

LAS AGENCIAS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y LA DESREGULACIÓN: EL TDC

Aurelio ALONSO-CORTES CONCEJO
Presidente de la Comisión de Defensa
de la Competencia. CEOE

I. DESREGULACIÓN: OBJETIVOS PRINCIPALES EN LIBRE COMPETENCIA

Aunque se viene utilizando el término «reforma reguladora» para denominar el procedimiento de eliminación o reducción de las situaciones de monopolio legal en la producción de bienes y servicios, prefiero actualmente seguir usando el de «desregulación». Es un concepto más dinámico que el de «reforma reguladora» ya que comprende la acción de «quitar regulación». Reformar, en la acepción usada por los Gobiernos y las Administraciones Públicas, implica mantener sustancialmente lo regulado con adaptaciones, cuando, según una creciente opinión que comparto, el objetivo inicial y general ha de ser «eliminar» normas, habiendo llegado a ser éste, precisamente, el criterio de destacados Partidos Políticos¹.

En la mayor parte de los casos la eliminación será de las restricciones y no de la misma norma. Ello se debe a que habrá que evitar el vacío derivado de la desaparición de la limitación que, reemplazado con la nueva y concreta libertad de mercado, obligará a establecer, en su lugar, controles de la Administración para evitar abusos o problemas de segu-

¹ El Partido Popular, ya en abril de 1991, en su programa «Un nuevo impulso», propuso reformar hasta llegar, cuando sea posible, a su «desaparición», «aquellas Leyes y otras normas administrativas que amparan la actuación de grandes empresas —públicas y privadas— que por ser conceptuadas en el pasado como estratégicas o relacionadas con el bienestar social, integran sectores tales como la energía, siderurgia, construcción naval, transportes, correos, telecomunicaciones o sanidad». El programa daba pautas respecto a las normas administrativas que hay que «eliminar» y concreta las reformas a emprender en cinco Sectores y en la Empresa Pública.

ridad. De ahí que, cuando se trata de desregulación se hable, también, de re-regulación como acción de «regular de nuevo». La actuación desreguladora consistirá, pues, no en abrogar o anular radicalmente sino en volver a regular si bien dejando la actividad de la Administración limitada al papel de supervisor o árbitro².

La desregulación comprenderá no sólo la «económica» que propugna la eliminación o reducción de las exenciones y restricciones a la competencia, sino también la «estructural» que concierne a las reformas de esta clase a acometer en el propio Estado (Poderes Públicos, Justicia, Administración —organización, personal, simplificación de procedimientos, y burocracia—), mercado de trabajo, sanidad, etc. El objetivo de la reforma estructural es reducir el Estado, actualmente en una situación de «hipertrofia», hasta conseguir una dimensión eficiente y mínima³.

Ningún Sector de servicios debe estar excluido de la desregulación, ni siquiera las áreas «tabú» relacionadas con el llamado «Estado del Bienestar» como la sanidad, las pensiones o la educación, por mucho que no pocos Gobiernos sean reacios a entrar en ellas. Sólo los servicios que afectan a la seguridad de los ciudadanos en sentido amplio, es decir, la defensa, el orden público y la justicia deben seguir, de modo exclusivo, en manos del Estado⁴.

En este trabajo trato sobre la reforma económica en la medida que afecte a la libre competencia. La liberalización total o parcial de la economía es el fin o resultado, y la desregulación es el método a seguir.

Diferentemente, «privatización» es el traspaso de la propiedad y/o del control de concretas y determinadas actividades económicas, —especialmente de la producción de bienes y servicios—, a los privados, desde la Administración Pública —en su más amplio concepto de Central, Autonómico, Local e Institucional—. Se trata de una «mera

² «Desregulación» es concepto utilizado en *La desregulación y liberalización de la economía en España y en otros países*, en Informes y Estudios de la CEOE, nº 73, 1975.

³ El concepto de «Estado mínimo», y su «hipertrofia» lo trató el autor en la citada monografía de CEOE. Asimismo ha sido objeto de consideración las Jornadas organizadas por el TDC en Barcelona el 8 de mayo de 1997. Ha sido desarrollado también en el «Libro Blanco sobre el papel del Estado en la economía española» dirigido por el Profesor TERMES y publicado en abril de 1991. El autor colaboró en los capítulos 12 y 13 dentro del equipo de JOSÉ FOLGADO.

⁴ Inglaterra, al final de la época MAJOR se planteó el cambio del sistema de pensiones por un «fondo personal» que se diseña por el interesado a conveniencia; incluso los laboristas están adoptando un sistema mixto, público y privado. En EEUU destaca el Programa «nueva promesa» de CLINTON, con el anuncio de reformas estructurales que se incorporarán a la Ley de Presupuestos de 1998 y sobre todo a una «Ley de equilibrio presupuestario» hasta el año 2002. Japón ha convertido la reforma estructural en la clave del segundo mandato de HASHIMOTO cuyo único problema —según manifiesta— es que no sabe cómo explicar al público las prioridades. En España los mismos socialdemócratas se han invitado a modificar el ideario y aceptan que es necesario reformar el Estado del bienestar ya que el aumento del gasto público y de los impuestos ha llegado a término. Éste es el mensaje del libro de SOLCHAGA *El final de la edad dorada*.

transmisión» que pocas veces necesitará de una previa desregulación, salvo que la Administración esté operando precisamente en un ámbito protegido por específicas regulaciones; en este caso la desregulación debe ser previa a la transferencia⁵.

La finalidad de la desregulación económica es, pues, eliminar las exenciones a la aplicación de las Leyes de la Competencia, y las restricciones a la libre competencia en el mercado.

1. ELIMINAR LAS EXENCIONES A LA LIBRE COMPETENCIA

Derogar o modificar las regulaciones que eximen a ciertos operadores de las leyes de defensa de la competencia es a mi entender tanto o más importante que eliminar las restricciones existentes, de derecho o de hecho, en el mercado. Es la tarea prioritaria y central de la desregulación. Y comoquiera que las exenciones se manifiestan en áreas en las que por imperativo legal está vedado conocer a las Agencias «anti-trust», habrán de ser específicamente éstas las que pongan de manifiesto a los Gobiernos respectivos cuáles son las exenciones que es preciso derogar. No resulta precisamente ejemplar, por discriminatorio, que ciertas áreas económicas estén cerradas al examen de dichos órganos.

Esta facultad, en el caso del TDC, se establece en el art. 2.2. de la LDC española 16/1989 referida a la «modificación o supresión de las situaciones de restricción de la competencia establecidas de acuerdo con las normas legales».

Y es que la LDC como Ley general se conjuga mal con las exenciones totales o parciales, que pudieron haber tenido cierto fundamento en estadios iniciales de la economía o en ciertos conceptos (fallos del mercado, monopolios naturales, o sectores estratégicos) que, además de estar actualmente superados, han costado el pago de altas rentas monopolísticas en beneficio de sujetos económicos individuales o sectoriales, públicos o privados.

Países como Estados Unidos y Australia en su desregulación se han distinguido por abordar con preferencia la eliminación de las exenciones legales especialmente en áreas como los transportes por carretera, servicios profesionales o ciertas actividades comerciales.

En España la modificación de la Ley 16/1989, con la introducción del punto 3, en su artículo 2º, y las últimas actuaciones del TDC en mate-

⁵ SORIANO, en su obra *Desregulación, privatización y derecho administrativo*, Real Colegio de España en Bolonia, 1993, postulaba entre los primeros, la correcta doctrina de que «si se privatiza un Sector ha de ser eliminando todo elemento de poder monopólico e introduciendo competencia, de forma que los particulares beneficiados por el proceso de privatización no sustituyan al Estado, que es el único que ha de tener el poder por definición».

ria de monopolios muestran una importante y muy positiva inflexión al dirigir sus análisis a la misma Administración como sujeto de la actuación correctora del TDC.

Y aunque hay quien afirma que sin la inclusión de dicho punto 3 el Estado estaba sujeto a la LDC por ser ésta de aplicación «a todos los operadores en el mercado», desde la nueva redacción no hay duda alguna de que serán enjuiciables las situaciones de restricción que «sean causadas por la actuación de las Administraciones Públicas, los Entes Públicos o las Empresas Públicas sin dicho amparo legal». Queda, pues, derogada la «exención singular» que amparaba todas las actuaciones del Sector Público, y subsistente la «exención general» que ampara a todos los operadores económicos protegidos por una concreta Ley.

Afirmo, además, que el TDC no sólo tiene atribución para corregir la actuación anticoncurrencial de la Administración en el mercado sino incluso para proponer la desregulación que afecte al propio Estado siempre que sea el destinatario de las regulaciones económicas que comporten exenciones o restricciones concurrenciales.

2. ELIMINAR LAS RESTRICCIONES A LA COMPETENCIA

A. *Las restricciones normativas y las fácticas*

Interesa diferenciar el concepto de restricción o limitación a la competencia frente a la simple exención de las Leyes que la defienden. Me concreto ahora al primero. La restricción puede tener origen en una normativa en cuyo caso la medida consistirá en promover la vía de desregulación o constituir una conducta restrictiva de ciertos operadores del mercado a la que llamaremos restricción fáctica.

Unas y otras, las normativas y las fácticas, adoptan formas similares. La forma más radical de restricción a la competencia es el monopolio pero pueden presentarse largas listas de restricciones de origen normativo que afectan a la capacidad de las empresas para competir. Carlos Ocaña en su trabajo «El coste de las restricciones a la competencia», publicado en el n.º 73 de «Informes y Estudios» de CEOE, presenta el siguiente catálogo, cada una de cuyas categorías desglosa con abundancia enriquecedora del concepto:

1. Barreras a la entrada genéricas.
2. Barreras al comercio internacional.
3. Restricciones sobre los precios.
4. Restricciones sobre la producción.
5. Restricciones sobre la localización.
6. Restricciones sobre los horarios o duración.
7. Distorsiones de los costes causadas por ayudas públicas o similares.

8. Restricciones sobre la publicidad y la transparencia informativa.
9. Restricciones sobre la calidad y la estandarización.
10. Restricciones de tipo financiero.
11. Otras restricciones sobre la actividad de las empresas.

