

# RECOMENDACIONES A LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS PARA UNA REGULACIÓN DE LOS MERCADOS MÁS EFICIENTE Y FAVORECEDORA DE LA COMPETENCIA

*(Versión extractada del Informe I/7/08 de la CNC, que contiene un estudio sobre el significado de una “buena regulación” desde el punto de vista de la competencia y, a partir de él, define los principios de una regulación eficiente y favorecedora de la competencia)*

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

El mayor énfasis de la Ley 15/2007 en la tarea de promoción de la competencia ha tenido su reflejo en el Plan de acción de la CNC para los años 2008 y 2009, que recoge entre sus principales objetivos el de “promover la competencia en aquellos sectores en que se encuentre restringida, ya sea por las características del mercado, ya sea por la regulación o por otras actuaciones de las administraciones públicas, e impulsar el conocimiento y la elaboración de estudios en defensa de la competencia”.

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

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

La reciente puesta en marcha de la nueva institución de defensa de la competencia en España brinda una buena oportunidad para reflexionar sobre

los principios que deben inspirar una regulación económica eficiente y favorecedora de la competencia y evaluar después, a modo de ejemplo y a la luz de dichos principios, algunas normas reguladoras de la actividad económica existentes en España.

El informe se estructura del siguiente modo. En primer lugar se hace un breve repaso del contexto internacional de liberalización y desregulación de mercados en el que surgen el movimiento de evaluación de las políticas públicas y las propuestas de mejora regulatoria (*better regulation*). Los principios que deben regir una buena regulación de la actividad económica se describen con mención a las iniciativas que en este ámbito se han desarrollado en la OCDE, la Unión Europea y en algunos Estados miembros, incluida España. A continuación, se desarrollan esos principios desde una perspectiva de defensa y promoción de la competencia efectiva en los mercados, después de haber dado cuenta de los avances que en este sentido que se han producido en la OCDE y la Unión Europea. Por último, se describen, a modo de ejemplo, ciertas normas que regulan algunos aspectos de la actividad de distintos sectores económicos y se evalúan a la luz de de esos principios, poniendo de manifiesto las restricciones a la competencia que imponen.

(...)

## **II. LA MEJORA DE LA REGULACIÓN: EL CONTEXTO ACTUAL**

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

(...)

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

Todo este conjunto de iniciativas es lo que se ha venido denominando procesos de mejora o reforma regulatoria, en inglés, *better regulation* o, de manera más amplia, *regulatory reform*. La Mejora Regulatoria se refiere tanto a la calidad de las normas como a la calidad de la intervención administrativa, que ha de racionalizarse para garantizar la protección de los intereses

generales. Precisamente en este sentido, muchos entes públicos y organizaciones internacionales han ido configurando una serie de herramientas para conseguir mejorar la calidad de los ordenamientos jurídicos, y es considerable el número de estudios y contribuciones surgidos a lo largo de la última década que, a nivel comparado, han documentado las ventajas de incorporar principios de mejora regulatoria como base de la regulación económica y social en general, pero también de la regulación en industrias específicas.

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

- Se ha estimado que las medidas implementadas en Europa promoviendo la competencia y sustituyendo las normas nacionales por otras europeas para la consecución del Mercado Único Europeo han contribuido a incrementar el PIB europeo en un 1,5% entre 1987 y 1993.
- Según estimaciones del Gobierno británico, el coste total para las empresas derivado de las principales regulaciones acometidas en el Reino Unido entre 1998 y 2008 asciende a 65,99 miles de millones de libras. De esa cantidad, el 28,9% corresponde al impacto de regulaciones con origen británico, mientras que el 71,1% restante es atribuible a los efectos de regulaciones impulsadas por la Unión Europea.
- En Holanda, se estima que el total de las cargas administrativas ascendía en 2002 a 16,4 miles de millones de euros, lo que supone un 3,6% del PIB holandés. De esas cargas administrativas, se calcula que, aproximadamente el 53% están causadas por solamente diez normas legales.
- En Australia el Gobierno federal, en colaboración con los gobiernos estatales y regionales, emprendió en 1995 una amplia política de reformas a favor de la competencia en importantes sectores de la economía. Tras un ambicioso proceso de identificación y revisión de normas, los análisis de los resultados indican que los cambios observados en la productividad y en los precios en los principales sectores económicos en la década de los 90, cambios a los que las reformas han contribuido directamente, han permitido aumentar el PIB en torno a un 2,5%, o 20 mil millones de dólares australianos.

