

## LA MEJORA DE LA REGULACIÓN

### ¿CUÁL ES EL PAPEL DE LA CNC?

CARMEN BALSA PASCUAL

Subdirectora de Estudios,  
Comisión Nacional de Competencia

INMACULADA GUTIÉRREZ CARRIZO

Consejera, Comisión Nacional de Competencia

## TESIS: LA PRESENCIA DEL PODER PÚBLICO EN ASUNTOS DE COMPETENCIA

“A veces no son los operadores privados sino los propios poderes públicos los que a través de sus normas son responsables de la falta de competencia”<sup>1</sup>.

Esta afirmación está incluida en la Memoria del Tribunal de Defensa de la Competencia de 1992. Diecisiete años después no solamente sigue en vigor sino que cobra, si cabe, mayor relevancia.

En efecto, la experiencia adquirida a lo largo de los últimos años por las autoridades de competencia ha puesto de manifiesto que en una parte importante de los asuntos tratados los poderes públicos están presentes o han tenido alguna intervención relevante.

Este hecho es el punto de partida o mensaje inicial de este artículo: los poderes públicos en general y las Administraciones Públicas en particular, en el desarrollo de sus actividades y funciones, pueden estar afectando a la competencia en los

.....  
<sup>1</sup> Memoria 1992 del Tribunal de Defensa de la Competencia.

mercados; una de las formas más claras en las que esto sucede es a través de su actividad como reguladores.

La regulación se entiende en este caso en sentido amplio, incluyendo bajo el término regulación la actividad de los poderes públicos para intervenir en los mercados, no como operadores económicos, sino como definidores de las reglas de juego en las que los operadores se deben mover y competir. Se trata de una concepción muy amplia de la regulación que, sin embargo, es la que se debe tener en cuenta para poder entender el mensaje que se quiere transmitir en este artículo.

Por poner un ejemplo, los poderes públicos estarán estableciendo las reglas de juego en las que operan los agentes económicos en un mercado, cuando aprueben una ley en la que se regula el sector en cuestión, por ejemplo, el sector de las telecomunicaciones. Pero también estarán afectando a las reglas de juego con las que se mueven y compiten los operadores, cuando se apruebe un pliego de condiciones técnicas para la contratación pública de la prestación de determinados servicios de telecomunicaciones en un ámbito local: los requisitos exigidos en ese pliego podrán influir en la capacidad de competir de los operadores desde el momento en que beneficien a unos frente a otros, por ejemplo, exigiendo una determinada tecnología sobre la que algunos operadores tengan ventaja competitiva.

En definitiva, los poderes públicos, en su faceta de reguladores o de definidores de las reglas de juego del funcionamiento de los mercados, tienen gran relación con los asuntos relacionados con la defensa de la competencia.

A partir de ahí, una concepción parcial de la actividad de defensa de la competencia podría llevar a concluir que la Comisión Nacional de Competencia (CNC) no puede actuar en estos casos, puesto que no se trata de conductas sancionables por la Ley de Defensa de la Competencia.

La parcialidad de esta visión residiría en considerar que la actuación de la CNC se apoya únicamente en su actividad sancionadora (de conductas anticompetitivas o abusos de posición de dominio<sup>2</sup>) entendidas además con un carácter limitado.

Sin embargo, ello no es así. Además de su capacidad sancionadora<sup>3</sup>, la CNC tiene entre sus funciones y atribuciones la actividad de promoción de la competencia con amplios poderes para ejercerla; una promoción de la competencia dirigida precisamente, en su mayor parte, a las Administraciones Públicas: la promoción de la competencia para que los poderes públicos regulen e intervengan en los mercados de tal forma que no perjudiquen a la competencia cuando ello no sea necesario o proporcionado.

<sup>2</sup> Sin perjuicio de sus funciones en el ámbito de las concentraciones.

<sup>3</sup> El artículo 4.1 de la Ley 15/2007, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia establece que las prohibiciones de los artículos 1, 2, y 3 de la norma no se aplicarán a las conductas que resulten de la aplicación de una Ley. No obstante, en su apartado 2 aclara: "Las prohibiciones del presente capítulo se aplicarán a las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal".