Para Ocaña «el elemento distintivo de las restricciones a la competencia es que discriminan a unas empresas frente a otras de manera que el grado de rivalidad, esto es la intensidad con que las empresas luchan por captar y atender a la demanda, disminuyen». «Sólo cuando la norma es discriminatoria bien porque dificulta la entrada de competidores bien porque no permite a las empresas tomar decisiones independientemente para atraer a los consumidores, cabe referirse a la existencia de una restricción a la competencia».

En cuanto a las restricciones de la competencia no normativas sino fácticas sólo cabe pensar en su eliminación o cesación en los términos de la LDC y no, alternativamente, en su reducción. Y ello porque se trata de conductas ilegales. Estas restricciones están implantadas en el mercado, y equivalen a «situaciones posesorias». Por ello su eliminación o cesación no puede producirse por un simple acto de autoridad del Gobierno (normativo o no) sino, previo enjuiciamiento, por decisión ya de la jurisdicción civil —cuando el ordenamiento lo permita (por aplicación del abuso de derecho, o competencia desleal)— ya por resolución de la Agencia «anti-trust».

Obviamente las restricciones abundan de tal modo en el mercado que la tarea de eliminarlas es gigantesca. Esta circunstancia obliga al Gobierno a dotar suficientemente a ambas instituciones, judicial y «anti-trust», que en muchos países y singularmente en España están infradotadas como ha denunciado en diversas ocasiones la OCDE. Sobre ello volveré más adelante.

Las restricciones más frecuentes son las originadas por controles normativos o fácticos en barreras de entrada o fijación de precios, en sectores como las profesiones, el transporte, la distribución, o ciertos servicios que, por naturaleza, debían ser de libre competencia. Y al ser amparadas o propiciadas generalmente por grupos de presión son las más difíciles de eliminar.

B. Eliminación de barreras económicas

Son una forma particular y común de limitación o restricción de la competencia cuya eliminación es el objeto final de la desregulación.

a) De entrada y desarrollo: concesión y licencia

Las barreras más habituales existentes en el mercado son las de entrada, o de desarrollo, y también las más eficaces para obtener un efecto anticoncurrencial. La acción de desregulación habrá de empezar por ellas.

Las más típicas son, dentro del derecho, la exigencia de licencia o concesión para realizar la actividad, o la existencia de impedimentos de hecho. Se equiparan a las anteriores restricciones de la Administración los casos de autorización, aprobación, visado, dispensa, etc. A veces es el propio sector el que tiene un derecho o facultad de veto sobre nuevos entrantes, ya de modo directo ya indirecto al solicitarse por la autoridad que otorga una licencia un previo informe de «los ya establecidos» sobre los inconvenientes para la actividad que implique el aumento de operadores con los entrantes o acerca de la capacidad de los establecidos para asumir las nuevas necesidades.

Las Directivas de la UE y, por su transposición, la legislación española exigen no sólo requisitos de capacidad a los entrantes sino con frecuencia la obligación de negociar su propia entrada con los establecidos. Es el caso la energía eléctrica y del gas. La Directiva 96/92/CE de 19 de diciembre de 1996, sobre «Normas comunes para el mercado interior de la electricidad», que configura el acceso a las redes como una base de la apertura de los mercados, regula en su artículo 17 el acceso negociado mediante acuerdos comerciales voluntarios entre las empresas de suministro de electricidad y los clientes cualificados. En España el acceso negociado se aplica al gas en el Real Decreto 2033/1996 de 6 de septiembre, con limitaciones y discriminaciones subjetivas y cuantitativas injustificables que no acaban de garantizar el acceso de terceros a la red nacional de gasoductos y a las plantas de regasificación. Diferentemente, con mayor acierto pero con alguna previsión dilatoria, aplica el sistema negociado el anteproyecto de Ley sobre el Sector Eléctrico que se tramita en el Congreso de los Diputados⁶.

Una medida de desregulación en el caso de servicios que se presenta como eficaz es la progresiva conversión en mera licencia de los casos sujetos a concesión. El proceso de liberalización en su forma de privatización más dinámica consiste no tanto en la transferencia de la propiedad de los gestores de servicios públicos y monopolios naturales como en la privatización de la gestión convirtiéndola de directa en indirecta⁷. Es en la indirecta donde la transformación de la concesión en licencia tiene suma importancia.

La concesión requiere un procedimiento administrativo de otorgamiento, el pago de unos cánones generalmente sustanciales, y supone

⁶ La Directiva 96/92/CE mencionada establece el acceso negociado y el regulado. En el primero el cliente negocia con el gestor de la red el cual establece y publica una gama indicativa de precios de utilización. Diferentemente en el acceso regulado son los Estados quienes fijan las tarifas. Solo en este caso puede hablarse de un verdadero derecho de acceso. Este es el sistema seguido en España por el art. 42 del Anteproyecto de Ley del Sector Eléctrico, que sigue el sistema regulado como un derecho de acceso a la red de distribución que solo podrá ser denegado por el gestor de la red, de forma motivada, en caso de que no disponga de la capacidad necesaria. El precio por el uso de redes o «peaje» se determina por el Gobierno.

⁷ El citado «Libro Blanco» recoge esta transformación de la gestión como fórmula de privatización; capítulo 12.II.2.3.

una entrada singular o de muy pocos. El Gobierno considera la actividad como propia y puede revertirla o recuperarla. Pero la concesión ha pasado de ser preferentemente un método de gestión indirecta y controlada de servicios públicos esenciales a ser un método recaudatorio y limitativo de la competencia en cualquier clase de servicios.

La licencia no tiene en principio limitación cuantitativa de entrantes, y basta para concederla la comprobación del cumplimiento de requisitos por el solicitante. Y si ambas figuras, concesión y licencia, van dirigidas a garantizar la idoneidad del prestador, la continuidad del servicio, su seguridad, sólo la licencia es claramente compatible en la actualidad con la competencia. Este es el criterio que ya está aplicando actualmente el Gobierno español en áreas de actividad como las Televisiones Locales⁸.

b) Barreras de salida

Me refiero a las normas que dificultan a las empresas dejar un mercado o les obligan a prestar servicios en condiciones desfavorables, lo cual obstaculiza la competencia con efecto equivalente a una restricción.

La existencia de barreras de salida produce un «efecto escaparate» disuasorio para otras empresas que desean entrar pero que prevén dificultades para abandonar si las cosas van mal o se les presentan mejores oportunidades en otra parte. El efecto, pues, es similar a una barrera de entrada. La desregulación podrá evitarlo eliminando dichas dificultades. Cabría hacerlo, por ejemplo, permitiendo a los operadores abandonar el servicio en los no rentables o transfiriendo la obligación de servicio universal a un sistema general.

El principio de universalidad constituye una obligación material de prestación generalmente impuesta a los operadores de ciertos servicios. Pretende amparar la prestación de servicios en emplazamientos sin masa crítica de usuarios (zonas rurales o alejadas, por ejemplo), y ha sido una de las mayores objeciones respecto a la liberalización ya que de no atenderlo —en opinión de algunos— se perjudicaría a los sectores más desfavorecidos de la sociedad. En mi opinión, trasladar el coste del servicio universal a los prestadores es injusto. El servicio universal debe ser transformado de prestación obligatoria de algún operador a prestación general de todos y sufragado con cargo a los Presupuestos Generales del Estado. En el caso de asunción por los operadores del sector habrá de ser «a prorrata» de su cuota en el mercado con un porcentaje mínimo y fijo para los entrantes. También cabría pensar en un modo mixto mediante la distribución entre Presupuestos y operadores.

⁸ Un acuerdo del Consejo de Ministros de 23 de febrero de 1997, sobre la implantación de nuevas medidas liberalizadoras, se refiere expresamente, en su exposición de motivos, a ésta transformación.

c) Las barreras y la posición dominante

La existencia de barreras favorece los procesos de concentración pero no sólo los positivos para la competencia sino especialmente los indeseables.

Las concentraciones pueden ser positivas o necesarias para la economía pero frecuentemente conducen a posiciones dominantes que son la antesala de actuaciones de abuso, especialmente cuando propician integraciones verticales entre empresas que ya son dominantes antes de la integración. Ha sido Inmaculada Gutiérrez⁹ la que en los cambios de estructura de un sector con ocasión de las privatizaciones, ha analizado cómo la alteración de la correlación de fuerzas entre operadores derivada de dicho proceso no tiene porqué perjudicar el desarrollo de la competencia, aunque el incremento que se produce en el grado de concentración puede ser o no permisible desde el punto de vista de la LDC.

Es precisamente la facilidad de entrada y salida la que tiende a evitar estas situaciones. La presencia o ausencia de barreras de entrada permite valorar una posición dominante¹⁰. Diría más; una posición de dominio es en sí misma una barrera de entrada procedente del operador dominante, que como es sabido se convertiría en ilegal cuando se abusara de ella. El TJCE ha definido la posición dominante como «una posición de fuerza económica de la que goza una empresa que le permite impedir el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado relevante posibilitándole comportarse de modo apreciable independientemente de sus competidores y clientes, y en definitiva de los consumidores»¹¹.

C. Duopolio mejor que monopolio

Ha sido criticado el reemplazo de una situación de monopolio por otra de duopolio con ocasión de una desregulación, concretamente en la de las telecomunicaciones en España. Los que así piensan debieran comprender que, aunque el duopolio no es recomendable, en «sectores motor» de la economía como el mencionado es necesario tomarse un tiempo y un «rodaje» para reformar. De esa clase de sectores dependen otros muchos, especialmente industriales, que no pueden quedar al albur de una apertura total sin tiempo de reaccionar. La pérdida de cuota de mercado por el monopolista será siempre importante y puede ser crítica sin una transición. La adecuación de esta alternativa del duopolio queda demostrada por el hecho de haber sido elegida por países como Gran Bretaña y Australia y cabe aceptarla siempre en el bien entendido de que en la UE a partir de 1998, como se prevé ocurra en España, este segun-

⁹ Conferencia impartida en el ciclo «Las privatizaciones en España» 10 de marzo de 1997, organizado por el «Club diálogos para la Democracia».