La UE adoptó en marzo de 2005 la Comunicación titulada *Mejora de la regulación para el Crecimiento y el Empleo en la Unión Europea*, en la que se establecen tres objetivos aplicables a la propia legislación comunitaria, consistentes en la realización de evaluaciones de impacto de nuevas propuestas; la simplificación de la legislación comunitaria vigente, con especial atención a determinados sectores como la industria del automóvil y los sectores

de construcción, productos alimenticios y farmacéuticos; y la revisión de toda la legislación comunitaria pendiente valorando su retirada o una nueva redacción con arreglo a los principios informadores de la buena calidad regulatoria.

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

Precisamente una de las prioridades de muchos países a la hora de considerar iniciativas de reforma regulatoria ha sido el aligeramiento de las cargas administrativas que ciudadanos y empresas han de soportar para el desarrollo de sus actividades, en tanto que suponen un coste que debería estar justificado y, en todo caso, no resultar desproporcionado. La incidencia de las cargas administrativas puede llegar a tener un impacto considerable en la economía de un país.

Por ejemplo, en España un estudio de 2005 estimaba que dichas cargas suponían entre el 3,6 y el 4,6% del PIB nacional, un resultado relativamente alto si lo comparamos con el del Reino Unido (entre el 1,2 y el 1,5%), aunque similar al de otros países como Italia y Portugal, e inferior al de Grecia o Hungría (entre el 5,4 y el 6,8%).

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

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

(...)

### **C) Los principios de mejora de la regulación desde la perspectiva nacional**

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

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

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

### **III. LA MEJORA DE LA REGULACIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA COMPETENCIA: EXPERIENCIAS INTERNACIONALES**

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

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

Por una parte la Comisión Europea publicó en 2005 el documento *Better Regulation: A Guide to Competition Screening*, que distingue entre tres grandes categorías de normas que pueden resultar restrictivas de la competencia: las que eximen a ciertos mercados o sectores del régimen de competencia; las que directamente interfieren en la conducta comercial de los operadores, bien reduciendo el incentivo de los operadores a competir vigorosamente o bien limitando la manera en que éstos compiten y posicionan sus productos en

relación a otros; y, finalmente, las que pueden interferir de manera indirecta en dicha conducta comercial al establecer barreras de entrada o favorecer a los operadores ya implantados en detrimento de los nuevos entrantes.

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

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

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

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

- Si la norma evaluada limita el número o variedad de proveedores, por ejemplo, otorgando derechos exclusivos a un proveedor o estableciendo un proceso de licencias o autorizaciones necesarias para operar; limitando la capacidad de ciertos proveedores para ofertar un bien o servicio; o aumentando los costes de entrada y salida al mercado.
- Si la norma limita la capacidad de competir de los proveedores, por ejemplo, al imponer excesivos controles de precios de los bienes o servicios; limitar la libertad de publicidad de los proveedores; o elevar significativamente la producción de unos proveedores en relación a otros.

- Si la norma reduce los incentivos a competir entre los distintos proveedores, por ejemplo, al facilitar las posibilidades de coordinación mediante el establecimiento de regímenes de co-regulación o imponiendo obligaciones de mayor transparencia en el acceso a la información.

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

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

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

En este marco, las autoridades nacionales responsables de la transposición están realizando un esfuerzo de identificación de normas potencialmente susceptibles de vulnerar dicha Directiva, así como de evaluación de la pertinencia de su eliminación.

Los instrumentos analíticos utilizados para estas evaluaciones, que incluyen una valoración de la necesidad de la restricción, y, en caso afirmativo, de la proporcionalidad de los términos en que la restricción está formulada, son similares a los que la OCDE y la propia Comisión Europea emplean para evaluar el impacto competitivo de las normas en proyecto.

En definitiva, las distintas iniciativas señaladas a nivel comparado evidencian la necesidad de que, también en España, las actuaciones que se han emprendido para controlar la calidad y eficacia de la regulación ex ante se completen igualmente desde la perspectiva de defensa de la competencia. En España este debate no ha cobrado aún suficiente intensidad, especialmente en las instituciones públicas. Por ello, en lo que sigue, la CNC pretende avanzar una serie de principios y recomendaciones para el desarrollo de una regulación eficiente y favorecedora de la competencia.