Por lo tanto, al primer mensaje de este artículo señalado anteriormente se deberá añadir el siguiente: las autoridades de competencia deben realizar sus labores de promoción ante los poderes públicos para perseguir el objetivo de que la intervención de éstos en el mercado, esto es, la regulación, no perjudique a la competencia cuando ello no sea necesario ni proporcionado. De esta forma, la labor de promoción de la competencia se incardina en la política de mejora de la regulación (*better regulation*).

Para elaborar todo ello en este artículo, siquiera someramente, se tratará, en primer lugar, de la evidencia de la “cantidad” de la actividad reguladora en España, a través de los datos más recientes de la OCDE; en segundo lugar, del interés suscitado fuera y dentro de España por la buena regulación en general —la “calidad”—, así como de algunos datos que fundamentan dicho interés. A continuación, se centrará el tema de la buena regulación desde el punto de vista de la competencia para recoger cuáles son los principios de la buena regulación y cómo los mismos pueden llevarse a la práctica a través de un análisis del impacto regulatorio. Finalmente, se hará especial referencia a un caso concreto por su actualidad y relevancia: la trasposición de la Directiva de Servicios como primer examen práctico para aplicar todo lo aprendido sobre buena regulación.

## LA REGULACIÓN EN ESPAÑA. LA CANTIDAD

La OCDE elabora un Sistema de Indicadores de Regulación de Mercados de Productos (incluido en la publicación *Going for Growth*, de la OCDE), conocido como PMR, por sus siglas en inglés, *Product Market Regulation*.

Su objetivo es ofrecer indicadores cuantitativos que recojan la información cualitativa existente en relación con la regulación que puede afectar a la competencia. Se trata en realidad de un grupo de indicadores de la regulación de los mercados tanto a nivel agregado como a nivel de sectores económicos. Todos estos indicadores miden el grado en el que las políticas económicas promueven o dificultan la competencia en áreas del mercado donde la competencia es factible.

El indicador PMR agregado o sintético cubre los grandes apartados de regulación: control estatal, obstáculos a la iniciativa empresarial, y obstáculos al comercio y la inversión. En 2008, además, el sistema de indicadores fue sometido a una revisión sustancial para mejorar su capacidad para reflejar los cambios en las cuestiones de regulación y competencia en los países de la OCDE. Así, el nuevo indicador PMR integrado recoge indicadores sectoriales hasta entonces separados y abarca en mayor medida que antes información sobre la regulación sectorial específica.

Los últimos resultados de este indicador sintético, dados a conocer por la OCDE recientemente, han mostrado un importante cambio de tendencia en el caso de España. Así, frente a la situación reflejada por los indicadores de años

anteriores (indicadores de 1998 y 2003), en los que España se situaba por encima de la media de la OCDE, en 2008 España ha pasado a situarse por debajo de dicha media.

### Estructura del Indicador PMR integrado de la OCDE

#### Control estatal:

- Alcance de las empresas públicas: mide el grado de generalización de la propiedad estatal en el conjunto de los sectores empresariales como proporción de sectores en los cuales el Estado controla al menos una empresa.
- Participación pública en los sectores de redes: mide la extensión de la propiedad pública en los sectores de energía, telecomunicaciones y transporte.
- Control directo de empresas comerciales: mide la existencia de derechos de voto especiales del Gobierno en empresas de propiedad privada, condiciones impuestas a la venta de capital de propiedad estatal, y el grado en que los órganos legislativos controlan las opciones estratégicas adoptadas por las empresas públicas.
- Controles de precios: refleja el alcance del control de precios en sectores competitivos, tales como el transporte aéreo, el comercio minorista, el flete por carretera, los servicios profesionales y las comunicaciones móviles.
- Utilización de regulación prescriptiva y de control: indica la medida en que el Gobierno recurre a la regulación coercitiva (en oposición a la basada en incentivos) en general y en determinados sectores de servicios.

#### Obstáculos a la iniciativa empresarial:

- Sistemas de licencias y autorizaciones: refleja el uso de las normas de “punto único de atención” y “consentimiento tácito” para recabar información sobre licencias y autorizaciones, y para obtenerlas.
- Comunicación y simplificación de normas y procedimientos: expresa aspectos de la estrategia de comunicación de los poderes públicos y los esfuerzos para reducir y simplificar las exigencias administrativas de la interacción con las autoridades.
- Exigencias administrativas para las empresas: mide el alcance de las exigencias administrativas para la creación de empresas.
- Exigencias administrativas para los propietarios individuales: mide el alcance de las exigencias administrativas para la creación de empresas de un propietario único.
- Exigencias administrativas para sectores específicos: refleja las exigencias administrativas en los sectores de transporte por carretera y de distribución minorista.