¹⁰ Caso *United Brands vs Comisión*, DOCE 1976 L95/1.

¹¹ Caso 322/81 *Michelin vs Comisión* y otros.

do operador tendrá que competir con nuevos entrantes y, muy especialmente con las grandes multinacionales de las telecomunicaciones y las redes corporativas de las grandes empresas ¹².

El duopolio por tanto debe ser aceptado como una solución provisional y accesoria, un mal menor, de tránsito hacia una situación liberalizada.

D. Separación de actividades: estructuras verticales y horizontales

En los casos de integración vertical u horizontal restrictiva de la competencia la recomendación del órgano «anti-trust» al Gobierno o al legislador podrá convenir que consista en la separación de actividades «aguas arriba», «aguas abajo», o en el mismo nivel, mediante empresas diferentes y en el establecimiento de normas o condicionados que impidan la colusión, mediante la separación de funciones u otras medidas. Estas medidas reguladoras afectarán, por tanto, a la estructura empresarial.

La Directiva 96/92 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre de 1996, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad establece en su capítulo VI el principio de separación y transparencia de las cuentas. Dispone su artículo 14.3 que las empresas eléctricas integradas llevarán en su contabilidad interna cuentas separadas para sus actividades de generación, transmisión y distribución. El objetivo declarado es «evitar las discriminaciones, las subvenciones cruzadas y los falseamientos de la competencia». De modo similar en España el Proyecto de Ley del Sector Eléctrico en trámite recoge ampliamente el criterio de separación ¹³, lo que podría convertirse en una regla general aplicable a otros sectores a re-regular.

Y siendo un vicio de los llamados Entes reguladores la coexistencia de funciones normativas y comerciales en el mismo Ente, tan frecuente en España, (caso AENA y otros), la recomendación tenderá a separar ambas funciones exponiendo estas últimas a la libre competencia o, mejor aún, en extinguir o privatizar las comerciales.

Es un ejemplo a seguir el de la Agencia «anti-trust» del Canadá que en materia de servicios públicos se ha centrado en reformas estructurales tendentes a separar las funciones comerciales y normativas de cier-

¹² El citado «Libro Blanco» p. 724.

¹³ El art. 14 del Proyecto de Ley determina que las sociedades mercantiles que desarrollen cualquiera de las actividades reguladas de gestión económica y técnica del sistema, transporte y distribución, deben tener como objetivo social exclusivo el desarrollo de las mismas, sin que puedan realizar actividades de producción o de comercialización, salvo cuando, en un grupo de sociedades, desarrollen actividades incompatibles mediante sociedades diferentes. La disposición transitoria quinta establece que la exigencia de separación de actividades reguladas y no reguladas, mediante su ejercicio por personas jurídicas diferentes, será de aplicación en el momento de entrada en vigor de la Ley a las actividades de generación y distribución, en determinadas circunstancias que, en definitiva, aplazan en la práctica esta separación al 31 de diciembre del año 2000.

tos Entes Públicos con el fin de sujetar a las leyes sobre competencia sus actividades comerciales.

La existencia de estructuras verticales y horizontales requiere especial atención desde el punto de vista de la desregulación que habrá de tener en cuenta los límites derivados de normas de obligado cumplimiento. Precisamente las verticales han sido objeto, como es sabido, de Reglamentos comunitarios de exención por categorías, declarados de aplicación a España por Real Decreto 157/1992, de 21 de febrero¹⁴. Estos Reglamentos en los últimos tiempos están sujetos a examen y revisión global en la UE con base en el llamado «Libro Verde sobre las restricciones verticales en la política de competencia comunitaria»¹⁵.

En general son rechazables y debieran eliminarse en una reforma aquellas integraciones que se orientan a establecer barreras de entrada. La privatización de monopolios no dará resultado si ciertos operadores siguen teniendo la propiedad de las infraestructuras o controlan éstas de forma que dificultan el acceso a ellas de sus competidores, salvo que se reconozca ampliamente el ya aludido derecho de acceso de terceros operadores a las redes.

II. BENEFICIOS DE LA DESREGULACIÓN

1. GENERALES

Con la introducción de competencia, la mayor parte de las actividades productivas se realizan, como dice Ocaña¹⁶, de forma más satisfactoria, esto es, con:

- Menor gasto en recursos.
- Mayor calidad.
- Precios finales menores.
- Mayores tasas de innovación.

¹⁴ El Real Decreto menciona de modo expreso dichos Reglamentos CEE, todos ellos de la Comisión, que son: el de acuerdos de distribución exclusiva 1983/1983 de 22 de junio, el de compra exclusiva 1984/1983 de 22 de junio, los de licencia de patentes y «Know-How» 2349/1984 de 23 de julio y 556/1989 de 30 de noviembre, el de distribución y de servicio de venta y post-venta de automóviles 123/1985 de 12 de diciembre de 1984 y el de franquicia 4087/1988 de 30 de noviembre.

¹⁵ Documento COM (96) 721 final, de 22 de enero de 1997, presentado por la Comisión. Se trata de un importante documento que, partiendo de la estructura de la distribución y del análisis de las restricciones, procedimientos y normas vigentes comunitarias y de los estados miembros, presenta los resultados de la investigación y establece cuatro opciones diferentes. De estas opciones se ha solicitado en España el criterio de CEOE por la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia.

¹⁶ En la indicada monografía de CEOE pp. 115 y ss.

Según el informe DAFPE de la OCDE de 23 de diciembre de 1996 en su punto 1: «La reforma normativa que permite y potencia el delegar en las fuerzas del mercado puede mejorar la competencia, disminuir los costes de entrada y expansión y producir unas estructuras industriales más competitivas y eficientes. Entre los principales beneficios de la reforma para los consumidores y los productores están los precios más bajos, una mayor producción, a menudo reflejada en una mayor variedad, calidad, mejor servicio e incluso productos completamente nuevos»¹⁷. Pero éstos no son los únicos efectos.

2. LA DESREGULACIÓN Y EL EFECTO SOBRE LA PRODUCCIÓN Y EL EMPLEO

El efecto de la competencia sobre el desarrollo económico para el Profesor Fuentes Quintana debe analizarse dentro del proceso de integración de España en la UE, que obliga a implantar un modelo de economía abierta de mercado en el que se examinan como beneficios los relativos a la producción y el empleo, entre otros¹⁸.

Los efectos se producen de inmediato en el mercado. Al aumentar el precio debido a la existencia de las restricciones anticoncurrenciales, el consumo tiende a disminuir, lo que provocará una disminución en el nivel de producción, que a su vez llevará a una reducción en el nivel de empleo. Al disminuir el precio los efectos serán los contrarios.

Por otra parte, la existencia de las restricciones, hace que el número de empresas a operar en el sector sea menor (al no poder competir por su situación en el mercado), lo que provoca que disminuya el nivel de inversión y el nivel de empleo.

De esta situación de disminución de la producción y del empleo nadie sale beneficiado. Estamos ante lo que se denomina «funcionamiento ineficiente de la economía».

En un sector regulado, según Torres Simo¹⁹, la eficiencia en la asignación de recursos y de la producción se determina, en parte por las fuerzas de mercado y, en parte por la regulación. «En principio se podría pensar que parte de las ganancias de los consumidores provendrían de

¹⁷ Redactado por el «Directorate for Financial, Fiscal and Enterprise Affairs» bajo el título «Competition, consumers and regulatory reform». DAFPE/CLP/WP2 (96) 9/09.

¹⁸ La ponencia denominada «Competencia y desarrollo», expuesta por FUENTES QUINTANA en las IX Jornadas sobre derecho de la competencia, organizadas por el TDC y el Consejo Superior del Poder Judicial, consideraba, como condición necesaria para lograr la convergencia con la UE, la liberalización de la economía interna, unida a la competencia en el mercado de bienes, servicios y capitales.

¹⁹ TORRES SIMO, PEDRO DE, «Desregulación e inflación en España», *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, nº 1 y 2, 1995.

la transferencia a éstos de los beneficios, al reducirse las ganancias monopolísticas de los sectores protegidos de la competencia por el nuevo marco regulatorio. Sin embargo, esta reducción de precios de las industrias protegidas ha sido más que compensada por la reducción de ineficiencias productivas y, por consiguiente, de los costes... Por otra parte, las reducciones de precios se han visto compensadas por aumentos en la cantidad demandada, por el conocido efecto de las elasticidades-precio».

Según los estudios de Winston y Joskow & Rose, mencionados en la ya referida monografía de Ocaña, la introducción de competencia origina un doble efecto:

1. Sobre la producción y la calidad de servicio: habrá un aumento de la producción y una mejora en la calidad. A su vez se originará una disminución en los precios.

2. Sobre el empleo y los salarios: el nivel de empleo variará en función de las características de cada sector. No tiene porqué disminuir. El nivel de salarios, sin embargo, tenderá a disminuir.

La eliminación de monopolios, cárteles y oligopolios puede crear un empleo en torno al 35 por ciento del paro existente en España en la actualidad (22 por ciento de la población total activa), que se reduciría al 14,7 por ciento, lo que supondría situarse tan sólo 3,3 puntos por encima de la cifra media de paro europea. Y es indudable que desde 1996 se va en esa dirección recuperando en la actualidad tasas de empleo de 1982.

III. OBJETIVOS ESPECIALES DE LA DESREGULACIÓN

1. OBJETIVOS DE LA REFORMA EN MATERIA DE PRECIOS

Una desregulación en materia de precios debe ser tal que pretenda y consiga:

- Eliminar el control de precios del Gobierno o de grupos de presión dominados por «cárteles», de forma que los precios reaccionen con rapidez a los cambios del mercado.

- Dejar la formación de precios al juego de la oferta y la demanda y a los cambios de los costes, bajo la vigilancia ordinaria de los órganos «anti-trust». En normales condiciones de competencia los precios tenderán a reducirse.

