ámbito comercial interno, pese a que nuestro país tiene una de las mayores extensiones de litoral de Europa (7.880 Km.), puesto que el transporte marítimo de cabotaje tan sólo representa el 16,98 por ciento del total de las mercancías transportadas y el 1 por ciento de los pasajeros. Esta incidencia se acrecienta, claro está, en los territorios insulares en los que prácticamente no hay otros sistemas alternativos al transporte marítimo para el movimiento masivo de mercancías.

En efecto, aunque el transporte marítimo goza de una serie indiscutida de ventajas frente a otros modos, tanto de tipo económico (gran capacidad de carga de los buques y costes variables inferiores) como de carácter social (ser el menos contaminante y el de menor consumo energético o reducir la congestión de las infraestructuras terrestres), sin embargo, en España, el cabotaje marítimo nacional entre puertos peninsulares es prácticamente inexistente. Varias y numerosas son las causas que han contribuido a esta decadencia, destacando entre ellas por su importancia, la escasez de transportes de grandes volúmenes de carga y las rigideces y elevados costes del sistema portuario.

Es importante destacar a este respecto, que los costes portuarios comprenden: el pago de los diversos servicios portuarios, que prestan tanto las Autoridades Portuarias como los particulares, el tiempo de estancia en puerto y las pérdidas y deterioros sufridos por las mercancías a causa de las operaciones portuarias.

2. Estructura del sistema portuario.

La estructura del sistema portuario español es la siguiente:

A) Tipos de puertos: En España existen, por una parte, los puertos de interés general, que son aquellos en los que se desarrollan actividades comerciales marítimas internacionales o de especial relevancia para la economía nacional, los que su zona de influencia económica afecta a más de una Comunidad Autónoma, los que sirven a industrias o establecimientos de importancia estratégica para la economía nacional, o los que, por sus especiales condiciones técnicas o geográficas constituyen elementos esenciales para la seguridad del tráfico

marítimo, especialmente en territorios insulares. La titularidad de los citados puertos de interés general corresponde al Estado (art. 149.1.20 de la Constitución).

Junto a ellos están los puertos comerciales de ámbito limitado, puertos de refugio, puertos pesqueros, puertos no comerciales y puertos deportivos, cuya titularidad corresponde a sus respectivas Comunidades Autónomas (art. 148.1.6 de la Constitución).

En este informe solamente se trata de los puertos comerciales de interés general.

B) Características principales del sistema: El sistema portuario español, por lo que a los puertos comerciales de interés general se refiere, se ha caracterizado:

En primer lugar, por su dispersión. En efecto, el número de puertos clasificados como de interés general es bastante elevado y se cifra en 46. En consecuencia, el grado de concentración portuaria en España es muy reducido. Varias son las razones que explican este fenómeno, destacando entre ellas, fundamentalmente, las siguientes: la extensión de sus costas, abiertas, además, a diferentes mares, la importancia del tráfico insular, la incidencia económica de los diferentes puertos sobre sus zonas territoriales más inmediatas (hinterland) y la falta de una verdadera red de comunicaciones.

En segundo lugar, por la carencia, en la mayor parte de los casos, de infraestructuras de transporte complementarias (autopistas, líneas de ferrocarril, transporte fluvial), lo que polariza los tráficos portuarios hacia aquellos tipos de mercancías que podemos considerar cautivos (por ejemplo, graneles) o precisan de un transporte interior de escaso radio de acción. Efectivamente, la falta o la insuficiencia de las infraestructuras terrestres de transporte complementarias que permitan enlazar los principales puertos del país con las ciudades y centros comerciales e industriales del interior, ha propiciado una proliferación de pequeños y medianos puertos provinciales o locales, que sólo sirven a unas comarcas muy reducidas que se hallan en su entorno más próximo.

En tercer lugar, por la escasez de suelo necesario para el desarrollo portuario. Así, por ejemplo, el plan de expansión del Puerto de Barcelona tiene prevista una reserva de suelo de 120 Ha., cifra que resulta ridícula si se compara con las 2.000 Ha. con las que cuentan por término medio los puertos del norte de Europa. Esta carencia, que es debida fundamentalmente a la legislación sobre planeamiento y calificación de usos del suelo, ha impedido en buena medida la existencia de los llamados puertos industriales (aquellos en los que se instalan grandes empresas de producción) y está dificultando, en estos momentos, las posibilidades de evolución de los puertos, al impedirles a la mayoría de ellos una expansión territorial que les permita desarrollar amplias zonas destinadas a actividades complementarias y convertirse en auténticas bases logísticas de agrupamiento, ruptura y distribución de cargas, papel que se ven obligados a

asumir, en parte, los denominados "puertos secos" instalados en el interior de los territorios³⁰.

En cuarto lugar, por encomendar la gestión de los puertos a la Administración Pública, que la ejerce por medio de las Autoridades Portuarias y del Ente Público Puertos del Estado. El sistema de gestión pública es, sin embargo, el más generalizado en el mundo y el mayoritario en Europa en materia portuaria, si bien se presenta con diferentes matices y características en cada uno de los países. Así por ejemplo, en los países latinos de Europa prevalece la atribución de la gestión a la Administración del Estado, que la desarrolla bien directamente o a través de organismos autónomos; mientras que en los países nórdicos o centroeuropeos, si bien la titularidad y la administración de los puertos comerciales corresponde a los Municipios o Corporaciones Locales, sin embargo, en cuanto a la gestión prevalece el aspecto comercial, de manera que la intervención pública se limita a los problemas de interés general (seguridad, contaminación, ordenación de los tráficos, etc.). En Europa la gestión de los puertos por empresas privadas es excepcional y tan sólo se da en algún puerto como Tilbury o Felixstowe (Reino Unido), o más recientemente, desde el año 1991, en veintidós puertos ingleses, que fueron privatizados y son actualmente gestionados por la compañía "Associated British Ports Holdings".

Y, finalmente, por el establecimiento de un régimen económico-financiero basado en la autosuficiencia de los recursos generados por el propio sistema portuario. En este punto también existe una gran disparidad entre los distintos modelos imperantes en los países europeos, que van desde un sistema de financiación a cargo de los presupuestos públicos, que incorpora subvenciones a las tarifas portuarias, a un sistema de autofinanciación que, como en el caso español, incluye también las inversiones en infraestructuras, pasando por sistemas mixtos en los que los gastos de funcionamiento se cubren con las tarifas y las infraestructuras se financian con cargo a los presupuestos estatales o municipales.

C) Regulación legal. El sistema portuario español, especialmente por lo que se refiere a los puertos de interés general, ha sido regulado por la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.

D) Organización y gestión de los puertos de interés general.

Autoridades Portuarias. La Ley contempla un único modelo de gestión de los puertos españoles consistente en atribuir dichas facultades de gestión en cada puerto o conjunto de puertos a una Autoridad Portuaria constituida como entidad de derecho público y dotada, por tanto, de personalidad

³⁰ Sirvan de ejemplo, a este respecto, los proyectados de Coslada en Madrid como puerto general y de Azuqueca de Henares en Guadalajara como prolongación del puerto de Barcelona.

jurídica y patrimonio propios, a la que se atribuyen mayores facultades que las que ostentaban los puertos autónomos y que opera siempre bajo la coordinación y control del Ente Público Puertos del Estado. La Autoridad Portuaria está gobernada por un consejo de administración cuyo presidente es nombrado por el Ministro de Obras Públicas, Transporte y Medio Ambiente y en el que están representadas las Comunidades Autónomas, los Ayuntamientos, las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, las organizaciones empresariales y los sindicatos más representativos del sector. De conformidad con este modelo se han constituido en España veintisiete Autoridades Portuarias para la gestión de los 46 puertos estatales de interés general.

Por otra parte, el Ente Público Puertos del Estado se encarga, bajo la supervisión del Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente, de la ejecución de la política portuaria del Gobierno y de la coordinación y control de la eficiencia del sistema portuario de titularidad estatal.

Criterios de gestión. Los criterios en los que debe basarse la gestión de las Autoridades Portuarias son los específicamente empresariales y de eficacia. Pese a que la plasmación en la nueva Ley de Puertos de estos criterios supone un importante avance con respecto a la situación anterior, sin embargo, la experiencia de la aplicación de la citada Ley en estos primeros años demuestra que todavía persiste en muchas Autoridades Portuarias la idea tradicional de la gestión de un servicio público y la tentación intervencionista. Por ello, sería deseable que en posteriores desarrollos de la Ley se fuera configurando paulatinamente el papel que deben asumir las Autoridades Portuarias en un contexto económico de mayor liberalización de los servicios y que no es tanto el organizar y gestionar el puerto como si fuera una empresa, sino contribuir a crear las condiciones para que las empresas se organicen eficientemente en los puertos.

Régimen económico-financiero. Desde el punto de vista económico-financiero el sistema comprende: en primer lugar, el establecimiento de un modelo de financiación del Ente Público Puertos del Estado a través de los recursos generados por el conjunto del sistema portuario. Y, en segundo lugar, la creación de un fondo de compensación con la finalidad de sufragar las inversiones del conjunto del sistema portuario, de modo que se logre la autofinanciación y se reduzca la necesidad de acudir constantemente a subvenciones o transferencias de los Presupuestos Generales del Estado.

En efecto, la Ley de Puertos del Estado prevé en materia de régimen económico, la existencia de dos fondos: el "Fondo de Contribución" que se forma con las aportaciones realizadas por las Autoridades Portuarias y que tienen como finalidad cubrir las cargas, gastos e inversiones del Ente

Público Puertos del Estado, de las Autoridades Portuarias y de los servicios centrales de señales marítimas. Y el "Fondo de Financiación" que se nutre también de las aportaciones de las Autoridades Portuarias, que será gestionado por Puertos del Estado y cuya finalidad será contribuir a la financiación de los planes de inversión de los distintos puertos.

Dentro del esquema de financiación del sistema portuario, el Fondo de Contribución se forma, fundamentalmente, con los ingresos obtenidos por las distintas Autoridades Portuarias por los tráficos de crudos petrolíferos, gas natural y mineral de hierro y por la totalidad de los tráficos de mercancías en los puertos de régimen concesional.³¹

La redistribución del Fondo de Contribución a las Autoridades Portuarias será realizada con criterios finalistas, asignándose recursos para cofinanciar inversiones referidas a proyectos específicos, y tendrá en cuenta las necesidades reales de financiación derivadas de la programación establecida en el Plan de Empresa de cada Autoridad Portuaria.

En el modelo diseñado por la Ley de Puertos, los ingresos de las Autoridades Portuarias deben responder, como se ha indicado

³¹ La cuantía anual de estas aportaciones, que tienen la consideración de gasto no reintegrable, se determina por agregación de los importes resultantes de aplicar los siguientes porcentajes y bases de cálculo (en función de los datos reales correspondientes al ejercicio económico inmediatamente anterior):

a) El 60 por ciento de los ingresos devengados por concepto de tarifa T-3 de los siguientes tráficos: en primer lugar, crudos petrolíferos, en régimen de descarga exterior, y en segundo lugar, la totalidad del tráfico, de mercancías en los puertos en régimen concesional, que actualmente son: Carboneras (Almería), San Ciprián (Lugo) y Salinetas (Las Palmas).

b) El 30 por ciento de los ingresos devengados por concepto de Tarifa T-3, en régimen de descarga exterior, de las siguientes mercancías: gas natural y mineral de hierro.

c) El 5 por ciento de los gastos consolidados de explotación, financieros y extraordinarios de otros ejercicios. En el cálculo del importe computable de dichos gastos consolidados, a los que se aplica posteriormente el referido porcentaje del 5 por ciento, se excluirán las partidas de gasto relativas a dotaciones, a las provisiones para riesgos y gastos, a indemnizaciones de personal y a dotaciones a la amortización.

A efectos de consolidación, se excluirán las Sociedades Estatales de Estiba y Desestiba.

d) El 10 por ciento del resultado de restar a los recursos generados por las operaciones los siguientes conceptos:

- El importe exigible, en el ejercicio que sirve de base para el cálculo, del principal de los préstamos derivados de la integración del Montepío en la Seguridad Social.
- Las provisiones aplicadas (pagadas) en el ejercicio correspondiente a pensiones complementarias del Montepío y Planes de Empleo.
- El importe de las cuotas ya aportadas por los sumandos anteriores a, b y c.

Solamente cuando el resultado sea positivo se aplicará el referido porcentaje.

anteriormente, al objetivo de lograr la rentabilidad global del conjunto del sistema portuario y de cada uno de los puertos. A estos efectos deberán cubrir, al menos, los siguientes costes: de explotación, conservación y administración de las entidades portuarias; las cargas fiscales y los intereses de los empréstitos; la depreciación de sus bienes e instalaciones; y un rendimiento razonable de la inversión neta en activos fijos para el conjunto del sistema portuario.

Los citados ingresos proceden fundamentalmente de:

a) CÁNONES, que son los precios que se cobran por la ocupación o utilización del dominio público. Los cánones tienen la consideración de precios públicos.

Los principales cánones existentes en materia de puertos son:

- Por ocupación o aprovechamiento del dominio público portuario. Estos cánones se aplican a los concesionarios o beneficiarios de autorizaciones.
- Por la prestación de servicios al público en el ámbito portuario.
- Por el desarrollo de actividades comerciales o industriales en la zona portuaria.

b) TARIFAS, que son los precios establecidos para los servicios portuarios que presten las propias Autoridades Portuarias.

Estas tarifas presentan las siguientes características:

- Tienen el carácter de precios privados.
- Sus límites máximos y mínimos son fijados por el Ministerio Sectorial a propuesta del Ente Público Puertos del Estado, previa audiencia de los usuarios.
- Se aplican también al tráfico portuario que utilice instalaciones en régimen de concesión, hayan sido o no construidas por particulares.
- Se hace responsable del pago de las tarifas a los consignatarios de buques.

Asimismo las Autoridades Portuarias podrán establecer "tarifas máximas, de obligado cumplimiento", para los servicios portuarios que se presten en régimen de gestión indirecta.

Servicios portuarios. Son aquellas actividades de prestación que tienden a la consecución de los fines que se asignan a las Autoridades Portuarias. Las Autoridades Portuarias deberán garantizar en cada puerto la prestación de los siguientes servicios:

- La entrada y salida de los buques.
- El practicaaje.
- El remolque.
- La disponibilidad de zonas de atraque o fondeo.
- El amarre y desamarre.
- La carga y descarga (embarque y desembarque) y transbordo.
- La estiba y desestiba.
- La puesta a disposición de espacios, almacenes, edificios e instalaciones para la manipulación y estacionamiento de la mercancía y vehículos y para el tránsito de éstos y de pasajeros en el puerto.
- La puesta a disposición de medios mecánicos terrestres o flotantes para la manipulación de las mercancías en el puerto.
- El suministro a los buques de agua y energía eléctrica y de hielo a los pesqueros.
- La recogida de basuras y residuos sólidos y líquidos contaminantes.
- Los servicios contra incendios, vigilancia, seguridad y protección civil.
- Los servicios de señalización marítima.

Aunque no están previstos con este carácter en la Ley de Puertos, pueden comprenderse también los servicios de reparaciones y de suministro de carburantes.

La prestación de estos servicios podrá realizarse directamente por la Autoridad Portuaria o bien mediante gestión indirecta por empresarios particulares. En todo caso, las actividades y servicios prestados por las Autoridades Portuarias se regirán por las normas del Derecho Privado. Asimismo, los contratos que celebre la Autoridad Portuaria para la prestación de los servicios portuarios por gestión indirecta estarán sujetos al Derecho Privado, excepto en lo que se refiere a la aplicación de los principios de publicidad y concurrencia en su preparación y adjudicación.

3. La competencia en el sector portuario.

La competencia en este sector se da en varios niveles que conviene diferenciar. Por una parte, hay que hablar de competencia entre distintos puertos que, a su vez, puede subdividirse en competencia internacional, esto es, entre puertos de un país y puertos extranjeros de una misma zona geográfica (por ejemplo, el Mediterráneo occidental) y competencia nacional, que se daría entre los distintos puertos de un mismo país (por ejemplo, entre Barcelona y Valencia). Y, por otra, de competencia interna entre las distintas empresas que prestan servicios en cada puerto (por ejemplo, en el caso del remolque o de la carga y descarga).

No conviene tampoco olvidar la existencia de competencia entre los distintos modos de transporte, especialmente el transporte marítimo y el transporte terrestre por carretera y ferrocarril por lo que se refiere al tráfico de mercancías, que quizá sea, a corto plazo, la más trascendente puesto que forma parte de la política comunitaria europea de fomento del cabotaje marítimo. Este tema, sin embargo, ya fue abordado en el anterior informe del Tribunal sobre la liberalización de los servicios³².

3.1. Competencia internacional entre puertos.

Como se ha visto, este tipo de competencia se da por lo que respecta a algunos tráficos (avituallamiento, tránsito de mercancías o contenedores) entre distintos puertos de diversos países que están situados en una misma área geográfica como, por ejemplo, los puertos de Algeciras o Ceuta con respecto al de Tánger, el puerto de La Luz y de Las Palmas con respecto al de Agadir, el puerto de Barcelona con respecto a los de Marsella o Génova, etc. En este informe no se va a abordar directamente esta modalidad de competencia que hace más bien referencia a la competitividad de los puertos españoles, aunque dicho objetivo va a estar muy presente en el mismo, dado que la mayoría de las propuestas que se formulan apuntan en esa dirección. En efecto, una de las finalidades de las políticas liberalizadoras es la de hacer más competitivo el sistema portuario español en un contexto internacional. En este sentido, si a través de la introducción de competencia en los servicios portuarios se logra una mayor calidad en la prestación de los mismos y unos sustanciales ahorros de tiempo y coste, se estará en mejores condiciones para atraer nuevos tráficos lo que, unido a un aprovechamiento inteligente de las políticas comunitarias tendentes a lograr un mayor equilibrio en las relaciones comerciales norte-sur y a desarrollar una serie de redes integradas de transporte que cubran Europa, contribuirá, sin lugar a dudas, a potenciar el sistema portuario español.

En esta línea han de situarse los trabajos de la "COMINPORT" de los que se informa a continuación. En el año 1991 el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo presentó a la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos un informe en el que ponía de manifiesto que las condiciones de funcionamiento de los puertos españoles en relación con los servicios de despacho de mercancías (Aduana, SOIVRE, servicio fitosanitario, sanidad animal y sanidad exterior) eran peores que las europeas. En efecto, se habría detectado una falta de agilidad y coordinación entre los diversos servicios que generaban incrementos de coste, retrasos en el paso de las mercancías por el puerto y desvíos hacia otros puertos extranjeros más eficientes.

³² Vid. "Remedios Políticos..." (Nota 2, pag.i), Capítulo VII. Transportes.

Como consecuencia de todo ello, la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos creó la Comisión Interministerial para el estudio de los problemas relacionados con el funcionamiento de los puertos (COMINPORT).

La COMINPORT presentó un primer Informe en julio de 1994, en el que: 1) Se analizan los problemas actuales del despacho de mercancías en los puertos españoles, que se centran, de un lado, en la multiplicidad de organismos y, de otro, en la lentitud del despacho, falta de seguridad para las mercancías, alto coste de las operaciones, y la ausencia de una entidad responsable que informe de los diversos servicios, tiempos, horarios y tarifas y ante la que se pueda recurrir. Y 2) Se proponen una serie de medidas, entre las que destacan, junto a algunas modificaciones normativas, una serie de medidas de coordinación administrativa, tales como la ventanilla única o la inspección única, y principalmente de gestión, entre las que pueden citarse:

- Ampliación y armonización de horarios.
- Tramitación documental informatizada.
- Simplificación de documentación.
- Filtros para la inspección aduanera. (Se establecen tres circuitos: Verde, no hay inspección. Naranja, hay inspección documental. Rojo, hay inspección física).
- Procedimiento único de inspección.

3.2. Competencia entre puertos nacionales.

El desarrollo de este tipo de competencia resulta más complejo en España por las características especiales de la estructura del sistema portuario que no genera demasiados estímulos para que se incentive más allá de los límites en que está permitida.

En efecto, los servicios portuarios de entrada, salida y atraque de buques y tránsito de mercancías y pasajeros son prestados directamente por la Autoridad Portuaria con arreglo a unas tarifas cuyos máximos y mínimos son fijados por el MOPTMA, permitiéndose tan sólo descuentos sobre los máximos en función de la rentabilidad de los puertos. Así, por ejemplo, para el año 1994 se preveía la siguiente escala:

Rentabilidad	6%	del 4 al 6%	del 2 al 4%	del 0 al 2%
Margen de reducción	20%	15%	10%	5%

La nueva Orden de 19 de abril de 1995 sobre tarifas portuarias altera el sistema y establece unas tarifas máximas (las oficiales) y mínimas (controlando la magnitud permitida de reducción en las tarifas). El cuadro de rentabilidad y margen de reducción para 1995 es el siguiente:

Rentabilidad en 1994	3% o más	de 0 a 3%	negativa
Margen de reducción en 1995	25% (optativa) ³³	NO	NO
Margen de incremento en 1995	NO	5% (optativa) ³⁴	10% (máxima permitida y obligatoria) ³⁵

Las tarifas por los servicios portuarios prestados directamente por la Autoridad Portuaria representan entre el 10 y el 40 por ciento del coste total de la cuenta de escala portuaria, es decir, de la factura final por todas las operaciones y servicios portuarios prestados al buque durante su estancia en puerto y un promedio del 20 por ciento del coste total del transporte de mercancías vehículo a vehículo en el transporte nacional de línea regular³⁶.

³³Esta reducción presenta las siguientes limitaciones: la disminución de la rentabilidad obtenida en 1994 que se hubiera producido como consecuencia de la aplicación de las reducciones propuestas por las Autoridades Portuarias en 1995, pero aplicadas a los ingresos reales percibidos por los tráficos de 1994 no superará el 30 por ciento. Por otra parte la rentabilidad en 1995 nunca debe ser inferior al 3 por ciento.

³⁴En este caso se impone la siguiente limitación: los incrementos propuestos en 1995 aplicados a los tráficos reales de 1994 no hubiesen situado la rentabilidad en valores superiores al 3 por ciento.

³⁵ Las Autoridades Portuarias deben establecer de manera obligatoria incrementos al menos equivalentes en porcentaje al valor absoluto de la rentabilidad negativa obtenida y como máximo del 10 por ciento; siempre con el límite del incremento necesario para que, aplicadas las nuevas tarifas a los tráficos reales de 1994, se hubiera igualado a cero el valor de la rentabilidad en dicho ejercicio.

³⁶ Se entiende por transporte vehículo a vehículo aquel que comprende el movimiento de la mercancía desde su colocación en un vehículo al costado del buque en el puerto de origen hasta su carga en un vehículo al costado del buque en el puerto de destino.

A este respecto hay que tener también en cuenta, como ya se ha indicado anteriormente, que en la determinación de estas tarifas por la Administración no sólo se toma en consideración el coste del servicio que se presta, sino también, y de un modo sustancial, la contribución a la financiación del conjunto de las infraestructuras del sistema portuario nacional (las inversiones en infraestructura representan un 40 por ciento de los ingresos totales de los puertos por cánones y tarifas).

En relación con esta cuestión hay que señalar también la existencia de un cierto grado de competencia entre los puertos comerciales de interés general y algunos puertos comerciales cuya titularidad y gestión corresponde a las Comunidades Autónomas. En estos últimos se aplica, por lo general, un sistema mixto de financiación consistente en que los gastos de funcionamiento se cubren con las tarifas portuarias, muchas veces, además, subvencionadas en función de los tráficos, mientras que los gastos relacionados con las infraestructuras (mantenimiento e inversiones) se cargan a los presupuestos públicos, produciéndose de este modo un abaratamiento de las tarifas que distorsiona las condiciones de competencia.

Por otra parte, el resto de los servicios, principalmente el practicaaje, amarre, remolque, suministros de agua y carburantes, estiba y desestiba son prestados en régimen de gestión indirecta por empresas privadas que, por lo general, sin embargo, operan como monopolios en cada uno de los puertos en virtud del sistema de concesiones exclusivas. Cuando en algún puerto concurren varias empresas para la prestación de estos servicios es frecuente que surja una especialización (por ejemplo, una empresa se dota de remolcadores para buques mercantes y otra de remolcadores para buques pesqueros) o un acuerdo de cooperación entre ellas (por ejemplo, un "pool" o el establecimiento de turnos rotatorios). Este hecho motiva también el encarecimiento de los precios de estos servicios o su alineación con las tarifas máximas, cuando éstas son fijadas por la Autoridad Portuaria.

Así pues, las posibilidades de introducción de competencia en este punto pasan, por lo que respecta a los servicios prestados en régimen de gestión directa por la Autoridad Portuaria, bien por el cambio del modelo diseñado por la Ley de Puertos con respecto a la gestión y al sistema económico-financiero, o bien por dotar de una mayor autonomía a los puertos, especialmente en materia tarifaria, aunque vinculando, en alguna medida, los proyectos de inversión con las expectativas de rentabilidad de cada puerto.

La primera solución ha sido analizada y estudiada por el Tribunal a la vista de las críticas vertidas contra el citado modelo por los sectores afectados, habiendo llegado a la conclusión de que el sistema permite beneficiar a los puertos ineficientes y penalizar a los eficientes sin cuestionar en ningún momento si la supervivencia de aquéllos está suficientemente justificada. Pese a lo anterior, sin embargo, el Tribunal considera que, dada la actual coyuntura económica y los objetivos del Gobierno en materia de recorte del déficit público, no resulta

aconsejable, en estos momentos, proceder a un cambio radical del modelo. En relación con esta cuestión, sería conveniente, sin embargo, encomendar a la COMINPORT que analizara con criterios de eficiencia el sistema económico-financiero establecido y sus efectos sobre cada uno de los puertos. Por otra parte, como ya se ha indicado anteriormente, el modelo ha sido recientemente corregido en el sentido de hacer gravitar las aportaciones de las Autoridades Portuarias para cubrir los gastos e inversiones del sistema portuario en su conjunto, principalmente sobre los tráficos de crudos petrolíferos, gas natural y mineral de hierro. Así pues, entre las dos alternativas propuestas se ha optado, en la línea de moderación que caracteriza al Tribunal, por profundizar tan solo en la segunda de ellas.

En cuanto a los servicios portuarios prestados por empresas privadas, las únicas dificultades que pueden presentarse para la introducción de una amplia competencia en la oferta de los mismos se encuentran, principalmente, en los volúmenes reducidos de tráficos, en la existencia de estructuras de mercado muy concentradas y en las limitaciones de espacio físico que muchas veces existen en los puertos.

Propuesta: Encomendar a la Comisión Interministerial para el estudio de los problemas relacionados con el funcionamiento de los puertos (COMINPORT) que analice con criterios de eficiencia el sistema económico-financiero establecido y sus efectos sobre cada uno de los puertos (Acuerdo Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos).

3.3. Competencia entre las empresas que prestan servicios en el mismo puerto.

En la mayoría de los puertos españoles existe una multiplicidad de servicios portuarios que se prestan en régimen de gestión indirecta a través de empresas privadas. El sistema imperante de concesión en exclusiva o de autorización administrativa restringida a unos pocos operadores, ha conducido a situaciones de monopolio u oligopolio en las que raras veces se da una auténtica competencia en precios. Esta ausencia de competencia se ve, además, favorecida por la intervención de la Administración en la fijación de tarifas máximas que prácticamente se convierten en tarifas únicas y homogéneas para todas las empresas del sector que operan en el puerto. Así pues, éste resulta ser el campo más propicio para formular propuestas de introducción de competencia en estos momentos. Por ello, se presta una especial atención en la siguiente rúbrica.

Para valorar adecuadamente la opción del Tribunal de centrar sus propuestas preferentemente en los servicios portuarios que se prestan en régimen de gestión indirecta por empresas privadas, hay que tener presente que el coste de estos servicios, como anteriormente se ha puesto de manifiesto, representa, por término

medio, más de la mitad del total de los costes portuarios y una tercera parte del total de los costes del transporte por vía marítima.

4. Situación actual y propuestas de liberalización.

Como anteriormente se ha indicado, al haber encomendado la Ley de Puertos la gestión de los de interés general a las Autoridades Portuarias, son éstas las encargadas de prestar los diferentes servicios portuarios. Sin embargo, en España las citadas autoridades sólo prestan directamente un reducido número de estos servicios, tales como la señalización marítima, la entrada y salida de los buques, el atraque y el tránsito de mercancías y pasajeros. El resto, por lo general, se presta por empresas particulares en régimen de concesión administrativa o mediante contratos de explotación.

4.1. Servicios gestionados directamente por la autoridad portuaria.

Suelen ser los relacionados de un modo más estrecho con la utilización de la infraestructura portuaria. Entre ellos destacan los servicios de:

1) Ayuda a la navegación marítima, que comprende todo el sistema de faros, balizas y señales marítimas. Por la utilización de estas ayudas se paga la tarifa T-0 en función de la unidad de arqueo, el tipo de embarcación o los metros cuadrados resultantes del producto de la eslora máxima por la manga máxima.

2) Buques, que comprende la entrada o salida, atraque y estancia del buque en puerto, esto es, la utilización de las aguas del puerto, canales de acceso, obras de abrigo y zonas de fondeo y el uso de las pertinentes instalaciones (muelles, diques, dársenas, etc.). Por este servicio los buques pagan la tarifa T-1 en función de su arqueo bruto (GT), el tipo de navegación realizada, el período de estancia y la zona del puerto utilizada.

3) Pasaje, que comprende la utilización general del puerto por los pasajeros y, en su caso, por los vehículos que éstos embarquen o desembarquen, así como de sus muelles, pantalanes, accesos y vías terrestres o estaciones marítimas. Por estos servicios los navieros abonan la tarifa T-2 que se aplica a cada pasajero o vehículo transportado en su buque.

4) Embarque y desembarque de mercancías, que comprende la utilización por dichas mercancías de las aguas del puerto, dársenas, accesos terrestres, vías de

circulación, estacionamiento, zonas de manipulación, terminales marítimas y servicios generales de policía. Por este tipo de servicios se paga la tarifa T-3 en función del tipo de operación efectuada y del valor y cantidad de la mercancía.

Existen tarifas especiales para los buques pesqueros y para el transbordo de la pesca fresca (T-4), que presentan la singular característica de que la tarifa se repercute obligatoriamente sobre el primer comprador de dicha pesca, así como para las embarcaciones deportivas y de recreo (T-5).

Además, las Autoridades Portuarias pueden prestar otros servicios, sometidos a sus correspondientes tarifas, tales como el de grúas de pórtico (tarifa T-6), el de suministro de agua, hielo y energía eléctrica (tarifa T-8) o el de almacenaje (tarifa T-7) y servicios diversos (Tarifa T-9).

Como ya se ha puesto de manifiesto con anterioridad, por su relación con la utilización de la infraestructura portuaria, resulta de una enorme complejidad introducir competencia en la prestación de estos servicios. Sin embargo, dado que la Ley de Puertos permite la existencia de terminales especializadas de uso general (para contenedores, graneles, pasajeros, etc) explotadas por empresarios privados en régimen de concesión y terminales de uso particular, construidas total o parcialmente a cargo de la iniciativa privada, que se diferencian de las anteriores en que sólo pueden ser utilizadas por el concesionario para sus propios tráficos podría pensarse, de un lado, en fomentar las primeras y en reducir o suprimir el devengo de las tarifas relativas a la prestación de servicios en dichas terminales. Para que esta última medida no causara ningún quebranto a la Autoridad Portuaria, podría verse compensada con un aumento de los cánones a pagar por la utilización de las concesiones.

Asimismo, en relación con las tarifas portuarias, el Tribunal considera: de un lado, que debe fomentarse la competencia entre puertos dejando mayor libertad a las Autoridades Portuarias para desarrollar una política autónoma de descuentos en cada puerto; y, de otro, que, dado que el tiempo es un factor capital de la operativa portuaria, deben introducirse algunos incentivos que sirvan para acelerar dicha operativa y evitar la prolongación injustificada de las estancias de los buques en puerto, como por ejemplo, la reducción de la tarifa T-1 en función de la demora sufrida por el buque o el establecimiento de una tarifa diferente si el buque está realmente operando (en fase de carga, descarga o avituallamiento, etc.) o a la espera de que se le preste algún servicio.

Propuestas:

- 1.- Dotar de mayor autonomía a las Autoridades Portuarias para desarrollar una política de descuentos tarifarios. (Modificación de la Orden Ministerial sobre tarifas portuarias).
- 2.- Introducir un sistema de incentivos en la tarifa T-1, que se perciben en función de la duración de la estancia del buque en puerto, que sirva para

acelerar la operativa portuaria. (Modificación de la Orden Ministerial sobre tarifas portuarias).

3.- Fomentar la concesión a empresarios privados de terminales de uso general. (Acuerdo de Consejo de Ministros).

4.- Reducir el devengo de las tarifas, que se perciben en función del uso de las instalaciones portuarias, en las terminales privadas explotadas en régimen de concesión en función de los servicios realmente prestados por la Autoridad Portuaria. (Modificación de la Orden Ministerial sobre tarifas portuarias).

4.2. Servicios prestados en régimen de gestión indirecta.

Son los que se prestan por empresas privadas bajo la supervisión y el control de la Autoridad Portuaria. Entre ellos destacan:

1) Practicaje, que consiste en el auxilio para el gobierno del buque prestado por un técnico, experto conocedor del puerto, para conducirlo desde la entrada del puerto a un fondeadero o lugar de amarre en el interior del puerto o desde éstos a su salida.