- **Obstáculos jurídicos:** mide el grado de generalización de los obstáculos al acceso en sectores empresariales como proporción de sectores en los cuales se imponen limitaciones jurídicas explícitas al número de competidores.
- **Exenciones antitrust:** mide el alcance de las exenciones a las normas sobre competencia para las empresas públicas.
- **Obstáculos al ingreso en los sectores de redes:** mide diversas clases de obstáculos al ingreso en los sectores de redes, así como el grado de integración vertical en los sectores de energía, transporte ferroviario y telecomunicaciones.
- **Obstáculos al ingreso en los servicios:** mide los obstáculos al ingreso en el comercio minorista y los servicios profesionales.

#### Obstáculos al comercio y la inversión:

- **Obstáculos a la inversión extranjera directa:** mide las restricciones generales y sectoriales a la adquisición de capital de empresas públicas y privadas por parte de extranjeros, los procedimientos obligatorios de control y los controles operacionales para las filiales de empresas extranjeras (por ejemplo, requisito de nacionalidad para el personal clave).
- **Tarifas:** refleja el promedio de las tarifas para la nación más favorecida, calculado mediante datos detallados de las tarifas de productos.
- **Procedimientos discriminatorios:** indica el alcance de la discriminación contra las empresas extranjeras en materia de procedimientos.
- **Obstáculos de reglamentación:** indica otras barreras no tarifarias al comercio, tales como los acuerdos de reconocimiento mutuo o la armonización internacional.

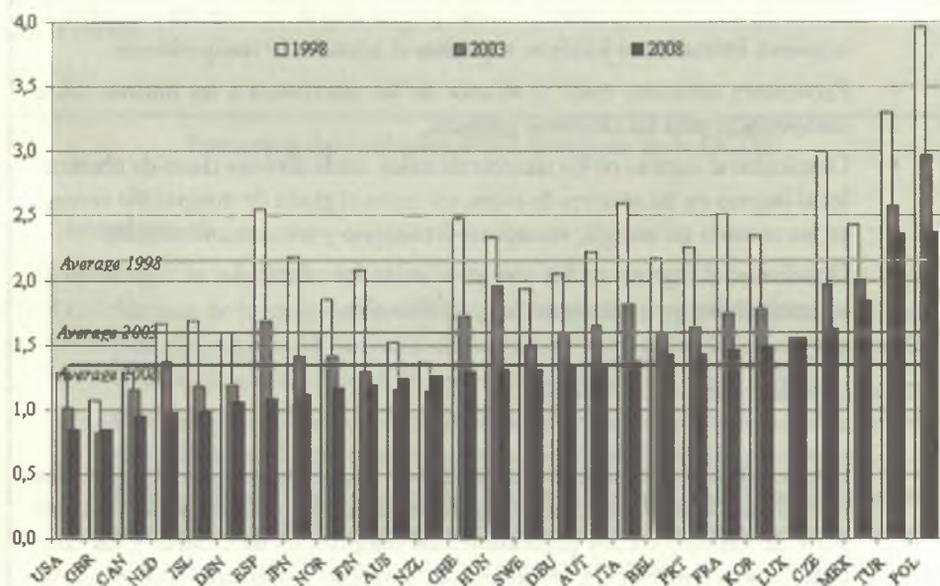
*Fuente:* OCDE

De esta forma, España no solo sigue la tendencia a la baja experimentada en otros países, es decir, la tendencia a la reducción de la cantidad de la regulación, sino que ha pasado además a estar por debajo de la media de la OCDE, lo cual estaría poniendo de manifiesto una mejora relativamente superior a la realizada por los demás países en los últimos años.

Estos datos recientes de la OCDE que muestran los avances realizados en España en cuanto a la reducción del nivel de regulación podrían ser utilizados, equivocadamente en nuestra opinión, para argumentar que, entonces, la regulación ya no es tan importante. Sin embargo, ello no es así: porque lo importante no es sólo la cantidad, sino también la calidad.