- La reducción de precios debe ser tal que sea adecuadamente percibida por los usuarios, lo que dependerá entre otros factores de su volumen y de la importancia de la actividad de comunicación que la difunda. La percepción de las rebajas anima el consumo y consiguientemente estimula la producción. Un ejemplo clásico de ello en todo el mundo

han sido las rebajas originadas por la desregulación del transporte aéreo que han llegado a superar el 30 por ciento o en la farmacia por la introducción de los genéricos ²⁰.

— La rebaja de los precios subsiguiente a la introducción de competencia en los precios a pagar (inputs) anima a los grupos de resistencia u oposición a aceptar también una posterior desregulación que reduzca los precios a percibir por ellos (outputs).

— En los casos en que deban mantenerse controles de precios por existir todavía algún grado de regulación —por ejemplo tratándose de «sectores motor» de la economía, tarifas en servicios públicos objeto de concesión etc.— los controles deberán fijarse de un modo que incentive al prestador del servicio para reducir costes mediante una mayor eficiencia y traslade la ventaja al consumidor. Como dice el ya señalado LIBRO BLANCO «esta fórmula de re-regulación de precios, en el caso de gestión privada de servicios públicos en situación de monopolio, experimentada por primera vez en el Reino Unido con las siglas RPI-X (Índice de precios al Consumo menos una cantidad especificada por el regulador), es ventajosa frente al sistema tradicional de regulación de la tasa de rendimiento porque protege a los consumidores frente a los monopolios, ayuda a fomentar la competencia, y por consiguiente, la eficacia y la innovación».

Torres Simo trata extensamente sobre los efectos de la desregulación de los servicios en materia de precios, a partir de un cuadro sobre precios regulados en España, y recomienda una política de desregulación dirigida a este objetivo, comentando los efectos producidos en el Reino Unido, especialmente en materia de telecomunicaciones, por aplicación de la fórmula RPI-X. La experiencia inglesa ha permitido constatar que casi todas las reducciones del regulador (x) han sido positivas, que al avanzar el proceso desregulador las x son cada vez mayores, y que los efectos se convierten en una reducción de costes que se transmite a los consumidores. Todo el sistema queda reforzado mediante el mecanismo complementario de introducción de límites máximos para el crecimiento de algunos precios ²¹.

²⁰ Según el informe DAFFE, antes referido, se ha constatado los siguientes efectos en rebaja de precios, consecuente a desregulación en la OCDE: En aerolíneas se han reducido las tarifas un 50 por ciento en España, un 33 por ciento en EEUU y un 25 por ciento en el Reino Unido; en transporte por carretera han bajado las tasas un 20 por ciento de media; en servicios financieros bajaron un tercio las comisiones; en sanidad, allí donde se ha permitido a los oftalmólogos realizar otras prácticas comerciales, sus precios han bajado un 25 por ciento.

²¹ En el citado trabajo de TORRES SIMO, nota (16). Asimismo, la OCDE en su «Regulatory Report, Summary» de junio de 1997, propone el empleo de precios máximos y otros mecanismos para fomentar las mejoras de eficiencia allí donde se precisen los controles de precios durante la transición a la competencia.

2. MEJORA DE LA PRODUCCIÓN

La desregulación debe permitir:

— El acceso de nuevos productores y sobre todo una nueva organización y planificación «a largo» de la producción con las ventajas consiguientes. Serán necesarias la eliminación de restricciones sobre la misma producción tales como autorizaciones, régimen de cuotas de producción (acero, y agroalimentarias-pesca, leche), etc.

— Una mayor flexibilidad derivada de la mayor oferta, y de la mejora de calidad y precios de productos y servicios utilizados en la producción. Esta flexibilidad es imprescindible en una economía en constante cambio como la que propicia la misma competencia.

— Los mercados que dejan de tener barreras de localización y territoriales permiten, además de las anteriores ventajas y en todo caso, un incremento cuantitativo y cualitativo de la producción

— La utilización de tecnologías, productos y servicios de nueva creación imprescindibles con mayor competencia.

— Una mayor capacidad de acción estratégica que se traducirá, entre otras, en una mayor posibilidad de alianzas.

3. DESARROLLO TECNOLÓGICO

La mayor competencia no siempre da lugar a una confrontación en precios. Cuando algunos competidores llegan al límite de su oferta en más bajos precios cambian a una estrategia de nuevos productos y servicios. Así ha ocurrido en el campo de las telecomunicaciones en muchos países y recientemente en España.

La desaparición de las restricciones ha permitido encontrar nuevas formas de desarrollar la actividad profesional, de producción o de servicios. También el esfuerzo ha alcanzado a nuevas formas de marketing publicitario y de promoción para afrontar la mayor competencia²².

Superado, según se generaliza esta opinión, el concepto del Estado de Bienestar²³ el Gobierno español parece dispuesto no sólo a aumentar

²² Según el informe DAFPE «un ejemplo citado a menudo es el rápido desarrollo de nuevos productos y tecnologías tras la reforma en el sector de las Telecomunicaciones. Pero incluso sectores como el transporte por tren se han transformado cuando el levantamiento de restricciones les han permitido el diseño de nuevas formas de hacer negocios. Por ejemplo, la reforma de las telecomunicaciones ha centrado la competencia en nuevos productos y servicios, que a su vez ha motivado un incremento en los gastos de marketing y publicidad»

²³ Favorece la reforma el cambio de orientación y el progresivo abandono del concepto de Estado de Bienestar y especialmente en las tres áreas que forman su núcleo, la sanidad, las

el número de sectores susceptibles de una desregulación sino a emprender la desregulación total de la economía española. Ello se evidencia en la actuación emprendida en 1996 y en el Plan de Convergencia 1997-2000. El TDC como titular de la propuesta de iniciativa desreguladora debiera focalizar su actividad de nuevo sobre los informes de desregulación. Ante tal perspectiva parece conveniente reflexionar sobre aspectos de dicha tarea tales como estrategia a seguir, prioridades para la selección de sectores a reformar, facultad de iniciativa para la reforma, intervención o no de las Agencias o Entes sectoriales en la desregulación y los métodos de las Agencias para proponer la iniciativa de reforma.

IV. ESTRATEGIAS

Es preciso distinguir varias clases de estrategia para el ejercicio de la iniciativa de desregulación en orden a determinación de prioridades, según se trate de la estrategia que debe seguir el Gobierno o la Agencia «anti-trust» con propuesta de iniciativa de reforma, en el caso de España el TDC.

La elección de la estrategia debe estar orientada siempre, de modo obvio, al éxito de la reforma que básicamente consiste en que consiga su implantación —lo cual no es nada fácil, a causa de las oposiciones— y a permitir el acceso de todos a los mercados. Permitirá obtener los beneficios de que he hablado en 2, e incluso la aceptación de la reforma lo más generalizada posible que permitirá un «efecto dominó» sobre las reformas pendientes y futuras.

1. LA ESTRATEGIA DEL GOBIERNO

A. *¿Es imposible políticamente la liberalización?*

La de imposibilidad es la primera respuesta que suelen dar los Gobiernos ante el apremio de abordar las reformas reguladoras en línea liberalizadora. Lo más común es pretextar que «es imposible políticamente implantarlas, o al menos, hacerlo ahora».

De modo bien diferente los hechos históricos prueban que los cambios son posibles. Todos los Gobiernos innovadores fueron contra corriente diferenciándose en velocidades distintas. Un «cambio por sorpresa» fue el adoptado por Erhard con el apoyo de Adenauer, origen del

pensiones y la enseñanza. En todas partes y países se presentan estudios y soluciones de reforma debido a que su funcionamiento es muy deficiente y su mantenimiento es insostenible. Es el caso citado de Inglaterra, Estados Unidos, Japón y en esbozo, la propia España.

milagro económico Alemán de 1948. Thatcher en Inglaterra hizo también el cambio «contra la corriente del pensamiento convencional conservador», consiguiendo logros iniciales, a gran velocidad. Por último tras 8 años de mandato Reagan dismanteló gran parte de la regulación económica y el peso de la Administración Federal con el resultado de crear más de 12 millones de puestos de trabajo²⁴.

B. Reglas estratégicas

La 1.^a regla para el Gobierno será definir, sin concesión alguna, cuáles son los objetivos finales a largo plazo que se pretenden alcanzar, sin ocultar las implicaciones de los mismos.

La 2.^a regla consistirá en diseñar una política de acercamiento gradual hacia dichos *objetivos evitando toda solución de compromiso* que vaya en dirección opuesta o confunda a los ciudadanos. Supone tener estudiados procesos alternativos de transición que no violen los principios mencionados, incluso en caso de llegar a un compromiso. (Se explicará a los ciudadanos que se trata de una concesión efectuada por las circunstancias políticas, pero no un abandono del ideario).

La 3.^a regla será intentar modificar la opinión pública, a través de la constelación de «intermediarios ideológicos» (historiadores, intelectuales, periodistas, e incluso novelistas y guionistas de películas).

La aplicación de estas reglas requiere un tipo de gobernante poco común, sin el cual las propuestas reguladoras del órgano «anti-trust» tendrán escasa acogida. Frente al «político espejo» que refleja en su actuación lo que el electorado quiere, (de la que no cabe esperar ninguna reforma), existe el «político pedagogo» que se esfuerza para que el electorado entienda que su plan regulador es el que conviene al ciudadano. Ésta es la actitud deseable y recomendable para abordar la desregulación que el político tendrá que explicar y «vender al electorado».

Para la OCDE, según explica en el sumario de su «Report on Regulatory Reform» de junio de 1997, para una reforma efectiva los Gobiernos deben ejercer un liderazgo político y un fuerte compromiso con la reforma. También es esencial para el éxito una comunicación efectiva.

El público necesita ser informado de por qué se considera tan importante la reforma para su bienestar futuro.

Es preciso el llevar a cabo un debate público en el que participen todos los implicados para explicar los beneficios de la reforma y para contrarrestar las voces de los poderosos grupos de interés que intentan defender el «statu quo».

Los esfuerzos para lograr una reforma global son más efectivos que unos procesos de reforma por partes. Los pasos de la reforma pueden

²⁴ Estrategia presentada en el ya citado «Libro Blanco».

adoptarse por fases, con una secuencia adecuada, pero debe necesariamente establecerse un calendario para el cambio desde el principio y de forma clara.