En España este servicio es prestado por los Prácticos, que son capitanes de buque habilitados al efecto por la Dirección General de la Marina Mercante e integrados en la Corporación de Prácticos, que es un colegio profesional al que obligatoriamente deben pertenecer todos los capitanes que quieran desarrollar las funciones de practicaje en un puerto.

La actividad de practicaje aparece regulada por Decreto de 4 de julio de 1958. El número de plazas existentes en cada Corporación, así como las tarifas a cobrar por el servicio de practicaje se fijan por la Administración.

Dado que, en los momentos actuales, una actuación corporativa en régimen de numerus clausus carece de sentido y que, por otra parte, resulta aconsejable su prestación a través de entidades organizadas que puedan disponer de los medios técnicos necesarios, se propone su liberalización, de modo que el servicio de practicaje pueda ser prestado sin limitación alguna por todas aquellas empresas que dispongan en sus plantillas de un número suficiente de personas que cuenten con la titulación correspondiente y la habilitación otorgada por la Dirección General de la Marina Mercante para el ejercicio del practicaje en un puerto.

Asimismo se propone que se exima de la obligación de utilización de este servicio a aquellos buques de línea regular cuyos capitanes estén habilitados expresamente por la Dirección General de la Marina Mercante, así como a las

terminales portuarias que dispongan de su propio servicio de practicaaje. A los efectos de mantener la seguridad de la navegación marítima en estos casos, se propone igualmente que las Autoridades Portuarias faciliten información sobre el estado del puerto.

Finalmente, y hasta tanto no se compruebe la existencia de una efectiva competencia en la prestación de este servicio, se propone una liberalización de los precios de estos servicios compensada con el establecimiento de unas tarifas máximas por parte de la Autoridad Portuaria.

Propuestas:

- 1.- Liberalización de los servicios de practicaaje, los cuales serán prestados en régimen de competencia por las empresas que reúnan las condiciones que se determinen con carácter general por la Administración. Dichas empresas deberán contar con capitanes de buques habilitados al efecto por la Dirección General de la Marina Mercante. (Modificación del Real Decreto de 4 de julio de 1958, por el que se aprueba el Reglamento del Practicaaje).
- 2.- Exención de la obligación de utilizar los servicios de practicaaje a aquellos buques de línea regular cuyos capitanes estén habilitados expresamente, así como a las terminales de uso particular que dispongan de sus propios prácticos. (Modificación del Real Decreto de 4 de julio de 1958).
- 3.- Supresión de las restricciones cuantitativas para el acceso a la condición de práctico de un puerto.(Modificación del Real Decreto de 4 de julio de 1958).
- 4.- Establecimiento de la libertad de precios en el marco de unas tarifas máximas fijadas por la Autoridad Portuaria. (Acuerdo de Consejo de Ministros).

2) Remolque, que comprende las operaciones náuticas de ayuda al movimiento de un buque para su maniobra en puerto, mediante su enganche a otro que le proporciona fuerza motriz.

Este servicio es prestado en los puertos españoles por una o varias empresas que acceden al mismo por la vía de la concesión. En nuestro país la figura más generalizada es, sin embargo, la de una única empresa por puerto. Asimismo, cuando existen dos o más empresas, suele ser frecuente que cada una de ellas esté especializada en un tipo de remolque, por ejemplo, una presta servicio exclusivamente a los buques mercantes y otra a los pesqueros. Solamente en cinco puertos existen más de tres empresas de remolque (Algeciras, Bilbao, Cartagena, Palma de Mallorca y Pontevedra).

Por otra parte, se ha observado también la existencia en algunos puertos de "pools", listas o turnos rotatorios de asignación para la prestación de este servicio, que evidentemente son prácticas que restringen la libre competencia y carecen de amparo legal.

Para evitar este tipo de situaciones parece que lo más conveniente es proceder a la apertura de este mercado en aquellos puertos en los que la presencia de un número plural de operadores sea factible, de modo que puedan acceder a la prestación del servicio todas las empresas de remolque que lo deseen y se deje en total libertad a los navieros para elegir entre éstas.

En aquellos puertos en que por su dimensión o volumen de tráfico resulte problemática la aplicación del principio de la libre prestación del servicio, ya que éste podría no quedar garantizado, se propone el mantenimiento del régimen de concesión administrativa en las condiciones que más adelante se indicarán.

También se ha detectado en algunos puertos cierta arbitrariedad en la imposición del número de remolcadores o de la potencia necesaria para realizar las pertinentes maniobras de los buques, cuando nadie mejor que su capitán está capacitado para determinar dichos factores y, además, hay también que presuponer que es el primer interesado en la seguridad y buen funcionamiento de su propia nave. Para corregir esta situación se propone que sea la Autoridad Portuaria quien, con carácter general y previo, determine el número y la potencia de los remolcadores a utilizar por razones de seguridad; y que, fuera de estos casos, la decisión corresponda al capitán del buque.

Propuestas:

1.- La liberalización de los servicios de remolque en aquellos puertos en los que por su volumen de tráfico sea factible, de modo que puedan prestarlos sin restricciones todos los operadores autorizados y el establecimiento del principio de la libre elección por parte de los navieros. (Acuerdo de Consejo de Ministros).

En los puertos en que por su dimensión o por su volumen de tráfico no resulte viable el establecimiento de la total libertad de prestación del servicio, se propone el mantenimiento del régimen de concesión administrativa, que se otorgará observando los siguientes criterios: libertad de acceso al concurso, eliminando privilegios y derechos de preferencia; criterios objetivos de adjudicación, teniendo especialmente en cuenta la repercusión de los precios sobre los usuarios; plazo máximo de tiempo por el que se otorga la concesión limitado a tres años, para facilitar la movilidad; y posibilidad de fraccionar la concesión según los tipos de remolcadores requeridos o de autorizar que otros empresarios distintos del concesionario puedan prestar simultáneamente el servicio en uno de los segmentos. (Acuerdo de Consejo de Ministros).

2.- Atribuir al capitán del buque la facultad de determinar el número y la potencia de los remolcadores que deberá utilizar, salvo en los casos en que por razones de seguridad la Autoridad Portuaria haya establecido expresas normas al respecto. (Acuerdo de Consejo de Ministros).

3.- Finalmente, y hasta tanto no se compruebe la existencia de una efectiva competencia en la prestación de este servicio, se propone una liberalización de los precios de estos servicios compensada con el establecimiento de unas tarifas máximas por parte de la Autoridad Portuaria. (Acuerdo de Consejo de Ministros).

3) Amarre, que comprende las operaciones de situar las amarras de los buques en los puntos previstos para ello en los muelles, cambiarlas de un lugar a otro, o largarlas cuando se procede a la salida del buque.

En los puertos españoles este servicio suele prestarse en régimen de cooperativa por una sociedad que reúne a todos los amarradores del puerto. También es frecuente que el servicio sea prestado por sociedades dependientes de las corporaciones de prácticos. Por lo general existe una única empresa de amarre en cada puerto.

Propuestas:

1.- Liberalizar el servicio para que pueda ser prestado por cualquier empresa. (Acuerdo de Consejo de Ministros).

2.- Establecimiento de la libertad de precios en el marco de unas tarifas máximas fijadas por la Autoridad Portuaria. (Acuerdo de Consejo de Ministros).

4) Carga y descarga, estiba y desestiba. Bajo esta rúbrica se comprenden una serie de operaciones que van desde el depósito de la mercancía a transportar en el recinto portuario hasta su elevación por encima de la borda del buque y su acomodo en condiciones de seguridad para la estabilidad del buque en cubierta o en bodega, así como las operaciones inversas.

Estas operaciones se realizan en los puertos españoles por una serie de empresas que actúan en régimen de concesión administrativa.

Los avances de la técnica, tanto en lo que se refiere a la construcción de buques, como en cuanto a los medios utilizados para su carga y descarga, han motivado que para la realización de este tipo de operaciones cada vez se requiera un menor número de personas que prestan su fuerza física y, en cambio, se exija poca mano de obra, pero muy cualificada. En definitiva, ha cambiado el modelo

imperante durante siglos y hoy las empresas de estiba aparecen caracterizadas por un uso intensivo de capital y por contar con un personal altamente especializado en el uso y mantenimiento de máquinas cada vez más complejas. La especialización, por otra parte, trae como consecuencia una reducción del tiempo de estancia de los buques en puerto, de modo que este servicio alcanza la condición de factor capital en la competitividad de un puerto.

Esta evolución ha provocado una importante crisis en el sector que se ha visto abocado a su reconversión. En España este proceso se inicia en el año 1986 con la aparición del Real Decreto Ley 2/1986, de 23 de mayo, sobre servicio público de estiba y desestiba (desarrollado posteriormente por el Real Decreto 371/1987), que se articula sobre las siguientes bases:

- Se define el servicio como servicio público esencial de titularidad estatal.
- Se crean para la prestación del servicio, allí donde sean necesarias, y en sustitución de la Organización de Trabajos Portuarios, las Sociedades Estatales de Estiba y Desestiba, que son sociedades de capital mixto (el 51 por ciento en manos de la Autoridad Portuaria y el 49 por ciento en manos de las empresas privadas del sector) que desarrollarán su actividad en los puertos como empresas de trabajo temporal que proporcionan a las empresas privadas los trabajadores que necesiten.
- Se desplazan los costes laborales y sociales (desempleo) al pasar los trabajadores a depender directamente de las sociedades estatales en lugar de hacerlo de la Administración.
- Las tarifas a percibir por la prestación del servicio las fija la Administración Portuaria.

Junto a las sociedades estatales coexisten empresas privadas de estiba y desestiba con plantillas de personal propias, que se nutren temporalmente de trabajadores pertenecientes a las sociedades estatales. Estas empresas operan en régimen de concesión administrativa, para acceder a la cual es necesario que previamente participen en el capital de las sociedades estatales de estiba y desestiba, lo que constituye evidentemente una barrera que impide la entrada de nuevos operadores.

El sistema de sociedades estatales, que tienen plantillas laborales sobredimensionadas en muchos puertos y unos costes de personal demasiado elevados (las diferencias de coste salarial presentan una relación de cinco a uno), además de otras prácticas anómalas como el llamado salario de presencia (por no trabajar) y la posibilidad de determinar el número de equipos de trabajo necesarios para prestar el servicio a un buque y la composición de los mismos (manos o collas), encarecen en exceso el precio de este servicio que, en los momentos actuales, viene a representar, por término medio, el 50 por ciento del coste de escala del buque.

Para tratar de solventar estos problemas se constituyó en el año 1986 una comisión negociadora tripartita, en la que están representados la Administración, los sindicatos y los empresarios, la cual en los últimos años ha logrado importantes acuerdos que han posibilitado una mejora de las condiciones en las que operaba el sector, entre las cuales cabe destacar: la reducción del número de estibadores encuadrados en las sociedades estatales de 15.000 a 5.000, estando actualmente prevista una segunda reducción que dejaría la plantilla nacional de estibadores en torno a las 3.700 personas. Además, en el último acuerdo, suscrito en el año 1993, se prevé también la movilidad funcional y la polivalencia entre grupos o categorías profesionales y la desaparición, a fines del año 1995, de las llamadas "manos" o "collas", esto es, el privilegio sindical de determinar el número y los componentes de los equipos de trabajo necesarios para la carga y descarga y la estiba y desestiba de un buque.

Aunque evidentemente la situación actual dista mucho de la anterior, sin embargo tampoco puede decirse que se haya logrado el grado de eficiencia necesario que haría desaconsejable cualquier nueva propuesta de desregulación del sector.

Así lo ha entendido la Administración Sectorial que recientemente ha adoptado alguna medida parcial tendente a modificar la actual situación. El Real Decreto 2541/1994, de 29 de diciembre, ha suspendido temporalmente (hasta el día 1 de noviembre de 1998) la aplicación de la normativa sobre el servicio público de estiba y desestiba de buques a las actividades de carga y descarga, estiba y desestiba y trasbordo de pesca fresca, congelada o de bacalao en los buques y dentro de la zona portuaria, siempre que las empresas que vayan a realizarlas adopten alguna de las siguientes medidas:

- a) Contratación en régimen de relación laboral común de un número de trabajadores portuarios que se encuentren en régimen de relación laboral de carácter especial con la respectiva sociedad estatal de estiba y desestiba, proporcional al de las jornadas trabajadas en el último año natural en las actividades de servicio público relacionadas con la pesca fresca, congelada y bacalao, respecto del total de las jornadas trabajadas en la estiba y desestiba en el puerto, o, en todo caso, un número de trabajadores suficiente como para evitar que los efectos de la aplicación de lo previsto en esta norma repercutan negativamente en los costes de funcionamiento del resto de las actividades incluidas en el servicio público de estiba y desestiba.
- b) Asunción y pago a la sociedad estatal de estiba y desestiba de las obligaciones económicas que se determinen y que, a criterio de la Autoridad Portuaria, compensen los mayores costes que se puedan producir para las demás actividades incluidas en el servicio público de estiba y desestiba por la aplicación de lo dispuesto en esta norma.
- c) Una combinación de las opciones anteriores.

La situación óptima a alcanzar sería la desaparición de las sociedades estatales de estiba y desestiba y la prestación del servicio por empresas privadas en régimen de libre competencia. Sin embargo, dado que, en los contactos mantenidos con los representantes del sector, tan sólo una minoría de empresarios se ha mostrado dispuesta a asumir los costes de la propuesta anterior, lo más prudente en estos momentos es respetar la ardua labor realizada de reconversión del sector y no formular una propuesta tan radical como la que implica el cambio del sistema, cuyo coste económico y social no ha sido además cuantificado.

Propuestas:

- 1.- Suspender las posibilidades de nuevas contrataciones en las sociedades estatales de estiba y desestiba ya constituidas. (Modificación del Real Decreto Ley 2/1986, de 23 de mayo, por el que se regula el servicio público de estiba y desestiba de buques).
- 2.- Convertir paulatinamente las sociedades estatales de estiba y desestiba en auténticas empresas de trabajo temporal. (Modificación del Real Decreto Ley 2/1986).
- 3.- Sustituir el sistema de concesión por un sistema de autorizaciones administrativas regladas para operar en condiciones de libre competencia. (Modificación del Real Decreto Ley 2/1986).
- 4.- Establecer la libertad de prestación de servicios de carga y descarga y estiba y desestiba para todas aquellas empresas que se comprometan a asumir en sus plantillas el porcentaje o número que se determine de trabajadores pertenecientes a las sociedades estatales de estiba y desestiba. Esta propuesta conllevaría la supresión para los nuevos entrantes de la obligación de pertenecer a las sociedades estatales citadas. (Modificación del Real Decreto Ley 2/1986).
5. Autorizar, con carácter general, a aquellos buques que dispongan de los medios adecuados a que realicen por sí mismos todas las operaciones de estiba y desestiba y de carga desde el momento de la elevación por encima de la borda del buque y a la inversa (descarga). (Modificación del Real Decreto Ley 2/1986).
- 6.- Establecimiento de la libertad de precios en el marco de unas tarifas máximas fijadas por la Autoridad Portuaria. (Acuerdo de Consejo de Ministros).

5) Avituallamientos y suministros. Estos servicios comprenden principalmente el suministro a los buques de agua, combustibles, alimentos, pertrechos, repuestos y

demás elementos que necesitan para la realización de una expedición marítima, así como de energía eléctrica cuando permanecen en el puerto.

Los suministros de agua y energía eléctrica suelen ser prestados exclusivamente por la Autoridad Portuaria en función generalmente de la existencia de instalaciones o conexiones fijas en los muelles. El suministro de combustible, con alguna excepción como la de los puertos canarios, se presta por una sola empresa en régimen de monopolio. El resto de los avituallamientos y suministros se suele prestar por diversas empresas en régimen de competencia.

Dado que, salvo en el caso de la energía eléctrica, no existen obstáculos insalvables para liberalizar, se propone la inmediata introducción de competencia en la prestación de estos servicios en aquellos puertos en que sea factible. Con respecto al suministro de energía eléctrica la propuesta queda condicionada a la implantación efectiva de las empresas comercializadoras.

Propuesta: Introducir competencia en la prestación de estos servicios en aquellos puertos donde no exista. (Acuerdo de Consejo de Ministros).

6) Recogida de basuras y residuos contaminantes. Este servicio se presta generalmente por empresarios privados en régimen de concesión.

Propuesta: Con respecto a este servicio se propone su liberalización o, en caso contrario, el mantenimiento de un sistema de concesión en los términos indicados anteriormente para la prestación de los servicios de remolque. (Acuerdo de Consejo de Ministros).

7) Almacenamiento, que consiste en poner a disposición de los usuarios espacios cubiertos, o no, o edificios generales o especializados (por ejemplo, frigoríficos) en los que puedan depositarse las mercancías.

En los momentos actuales hay una creciente demanda de este tipo de espacios para proceder al agrupamiento, fraccionamiento o manipulación de las mercancías.

Estos servicios son prestados en los puertos españoles tanto por la Autoridad Portuaria como por empresas privadas en régimen de concesión.

Propuesta: Facilitar el acceso a operadores privados en régimen de competencia. (Acuerdo de Consejo de Ministros).

8) Consignatarios. Son las personas físicas o jurídicas que tienen a su cargo la representación del buque en puerto. Su principal cometido es encargarse de las gestiones administrativas que conlleva la arribada de un buque a puerto y de la

contratación de los servicios portuarios relacionados con las mercancías, pasajeros y avituallamiento del buque.

La actividad de consignatario en los puertos españoles queda sometida a autorización de la Autoridad Portuaria. Para poder acceder a la actividad de consignatario se precisa la prestación de una fianza que cubra las responsabilidades en que pudieran incurrir como consecuencia del ejercicio de dicha actividad. Además, el consignatario pagará un canon a la Autoridad Portuaria por la prestación de sus servicios.

Los consignatarios cobran a sus mandatarios una comisión por la prestación de sus servicios. En algunos puertos se ha constatado la existencia de tarifas de referencia elaboradas por las correspondientes asociaciones profesionales.

En los puertos españoles existe un gran número de consignatarios, muchos de los cuales son empresas de escasa dimensión que limitan su actividad a la pura intermediación. Junto a ellas coexisten otras que poseen empresas de estiba y desestiba y de alquiler de maquinaria especializada para la carga y descarga de los buques.

Propuestas:

- 1.-Mantener la libertad de acceso y dejar que sean los mecanismos de mercado los que regulen la permanencia de los pequeños empresarios en el sector. (Acuerdo de Consejo de Ministros).
- 2.-Establecer la libertad de tarifas o comisiones y vigilar que no se establezcan tarifas de referencia. (Acuerdo de Consejo de Ministros).

9) Terminales de uso particular. La Ley de Puertos permite la posibilidad de existencia de terminales para uso propio, bien sobre obras de infraestructura portuaria construidas por la Administración en su totalidad o bien sólo en parte. Dichas terminales se adjudican a los particulares en régimen de concesión y presentan como principales características:

- El poder ser utilizadas por el concesionario para sus propias operaciones.
- Los operadores quedan obligados al pago de las tarifas portuarias generales por los servicios que se presten en las mismas.
- Las terminales quedan sujetas al pago del correspondiente canon concesional.
- Dichas terminales no pueden ser utilizadas libremente por otros operadores distintos del concesionario. Excepcionalmente se permite la

realización de operaciones con terceras personas hasta un límite máximo del 10 por ciento del volumen total.

- En dichas terminales no resulta de aplicación el Real Decreto Ley 2/1986, que regula el servicio público de estiba y desestiba.

Dadas las ventajas que para la introducción de competencia en el sistema portuario español representa esta figura, se propone su potenciación mediante el otorgamiento de las correspondientes concesiones en todos los puertos donde exista demanda y sea posible. A estos efectos, en aquellos puertos donde sea necesario limitar el número de terminales de uso propio a establecer, se propone la realización de un concurso entre los distintos operadores interesados para determinar a cuál de ellos se adjudica la instalación o la realización de la misma.

Propuestas:

- 1.- Fomentar la concesión a empresarios privados de terminales de uso particular. (Acuerdo de Consejo de Ministros).
- 2.- Reducir el devengo de las tarifas T-3 y T-2 y, en su caso, de la T-1, para los usuarios de las citadas terminales en función de los servicios realmente prestados por la Autoridad Portuaria. (Orden Ministerial).
- 3.- Suprimir los límites existentes a las operaciones realizadas por empresas distintas del concesionario. (Acuerdo de Consejo de Ministros).

Conclusiones sobre los servicios prestados en régimen de gestión indirecta.

Por último, con carácter general y a modo de resumen, se sintetizan las ideas inspiradoras de la propuesta de liberalización de los servicios portuarios no prestados directamente por las Autoridades Portuarias:

Primera. Fomentar la existencia de competencia efectiva en la prestación de los servicios portuarios.

Segunda. Dar preferencia a la prestación de servicios portuarios por empresas privadas.

Tercera. Evitar el sistema de prestación de servicios portuarios por una sola empresa en régimen de exclusiva. Sustituir, en la medida de lo posible, el sistema de concesiones por el de autorizaciones administrativas.

Cuarta. Cuando la escasez de tráfico o las limitaciones de espacio físico para las operaciones portuarias exijan una limitación del número de operadores, acudir al régimen de concesión administrativa para la selección del operador al que se le vaya a encomendar la prestación del servicio. La concesión se basará en los siguientes criterios: libertad de

acceso al concurso, eliminando privilegios y derechos de preferencia; establecimiento de criterios objetivos de adjudicación, teniendo especialmente en cuenta los precios ofrecidos a los usuarios; el plazo de tiempo por el que se otorga la concesión se limitará a tres años, como máximo; y contar al menos, de ser posible, con dos concesionarios para la prestación de cada servicio.

Quinta. Hasta tanto no se compruebe la existencia de competencia efectiva en la prestación de un servicio, establecer la libertad de precios en el marco de unas tarifas máximas fijadas por la Autoridad Portuaria.

Sexta. Ampliar las posibilidades de concesión de terminales de uso general y de terminales de uso particular, sobre todo si son especializadas (contenedores, automóviles, graneles líquidos, etc.), liberalizar sus actividades y permitir su apertura a operaciones con terceras personas.

Séptima. Establecer un sistema de incompatibilidades que imposibilite que una misma persona o empresa pueda controlar simultáneamente la prestación de los diversos servicios portuarios, especialmente los de practicaje, remolque y amarre e imponer la contratación conjunta de los mismos.

Algunas indicaciones complementarias en relación con los "pliegos de condiciones generales" para la prestación de los diversos servicios portuarios.

La Ley de Puertos prevé que las actividades industriales, comerciales o de servicios al público se realizarán en régimen de autorización administrativa con arreglo a los pliegos de condiciones generales aprobados por Puertos del Estado y desarrollados, en su caso, por las Autoridades Portuarias.

Asimismo se establece en este contexto, como principio general, que los citados pliegos deben asegurar a los operadores económicos el libre acceso a la prestación del servicio.

Así pues, la Administración Portuaria, al elaborar los correspondientes pliegos, debe evitar imponer condiciones restrictivas que dificulten el libre acceso e imposibiliten la efectividad del principio anteriormente mencionado.

En efecto, las propuestas anteriores resultarían totalmente estériles si, pese a ser asumidas por la Administración, a través de los pliegos de condiciones generales se establecen requisitos que operen como barreras de entrada, tales como el reservar la prestación de un servicio a los empresarios de un determinado sector marítimo excluyendo al resto, o el exigir al operador que cuente con los recursos necesarios para atender toda la demanda del puerto, impidiendo que dicha demanda pueda ser satisfecha por varios empresarios con menores medios. No hay que olvidar a este respecto que la verdadera competencia no reside exclusivamente en el hecho de la existencia de muchos competidores, sino

también en que no haya barreras que impidan la entrada de nuevos operadores en cualquier momento (contestabilidad del mercado). Sólo de esta manera se conseguirá mantener la competencia y los precios bajos, puesto que, en cuanto suban por encima de los de competencia, se producirá la entrada de nuevos operadores.

CAPITULO III: DISTRIBUCION DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS.

1. Introducción.

El sector de la distribución de productos petrolíferos carburantes constituye un caso de transición desde un monopolio legal de distribución hasta un sistema de libre mercado con regulación.

El Monopolio de Petróleos fue creado en 1927 y reorganizado por Ley de 17 de julio de 1947. Las exigencias de la adhesión de España a la Comunidad forzaron su progresivo desmantelamiento legal.

Se optó por un esquema que favoreciera a las petroleras instaladas en España consistente en que la red de estaciones de servicio se distribuyera entre las refinerías españolas y también que las facilidades logísticas del Monopolio se pusieran en manos de la Sociedad Compañía Logística de Hidrocarburos (CLH) cuyo capital se distribuyó entre todas las refinerías españolas. Existían concesionarios de estaciones de servicio que pudieron elegir libremente a cualquier operador autorizado para contratar sus suministros o solicitar al Ministro de Industria que se le adjudicara un suministrador.

Las petroleras instaladas en España se apresuraron a ofrecer condiciones económicas interesantes a los concesionarios de gasolineras de CAMPSA con el fin de asegurarse una red lo más amplia posible de estaciones de servicio. Los tipos de contratos concertados son muy diversos, pero en la mayoría de los casos han supuesto la financiación por la petrolera de la reconstrucción de la vieja estación de servicio preexistente o la entrega de una fuerte suma en efectivo a cambio de concertar contratos de compra exclusiva o de venta a comisión en exclusiva a largo plazo e incluso de que, tras el plazo establecido, la propiedad de la estación revierta a la petrolera. La duración de los contratos depende del tipo de acuerdo y la contraprestación económica ofrecida por la petrolera, pero en todo caso no es inferior a 10 años.

En estas condiciones, el punto de partida del proceso de desmonopolización no pudo ser más desventajoso para los potenciales competidores de las petroleras establecidas en España. A ello era necesario añadir las barreras de entrada derivadas de la pesada regulación de la ordenación del suelo, el régimen de distancias mínimas y la autorización por el Reglamento comunitario de exención

de categorías de contratos de compra exclusiva por un plazo de diez años así como la excepción de las reglas de competencia a los contratos concertados con usufructuarios y meros gestores de las estaciones de servicio. Aunque los nuevos operadores en España se han mostrado muy activos y el número de estaciones de servicio ha crecido muy deprisa, lo cierto es que todavía no existe un alto grado de competencia en el mercado, al menos por lo que se refiere a las condiciones de venta de carburantes en estaciones de servicio.

El resultado ha sido que en unos pocos años ha aumentado sustancialmente el número de gasolineras y se ha remozado el parque de estaciones de servicio, mejorando enormemente la calidad del servicio prestado a los usuarios, con la salvedad de las estaciones de autoservicio que no satisfacen los gustos de todos los consumidores. No puede decirse que la desmonopolización haya supuesto una competencia en precios en los suministros efectuados por estaciones de servicio; por el contrario en los suministros directos de gasóleo hasta la fecha se han detectado importantes descuentos sobre los precios máximos autorizados.

Desafortunadamente, las últimas regulaciones aprobadas por el Gobierno y por el Ministerio de Industria y Energía inducen a pensar que se están dando pasos atrás en el proceso, difícil hasta ahora, de liberalización e introducción de competencia. Se alzan voces pesimistas que opinan que las nuevas condiciones impuestas, en concreto, la exigencia de capacidad de almacenamiento a los distribuidores al por menor en instalaciones fijas independiente de la que se mantenga para otras actividades, la necesidad de demostrar a la Administración la existencia de contratos de abastecimiento por un período de tres años, las nuevas exigencias de seguridad en todas las instalaciones de almacenamiento, la anulación de las autorizaciones de distribuidor al por menor a instalaciones fijas tras 6 meses de período transitorio y la responsabilidad para el suministrador de carburante de vigilar que las instalaciones de almacenaje que suministra cumplan la normativa de seguridad recientemente establecida, van a suponer en un corto plazo la desaparición de buena parte de los suministros directos de gasóleo en detrimento de la competencia lograda.

Si se confirman estas tesis pesimistas, algunas de las recomendaciones contenidas en este capítulo deben ser dadas por no hechas, puesto que todas ellas están dirigidas a que se alcance un nivel de competencia suficiente y que no sea necesaria la autorización administrativa de precios máximos que, si bien asegura a los usuarios que no se van a aplicar precios monopolísticos, no les garantizan un precio ajustado a los costes marginales, pues la autoridad, al establecer los precios máximos con carácter nacional, tiene en cuenta que dichos precios se aplican tanto en zonas bien comunicadas como en aquéllas otras en las que los costes de distribución son muy elevados.

La supresión de los precios máximos autorizados en beneficio de los consumidores solamente es posible cuando el número de operadores en una zona es suficiente como para garantizar que la fijación por el líder de una política de

precios altos de venta al público no va a ser seguida automáticamente por el resto de los operadores.

2. Estructura del sector del petróleo.

2.1. Características principales del sistema.

El sector petrolífero engloba cuatro actividades: producción, transporte, distribución y comercialización.

2.1.1. Producción

La producción la realizan las refinerías, transformando el crudo y los gases de petróleo importados en diversos productos petrolíferos.

En 1991 las compras de crudo de petróleo por refinerías españolas ascendieron a 52.858.800 Tm participando Repsol en un 45 por ciento, Cepsa en un 23 por ciento, Petronor en un 18 por ciento, Petromed en un 7 por ciento, Ertol en un 5,5 por ciento y Asesa en un 1,5 por ciento. Las importaciones de productos petrolíferos fueron superiores a los 11 millones de Tm.

El consumo de combustibles ascendió aproximadamente a 28,1 millones de Tm y las exportaciones se acercaron a los 15 millones de Tm.

2.1.2. Transporte, distribución y comercialización

Hasta 1986, Campsa realizaba el transporte, distribución y venta de todos los productos petrolíferos y gases licuados, bien directamente o a través de sus concesionarios. Pero a partir de la adhesión de España a la Comunidad Económica Europea, las gasolinas y gasóleos de importación comunitarios pasaron a ser de distribución libre y sometida a autorización, lo que originó la red paralela o no concesional de estaciones de servicio.

En 1992 se produjo la escisión de Campsa y las refinerías Repsol, Cepsa-Elf y BP-Oil adquirieron sus activos en unas proporciones del 66 por ciento, 25 por ciento y 9 por ciento respectivamente. Por una parte consiguieron una estructura propia de estaciones de servicio y pasaron a poder abastecer sus puntos de venta directamente desde sus refinerías o indirectamente a través de la red logística única. Por otra parte, los activos de la red logística de Campsa fueron aportados a la nueva sociedad CLH, cuyo capital se distribuyó también entre Repsol, Cepsa y BP en las mismas proporciones aproximadamente. Con posterioridad, Shell consiguió una participación accionarial en CLH del 5 por ciento, de modo que la

participación actual en su capital es de 61,4 por ciento Repsol, 25,1 por ciento Cepsa, 7,6 por ciento BP y 5 por ciento Shell.

2.1.3. Transporte

La Compañía Logística de Hidrocarburos es propietaria de 3.408 km de oleoductos y 36 parques de almacenamiento, poseyendo la red logística más importante de Europa y gran parte de las instalaciones de almacenamiento y transporte existentes en España.

Las tarifas de CLH son las mismas para todos sus usuarios, sean o no socios. Sin embargo, existen quejas de los operadores no socios de CLH sobre las condiciones de contratación impuestas a ellos por la empresa de logística, que varían sensiblemente dependiendo de que exista alternativa logística o no.

En la mayoría de los casos, los operadores no trasladan el combustible desde sus refinerías o depósitos portuarios a sus puntos de venta, sino que se suministran del centro de abastecimiento más cercano a través de la red logística de CLH. Ello quiere decir que no hay diferenciación de productos a granel por la marca bajo la que se venden.

Sin embargo, los operadores no socios alegan que anteriormente CLH les permitía operaciones de entrega en una zona portuaria y recogida de la cantidad equivalente en un punto del interior a cambio del pago del cánon correspondiente. Aseguran que ya no se les permite dicho tipo de operaciones.

Como consecuencia del proceso de liberalización, en la actualidad existe la posibilidad de realizar cada una de las actividades de forma independiente. Sin embargo, hay una gran concentración vertical como consecuencia, por un lado, del reparto de la red CAMPSA entre las refinerías que anteriormente sólo se dedicaban a las actividades de exploración, extracción y refino y, por otro, del proceso de fusión entre refinerías, tras el cual solamente quedan tres grandes grupos españoles: Repsol, Cepsa-Elf y BP-Oil.

2.1.4. Distribución al por mayor

El número de operadores (distribuidores al por mayor) autorizados asciende a 33, entre los que se encuentran todas las petroleras y algunas filiales suyas. Su actividad ha sido regulada por el Real Decreto 2487/1994, de 23 de diciembre, que no modifica sustancialmente su régimen. Las normas de seguridad de sus instalaciones se han modificado por Real Decreto 2085/1994, de 20 de octubre.

2.1.5. Distribución al por menor a instalaciones fijas

No toda la distribución al usuario se hace mediante las estaciones de servicio. Existen además suministros directos a usuarios finales que tienen instalaciones fijas propias, tales como empresas de autobuses, flotas de camiones o colectividades consumidoras de hidrocarburos para calefacción y otros usos. En estos casos, los usuarios son servidos por los distribuidores al por menor para suministros a instalaciones fijas.