#### ***IV. PRINCIPIOS DE LA REGULACIÓN EFICIENTE Y FAVORECEDORA DE LA COMPETENCIA***

Como venimos insistiendo a lo largo de este informe, la experiencia acumulada en las dos últimas décadas nos ha enseñado que para favorecer el desarrollo competitivo de los mercados puede no ser bastante con introducir medidas

liberalizadoras. Hay además que procurar que el marco normativo sea eficiente porque, de lo contrario, la liberalización puede no tener los efectos esperados.

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

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

Para que un marco normativo sea eficiente, debe respetar siempre una serie de principios que contribuyan a minimizar la carga para la actividad económica y el perjuicio desde la perspectiva del funcionamiento de la competencia en el mercado.

Tales principios se concretan de la siguiente manera: 1) Necesidad y proporcionalidad; 2) Mínima distorsión; 3) Eficacia; 4) Transparencia y 5) Predecibilidad. A continuación se desarrollan y justifican tales principios.

**1. Justificación de la restricción (principio de necesidad y proporcionalidad):** *Dado que el mercado y la libertad de empresa constituyen la regla general, cuando una norma contravenga estos principios debe hacerse explícito y dar una justificación de su necesidad.*

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

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

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

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

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

**2. Justificación de los instrumentos empleados (principio de mínima distorsión):** *De entre los instrumentos posibles para la consecución de un*

*objetivo dado se debe emplear aquellos que supongan la mínima distorsión para la competencia.*

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

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

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

Evidentemente, el impacto sobre la competencia de cada uno de estos mecanismos de regulación de la entrada depende de forma crucial de su diseño. Pero aun así, es cierto que su impacto desde la perspectiva de barreras a la entrada en el mercado es muy diferente. Es por ello que, a la hora de regular, es necesario plantearse si la consecución del objetivo que se pretende puede hacerse con un mecanismo menos restrictivo para evitar restricciones innecesarias que, además, una vez aprobadas, suelen perdurar en el tiempo. Resulta bastante habitual que haya una relación positiva entre control sobre la entrada y restricción de la competencia. Ello suele llevar a justificar las restricciones a la competencia con un enfoque maximalista, con el que se pretende argumentar que, aunque son posibles varios mecanismos, el más restrictivo es el que más contribuye a los objetivos que se persiguen, por ejemplo, a la ordenación del sector.

En particular, a menudo suele tenderse al régimen concesional cuando ni la existencia de inversiones específicas ni las razones de seguridad en la prestación del servicio lo justifican. Sin embargo, debe huirse de este enfoque maximalista.

A este respecto es muy interesante el Informe del CNC sobre La competencia en el transporte interurbano de viajeros en autobús (I/1/07), de fecha 14 de julio de 2008.

Incluso en el caso de que un régimen más restrictivo contribuya mejor a alcanzar el objetivo que la norma pretende, deberá justificarse si esta mejora compensa el mayor daño que la restricción infringe. Si los objetivos que se pretenden quedan razonablemente asegurados con mecanismos menos restrictivos, debe optarse por estos.

### **3. Eficacia:** *El diseño de las normas debe permitir su aplicación eficaz.*

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

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

- **Definición clara de objetivos.** Como ya apuntábamos anteriormente, el ejercicio de definir con claridad los fines que se persiguen es básico. Si no se tiene claro qué se pretende con una determinada intervención regulatoria difícilmente el diseño de la norma va a ser lógico y adecuado. Además, en estas circunstancias el riesgo de que se introduzcan restricciones gratuitas será mayor. En ausencia de una definición clara de objetivos no será tampoco posible valorar *ex post* la eficacia de la norma.

- **Fácilmente ejecutable.** A la hora de diseñar una determinada normativa hay que tratar de que la aplicación de la misma sea viable y lo más sencilla posible. Una norma cuyo cumplimiento o seguimiento sean complejos y costosos puede devenir en ineficaz porque ni administración ni administrados sean capaces de cumplirla adecuadamente, sin por ello dejar de imponer costes a ambos. Las normas que adolecen de eficacia por su complejidad generan además un serio coste social para el sistema, porque de partida invitan al incumplimiento, lo que ocasiona un serio desprestigio del marco normativo.