Todos los Gobiernos deben estimular la reforma, tanto a nivel nacional, como internacional. La reglas internacionales dirigidas a mejorar la legislación y los procesos reguladores ayudan a promocionar la reforma a nivel nacional. Se estimula la reforma a nivel nacional con la cooperación internacional, y se mencionan, al efecto, los compromisos alcanzados en el marco de las pautas de la OCDE y los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio, así como, otras aproximaciones a nivel internacional.

2. LA ESTRATEGIA CONVENIENTE A UN ÓRGANO «ANTI-TRUST»

En España los esfuerzos de liberalización deben concentrarse en las políticas generales que cambian el entorno y facilitan la aplicación de medidas. Resumo a continuación los criterios que el propio TDC español recomienda aplicar en el informe «REMEDIOS...» a las políticas de liberalización²⁵:

1. *Estimular el debate*

Es necesario llevar la discusión a la luz pública. Hay que explicar que los intereses nacionales más importantes son los de producir eficientemente para que el país crezca más y sea más eficiente. El debate público acelerará las reformas, única posibilidad de que no sean paralizadas por los grupos de interés.

1.1. Mostrar experiencias extranjeras de liberalización. De este modo podrá explicarse cómo los sectores correspondientes pueden funcionar en competencia y con unos resultados (en precio y en calidad) excelentes casi siempre.

1.2. Explicar los costes de no liberalizar. Son los costes que se están pagando por el monopolio. Los monopolistas subrayan, por el contrario, los costes del cambio, los costes de pasar a situación de libertad. Pero estos costes son, sin duda alguna, mucho menores.

1.3. No dejar ningún sector fuera de examen. La competencia no debe aplicarse de la misma forma a todos los sectores, pero ello no es argumento para hacer que algún sector quede fuera del examen el de las posibilidades de introducir competencia.

2. *Cambiar sólo lo imprescindible*

Todo cambio tiene costes. Si se quieren reducir los costes de las reformas lo primero que hay que hacer es reducir los cambios a los

²⁵ P. 41 a 52, Vol. I, del Informe del TDC, Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios.

imprescindibles, esto es, a aquellos que generan claramente beneficios para la sociedad.

2.1. Mantener los objetivos sociales en el nuevo marco de competencia. No se debe introducir competencia sin previamente asegurarse de que se mantendrán los objetivos públicos atendidos en situación de monopolio.

2.2. No alterar el equilibrio fiscal. La liberalización no debe dar lugar a un aumento de los impuestos, sino a una bajada de precios, y, de este modo, mantener o incrementar los objetivos públicos.

3. *No ser los últimos ni tampoco los primeros*

Para España lo recomendable no es colocarse a la cabeza de la liberalización, sino inmediatamente detrás de aquellos países que ya la han experimentado. España no tiene recursos suficientes para experimentar.

4. *Cuidar la transición*

No sólo hay que cambiar lo imprescindible, sino además, tratar de reducir los costes que surgen del cambio. Cuando estos sean elevados, habrá que introducir la competencia de forma gradual.

4.1. Reducir los costes de la transición. En determinados casos, la transición va a hacer emerger unos costes en el corto plazo que hay que tener en cuenta. En estos casos, suele ser recomendable establecer un calendario, por largo que sea, antes que retrasar el inicio de la liberalización.

4.2. Flexibilizar la transición. Los reguladores, los Ministerios responsables o las Agencias que se ocupan de implantar la competencia, deben tener una cierta capacidad de maniobra para ir resolviendo los problemas que puedan aparecer en la transición.

5. *Crear un nuevo marco normativo e institucional que favorezca la introducción de competencia*

Hay dos factores que dificultan la puesta en práctica de políticas de liberalización:

El que los grupos de interés interpenetran a los reguladores, con lo que ambos intereses tienden a coincidir.

La falta de información de la población.

5.1. Romper los círculos viciosos que impiden la liberalización. Las normas atenderán la interpenetración entre intereses de reguladores y operadores: propiciando la separación entre ambos, la creación de Agencias independientes y la privatización.

5.2. Mantener transparentes los privilegios mientras subsistan. Puede haber razones económicas, políticas, tecnológicas o sociales que aconsejen mantener la situación de restricción de competencia en deter-

minados sectores. En estos casos, debe tratarse que los privilegios derivados del mantenimiento de esa restricción, sean conocidos y evaluados periódicamente por el conjunto de la población.

6. *Recomendaciones generales*

El informe «REMEDIOS...» incluye un conjunto de recomendaciones generales que tienen por objeto, crear un marco adecuado para que se genere la liberalización de los servicios en España. Estas recomendaciones pueden implantarse inmediatamente y afectan a todos los sectores²⁶:

1. Separar los reguladores de los regulados.
2. Adoptar técnicas legislativas que faciliten la liberalización.
3. Mantener los objetivos sociales.
4. Bajar los impuestos.
5. Aislar los monopolios y dejarlos fuera de los holdings.
6. Someter las normas a un «test» de competencia.
7. Reforzar el control de precios.
8. Política de competencia de la CE y política autónoma española.
9. Un procedimiento permanente de reforma: El presupuesto de restricciones a la competencia.

3. LA ESTRATEGIA QUE PROPONEMOS

A. *Medidas de principio*

Una estrategia adecuada de una Agencia re-reguladora implica:

— Comparar los beneficios de la reforma frente a los costes no sólo económicos sino también políticos; estos últimos deben ser «contabilizados» especialmente por el Gobierno. En el caso de las Agencias «anti-trust» el factor de oportunidad política pasa a segundo plano ya que su actividad reguladora es de propuesta pero no pueden soslayar, en la práctica, una deficiente elección del objetivo que complique el éxito.

— La Agencia debe concentrar su actividad en muy pocas áreas seleccionadas para la reforma.

— El cálculo o previsión de las posibilidades de éxito (implantación) de la medida propuesta, debe ser condicionante estratégico de la selección de las Agencias. Éstas vienen limitadas en recursos que deben aplicar preferentemente a su actividad principal que es la de corrección de prácticas anticoncurrenciales.

²⁶ Para ampliación de estos comentarios sobre estrategia del TDC, es de todo interés el trabajo de RICARDO ALONSO SOTO, miembro del TDC y Catedrático de Derecho Mercantil, en el número 73, 1/1995 de «Informes y Estudios de CEOE», pp. 63 y siguientes.

— Aunque las Agencias deben «afinar» en la elección del objetivo de la actividad secundaria que es la de promover la reforma, hay que ser consciente de que el éxito de su propuesta tiene una probabilidad baja por lo que su seguridad no debe ser factor excluyente de elección.

— Asimismo la elección estratégica debe valorar las posibilidades de la Agencia para influenciar y vigilar la puesta en marcha del proceso regulador (su conversión en Ley o Reglamento) y para impedir en el futuro acciones anticoncurrenciales en base a la capacidad de la nueva regulación para evitarlas.

— Las áreas escogidas deben ofrecer los mayores beneficios para el consumidor y sus efectos serán los más evidentes y potentes posibles.

— Es recomendable concentrar la reforma sobre los monopolios naturales (Telecomunicaciones y Energía, por ejemplo) y la apertura de los precios y las barreras, especialmente de entrada, a la libre competencia.

— Una clara estrategia para conseguir el éxito de implantación es la de estimular el debate sobre el cambio. Ésta es, como ha quedado dicho, una de las más claras directrices del TDC contenida en su citado informe REMEDIOS y practicada habitualmente por el TDC.

B. Medidas operativas

Podrían orientarse a:

1. Involucrar a los ciudadanos (es clave), argumentando:
 - La mejora de precios-calidad de los servicios a reformar.
 - El posible acceso a la propiedad resultante (capitalismo popular).
2. Dar ejemplo desde el Gobierno, regulando de nuevo el mismo Estado.
3. Evitar «abrir el melón», es decir, desencadenar problemas que no se resuelven por sí sino que se trasladan a otros ámbitos.
4. Actuar con rapidez. No dar demasiado tiempo, ni lugar, ni método para que se organice un «bloqueo».
5. Utilizar el Decreto antes que la Ley si no lo impiden los principios constitucionales de reserva de Ley o el de rango normativo.
6. Convocar a una LLAMADA NACIONAL basada en el interés y la responsabilidad. Todo lo anterior es especialmente importante en un Gobierno sin mayoría parlamentaria²⁷.

Mi teoría sobre la LLAMADA NACIONAL se basa en que las deseconomías de la regulación hay que corregirlas y no repartirlas vía impuestos,

²⁷ Estas ideas fueron expuestas en conferencia del autor dada en el Instituto de Estudios Superiores de la Empresa (IESE), Madrid, el 29 de mayo de 1997.

ya que el método de reparto distribuiría los desajustes que están disfrutando determinados sectores. El sistema de corrección debe ser universal, es decir, debe afectar a todos. Por ello Iranzo propone la presentación global de todas las reformas ²⁸.

Dicha presentación podría resumirse en el «todo y ya», que es una información y compromiso del Gobierno con todos los ciudadanos, aunque no sea procedente, por imposible, ejecutar de inmediato todas las reformas. El ciudadano informado del plan del Gobierno, aunque se inquiete con la percepción de cómo le va a perjudicar en su sector, al mismo tiempo se ve compensado con el conocimiento de cómo le va a beneficiar la reforma de otras áreas.

V. PRIORIDADES

Hay dos teorías diferentes para determinar cuándo y por dónde se comienza la desregulación. Refiriéndome al caso de España la primera y más reciente es la antes aludida tesis de la «llamada nacional». La segunda bien diferente y más extendida es aquella que parte del gradualismo en la acción de desregulación que impide una actuación generalizada como es la mencionada; se basa ya en temores políticos o económicos, ya en la limitación de medios. Esta última, que si es real, puede obligar a establecer prioridades no en la presentación sino en la ejecución. Nos referimos a ambas por separado.

1. PRIORIDADES CUALITATIVAS

Los únicos criterios expuestos hasta ahora en España son los cualitativos del TDC.