El número de distribuidores al por menor para suministros a instalaciones fijas se estima en 2.000, que ocupan aproximadamente un 30 por ciento del mercado de venta de gasóleo y unos 5 millones de Tms/año. La nueva regulación de esta actividad contenida en el Real Decreto 2487/1994, unida a las exigencias de seguridad de las instalaciones de almacenamiento contenidas en la Instrucción Técnica Complementaria ITC MI-IP02 aprobada por Real Decreto 2085/1994, de 20 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Instalaciones Petrolíferas, hacen pensar que en el futuro van a desaparecer multitud de distribuidores al por menor actualmente activos y muchas de las instalaciones fijas hoy existentes cuya localización impedirá el cumplimiento de las exigencias de seguridad que se anuncian, y cuyos usuarios tendrán que volver a suministrarse en las estaciones de servicio. De modo que previsiblemente la apertura a la competencia que se ha observado mediante el suministro directo a instalaciones fijas (fundamentalmente de gasóleos) puede disminuir en un futuro muy próximo.

2.1.6. Distribución al por menor en estaciones de servicio

La estructura de la Red Nacional de Estaciones de Servicio, en el mes de Julio de 1993 era la siguiente:

GRUPO	Nº EE.SS.	PORCENTAJE
REPSOL	2.553	47,90
CEPSA	987	18,50
BP-OIL	246	4,60
OTRAS PETROLERAS	303	5,69
INSCRIPCIONES PROVISIONALES	589	11,05
OTROS (independientes)	500	9,38
CONCESIONARIOS	151	2,83
TOTAL	5.329	100

Del total del número de estaciones de servicio, 3.718 provienen de la antigua Red Concesional (el 70 por ciento) además de otros 1.247 aparatos surtidores y unidades de servicio. El crecimiento anual de estaciones de servicio se estima en unas 200-250, de tal forma que se esperan unas 7.000 para el año 2.000.

Tradicionalmente el régimen de explotación de las estaciones de servicio ha sido el de concesión. La Compañía Arrendataria del Monopolio distribuía y comercializaba los productos petrolíferos a través de sus propios puntos de venta o mediante concesionarios, fijando una comisión por litro vendido. En la actualidad, tras la liberalización del sector, conviven estaciones de servicio con dos sistemas de explotación distintos: revendedores y comisionistas (aproximadamente el 95 por ciento de las estaciones de servicio están en este último grupo).

Los revendedores que no actúan bajo ninguna marca de productos petrolíferos, en su mayoría son propietarios de las estaciones de servicio y se pueden abastecer de cualquiera de los operadores autorizados, de tal forma que ellos mismos deciden el precio final de venta al público con la única restricción del precio máximo. El resto de los explotadores están "abanderados", es decir, comercializan determinadas marcas y frecuentemente trabajan a comisión.

Ahora bien, el régimen de propiedad de las estaciones de servicio de los agentes que trabajan bajo una marca (bandera)³⁷ concreta puede ser muy distinto: concesión, propiedad, usufructo ... La retribución a estas estaciones de servicio incluye un canon de abanderamiento, pagado por una sola vez al establecerse la relación y una comisión o un margen, según los casos, que se compone de una parte fija y otra variable en función de los litros vendidos. La cuantía del pago inicial en los contratos de arrendamiento que se negocian con cada comisionista varía en función de la localización, tránsito, etc. En cambio, se aplica una comisión casi unificada para todos los sistemas de propiedad.

Los contratos de compra exclusiva entre los proveedores y las estaciones de servicio están autorizados en las exenciones por categorías del Real Decreto 157/1992 y se regulan mediante Reglamento CEE nº 1984/83 de la Comisión, de 22 de junio de 1983. El tiempo máximo de la exclusividad es de diez años, excepto para los casos en que el proveedor haya arrendado la estación al revendedor o le haya concedido su usufructo de hecho o de derecho, en que el contrato de compra exclusiva puede durar mientras el revendedor explote efectivamente la estación de servicio.

Como consecuencia de ello, los contratos de compra exclusiva de "abanderados" propietarios que se concertaron con anterioridad a la Adhesión de España a la CEE, terminarán a finales de 1997 y los concluidos posteriormente estarán vigentes diez años a contar desde su firma.

³⁷ Son licenciarios de dicha marca.

El amparo legal comunitario de las restricciones de competencia existentes en los contratos "a comisión" concertados por las petroleras con los propietarios de gasolineras no está claro, teniendo en cuenta que no es un contrato de compra exclusiva concertado con revendedores ni tampoco cumple los requisitos establecidos en la Comunicación relativa a los contratos de representación exclusiva suscritos con agentes comerciales y la Directiva 86/653/CEE de 18 de diciembre.

La actividad de las estaciones de servicio está regulada en la actualidad por el Real Decreto 645/1988, de 24 de junio, aunque modificado recientemente por el Real Decreto 155/1995, de 3 de febrero, por el que se suprime el régimen de distancias mínimas entre estaciones de servicio. No obstante, existe un proyecto de modificación del Reglamento para la distribución al por menor en instalaciones de venta al público y un proyecto de ITC con las exigencias de seguridad que les serán aplicables.

No es posible pronunciarse sobre las líneas maestras de dicha regulación, porque se conocen versiones diametralmente opuestas entre sí. Sin embargo, lo que sí parece claro es que las exigencias de seguridad aplicables a las estaciones de servicio van a ser sustancialmente más ligeras que las aplicables a los almacenes de los distribuidores al por menor y a los de determinadas instalaciones fijas, lo cual no parece ajustado a los riesgos que producen unas y otras instalaciones. Es preciso que el regulador cuide de no utilizar las normas de seguridad aplicables a las diversas instalaciones como una barrera técnica en detrimento de determinadas actividades y en beneficio de otras.

2.2. Regulación legal.

El sector de la distribución de productos petrolíferos carburantes ha sido regulado por la Ley 34/1992, de 22 de diciembre, de Ordenación del Sector Petrolero y las siguientes normas reglamentarias:

- Real Decreto 645/1988, de 24 de junio, Reglamento de Estaciones de Servicio (BOE 25 de junio).
- Real Decreto 1086/1992, de 11 de septiembre, de desarrollo de las actividades de comercialización al por mayor y al por menor de fuelóleo (BOE 1 de octubre).
- Real Decreto 1812/1994, de 2 de septiembre, Reglamento General de Carreteras (BOE 23 de septiembre).
- Real Decreto 2111/1994, de 28 de octubre, de regulación de la obligación de mantenimiento de existencias mínimas de seguridad de productos petrolíferos (BOE 7 de diciembre).

-Real Decreto 2085/1994, de 20 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Instalaciones Petrolíferas (BOE 27 de enero de 1995).

-Real Decreto 2487/1994, de 23 de diciembre, que aprueba el Estatuto regulador de actividades de distribución al por mayor y al por menor mediante suministros directos a instalaciones fijas (BOE 21 de enero de 1995).

-Real Decreto 155/1995, de 3 de febrero, por el que se suprime el régimen de distancias mínimas entre gasolineras (BOE 18 de febrero).

-Orden de 6 de julio de 1990 por la que se aprueba el sistema de precios máximos de venta al público (BOE 9 de julio).

-Orden de 3 de mayo de 1991 por la que se incorpora al sistema el precio máximo aplicable a las Islas Canarias (BOE 4 de mayo).

-Orden de 18 de junio de 1993 por la que se modifica el sistema de precios máximos de venta al público (BOE 25 de junio).

-Orden de 28 de diciembre de 1994 por la que se modifica el sistema de precios máximos (BOE 30 de diciembre).

2.3. Contenido de la regulación vigente.

2.3.1. El mantenimiento de existencias de seguridad

El Título III de la Ley 34/1992 de Ordenación del Sector Petrolero establece la regulación exigida para la garantía del suministro. Todo operador autorizado para distribuir, todo comercializador que no adquiriera los carburantes de un operador autorizado y todo consumidor en la parte no suministrada por alguno de aquéllos, está obligado a mantener, en todo momento, existencias mínimas de seguridad que el Gobierno determinará, y que pueden llegar hasta un máximo de 120 días de las ventas o consumo anual en territorio nacional. Para el cómputo de las existencias mínimas se consideran todas las existencias almacenadas. El Gobierno determinará qué parte de las existencias mínimas debe calificarse como existencias estratégicas que serán gestionadas por una Corporación de Derecho Público a crear mediante Real Decreto. Dicha Corporación no solamente gestionará las existencias estratégicas sino que controlará el mantenimiento de las existencias mínimas de seguridad y será financiada por todos sus miembros, que tienen que facilitarle instalaciones para almacenamiento. Aquéllos obligados a mantener existencias mínimas que se suministren de carburantes no adquiridos a

los operadores autorizados podrán satisfacer su obligación mediante el pago de una cuota por tonelada importada o adquirida de otras fuentes para su consumo.

Las novedades introducidas por el Real Decreto 2111/1994, de 28 de octubre (BOE de 7 de diciembre), son: la determinación de la obligación de mantenimiento de existencias mínimas, la asignación de las responsabilidades, el mecanismo de cómputo de las existencias mínimas, el Estatuto y los poderes de la Corporación de Reservas Estratégicas, los procedimientos para la adquisición, el mantenimiento y la enajenación de las existencias estratégicas y las condiciones económicas que han de satisfacerse.

Destacan:

- la imposición de una obligación de mantenimiento del equivalente a 90 días de ventas anuales o del pago de una cuota en metálico equivalente,

- la determinación de los porcentajes de crudos, productos semi-refinados y refinados que pueden cubrir dicha obligación y de los tipos de productos que se contabilizan y se excluyen en el cálculo,

- la supresión del plazo de dos años para la exigibilidad del cumplimiento por nuevos operadores y su sustitución por la constitución de existencias sobre la base de una estimación de consumos o ventas futuras,

- la posibilidad de que se cumpla la obligación con existencias almacenadas por cuenta del obligado en otro Estado comunitario, si existe acuerdo intergubernamental con dicho Estado,

- la consideración de una tercera parte de la obligación de mantenimiento de existencias mínimas como existencias estratégicas que deben ser adquiridas y mantenidas por la Corporación, o arrendadas a los operadores hasta un máximo del 50 por ciento del total,

- para su almacenamiento, la Corporación puede concertar contratos de compra o arrendamiento de la capacidad necesaria. Los miembros de la Corporación tienen obligación de vender o arrendar esta capacidad de almacenamiento. La Corporación garantiza una distribución geográfica de las existencias proporcionada al consumo, para poder alcanzar los centros de consumo a lo largo de treinta días de manera continuada. Se elaborará un plan de localización con periodicidad no superior a cinco años, que será sometido a la Dirección General de la Energía,

- la Corporación debe garantizar la calidad de las existencias estratégicas y concertar un seguro sobre la totalidad de ellas. Debe rotar las existencias, manteniendo el nivel obligatorio y enajenando a precios iguales al coste medio ponderado de adquisición o al de mercado, si fuese superior, y sin distorsionar las condiciones de competencia. Puede enajenar los excesos

siempre que lo haga a dichos precios u obtenga autorización del Ministerio de Industria y Energía,

-la financiación de las existencias estratégicas y el pago sustitutivo del cumplimiento de la obligación de mantenimiento de existencias de seguridad se harán mediante el pago de cuotas por tonelada de producto vendido o adquirido para su comercialización o consumo, cuotas que se establecerán por Orden Ministerial con carácter anual. Por Orden podrán establecerse, asimismo, cuotas extraordinarias cuando las condiciones de los mercados internacionales lo aconsejen.

Dado el escaso tiempo transcurrido desde la aprobación de esta regulación, no es posible hacer una evaluación sobre sus consecuencias sobre el mercado.

No obstante, es de destacar que la nueva regulación no resuelve la necesidad de ofrecer un sistema neutro de almacenamiento de existencias de seguridad para aquellos operadores con volúmenes importantes que no cuenten con capacidad de almacenamiento que exceda de sus necesidades operativas (aproximadamente un tercio de su volumen de negocio) mientras no pueda utilizarse capacidad de almacenamiento localizada fuera de España y que tampoco asegura una utilización eficiente de la capacidad de almacenamiento excedente en zonas poco pobladas.

2.3.2. Las normas de seguridad en las instalaciones

La Ley 21/1992, de 16 de junio, de Industria establece la competencia estatal para aprobar los reglamentos de la seguridad industrial.

La Ley 34/1992 hace una mención genérica al sometimiento a las normas reglamentarias sobre seguridad de las instalaciones relacionadas con las actividades del sector y a la calificación de sus incumplimientos.

El Real Decreto 2085/1994 aprueba un nuevo reglamento de instalaciones petrolíferas, así como dos instrucciones técnicas complementarias MI-IP01 "Refinerías" y MI-IP02 "Parques de almacenamiento de líquidos petrolíferos".

Su Exposición de Motivos prevé que las instrucciones técnicas restantes se promulgarán con posterioridad. El Reglamento es de aplicación a:

- las refinerías de petróleo, plantas petroquímicas integradas en las mismas y sus parques de almacenamiento anejos. La Instrucción Técnica Complementaria aplicable es la MI-IP01 "Refinerías" ya aprobada,
- instalaciones y parques de almacenamiento destinados a la distribución y suministro de productos petrolíferos, con excepción de los de clase A (hidrocarburos licuados tales como butano, propano y otros gases

licuables). La Instrucción Técnica complementaria aplicable es la MI-IP02, "Parques de almacenamiento de líquidos petrolíferos", ya aprobada. Esta norma se aplicará a los parques de almacenamiento destinados a distribuir sus productos a otros parques de almacenamiento, a gasolineras y a instalaciones para uso propio, así como a suministros a aviación y a barcos. Es decir, será aplicable a las instalaciones de "operadores" y de "distribuidores al por menor para instalaciones fijas", así como cualquier suministro a aeronaves y buques,

-almacenamientos para uso propio en instalaciones industriales, agrícolas, ganaderas, domésticas y de servicio, excluidos los suministros a aeronaves y a buques. Todavía no ha sido promulgada la ITC correspondiente,

-instalaciones fijas de estaciones de servicio y unidades de suministro. Todavía no ha sido promulgada la ITC correspondiente.

Como el Tribunal desconoce el contenido de las normas técnicas que faltan, difícilmente puede valorar su influencia sobre la competencia en el sector. No obstante, es preciso destacar que la exigencia de capacidad de almacenamiento a los distribuidores al por menor para instalaciones fijas, que constituye una novedad del Real Decreto 2487/1994, unida a las normas más exigentes que se han impuesto a estos almacenes respecto a las que, al parecer, se van a imponer a los de las estaciones de servicio y a la obligación de volver a solicitar la autorización de actividad para los distribuidores al por menor, dan la impresión de constituir una costosa barrera a la actividad de distribuidor al por menor para instalaciones fijas, cuyos elevados costes de amortización de instalaciones repercutirán sin duda en los márgenes que habrán de aplicar éstos a sus ventas, en beneficio de las estaciones de servicio y en perjuicio de los consumidores que se suministraban de distribuidores al por menor.

Sin ser en absoluto expertos en seguridad de instalaciones, resulta chocante a primera vista que las exigencias de seguridad de instalaciones de almacenamiento que se impongan a las estaciones de servicio puedan ser menores que las que se impongan a distribuidores al por menor que no trasiegan en el llenado de vehículos de automoción ni están localizadas en vías de circulación rodada.

2.3.3. Las autorizaciones de actividad

Los requisitos para las autorizaciones de actividad dependen de la actividad que se desee realizar y del producto de que se trate y están siendo objeto de una nueva regulación en los últimos meses.

A pesar de que el proceso de modificación de la regulación no ha terminado y, por tanto, no es posible todavía valorar sus efectos sobre la competencia en el sector de distribución de carburantes, existen ya numerosos indicios que se deducen del contenido de las nuevas normas ya promulgadas.

El régimen de operador directo

La Ley 34/1992 establece las condiciones de ejercicio de actividades de distribución al por mayor en su artículo 6. Dicho artículo ha sido desarrollado por el Real Decreto 2487/1994.

Se define como operador la persona autorizada en todo el territorio nacional para distribuir al por mayor carburantes y combustibles petrolíferos de producción nacional o de importación.

Por dicho Real Decreto se deroga el anterior Estatuto regulador de la actividad de distribuidor al por mayor de productos petrolíferos importados de la CE, pero se considera autorizadas a las empresas refinadoras, sus filiales y las beneficiarias de la escisión de CAMPSA y se establecen de oficio las inscripciones existentes en el anterior Registro al nuevo Registro de operadores que se crea, de modo que las autorizaciones concedidas siguen siendo válidas cinco años a contar desde su entrada en vigor respectiva (Disposición adicional cuarta). Merece la pena destacar que las empresas que deseen distribuir al por menor queroseno destinado a la aviación mediante suministros directos están sometidas, para su autorización, a todas las condiciones impuestas para la distribución al por mayor (Disposición adicional tercera).

Los operadores solamente podrán suministrar a instalaciones que reúnan las condiciones técnicas de seguridad y medioambientales vigentes y serán responsables por los suministros realizados a instalaciones no aptas. Los solicitantes de la condición de operador deberán presentar una previsión de actividades a tres años y de los abastecimientos que aseguren la posibilidad de su cumplimiento, justificándose documentalmente las fuentes propias de aprovisionamiento o los compromisos contractuales que aseguren el suministro, y deberán tener a su disposición instalaciones y medios de recepción adecuados a sus planes de aprovisionamiento y a sus obligaciones de mantener existencias mínimas de seguridad. Esta exigencia es incoherente con el modelo elegido de concentración de los medios de almacenamiento y transporte en manos de CLH, pero, al menos, no se fija plazo preclusivo para que los operadores demuestren su cumplimiento.

El régimen de distribuidor

La Ley 34/1992 establece en su artículo 7 que reglamentariamente se dispondrá cuáles de los requisitos contenidos en el artículo 6 serán exigibles para el ejercicio de la actividad de distribución al por menor mediante suministros directos. Dicha disposición ha sido severamente desarrollada por el Real Decreto 2487/1994.

La Exposición de Motivos de la norma citada afirma que el nuevo Estatuto se fundamenta en el principio de libertad de la actividad y limita los requisitos de autorización a los estrictamente necesarios para permitir un adecuado control de

que su ejercicio se ajuste a los intereses generales. Reconoce que la regulación de la distribución al por menor de gasolinas, gasóleos, querosenos y fuelóleos es de nuevo cuño: "actividad esencial de la cadena comercial en el sector que, liberalizada y sujeta a autorización administrativa, carece de la necesaria ordenación de los requisitos precisos y del procedimiento de acreditación para obtenerla". Lo que no ha sido óbice para que en la actualidad existan en el mercado del orden de 2000 empresas que se dedican legalmente a esta actividad.

Se define como distribuidor a la persona que está facultada para la distribución al por menor de combustibles y carburantes petrolíferos mediante suministros directos a instalaciones fijas en todo el territorio nacional.

El Real Decreto declara autorizados para la actividad de distribución, y se inscriben de oficio en el registro de distribuidores creado, a las empresas refinadoras, sus filiales y las sociedades beneficiarias de la escisión de CAMPSA y a todos los operadores autorizados para la distribución al por mayor, pero no a los actuales distribuidores al por menor que disponen de un plazo de seis meses para solicitar la autorización, "en los términos previstos en la presente norma".

Para la obtención de la autorización se les impone demostrar el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- tener asegurados los suministros necesarios para el abastecimiento que proyecten realizar, para lo cual con la solicitud de autorización de actividad deberán presentar una previsión de actividades a tres años y de los abastecimientos que aseguren la posibilidad de su cumplimiento. Además, en el primer trimestre de cada año, un plan anual de abastecimientos con previsiones de compras y ventas y justificación documental de las fuentes de aprovisionamiento o compromisos contractuales que aseguren el suministro. Será preciso desglosar las compras a operadores mayoristas autorizados del resto de fuentes de aprovisionamiento (art. 11),

- capacidad de almacenamiento (al menos 40 m³), e instalaciones y medios de recepción de transporte si no los tuvieran contratados con terceros mediante arrendamiento u otro derecho de uso y disfrute.

- Dichas instalaciones y medios han de ser independientes de cualquier otra actividad de distribución que realice la empresa, en particular, de las afectas a las instalaciones de venta al público y de los consumidores finales (art. 20). Esto quiere decir que se excluye que esta obligación adicional de capacidad de almacenamiento vaya a poder ser soslayada mediante la utilización de capacidades de almacenamiento correspondientes a estaciones de servicio o a grandes usuarios finales, además de suprimir la práctica habitual de que las estaciones de servicio utilicen sus almacenes para realizar suministros directos cuando actúan simultáneamente como distribuidor y estación de servicio,

-existencias mínimas de seguridad correspondientes a la parte de suministros previstos que no vayan a ser contratados a operadores autorizados (art. 21),

-capacidad financiera suficiente, evaluada en unos recursos propios afectos a esta actividad de al menos diez millones de pesetas (art. 22).

Las solicitudes de autorización para esta actividad deberán presentarse en el plazo de seis meses a contar desde la entrada en vigor del Real Decreto, es decir antes del 23 de julio de 1995.

La valoración que merece esta nueva regulación desde la perspectiva de la competencia es enormemente negativa. No se encuentra motivo alguno para exigir a los pequeños distribuidores al por menor que dispongan de instalaciones de almacenamiento, máxime teniendo en cuenta las duras exigencias de seguridad establecidas por la nueva normativa que les es aplicable, y además parece un contrasentido cuando en la desmonopolización se ha optado por un modelo de logística consistente en permitir que continúe la concentración en manos de CLH de la mayoría de las instalaciones de almacenamiento y transporte de productos petrolíferos justificado por motivos de eficiencia de la red.

Solamente podría explicarse esta imposición si el Gobierno hubiera llegado a la conclusión de que la concentración de instalaciones en manos de CLH es perjudicial y procediera a obligar a su desmembramiento. Pero en ese caso hipotético resultaría absurdo imponer un plazo tan limitado como seis meses para que los pequeños distribuidores puedan conseguir la contratación con CLH del derecho de uso o de propiedad de almacenes adecuados a sus necesidades.

Por otra parte, puesto que el ámbito territorial de la autorización de actividad es el nacional, carece de todo sentido obligar al distribuidor a contar con una capacidad de almacenamiento modesta (40 m³) que por razones de coste de transporte no va a poder ser utilizada para los suministros en una amplia zona geográfica.

La solución elegida de exigir que los distribuidores tengan asegurado el suministro a tres años solamente puede tener una relativa justificación en la necesidad de controlar su cumplimiento de las obligaciones de mantenimiento de existencias de seguridad por la porción no adquirida de operadores autorizados, o del pago del canon sustitutorio que se establezca. Sin embargo, dada la cifra exigua del consumo de carburantes en estas circunstancias, resulta mucho más eficiente económicamente hacer cumplir a los distribuidores la obligación de comunicación mensual de las compras cuyas obligaciones de mantenimiento de existencias de seguridad no han sido satisfechas por operadores autorizados y la justificación de haberlas cumplido directamente o de haber optado por el pago del canon correspondiente, lo que por otra parte ya está previsto en el Real Decreto 2111/1994.

A juicio del Tribunal, los requisitos de mantenimiento de capacidad de almacenamiento y de justificación "a priori" de las fuentes de aprovisionamiento se han impuesto más bien para tratar de dificultar la permanencia en el mercado de los operadores más pequeños y de los que se suministran a corto plazo tratando de obtener los precios más bajos que se practican en el mercado, todo ello en detrimento de la competencia.

El régimen de instalaciones al por menor de gasolinas y gasóleos de automoción

La Ley 34/1992 establece en su artículo 8 que la distribución al por menor de carburantes y combustibles petrolíferos en instalaciones de venta al público solamente podría realizarse en establecimientos autorizados en las condiciones previstas reglamentariamente. Mantiene el régimen de distancias mínimas entre instalaciones de venta impuesto en la Ley 15/1992, pero autoriza al Gobierno a modificar o suprimir dicho régimen atendiendo a razones de planificación económica o de servicio y en consideración a la intensidad de circulación, densidad de población o características y necesidades especiales de abastecimiento.

El Real Decreto 155/1995 hace uso de dicha delegación y suprime las distancias mínimas entre instalaciones de venta al por menor de gasolinas y gasóleos de automoción, lo cual va a suponer una enorme disminución de la litigiosidad y los plazos de maduración de las autorizaciones de nuevas instalaciones y por tanto la disminución de una gran barrera de entrada.

De momento continúa vigente el Reglamento para el suministro y venta de gasolinas y gasóleos de automoción aprobado por Real Decreto 645/1988, excepto en la exigencia de distancias mínimas entre instalaciones de venta.

Se define como "estación de servicio" la instalación destinada a la venta al público de gasolinas, gasóleos y lubricantes que cuenta con los siguientes elementos:

- al menos tres surtidores.
- aparatos para suministro de agua y aire
- equipo de extinción de incendios ajustado a la normativa.

Se define como "unidad de suministro" la instalación de venta al público de gasolinas, gasóleos y lubricantes que no cuenta con la totalidad de los elementos exigidos para la estación de servicio, disponiendo de uno o más aparatos de suministro de gasolinas o de gasóleos.

Ha circulado un proyecto de Real Decreto por el que se aprobaría un nuevo Reglamento para la distribución al por menor de carburantes y productos petrolíferos en instalaciones de venta al público que no ha llegado a ser aprobado.

El Tribunal no conoce cuáles son las modificaciones que se incorporarán al nuevo Estatuto que se apruebe, ni tampoco las instrucciones técnicas complementarias que deberán cumplir sus instalaciones, pero debe transmitir, en relación con el contenido del proyecto fracasado, que es muy conveniente:

- a) aprovechar la desaparición de la exigencia de distancias mínimas para un aligeramiento del procedimiento de autorización, convirtiéndolo en una autorización en una sola fase,
- b) suprimir la exigencia de aseguramiento del suministro que no está en absoluto justificada y solamente consigue que todas las estaciones de servicio estén en manos de las petroleras y, desde luego, suprimir toda interpretación de las obligaciones que la Ley de Marcas impone a los operadores de estaciones de servicio licenciarios del uso de una marca.

Si se modifica la definición de la "unidad de suministro" debe hacerse teniendo en cuenta que, para asegurar el suministro de carburantes al por menor en zonas despobladas, es necesario permitir que cuenten con tres surtidores para que puedan ofrecer al menos gasolina sin plomo, gasolina con plomo y gasóleo de automoción.

Por último, el Estatuto debe establecer con claridad las condiciones en que las estaciones de servicio podrán en el futuro suministrar carburantes y productos petrolíferos diferentes de las gasolinas, gasóleos de automoción y lubricantes que están autorizados a servir en la actualidad.

2.3.4. El sistema de precios máximos y el margen de adaptación

La Ley 34/1992, de 22 de diciembre, de Ordenación del Sector Petrolero, faculta a la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, a propuesta del Ministerio de Industria y Energía, a establecer precios máximos de determinados carburantes y combustibles petrolíferos, o proceder a la aprobación de un sistema de determinación automática de dichos precios.

El sistema de formación de precios máximos se aprobó por Orden Ministerial del 6 de julio de 1990, con ámbito de aplicación en la Península e Islas Baleares, para las gasolinas y gasóleos. Posteriormente, el 3 de mayo de 1991 se incorporan a este sistema las Islas Canarias, con algunas diferencias. La Orden de 6 de julio de 1990 se modificó por Orden de 18 de junio de 1993 para acortar los plazos de aplicación de los precios de referencia internacionales a los precios máximos españoles y liberalizar el precio de la gasolina sin plomo de 98 IO. Por último, la Orden de 28 de diciembre de 1994 varía algunas referencias internacionales, modifica el período de aplicación de los precios de referencia, conserva el margen de adaptación en el territorio peninsular y Baleares en 2 pesetas por litro,

eleva a 4,5 pesetas litro dicho margen para Canarias y establece recargos máximos diferenciados para los suministros de gasóleo C de consumo doméstico.

En términos generales, el precio máximo se determina como una media de los precios de venta al público antes de impuestos en seis países europeos, más una corrección destinada a suavizar -repartiéndolo a lo largo del tiempo- el impacto de los cambios en la cotización internacional del petróleo, más un "término diferencial" que trata de cubrir las diferencias existentes entre los costes máximos de logística y distribución y los costes medios. Este diferencial se establece en 2 pesetas por litro para el territorio peninsular y Baleares y 4,5 pesetas por litro para Canarias, y sustituye al que antes se denominaba "margen de adaptación".

El hecho de utilizar las cotizaciones de la semana anterior y corregir éstas por la diferencia entre las cotizaciones y los precios europeos de las tres semanas anteriores provoca un desfase que tiene los efectos siguientes:

- Si las cotizaciones internacionales siguen una tendencia al alza, los precios en España son sistemáticamente inferiores a los internacionales en cada momento del tiempo y viceversa si la tendencia internacional es a la baja.

- En una situación cíclica de alzas y bajas en las cotizaciones internacionales, el sistema español de determinación de precios máximos reproduce esta tendencia cíclica pero desfasada un período.

Sin embargo, el segundo elemento que entra en el cálculo de los precios máximos, el término diferencial de adaptación al mercado español, hace que el precio máximo medio en España se sitúe permanentemente por encima de la media europea (antes de impuestos), sea cual sea la tendencia del mercado internacional. Este margen podría justificarse puesto que se trata de calcular un precio máximo que, en general, debería ser superior al precio efectivo. Sin embargo, el hecho de que desde enero de 1993 el precio máximo y el efectivo sean idénticos para algunas de las gasolinas más consumidas, hace que el Margen de Adaptación (actualmente denominado término diferencial) sea "de facto" una componente más del precio efectivo, que obliga a los consumidores peninsulares a pagar dos pesetas más por litro que la media de los seis países europeos que se toman de referencia, y cuatro cincuenta más por litro a los consumidores canarios.

Durante 1991 existió una diferencia notable entre el precio máximo autorizado para las gasolinas y el precio cobrado a los consumidores, diferencias medias anuales de casi dos pesetas en el caso de la gasolina super y de 2,5 pesetas en las gasolinas sin plomo y normal. Es decir, durante este período en ningún momento se llegó a aplicar el precio máximo; incluso, en determinados momentos, las diferencias eran superiores a las dos pesetas del margen de adaptación. Estas diferencias fueron reduciéndose durante 1992 para ser prácticamente cero en 1993 (a excepción de la gasolina sin plomo que mantuvo una diferencia de una

peseta), de tal forma que el precio máximo autorizado ha sido tomado como precio único de venta al público por parte de todos los suministradores.

La situación en gasóleos ha sido algo distinta. Para el gasóleo C (combustible de calefacción) la diferencia entre el precio de venta al público y el precio máximo ha sido casi siempre cero, excepto en la segunda mitad de 1991, tanto en el caso de su venta a granel como en estaciones de servicio.

Por el contrario, en el gasóleo A, combustible de automoción no agrícola y el gasóleo B que se consume en usos agrícolas, las diferencias medias anuales entre el precio máximo y el real han variado desde 0,8 pesetas en 1991 hasta 1,5 pesetas en 1992 y 1,2 pesetas en 1993.

Sobre la evolución de precios de estos dos gasóleos hay que destacar que su tendencia durante el primer semestre de 1993 era igualar el precio máximo y el precio real, tendencia que no sólo se trunca a finales del tercer trimestre sino que, además, durante los últimos meses, ha dado lugar a las máximas diferencias de los últimos tres años, diferencias de hasta 2,5 pesetas en el gasóleo A y de 3 pesetas en el gasóleo B.

Este análisis de los precios y su evolución puede interpretarse a partir de las diferencias que existen entre las demandas de los consumidores de gasolinas y las demandas de los consumidores de gasóleo (transporte y usos agrícolas). La sensibilidad a los precios de éstos últimos es mucho mayor ya que, para el transporte, el gasóleo supone un input de producción importante mientras que las gasolinas son consumidas por vehículos de turismo. Por esta misma razón, el mercado de gasóleos resulta un mercado mucho más equilibrado en cuanto a las fuerzas de los oferentes y demandantes; éstos últimos están organizados en asociaciones con un peso que puede contrarrestar el "poder de mercado" que puedan ejercer los productores. Además, está permitida la venta directa de los operadores a las instalaciones fijas, de modo que determinados transportistas pueden negociar descuentos a través de compras comparativamente grandes y también existe un mercado (sumergido e ilegal) de importación de este producto. El Ministerio de Industria y Energía estima que 5 millones de Tm han dejado de distribuirse a través de las estaciones de servicio. La competencia fuera de las estaciones de servicio obliga a que se ofrezcan descuentos en éstas. El resultado es un mercado más competitivo que el de las gasolinas. Según las estimaciones del Ministerio de Industria y Energía, para 1993 el precio medio del gasóleo de automoción antes de impuestos fue de 31,89 pesetas por litro, inferior en 0,64 pesetas por litro al precio máximo medio del año. Por otra parte, considera que el valor medio de los descuentos practicados a los medios y grandes transportistas, ligados al uso de la tarjeta de crédito promovida por cada operador, ascendieron a 0,80 pts/litro.

La ausencia total de competencia en su distribución que hasta muy recientemente se ha efectuado únicamente por CLH, conduce a que el queroseno en aeropuertos españoles sea de los más caros del mundo. El Real Decreto 2085/94,

establece la reglamentación técnica de seguridad a cumplir por las instalaciones de almacenamiento y suministro de carburantes de aviación, cuyas exigencias no hacen previsible la duplicación de instalaciones en un aeropuerto. Por otra parte, el Real Decreto 2487/1994 establece que para distribuir al por menor mediante suministros directos queroseno para aviación es necesario cumplir todos los requisitos exigidos para la distribución al por mayor. El conjunto de ambas normativas hace impracticable la introducción de competencia en el suministro de carburante a las aeronaves, puesto que no se permite la existencia de pequeñas empresas que atiendan las necesidades de los aviones mediante suministros "ad hoc", ni tampoco cabe esperar más de una instalación de almacenamiento y suministro por aeropuerto, instalaciones que en la actualidad están en poder de CLH. Cuando las nuevas normas de seguridad de instalaciones entren totalmente en vigor, desaparecerá, previsiblemente, la escasa competencia existente en este momento en que los operadores pueden servir queroseno.