Pongamos un ejemplo muy extremo para argumentar este hecho: si en un determinado país se pasara de exigir a una empresa para operar en un determinado mercado que en lugar de veinte trámites realizara uno, se reduciría su cantidad de

## Indicador PMR sintético. OCDE



regulación, lo cual podría entenderse como una mejora. Sin embargo, puede ocurrir que ese nuevo y único trámite exija exactamente los mismos requisitos (como un capital mínimo, sede social en un determinado territorio, etc) que exigían anteriormente los veinte trámites existentes; incluso peor, puede ocurrir que ese trámite único exija ahora requisitos adicionales para poder operar en el mercado que resultaran desproporcionados o discriminatorios para los nuevos entrantes respecto al operador incumbente. Esa menor cantidad de regulación estará siendo entonces más dañina para la competencia y, en consecuencia, para el bienestar social: será una regulación de peor calidad.

## LA CALIDAD DE LA REGULACIÓN.

### SU IMPORTANCIA Y SU RELEVANCIA COMO POLÍTICA ECONÓMICA

Como se acaba de señalar, no es condición suficiente para mejorar el marco regulador de un sector reducir la cantidad de la regulación; puede ser condición necesaria, pero no suficiente. Es preciso, además, que la regulación mejore su calidad.

La medición de la calidad de una regulación no es una tarea sencilla. Sin embargo, se pueden encontrar algunos ejemplos que aportan datos interesantes a este respecto y que ayudan a fundamentar el interés por la buena regulación, por la regulación de calidad.

Un ejemplo reciente en España es el estudio publicado por el Banco de España<sup>4</sup>, en el que se analiza la regulación del sector del comercio minorista en España, al objeto de analizar una cuestión puesta de manifiesto por diversos organismos internacionales, esto es, que el comercio minorista español presenta una extensa regulación que genera numerosas barreras a la competencia que, a su vez, pueden estar introduciendo distorsiones en el funcionamiento del sector.

El estudio concluye, por una parte, que la regulación del sector del comercio minorista es ahora más restrictiva que hace veinte años (en 1997) y, por otra parte, que una mayor regulación estaría asociada a una mayor inflación, una menor ocupación en el sector y una mayor densidad comercial (con la excepción de los hipermercados, donde una mayor regulación se relaciona con un menor número de hipermercados por habitante).

Los efectos de la regulación sobre la inflación y el empleo no solamente tienen en cuenta la cantidad de la regulación, sino también su calidad, en particular, desde el punto de vista de la competencia, puesto que la conclusión de dicho estudio viene a señalar que los efectos negativos sobre los precios y el empleo se derivan del carácter restrictivo de dicha regulación.

Un segundo ejemplo que puede resultar de interés es el de la Directiva de Servicios<sup>5</sup>, que será comentado en mayor detalle más adelante.

En efecto, la Directiva de Servicios es un buen ejemplo de política de buena regulación, porque, en definitiva, y aun a riesgo de sintetizar en exceso, lo que la Directiva de Servicios implica es la obligación de regular bien el sector de servicios, de tal forma que se eliminen las barreras intracomunitarias al comercio de servicios y se mejore el marco regulatorio.

Siendo ese el resultado esperado de la Directiva de Servicios, esto es, una buena regulación, el Ministerio de Economía y Hacienda publicó en febrero de 2009 un estudio realizado por la Dirección General de Análisis Macroeconómico y Economía Internacional, en el que se estimaba el impacto potencial de la aplicación de la Directiva de Servicios en España.

En dicho estudio se estimaba<sup>6</sup> que la aplicación de la Directiva de Servicios generará un aumento del PIB del 1,21%. Asimismo, los efectos sobre el empleo serán más intensos en el medio plazo (tres años) con tasas de crecimiento del 0,75% (150.000 empleos), para progresivamente dar lugar a un impacto creciente sobre la productividad, que a largo plazo se elevará casi un 1%. Es más, el estudio concluye: “La introducción de más competencia en el principal sector económico conlleva cambios lo suficientemente profundos y sostenidos en el tiempo, como

<sup>4</sup> “La evolución de la regulación del comercio minorista en España y sus implicaciones macroeconómicas”. M.<sup>a</sup> de los Llanos Matea y Juan S. Mora. Banco de España. Documento de Trabajo 0908, 2009.

<sup>5</sup> Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

<sup>6</sup> El MEH aplica el modelo REMS, *Rational Expectations Model of the Spanish Economy*.

para poder hablar de efectos a largo plazo (horizonte de 60 trimestres), existiendo un cambio de estado estacionario”.