La decisión del TDC de escoger un sector para elaborar su informe sin duda se está orientando en función de prioridades por él mismo establecidas. Tal es su facultad que deriva de la expresión «podrá» que según el tantas veces citado LIBRO BLANCO le permite al TDC separarse de la iniciativa del Gobierno y formular propuesta negativa cuando, desde la independencia que concede a sus miembros la inamovilidad, crea que no hay motivo para una decisión diferente.

La selección del TDC puede estar y está condicionada, positiva o negativamente, por los siguientes hechos:

²⁸ En especial se refleja esta idea en la entrevista, titulada «El Gobierno debería haber presentado todas las reformas a la vez», concedida a la revista *Dinero* n° 692, de 31 de marzo de 1997.

Medios limitados. Aconsejan a elegir lo importante, y en primer lugar —según veremos— considerar el volumen en PIB del sector a desregular.

Sinergias informativas. Para aprovechar y optimizar la experiencia en su función correctora el TDC orientará la iniciativa a sectores con restricciones a la competencia, lo que le permitirá aprovechar sinérgicamente su información en expedientes sancionadores.

Ya el TDC en el Informe «REMEDIOS...» reconocía haberse fijado un triple criterio selectivo:

— Sectores sometidos a bajas restricciones de la competencia pero de gran influencia en la competitividad de la economía.

— Sectores con muy fuertes restricciones de la competencia aunque no influyeran de modo importante en la economía.

— Sectores con experiencias positivas de liberalización en otros países.

A. Otros criterios económicos

Cabría considerar también otros criterios cualitativos de selección preferente para la desregulación:

1. Por el carácter «locomotora» del sector (caso TELECOS) o, como dice PORTER, ser «sector fuente de ventajas competitivas»²⁹.

2. Empezar la reforma atacando las barreras de entrada y sistemas de formación de precios en dichos sectores.

3. Dictar normas cuyos principios puedan ser aplicados a una pluralidad de sectores análogos (Energía, Transportes, Infraestructuras, etc.).

Además, deben combinarse estos criterios con el de priorizar la selección según la importancia del sector regulado en el PIB, en relación con su grado o nivel de regulación, en el IPC y en el empleo criterios que vamos a presentar.

2. PRIORIDADES CUANTITATIVAS³⁰

A. Selección por grado de importancia del sector en el PIB

1. Relación «producción (valor añadido) /PIB/ grado de regulación».

²⁹ Esta opinión de MICHAEL E. PORTER es constante en su obra. Por ejemplo, se recoge en la *La ventaja competitiva de las naciones*, 1991, p. 183 donde dice «la política gubernamental fracasará si sigue siendo la única fuente de ventaja competitiva nacional. Las políticas que llegan a tener éxito lo consiguen en aquellos sectores donde están presentes (y reforzados por la acción gubernamental) los determinantes fundamentales de la ventaja nacional». En las pp. 763 y ss. desarrolla ampliamente esta teoría.

³⁰ Criterios desarrollados por el autor en Ponencia presentada en las ya aludidas IX Jornadas sobre derecho de la competencia, organizadas por el TDC en Barcelona, el 8 de mayo de 1997.

En mi opinión un primer paso es considerar la posible validez como criterio de la selección de todos los sectores *con más de un 2* por ciento de participación en el PIB, con pocas excepciones, siempre que tengan un nivel de «Alta Regulación». Re-regular motivará un inmediato crecimiento de la demanda y una casi inmediata «aplicación de las deseconomías liberadas» (en baja del coste de los «insumos», baja del IPC, y aumento del empleo, de la inversión y de la producción, etc.).

2. Incremento del PIB (potencialidad) debido a la re-regulación³¹.

El anterior criterio selectivo por PIB combinado con el grado de regulación, tiene la ventaja de que permite calcular anticipadamente el crecimiento del mismo PIB y por consiguiente de la economía como consecuencia de reducir las deseconomías de la regulación.

Ciertos países europeos —según el Informe OCDE «Regulatory Reform» de 14 de marzo de 1997—, reformando tan sólo la regulación de carreteras, distribución minorista, electricidad, telecomunicaciones y transporte pueden incrementar su PIB a largo plazo hasta el 6%, el equivalente a varios años de crecimiento. Dependerá del exceso de regulación en el sector de referencia, y de la inclusión de algún sector más. España está entre los países en que ello es posible alcanzarlo o mejorarlo.

B. El de capacidad de crecimiento del volumen productivo

Algunos sectores —que no son los más destacados por su participación en el PIB—, sin embargo tienen un potencial de crecimiento a corto y medio muy superior a la media. Además están aprovechando en su beneficio una «Alta Regulación» o las restricciones derivadas. Así por ejemplo, en España, cuando la media de crecimiento en el período 1986-1993 está en el 122%, hay sectores de Alta Regulación que crecen hasta el 276 (Gas Natural), el 143 (Servicios a Empresas), el 140 (Sanidad Pública) y el 137 (Construcción).

Según principios de economía de empresa los efectos de las medidas de mejora son más que proporcionales en las áreas en rápido crecimiento.

C. El de repercusión en el IPC del sector

Este criterio ha merecido la atención frecuente no sólo del Gobierno, sino también del TDC. Precisamente es en los sectores de «Alta Regulación» donde existe más fuerte crecimiento del IPC.

Coincide con la recomendación del LIBRO BLANCO de que el incremento anual del coste de los servicios debe ser inferior al IPC. Esto no ocurre en el sector servicios y especialmente en cuanto a servicios profesionales protegidos por fuertes «lobbies» corporativos.

³¹ Según el mencionado «Summary» de la OCDE, junio de 1997, las ganancias de PIB pueden ser significativas. Los países con mayores regulaciones pueden esperar incrementos del 3 al 6 por ciento del PIB, que ya han conseguido los más avanzados en la desregulación.

La diferencia del crecimiento de precios comparado entre INDUSTRIA y SERVICIOS, es una dualidad preocupante debido al fuerte aumento comparado de estos últimos que perjudica a la primera y sin la cual los servicios no tendrían razón de ser.

D. El de creación de empleo

Es recomendable empezar por donde haya mayor capacidad para generar empleo. Y éste es el caso, también, de los servicios que aportan, más de 700.000 de los 800.000 puestos de trabajo creados en el período 1993-1995.

E. Importancia competitiva (costes internacionales)

Se trata de mejorar por re-regulación la cuantía comparada de los costes de factores productivos (competividad internacional).

Según datos de la OCDE el peso de las compras de bienes y servicios en relación al volumen de negocios en Europa es el más importante para las empresas, entre el 52 y el 76 por ciento según los países. Muy elevado en Bélgica, Italia, Países Bajos y España (en torno al 73%).

Es muy significativo que los costes de personal —incluidos salarios y cargas sociales— están en torno al 20 por ciento (en España el 18 por ciento). Y los financieros varían entre el 5 y el 15 por ciento (media europea 3,1, España 3,5 por ciento, comparativamente con Japón 2,7 y USA 0,9 por ciento).

3. LA «AUTOSELECCIÓN» DE LAS ORGANIZACIONES EMPRESARIALES

Estoy hablando más bien de una «autopresentación». La propia LDC propicia esta vía de colaboración de la sociedad política, civil y económica con el TDC al recoger su facultad de emitir informes a requerimiento de las Organizaciones empresariales, sindicales o de consumidores y usuarios. Fue justamente CEOE la que despertó y situó esta función re-reguladora en el TDC con ocasión de las Jornadas anuales celebradas por el Tribunal en Ávila, en noviembre de 1990. Es frecuente que las mismas Organizaciones Empresariales insten del Gobierno o del TDC la re-regulación de su sector.

VI. LA INICIATIVA DE REFORMA: PARLAMENTO, GOBIERNO Y AGENCIAS

1. INSTITUCIONES CON INICIATIVA REGULADORA

La iniciativa legislativa viene regulada en España por el artículo 87 de la Constitución, de modo similar al de otros países. Corresponde a las Cortes Generales (Congreso y Senado) a propuesta del Ejecutivo, cuando la desregulación exija una Ley, ya por corregir una regulación estableci-

da por Ley, ya por existir reserva legislativa. La mayor parte de las iniciativas se ejercerán por el Gobierno, bien presentando a las Cortes Generales un Proyecto de Ley, bien, por ser suficiente para la reforma, elaborando una norma reglamentaria, como ocurre en la mayor parte de los casos³².

Con menor frecuencia se ejercerá la facultad constitucional otorgada a las Comunidades Autónomas las que, a través, de sus Asambleas, soliciten del Gobierno la adopción de un Proyecto de Ley, o remitan a la Mesa del Congreso una proposición de Ley.

Y será insólito que la ciudadanía, ejerza con éxito la denominada y constitucional «iniciativa popular», que se ha iniciado en 18 casos desde 1978 y nunca ha sido atendida.

Por último, es de citar, la facultad de propuesta desreguladora del TDC, que aún no constituyendo formalmente una iniciativa en el sentido constitucional tiene naturaleza de delegación de moción de reforma legislativa para impulsar la iniciativa.

2. LA MOCIÓN DE INICIATIVA REGULADORA DEL TDC

Según el citado LIBRO BLANCO el TDC tiene una auténtica «delegación de la moción legislativa». «La propuesta es facultad de Tribunal, como viene a indicar la expresión “podrá” utilizada por el artículo 2.2. de la LDC. Dicha facultad impide al Ministro de Economía y Hacienda detener su envío al Gobierno. El carácter de “propuesta” si parece, en cambio, permitir al Gobierno valorar la procedencia o no de aprobarla, así como de darla trámite posterior», pero considero que, en caso de desestimación de la propuesta por el Gobierno, debería ser informado el TDC.

¿Cuándo ejerce su iniciativa el TDC?: Por requerimiento del Gobierno, (art. 26 LDC)³³ y por su propia iniciativa (Resoluciones del TDC de 8 de diciembre de 1992 y 17 de septiembre de 1993). Nadie mejor para desregular que el TDC, que tiene datos de la «patología económica» a través de los expedientes de denuncia.