La situación de la distribución de gasóleos para navegación difiere en que, como consecuencia de la mayor competencia exterior por puertos cercanos extranjeros, los operadores autorizados practican precios más ajustados a los internacionales.

La existencia del ahora llamado término diferencial ha permitido a los operadores, según los cálculos del Tribunal, extraer una renta al consumidor que en 1993 supuso 22.475 millones de pesetas, puesto que no se ha conseguido aprovechar todo el beneficio que otorgaría la aplicación del margen en todos los casos, que supondría una renta monopolística anual de 35.000 millones de pesetas.

La relativa baja fiscalidad de la gasolina de automoción en España en relación con los países europeos cercanos permite que el margen del sector sea superior al obtenido en otros países sin que existan protestas del consumidor, que no percibe en los productos petrolíferos un precio comparativamente alto. Sin embargo, el juego de ambas circunstancias supone una transferencia de renta del erario público al conjunto del sector que no se justifica por los efectos beneficiosos a largo plazo que puedan derivarse de la entrada de nuevos operadores y la introducción de mayor competencia puesto que beneficia más a quien más cuota de mercado detenta. Resulta sintomático que recientemente se haya autorizado un término diferencial de 4,5 pesetas por litro para Canarias, territorio donde la fiscalidad de los carburantes es más baja que en el resto de España.

3. La competencia en la distribución de productos petrolíferos.

Como consecuencia de la filosofía seguida en el proceso de desmantelamiento del monopolio, los productores nacionales son los accionistas mayoritarios (casi únicos) de la empresa de logística que cuenta con la mayor parte de las facilidades para almacenamiento y distribución de carburantes; disponen de un número importante de "gestores" de estaciones de servicio que no tienen autonomía y, con los propietarios de gasolineras, mantienen contratos de compra

exclusiva y contratos "a comisión" concertados con sus "abanderados", válidos hasta finales de 1997 en unos casos y durante 10 años desde su firma en otros. La estructura del transporte y logística es prácticamente monopolística. CLH cuenta con casi todas las facilidades de almacenamiento de carburantes. Como excepción existen las instalaciones de CAPESA y algunas facilidades de almacenamiento en instalaciones portuarias (algunos puertos del Norte y Tarragona). Una petrolera francesa ha optado por construir una terminal propia en el puerto de Valencia. CLH es la única propietaria de capacidad de almacenamiento excedentario, fundamentalmente en Zaragoza y Huelva. Ello debe ser tenido en cuenta a la hora de establecer el sistema de almacenamiento de las existencias de seguridad.

Existe una queja continua de los operadores autorizados que no son socios de CLH en cuanto a las trabas a la competencia que supone el comportamiento de la empresa de logística, pues alegan que les deniega las operaciones inferiores a un volumen determinado y parece supervisar un reparto de estas operaciones entre sus socios por zonas geográficas. Denuncian también algunos operadores que CLH utiliza estrategias diferentes dependiendo de que en la zona de aprovisionamiento existan o no alternativas logísticas en vez de hacerlo dependiendo de si tiene o no capacidad disponible; también se señala que CLH pretende hacer la distribución capilar en determinadas áreas geográficas.

El acceso de los operadores al mercado exige como condición sine qua non la utilización de las facilidades logísticas en condiciones neutrales y a precios de mercado, que es imposible determinar sin una auditoría de gestión. Así, es necesaria una auditoría para determinar cuáles deben ser los precios cargados por CLH por sus prestaciones. Por ello, a juicio del Tribunal, el Ministerio tutelante debería encargar una auditoría independiente de gestión de CLH que le permitiera asegurarse de que las condiciones de acceso a las facilidades de CLH son iguales para todos los operadores, sean o no socios, y que permiten la efectiva expansión de los operadores independientes en determinadas zonas.

La liberalización de la importación de productos petrolíferos comunitarios y el otorgamiento liberal de las autorizaciones necesarias para acceder a la actividad de distribuidor al por menor mediante suministros directos a instalaciones fijas han supuesto la transformación radical de las condiciones de competencia en el suministro de gasóleo con enormes diferencias de precios respecto al fijado como máximo. En los tiempos del Monopolio de CAMPSA había tres operadores autorizados y en la actualidad existen 33 operadores y unos 2000 distribuidores.

La práctica ausencia de ventas directas en el mercado de la gasolina se ha traducido, por el contrario, en una casi total ausencia de competencia en precios entre estaciones de servicio, de modo que el precio practicado se ha igualado prácticamente al máximo autorizado semanalmente por el Ministerio de Industria y Energía.

Sin embargo, la lucha entre petroleras por asegurarse una cuota de mercado en la distribución de gasolinas ha llevado a un rápido incremento del número de estaciones de servicio (a pesar del elevado coste económico y temporal de su instalación), y a la concesión por las petroleras de ventajas financieras a los gasolineros a cambio de concertar cualquier tipo de abanderamiento que, en muchas ocasiones, han servido para remodelar las viejas estaciones de servicio en beneficio de la calidad y la variedad de los servicios ofrecidos a los usuarios.

Para conceder el permiso de establecimiento a una estación de servicio se exige:

- su inscripción en el registro de instalaciones
- tener asegurado el suministro de los productos que se van a vender
- disponer del acta de puesta en marcha de las instalaciones.

La inscripción en el Registro es necesaria para poder iniciar su construcción y no se concede sin contar con la oportuna licencia de obra del Ayuntamiento y/o la autorización de carreteras.

La licencia de obras del Ayuntamiento solamente se concede si en el terreno elegido se puede construir una gasolinera de acuerdo con la planificación urbanística correspondiente.

En cuanto a la autorización de carreteras, corresponde a la autoridad de quien depende la carretera. Cuando la estación de servicio proyectada se localiza en una carretera nacional, la autorización corresponde al MOTPMA o a la Comunidad Autónoma si se trata de una carretera autonómica. Si se localiza en un tramo urbano de una carretera nacional, la autorización de accesos la concede el Ayuntamiento pero, además, se requiere informe favorable (no autorización) del MOTPMA de acuerdo con el artículo 39 de la Ley de Carreteras. El desarrollo reglamentario de dicho artículo, sin embargo, va más allá de las competencias distribuidas legalmente. El artículo 69 del Reglamento General de Carreteras, aprobado por Real Decreto 181/1994, de 2 de septiembre, establece que corresponde al Director General de Carreteras autorizar la construcción de estaciones de servicio en las vías de servicio de autopistas, autovías rápidas o junto a una carretera convencional. Su artículo 70 establece un pesado procedimiento de solicitud de autorización en dos fases: autorización provisional que puede contener condiciones y autorización definitiva. La concesión de autorización provisional no ampara el inicio de la construcción de instalaciones. La Dirección General resuelve sobre las solicitudes con un gran margen de discrecionalidad, "a la vista del expediente y de su interés o necesidad en relación con la carretera".

El Reglamento de Carreteras citado también establece las condiciones en que se concederán las áreas de servicio que albergan instalaciones y servicios para las necesidades de la circulación. La distancia mínima entre áreas de servicio en el

mismo sentido de circulación es de 20 km, pero el MOPTMA puede reducir la distancia hasta 5 km. No podrán establecerse en ellas servicios que no tengan relación directa con la carretera o que puedan generar un tráfico adicional (por ejemplo, centros comerciales). La explotación de las áreas de servicio se otorga mediante concesión conjunta o separadamente de su construcción. Pero la concesión se refiere a todas las instalaciones y servicios incluidos en el área y el pliego puede incluir la obligación de que el adjudicatario se haga cargo de la explotación de los servicios e instalaciones de otras áreas de servicio. Las concesiones no serán transmisibles intervivos en un período de cinco años y, posteriormente, sólo con la previa autorización del Ministro del ramo. Se supone que la concesión de la explotación de todas las instalaciones se transmite en su totalidad y acompañada de las concesiones "ligadas".

El modelo elegido por el Reglamento, que no es el único posible en cumplimiento de lo preceptuado por la Ley de Carreteras, impide la existencia de competencia entre servicios dentro de un área de servicio concreta e incluso entre diversas áreas de servicio cercanas si se otorgan conjuntamente o se obliga a un concesionario a explotar áreas cercanas entre sí.

Sería mucho más eficiente que las áreas de servicio se planearan -dependiendo de su localización e importancia- para el establecimiento de diversos servicios en competencia (estaciones de servicio, locales de restauración, tiendas, ...). Lo que permitiría a los usuarios elegir entre varias alternativas para su suministro de bienes y servicios. Para ello sería necesario que no se otorgara globalmente la concesión para toda un área de servicio sino de cada servicio por separado o, al menos, se permitiera la cesión parcial de la concesión.

El complicado sistema de autorizaciones otorgadas por diferentes autoridades favorece la falta de transparencia, el trato discriminatorio e, incluso, la existencia de corrupción.

El pesado procedimiento de la inscripción en el Registro supone plazos muy largos y costes financieros y de gestión muy elevados, lo que repercute en la necesidad de aplicación de márgenes más elevados para la amortización de los costes de instalación de las gasolineras. Dada la tradición de que las petroleras concedan a los revendedores de carburantes ventajas económicas para la financiación de las instalaciones, ello supone, bien la necesidad de contratos más largos, bien la de reducir el margen concedido al revendedor, estrechando las posibilidades de competencia en precio. No es previsible que la supresión de las distancias mínimas acabe con esta tradición y, por tanto, con el control del precio de venta al público por parte de las petroleras.

La única posibilidad a medio plazo de que comience a existir competencia en precios en el mercado de las gasolinas es que se permita la instalación de estaciones de servicio por grandes superficies que han sido en Francia los auténticos motores de competencia por la vía de la práctica de precios bajos. Ello ha sido demostrado por los hechos últimamente: la cadena Caprabo ha anunciado

la venta de gasolina a un precio inferior en tres pesetas por litro al máximo autorizado en la estación de servicio instalada en su hipermercado de Gavá. Inmediatamente la estación de servicio abanderada de Repsol más cercana ha bajado sus precios aproximadamente en 3,50 pesetas por litro. Caprabo ha contestado regalando dos litros de gasolina por cada 8.000 pesetas de compra en su hipermercado. Existen también otras dos cadenas de grandes superficies (Eroski en Pamplona y Alcampo en La Coruña y Alboraya) que practican precios más bajos que el máximo autorizado, pero estos dos casos no han dado lugar a tantos comentarios en los medios de comunicación.

Naturalmente la introducción de competencia en precios perjudica los ingresos obtenidos por las petroleras y por las estaciones de servicio que sufren directamente la competencia de las grandes superficies. No es extraño, por tanto, que haya tanta presión para impedir el establecimiento de gasolineras en los hipermercados, que de momento se ha plasmado en la utilización de la regulación como una auténtica barrera de entrada casi infranqueable y, si se hace caso de las noticias de prensa, de la presión directa de las petroleras ya establecidas en España sobre las nuevas operadoras para que se nieguen a suministrar carburante sin controlar el precio de reventa.

Para los hipermercados, el Ministerio de Industria y Energía exige, además de la documentación mencionada para la inscripción en el registro de cualquier estación de servicio, que se segregue la parcela destinada a la gasolinera de la parcela total de la gran superficie y se inscriba en el Registro de la Propiedad, argumentando que en una parcela muy grande no es fácil establecer que la localización concreta prevista cumpla los requisitos de distancias mínimas. Este requisito se ha incluido, por primera vez, en el artículo 70.b) del nuevo Reglamento de Carreteras, que eufemísticamente establece: "Si fuera preciso se exigirá escritura pública de formación de finca registral independiente". Es de esperar que dicho requisito decaiga ante la reciente supresión de las distancias mínimas. La licencia municipal debería ser suficiente para acreditar la localización exacta de la estación de servicio proyectada. Además, se exige una autorización expresa de los accesos a la gasolinera, cuando en el caso de grandes superficies los accesos son interiores al aparcamiento de modo que no se interfiere en los accesos de entrada y salida del centro comercial.

Por otra parte, para obtener el permiso de funcionamiento de la estación de servicio es necesario además tener asegurado el suministro de los productos mediante un contrato de tres años, como mínimo. Los operadores no desean la instalación de gasolineras en grandes superficies porque constituye una amenaza del mantenimiento del precio de reventa. Como consecuencia de ello, los operadores se niegan a dar suministro de carburantes a las grandes superficies si no controlan el precio de reventa.

La regulación del suelo permite la aprobación de planes de equipamiento en las ciudades, de forma que la autoridad municipal determina los enclaves en que pueden situarse las gasolineras. Cada vez son más frecuentes los Planes

Especiales de Carburantes que prevén que la implantación de nuevas estaciones de servicio se hará precisamente en terrenos de propiedad municipal, cuya explotación por un determinado número de años se saca a concurso, constituyendo una nueva fuente de ingresos municipales. Se ha dado, incluso, el caso límite de que el Ayuntamiento seleccione para la instalación de una estación de servicio, precisamente, una zona verde cedida por una gran superficie al Ayuntamiento como imposición municipal para acceder a las modificaciones del plan necesarias para autorizar la construcción de la gran superficie y que la concesión de la explotación de la estación de servicio haya recaído sobre una de las petroleras instaladas en España.

La elección de suelo municipal como único autorizado para el establecimiento de estaciones de servicio se ha realizado en varias grandes ciudades (Madrid, Sevilla, Málaga, Huelva) y conlleva la imposibilidad de que se establezcan gasolineras en las grandes superficies, a pesar de la indiscutible eficiencia que dicha instalación supone por el aprovechamiento de los aparcamientos que minimiza los problemas de tráfico y supone una evidente comodidad para los usuarios.

4. Situación futura y propuestas de introducción de competencia.

El desmantelamiento definitivo del monopolio de petróleos y el paso de la distribución de carburantes a una situación de competencia en el mercado es algo que no puede lograrse en un plazo corto, dada la preponderancia de las petroleras tradicionales españolas en el mercado, su propiedad de la (casi) única empresa de logística y la dificultad y elevado precio de establecer una red de distribución de productos petrolíferos nueva.

No obstante, es posible identificar una serie de modificaciones de la regulación y de las actuaciones administrativas, tendente a conseguir una senda más rápida de introducción de competencia. Para ello es necesario asegurar el establecimiento de reglas de competencia leal y la ausencia de tratos privilegiados que distorsionen el juego del mercado.

Para la aceleración de la introducción de competencia en la distribución de productos petrolíferos es preciso retocar muy diversos elementos de regulación, asegurar un trato no discriminatorio entre los distintos agentes del mercado, favorecer, en vez de impedir, la instalación de estaciones de servicio en grandes superficies y zonas de equipamiento comercial, que normalmente se localizarán en áreas de servicio cercanas a las ciudades, y establecer un sistema de modificación del régimen de precios de venta al público de carburantes todavía sometidos a autorización como máximos, cuando se haya alcanzado un nivel de competencia suficiente.

Recientemente han sido aprobadas varias regulaciones en este sector que probablemente van a modificar sustancialmente las condiciones de competencia en el mercado. Aunque no es posible pronunciarse definitivamente, puesto que no ha terminado el proceso de modificación de la regulación, el Tribunal valora negativamente los pasos dados hasta ahora, con excepción de la supresión de las distancias mínimas que es bienvenida.

- La regulación de las obligaciones de mantenimiento de existencias de seguridad no asegura un tratamiento neutral de todas las actividades y participantes.

- En vez de suprimir las exigencias anteriores en cuanto a aseguramiento del suministro de los productos que se van a comercializar, que carecen de sentido en un marco de inexistencia de escasez, dicho requisito se impone para todos los niveles de la comercialización impidiendo, por tanto, la libertad de actuación de los comercializadores respecto a los productores, que constituye la única posibilidad de introducir competencia en el mercado.

- Se introducen barreras económicas y materiales a la permanencia en el mercado de multitud de distribuidores autorizados que han sido los únicos agentes que han favorecido la competencia. Como consecuencia de ello, es posible que disminuya mucho la competencia en precios al consumo de gasóleo existente en la actualidad.

- Se introducen normas de seguridad de instalaciones con efectos discriminatorios entre operadores.

- La regulación de exigencias de almacenamiento contradice el modelo de integración logística elegido, sin que, simultáneamente, se obligue al desmembramiento de la red CLH.

- Se reitera la existencia del margen de adaptación, con una nueva formulación.

- Se liberaliza aparentemente la comercialización de los querosenos de aviación, pero se cierra el mercado dada la ausencia de espacio físico para que, con las exigencias de seguridad establecidas, se puedan duplicar en los aeropuertos las instalaciones de almacenamiento y suministro.

En estas condiciones, y dada la escasa competencia en precios que ya se detectaba en el sector de distribución de carburantes con la honrosa excepción de los gasóleos, el Tribunal no puede limitarse a recomendar medidas que favorezcan la introducción de competencia, sino que debe advertir de la necesidad de replantearse determinados aspectos de la nueva regulación que van a tener, probablemente, efectos negativos sobre la competencia en el sector que no parecen compensados por el logro de otros objetivos públicos superiores.

Como conclusión se incluye la lista de recomendaciones relativas al sector de distribución de petróleos con la tramitación legal necesaria para ponerlas en práctica:

Propuestas:

1. Liberalizar la comercialización de carburantes todavía sometidos a regímenes especiales (de aviación y de navegación), permitiéndose su realización por los distribuidores al por menor. [Real Decreto modificando el Real Decreto 2487/1994, de 23 de diciembre (BOE 21.1.95)].
2. Suprimir las exigencias de tener asegurados los suministros y disponer de medios de almacenamiento y, en su caso, de transporte, para ser autorizado como distribuidor al por menor mediante suministros a instalaciones fijas. [Real Decreto modificando el Real Decreto 2487/1994].
3. Establecer un procedimiento de información mensual a la Corporación de Reservas Estratégicas por los distribuidores al por menor de la parte de sus suministros que no proceden de operadores autorizados y del cumplimiento propio de la obligación de mantenimiento de existencias de seguridad o la elección del pago equivalente. [Desarrollo del Real Decreto 2111/1994, de 28 de octubre (BOE de 7 de diciembre)].
4. Suprimir la exigencia de contrato de abastecimiento exclusivo por tres años para la inscripción provisional en el Registro de las estaciones de servicio. [Real Decreto modificando el artículo 4 del Reglamento para el suministro y venta de gasolinas y gasóleos de automoción aprobado por Real Decreto 645/1988, de 24 de junio (BOE de 25 de junio)].
5. Suprimir la inscripción en el Registro de instalaciones de venta al por menor y sustituirlo por un registro de estaciones de servicio basado exclusivamente en el control de las exigencias de seguridad general y vial. [Modificaciones del Real Decreto 645/1988, de 24 de junio y la Orden de 29 de julio de 1988 (BOE de 3 de agosto)].
6. Modificar el Reglamento de Carreteras con el fin de permitir que en las áreas de servicio puedan establecerse áreas de equipamiento comercial y varias estaciones de servicio, cuyas concesiones se saquen a concurso de forma independiente. Regular las condiciones en que la Dirección General de Carreteras otorgue la autorización de estaciones de servicio fuera de las áreas de servicio y aligerar el procedimiento de autorización. [Real Decreto modificando el Reglamento de Carreteras aprobado por Real Decreto 1812/1994, de 2 de septiembre (BOE de 23 de septiembre)].
7. Flexibilizar la regulación del suelo con el fin de hacer posible un incremento de la oferta de suelo para la instalación de estaciones de

servicio. [En relación con las modificaciones de regulación del suelo sugeridas en el apartado 3 del Capítulo II de este Informe].

8. Liberalizar el precio de los gasóleos si, una vez en vigor las exigencias contenidas en el Real Decreto 2487/1994 para la actividad de distribuidor al por menor, continúa existiendo competencia en este segmento. [Modificación de la Orden de 28 de diciembre de 1994 (BOE de 30 de diciembre) por la que se modifica el sistema de precios máximos de venta al público de gasolina y gasóleos].

9. Establecer un sistema de información de los precios de venta al público de las gasolinas por zonas, que permitan a la Comisión Delegada ir suprimiendo el régimen de precios máximos autorizados por zonas geográficas cuando exista suficiente competencia. [Acuerdo de Consejo de Ministros en relación con la potestad de modificación del régimen de precios concedida a la Comisión Delegada para Asuntos Económicos por la Ley 34/1992].

10. Encargar una auditoría de gestión de CLH que permita asegurar la existencia de un trato neutral a todos los operadores y la aplicación de precios que favorezcan la entrada de nuevos operadores. [Resolución de la Secretaría General de la Energía].

11. Imponer a la Corporación de Reservas Estratégicas que la propuesta del plan de localización se formule por un consultor independiente. [Resolución del Ministro de Industria y Energía ordenando a la Junta Directiva la convocatoria de concurso entre empresas independientes para la redacción de propuesta del plan de localización de existencias estratégicas].

12. Establecer las cuotas unitarias previstas en el artículo 19 del Real Decreto 2111/1994 con criterios de neutralidad y suficiencia. [Orden del Ministerio de Industria y Energía].

13. Establecer normas de seguridad de instalaciones proporcionadas a los riesgos reales, neutrales y no discriminatorias entre distintos tipos de agentes económicos. [Real Decreto amparado en la Ley 21/1992, de Industria y, en su caso, modificación del Real Decreto 2085/1994, de 20 de octubre (BOE de 27 de enero de 1995)].

CAPITULO IV: CINE

1. Introduccion.

El espectador que acude a una cualquiera de las más de 1.600 salas de cine existentes en España y, tras pagar su entrada, se sienta más o menos cómodamente a esperar en su butaca la proyección de la película elegida, asiste, sin saberlo generalmente, al final de un complejo proceso cuyos rasgos principales puede adivinar si presta atención a los títulos de crédito que aparecen al principio y al final de la película.

Este proceso se compone de tres eslabones principales:

1. La producción, que es el momento inicial en el que se decide qué película se va a hacer, cuánto cuesta (gastos de rodaje, derechos de autor, pago de actores y técnicos, etc.) y el modo y la forma de su financiación.
2. La distribución, que comercializa la película producida ofreciéndola para su exhibición en la lengua original del rodaje o doblada a la del país en que se va a exhibir, a cambio de un precio calculado, generalmente, como un porcentaje sobre los ingresos de taquilla. El distribuidor se encarga, además, de la promoción de la película en los diferentes países y negocia con los exhibidores o dueños de las salas el momento en que se va a exhibir. Los costes de distribución han ido aumentando y, así, en Estados Unidos, según datos de 1993, los costes de distribución son casi la mitad de los de producción (30 millones de dólares producción, 14 millones de dólares distribución).
3. La exhibición de la película que se proyecta en las diferentes salas cinematográficas y que es ofrecida al público que paga a cambio el precio de la entrada fijado libremente por los dueños de las salas. El exhibidor o dueño de la sala, obtiene un porcentaje de los ingresos de taquilla, que es la parte que le queda tras el pago al distribuidor y los impuestos.

En 1993, último año completo del que se disponen datos, acudieron a las salas de cine españolas unos 87,7 millones de personas y se recaudaron 40.579 millones de pesetas. De estas cifras los espectadores de cine español fueron 8,1 millones y la recaudación unos 3.553 millones de pesetas. Parece existir una tendencia creciente en este sentido, pues los datos del primer semestre de 1994 son de 48,4 millones de espectadores, una recaudación de 23.800 millones de pesetas, de los que corresponden al cine español 3,5 millones de espectadores y 1.600 millones de pesetas, respectivamente.

2. La protección del cine

El sector cinematográfico español se caracteriza por una intensa y detallada regulación que afecta a sus tres eslabones -producción, distribución y exhibición-. Esta normativa pretende, en esencia, la protección de la obra cinematográfica española como producto cultural propio y diferente del cine originario de otros países o, dicho en palabras del Libro Verde de la Comisión Europea, de 6 de abril de 1994, como "vector privilegiado de la cultura, testigo vivo de las tradiciones y de la identidad de cada país". Esto hace que muchas medidas de ayuda al sector o de protección de la producción nacional sean comunes o similares a las de otros Estados miembros, aunque otras son aplicadas exclusivamente en España como, por ejemplo, las licencias de doblaje. Sin embargo, los efectos de las medidas de protección han sido, con frecuencia, los contrarios a los deseados, como se ilustrará más adelante. Esta situación obliga a distinguir dos cuestiones en el análisis del sector. Una, es pensar qué es lo que se quiere conseguir cuando se habla de proteger el cine español. La segunda, en caso de responder afirmativamente a lo anterior, es si las medidas de protección adoptadas por nuestro país son efectivas, esto es, si consiguen el fin que se proponen.

Respecto a la primera cuestión, las dificultades para definir qué se entiende por obra cultural propia de un país que merece protección, frente a la noción generalizada de la universalización de la cultura o la pregunta, sin respuesta, de por qué hay que proteger determinadas manifestaciones culturales según el medio de expresión que empleen o, por último, la evidencia de que el acervo cultural más perdurable de un país ha carecido por completo de una visión "nacional", justificarían por sí mismas la desaparición de barreras o restricciones a la libre competencia en un ámbito en el que, además, la aparición de nuevas tecnologías permite al consumidor final disponer de una amplia oferta y hacer ilusoria la existencia de barreras. Además, si en un momento dado los poderes públicos entienden que determinada manifestación cultural merece una actuación por su parte, derivada del mandato del art. 44.1, 46 y 48 de la Constitución, ésta podría hacerse de forma positiva, sin prohibir o restringir otras.

No parece que el genio individual o colectivo de un país haya necesitado, a lo largo de la historia, de medidas especiales de protección frente a las manifestaciones culturales de otros países, para expresar en la forma adecuada lo que la sociedad en cada momento demanda o está en condiciones de apreciar. Piénsese, por ejemplo, lo que sería la ópera en España si existiera una "cuota de escena" que reservara la mitad del espacio a la producción operística española, o los conciertos de música clásica en Bélgica, si existiera una norma similar respecto de los compositores de ese país, o una norma que limitara las exposiciones pictóricas a los artistas ingleses, o que impidiera la traducción o importación de libros cuando éstos sobrepasaran un determinado porcentaje de la obra literaria nacional, o que una compañía privada de teatro no pudiera representar más que una obra de Shakespeare por cada dos de Calderón, o que una orquesta nacional o fuertemente subvencionada con fondos públicos tuviera que programar dos obras de Brückner por cada una de Ravel. Los ejemplos se

pueden multiplicar ilimitadamente y demuestran lo absurdo que es tratar de negar una verdad evidente: que el éxito de la obra cinematográfica depende de su aceptación por el público y que éste estará dispuesto a pagar por su contemplación cuando se sienta entretenido, conmovido o inquietado, lo que conseguirán obras de un determinado nivel de calidad y pericia en su elaboración, es decir, obras conectadas con los gustos del público, sea cual sea la nacionalidad de la película.

Esto no se opone a que los vehículos o medios a través de los que se difunden las manifestaciones artísticas o culturales de un país sean los primeros en dar a conocer la obra de ese país, que es quizá mejor comprendida y más asequible, pero esto ha de hacerse sin imponer una cuota para esa producción nacional en detrimento de otras.

En Europa la evolución de la regulación sectorial se ha caracterizado por tratar de hacer frente y competir con la producción cinematográfica norteamericana, donde desde los albores del cine, hace ahora 100 años, se desarrolló una poderosísima industria que muy pronto se convirtió en líder mundial, debido, por un lado, a la calidad y aceptación universal de muchos de sus productos y, por otro, a una organización agresiva dentro y fuera de su propio país que ha dado lugar a la intervención de las autoridades antitrust estadounidenses; la más importante de las cuales fue una decisión de 1938, asunto Paramount, que afectó a la integración vertical de las distribuidoras, productoras y exhibidoras, impidiendo que las salas cinematográficas pudieran ser propiedad de aquéllas y las obligó a disponer de sus intereses en 1.200 salas de las 3.000 que poseían. El sentido inicial, al que ahora parece volver la Comisión Europea en sus más recientes trabajos, era proteger la industria cinematográfica nacional, más que el cine como manifestación cultural: buen ejemplo de ello es Francia, país que tiene el más acabado sistema proteccionista, donde, ya en 1935, se dictaron normas de protección a la industria que, al iniciarse la V República, con André Malraux como Ministro de Cultura, se "reconvirtieron" en leyes "culturales".

En España se han producido muy recientes cambios, el más importante de los cuales es la Ley 17/1994, de 8 de junio, de Protección y Fomento de la Cinematografía, que no contiene en su Preámbulo mención alguna a la cultura, a diferencia de su antecesora más inmediata, la Ley 31/1980, de 10 de enero, de Regulación de cuotas de Pantalla y Distribución Cinematográfica, donde se dice que "la cinematografía española ... es una industria de gran interés cultural...", lo que parece mostrar un cierto cambio en la tendencia, paralelo al de otros países europeos.

Para entender mejor el contenido de la nueva Ley hay que situarla en su contexto histórico en el que el panorama cultural estaba fuertemente condicionado por el "cierre" de las negociaciones del GATT, y la excepción cultural opuesta por Francia y España era, fundamentalmente, para excluir los productos audiovisuales del libre comercio internacional, dificultando la conclusión de las negociaciones que terminaron con la creación de la Organización Mundial del Comercio. Por

ello, se adoptó en España, con carácter urgente, el Real Decreto-Ley 19/1993, de 10 de diciembre, de Medidas Urgentes para la Cinematografía, antecedente inmediato de la Ley actualmente vigente y cuyo contenido reprodujo casi íntegramente.

Desaparecida esa circunstancia, las razones que justifican su contenido restrictivo no son desde luego evidentes y, por ello, pese a que la Ley es muy reciente, hay que replantearse su contenido restrictivo.

Lo más importante, quizá, de la nueva Ley y de las disposiciones reglamentarias posteriores es que contemplan el carácter temporal de las medidas más restrictivas y que, dentro de las medidas de fomento, se da un nuevo giro al sistema de ayudas a la producción para evitar situaciones permitidas por el sistema anterior en el que, en algún caso extremo, ni siquiera llegó a realizarse el film y, en otros, no llegó a difundirse o tuvo una brevísima vida en las pantallas. En las Comunidades Autónomas, por ser titulares de competencias en la materia, se utilizan las medidas proteccionistas más como medida de carácter lingüístico que cultural, aunque los resultados parecen ser desiguales con mayor incidencia en el doblaje de películas al catalán que al gallego o al euskera. En Cataluña el sistema de subvenciones parece seguir la misma orientación de suprimir las subvenciones previas, al constatar que en los últimos diez años el porcentaje de cine catalán sobre el conjunto español disminuyó del 32 al 8,5 por ciento.

No obstante, y pese a una comprobada recuperación del cine español, las películas españolas están lejos de obtener resultados similares a las producciones americanas; así, la película española de mas éxito entre el 1 de enero y el 31 de agosto de 1994 ("Todos los hombres sois iguales") obtuvo una recaudación de 375 millones de pesetas proporcionados por 739.000 espectadores, frente a la película americana de mayor recaudación en España ("Los Picapiedra"), que, en el mismo período, obtuvo 1.241 millones de pesetas y fue vista por unos 2,5 millones de espectadores.

En este sentido, la tendencia que parece percibirse en la regulación del sector cinematográfico en España parece estar acorde con este planteamiento. Así, por ejemplo, la Ley prevé la eliminación de las medidas más restrictivas (cuotas de doblaje, por ejemplo) en un plazo de cinco años. También destaca la amplia facultad que se ha conferido al Gobierno para modificar las cuotas de pantalla y de doblaje, "en especial cuando lo considere necesario para cumplir objetivos de política lingüística".

Tanto las licencias de doblaje como las "cuotas de pantalla" son instrumentos inadecuados para sus fines en el sentido de que toman la ruta más extrema posible para intentar proteger al cine español. En efecto, tanto las licencias como las cuotas son, en esencia, prohibiciones (de doblar y de exhibir). En el terreno económico las prohibiciones no son la mejor manera de actuar.

Hay otro camino mejor que, en vez de prohibir, opta por incentivar aquellas actividades que se busca promocionar y que respeta más la libertad de los exhibidores y productores para elegir la programación y genera recursos que favorecen la producción nacional.

La segunda cuestión es si las medidas de protección al cine español tienen algún efecto positivo, si se consiguen los objetivos que se proponen. Repasando la historia reciente española se observa que la bienintencionada posición del legislador de fomento de la producción y distribución de obras españolas produjo la práctica desaparición de las numerosas distribuidoras españolas, pues las compañías extranjeras, necesitadas de licencias de doblaje para la venta de sus películas, fueron conquistando el mercado de la distribución de películas españolas. Bien pudiera ocurrir, por tanto, que las actuales posiciones de la Ley, tanto respecto de la cuota de pantalla como de la de distribución, pudieran producir de nuevo efectos contrarios a los pretendidos, incluso aunque su vigencia se limite a 5 años. Aún sin menospreciar las virtudes de un plazo de adaptación gradual que permita a las empresas del sector adaptarse, este plazo podría resultar excesivo.

En la actual situación parece existir una voluntad de acuerdo entre los principales operadores del sector, patrocinado por el Instituto de la Cinematografía y de las Artes Audiovisuales (ICAA), para avanzar hacia la liberalización y para que, en todo caso, se respeten las normas de defensa de la competencia dotando a este mercado de una necesitada transparencia. Y un ejemplo de este cambio de sentido es el representado por la reciente Orden de 5 de Octubre de 1994, por la que se actualizan los límites cuantitativos de ayudas a la cinematografía.