Baste añadir solamente que la valoración de ese impacto de la Directiva de Servicios cabe entender que está realizada bajo el supuesto de una correcta y plena trasposición de dicha Directiva, cuestión no exenta de debate.

Ejemplos como los anteriores ayudan a fundamentar el interés creciente por la buena regulación, interés que permite que podamos hablar de una política de buena regulación, como parte de la política económica.

En efecto, la importancia de una buena regulación es una idea que ha calado de forma muy profunda en las instituciones políticas y en los foros internacionales.

Se podría decir que la institución pionera en este sentido fue la OCDE. En 1995 publicó la *Recommendation of the Council of the OECD on improving the quality of government regulation*, el primer standard internacional sobre calidad de la regulación. Desde su publicación, la Recomendación ha ayudado a los Gobiernos a mejorar los procesos de elaboración y revisión de las normas, fomentando una nueva cultura basada en la eficiencia regulatoria, la transparencia y la responsabilidad. Como señalaba la OCDE, la calidad de la regulación es crucial para la eficiencia de los Gobiernos en la mejora de la economía y de la calidad de vida de los ciudadanos.

Los avances y las nuevas experiencias recopiladas desde entonces han permitido a la OCDE publicar en 2005 los *Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance*. Como se señala en su introducción, la OCDE concibe la reforma de la regulación no como una actuación a llevar a cabo una vez (*one-off effort*), sino como un proceso dinámico, a largo plazo y multidisciplinar. Los principios de la buena regulación que señala la OCDE son los siguientes:

- Establecer en el ámbito político amplios programas de reforma de la regulación que establezcan objetivos y marcos claros para su implementación.
- Realizar análisis de impacto regulatorio y revisiones sistemáticas de las regulaciones, para asegurar que logran los objetivos esperados de forma eficaz y eficiente.
- Asegurar que las regulaciones, las instituciones reguladoras y los procesos reguladores son transparentes y no discriminatorios.
- Identificar interrelaciones con otros objetivos políticos.

Por su parte, la Comisión Europea se ha mostrado muy activa en este ámbito en los últimos años. En 2005 se aprobó la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento (2005) *97 Better regulation for growth and jobs in the European Union*.

En dicha Comunicación, que se enmarca en el ámbito de la Estrategia de Lisboa renovada, se señala: “La política de mejora de la legislación de la UE está

orientada a perfeccionar el marco regulador, mejorar la concepción de la legislación en beneficio de los ciudadanos, reforzar el respeto y la eficacia de las normas y minimizar el coste económico, siguiendo los principios de proporcionalidad y subsidiariedad de la UE”.

A la relevancia adquirida por la política de mejora de la regulación en los organismos internacionales se une, lógicamente, el impulso que en determinados países se ha estado dando de manera especial a esta política. El caso del Reino Unido resulta especialmente significativo en este ámbito, pero además ofrece un buen ejemplo de la evolución en las prioridades a este respecto. Así, en el Reino Unido, a finales de los 90 existía una unidad denominada *Deregulation Unit*, que se encargaba de coordinar la política de desregulación entre los distintos departamentos ministeriales. Posteriormente, tras una etapa en la que el peso se movió hacia las políticas de *re-regulation*, lo que existe en la actualidad es la *Better Regulation Executive*.

Por lo tanto, esta flexibilidad en la administración británica es una muestra evidente de cómo se ha pasado a lo largo del tiempo de una política en la que se hacía mayor hincapié en la necesidad de desregular, de eliminar regulaciones, a una política en la que lo relevante no es la desregulación *per se*, sino la mejor regulación, esto es, que la regulación exista cuando sea necesaria y que sea proporcionada a las necesidades y objetivos que persigue, sin introducir trabas o restricciones injustificadas, eligiendo siempre la mejor alternativa.

En el caso de España, los avances en materia de mejora de la regulación son más recientes y, en gran parte, impulsados por las instituciones y las políticas comunitarias.

Ello no quiere decir que en España no se hayan llevado a cabo en años anteriores actuaciones cuyos efectos hayan supuesto una mejora de la regulación. Sin embargo, sí se puede considerar como un hecho más reciente la toma de conciencia acerca de que la mejora de la regulación forma parte de la política económica.