3. ¿POR QUÉ LAS AGENCIAS «ANTI-TRUST» SON ADECUADAS PARA LA INICIATIVA DESREGULADORA?

La independencia de los Gobiernos es necesaria para reformar. En el Gobierno predomina, por esencia, la orientación política. Por ello es

³² Así, por ejemplo, por el TDC se propuso la reforma del transporte aéreo mediante un Real Decreto, siete acuerdos del Consejo de Ministros, tres Ordenes Ministeriales y dos resoluciones de AENA. De modo similar, lo hizo en otros sectores en los que raramente fue necesaria la reforma de una Ley.

³³ Según el art. 26 LDC, es función del TDC:

«c) Estudiar y someter al Gobierno las oportunas propuestas para la modificación de la Ley conforme a los *dictados de la experiencia* en la aplicación del Derecho español y comunitario».

bueno que reciban iniciativas de un órgano que como las Agencias «anti-trust» se caracterizan por su neutralidad e independencia.

Hay quienes piensan que esta independencia al mismo tiempo que una fortaleza es una debilidad. Y hacen ver como se ha conseguido un respaldo significativo a los programas allí donde la facultad de iniciativa de las Agencias se ha interpretado como una extensión de la acción del Gobierno.

Como ya he indicado quién es independiente aplicando la Ley «anti-trust» es el más adecuado por sus conocimientos e independencia para reformar las leyes que favorecen o permiten la exención o restricción de la competencia. La imparcialidad aumenta su capacidad de influencia sobre la opinión pública y el Gobierno para el éxito de su propuesta.

Pero la independencia tiende a aislar a la Agencia de los subsiguientes pasos del proceso de reforma que corresponden al Gobierno, y en su caso al Parlamento. Creo que este inconveniente puede ser equilibrado por unas adecuadas relaciones de la Agencia con el Ejecutivo y el Legislativo y, en todo caso, comunicando sus iniciativas a la opinión pública sin llegar a presionar a través de ésta a ambos Poderes.

Las posibilidades de éxito de su iniciativa aumentarán con una buena relación Parlamento-Gobierno-Agencia-Entes Reguladores sectoriales (Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, CSEN, etc.), que no sólo debe ser «de hecho» como ocurre en España sino estar expresamente regulada. Lo mismo cabe decir de las relaciones funcionales entre el personal de todos estos Organismos.

La experiencia muestra que la independencia de las Agencias en el ejercicio de esta facultad no ha sido perjudicial sino bien al contrario. Los éxitos de la «Federal Trade Commission» de Estados Unidos, y de otras Agencias como las de Italia, Corea y la propia España así lo acreditan.

4. LA INDEPENDENCIA DE LAS AGENCIAS

No creo acertado el sistema seguido en algún país de extraer de la Agencia «anti-trust» la potestad de promover la desregulación pro-competencia, ni el de intercalar entre la Agencia y el Gobierno un órgano intermedio que en línea jerárquica determine cuál es la política que debe guiar dicha clase de reforma. La Agencia debe inspirarse más en la protección de la libre competencia que en políticas económicas. Ambas inspiraciones suelen coincidir pero no siempre lo hacen. La competencia es un modo de reforzar la economía pero no el único.

Un Gobierno puede alcanzar sus programados objetivos económicos ajustados a la política de esta clase ejerciendo su específica iniciativa re-

reguladora por norma reglamentaria o mediante propuesta de Ley al Legislativo. Estaríamos hablando entonces de una «desregulación programa gubernamental».

Dejar la aprobación de dicha iniciativa a una autoridad jerárquicamente superior a la Agencia e intermedia con el Gobierno, especialmente si fuera unipersonal, sólo podría ser coherente con sistemas diferentes al de nuestra LDC en los que el órgano «anti-trust» es dependiente del Gobierno.

Cabría salvar la independencia mediante un órgano intermedio cuya colegialidad y forma de nombramiento lo permitiera, pero ello es innecesario, costoso y dilatorio. Es el caso de Australia donde un «Ente para la Revisión de la Política de la Competencia» recibe las propuestas de desregulación de la Agencia del Consumo y de la Competencia y coordina las reformas sin recibir orientaciones políticas.

5. LOS RECURSOS ECONÓMICOS Y PERSONALES DE LAS AGENCIAS: LA AYUDA DE TERCEROS EXPERTOS

La preparación de propuestas de desregulación requiere recursos suficientes en personal y medios para obtener una calidad tal que sea garantía del éxito de su implantación futura. En todo caso la dedicación a la desregulación no debe comprometer la buena marcha de la Agencia «anti-trust» en su actividad ordinaria de corrección de conductas anti-competitivas. Para atender ambas necesidades debe estar suficientemente dotada.

El personal debe estar especializado en economía y derecho administrativo-económico y con una adecuada capacidad analítica.

La falta de personal y de fondos presupuestarios es, por desgracia, el defecto más corriente en la mayor parte de las Agencias, pero es más acusado todavía en España. Por ejemplo, el TDC ha tenido pendiente el nombramiento de Presidente desde el 7 de abril hasta el 15 de septiembre de 1995. Desde el 19 de mayo y hasta el 28 de diciembre de 1995 ha contado, tan sólo, con cinco de los nueve Vocales. Su personal, incluidos Vocales, es de 31 personas con una minoría de titulados superiores, e incluido personal laboral. El presupuesto inicial de 1995 de 46 millones de pesetas para gastos en bienes corrientes y de servicios y de 6,5 millones para inversiones sufrió una reducción global en el mismo mes de enero de 12,3 millones por acuerdo de no disponibilidad, acordado en Consejo de Ministros³⁴.

³⁴ Memoria del TDC de 1995. La superficie útil para despachos en la Avda. de Pío XII, es de 384 m², claramente insuficiente para 31 funcionarios.

En ámbitos económicos complejos las Agencias podrían estar facultadas para contratar a expertos sectoriales que realizaran los estudios y análisis precisos para el pronunciamiento de reforma. Lo procedente es adecuar la estructura de las Agencias al aumento de los casos «anti-trust» y la función de iniciativa re-reguladora. Una medida urgente sería la contratación de expertos, sin incremento del personal resolutorio de los casos «anti-trust» pero con garantías de independencia análogo a éste. La aprobación del trabajo de estos expertos por el Pleno del TDC supliría la falta de habilitación legal de este personal foráneo y permitiría analizar la neutralidad de su estudio.

En todo caso las Agencias, facultadas para recabar los datos tanto de la propia Administración Pública especializada como de las Asociaciones o empresas del sector a regular, podrían aumentar este flujo de información y colaboración.

VII. LAS AGENCIAS DE SECTOR O ENTES REGULADORES

1. DEFINICIÓN DE ENTES REGULADORES

Dentro de la Administración destacan, por su creciente y desordenada expansión, los llamados «Entes Públicos», Organismos con personalidad jurídica que ejercen funciones públicas desconcentradas, mediante personal propio, y dotación económica de origen presupuestario y obtenida en su actividad. En la realidad ejercen toda clase de actividades, públicas y privadas, y no siempre se sujetan al Derecho Público como procedería por su naturaleza.

Se llaman Entes, quizás, por la dificultad de encontrar un nombre más preciso, comprensivo de tanta variedad de actividades algunas extravagantes y casi siempre impropias, y no sólo de supervisión, prestación de servicios públicos o reguladora, sino también lucrativas. Llamaremos «reguladores» o «Agencias reguladoras de sector» a aquellos que, además de las funciones de supervisión de servicios públicos esenciales, ejercen la de dictar o proponer regulaciones siendo esta última a mi entender su función principal.

Es el caso, por ejemplo, de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones (CMT) la cual, con la finalidad de salvaguardar la libre competencia en el mercado, en particular en lo que se refiere a la pluralidad de oferta de servicios, emite «instrucciones» para las entidades que operen en el sector, que serán vinculantes una vez publicadas en el *BOE*.

Se trata de una importante manifestación de descentralización funcional de la potestad normativa en España. Esta potestad ha sido declarada constitucional por sentencia del TC 135/1992 de 5 de octubre.

2. CRÍTICA: DEFECTOS DE LOS ENTES

Se les achaca por la doctrina ser una importante causa de la hipertrofia del Estado, la pérdida por éste del control de tales Organismos, y sobre todo la ausencia de garantía jurídica en su actividad defecto al que se ha denominado como «huída del Derecho Administrativo»³⁵.

Esta «huída» se produce al haberse promovido la versatilidad de estos Entes que aplican el Derecho público o el privado según les convenga. Elimina la seguridad del Derecho y Tribunal aplicable.

Incurren en el ámbito del Derecho de la Competencia muchos de estos Entes —los que desarrollan actividades lucrativas— en cuanto se prevalecen para ello de ayudas, subvenciones cruzadas e incluso de poderes públicos, de modo impropio y deficientemente controlados. Carecen de propietarios o, lo que es peor, son los políticos sus reales propietarios, al no haber Junta de accionistas, ni censura de cuentas, ni personas legitimadas para impugnar los actos sociales.

Estos defectos justifican que su creación y mantenimiento deban ser restrictivos debido a su excepcionalidad y provisionalidad. Será necesaria la reducción, «regreso» o reatribución del Ente a su condición de origen tan pronto sea posible (normalmente sus funciones se ejercían por una Dirección General).

3. CLASES DE ENTE REGULADOR

Pueden ser según su ámbito:

— De regulación *sectorial*: con competencia sobre varias industrias o prestadores de servicios de un mismo sector (transporte por carretera, ferrocarril o aéreo, puertos, aeropuertos, energía eléctrica, carburantes, gas etc.).

— De regulación *multisectorial*: agrupando a varios sectores relacionados, tales como los transportes, la energía, la distribución, etc. Existen en Estados Unidos (en algunos Estados), Canadá y Australia.