Por ello, las propuestas del Tribunal en este sector tienen en cuenta la situación real del mercado, caracterizada por una sensación generalizada por parte de los operadores españoles de la absoluta superioridad de sus equivalentes norteamericanos y con acusaciones de prácticas abusivas no denunciadas. Un claro ejemplo de ello es el block-booking, o imposición de contratación de paquetes de películas, consistente en que, si se quiere exhibir una película que se espera que sea de máxima audiencia, han de alquilarse otras de categoría muy inferior. Esta práctica ya fue declarada ilegal por este Tribunal en la Resolución de 2 de marzo de 1990, (expediente 255/89, ADICAN).

En este punto y, puesto que parece realmente existir un problema o, al menos, como tal es percibido por buena parte de los operadores, el Tribunal no puede recomendar la adopción de ninguna medida de cambio normativo, puesto que la Ley de Defensa de la Competencia proporciona todos los medios de investigación y sanción de prácticas prohibidas. Si lo que ocurre es que existe una cierta reticencia a utilizar la denuncia contra los presuntos autores de prácticas prohibidas por temor a sufrir discriminaciones en la contratación, lo que constituiría otra práctica abusiva prohibida por la Ley, el Tribunal exhortaría al Servicio de Defensa de la Competencia para que, en ejercicio de sus competencias, proceda de oficio cuando tenga consistentes sospechas de que

existen prácticas o acuerdos que la Ley prohíbe y que alteran la estructura del mercado de contratación de películas cinematográficas en España, así como la vigilancia del cumplimiento de lo dispuesto por el Tribunal sobre un caso similar.

Prueba de la constante preocupación de los órganos de defensa de la competencia es la emisión por el Servicio de un reciente informe sobre la vigilancia del cumplimiento de la Resolución ADICAN, que pone de relieve la actual situación de la contratación de películas y que proporciona una excelente información al Tribunal para resolver en el sentido expresado.

También hay que tener en cuenta que, a diferencia de otros sectores, en este caso no existe ningún acuerdo comunitario que obligue a España a liberalizar el sector. Las normas comunitarias, con la mira de lograr la realización del mercado único, tratan de lograr la igualdad de trato de los operadores económicos de los diferentes países, fomentar las coproducciones y sentar las bases de una industria europea que pueda competir con la norteamericana, pero está lejos de excluir la intervención estatal: más bien existe una doble intervención, nacional y comunitaria.

En efecto, en la Unión Europea la industria cinematográfica es uno de los "actores" del audiovisual junto a los servicios de radiodifusión, la industria de los programas audiovisuales, los operadores de cable y telecomunicaciones, la industria editorial y, por fin, los fabricantes de tecnología de información y prueba de ello es que no se ha comprometido a ninguna medida de liberalización en el acuerdo final del GATS. El art. XIX tan sólo establece un plazo de 5 años, a contar desde la entrada en vigor del acuerdo que instituye la Organización Mundial del Comercio, para "iniciar sucesivas rondas de negociaciones en vista de lograr progresivamente un mayor nivel de liberalización", lo que lleva a concluir que la Unión Europea y sus Estados miembros disponen del margen de maniobra necesario para desarrollar sus medidas "que, aunque transitorias, disfrutarán previsiblemente de un amplio período de efectividad",

Las propuestas del Tribunal que se exponen a continuación no propugnan la ausencia de regulación del sector con la derogación de la compleja y dispersa normativa existente, cuya refundición sería deseable en aras de una mayor seguridad jurídica. Se trata, por un lado, de suprimir restricciones específicas o limitarlas en el tiempo, cuando se consideran innecesarias o perjudiciales por sus potenciales efectos contrarios sobre los intereses del sector y, por otro, de reordenar la regulación, de forma que se facilite la transparencia de un mercado caracterizado, hasta ahora, por la ausencia de ella.

Sobre los posibles acuerdos entre los distintos operadores del sector, el Tribunal no emite, por ahora, juicio alguno hasta conocer su contenido, aunque considera positivo todo esfuerzo tendente a la ordenación de un sector cuando éste se proponga enmarcar su actuación en los principios de la libre competencia respetando por ello la Ley 16/1989, de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia.

3. Las propuestas del Tribunal

Se presentan a continuación las propuestas del Tribunal para el sector agrupadas según el subsector -producción, distribución o exhibición- al que afectan.

3.1. Producción.

Está caracterizada por la atomización llegando a la frecuente existencia de productores de un solo film, lo que demuestra la debilidad de una industria cinematográfica propia que, sin embargo, produce unas 50 películas por año con un coste medio de 170 millones de pesetas por película y que representa alrededor del 10 por ciento de la cuota total del cine, según datos de la Academia de Cine. El coste medio de las películas producidas en los principales estudios de Hollywood fue, en 1993, de 30 millones de dólares.

El sistema de ayudas a la producción regulado en el Real Decreto 1282/1989, de 28 de Agosto, ha sido recientemente modificado por la Orden de 5 de Octubre de 1994 que reduce los ingresos brutos por taquilla mínimos, a partir de los cuales se concede la ayuda pública, de 50 millones de pesetas a 30 millones de pesetas, a 20 millones de pesetas si se trata de películas dirigidas por nuevos realizadores, o a 10 millones de pesetas si la versión original de la película está realizada en una lengua oficial reconocida como tal por una Comunidad Autónoma. La filosofía de esta disposición se dirige a subvencionar películas con éxito entre el público y la actividad de nuevos directores para tratar de evitar los efectos derivados de la regulación inmediatamente anterior que dio lugar a la producción de películas de nula o escasa aceptación entre el público e, incluso, de películas que no llegaron a exhibirse. En 1994 las ayudas a la producción de largometrajes ascendieron a 2.891 millones de pesetas, de los que 1.606 millones se destinaron a ayudas sobre proyecto. Con el nuevo sistema de ayudas se trata de lograr una mayor aproximación entre el riesgo asumido por el productor y la aceptación por el público de la película producida.

La existencia de ayudas a la producción bajo diferentes formas es la regla en la Unión Europea (sólo Irlanda, Luxemburgo y Reino Unido constituyen la excepción) y su financiación se realiza bien directamente con cargo a los presupuestos públicos o, en parte, por las televisiones, las salas de exhibición y, en menor porcentaje, el vídeo; en general, las ayudas no son discriminatorias para las producciones de los Estados miembros y existen frecuentemente acuerdos bilaterales de coproducción que permiten disfrutar de la ayuda. Según un estudio de marzo de 1994 de la Fédération Internationale des Associations des Producteurs de Films, referido a los 15 países de la Unión Europea, menos

Luxemburgo, Grecia e Irlanda, más Noruega y Suiza, la financiación de las ayudas se distribuye de la siguiente forma:

42,39 %: presupuestos públicos (32,71% por el Estado y 9,68% por las autoridades territoriales)
28,14 %: televisión
26,74 %: salas
2,73 %: vídeo

Sin embargo, el sistema de ayudas públicas, cualquiera que sea el sector de que se trate, pese al carácter positivo de la reciente reforma, no es compartido por el Tribunal. Con carácter general, tal sistema plantea numerosos problemas en cuanto a quiénes deben ser los destinatarios, privilegiados, de la ayuda, frente a otros que no gozan de tal beneficio; supone, además, la incapacidad de un sector para desenvolverse normalmente en su actividad económica al no tener que preocuparse excesivamente sus responsables por el resultado económico de su gestión, gestión que tienen asegurada merced a la generosidad del Estado y crea, también, situaciones de desigualdad de trato que tienen muy difícil justificación. Por qué se ayuda al cine y no al textil; al carbón y no al automóvil, etc. Se fomenta así una cultura de ausencia de riesgo empresarial que, a largo plazo, es letal para el sector.

Pese a ello, y dado que el Tribunal siempre ha considerado que han de adoptarse medidas transitorias para que el paso de una situación de fuerte intervencionismo a otra de liberalización no sea brusco, puede considerarse como positiva, y sólo en el sentido indicado, la reciente tendencia iniciada por la citada Orden Ministerial.

Por ello, la propuesta del Tribunal se centra, no en la supresión inmediata del sistema de ayudas del ICAA o de las Comunidades Autónomas, sino en fomentar un estricto control, de forma que se promueva la creación de estructuras productivas suficientemente fuertes que, en un futuro próximo, hagan innecesarias las ayudas. Además, el Tribunal considera que las ayudas no deberían eliminar el riesgo empresarial de los productores sino, simplemente, facilitarles la financiación de la producción. De otro modo, el productor pierde el incentivo de dirigir su actividad a películas con demanda por parte del público. Se trata, pues, de que, mientras subsistan, se concedan ayudas directas a los productores que han tenido éxito.

Por otra parte, tratándose de una traba administrativa sin objetivo claro, aunque ciertamente parece que tiene una escasa incidencia real, el Tribunal propone la supresión de la licencia de rodaje de películas extranjeras y su sustitución por el sistema de comunicación al ICAA, derogando para ello el art. 1 Real Decreto 3071/1977, de 11 de noviembre, por el que se regulan determinadas actividades cinematográficas y se iguala así la situación de todas las ayudas económicas..

Propuesta:

1. Disminución gradual de las ayudas directas. (Orden Ministerial y Real Decreto).
2. Supresión de la licencia de rodaje de las películas extranjeras.(Real Decreto).

3.2. Distribución.

Es en este subsector donde se mantiene una de las restricciones más discutidas. Aunque el doblaje de películas es una antigua tradición en nuestro país, compartida con otros de la Unión Europea como Alemania e Italia, su actual regulación en la Ley de 1994 refuerza las restricciones anteriores (que permitían obtener hasta 4 licencias de doblaje por cada obra comunitaria) y las limita a 2 por cada obra cinematográfica comunitaria exhibida cuando ésta recaude en bruto en taquilla 20 millones de pesetas para la primera licencia y 30 millones de pesetas para la segunda cuando haya sido exhibida al menos en dos lenguas oficiales españolas. Este sistema, procedente del Real Decreto Legislativo 1257/1986, de 13 de junio, cuyos efectos sobre la producción nacional son indudables, no sólo no ha logrado crear una industria cinematográfica propia, sino que, además, ha podido contribuir indirectamente a la concentración de la distribución de películas en las 5 grandes distribuidoras ("majors") norteamericanas que, para obtener las mencionadas licencias de doblaje, entraron en el mercado de distribución de películas españolas, hasta entonces muy repartido entre numerosas empresas de las que actualmente sólo dos subsisten con una cuota de mercado significativa, aunque inferior a la de las "majors".

La propia Ley, consciente de la distorsión que la medida puede producir, le otorga un carácter transitorio -5 años- esperando que al cabo de este período la cuota del cine español habrá avanzado significativamente para llegar hasta el 25 por ciento, como esperan los productores españoles.

La propuesta del Tribunal consiste en la supresión pura y simple de la cuota de distribución. Esta medida se acompaña por la recomendación de vigilar estrechamente la actuación de los operadores en los diferentes niveles, para evitar que puedan producirse situaciones de abuso de poder de mercado que deben ser rigurosamente perseguidas por los órganos de defensa de la competencia.

Propuesta:

1. Eliminación de la licencia de doblaje. (Modificación de la Ley de 1994).
2. Ordenar el seguimiento, por parte del Servicio de Defensa de la Competencia, de la situación del sector, remitiendo anualmente un informe al Tribunal. (Acuerdo de Consejo de Ministros).

3.3. Exhibición.

La exhibición de obra cinematográfica también sufre una importante restricción consistente en la denominada "cuota de pantalla" que, como se ha explicado, consiste en reservar una parte del tiempo de exhibición a obra nacional o comunitaria. Así, mediante un complicado sistema en el que se asocia el tiempo de exhibición con el tamaño de la población, se reserva al cine de la Unión Europea un día por cada dos o un día por cada tres, de exhibición de películas en versión doblada en cualquier lengua oficial española en ciudades con población superior o inferior a 125.000 habitantes respectivamente, con reglas especiales para casos de antigüedad del estreno en España superior a 2 años, exhibición en complejos cinematográficos o programación doble.

La justificación de esta restricción es que cierra el sistema de protección a la obra nacional o comunitaria que disfruta así de una parte de la oferta cinematográfica y se respeta la libertad de elección del espectador que puede optar entre la obra de terceros países (norteamericana sobre todo) y la nacional o comunitaria. Se pone como ejemplo de la necesidad de la restricción la situación de otros Estados miembros, como Alemania, donde la exhibición de películas propias ha quedado reducida al mínimo.

La "cuota de pantalla" es un sistema bastante extendido en los países de la Unión Europea para la difusión de cine por televisión y, más raramente, en las salas de cine. La cuota de pantalla se prevé en la Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, conocida como "directiva de televisión sin fronteras", que obliga a los Estados miembros a reservar una proporción mayoritaria de su tiempo de difusión para obras europeas y un 10 por ciento, como mínimo, a las realizadas por productores independientes de los organismos de radiodifusión. Esta directiva afectaría a la difusión por televisión de obra cinematográfica europea y de terceros países y se está discutiendo en estos momentos su posible reforma. La directiva contiene una referencia a la difusión de obra cinematográfica por televisión, al disponer que no podrá hacerse tal difusión hasta que pasen dos años desde el comienzo de su explotación en salas cinematográficas de uno de los Estados miembros, o un año, si el organismo de televisión ha coproducido la obra.

La Ley 25/1994, de 12 de julio, que incorpora dicha directiva al ordenamiento español, obliga a reservar el 51 por ciento de su tiempo de emisión anual a la difusión de obras europeas a las entidades que prestan directa o indirectamente el servicio público de televisión y mantener el mismo plazo de la directiva para la difusión por televisión de obras cinematográficas.

La "cuota de pantalla" se utiliza, además, como un instrumento de política lingüística, lo que introduce una distorsión adicional en el sector.

La propuesta del Tribunal consiste en suprimir esta medida pura y simplemente, dado que, por un lado, no parece que pueda contribuir eficazmente al fortalecimiento de la industria española del cine ni a la difusión de la cultura y, por otro lado, el cumplimiento formal de la letra de la Ley puede amparar el incumplimiento de su espíritu, con la consiguiente inseguridad para el sector. Esta medida se asocia con la estrecha vigilancia y persecución de conductas anticompetitivas, como la de contratación en listas cerradas de la que se ha hablado antes, para asegurar que las películas compitan en este mercado y su exhibición no se deba a una imposición abusiva de uno o varios operadores.

Propuesta:

1. Eliminación de la cuota de pantalla.(Modificación de la Ley 17/1994).
2. Ordenar el seguimiento, por parte del Servicio de Defensa de la Competencia, de la situación del sector, informando anualmente al Tribunal sobre su resultado. (Acuerdo de Consejo de Ministros).

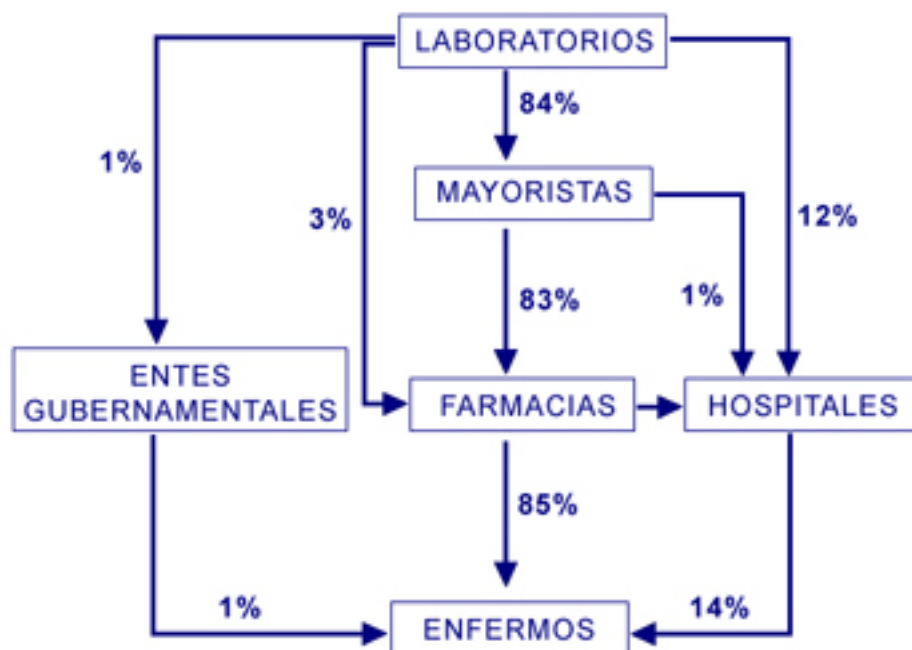
CAPITULO V: OFICINAS DE FARMACIA

1. Introducción.

La naturaleza de la profesión farmacéutica se ha modificado sustancialmente en los últimos años. No cabe duda de que el primer médico combinó sus conocimientos de farmacéutico y de médico. Su objetivo era la curación de la enfermedad. Y consiguió su objetivo empleando los productos de la naturaleza que utilizaba como medicamentos. Ahora estamos lejos de los tiempos de Galeno y de Pedacio Dioscórides. Tampoco el médico y el farmacéutico se sintetizan en una misma persona. La revolución industrial, que cambió la estructura del mundo moderno, también alteró significativamente el papel atribuido durante muchos siglos a los farmacéuticos. Quedan lejos la Carta Magna de la farmacia del siglo XIII y el Recetario Fiorentino de finales del siglo XV. Mucho se ha avanzado desde que el farmacéutico barcelonés Pedro Benedicto Mateo escribiera su

"Tratado sobre medicamento" cinco años después del descubrimiento de América. Los avances científico-farmacéuticos abrieron el camino a la farmacia industrial y, por extensión, a la industria farmacéutica. En general, las funciones del farmacéutico tradicional las llevan a cabo hoy los laboratorios farmacéuticos. La tradicional oficina de farmacia va evolucionando hacia un establecimiento comercial de naturaleza mercantil -cuya titularidad se alcanza mediante la correspondiente licencia administrativa de carácter vitalicio-, en el que se venden especialidades farmacéuticas junto con otros productos mediante la combinación de una inversión realizada por un farmacéutico y un número variable de trabajadores asalariados cualificados con el objetivo de rentabilizar la inversión realizada a través de la prestación de un servicio sanitario. Es justamente esta naturaleza mercantil de las oficinas de farmacia lo que da fuerza al argumento de que, en el proceso de venta de los medicamentos, deben combinarse las reglas de mercado con la adecuada regulación de la actividad de dispensación. En el camino han quedado la Ley de Sanidad de 1855 y las Ordenanzas de Farmacia de 1860 para el ejercicio de la profesión que, conjuntamente con la instrucción General de Sanidad de 1904, calificaron la actividad farmacéutica como profesión sanitaria y confirmaron el monopolio del medicamento por el farmacéutico.

Tras la guerra civil, con el argumento de dar prioridad a los intereses sanitarios sobre los económicos, se publicó el Decreto de 24 de enero de 1941. Dicho Decreto introdujo una regulación fuertemente restrictiva del ejercicio de la libre competencia entre las oficinas de farmacia. Las restricciones a la libre competencia se consolidaron en la Ley de Bases de la Sanidad Nacional de 1944. El párrafo noveno de la Base XVI de dicha Ley decía: "queda regulado y limitado en el territorio nacional el establecimiento de oficinas de farmacia, incluso con las amortizaciones que se crean precisas, dejando a salvo los intereses de la propiedad".



Fuente: IMS. Reproducido de Farmaindustria, La industria farmacéutica en cifras. 1993, Madrid 1994

Ahora, las oficinas de farmacia constituyen el último eslabón de un proceso que se inicia con la investigación y la producción de un medicamento por los laboratorios fabricantes o con su importación y que cuenta, como eslabón intermedio, con los almacenes de distribución al por mayor de especialidades farmacéuticas y sustancias medicinales (gráfico 1).

En su concepción legal las oficinas de farmacia se consideran establecimientos sanitarios con funciones asistenciales de naturaleza farmacéutica que colaboran con el Sistema Nacional de Salud para garantizar el uso racional de los medicamentos en la atención primaria a la salud. A las oficinas de farmacia les corresponden legalmente las funciones de custodia, conservación y dispensación de medicamentos, así como los correspondientes servicios asistenciales farmacéuticos y de salud pública.

Los artículos 43, 50 y 51 de la Constitución Española establecen el derecho a la protección de la salud y el deber de promoverla. Por ello, por el deber de defender los intereses públicos, por su importancia económica como bienes necesarios para la salud y por la competencia monopolista³⁸ que tiene lugar en el proceso de

³⁸ M. Waterson, ("Retail Pharmacy in Melbourne: actual and optimal densities", The Journal of Industrial

distribución minorista, las actividades de producción y distribución de los medicamentos están fuertemente reguladas. La regulación se ha apoyado en la defensa de los intereses públicos; en este caso, la defensa de la salud y la lucha contra la enfermedad. Pero, al mismo tiempo, dicha regulación contiene elementos claramente restrictivos de la competencia, generadores de ineficiencias, que no son necesarios para la defensa de los intereses públicos.

Desde la perspectiva económica, la importancia del sector de la distribución minorista de los medicamentos es relevante. En el año 1994 la venta de medicamentos con receta en oficinas de farmacia ascendió a 841.737 millones de pesetas, estimándose la venta de medicamentos sin receta en 50.456 millones de pesetas. En el ejercicio 1993 la facturación de la Sanidad pública española a través de las oficinas de farmacia ascendió a 674.000 millones de pesetas contabilizándose una facturación de 75.500 millones de pesetas a los hospitales de la Seguridad Social.

Ciertamente el sistema actual garantiza, en buena medida, la universalización de la dispensación de los medicamentos. Sin embargo, dicha garantía no se traduce necesariamente en una correcta asistencia farmacéutica y supone un coste elevado, tanto para los ciudadanos como para las finanzas públicas. No cabe duda de que sistemas alternativos podrían garantizar el servicio de dispensación con un menor coste para las Administraciones Públicas y los contribuyentes, y todo ello sin menoscabo de la defensa de los intereses públicos.

No debe olvidarse que en el sector coexisten dos aspectos relevantes. El primero relacionado con la salud pública. El segundo referido a los aspectos mercantiles de la distribución de medicamentos. El Tribunal defiende la regulación dirigida a garantizar la prevención de la enfermedad y la defensa de la salud. Sin embargo, el Tribunal considera que es necesario eliminar los obstáculos de carácter mercantil que entorpecen el libre ejercicio de la competencia en la distribución de los medicamentos. Por estas razones, en aras de la defensa de los intereses públicos, el Tribunal no comparte aquellos planteamientos que propugnan una liberalización total de los procesos de producción y distribución de medicamentos. La defensa de la competencia no supone abandonar la defensa de los intereses públicos. Al contrario, cuanto mayor es la libertad del mercado más deben velar las Administraciones Públicas para que se garantice la defensa de los intereses públicos.

Economics, diciembre, 1993) considera el modelo de distribución minorista de productos farmacéuticos como una actividad monopolísticamente competitiva sometida a regulación. En el presente Informe se adopta dicha calificación dado que se considera que la localización en exclusiva de las oficinas de farmacia otorga a dichos establecimientos características de monopolio.

2. Ámbito del estudio.

El sistema de distribución y dispensación de especialidades farmacéuticas y sustancias medicinales es complejo y, desde la perspectiva de la competencia, se combinan en el mismo las restricciones a la competencia derivadas de la regulación existente con las procedentes de las conductas de los agentes económicos. El presente Informe se refiere solamente a las restricciones generales de la competencia que tienen su origen en la regulación de las oficinas de farmacia. Quedan, pues, al margen del estudio³⁹, en primer lugar, las conductas restrictivas de la competencia que puedan ser perseguidas mediante la aplicación de la legislación de defensa de la competencia y, en segundo lugar, el análisis de aspectos tan relevantes como: a) los laboratorios fabricantes; b) la importación y exportación de medicamentos; c) los almacenes de distribución al por mayor; d) los servicios de farmacia legalmente autorizados (por ejemplo, hospitales); e) los productos genéricos; y f) los medicamentos veterinarios; g) la publicidad; h) la venta a domicilio; i) la distribución de productos dietéticos, cosméticos y plantas medicinales; f) el sistema de acceso a la titularidad de una oficina de farmacia, entre otras cuestiones.

3. Estructura del sector y regulación legal.

Según la Directiva 85/432/CEE del Consejo, la distribución geográfica de las oficinas de farmacia y el monopolio de la dispensación de medicamentos son competencia de los Estados miembros.

La distribución de medicamentos por las oficinas de farmacia se encuentra regulada, fundamentalmente, por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento y disposiciones complementarias. La regulación estatal se completa con la regulación emanada de las Comunidades Autónomas.

3.1. Régimen legal del medicamento y de los productos sanitarios.

3.1.1. Definición y competencias del Estado.

La fabricación de especialidades farmacéuticas requiere una autorización previa que garantice que se están produciendo en unas instalaciones y con unos

³⁹ En futuros informes el Tribunal examinará las restricciones de la competencia en las actividades de fabricación de medicamentos, distribución mayorista, y distribución de productos dietéticos, cosméticos y plantas medicinales.

procesos adecuados y que han pasado los controles de calidad establecidos. El laboratorio farmacéutico necesita la correspondiente autorización para producir medicamentos. Por su parte, la puesta de un medicamento en el mercado está sometida a la autorización de las autoridades sanitarias y su inscripción simultánea en el Registro de Especialidades Farmacéuticas. La autorización de un medicamento exige garantizar su seguridad, no toxicidad, tolerancia, eficacia, pureza y estabilidad. A dicha regulación, referida al proceso de producción de medicamentos, debe añadirse la correspondiente a los procesos de distribución y dispensación.

La definición de medicamento aparece en la Directiva 65/65 /CEE de 26 de enero de 1965. En España, el art. 8 de la Ley del Medicamento define el medicamento como "toda sustancia medicinal y sus asociaciones o combinaciones destinadas a su utilización en las personas o en los animales que se presente dotada de propiedades para prevenir, diagnosticar, tratar, aliviar o curar enfermedades o dolencias o para afectar a funciones corporales o al estado mental. También se consideran medicamentos las sustancias medicinales o sus combinaciones que pueden ser administrados a personas o animales con cualquiera de estos fines, aunque se ofrezcan sin explícita referencia a ellos".

El Título V de la Ley General de Sanidad distingue, sin definirlos, entre medicamentos y productos sanitarios. Además, el art. 40.5 de esta Ley establece como competencia del Estado: "La reglamentación, autorización y registro u homologación, según proceda, de los medicamentos de uso humano y veterinario y de los demás productos y artículos sanitarios y de aquellos que, al afectar al ser humano, puedan suponer un riesgo para la salud de las personas".

El art. 88 de la Ley de Medicamento establece que "las Administraciones sanitarias con competencia en ordenación farmacéutica realizarán la ordenación de las oficinas de farmacia...". El contenido de dicho artículo, según dispone el art. 2 de la propia Ley, tiene la condición de norma básica en el sentido de lo previsto en el art. 149.1 de la Constitución en cuyo número 16 se establece que el Estado tendrá competencia exclusiva en relación con las bases y la coordinación general de la sanidad.

3.1.2. Clases de medicamentos.

El artículo 6 de la Ley del Medicamento dispone que sólo serán medicamentos los legalmente reconocidos como tales, a saber: las especialidades farmacéuticas, las fórmulas magistrales, los preparados o fórmulas oficinales y los medicamentos prefabricados. Las especialidades farmacéuticas constituyen la categoría más relevante. La Ley define como especialidades farmacéuticas "el medicamento de composición e información definidas, de forma farmacéutica y clasificación determinadas, preparado para su uso medicinal inmediato, dispuesto y acondicionado para su dispensación al público, con denominación, embalaje,

envase y etiquetado uniforme al que la Administración del Estado otorgue autorización sanitaria e inscriba en el Registro de Especialidades Farmacéuticas".

Las especialidades farmacéuticas pueden clasificarse a partir de la consideración de tres criterios, a saber: en primer lugar, el requisito de una receta médica para su dispensación; en segundo lugar, su posible financiación por la Seguridad Social; y, por último, su posible sometimiento al control de precios por el Ministerio de Sanidad y Consumo.

A partir de tales criterios, las especialidades farmacéuticas exentas de control de precios, no financiadas por la Seguridad Social y que, según el art. 31.4⁴⁰ de la Ley del Medicamento, no requieren receta para su dispensación⁴¹ se denominan especialidades farmacéuticas publicitarias. Las especialidades farmacéuticas publicitarias pueden ser anunciadas al público bajo control del referido Ministerio. Las especialidades farmacéuticas de prescripción, se caracteriza porque, además de requerir la correspondiente receta médica, su precio está intervenido por la Administración y no pueden ser objeto de publicidad dirigida a los consumidores⁴². Independientemente de que sean publicitarias o no, las especialidades farmacéuticas sólo pueden venderse en farmacias.

La Seguridad Social financia la mayoría de medicamentos que exigen receta médica y una pequeña parte de los que no precisan tal receta, pero que están sometidos a control de precios. En consecuencia, una parte sustancial de la demanda dirigida a las oficinas de farmacia se canaliza mediante la Seguridad Social.

En general, cuando se hace referencia a los medicamentos éstos se identifican con las especialidades farmacéuticas dado que un medicamento consiste en una sustancia que no se comercializa directamente sino tras haber sido objeto de un conjunto de transformaciones y controles que lo habilitan para su consumo directo.

⁴⁰ "Podrán autorizarse especialidades farmacéuticas que no requieran prescripción facultativa para poder ser dispensadas y utilizadas, siempre que vayan destinadas a patologías que no necesitan un diagnóstico preciso y que de los datos de su evaluación toxicológica, clínica o de su utilización y vía de administración no se desprenda la necesidad de prescripción con receta para evitar los riesgos directos o indirectos de la salud de las personas." Recuérdese que algunas especialidades farmacéuticas no publicitarias pueden ser dispensadas sin receta.

⁴¹ Los médicos de la Seguridad Social pueden prescribirlas en una receta distinta a las empleadas por el Servicio Nacional de Salud.

⁴² Cabe la posibilidad de realizar publicidad de los medicamentos que exigen prescripción a los propios profesionales de la salud.

El Real Decreto 1416/94, de 25 de junio, regula la publicidad de los medicamentos de uso humano, sean éstos destinados al público o a las personas facultadas para prescribir o dispensar medicamentos.

3.1.3. Productos sanitarios

Hay varios reglamentos que regulan técnicamente ciertos productos sanitarios⁴³, pero ninguno de ellos incide en los aspectos comerciales. Las oficinas de farmacia sólo comercializan -y con carácter no exclusivo- los productos sanitarios destinados a la venta al público. Los establecimientos de óptica y los de ortopedia canalizan la mayor parte de las ventas de sus segmentos respectivos.

Además de estos dos grupos de productos esencialmente vinculados a la sanidad, en las oficinas de farmacia se venden otra serie de artículos. Las dos categorías más relevantes son los productos cosméticos y los dietéticos.

a) Productos cosméticos: El Real Decreto 349/88, de 15 de abril (BOE 20/04/88), modificado por el Real Decreto 475/1991, de 5 de abril, regula los productos cosméticos desde la perspectiva técnico-sanitaria. Esta reglamentación tiene como objetivo garantizar su inocuidad. No existe ningún tipo de intervención en precios ni limitaciones a su distribución, que es libre.

b) Productos dietéticos: Los productos dietéticos están regulados por el Decreto 2687/1976, de 16 de octubre (BOE 26/11/76), por el que se aprueba la Reglamentación Técnico Sanitaria para elaboración, circulación y comercio de preparados para regímenes dietéticos y/o especiales⁴⁴.

3.2. Regulación de las oficinas de farmacia.

El acceso a la propiedad y titularidad de una oficina de farmacia está fuertemente regulado. La regulación es restrictiva y provoca fuertes desajustes entre la oferta y la demanda. Dado que la demanda es manifiestamente superior a la oferta, el acceso a la propiedad y titularidad de una oficina de farmacia, a menudo, supone realizar elevados desembolsos⁴⁵ por el traspaso que gravan fuertemente a los

⁴³ Material e instrumental médico-quirúrgico: Real Decreto 908/78 de 14 de abril y Orden de 13 de junio de 1983; material de cura y efectos y accesorios: Decreto de 29 de mayo de 1957 y Orden de 16 de octubre de 1979; preservativos de caucho: Real Decreto 1688/91 de 22 de noviembre; productos sanitarios implantables activos: Real Decreto 634/93 de 3 de mayo; productos para el cuidado de lentes de contacto: Real Decreto 1082/91 de 28 de junio.

⁴⁴ Posteriormente el Real Decreto 1426/88, de 25 de noviembre, mantiene la exclusividad de venta en las oficinas de farmacia para cinco tipos de productos: "elaborados a base de leche, productos lácteos y componentes de la leche; de reducido contenido en aminoácidos o sin ellos; destinados a niños con alteraciones metabólicas; destinados a regímenes para la fenilcetonuria; los destinados a administración por medio de sonda" y otros. El Decreto se ha visto modificado posteriormente en sucesivos Reales Decretos: Real Decreto 385/80, de 18 de enero (BOE de 4 de marzo); Real Decreto 142/82, de 18 de junio (BOE de 29 de junio); Real Decreto 3140/82, de 12 de noviembre (BOE de 24 de noviembre); Real Decreto 2353/86, de 10 de octubre (BOE de 8 de noviembre); Real Decreto 1426/88, de 25 de noviembre (BOE de 1 de diciembre). El Real Decreto 1809/91, de 13 de diciembre (BOE de 25 de diciembre) establecía que determinados productos alimenticios deberán ser objeto de una específica reglamentación técnico-sanitaria.

⁴⁵ Incluso las oficinas de farmacia que contabilizan cifras de ventas reducidas se traspasan por cantidades elevadas, lo que refleja el exceso de demanda existente como consecuencia de las limitaciones impuestas a su

nuevos titulares imponiendo, a su vez, restricciones a la competencia. En muchos casos dicho acceso supone simultáneamente la posibilidad del ejercicio profesional y la creación del propio puesto de trabajo. Por esta razón, conseguir la propiedad de una oficina de farmacia se considera un privilegio alcanzable, en general, sólo por aquéllos que puedan hacer frente a los desembolsos necesarios⁴⁶.