En efecto, tal y como se puede desprender del análisis de la política de mejora de la regulación<sup>7</sup>, ésta se conforma con dos tipos de componentes: por un lado, el marco político e institucional y, por otro lado, los instrumentos o herramientas de mejora de la regulación. Es el primer componente de esta estrategia el que resulta más novedoso en España, pues ha sido en los últimos años cuando se ha podido observar un mayor compromiso institucional en esta materia.

Así, de forma clara se puede ver en el Programa Nacional de Reformas (PNR), entendiendo que éste es una plasmación de la política económica en España. El PNR aprobado en octubre de 2005 (que se va actualizando cada año sobre la base de los mismos ejes) incluía siete ejes de actuación:

.....

<sup>7</sup> Balsa, C. (2006), "La 'Better Regulation'", Papeles de Evaluación, Ministerio de Administraciones Públicas.

- Refuerzo de la estabilidad macroeconómica y presupuestaria
- Plan Estratégico de Infraestructuras y Transporte y Programa AGUA
- Aumento y mejora del capital humano
- La estrategia de I+D+i
- Más competencia, mejor regulación, eficiencia de las Administraciones Públicas y competitividad
- Mercado de trabajo y diálogo social
- El Plan de Fomento Empresarial

De esta forma, una política novedosa como la de “mejor regulación”, unida, por otra parte, a “más competencia” y a “competitividad”, aparecía en la lista de prioridades al lado de otras políticas tan tradicionales o arraigadas como la I+D, la mejora del capital humano, las infraestructuras o el mercado de trabajo.

La clasificación como novedoso de este apoyo institucional y político a la mejora de la regulación no significa que hasta ese momento no se hubieran aplicado instrumentos de mejora de la regulación.

Un ejemplo que puede ilustrar esto último y que es quizá el instrumento más interesante y el que nos va a servir para enlazar con el siguiente apartado es el que se refiere al conocido como análisis de impacto regulatorio (*regulatory impact assessment*, RIA).

En efecto, al menos desde 1997, la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno<sup>8</sup> exige que todo proyecto normativo venga acompañado de dos documentos: los conocidos como memoria justificativa y memoria económica. En 2003 se añadió un tercer documento obligatorio: una memoria de impacto por razón de género.

Si entendemos que dichas memorias reflejan un análisis de impacto regulatorio, podríamos afirmar que en España existe ya una amplia experiencia en materia de mejora de la regulación. Sin embargo, es precisamente dicha experiencia la que nos permite afirmar que todavía existe un gran campo de mejora en esta materia.

En particular, el problema que se puede observar es un problema de concepto, de entender qué es y para qué sirve un análisis de impacto regulatorio (o una memoria): el análisis de impacto regulatorio es una forma de trabajar, no un documento de trabajo.

En consecuencia, no se trata de plasmar en un documento, en una memoria, cuál es el impacto esperado de una regulación, una vez que ya se ha tomado la decisión de cuál va a ser esa regulación; bien al contrario, un análisis de impacto regulatorio lo que pretende es que desde que se inicia la preparación de proyecto regulatorio se analice el objetivo que se pretende alcanzar, se analicen las

<sup>8</sup> No nos vamos a referir aquí al ámbito autonómico.

alternativas regulatorias para alcanzarlo y se opte por aquélla que no introduzca “daños” que no resulten necesarios o proporcionados.

Por lo tanto, un análisis de impacto regulatorio permite elegir la mejor alternativa regulatoria, pero la siguiente pregunta es ¿la mejor alternativa... desde qué punto de vista? ¿la reducción de cargas administrativas, la igualdad de género, el ahorro presupuestario, la igualdad de oportunidades, la creación de empleo, la salud pública...? ¿la competencia?

Son muchos los puntos de vista a considerar, tantos como los objetivos de interés general u objetivos de política económica que se persigan. La competencia es uno de ellos y es en el que, lógicamente, nos vamos a centrar.

Antes de empezar recordemos el artículo 38 de la Constitución: “Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”.

## LA CALIDAD DE LA REGULACIÓN ES IMPORTANTE PARA LA COMPETENCIA. LOS PRINCIPIOS

La regulación puede entenderse como las reglas de juego en las que los operadores deben desenvolverse y actuar en libre competencia. Por ello, desde el punto de vista de la competencia, resulta fundamental que se trate de unas buenas reglas de juego, de una regulación de calidad.

Los principios para una buena regulación desde el punto de vista de la competencia son unos principios sencillos y comúnmente aceptados que, sin embargo, es preciso recordar de tanto en tanto.