- **Necesidad de coordinación entre administraciones.** La complejidad del marco normativo es un factor que se debe tener especialmente presente en el caso de España, donde se superponen o conviven normas emanadas de diferentes administraciones. En este contexto, una falta de coordinación de las diferentes administraciones puede complicar innecesariamente el marco regulatorio en el que se desenvuelve la actividad de empresas que operan en todo el territorio y a la vez complicar las tareas de supervisión y vigilancia de las administraciones, algo que resulta también clave desde el punto de vista de la eficacia del sistema. Hay pues que buscar la coordinación entre

administraciones para facilitar el cumplimiento de la normativa y evitar “*marañas normativas*”.

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

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

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

La transparencia debe aplicarse en igual medida a la **ejecución de la norma**. En particular, en presencia de restricciones a la entrada y a la actividad los criterios que determinan qué operadores pueden o no pueden operar deben ser transparentes, así como su justificación. No hay que olvidar que tales restricciones constituyen una conculcación directa del artículo 38 de la Constitución, por lo que su justificación debe ser extremadamente pulcra.

Este déficit de transparencia también afecta a los procesos normativos. Lo ideal es que estos **procesos normativos sean transparentes**, sobre todo cuando constituyen el marco en que va a desenvolverse una determinada actividad económica. Debe considerarse por ello como una buena práctica a seguir la publicación de borradores de norma para consulta para favorecer el debate público.

Esta, sin embargo, no es una práctica demasiado extendida entre las administraciones de los diferentes ámbitos que componen el Estado español. Esta propuesta de proceso de consulta y diálogo no se debe confundir con el recurso a pactar y consensuar con representantes del sector la política de liberalización de manera colectiva. Esta tendencia a negociar colectivamente el marco normativo y su apertura resulta tremendamente arriesgada porque suele facilitar la captura del regulador, relajar las condiciones de competencia y facilitar la coordinación de comportamientos competitivos y los repartos de mercado.

**5. Predecibilidad:** *El marco normativo debe ser estable y predecible su desarrollo.*

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

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

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

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

## **V. RECOMENDACIONES PARA UNA REGULACIÓN EFICIENTE**

1. Toda norma debe concretar claramente, como parte de su articulado, el objetivo que pretende.
2. Se considera una buena práctica que los proyectos de norma vengán sometidos a consulta pública. Por ello, es preciso desarrollar con mayor

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

### ***Sobre la memoria de competencia***

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

El análisis previo de las medias de la norma que pueden tener un impacto sobre la competencia y sobre la actividad económica de las empresas no es un tema nuevo.

Ya ha habido antecedentes de propuestas en este sentido. El Tribunal de Defensa de la Competencia, en un informe publicado en el año 1993<sup>17</sup> lanzó la idea de introducir el denominado *Presupuesto de restricciones a la competencia*. Se proponía que el Parlamento, además de los ingresos y los gastos que están explícitos en los Presupuestos Generales del Estado, tenga que aprobar -o al menos conocer anualmente- los beneficios y costes que están implícitos en las restricciones a la competencia.

En tiempos mucho más recientes, en el marco del *Plan de Dinamización de la Economía e Impulso de la Productividad*, se incluyó como iniciativa el reforzar la

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

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

En opinión de la CNC este tipo de ejercicio no debería limitarse a las normas propuestas o aprobadas por la Administración Central y de un cierto rango, sino que debería aplicarse a todo tipo de normas y a cualquier ámbito de la administración.

Ello porque a menudo las restricciones a la competencia se introducen no en los textos básicos, sino fundamentalmente en la normativa de desarrollo. Por otra parte, dada la configuración del Estado español, donde muchas e importantes competencias han sido descentralizadas hacia las administraciones autonómicas o recaen en autoridades locales, resultaría estéril contar sólo con el compromiso de la administración central a la hora de identificar y combatir las restricciones a la competencia. Máxime cuando, como poderes públicos, el resto de administraciones vienen igualmente obligadas a velar por el principio de libertad de empresa y por el buen funcionamiento de los mercados.