En consecuencia, los farmacéuticos de incorporación reciente a la titularidad de una oficina de farmacia tienen particulares dificultades para competir con otros titulares que ya han amortizado, total o parcialmente, su inversión material e inmaterial. Sin embargo, la cuestión relevante a efectos de la competencia de la magnitud de los traspasos desembolsados por el acceso a un bien artificialmente escaso reside en el hecho de que, en última instancia, tales traspasos constituyen uno de los elementos que dificultan la introducción de competencia en el sector y que, en el caso de existir competencia, dificultarán el descenso de los precios aplicados a los ciudadanos o a las Administraciones Públicas.

3.2.1. La regulación general y autonómica

La regulación de la Administración General del Estado se complementa con la correspondiente a las Comunidades Autónomas. En general, puede afirmarse que la regulación autonómica introduce elementos adicionales de severidad.

apertura y el hecho de que en el montante de los traspasos se incluye la capitalización de las rentas de monopolio de las farmacias. Por citar algunos ejemplos, en la revista Acofar (n.326, octubre de 1994) se insertó un anuncio por el que se ofrecía en traspaso (incluidos los medicamentos) una oficina de farmacia con una cifra de ventas de 13 millones de pesetas a cambio de 23 millones de pesetas (1,7 veces la cifra de ventas). En el número 154 (1995) de la revista El Farmacéutico pueden leerse dos anuncios ofreciendo una oficina de farmacia con cifras de ventas de 15 y 25 millones de pesetas a cambio de unos traspasos de 29 y 43 millones de pesetas, respectivamente (1,9 y 1,7 veces la cifra de ventas). Cuando las cifras de ventas son superiores, el montante de los traspasos alcanza cifras considerables que pueden superar los 250 millones de pesetas. A título de ejemplo, en el Diario El Correo de Andalucía del día 30 de mayo de 1994 se hacía referencia a que "hasta 280 millones de pesetas se ha llegado a pagar por el traspaso de una farmacia en el centro de Sevilla...".

El comercio de oficinas de farmacia está canalizado a través de agentes de la propiedad inmobiliaria especializados en farmacias. En un boletín de ofertas de un agente inmobiliario correspondiente al mes de abril de 1995, se ofrecen oficinas de farmacia por toda la geografía española y a todos los precios.

Las cifras de venta y las cantidades solicitadas para los traspasos (en millones de pesetas) eran respectivamente, las siguientes en las distintas ciudades: a) Barcelona: 62 y 100 millones de pesetas (1,6 veces); Castellón: 17 y 26 millones de pesetas (1,5 veces); Cáceres: 12 y 18 millones de pesetas (1,5 veces); Coruña: 32 y 70 millones (2,2 veces); Cádiz: 31 y 60 millones de pesetas (1,9 veces); Cuenca: 25 y 43 millones de pesetas (1,7 veces); Madrid: 34 y 85 y 18,5 y 41 millones de pesetas (2,5 y 2,2 veces respectivamente); Málaga: 18 y 28 millones de pesetas (1,6 veces); Santander: 17 y 22 millones de pesetas (1,3 veces); Sevilla: 135 y 270 millones de pesetas (2 veces); Zamora: 18 y 27 millones de pesetas (1,5 veces).

⁴⁶ Es ilustrativo de esta situación un anuncio aparecido en la prensa que rezaba como sigue: "Socio capitalista, busco para farmacia Madrid o alrededores" (ABC, 10 de julio de 1994).

El proceso de traspasos de competencias desde el Gobierno Central a las Comunidades Autónomas, a menudo, ha convertido el análisis de la distribución de funciones entre la Administración del Estado y las Administraciones Autonómicas en un tema complejo. Y la complejidad se refuerza en el caso de la regulación de las oficinas de farmacia. Dos cuestiones son básicas a este respecto: en primer lugar, la Administración General del Estado no debe intervenir en aquellas competencias que han sido transferidas y, en segundo lugar, las Comunidades Autónomas, en principio, no tienen competencias para intervenir en aquellas cuestiones relacionadas con la libre competencia o con la libertad de empresa.

Un ejemplo puede aclarar la cuestión. Cualquier Gobierno autonómico con competencias en la materia puede intervenir en la regulación de la distribución de la carne en aquellos aspectos relacionados con la reglamentación de los mataderos, las condiciones veterinarias o la inspección de las condiciones en que se lleva a cabo el almacenamiento o la conservación. Sin embargo, en el contexto constitucional que ampara la economía española, ningún Gobierno autonómico puede intervenir en la regulación de los precios de la carne o las distancias entre carnicerías. Y no debe olvidarse que la carne es un producto de primera necesidad cuyo almacenaje y conservación requieren condiciones estrictas por el riesgo que puede provocar en la salud de los ciudadanos. La falta de observación de las normas sanitarias y de higiene necesarias es susceptible de ocasionar graves enfermedades e, incluso, la muerte. Por esta razón, es necesaria la regulación, pero una regulación circunscrita exclusivamente a aquellos aspectos relacionados con los intereses públicos y, consecuentemente, con la prevención de la enfermedad y la defensa de la salud de los ciudadanos. Regulación que, en su caso, puede ser competencia de la Administración autonómica.

En el caso de los medicamentos el asunto de fondo es similar. Se trata de productos que, en determinadas circunstancias, tienen la característica de esenciales para la salud y cuya conservación y venta exige el cumplimiento de determinadas condiciones -entre ellas, la presencia del farmacéutico- en muchos casos menos complejas y menos costosas que las correspondientes a la carne. Pero, a diferencia de lo que ocurre en el caso de los establecimientos distribuidores de carne, la planificación general de las oficinas de farmacia con el objetivo de garantizar la adecuada asistencia farmacéutica se ha traducido en un reparto territorial de las oficinas de farmacia y en una estricta prohibición de alterar dicho reparto. Lo que en razón de la estricta racionalidad podría ser interpretado como una excepción (planificación en casos excepcionales de ausencia de oficinas de farmacia en determinadas áreas) se ha convertido en una norma que abarca todo el territorio y que restringe el ejercicio de la profesión farmacéutica. La intervención resultaría justificada en el caso de que parte de la población quedara desatendida como consecuencia de las decisiones autónomas de los titulados en farmacia. Sin embargo, no se justifica cuando hay un elevado número de titulados en farmacia que no pueden abrir una oficina debido a la regulación vigente y que permitirían cubrir sobradamente las necesidades de asistencia farmacéutica.

3.2.2. Unión de la propiedad y la titularidad

La condición de farmacéutico viene determinada por la titulación validamente obtenida en cualquiera de los países de la Unión Europea. Para ello están traspuestas las Directivas del Consejo 85/432/CEE y 85/433/CEE en el Real Decreto 1667/88, de 22 de diciembre, modificado y completado por el Real Decreto 1592/92, de 23 de diciembre y por el Real Decreto 1464/90, de 26 de octubre, que establece el plan de estudios de la Licenciatura de Farmacia.

La propiedad y titularidad de las oficinas de farmacia se apoyan en la Ley de Sanidad y en la legislación autonómica al respecto. Según el art. 103.4 de la Ley de Sanidad "sólo los farmacéuticos podrán ser propietarios y titulares de las oficinas de farmacia abiertas al público". La estricta regulación citada se refuerza por la legislación autonómica. Por ejemplo, el art. 6.1. de la Ley 11/94, de 17 de junio, de Ordenación Farmacéutica de la Comunidad Autónoma del País Vasco, reitera lo dicho en el citado art. 103.4 y añade que "cada farmacéutico solamente podrá ser propietario y titular, o copropietario y cotitular de una única oficina de farmacia." Por su parte, el art. 3 de la Ley 31/91, de 13 de diciembre, de Ordenación Farmacéutica de Cataluña, dispone que "la titularidad de la oficina de farmacia corresponde a uno o más farmacéuticos que son sus propietarios...Sólo se puede ser propietario o copropietario de una única oficina de farmacia".

3.2.3. Requisitos de apertura: distancias y número de habitantes

a) Número de oficinas de farmacia

El número de oficinas de farmacia abiertas en España en el año 1992 era de 18.217, 1.229 más que las registradas en el año 1985. La tasa de crecimiento anual acumulativo ha sido del 1 por ciento, superior a la tasa de crecimiento de la población. Por esta razón, el número de habitantes por oficina de farmacia ha pasado de 2.273 en el año 1985 a 2.174 en el año 1992. Estas cifras encubren grandes diferencias entre Comunidades Autónomas. En efecto, la cifra de habitantes por oficina de farmacia oscila entre los 1.776 habitantes de la Comunidad Autónoma de Extremadura y los 3.417 habitantes de Ceuta y Melilla.

Ciertamente el número de habitantes por oficina de farmacia en España es inferior al correspondiente a la mayoría de países de la Unión Europea (ver cuadro 1). Las excepciones son Grecia y Bélgica con 1.367 y 1.807 habitantes por oficina de farmacia. En el extremo opuesto se encuentran Dinamarca y Holanda con 15.180 y 10.224 habitantes por oficina de farmacia, respectivamente. Tales diferencias, en principio, pueden parecer sorprendentes y alejadas de cualquier racionalidad. Sin embargo, la referencia fundamental no deben ser las oficinas de farmacia sino los centros de dispensación (farmacias, centros de salud, y otros establecimientos). Cualquier otra aproximación distorsiona la

realidad. Cuando se toman en consideración los centros de dispensación, las diferencias se reducen considerablemente. Desde la perspectiva del enfermo - elemento de referencia fundamental en cualquier sistema nacional de salud-)cuál es el planteamiento óptimo? La respuesta es simple: obtener el medicamento, ya sea en el centro de salud, en las oficinas de farmacia o en otros establecimientos.

Cuadro 1.

NUMERO DE HABITANTES POR OFICINA DE FARMACIA EN LA UNIÓN EUROPEA.

PAIS	NUMERO DE OFICINAS	HABITANTES/OFICINA
Francia	22424	2524
Alemania	18112	3518
España	18031	2156
Holanda	16875	3591
Reino Unido	12096	4762
Grecia	7300	1367
Bélgica	5254	1907
Portugal	2428	4059
Holanda	1480	10224
Irlanda	1140	3090
Dinamarca	339	15180
Luxemburgo	76	4870

Fuente: Asociación Farmacéutica Europea, 1992 (Citado por ABC el 1 de junio de 1995) y datos del Ministerio de Sanidad y Consumo.

En cualquier caso, es opinión de este Tribunal que tanto el número como la localización de las oficinas de farmacia deberían responder, esencialmente y en primer lugar, a la libre decisión de los farmacéuticos, reservándose las administraciones competentes la regulación de aquellas cuestiones relacionadas exclusivamente con los intereses públicos, entre las que se incluyen el estímulo al

establecimiento cuando se considere necesario y cuando la libre iniciativa no garantice la dispensación de los medicamentos.

El análisis de la estructura y la conducta del sector pone de manifiesto que las oficinas de farmacia comparten el monopolio de la distribución de los medicamentos en territorios delimitados y compiten entre ellas a partir, casi exclusivamente, de factores distintos al precio⁴⁷.

b) La planificación farmacéutica

El art. 89 de la Ley de Sanidad establece que "se reconoce la libertad de empresa en el sector sanitario, conforme al artículo 38 de la Constitución". Por su parte, el Real Decreto 2177/1978, de 7 de septiembre, en su art. 1.2, considera establecimiento sanitario a las oficinas de farmacia. Una primera aproximación a la cuestión podría conducir a la conclusión de que el principio constitucional de la libertad de empresa debe aplicarse a las oficinas de farmacia. Sin embargo, la Ley del Medicamento, en su art. 88.a, establece que las Administraciones sanitarias con competencias en materia de ordenación farmacéutica realizarán la ordenación de las oficinas de farmacia teniendo en cuenta, entre otros, los criterios de "planificación general de las oficinas de farmacia en orden a garantizar la adecuada asistencia farmacéutica". Dicha expresión, como revelan los criterios empleados por las distintas Administraciones, incluye un cierto margen de discrecionalidad.

La cuestión nuclear de este tema reside en la compatibilidad o contradicción entre dichas normas. El asunto ya ha sido planteado ante el Tribunal Constitucional por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Valencia. Considera la citada Audiencia que la Ley de 25 de noviembre de 1944, de Bases de la Sanidad Nacional, desarrollada a nivel reglamentario por el Real Decreto 909/1978, de 14 de abril, que regula el establecimiento, transmisión o integración de las oficinas de farmacia imponiendo restricciones en función del número de habitantes y distancias entre oficinas de farmacia, limita el establecimiento de oficinas de farmacia en el territorio nacional. El planteamiento del Tribunal valenciano era diáfano: la limitación del establecimiento de oficinas de farmacia restringe el derecho al trabajo de los farmacéuticos y merma la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. En consecuencia, como resultado de dichas limitaciones, no se cumple el mandato contenido en el art. 38 de la Constitución Española.

Sin embargo, la opinión del Tribunal Constitucional no coincide con el planteamiento de la Audiencia Territorial de Valencia. Este Tribunal, en la Sentencia dictada en la cuestión de inconstitucionalidad número 80/1983, promovida por aquel órgano jurisdiccional por posible inconstitucionalidad de la

⁴⁷ Se ha constatado que, en ocasiones, las oficinas de farmacia ofrecen descuentos a sus clientes. En este caso, excepcional, también compiten en precios.

Base XVI, párrafo 91, de la citada Ley de Bases, en el Fundamento Jurídico n.º 3 afirma que "nada hay por tanto en la Constitución que excluya la posibilidad de regular y limitar el establecimiento de oficinas de farmacia, como tampoco nada que impida prohibir que se lleve a cabo fuera de estas oficinas la dispensación al público de especialidades farmacéuticas, pues el legislador puede legítimamente considerar necesaria esta prohibición o aquella regulación para servir otras finalidades que estime deseables". Tras la pertinente discusión jurídica, el Tribunal Constitucional decidió, en primer lugar, declarar que la citada Base es constitucionalmente legítima en relación con la regulación del establecimiento de oficinas de farmacia en el territorio nacional, pero es contraria a la Constitución y derogada por ella en cuanto habilita al Gobierno "para establecer libremente por vía reglamentaria esta regulación y limitación". En segundo lugar, el Tribunal Constitucional declara que "la derogación de la norma legal cuestionada no entraña por sí misma la invalidez de las normas reglamentarias dictadas hasta el presente a su amparo". En consecuencia, pese a su precariedad jurídica, el Real Decreto 909/1978, de 14 de abril, por el que se regula el establecimiento, transmisión e integración de las oficinas de farmacia, continúa en vigor.

La citada precariedad jurídica ha impulsado el diligente desarrollo legislativo por parte de algunas Comunidades Autónomas sobre la base de la planificación farmacéutica. Dicha conducta se ha traducido en la determinación del emplazamiento de las oficinas de farmacia, de acuerdo con reglas de distancias mínimas entre oficinas de farmacia y de un número mínimo de habitantes por oficina de farmacia en cada término municipal o zona de influencia. Dicho desarrollo, amparado en la existencia de zonas grises en la legislación vigente, trae a colación la naturaleza de la regulación autonómica y su relación con los principios de defensa de la competencia y de unidad de mercado que corresponden exclusivamente al Estado.

La apertura de una nueva oficina de farmacia está sujeta a la correspondiente autorización administrativa, de acuerdo con el procedimiento que establezca la Ley autonómica vigente o, subsidiariamente, de acuerdo con el procedimiento establecido por el Real Decreto 909/78. En cualquier caso, la autorización está minuciosamente reglada en beneficio de los farmacéuticos establecidos y en perjuicio de aquellos farmacéuticos que desean acceder al comercio de productos farmacéuticos⁴⁸. Las legislaciones catalana y del País Vasco, tal como hace la legislación nacional, hacen primar el concepto de planificación farmacéutica sobre el de libre iniciativa. En efecto, el art. 5 de la mencionada Ley 31/91 de la Generalidad de Cataluña establece taxativamente que "la autorización de nuevas oficinas de farmacia se sujetará a una planificación sanitaria general..." Por su parte, el art. 9.1 de la Ley 11/94 del País Vasco establece "la planificación de oficinas de farmacia en base a las necesidades de atención farmacéutica de los habitantes de una demarcación territorial determinada".

⁴⁸ Por ejemplo, el número de oficinas de farmacia en la ciudad de Madrid ha permanecido constante (1.795) entre los años 1992 y 1995, habiendo aumentado en una unidad desde el año 1.979.

c) Distancias y número de habitantes

c.1) Régimen común

El régimen común queda establecido en el artículo 31 del citado Real Decreto 909/78 y en la Orden Ministerial de 21 de noviembre de 1979, del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social, por la que se desarrolla el citado Real Decreto en lo referente al establecimiento, transmisión e integración de oficinas de farmacia. Se establece una limitación a la instalación de las oficinas de farmacia consistente en que sólo podrá haber una farmacia como máximo por cada 4.000 habitantes y además se exige una distancia mínima de 250 metros entre oficinas de farmacia. A pesar de dichas especificaciones concretas, existen excepciones a la regla general: cuando el número de oficinas de farmacia sea superior a la proporción anterior, pero la población de un municipio se haya incrementado en, al menos, 5.000 habitantes, podrá instalarse un nuevo establecimiento farmacéutico siempre que la nueva oficina se sitúe, al menos, a 250 metros de la oficina de farmacia más próxima. Si la oficina de farmacia que pretende instalarse atiende a un núcleo de población no inferior a los 2.000 habitantes, diferenciado del resto del casco urbano, se podrá autorizar una nueva apertura. En este caso, la distancia mínima deberá ser superior a los 500 metros de la oficina de farmacia más próxima. La diferenciación significa que el núcleo urbano deberá hallarse separado del resto del conjunto urbano por un accidente natural o artificial (río, barranca, canal, vía de ferrocarril, autopista y similares), o por una zona no urbanizada sin todos los servicios exigidos legalmente, según dispone la Orden Ministerial de 21 de noviembre de 1979 por la que se desarrolla el citado Real Decreto.

La Resolución de 30 de noviembre de 1978, de la Dirección General de Ordenación Farmacéutica, de acuerdo con el art. 9.2 del citado Real Decreto 909/78, delega en los Colegios Oficiales de Farmacéuticos la competencia decisoria de los expedientes de establecimiento de las oficinas de farmacia. Resulta cuando menos sorprendente que sean los propios farmacéuticos, agrupados en el Colegio Oficial, los que tengan la potestad para decidir sobre la entrada de un nuevo competidor. De hecho, los Colegios se muestran reticentes a dar autorizaciones de apertura y acostumbran a adoptar una interpretación restrictiva de las distancias y de los obstáculos naturales o artificiales que la regulación exige como separación mínima entre oficinas de farmacia.

No es habitual que el crecimiento de los núcleos urbanos incluya obstáculos que separen, diferencien o dificulten el acceso entre áreas de población. Lo normal es que el crecimiento suponga un "continuum" urbano sin obstáculos y con vías de comunicación que conecten fácilmente tales áreas. Las imprecisiones derivadas de los umbrales citados han dado lugar a una abundante litigiosidad, reflejo de la importancia de los intereses en

juego⁴⁹. Dicha importancia da lugar a la elaboración de estrategias entre los interesados. Resulta de difícil justificación, desde la perspectiva de la defensa de los intereses públicos, la posibilidad de que uno o más farmacéuticos localizados a menos de 250 metros de una oficina de farmacia que, por cualquier motivo, se pretende traspasar, tengan un derecho de adquisición preferente en el caso de que decidan proceder a la "amortización" (cierre) de la misma. Esta situación provoca la contraposición de intereses de las distintas partes implicadas. De una parte, aparecen los intereses contradictorios entre el farmacéutico establecido y el farmacéutico que desea abrir una nueva oficina de farmacia. De otra parte, la conducta dirigida a limitar el número de oficinas de farmacia en beneficio de los farmacéuticos establecidos no coincide con los deseos de la población que quiere más farmacias y que los farmacéuticos establecidos sean los mejores y los más eficientes. Ante dichos intereses antagónicos la Administración debe actuar con criterios sanitarios y de eficiencia tomando como referencia la defensa de los intereses públicos. Y no cabe duda acerca de que dicha defensa resulta dificultada por la legislación actual.

Dicha legislación implica el control de la distribución y venta de medicamentos, fundamentalmente, en beneficio de los farmacéuticos establecidos. Al limitarse el número de nuevos establecimientos se abre el camino de acceso a la propiedad de una oficina de farmacia mediante su compra. De esta forma, se consolida el mercado de un bien escaso que se caracteriza por la elevada cuantía económica a que ascienden los traspasos de propiedad. Tal cuantía resulta protegida por los criterios de distancias y población que aseguran a los propietarios de una oficina de farmacia unos ingresos mínimos. De la rentabilidad positiva de las oficinas de farmacia da cuenta el hecho de ser prácticamente nulos los cierres voluntarios por suspensión de pagos o quiebra. Hecho que no se registra en otras actividades mercantiles.

Este hecho provoca que la litigiosidad tenga un alcance general y constituya la norma en el complejo proceso que deben seguir los farmacéuticos para poder acceder a la propiedad de una oficina de farmacia. En relación con esta cuestión, la información recogida por este Tribunal permite diseñar el siguiente escenario:

- a) Un farmacéutico F, que reúne todas las condiciones para ser titular de una oficina de farmacia, presenta la correspondiente instancia de solicitud de apertura para un núcleo territorial ante el Colegio Oficial de Farmacéuticos competente. Para ello se ampara en el artículo 3.1.b. del citado Real Decreto 908/78, referido a la

⁴⁹ Este Tribunal también ha sido destinatario de algunas denuncias relacionadas con el proceso de asignación de oficinas de farmacia.

instalación de una oficina de farmacia en un núcleo de población de "al menos, dos mil habitantes".

b) El Colegio, tras el trámite del oportuno expediente, puede autorizar la solicitud. Sin embargo, lo más frecuente es que la deniegue. Esta actitud restrictiva de los Colegios ante las solicitudes de nuevas aperturas efectuadas por farmacéuticos no establecidos contrasta con su actitud general ante las solicitudes de traslado o traspaso realizadas por farmacéuticos propietarios de una oficina de farmacia.

La regla general es que la citada solicitud vaya acompañada de la correspondiente oposición de uno o varios farmacéuticos propietarios de una oficina de farmacia.

c) Ante la citada denegación, el solicitante defiende sus intereses e interpone el correspondiente recurso ante la Consejería competente de la Comunidad Autónoma. La Resolución de 30 de noviembre de 1978, de la Dirección General de Ordenación Farmacéutica, de acuerdo con el artículo 9,2 del Real Decreto 909/78, delega en los Colegios Oficiales de Farmacéuticos la competencia decisiva de los expedientes de las oficinas de farmacia. En el recurso se solicita la revocación de la resolución del Colegio. La Consejería puede estimar o desestimar el recurso.

d) Si la Consejería estima el recurso y autoriza la apertura de la oficina de farmacia solicitada, los oponentes interponen el oportuno recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma contra el acuerdo de la citada Consejería y contra la solicitud de la oficina de farmacia y solicitan, además, la suspensión de la ejecución del acuerdo.

e) Paralelamente, el Colegio -en coherencia con su decisión- inicia el oportuno expediente de autorización del local en el que el farmacéutico F pretende llevar a cabo su actividad. La regla general revela la correspondiente autorización del establecimiento de la oficina de farmacia en los locales examinados. Sin embargo, también constituye una norma general que los oponentes interpongan un recurso ante la Consejería contra la resolución del Colegio. Generalmente el recurso es desestimado.

f) Si el Colegio comunica la resolución firme al solicitante F, adjudicándole la nueva licencia de apertura de una oficina de farmacia, le concede un plazo de 6 meses, ampliables en otros tres meses, para que proceda a la correspondiente apertura del establecimiento. En caso contrario, la autorización caduca. Al

farmacéutico no le cabe otra opción que abrir su establecimiento al público.

g) Al amparo del citado Real Decreto 909/78, de la correspondiente legislación autónoma y del oportuno acto administrativo de la inspección provincial, el adjudicatario de la solicitud procede a la apertura de la nueva oficina de farmacia. El acta del inspector provincial agota la vía administrativa. Los clientes pueden acudir a la farmacia en demanda de medicamentos y de otros productos.

h) Supóngase que, tras la apertura al público de la oficina de farmacia, el Tribunal Superior de Justicia dicta la correspondiente sentencia en relación con el recurso contencioso-administrativo planteado. Si la resolución es desfavorable al adjudicatario, éste debe proceder al cierre de su establecimiento. En este caso, el adjudicatario interpondrá un recurso de casación ante el Tribunal Supremo para defender la continuidad de su oficina de farmacia ya abierta a sus clientes. Si por el contrario la resolución es favorable al adjudicatario, los oponentes son los que presentan el oportuno recurso de casación ante el citado Tribunal.

i) Si la sentencia del Tribunal Superior de Justicia es favorable a los oponentes, éstos solicitan la ejecución provisional -el cierre de la nueva oficina de farmacia- de la citada sentencia. En este caso, el adjudicatario de la oficina de farmacia interpondrá el correspondiente recurso de súplica ante el citado Tribunal, en defensa de lo que considera que son sus legítimos intereses.

j) Si el Tribunal Superior de Justicia desestima el recurso de súplica concede a los oponentes un plazo de tres días para que presenten la correspondiente fianza con el fin de que se lleve a cabo la ejecución provisional de la sentencia.

k) Tras la prestación de la fianza, el Tribunal Superior de Justicia dicta la ejecución provisional de la sentencia. Para ello se dirige a la correspondiente Consejería de la Comunidad Autónoma ordenando la ejecución material de la sentencia; en este caso, el cierre de la oficina de farmacia que estaba abierta al público. Nótese que la oficina de farmacia debe estar abierta al público, dado que, en caso contrario habrá caducado la oportuna autorización.

l) Esta fase del proceso termina con la clausura provisional de la oficina de farmacia. La oficina de farmacia permanecerá cerrada hasta que se dicte sentencia por el Tribunal Supremo. La decisión de dicho Tribunal exige un dilatado período de tiempo. Si la sentencia de dicho Tribunal es favorable al adjudicatario, éste puede reabrir su establecimiento y recibir la correspondiente indemnización. Si, por el

contrario, la sentencia es desfavorable al adjudicatario, la oficina de farmacia, que en su día fue abierta y posteriormente cerrada, no volverá a reabrirse, el titular deberá hacer frente a las costas del proceso y los ciudadanos no tendrán acceso a una nueva oficina de farmacia.

La complejidad del proceso sólo se explica por la existencia de una legislación inadecuada y proteccionista de los intereses de los farmacéuticos establecidos, que perjudica a los nuevos farmacéuticos que pretenden acceder a la titularidad de una oficina de farmacia, y por la posibilidad que los farmacéuticos propietarios de una oficina de farmacia tienen de restringir la competencia, retrasando o impidiendo la entrada en el mercado de nuevos competidores. Los gastos derivados del proceso resultan ampliamente compensados por los ingresos derivados de la eliminación, temporal o definitiva, de un competidor, y por el mantenimiento del valor de transmisión de la oficina de farmacia establecida. No cabe ninguna duda de que si éste fuera el procedimiento general aplicado a la apertura de cualquier establecimiento agrícola, industrial o dedicado a la prestación de servicios, la economía española resultaría bloqueada y su crecimiento impedido en beneficio de un número reducido de operadores ilegítimamente privilegiados.

c.2) La legislación de la Comunidad Autónoma de Cataluña

La Ley de 31/1991, de 13 de diciembre de 1991, de Ordenación Farmacéutica de Cataluña, tiene como objetivo fundamental "alcanzar un uso racional del medicamento". Con dicha finalidad la ley pretende "conjugar la imprescindible intervención de la Administración en un tema tan importante y, a su vez, tan delicado como es el uso del medicamento, con el reconocimiento del papel fundamental que representa en este campo el profesional farmacéutico". Sin embargo, frente a tales propósitos se incorpora una reglamentación restrictiva que dualiza a los profesionales farmacéuticos, impidiendo a un elevado número de ellos la posibilidad de abrir su propio establecimiento de venta de medicamentos. Y ello amparándose en los denominados criterios de "planificación sanitaria general".

La ley distingue entre áreas básicas urbanas, áreas básicas de montaña y áreas básicas rurales y semiurbanas. En primer lugar, las áreas básicas urbanas son aquellas cuya delimitación territorial está comprendida en un solo término municipal, o las áreas en las que el 90 por ciento de su población reside en un mismo término municipal. En segundo lugar, las áreas básicas de montaña son las comprendidas totalmente en las comarcas de montaña o en las zonas calificadas legalmente como de

montaña⁵⁰. Por último, las áreas básicas rurales y semiurbanas comprenden el resto del territorio.

En las áreas básicas urbanas, el número máximo de oficinas de farmacia será una por cada 4.000 habitantes; en las áreas de montaña una por cada 1.500 habitantes y en las rurales y semiurbanas una por cada 2.500 habitantes. En cualquier caso, el emplazamiento de la nueva oficina de farmacia guardará una distancia de 250 metros desde la oficina de farmacia más próxima, sea o no sea de la misma área básica de salud.

Además, las oficinas de farmacia no pueden establecerse a menos de 225 metros de un centro de atención primaria que sea cabecera de área básica. En el supuesto de que la oficina de farmacia se establezca en un municipio que no disponga de oficinas de farmacia, la distancia a guardar respecto del centro de atención primaria será de 125 metros.

Para el cálculo del número de habitantes, la Ley catalana es la única que tiene en cuenta la diferencia entre población de hecho y derecho, que es notable en los "pueblos de veraneo".

c.3) La legislación de la Comunidad Autónoma Vasca.

La Ley 11/1994, de 17 de junio, de Ordenación Farmacéutica de la Comunidad Autónoma Vasca establece, en su Exposición de Motivos, que su objetivo fundamental "no es otro que garantizar a todos los ciudadanos una adecuada y homogénea atención farmacéutica". La Ley presta una atención especial al número de habitantes por oficina de farmacia tomando como referencia las proporciones existentes en otros países y considerando "que el examen de la realidad actual revela que en determinadas zonas existe un exceso de oficinas de farmacia". Cuando ello sucede la Ley habilita a la Administración "para desarrollar reglamentariamente medidas que faciliten la adecuación del número de oficinas de farmacia, sin que con ello sufra menoscabo alguno la adecuada atención farmacéutica".

Con tales principios como marco de referencia, la legislación vasca en materia de oficinas de farmacia ha reforzado el intervencionismo administrativo restrictivo en relación con la legislación general. Y todo en beneficio de un número reducido de farmacéuticos privilegiados y en detrimento de la población y de los farmacéuticos que, por cualquier razón, no consiguen reunir los requisitos exigidos para abrir su establecimiento. Y aunque en el texto legal se catalogue a la atención farmacéutica como un "recurso de interés público", en su desarrollo se minusvaloran las cuestiones relacionadas con dicho interés -la atención a la salud-, con

⁵⁰Ley 2/1983, de 9 de marzo, de Alta Montaña.

respecto a otras que no lo están -la defensa de los intereses de unos pocos frente al daño creado a la mayoría.

En la Ley vasca se definen zonas farmacéuticas integradas por una o varias áreas de salud y se distinguen tres casos según que las zonas: a) formen parte de un municipio, b) coincidan con un municipio, o c) integren a más de municipio. En el primer caso la proporción a guardar será de 3.200 habitantes empadronados en la zona farmacéutica por oficina de farmacia, de 2.800 en el segundo y de 2.500 en el tercero.

En general, la distancia mínima entre oficinas de farmacia ha de ser de 250 metros. Esta distancia puede, excepcionalmente, rebajarse hasta 150 metros en zonas farmacéuticas de densidad mayor a 4.000 hab/km². La Ley vasca prohíbe explícitamente la instalación de oficinas de farmacia en municipios de menos de 800 habitantes, aunque excepcionalmente se contempla su apertura.

3.2.4. Precios y descuentos

a) Composición relativa del precio de los medicamentos

La estructura del precio de los medicamentos se refleja en los cuadros 2 y 3. El cuadro 2 se desarrolla a partir de la consideración del precio de venta del producto a la salida del laboratorio y refleja tanto los valores absolutos como los márgenes comerciales. Dichos márgenes pueden calcularse sobre el precio de venta (método seguido generalmente por los farmacéuticos) o sobre el coste de adquisición del producto (método habitual en todo cálculo de márgenes). En este último caso, el margen refleja el porcentaje en que se incrementa el coste de adquisición del bien. Dado que el coste de adquisición es menor que el precio de venta, los márgenes sobre el coste son superiores.

Cuadro 2.

**ESTRUCTURA DEL PRECIO DE LOS MEDICAMENTOS. PRECIO DE VENTA DEL
LABORATORIO = 100**

CONCEPTO	IMPORTE PTA	MARGEN SOBRE EL PRECIO DE VENTA (%)	MARGEN SOBRE EL COSTE (%)
PRECIO DE VENTA DEL LABORATORIO	100,0		
+ Margen comercial del mayorista (12% s/113,6)	13,6	12,0	13,6
= PRECIO ALMACEN	113,6		
+ Margen de las oficinas de farmacia (29,9% s/162,1)	48,5	29,9	42,7
= PRECIO VENTA SIN IMPUESTOS	162,1		
+ IVA (4% s/162,1)	6,5	4,0	
= PRECIO DE VENTA AL PUBLICO CON IMPUESTOS	168,6		

El cuadro 3 refleja el proceso de formación del precio final del medicamento según una estructura porcentual. En este caso también se contemplan dos posibilidades y se introduce la consideración de los impuestos. El precio de venta al público (IVA incluido) resulta de la agregación de sucesivos conceptos al precio de venta del laboratorio.