Esta labor es precisamente la que ha realizado en 2008 la CNC al publicar el informe titulado *Recomendaciones a las Administraciones Públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia*.

Dicho informe se basa en la experiencia adquirida por la autoridad de competencia en una doble vertiente. Por una parte, en su experiencia en los procesos de liberalización de principios de los 90, donde se pudo observar que las medidas de liberalización podían no ser suficientes por sí mismas para favorecer el desarrollo competitivo de los mercados, sino que era necesario que el marco normativo fuera eficiente. Por otra parte, en el hecho ya apuntado de que la intervención o aparición de los poderes públicos es muy frecuente en los asuntos tratados en las autoridades de competencia, especialmente, porque su actuación como regulador o interventor en el mercado puede distorsionar la libre competencia en el mismo.

Por ese motivo, la CNC estimó necesario recordar los principios generales que la regulación debía respetar: necesidad y proporcionalidad, mínima distorsión, eficacia, transparencia y predecibilidad.

Tales principios son los que deberían tenerse en cuenta por parte de los poderes públicos en su actuación como reguladores o interventores en el mercado. Tal y como propuso la CNC en el mencionado informe, la forma de tenerlos en cuenta es a través de la elaboración de *Memorias de Competencia*; ahora bien, entendiendo tales memorias como un correcto análisis de impacto regulatorio, tal y como se ha descrito anteriormente.

**CNC: Recomendaciones a las Administraciones Públicas  
para una regulación más eficiente y favorecedora de la competencia**

Principios de buena regulación:

- 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.
- Mínima distorsión: de entre los instrumentos posibles para la consecución de un objetivo dado se debe emplear aquéllos que supongan la mínima distorsión para la competencia.
- Eficacia: el diseño de las normas debe permitir su aplicación eficaz.
- Transparencia: la transparencia debe ser un principio que impregne el marco normativo y los procesos de elaboración del mismo.
- Predecibilidad: el marco normativo debe ser estable y predecible su desarrollo.

Por eso, en el informe de la CNC, al mismo tiempo que se sugiere reforzar la obligatoriedad de realizar análisis o memorias de competencia, se recuerdan las características básicas que deben tener esos análisis:

- deben ser realizados por la unidad u órgano proponente de la norma;
- deben ser realizados desde el principio del diseño del proyecto normativo o actuación administrativa y no una vez que las decisiones ya están tomadas;
- deben considerar las alternativas regulatorias y no regulatorias existentes para optar por aquélla que, alcanzando el mismo objetivo, suponen un menor o nulo daño a la competencia.

Para ayudar a los poderes públicos a realizar este análisis desde el punto de vista de la competencia, la CNC ha publicado un segundo documento, en este caso, una *Guía para la elaboración de memorias de competencia*, donde, de forma práctica y con múltiples ejemplos, se describe el procedimiento a seguir para identificar

primero si el proyecto normativo o la actuación prevista introducen restricciones a la competencia, y para evaluar después si dicha restricción es necesaria y proporcionada o si existe una mejor alternativa regulatoria.

## LA LABOR DE PROMOCIÓN DE LA CNC

La labor desarrollada por la CNC con la publicación de los dos documentos mencionados se enmarca en las tareas de promoción de la competencia que se han visto reforzadas en los últimos años no sólo por la propia estructura de la nueva CNC, sino, especialmente, por la Ley de Defensa de la Competencia de 2007.

Conviene retomar aquí la frase de la Memoria del TDC de 1992 que se señalaba al principio del artículo, pero ahora completada con su primera parte:

Esta actividad, que forma parte de lo que en terminología americana viene en llamarse *advocacy of competition* (promoción de la competencia) es muy necesaria porque a veces no son los operadores privados sino los propios poderes públicos los que a través de sus normas son responsables de la falta de competencia.

Por lo tanto, la labor de promoción o *advocacy* de la CNC está íntimamente ligada al tema analizado en este artículo, esto es, a la importancia para la competencia de la intervención de los poderes públicos: los poderes públicos son los destinatarios primeros de la labor de promoción de la competencia de la CNC.

La promoción de la competencia se introduce así de lleno en la promoción de la buena regulación, como parte esencial de la misma.