Con carácter adicional, como hemos visto en las secciones anteriores, este tipo de mecanismo está en consonancia con las recomendaciones que se están realizando desde organizaciones internacionales para la mejora de calidad de la regulación y está en línea con las políticas que en este ámbito trata de desarrollar la Comisión Europea y las autoridades de algunos de los países miembros de la UE que están en la vanguardia de este tipo de iniciativas (UK, Holanda...).

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

- a) Cualquier tipo de administración pública ya sea estatal, autonómica o local debe venir obligada a la presentación de una memoria de competencia para la tramitación de una norma.
- b) La memoria de competencia debe producirse lógicamente *ex ante*. Realizar este ejercicio ex post tiene poco sentido porque no evitará

que las restricciones a la competencia se enquisten en nuestro ordenamiento.

- c) Debe ser pública. Ello no sólo por consistencia con el principio de transparencia de la regulación. También la publicidad ejerce aquí un mecanismo de disciplina para el legislador, de manera que si se pretenden introducir restricciones se deban dar a conocer públicamente.
- d) La memoria de competencia debe ser independiente, o bien formar parte de la “memoria económica” del proyecto prevista en la Ley 50/1997, siempre que en esta memoria se contengan todos los aspectos y consideraciones relativos a la competencia.
- e) La memoria de competencia evaluará si se dan los principios para calificar la regulación de eficiente y en particular:
  - Si la norma introduce algún tipo de restricción a la competencia.
    - Necesidad y proporcionalidad de la misma: Si es imprescindible para los objetivos que se pretenden y si los mismos tienen un impacto sobre el bienestar social proporcional a la restricción que se introduce.
    - Mínima distorsión: por qué se considera que no existen otras alternativas menos gravosas para el funcionamiento del mercado.
- f) Debe ser elaborada por el órgano proponente (al igual que el resto de la memoria económica, la memoria justificativa y la memoria de impacto de género), si bien podría contar con el apoyo de un órgano distinto al proponente y especializado en asuntos de competencia.

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

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

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

## **VI. EJEMPLOS DE INCUMPLIMIENTO DE LOS PRINCIPIOS DE LA REGULACIÓN EFICIENTE DESDE EL PUNTO DE VISTA DE COMPETENCIA**

Los principios anteriormente expuestos deben inspirar la tarea legislativa y, en general, de regulación futura. Pero, al tiempo, debe realizarse una detallada revisión de la normativa vigente para contribuir a detectar las restricciones de competencia que ampare y someterla a los *test* apuntados. Indudablemente

ello constituiría una ingente labor que, sin duda, desbordaría el ámbito del presente informe. Es cierto que una parte ha de llevarse a cabo con ocasión de la adaptación de la Directiva de Servicios que, como ya se ha mencionado, constituye una ocasión que no debe desaprovecharse para actualizar una buena parte de nuestra regulación, pero no por ello debe dejarse de señalar que esta Comisión (y antes el Tribunal de Defensa de la Competencia) ha detectado, con ocasión de la tramitación de expedientes, un buen número de normas que contienen y amparan situaciones de restricción de la competencia, y así deben señalarse.

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

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

- a) Licencia autonómica para la apertura de grandes superficies comerciales y establecimiento de moratorias (art. 6 LOCMI)
- b) Cláusulas de convenios colectivos sobre condiciones comerciales (Res. TDC 607/06, *Ayuda a domicilio*)
- c) Fijación de baremos orientativos por los Colegios Profesionales (Ley 1997)
- d) Imposición de aranceles o precios fijos en las actividades de Procuradores (R.D. 7.11.2003)
- e) Restricciones a la libertad de publicidad establecidas por los Colegios Profesionales
- f) El turno de reparto notarial
- g) Acceso al mercado de comercializadores en el sector eléctrico y de gas natural (Ley del Sector Eléctrico)
- h) Acceso de distribuidores de gas natural a redes de terceros (Ley Hidrocarburos 1998)
- i) Régimen de autorización frente a régimen de concesión (Res. TDC 613/06, *Servicios Funerarios La Gomera*)
- j) Obligación vía pliegos de constituir uniones temporales de empresarios (Ley de 2007)
- k) Criterios de adjudicación de los contratos del Sector Público (Ley de 2007)
- l) Régimen de las modificaciones sobrevenidas de los contratos del Sector Público (Ley de 2007).

(...)

Madrid, 18 de junio de 2008