Cuadro 3.

ESTRUCTURA DEL PRECIO DE LOS MEDICAMENTOS. PRECIO DE VENTA AL PÚBLICO CON IVA = 100

CONCEPTO	IMPORTE PTAS.	MARGEN SOBRE EL PRECIO DE VENTA (%)		MARGEN SOBRE EL COSTE (%)
		SIN IMPUESTOS	CON IMPUESTOS	
PRECIO DE VENTA DEL LABORATORIO	59,32			
+ Margen comercial del mayorista	8,09	12,00	11,48	13,64
= PRECIO ALMACEN	67,40			
+ IVA 4,5% s/precio almacén	3,03			
= PRECIO ALMACEN + IVA	70,44			
+ Margen de las oficinas de farmacia ⁽³⁾	28,75 ⁽¹⁾	29,90	29,56 ⁽²⁾	42,65
= PRECIO DE VENTA SIN IMPUESTOS	96,15			
+ IVA 4% s/precio de venta	3,84			
= PRECIO DE VENTA AL PUBLICO CON IMPUESTOS	100,00			

Notas:

(1) Margen oficina de farmacia sin impuestos: Margen oficina de farmacia = precio de venta al público -precio almacén.

(2) Margen oficina de farmacia con impuestos: Margen oficina de farmacia con IVA = precio venta al público con IVA - Precio de almacén con IVA.

(3) Las oficinas de farmacia están incluidas en el Régimen Especial del Recargo de Equivalencia. La diferencia entre (1) y (2) se explica por la diferencia entre el IVA pagado y el IVA percibido.

El análisis de la estructura del precio de los medicamentos muestra la relevancia de los costes de intermediación comercial en el proceso de distribución de medicamentos. En efecto, una especialidad farmacéutica que tiene un coste a la salida del laboratorio de 100 pesetas, ve incrementado su precio con 13,6 pesetas por el mayorista, 48,5 pesetas por la oficina de farmacia y 6,5 pesetas por el IVA. En otras palabras, el coste de la distribución supone el 62 por ciento del coste de la producción del medicamento. Calculados los porcentajes correspondientes, ello significa que las 48,5 pesetas que añade el farmacéutico al coste del producto a la salida del almacén mayorista suponen un margen comercial bruto (beneficio bruto sobre el coste) del 42,7 por ciento. Este margen es claramente superior al que obtienen los comerciantes que ofrecen productos

similares, y se sitúa en la banda superior en relación con los márgenes aplicados en los países de nuestro entorno⁵¹. Precisamente la amplitud de dicho margen es uno de los factores que permiten la introducción de competencia en el proceso de distribución de medicamentos, ya que deja espacio para el estrechamiento de márgenes que se producirá con la entrada de nuevos competidores y que ha de beneficiar, fundamentalmente, al consumidor.

Sin embargo, el margen comercial bruto real tiende a ser superior, dado que las oficinas de farmacia expenden tanto especialidades farmacéuticas como productos cosméticos, dietéticos y otros productos cuya comercialización se beneficia de márgenes claramente superiores y, en ocasiones, retribuidos en especie. Del examen de los catálogos ofrecidos por las cooperativas de distribución de productos farmacéuticos se deduce que en ocasiones los márgenes brutos sobre el coste superan el 220 por ciento y las bonificaciones en especie pueden llegar al 10+10⁵² e, incluso, superar dicha proporción⁵³.

b) Precios fijos

La Directiva del Consejo 89/105/CEE de 21 de diciembre de 1988 establece reglas acerca de la transparencia de los sistemas de control de los precios de los medicamentos. En España, la mayoría de las especialidades farmacéuticas están sometidas a control de precios, de acuerdo con la regla general establecida por la Ley del Medicamento en los apartados 1, 2 y 3 de su art. 100⁵⁴.

En el apartado 1 se establece que el Gobierno, mediante Real Decreto, a propuesta de los Ministerios de Economía y Hacienda, Industria y Energía y de Sanidad y Consumo y previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, establecerá, en primer lugar, el régimen general de fijación de los precios industriales de las especialidades farmacéuticas, que responderán a criterios objetivos y comprobables. Asimismo, en segundo lugar, el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Sanidad y Consumo, y previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, establecerá, con carácter nacional, el régimen de los precios de los servicios correspondientes a la distribución y dispensación de las especialidades farmacéuticas, con carácter general o por grupos o sectores, teniendo en cuenta los costos de los correspondientes servicios, prestaciones y gestiones.

⁵¹ Vid., p.e, el artículo de J. Casares y A. Rebollo, "La distribución comercial". Economistas n1 47 (extraordinario), diciembre 1990-enero 1991. Los autores señalan que el margen bruto comercial en droguerías, en el año 1989 era del 22%, el de la alimentación en general del 16%, el de la carne el 18%, entre otros.

⁵² Ello supone la adquisición por la oficina de farmacia de veinte unidades por el precio de diez unidades, manteniéndose, además, los márgenes habituales correspondientes. Por otra parte, es frecuente la realización de descuentos por pronto pago.

⁵³ En algunos casos se combinan las bonificaciones con regalos promocionales o con préstamos sin interés.

⁵⁴ La Orden Ministerial de 26 de febrero de 1993, que deroga la de 23 de diciembre de 1987, hace pública la relación actualizada de bienes y servicios sujeta a la normativa de control de precios, explicitando, en su anexo 1, las "Especialidades farmacéuticas, excepto las publicitarias".

En el apartado 2 se establece que el Ministerio de Sanidad y Consumo fijará el precio industrial máximo con carácter nacional para cada especialidad farmacéutica al autorizarla e inscribirla en el Registro.

El apartado 3 prevé, en primer lugar, que el Ministerio de Sanidad y Consumo establecerá el precio de venta al público de las especialidades farmacéuticas mediante la agregación del precio industrial y de los conceptos correspondientes a la comercialización; y, en segundo lugar, que el precio de venta al público será consignado en los ejemplares de las mismas. El precio industrial se fija sumando el porcentaje correspondiente al beneficio industrial al precio de coste de fabricación de la especialidad. Por su parte, según el Real Decreto 271/90, de 23 de febrero, sobre la reorganización de la intervención de precios de las especialidades farmacéuticas de uso humano, el precio de coste se calcula a partir de la consideración del "coste completo", que incluye los gastos de investigación y desarrollo. El montante obtenido refleja lo que ha supuesto para el fabricante de un medicamento su fabricación e incluye también los gastos comerciales y de administración. El beneficio empresarial se fija según un porcentaje, determinado de acuerdo con un informe técnico sobre la situación económico-financiera de la empresa. El citado porcentaje debe estar comprendido dentro de una banda establecida normalmente por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos. Pese a ello, se toma como elemento de referencia la situación económica de la industria farmacéutica y las previsiones coyunturales de la economía.

Las revisiones de precios también están sujetas a la aprobación del Gobierno, según establece el artículo 104 de la citada Ley del Medicamento⁵⁵. El Ministerio de Sanidad y Consumo podrá revisar individualizadamente los precios de los medicamentos de oficio o a instancia de parte. También podrá el Ministerio proceder a revisiones coyunturales de los precios.

Este régimen general de control de precios está previsto también en el art. 2 del citado Real Decreto 271/90. En dicho artículo se precisa que "los precios autorizados tendrán la consideración de máximos". No obstante, se exige que "en el caso de efectuarse la comercialización de una especialidad a un precio menor del autorizado, la empresa deberá solicitarlo al Ministerio de Sanidad y Consumo, especificando el nuevo precio de salida del laboratorio y el de venta al público que le corresponda". Esto induce a calificar el precio como un precio máximo ajustable, ya que cualquier modificación -incluso rebaja- está sometida a autorización administrativa.

Sin embargo, el apartado 4 del artículo 100 de la Ley del Medicamento permite la excepción a la regla general de control de los precios en determinadas

⁵⁵ La disposición adicional decimonovena de la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de reforma del régimen jurídico de la función pública y de la protección por desempleo, reserva al Gobierno, previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, la fijación de los precios de las especialidades farmacéuticas y la revisión de los precios correspondientes a la distribución y dispensación de los medicamentos.

especialidades farmacéuticas: los precios industriales de las especialidades farmacéuticas serán libres en aquellos productos concretos, clases de productos o grupos terapéuticos que determine el Gobierno por existir competencia o concurrir otros intereses sociales y sanitarios que así lo aconsejen, sin perjuicio de la intervención administrativa que se considere necesaria.

"De facto", ya que no "de iure", este grupo de especialidades farmacéuticas vienen a ser las que ya estaban reguladas por el Real Decreto 2730/81⁵⁶ como especialidades farmacéuticas publicitarias confirmadas como tal categoría por la Ley del Medicamento en su artículo 31.5.

Sorprende que este grupo de medicamentos no sometidos a control de precios deban, no obstante, en virtud del artículo 19.3 de la Ley del Medicamento, llevar impreso el precio en el embalaje. Efectivamente dicho apartado prescribe: "En el embalaje y envase figurarán los datos de la especialidad, del titular de la autorización y del fabricante, en su caso, vía de administración, cantidad contenida, precio, número de lote de fabricación, fecha de caducidad...". Se da la paradoja de que existe la obligación legal de fijación del precio de venta al público en supuestos en que el precio no está sometido a ningún tipo de control administrativo. Dicha conducta de fijación en origen de los precios al detalle contribuye a confundir a los consumidores que tienden a identificar el precio marcado en el envase con el precio controlado, facilitando a las oficinas de farmacia la obtención de una renta de naturaleza monopolística en la dispensación de especialidades farmacéuticas publicitarias.

Los precios de venta al público de los medicamentos pueden verse modificados por la posibilidad de efectuar descuentos que la legislación ofrece a los farmacéuticos.

c) Descuentos

La Orden Ministerial de 26 de julio de 1988 fija los márgenes comerciales de las especialidades farmacéuticas en el 29,9 por ciento del precio de venta al público antes de impuestos. Dichos márgenes constituyen uno de los elementos de referencia en la fijación del precio final de los medicamentos. Sin embargo, el análisis de la legislación vigente no ofrece apoyo alguno a la prohibición de descuentos por parte de las oficinas de farmacia. Por el contrario, el art. 18.4 del Decreto 2695/77, del Ministerio de Comercio y Turismo, establece que "los márgenes comerciales tendrán siempre el carácter de máximos". En consecuencia, pueden ser inferiores al 29,9 por ciento citado. Y entre los productos afectados por el Decreto se citan expresamente las especialidades farmacéuticas.

⁵⁶ Real Decreto 2730/81 de 19 de octubre, sobre registro de especialidades farmacéuticas publicitarias y Ordenes de 17/09/82, 16/07/86, 23/10/87, 10/10/89, 28/04/92 y 17/01/94, que contienen las listas de los principios activos que pueden contener dichas especialidades farmacéuticas.

Ciertamente, la Ley del Medicamento prohíbe "las primas, obsequios, rebajas, premios, concursos o similares como métodos vinculados a la promoción o venta al público de los productos regulados en esta Ley" (art. 31.10) y considera como infracción muy grave -susceptible de sanción entre 2.500.001 a 100.000.000 de pesetas, "pudiendo rebasar dicha cantidad hasta alcanzar el quíntuplo del valor de los productos o servicios objeto de infracción"- "el ofrecimiento de prima, obsequios, premios, concursos o similares como métodos vinculados a la promoción o venta al público de los productos regulados en esta Ley" (art. 108.2 - apartado c.8)⁵⁷. Sin embargo -y esta es la cuestión de fondo, especialmente cuando se trata de una norma sancionadora que debe ser interpretada restrictivamente-, entre las figuras mencionadas no consta la prohibición de efectuar descuentos ni se sanciona a quienes los realizan. Dicha interpretación se apoya en el hecho de que los descuentos constituyen una figura distinta del resto de figuras perfectamente explicitadas en los citados artículos. No pueden, pues, alegarse dichos artículos como argumento para prohibir la realización de descuentos.

Sin embargo, el análisis de la conducta de los farmacéuticos, pese a las excepciones, revela una resistencia generalizada a la aplicación de descuentos. Dicha resistencia no encuentra su apoyo en la Ley del Medicamento, sino en los Reglamentos de los Colegios de Farmacéuticos en los que expresamente se prohíben los descuentos. En estos casos, la conducta de los Colegios va más allá de lo contemplado en la Ley del Medicamento, supone la adopción de medidas para las que no dispone del correspondiente título habilitante y se traduce en una fuerte restricción a la competencia intracolegial, en beneficio propio y en perjuicio de los consumidores.

3.2.4. Horarios

La regulación de los horarios de servicio público de las oficinas de farmacia, los turnos de guardia, los servicios de urgencia y los turnos de vacaciones corresponde, de acuerdo con lo dispuesto en la Orden Ministerial de 17 de enero de 1980, sobre funciones y servicios de las oficinas de farmacia, dictada en desarrollo del Real Decreto 909/1978 de 14 de abril, al Consejo General de los Colegios Oficiales de Farmacéuticos, quien puede delegar dicha facultad en los respectivos Colegios Oficiales de Farmacéuticos⁵⁸. Dicha regulación supone una restricción -aunque no la más relevante- de la competencia y limita la libertad del farmacéutico para ordenar libremente su actividad⁵⁹. Son conocidas las

⁵⁷ A pesar de que la promoción de productos contemplados en la Ley del Medicamento mediante las prácticas citadas está prohibida, dicha conducta no es infrecuente en los escalones anteriores a la distribución minorista.

⁵⁸ En algunas ocasiones, excepcionales, los farmacéuticos se han negado a cumplir con los turnos de guardia establecidos por el correspondiente Colegio Provincial.

⁵⁹ El Real Decreto Ley 22/1993, de 29 de diciembre, que establece las bases para la regulación de los horarios comerciales excluye a las oficinas de farmacia del régimen general del comercio. En su artículo 3.3. determina que "las oficinas de farmacia se regirán por su normativa específica".

dificultades de los ciudadanos cuando quieren acceder al uso de un medicamento en horarios excepcionales.

El problema de fondo reside en los propios fundamentos jurídicos de la regulación. En efecto, según la Sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia del 23 de mayo de 1988, impedir la apertura de las oficinas de farmacia los sábados por la mañana es un acto que va en contra del principio de libertad de empresa y, más en concreto, de la libertad de horario para los locales comerciales, que es una manifestación de aquel principio en el marco de una economía de mercado, y que supone que es de libre fijación por cada empresario no sólo el horario de apertura y cierre de los establecimientos comerciales, sino también los días y número de horas semanales de los mismos.

El actual sistema de turnos de guardia se aleja de cualquier criterio de racionalidad empresarial. Sin embargo, en este caso el problema es más complejo por cuanto se trata de combinar la libertad de horarios con el necesario servicio de venta de medicamentos. En opinión de este Tribunal debe primar la libertad empresarial ante cualquier intento de regulación mercantil. Dicha regulación debe tener un carácter subsidiario. En consecuencia, sólo cuando el ejercicio de la libertad mercantil no permita cubrir los objetivos sociales deberá aplicarse subsidiariamente la regulación que establece los turnos de guardia y los servicios de urgencia. En ese caso sería necesario regular los horarios mínimos de apertura dando libertad al farmacéutico para que amplíe dichos horarios, pero no regular los horarios de cierre.

4. La demanda y el mercado

El análisis de la demanda de especialidades farmacéuticas se realiza mediante la consideración de las ventas de las oficinas de farmacia. En el cuadro 4 se refleja la estructura de las ventas de especialidades farmacéuticas en las oficinas de farmacia. No se incluyen, por tanto, las ventas de efectos, accesorios y fórmulas y varios.

Cuadro 4.

VENTAS DE ESPECIALIDADES FARMACÉUTICAS A TRAVÉS DE OFICINAS DE FARMACIA⁽¹⁾. 1993-1994 (millones de pesetas)

	1993	1994
MEDICAMENTOS	860.665	892.193
a) Con receta	810.424	841.737
a.1) financiados	622.054	658.617
a.2) otros ⁽²⁾	188.370	183.120
b) Sin receta (OTC) ⁽³⁾	50.241	50.456
NO MEDICAMENTOS ⁽⁴⁾	76.950	976

Fuente: IMS y FAR-90

(1) IVA incluido

(2) Especialidades farmacéuticas no publicitarias excluidas de la financiación por el Real Decreto 83/1993, de 22 de enero y especialidades cuya prescripción no se realice con cargo a la Seguridad Social.

(3) Especialidades farmacéuticas publicitarias y no publicitarias que no precisan receta para su dispensación

(4) Dichos productos fueron en 1993 los incluidos en los siguientes grupos: V4B (análisis de orina), V4C (otros agentes diagnósticos), V6 (alimentos generales) y V7 (otros productos no terapéuticos). En 1994 se consideran los productos incluidos en los siguientes grupos: T2 (test de diagnóstico) y V (varios).

Los datos del cuadro 4 revelan la importancia de la magnitud de las ventas de especialidades farmacéuticas a través de las oficinas de farmacia. Es justamente dicha magnitud, y el papel del sector público como financiador de una parte relevante del gasto farmacéutico, uno de los elementos -y no el más importante- que justifica el análisis del comportamiento del mercado final de especialidades farmacéuticas.

El importe de la prestación farmacéutica de la Seguridad Social ha supuesto en el año 1994 la cifra de 714.020 millones de pesetas, un 6 por ciento más que en el año precedente. Dicha tasa de crecimiento, aun siendo elevada, debe considerarse moderada en relación con los ejercicios anteriores. En efecto, entre

los años 1986 y 1993 las tasas de crecimiento nominal del consumo público de especialidades farmacéuticas han oscilado entre el 14,9 por ciento correspondiente al año 1990 y el 20,1 por ciento correspondiente al año 1992. Tales porcentajes -en cualquier caso superiores a la tasa de crecimiento del índice de precios al consumo- constituyen, a su vez, un indicador de la evolución de los ingresos globales de las oficinas de farmacia.

La Seguridad Social, desde su posición de principal comprador de medicamentos, mantiene con las oficinas de farmacia un régimen de concertación para la dispensación de medicamentos a los usuarios del Sistema Nacional de Salud. Este régimen de concertación se reguló en la Ley General de la Seguridad Social y es un mecanismo cuyo funcionamiento data del año 1948. Los Concierdos se han venido firmando por períodos próximos a los 5 años y en los mismos se regulan las condiciones de prestación del servicio por las oficinas de farmacia privadas, procedimiento de dispensación, contenido de la dispensación a través de oficinas de farmacia (especialidades farmacéuticas, fórmulas magistrales y efectos y accesorios), procedimientos de facturación, condiciones económicas y régimen de pagos.

Es de destacar que, en los sucesivos Concierdos firmados hasta el año 1977, las oficinas de farmacia han otorgado descuentos a la Seguridad Social cuya cuantía ha sido diferente en función de las circunstancias políticas y de la coyuntura económica. Entre 1977 y 1994, las oficinas de farmacia no han abonado ningún descuento a la Seguridad Social, pagando esta última la prestación farmacéutica en las mismas condiciones económicas que los particulares.

El último Concierto vigente es el que se ha suscrito a lo largo de 1994 y el primer semestre de 1995 entre las diferentes Comunidades Autónomas con competencias transferidas en la gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social y el Insalud con la Corporación Farmacéutica, con la excepción de la Comunidad Valenciana, donde todavía no se ha alcanzado ningún acuerdo.

Como consecuencia de estos Concierdos las oficinas de farmacia, con carácter general y con la excepción ya comentada de la Comunidad Valenciana, están efectuando un descuento mensual próximo al 2 por ciento de su facturación⁶⁰.

Finalmente, hay que comentar la reforma que introduce en la regulación de la concertación la Ley del Medicamento, que en su artículo 97.2, al regular la colaboración entre farmacias y el Sistema Nacional de Salud, dispone que "las oficinas de farmacia podrán ser objeto de concertación en el Sistema Nacional de Salud, de acuerdo con el Sistema General de Contratación Administrativa y conforme a los criterios generales a que se refiere el artículo 93.3. El Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud podrá acordar las condiciones generales de planificación, coordinación, contratación, adquisición y suministros

⁶⁰ Dicha cantidad varía según sea el ámbito territorial del Insalud o de los Servicios de Salud transferidos, ya que está vinculada a la fecha de pago y a algunas otras condiciones del propio Concierto. Por ejemplo, en el caso de Andalucía se realizó un descuento del 10 por ciento en absorbentes para incontinencia.

de medicamentos en el Sistema Nacional de Salud". Es decir, la concertación pasa de tener carácter imperativo (artículo 107 de la Ley General de la Seguridad Social) a ser facultativa (artículo 97.2 de la Ley del Medicamento).

La demanda se distribuye asimétricamente entre las oficinas de farmacia. En consecuencia, la facturación entre las oficinas de farmacia se distribuye de forma desigual. De los datos del cuadro 5 se desprende que la facturación media de las oficinas de farmacia con menores ingresos procedentes del Insalud ascendió a 9,8 millones de pesetas, en tanto que la facturación media de las oficinas de farmacia con mayores ingresos fue de 193,2 millones de pesetas, casi 20 veces superior a la facturación media de las oficinas de farmacia peor localizadas o administradas. Las cifras correspondientes a las ventas totales son superiores y las diferencias pueden ser mayores dado que las oficinas de farmacia, además de las especialidades farmacéuticas facturadas al Insalud, venden especialidades farmacéuticas y otros productos directamente a sus clientes.

Cuadro 5.

FACTURACIÓN FARMACÉUTICA A TRAVÉS DEL INSALUD. 1993. (Millones de pesetas).

MPTA	OF (%)	Facturación media
Hasta 15	17,1	9,8
15-30	31,6	22,3
30-60	37,2	42,3
60-90	10,3	71,6
90-120	2,6	101,9
120-150	0,7	132,0
Más de 150	0,5	193,2

Fuente: Elaboración propia a partir de la información del Ministerio de Sanidad y Consumo.

En síntesis, la consideración conjunta de todos los elementos que configuran el mercado permite afirmar que el sector de las oficinas de farmacia constituye un caso de competencia monopolística con regulación en el contexto de un mercado fuertemente intervenido caracterizado, esencialmente, por: a) los elevados costes de distribución; b) la existencia de rentas monopolísticas y c) una demanda cuyo principal exponente es la Seguridad Social, lo que le confiere un marcado carácter monopolístico dado que coexisten un gran comprador, con un elevado poder de negociación, y una constelación de pequeños compradores que, en las actuales circunstancias, disponen de un reducido poder de negociación con los propietarios de oficinas de farmacia. En este tipo de mercado el proceso de determinación de las condiciones de distribución, por regla general, tiene lugar a través de un complejo proceso de negociación entre oferentes (competidores monopolísticos organizados a través del Consejo de Colegios de Farmacéuticos que actúa, de hecho, como un monopolio) y demandantes (administración sanitaria que actúa como un monopsonio). La ordenación del mercado exige la determinación de una solución que, sin alterar el ejercicio de la competencia en las condiciones recogidas en la Ley de Defensa de la Competencia, persiga la defensa de los intereses públicos.

5. Restricciones de la competencia entre las oficinas de farmacia.

Los farmacéuticos titulados, considerados en su conjunto, son los beneficiarios del monopolio de dispensación de los medicamentos. Y entre ellos se establece una competencia limitada. El desempeño de la profesión de farmacéutico constituye un caso peculiar en el contexto del ejercicio de la actividad profesional. El farmacéutico ofrece un servicio, pero también vende un producto físico, una mercadería. Y si en el ejercicio de la profesión pueden existir ciertamente múltiples aspectos comunes con las profesiones liberales, en el momento concreto en que dicho ejercicio se funde con la actividad comercial de venta de una mercadería⁶¹ -claramente reproducible- dotada de un precio, el ejercicio de la profesión está sometido a restricciones de la competencia singulares, no detectables en otras profesiones. La regulación actual conlleva que la competencia en el sector de distribución de medicamentos sea muy reducida en beneficio de los farmacéuticos propietarios de una oficina de farmacia y en perjuicio de los consumidores, de los titulados en farmacia que desean acceder a una oficina de farmacia y del propio sector público. Por un lado, la regulación se traduce en barreras a la entrada. Por otro lado, restringe la competencia entre las

⁶¹ Desde el punto de vista tributario el profesional farmacéutico debe darse de alta en el epígrafe 835 de la Sección II ("Profesionales de la sanidad") del Impuesto de Actividades Económicas (IAE). Por su parte, la oficina de farmacia se considera un establecimiento comercial que debe darse de alta en el epígrafe 652.1 ("Farmacias: Comercio al por menor de medicamentos, productos sanitarios y de higiene personal") del Impuesto sobre Actividades Económicas. Además, las oficinas de farmacia, como establecimiento comercial, están sometidas al Impuesto sobre el Valor añadido, en el régimen del Comercio minorista y, en concreto, en el "Régimen de recargo de equivalencia".

oficinas de farmacia presentes en el mercado. Dadas las elevadas rentas que supone el disfrute del citado monopolio, sus beneficiarios son los principales interesados en su defensa. Al considerar las rentas monopólicas deben tenerse en cuenta los márgenes y los costes de la actividad. Entre los costes puede ser significativa la masa salarial. Sin embargo, dado que la tabla de salarios de oficina de farmacia correspondiente al año 1993 (BOE de 12 de mayo de 1993) establece como salario mensual más elevado la cifra de 137.062 pesetas, fácilmente se llega a la conclusión de que la masa salarial no es, en muchos casos, un aspecto significativo de los costes de las oficinas de farmacia. Si las rentas procedentes de la dispensación de medicamentos y de la venta de otros productos fueran iguales o inferiores a las procedentes de cualquier otra actividad de comercialización, el interés por mantener, y aún reforzar, el actual "statu quo" se debilitaría.

Los principales obstáculos a la competencia entre las oficinas de farmacia se describen a continuación.

5.1. Límites a la libertad de establecimiento

La autorización de apertura de nuevas oficinas de farmacia está minuciosamente regulada y limitada por restricciones en cuanto a la distancia mínima entre dos oficinas de farmacia y en cuanto al número de habitantes de su teórica zona de influencia. Cumplidos todos los requisitos exigidos legalmente, el farmacéutico que desee abrir una oficina de farmacia debe obtener, además, el correspondiente permiso de la Comunidad Autónoma y/o, en su caso, del Colegio Oficial de Farmacéuticos⁶². De hecho, el concepto de planificación farmacéutica se antepone al de libre competencia.

La regulación de las distancias se ha justificado sobre la base del argumento de que debe garantizarse el suministro universal de los medicamentos. Sin embargo, el sistema actual no es eficaz, ni la universalidad se ha alcanzado totalmente, ni el procedimiento seguido es el mejor para conseguir dicho objetivo. Ni tampoco es el más eficiente desde el punto de vista económico, ni el más justo socialmente, al dificultar el acceso a una de las actividades posibles de la profesión a un amplio colectivo de profesionales, o dejar zonas de población desatendidas o subatendidas⁶³. La severidad de la reglamentación general ha sido reforzada en las Comunidades Autónomas con competencias en materia farmacéutica.

⁶² El Ministerio de Sanidad y Consumo no tiene competencias sobre esta cuestión. Distintos Reales Decretos de Transferencia en materia de Sanidad ha otorgado a las Comunidades Autónomas la competencia para otorgar la autorización de los centros, servicios y establecimientos sanitarios entre los que se incluyen las oficinas de farmacia. Por ello, son las Comunidades Autónomas las que tienen competencia para resolver acerca de las oficinas de farmacia, a través de sus propios órganos o mediante delegación a favor de los Colegios Oficiales de Farmacéuticos.

⁶³ La pretensión de algunos colectivos de imponer "numerus clausus" al acceso a las Facultades de Farmacia, además de discutible, no resolvería el problema a corto plazo.

Este Tribunal entiende que la planificación consiste en establecer criterios "de minimis" que aseguren la adecuada prestación de servicios por parte de los farmacéuticos. Dichos criterios se traducen en la necesaria disponibilidad de, al menos, una oficina de farmacia para atender la demanda de la población según los adecuados criterios de prevención de la enfermedad y defensa de la salud. Pero nada debe impedir que si la demanda y las condiciones de la demanda aconsejan que un segundo farmacéutico -que haga frente al correspondiente riesgo empresarial- proceda a la apertura de una nueva oficina de farmacia, ésta pueda ser suspendida al amparo de una legislación artificialmente restrictiva que favorece a los farmacéuticos instalados frente a los que quieren abrir un nuevo establecimiento farmacéutico con todas las garantías sanitarias exigidas por la legislación vigente .

5.2. Fijación de los precios

5.2.1. Regulación de los precios

Los precios de las especialidades farmacéuticas están regulados por el Gobierno. La regulación se justifica por la naturaleza de los medicamentos, por los elevados gastos de investigación necesarios y por el carácter rígido de su demanda tras la correspondiente prescripción. El Ministerio de Sanidad y Consumo, de acuerdo con la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, es el órgano encargado de establecer el precio de las especialidades farmacéuticas. Los precios máximos fijados de las especialidades farmacéuticas, precisen o no prescripción para su dispensación, son, pues, idénticos en todas las oficinas de farmacia. Los precios de las especialidades farmacéuticas publicitarias son libres.

Los precios autorizados son revisables de oficio o a instancia de parte. Los precios pueden ser revisados como consecuencia de variaciones de los costes generales del sector o porque la empresa solicitante considere que los incrementos de costes aconsejan proceder al correspondiente aumento de precio.

El Tribunal no discute aquí el actual sistema de fijación de precios, pero considera que la fijación de precios de venta al público de las especialidades farmacéuticas no impide la competencia en precios ante la posibilidad de aplicar descuentos. En consecuencia, en las circunstancias actuales, es dicha posibilidad de descuentos la vía que debe ser defendida desde la perspectiva de la defensa de la competencia. Y ello sin menoscabo de la oportuna defensa de los intereses públicos.

5.2.2. Márgenes comerciales fijos y prohibición de descuentos

Dado que los precios de los medicamentos están fijados por la Administración, la competencia vía precios debe apoyarse en la capacidad de las oficinas de farmacia para ofrecer descuentos a sus clientes. Actualmente los márgenes comerciales de las especialidades farmacéuticas están fijados por la Orden Ministerial de 26 de julio de 1988 en un 29,9 por ciento del precio de venta al público sin impuestos⁶⁴. La existencia de márgenes fijos hace que no sea atractiva para el farmacéutico la sustitución de una especialidad farmacéutica de precio elevado por otra de menor precio. Al farmacéutico no le interesa dicha sustitución porque reduce la rentabilidad de la transacción comercial. Se contraponen en este caso los intereses del enfermo (y de la Seguridad Social) con los intereses del farmacéutico en beneficio de este último.

Se argumenta a menudo que los márgenes fijos están regulados legalmente. Sin embargo, la Ley del Medicamento, como ya se ha dicho, se refiere a precios máximos y no prohíbe los descuentos. Por su parte, el Decreto 2695/77 otorga a los márgenes la condición de máximos. Por esta razón, el apoyo al carácter fijo del margen comercial debe buscarse en los reglamentos de los Colegios Oficiales de Farmacéuticos en los que expresamente se prohíben los descuentos, reduciendo, de esta forma, de manera significativa la competencia en el sector, al margen de lo establecido por la Ley del Medicamento.

Así, por ejemplo, en el Reglamento del Colegio de Farmacéuticos de Madrid (1988), el art. 44 considera como faltas graves "verificar descuentos en el precio de las especialidades y tarifar fórmulas a precio más bajo del mínimo que señalen las tarifas vigentes, y si es repetición, más bajo del que haya cobrado otro colegiado...". También contempla esta cuestión el Proyecto de Estatutos generales de los Colegios Oficiales de Farmacéuticos, en cuyo art. 21.11 se establece como uno de los deberes de los Colegiados "el respeto a los precios de venta de los medicamentos, considerando como falta grave el incumplimiento de dicho deber".

5.3. Unión de la propiedad y de la titularidad de las oficinas de farmacia.

La legislación actual reserva exclusivamente a los licenciados en farmacia la propiedad y la titularidad de las oficinas de farmacia. El principio general de la titularidad se sustenta sobre la base de una persona física que reúna las características simultáneas de titulada farmacéutica y propietaria de una oficina de farmacia. De acuerdo con el art. 103.4 de la Ley General de Sanidad, la única posibilidad asociativa es la copropiedad entre farmacéuticos titulados. En consecuencia, la legislación vigente impide la creación de grandes unidades de dispensación de medicamentos y, en cualquier caso, la titularidad de los partícipes en la sociedad está limitada a una sola oficina de farmacia. No es

⁶⁴ Equivalente al 29,56 por ciento del precio de venta al público con impuestos

posible, por lo tanto, que ciudadanos que no sean farmacéuticos realicen una inversión en una oficina de farmacia ni, en consecuencia, la creación de cadenas de oficinas de farmacia. Sin embargo, es posible la apertura de un hospital a partir de una inversión privada sin que sea necesario que los inversores sean médicos. La excepcionalidad de la norma, pese a su generalización, resulta sorprendente y constituye una fuerte barrera al desarrollo de la competencia en el sector. No hay duda de que, desde la perspectiva de los consumidores e, incluso, de la propia administración sanitaria, la presencia de tales cadenas podría ofrecer ventajas incuestionables⁶⁵. Sin embargo, la complejidad de la situación actual, en la que destaca la existencia de un amplio colectivo que debe hacer frente a fuertes dificultades para acceder a la titularidad de una oficina de farmacia, exige prudencia en el proceso de cambio.