En este caso se trata de ayudar a las AAPP, a los poderes públicos reguladores e interventores en el mercado en sentido amplio, a que lo hagan de la forma más adecuada desde el punto de vista de la competencia, es decir, sin introducir, de forma injustificada, restricciones a la competencia que acaben teniendo efectos negativos en la economía y en el bienestar social. El informe sobre los principios de buena regulación y la *Guía para la elaboración de memorias de competencia* se han elaborado con esta finalidad.

Pero, además, no se puede olvidar que, junto a esta tarea de “ayuda” a los poderes públicos, también existen otras labores de la CNC para supervisar o controlar su actuación, en particular, para controlar la buena regulación desde el punto de vista de la competencia.

Por una parte, el informe preceptivo de la CNC sobre los proyectos normativos cuando éstos tengan efectos previsibles sobre la competencia, tal y como dispone el artículo 25 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Por otra, el novedoso instrumento conocido como legitimación activa establecido

por el artículo 12.3<sup>9</sup> de la Ley: “La CNC está legitimada para impugnar ante la jurisdicción competente actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados”.

## EL CASO DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS

Una última mención a un caso que podría definirse como un claro ejemplo en el que se va a poder llevar a la práctica todo lo aprendido en relación con la mejora de la regulación, en particular, desde el punto de vista de la competencia: la trasposición de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado anterior (conocida como Directiva de Servicios).

Si se quiere, la propia Directiva de Servicios es un ejercicio de buena regulación, aunque limitada al sector servicios (que, no olvidemos, supone el 65% del PIB en España): la Directiva establece el objetivo y los principios de buena regulación y, a partir de ahí, impone dos obligaciones: tenerlos en cuenta para regulaciones futuras y revisar, atendiendo a esos principios, la regulación existente.

El objetivo de la Directiva es que la regulación sea compatible con las dos libertades fundamentales del mercado interior de los servicios: libertad de establecimiento y libertad de prestación de servicios. Y para ello utiliza tres instrumentos: simplificar procedimientos, fomentar un nivel elevado de calidad de los servicios, y evitar la introducción de restricciones al funcionamiento de los mercados de servicios que no resulten justificadas o proporcionadas<sup>10</sup>.

Repitamos el último de ellos: evitar la introducción de restricciones al funcionamiento de los mercados de servicios que no resulten justificadas o proporcionadas. Eso se refiere precisamente, sin perjuicio de otros objetivos, a la buena regulación desde el punto de vista de la competencia de la que hemos hablado en este artículo.

Por ello, la trasposición de esta Directiva, en concreto, la aplicación práctica de este objetivo y estos principios a nuestro marco regulatorio, el existente y el futuro, es un estupendo examen de aplicación de lo aprendido en materia de mejora de la regulación.

Junio 2009

<sup>9</sup> La misma previsión que recoge el artículo 12.3 para la CNC se recoge en el artículo 13 para las autoridades de competencia autonómicas.

<sup>10</sup> Artículo 1 del Proyecto de Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, por el que se traspone la Directiva de Servicios.

## BIBLIOGRAFÍA

- Balsa, C. (2006), “La ‘Better Regulation’”, Papeles de Evaluación, Ministerio de Administraciones Públicas.
- Cases, Ll. (2009), “Regulación y competencia. Límites y conexiones”, Derecho de la regulación económica. Tomo I. Director: Santiago Muñoz Machado y José Esteve Pardo.
- Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento (2005), *97 Better regulation for growth and jobs in the European Union*.
- CNC (2008), “Recomendaciones a las Administraciones Públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia”.
- CNC (2009), “Guía para la elaboración de Memorias de Competencia”.
- Matea, M. y Mora, J. (2009), “La evolución de la regulación del comercio minorista en España y sus implicaciones macroeconómicas”, Banco de España, Documento de Trabajo 0908.
- Ministerio de Economía y Hacienda (2009), “Efectos macroeconómicos potenciales de la Directiva de Servicios en España”, Dirección General de Análisis Macroeconómico y Economía Internacional.
- Ministerio de Economía y Hacienda (2005), “Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia”.
- OCDE (2009), “Reformas del mercado de productos en España entre 1998 y 2008”.
- OCDE (2005), “Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance”.
- OCDE (1995), “Recommendation of the Council of the OECD on improving the quality of government regulation”.
- OCDE (2008), “Measuring regulatory quality”, Policy Brief.
- OCDE (2009), “Going for Growth”.
- Programa Nacional de Reformas de España
- Tribunal de Defensa de la Competencia, Memoria 1992.