La unión indisoluble entre la propiedad y la titularidad se ha justificado por la naturaleza especial de los productos farmacéuticos y para evitar que un empresario privado obtenga beneficios extraordinarios por la venta de medicamentos. Este riesgo, sin embargo, no exige necesariamente una regulación como la que se examina. Ciertamente podría suponer una merma de los objetivos sociales que cualquier ciudadano dispensara productos farmacéuticos sin reunir los conocimientos necesarios para ello. Sin embargo, no hay argumentos sólidos que justifiquen la citada unión indivisible. De la misma forma que a un piloto o a un maquinista no se le exige la propiedad del avión o del ferrocarril, tampoco hay argumentos sostenibles que justifiquen que un ciudadano o un grupo de ciudadanos que quieran invertir sus ahorros en la actividad de distribución de productos farmacéuticos tenga o tengan que ser necesariamente farmacéuticos. Desde el punto de vista sanitario, es necesario, tan sólo, que sea farmacéutico quien interviene en el acto concreto de la dispensación.)Por qué el capital privado puede invertir en un laboratorio de producción de medicamentos o de análisis clínicos o en una clínica privada y, en cambio, no puede dirigir su inversión a la apertura de un establecimiento distribuidor de productos farmacéuticos, contando siempre, claro está, con la debida colaboración profesional de un farmacéutico titulado?. La respuesta sólo se encuentra en la restrictiva regulación existente dirigida a defender el actual "statu quo" en defensa de unas rentas de situación excepcionales al amparo de una legislación también excepcional.

Las condiciones exigidas para el ejercicio de la profesión se traducen en restricciones a la misma y, como consecuencia de ello, en restricciones a la competencia.

El modelo español responde a los criterios generales en la mayoría de países de la Unión Europea. A este respecto, el Reino Unido constituye una excepción. Sin embargo, el sistema actual es portador de ineficiencias cuya eliminación concreta redundaría en una reducción de los costes que se traduciría en menores precios sin merma de la protección de los intereses públicos.

⁶⁵ De la misma forma que la existencia de grandes mayoristas.

5.4. Restricciones a la libertad de los horarios

La limitación de la libertad de las oficinas de farmacia para establecer sus horarios y sus turnos de vacaciones va en contra del libre ejercicio profesional de la libertad de empresa y de la competencia, pues limita las posibilidades de las oficinas de farmacia de diversificar las condiciones de su oferta por procedimientos distintos del precio restringiendo, al mismo tiempo, la capacidad de la oficina de farmacia de adaptar libremente sus horarios a las condiciones de la demanda. De ser necesaria una regulación excepcional, ésta debería referirse exclusivamente a los horarios mínimos.

6. Propuestas de supresión de restricciones de la competencia.

6.1. Introducción

Como se ha señalado, el proceso de distribución de especialidades farmacéuticas está fuertemente regulado. La regulación actual, por las Administraciones -central y autonómica- y por los Colegios Oficiales de Farmacéuticos, se ha traducido en restricciones de la competencia significativas con efectos negativos sobre los precios y sobre las condiciones de distribución de los medicamentos y sobre el empleo de los licenciados en farmacia. Un análisis de la regulación y de las posibilidades de regulación revela que es posible combinar eficientemente la defensa de los intereses generales y de la salud con una mayor libertad de empresa que redunden en beneficio de los consumidores si el mercado funciona con mayores dosis de competencia.

La regulación actual, en general, ha contribuido al objetivo de garantizar la distribución de los medicamentos. Sin embargo, dado que no todos los objetivos han sido alcanzados, es posible mejorar las condiciones de distribución de los productos farmacéuticos -su eficiencia- garantizando, al mismo tiempo, el acceso de los ciudadanos a los medicamentos y el control en el proceso de dispensación. No se trata de liberalizar todo el sector sino, tan sólo, de permitir que el mercado opere en aquellos aspectos donde la libertad de empresa puede conducir a una mayor eficiencia sin menoscabo de los intereses públicos. Se pretende abrir el sector al mercado en aquellas cuestiones de carácter esencialmente mercantil, reservando a las autoridades sanitarias todo aquello relacionado con la defensa de la salud y la prevención de las enfermedades.

Las propuestas de supresión de restricciones de la competencia que se realizan se dirigen, fundamentalmente, a la defensa de los intereses públicos.

Complementariamente contribuirán a la reducción de los precios y, "caeteris paribus", del gasto público, compatibles con la mejora de las condiciones de distribución de los medicamentos en todo el territorio español, incluidos los municipios de pequeña dimensión.

Sin embargo, dadas las actuales circunstancias y el principio mantenido por este Tribunal de que en los procesos de liberalización hay que cuidar la transición, no se propone que todas las medidas se apliquen simultáneamente. Los cambios exigen tiempo y, en general, suponen costes. Es conveniente, en consecuencia, modificar gradualmente el sistema actual minimizando los costes de la transición. Se trata de dar tiempo a los farmacéuticos, propietarios o no de una oficina de farmacia, para que adapten sus estrategias al nuevo sistema, sin que ello suponga un retraso en el inicio de la supresión de las restricciones de la competencia.

En dicho programa se contemplan dos bloques de medidas: el primero de ejecución inmediata. El segundo, a ejecutar en un plazo máximo de cinco años.

Los pasos iniciales en el camino de la supresión de las restricciones de la competencia en el sector de distribución de medicamentos deben dirigirse hacia lo más obvio: en primer lugar, evitar la imposición de nuevas restricciones a la competencia, especialmente por parte de las Comunidades Autónomas; en segundo lugar, permitir la aplicación de descuentos en los precios de los medicamentos; en tercer lugar suprimir parcialmente los obstáculos a la libertad de establecimiento; en cuarto lugar, permitir la libre adhesión de los farmacéuticos a los convenios propuestos por la Seguridad Social; en quinto lugar, suprimir las restricciones a la venta de determinados productos fuera de las oficinas de farmacia; en sexto lugar, liberalizar los horarios de apertura y cierre estableciendo, en cualquier caso, unos criterios de horarios mínimos.

Dados los primeros pasos, se debe abordar la ampliación y extensión de la competencia entre las actuales oficinas de farmacia, con la libre apertura de nuevos establecimientos farmacéuticos por los farmacéuticos titulados y la eliminación de la necesaria unión entre la propiedad y la titularidad de las oficinas de farmacia. Tales actuaciones deberán llevarse a cabo en un plazo no superior a los cinco años.

6.2. Propuestas.

6.2.1. No ampliación de las actuales restricciones de la competencia

Señaladas las restricciones de la competencia más relevantes en el sector de distribución minorista de los medicamentos y constatada la conducta reguladora de las Comunidades Autónomas y de los Colegios Oficiales de Farmacéuticos en defensa del "statu quo" actual, en detrimento de la competencia extracolegial e

intracolegial, y en perjuicio de terceros, es necesario no ampliar la regulación actual en aquellos aspectos restrictivos de la competencia. La propuesta del Tribunal supone la no introducción de restricciones a la competencia en los proyectos reguladores de las Comunidades Autónomas con competencia en la materia.

Propuesta: Recomendar a las Comunidades Autónomas que no establezcan nuevas limitaciones legales o reglamentarias a la apertura de oficinas de farmacia ni deleguen nuevas facultades restrictivas de la competencia en los Colegios Oficiales de Farmacéuticos. (Acuerdo de Consejo de Ministros).

6.2.2. Posibilidad de descuentos

La ampliación de la competencia exige la promoción de una nueva conducta de los actuales farmacéuticos propietarios de una oficina de farmacia basada en la concepción de su establecimiento como una explotación comercial que, además de prestar unos servicios necesarios, debe ser competitiva por sí misma, sin estar amparada en privilegio alguno. Para ello, una vez fijado el precio máximo por la Administración, debería ser el propio mercado quien estimulase la competencia en los precios. La competencia en precios debe apoyarse en la posibilidad de aplicar descuentos al precio máximo fijado mediante la reducción de los márgenes. Dicha propuesta sería paralela a la que en su día realizó el Tribunal en relación con la eliminación de la prohibición de cobrar honorarios profesionales inferiores a los establecidos.

Propuesta:

1. Suprimir cualquier prohibición establecida por los Colegios de Farmacéuticos o su Consejo de realizar descuentos por las oficinas de farmacia. Para ello es necesario modificar sus Estatutos Generales de acuerdo con lo dispuesto en la Ley del Medicamento y en el art. 18 del Decreto 2695/77 que considera que los márgenes tienen el carácter de máximos. (Real Decreto).
2. Establecer la obligación de inscribir en los envases de los medicamentos cuyo precio haya sido regulado -y sólo en ellos- la mención "precio máximo de venta al público, impuestos incluidos". (Orden Ministerial).

6.2.3. Libertad de establecimiento

Los obstáculos que impiden la libre apertura y la libre transmisión de las oficinas de farmacia por los farmacéuticos y entre los farmacéuticos suponen una restricción grave a la competencia. La eliminación de tales obstáculos es una medida

complementaria a la supresión de la prohibición de realizar descuentos mediante la reducción de los márgenes máximos. En efecto, la libre apertura de oficinas de farmacia sin libertad para aplicar descuentos sobre los precios máximos se traduciría, sin duda, en una ineficiente proliferación de establecimientos. Por otra parte, la mayor libertad para establecer los precios sin la posibilidad de entrada de nuevos operadores con toda probabilidad se traduciría en incrementos generalizados de los precios. Con la remoción de las restricciones a la apertura y la transmisión, el sector se modernizaría, ganaría en eficiencia y la ocupación aumentaría. Además, se reduciría significativamente el montante de los traspasos abonados para acceder a la titularidad de una oficina de farmacia, lo que se traduciría en mayores beneficios netos de las oficinas de farmacia compatibles con menores precios al no tener que destinar el farmacéutico una parte relevante de sus ingresos a la amortización del capital material e inmaterial invertido y el correspondiente pago de intereses⁶⁶.

Las circunstancias actuales aconsejan no proponer una eliminación inmediata de todos los obstáculos que impiden la apertura de una nueva oficina de farmacia para un farmacéutico titulado. En consecuencia, como acción inmediata se propone eliminar aquellos obstáculos de difícil justificación que tienen un claro impacto negativo sobre los ciudadanos que en su existencia cotidiana requieren el acceso a un medicamento o a cualquier producto de venta común en las oficinas de farmacia.

Sin embargo, este Tribunal debe hacer mención expresa de que la planificación prevista en la Ley de Sanidad debería referirse a la necesaria presencia de oficinas de farmacia en el territorio, en el sentido de presencia mínima en lugar de máxima. Dicho planteamiento es coherente con la defensa de los intereses públicos y, en cualquier caso, redundará en beneficio de los ciudadanos y del propio sistema sanitario.

Propuesta:

1. Supresión de los obstáculos que impiden la apertura de oficinas de farmacia en aquellos lugares en los que el tránsito de ciudadanos es relevante (aeropuertos, estaciones, centros comerciales, por ejemplo).(Ley o Real Decreto).
2. Supresión inmediata de las referencias a los accidentes naturales o artificiales o a la existencia de zonas no urbanizadas como requisito

⁶⁶ La liberalización de la apertura de oficinas de farmacia se traduciría en una eliminación de las rentas de monopolio que se encuentran capitalizadas en el montante de los traspasos. Ello situaría a los farmacéuticos recientemente instalados que hubieran satisfecho dichos traspasos en una situación de desventaja en relación con los farmacéuticos instalados anteriormente y con los nuevos farmacéuticos instalados libremente. En consecuencia, debería aplicarse un mecanismo de compensación temporal que evitara restricciones a la competencia como consecuencia de las barreras a la reducción de precios impuestas por los traspasos. La amortización de las inversiones recientes como quebranto fiscal parece una vía justa.

necesario para obtener la correspondiente autorización de instalación de una nueva oficina de farmacia. (Ley o Real Decreto).

3. Modificación de la Ley del Medicamento con el fin de determinar que la planificación general de las oficinas de farmacia en orden a garantizar la adecuada asistencia farmacéutica sea una ley de mínimos y no de máximos como establece, por ejemplo, el artículo 3.1. del Real Decreto 909/1978 citado.(Modificación de la Ley del Medicamento).

6.2.4. Establecimiento de negociaciones entre la Seguridad Social y las oficinas de farmacia

La Seguridad Social es el primer cliente de las oficinas de farmacia y, como se ha indicado, dispone de un fuerte poder monopolístico. Dicha circunstancia abre la posibilidad de combinar la capacidad de negociación derivada de dicho poder con la competencia entre oficinas de farmacia. La Seguridad Social podría establecer un Convenio, de libre aceptación por las oficinas de farmacia, en el que se establecieran las condiciones de compra (precio y plazo de pago). Tales condiciones no tendrían por qué ser necesariamente iguales para todos las oficinas de farmacia. Esta capacidad de discriminación permitiría asegurar la supervivencia de las oficinas de farmacia en aquellos lugares de débil demanda en los que el mercado, por sí mismo, no ofreciera suficientes estímulos para la instalación de establecimientos farmacéuticos (municipios de pequeña dimensión, periferia de las ciudades, por ejemplo). Pero también garantizará al Ministerio de Sanidad y Consumo un mayor poder de negociación en aquellos casos en que la localización de las oficinas de farmacia permite la obtención de rentas significativamente elevadas. Los mayores gastos de administración derivados de dicho sistema resultarían ampliamente compensados por la reducción del gasto que se lograría con un Convenio como el propuesto.

Con este procedimiento se alcanzarían dos objetivos fundamentales: en primer lugar, la reducción de los gastos de la Seguridad Social; en segundo lugar, el correspondiente estímulo a la eficiencia de las oficinas de farmacia. El sistema competiría para conseguir las compras de los enfermos y de la Seguridad Social. Como consecuencia de ello, la eficiencia global del sistema mejoraría. Las oficinas de farmacia no adheridas al citado Convenio tendrían libertad para determinar los precios de las especialidades farmacéuticas aplicados a los enfermos que demandaran medicamentos al margen de la Seguridad Social de acuerdo con los precios máximos fijados por la Administración. Y todo ello sin merma de la cobertura de los intereses públicos relacionados con la salud.

Propuesta:

En desarrollo de lo previsto en el art. 97.2 de la Ley del Medicamento, establecimiento por la Seguridad Social de un Convenio con las oficinas de farmacia, de libre adhesión, en el que se fijarán los precios y plazos de

pago de los medicamentos reembolsables por la Seguridad Social.(Acuerdo de Consejo de Ministros).

6.2.5. Desregulación de los canales de distribución

La regulación actual de los canales de distribución de las especialidades farmacéuticas dificulta la reducción de los precios. Desde la perspectiva de la defensa de la competencia, cabe argumentar que la obligatoriedad de la receta médica y la venta en oficinas de farmacia debería limitarse a las especialidades farmacéuticas de prescripción. En los otros casos, debería permitirse que los productos farmacéuticos se comercializaran en canales alternativos. Ello supondría que, desde la perspectiva de la competencia, la desregulación debería ser amplia. Sin embargo, desde la perspectiva de la defensa de la salud y la prevención de la enfermedad parece mejor un criterio selectivo. Dicha selección debe corresponder a las autoridades sanitarias.

Propuesta:

Como criterio general, suprimir las restricciones a la venta de especialidades farmacéuticas publicitarias en establecimientos distintos de la oficina de farmacia. Sin embargo, dadas las características de algunas especialidades farmacéuticas publicitarias, se considera conveniente que el Ministerio de Sanidad y Consumo elabore, con criterios restrictivos, una lista de las especialidades farmacéuticas publicitarias que no puedan ser vendidas en establecimientos distintos de las oficinas de farmacia.(Modificación de la Ley del Medicamento).

6.2.6. Liberalización de los horarios

El principio de libertad de empresa exige el respeto al principio de libertad de apertura y cierre de los establecimientos comerciales. La defensa del interés público exige, a su vez, el acceso de los enfermos a los productos farmacéuticos en todo momento y en todo lugar. La consideración conjunta de dichos principios exige combinar la libertad de horarios con el establecimiento de los correspondientes turnos mínimos de guardia y máximos de vacaciones cuando ello fuera necesario. La obligación de apertura sólo se justifica cuando ningún farmacéutico esté dispuesto a abrir voluntariamente su oficina de farmacia.

Propuesta: Liberalizar los horarios de apertura y cierre de las oficinas de farmacia y regular, sólo cuando el mercado no garantice el servicio, los turnos mínimos de guardia y máximos de vacaciones. (Real Decreto).

6.2.7. Supresión de las últimas barreras a la competencia.

La gestión de la distribución de medicamentos según las reglas del mercado supone la eliminación de todos los obstáculos a la competencia. Ello incluye la posibilidad de la supresión de las referencias a las distancias mínimas y de las referencias al número de habitantes como condición necesaria para la apertura de una oficina de farmacia, así como que el propietario de una oficina de farmacia no sea preceptivamente un farmacéutico titulado.

La supresión de las restricciones de la inversión en el sector se traduciría en un incremento relevante en la ocupación y en una mayor racionalización. La oferta se adaptaría paulatinamente a la demanda y las posibles economías de escala se traducirían en menores costes y, en consecuencia, en menores precios. Para evitar el exceso de poder de mercado en el sector debería cuidarse con especial atención la estrategia de concentración empresarial y los posibles abusos de posición de dominio.

Propuesta:

1. Supresión, en un plazo máximo de cinco años, de las referencias a las distancias mínimas y de las referencias al número de habitantes como condición necesaria para la apertura de una oficina de farmacia. (Modificación de la Ley del Medicamento).
2. Eliminación, en un plazo máximo de cinco años, del requisito de que los propietarios de oficinas de farmacia sean farmacéuticos titulados, manteniéndose, tan sólo, el requisito de la presencia de un farmacéutico en la oficina de farmacia en el acto de dispensación de las especialidades farmacéuticas. (Modificación de la Ley General de Sanidad).

ANEXO 2 LISTADO DE MEDIDAS Y MODIFICACIONES NORMATIVAS PROPUESTAS POR EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

Banca al por menor

- 1. Instar a la Dirección General de Defensa de la Competencia para que investigue sistemáticamente la existencia de prácticas restrictivas de la competencia en el sector bancario. (Acuerdo de Consejo de Ministros).*
- 2. Recomendar que las concentraciones bancarias se sometan al procedimiento de control previsto en la Ley de Defensa de la Competencia. (Acuerdo de Consejo de Ministros).*
- 3. Establecer un sistema de concesión por concurso, por un período limitado, de las relaciones de clientela entre las Administraciones Públicas y las entidades bancarias, estableciendo unas bases que tengan en cuenta la conveniencia de estimular la competencia. (Ley).*
- 4. Crear una comisión en la que participen el Ministerio de Economía y Hacienda, el Banco de España, representantes de las cajas y bancos y expertos independientes con el fin de realizar un estudio sobre las distorsiones de la competencia que produce la singularidad de estos tipos de entidades de crédito. (Acuerdo de Consejo de Ministros).*
- 5. Analizar con criterios de competencia las propuestas de medidas que se vayan a introducir en el sector bancario en defensa de los consumidores y usuarios. (Acuerdo de Consejo de Ministros).*

Puertos

- 1. Encomendar a la Comisión Interministerial para el estudio de los problemas relacionados con el funcionamiento de los puertos (COMINPORT) que analice con criterios de eficiencia el sistema económico-financiero establecido y sus efectos sobre cada uno de los puertos. (Acuerdo Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos).*
- 2. Dotar de mayor autonomía a las Autoridades Portuarias para desarrollar una política de descuentos tarifarios. (Modificación de la Orden Ministerial sobre tarifas portuarias).*
- 3. Introducir un sistema de incentivos en la tarifa T-1, que se percibe en función de la duración de la estancia del buque en puerto, que sirva para*

acelerar la operativa portuaria. (Modificación de la Orden Ministerial sobre tarifas portuarias).

4. *Fomentar la concesión a empresarios privados de terminales de uso general. (Acuerdo de Consejo de Ministros).*

5. *Reducir el devengo de las tarifas, que se perciben por el uso de las instalaciones portuarias, en las terminales de uso particular explotadas en régimen de concesión, en función de los servicios realmente prestados por la Autoridad Portuaria. (Modificación de la Orden Ministerial sobre tarifas portuarias).*

6. *Liberalización de los servicios de practicaje, los cuales podrán ser prestados en régimen de competencia por las empresas que reúnan las condiciones que se determinen con carácter general por la Administración. Dichas empresas deberán contar con capitanes de buques habilitados al efecto por la Dirección General de la Marina Mercante. (Modificación del Real Decreto de 4 de julio de 1958, por el que se aprueba el Reglamento de practicaje).*

7. *Exención de la obligación de utilizar los servicios de practicaje a aquellos buques de línea regular cuyos capitanes estén habilitados expresamente, así como a las terminales de uso particular que dispongan de sus propios prácticos. (Modificación del Real Decreto de 4 de julio de 1958).*

8. *Supresión de las restricciones cuantitativas para el acceso a la condición de práctico de un puerto. (Modificación del Real Decreto de 4 de julio de 1958).*

9. *Establecimiento de la libertad de precios para los servicios de practicaje, en el marco de unas tarifas máximas fijadas por la Autoridad Portuaria. (Acuerdo de Consejo de Ministros).*

10. *Liberalización de los servicios de remolque en aquellos puertos en los que por su volumen de tráfico sea factible, de modo que puedan prestarlos sin restricciones todos los operadores autorizados y establecimiento del principio de la libre elección de la empresa que ha de prestar el servicio por parte de los navieros. (Acuerdo de Consejo de Ministros).*

En los puertos en que por su dimensión o por su volumen de tráfico no resulte viable el establecimiento de la total libertad de prestación del servicio, se propone el mantenimiento del régimen de concesión administrativa, que se otorgará observando los siguientes criterios: libertad de acceso al concurso, eliminando privilegios y derechos de preferencia; criterios objetivos de adjudicación, teniendo especialmente en cuenta la repercusión de los precios sobre los usuarios; plazo máximo de tiempo por el que se otorga la concesión limitado a tres años, para facilitar la movilidad; y posibilidad de fraccionar la concesión según los tipos de remolcadores requeridos o de autorizar que otros empresarios distintos del concesionario puedan prestar simultáneamente el servicio en uno de los segmentos. (Acuerdo de Consejo de Ministros).

11. *Atribuir al capitán del buque la facultad de determinar el número y la potencia de los remolcadores que deberá utilizar, salvo en los casos en que por razones de seguridad la Autoridad Portuaria haya establecido expresas normas al respecto. (Acuerdo de Consejo de Ministros).*

12. *Hasta tanto no se compruebe la existencia de una efectiva competencia en la prestación de los servicios de remolque, se propone una liberalización de los precios de estos servicios compensada con el establecimiento de unas tarifas máximas por parte de la Autoridad Portuaria. (Acuerdo de Consejo de Ministros).*

13. *Liberalización del servicio de amarre para que pueda ser prestado por cualquier empresa. (Acuerdo de Consejo de Ministros).*

14. *Establecimiento de la libertad de precios para los servicios de amarre en el marco de unas tarifas máximas fijadas por la Autoridad Portuaria. (Acuerdo de Consejo de Ministros).*

15. *Suspender las posibilidades de nuevas contrataciones en las sociedades estatales de estiba y desestiba ya constituídas. (Modificación del Real Decreto Ley 2/1986, de 23 de mayo, por el que se regula el servicio público de estiba y desestiba de buques).*

16. *Convertir paulatinamente las sociedades estatales de estiba y desestiba en auténticas empresas de trabajo temporal. (Modificación del Real Decreto Ley 2/1986).*

17. *Sustituir el sistema de concesión en la prestación del servicio de estiba y desestiba, por un sistema de autorizaciones administrativas regladas para operar en condiciones de libre competencia. (Modificación del Real Decreto Ley 2/1986).*

18. *Establecer la libertad de prestación de servicios de carga y descarga y estiba y desestiba para todas aquellas empresas que se comprometan a asumir en sus plantillas el porcentaje o número que se determine de trabajadores pertenecientes a las sociedades estatales de estiba y desestiba. Esta propuesta conllevaría la supresión para los nuevos entrantes de la obligación de pertenecer a las sociedades estatales citadas. (Modificación del Real Decreto Ley 2/1986).*

19. *Autorizar, con carácter general, a aquellos buques que dispongan de los medios adecuados a que realicen por sí mismos todas las operaciones de estiba y desestiba y de carga desde el momento de la elevación por encima de la borda del buque y a la inversa (descarga). (Modificación del Real Decreto Ley 2/1986).*

20. *Establecimiento de la libertad de precios para los servicios de estiba y desestiba y carga y descarga, en el marco de unas tarifas máximas fijadas por la Autoridad Portuaria. (Acuerdo de Consejo de Ministros).*

21. *Introducir competencia en la prestación de los servicios de avituallamiento y suministro a los buques. (Acuerdo de Consejo de Ministros).*

22. *Con respecto a los servicios de recogida de basuras y residuos contaminantes se propone su liberalización o, en caso contrario, el mantenimiento de un sistema de concesión en los términos indicados anteriormente para la prestación de los servicios de remolque. (Acuerdo de Consejo de Ministros).*

23. *Promover el que los servicios de almacenamiento se presten por operadores privados en régimen de competencia. (Acuerdo de Consejo de Ministros)*

24. *Mantener la libertad de acceso para la prestación de los servicios de consignación de buques y dejar que sean los mecanismos de mercado los que regulen la permanencia de los pequeños empresarios en el sector. (Acuerdo de Consejo de Ministros).*

25. *Establecer la libertad de tarifas o comisiones para los consignatarios y vigilar que no se establezcan tarifas de referencia. (Acuerdo de Consejo de Ministros).*

26. *Fomentar la concesión a empresarios privados de terminales de uso particular. (Acuerdo de Consejo de Ministros).*

27. *Suprimir los límites existentes a las operaciones realizadas por empresas distintas del concesionario en las terminales de uso particular. (Acuerdo de Consejo de Ministros).*

Distribución de productos petrolíferos.

1. *Liberalizar la comercialización de carburantes todavía sometidos a regímenes especiales (de aviación y de navegación), permitiéndose su realización por los distribuidores al por menor. (Modificación del Real Decreto 2487/1994, de 23 de diciembre).*

2. *Suprimir las exigencias de tener asegurados los suministros y disponer de medios de almacenamiento y, en su caso, de transporte, para ser autorizado como distribuidor al por menor mediante suministros a instalaciones fijas. (Modificación del Real Decreto. 2487/1994).*

3. *Establecer un procedimiento de información mensual a la Corporación de Reservas Estratégicas por los distribuidores al por menor de la parte de sus*

suministros que no proceden de operadores autorizados y del cumplimiento propio de la obligación de mantenimiento de existencias de seguridad o la elección del pago equivalente. (Desarrollo del Real Decreto 2111/1994, de 28 de octubre).

4. *Suprimir la exigencia de contrato de abastecimiento exclusivo por tres años para la inscripción provisional en el Registro de las estaciones de servicio. (Modificación del artículo 4 del Reglamento para el suministro y venta de gasolinas y gasóleos de automoción aprobado por Real Decreto 645/1988, de 24 de junio).*

5. *Suprimir la inscripción en el Registro de instalaciones de venta al por menor y sustituirlo por un registro de estaciones de servicio basado exclusivamente en el control de las exigencias de seguridad general y vial. (Modificación del Real Decreto 645/1988, de 24 de junio y de la Orden de 29 de julio de 1988).*

6. *Modificar el Reglamento de Carreteras con el fin de permitir que en las áreas de servicio puedan establecerse áreas de equipamiento comercial y varias estaciones de servicio, cuyas concesiones se saquen a concurso de forma independiente. Regular las condiciones en que la Dirección General de Carreteras otorgue la autorización de estaciones de servicio fuera de las áreas de servicio y aligerar el procedimiento de autorización. (Modificación del Reglamento de Carreteras aprobado por Real Decreto 1812/1994, de 2 de septiembre).*

7. *Flexibilizar la regulación del suelo con el fin de hacer posible un incremento de la oferta de suelo para la instalación de estaciones de servicio. (Ley o Real Decreto).*

8. *Liberalizar el precio de los gasóleos si, una vez en vigor las exigencias contenidas en el Real Decreto 2487/1994 para la actividad de distribuidor al por menor, continúa existiendo competencia en este segmento. (Modificación de la Orden de 28 de diciembre de 1994 por la que se modifica el sistema de precios máximos de venta al público de gasolina y gasóleos).*

9. *Establecer un sistema de información de los precios de venta al público de las gasolinas por zonas, que permitan a la Comisión Delegada ir suprimiendo el régimen de precios máximos autorizados por zonas geográficas cuando exista suficiente competencia. (Acuerdo de Consejo de Ministros en relación con la potestad de modificación del régimen de precios concedida a la Comisión Delegada para Asuntos Económicos por la Ley 34/1992).*

10. *Encargar una auditoría de gestión de CLH que permita asegurar la existencia de un trato neutral a todos los operadores y la aplicación de precios que favorezcan la entrada de nuevos operadores. (Resolución de la Secretaría General de la Energía).*

11. *Imponer a la Corporación de Reservas Estratégicas que la propuesta del plan de localización se formule por un consultor independiente.* (Resolución del Ministro de Industria y Energía ordenando a la Junta Directiva la convocatoria de concurso entre empresas independientes para la redacción de propuesta del plan de localización de existencias estratégicas).

12. *Establecer las cuotas unitarias previstas en el artículo 19 del Real Decreto 2111/1994 con criterios de neutralidad y suficiencia.* (Orden del Ministerio de Industria y Energía).

13. *Establecer normas de seguridad de instalaciones proporcionadas a los riesgos reales, neutrales y no discriminatorias entre distintos tipos de agentes económicos.* (Real Decreto amparado en la Ley 21/1992, de Industria y, en su caso, modificación del Real Decreto 2085/1994, de 20 de octubre).

Sector cine.

1. *Disminución gradual de las ayudas directas a la producción.* (Real Decreto y Orden Ministerial).

2. *Supresión de la licencia de rodaje de las películas extranjeras.* (Real Decreto).

3. *Eliminación de la licencia de doblaje.* (Modificación de la Ley de 1994).

4. *Eliminación de la cuota de pantalla.* (Modificación de la Ley 17/1994).

5. *Seguimiento, por parte del Servicio de Defensa de la Competencia, de la situación del sector, remitiendo anualmente un informe al Tribunal.* (Acuerdo de Consejo de Ministros).

Oficinas de farmacia.

1. *Recomendar a las Comunidades Autónomas que no establezcan nuevas limitaciones legales o reglamentarias a la apertura de oficinas de farmacia ni deleguen nuevas facultades restrictivas de la competencia en los Colegios Oficiales de Farmacéuticos.* (Acuerdo de Consejo de Ministros).

2. *Suprimir cualquier prohibición establecida por los Colegios de Farmacéuticos o su Consejo de realizar descuentos por las oficinas de farmacia. Para ello es necesario modificar sus Estatutos Generales de acuerdo*

con lo dispuesto en la Ley del Medicamento y en el art. 18 del Decreto 2695/77 que considera que los márgenes tienen el carácter de máximos. (Real Decreto).

3. Establecer la obligación de inscribir en los envases de los medicamentos cuyo precio haya sido regulado -y sólo en ellos- la mención "precio máximo de venta al público, impuestos incluidos". (Orden Ministerial).

4. Supresión de los obstáculos que impiden la apertura de oficinas de farmacia en aquellos lugares en los que el tránsito de ciudadanos es relevante (aeropuertos, estaciones, centros comerciales, por ejemplo). (Ley o Real Decreto).

5. Supresión inmediata de las referencias a los accidentes naturales o artificiales o a la existencia de zonas no urbanizadas como requisito necesario para obtener la correspondiente autorización de instalación de una nueva oficina de farmacia. (Ley o Real Decreto).

6. Modificación de la Ley del Medicamento con el fin de determinar que la planificación general de las oficinas de farmacia en orden a garantizar la adecuada asistencia farmacéutica sea una Ley de mínimos y no de máximos como establece, por ejemplo, el artículo 3.1. del Real Decreto 909/1978 citado. (Modificación de la Ley del Medicamento).

7. En desarrollo de lo previsto en el art. 97.2 de la Ley del Medicamento, establecimiento por la Seguridad Social de un Convenio con las oficinas de farmacia, de libre adhesión, en el que se fijaran los precios y plazos de pago de los medicamentos reembolsables por la Seguridad Social. (Acuerdo de Consejo de Ministros).

8. Como criterio general, suprimir las restricciones a la venta de especialidades farmacéuticas publicitarias en establecimientos distintos de la oficina de farmacia. Sin embargo, dadas las características de algunas especialidades farmacéuticas publicitarias, se considera conveniente que el Ministerio de Sanidad y Consumo elabore, con criterios restrictivos, una lista de las especialidades farmacéuticas publicitarias que no puedan ser vendidas en establecimientos distintos de las oficinas de farmacia. (Modificación de la Ley del Medicamento).

9. Liberalizar los horarios de apertura y cierre de las oficinas de farmacia y regular, sólo cuando el mercado no garantice el servicio, los turnos mínimos de guardia y máximos de vacaciones. (Real Decreto).

10. Supresión, en un plazo máximo de cinco años, de las referencias a las distancias mínimas y de las referencias al número de habitantes como condición necesaria para la apertura de una oficina de farmacia. (Modificación de la Ley del Medicamento).

11. *Eliminación, en un plazo máximo de cinco años, del requisito de que los propietarios de oficinas de farmacia sean farmacéuticos titulados, manteniéndose, tan sólo, el requisito de la presencia de un farmacéutico en la oficina de farmacia en el acto de dispensación de las especialidades farmacéuticas. (Modificación de la Ley General de Sanidad).*