La opción entre uno y otro tipo depende de la curva de aprendizaje, experiencia, grado de desarrollo de economías, etc. En España ciertos

³⁵ En la Administración Central hay más de 200 macro-organismos, de los cuales 38 son organismos autónomos de carácter administrativo, con un presupuesto de 3 billones de pesetas. A ellos hay que añadir otros 160 macro-organismos, comerciales, financieros e industriales, así como, 132 Sociedades Estatales y más de 60 Entes Públicos. En las Comunidades Autónomas hay más de 70 entes, 100 Organismos Autónomos y no menos de 300 empresas públicas. En el ámbito Local el Censo de Entes de 1997, incluía más de 2.800 Organismos y empresas con objeto lucrativo. Sólo 2 años antes (Censo de 1995) se cifraban en 2.300.

Entes de regulación sectorial, han pasado a asumir las facultades reguladoras que en todo o en parte se ejercían con anterioridad por los Departamentos Ministeriales a los que los Entes están adscritos (Banco de España, CNMV, CMT, etc.).

4. FUNCIONES Y CONDICIONES DE LAS AGENCIAS O ENTES REGULADORES

Con tradición de más de un siglo en los EEUU donde tienen funciones claramente establecidas, en España en cambio existen reticencias en cuanto a trasposos de funciones reguladoras a los Entes de esta naturaleza.

A. *Funciones básicas*

Según exponen Luis Berenguer y Pilar Sánchez en su trabajo «Regulación, agencias reguladoras y defensa de la competencia»³⁶, estas funciones son:

1. Protección del Consumidor, respecto a posibles abusos del prestador del servicio.
2. Protección de los empresarios prestadores de servicios, frente a decisiones arbitrarias del Gobierno.
3. Promoción de la calidad, precio, extensión y continuidad del servicio.
4. Función de arbitraje en el cumplimiento de las normas establecidas.

En lo que se refiere a la función reguladora estos autores estiman que los Entes no deben establecer la legislación del sector regulado³⁷. Estoy de acuerdo en que no es recomendable tengan iniciativa en normas de rango legal pero ¿por qué no tenerla en las reglamentarias? Estos Entes, por su inmediatez, están en buena situación para dictar normas reglamentarias e, incluso, para acertar en una propuesta al Gobierno de norma reguladora de rango superior. Podrán asimismo, en las mejores condiciones, lograr que el sector acepte una reforma preparada por ellos.

No obstante existe un riesgo de «captura» por el sector que puede comprometer la bondad de la reforma. También los Entes Sectoriales pueden incurrir en conflicto de intereses si la reforma alcanza aspectos de subsistencia de su burocracia, o tiene por objeto la dotación del Ente de medios que provengan del propio del sector (porcentaje sobre su volumen de negocios). Ello debe prevenirse en la norma creadora del

³⁶ Publicado en *Ekonomiaz*, nº 37, 1997.

³⁷ Coincide con estos autores el punto 27 del Informe DAFPE ya mencionado.

Ente. Por supuesto que la Agencia «anti-trust» en funciones reguladoras no presentará ninguno de estos inconvenientes al estar asegurada su independencia por mecanismos legales.

5. ENTES REGULADORES Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Dos aspectos cabe considerar en cuanto a la conexión entre Entes reguladores y Derecho de la Competencia:

— El de sujeción de los Entes a la jurisdicción de la competencia. (TDC).

— El de atribución a los Entes de funciones resolutorias en dicha materia.

Este segundo aspecto concurre en el Derecho inglés. Pero ello se debe a las propias limitaciones funcionales de la Agencia «anti-trust», —la «Monopoly Merger Commission»—, que obligan a que el enjuiciamiento de las conductas restrictivas se lleve a cabo por Comisiones o Entes Sectoriales. No tiene, por tanto, que ser seguido este sistema por aquellos países en que las Agencias están legal y ampliamente facultadas para resolver (Berenguer y Sánchez).

Como argumento a favor de su capacidad de resolución «anticoncurrencial» se suele invocar la especialización y mejor conocimiento de los mercados, su mayor información sobre precios y de la diferencia entre éstos y los costes.

En contra de su idoneidad se argumenta la posibilidad de «captura» de los Entes si se compara con la independencia de las Agencias «anti-trust» y la mayor posibilidad de éstas para elaborar una doctrina intersectorial.

A mi entender de ningún modo deben estos Entes reguladores ostentar facultades para la aplicación de la legislación de defensa de la competencia, ya que con frecuencia tendrán un modo de entender la competencia específico o usual del sector y no el modo general que representa la Agencia «anti-trust».

En España la cuestión ha sido resuelta por el Tribunal Supremo, que considera al TDC el único Organismo con capacidad para aplicar la LCD y para unificar criterios.

En algunos países la desregulación ha tenido que centrarse precisamente en el desmontaje de los Entes reguladores que eran origen de problemas o, paradójicamente, de ausencia de libre competencia en el sector que llega a propiciar el mantenimiento de «cárteles». Este es el caso de aquellos Entes que en España han ampliado sus funciones de reguladoras a comerciales, en algunos casos han creado «holdings» con subsidios cruzados u otras prácticas rechazables (caso AENA, etc.)

6. CRITERIOS PARA UNA REDUCCIÓN (NO SÓLO UNA REFORMA)

1. *Provisionalidad*

Al igual que el Servicio Público, al que los Entes reguladores atienden, evoluciona primero hacia la pérdida del carácter de esencial o importante y más tarde perdiendo el carácter de público para convertirse en genérico o «commodity», el regulador también tenderá a desaparecer cuando este fenómeno evolutivo termine.

2. *Excepcionalidad*

La Administración de supervisión tiene que ejercerse normalmente a través de Direcciones Generales (DG), u Organismos Autónomos (OA). Sólo excepcionalmente podremos aceptar un ENTE. Las DG fueron el origen de la mayor parte, como hemos dicho. Parece procedente el regreso o reducción a la antigua dimensión dentro del principio de reducción del Estado.

La personalidad jurídica y el patrimonio propios no son en principio requisitos esenciales para el ejercicio de las funciones de supervisión. Es más la atribución de estas competencias a unidades administrativas sin personalidad jurídica propia se acomoda mejor a la formulación legal de que «La Administración del Estado... actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única» (art. 1 antigua LRJAE). Sería procedente privatizar sus patrimonios en el caso de que los tuvieran.

¿Cuándo se da la excepcionalidad? En mi opinión en razón del gran volumen del sector e importancia dentro de la economía, la naturaleza sensible del sector y la posible incompatibilidad entre los fines del Entes con los propios del Ministerio correspondiente.

Por otra parte esta clase de Entes pueden ser la solución y «salida» a una desregulación de trascendencia para la economía, que deba ser gestionada de modo desconcentrado, siempre que se den las anteriores condiciones.

No estimo que se justifiquen, precisamente, por necesidad derivadas de la dotación de importantes medios materiales y personales para la gestión de la función de control. Como ya he señalado la adscripción de bienes y su gestión no combina bien con los fines públicos. El Ente con bienes, compra, vende y finalmente invierte en orden a aumentar su patrimonio, pero los Entes, como Administración que son, en consonancia con sus objetivos de ésta, debieran carecer de ánimo de lucro. La gestión de un patrimonio requiere funcionarios y más medios y deriva en una burocratización. Y, en definitiva, va contra el postulado básico del principio de universalidad de los Presupuestos Generales del Estado. Se habilita un Presupuesto propio no integrado en el Presupuesto General del Estado. Como dice García de Enterría «Se busca sencillamente

una huída del derecho presupuestario general, bien en el terreno de los ingresos, bien en el del control del gasto»³⁸.

VIII. MÉTODOS DE LAS AGENCIAS PARA LA INICIATIVA DE REFORMA

1. LA INFORMACIÓN

El deber de información.

El principal método informativo de las Agencias «anti-trust» y en concreto del TDC, ha sido el de «entrevista» con los responsables de los sectores seleccionados.

Ello parece imprescindible para el acierto de la propuesta, pero también es la aplicación de derechos y deberes de información de origen constitucional y legal. Siguiendo esta orientación la LDC recoge el deber de colaboración con el TDC. Mi criterio es que esta obligación está apoyada en la Constitución, ya que en este trámite el deber de información no implica una «declaración acusatoria o contra uno mismo». Pero, sobre todo, es un derecho. Los titulares del derecho y de la obligación son los sectores afectados. Existe un evidente progreso en esta relación de colaboración en los últimos tiempos al venir reconociendo el TDC, consuetudinariamente, la facultad de personarse y de hacer alegaciones en el expediente desregulatorio (derogando así, a mi entender, la doctrina sentada en Resoluciones de 8 de diciembre de 1993 y 17 de septiembre de 1993).

Para el TDC (REMEDIOS) hay 4 grupos distintos de agentes en el mercado que son sus interlocutores:

Las Empresas prestadoras de servicios en situación monopolística o bajo restricciones.

Las Empresas potenciales oferentes o competidoras, que lo harían si el sector se abriera a la competencia.

Los usuarios que sienten la necesidad de que se amplíe la oferta.

Los responsables de los Organismos reguladores del sector.

Debe asegurarse un equilibrio entre la información, proceda de la Administración o del administrado. No se daría si la iniciativa de desregulación se basara preferentemente en la información de la Administración competente. Esto no ocurrirá en la medida que los empresarios se presten a facilitar sus criterios y datos, y colaboren con el TDC, actitud cada día más frecuente.

³⁸ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, 4ª ed, pp. 388 y ss.

Admitiendo la validez de este enfoque caben 2 reflexiones de mejora:

La introducción en el sistema de la LDC de los usuarios parece prevista más en cumplimiento de una formalidad que como medida de efectos prácticos. En España la auténtica representación de los usuarios, como ciudadanos que son, está en el Parlamento, sin perjuicio de lo previsto en la LGCU de 1984.

La entrevista con las empresas se viene produciendo individualmente. Sería deseable que en todos los casos, y no en ocasiones, intervengan las Organizaciones Sectoriales. La cúpula de CEOE debiera estar presente en cuanto representa los intereses generales, es decir no sólo del sector y de los «oferentes» en cuestión sino de los que pagan los «insumos» que son la totalidad de las empresas.

2. EL PROCEDIMIENTO

La experiencia demuestra que los entrevistados no tienen conocimiento de los resultados de su entrevista o del aporte de información hasta la publicación del Informe del TDC, o la adopción de la medida desreguladora. Debiera propiciarse una segunda intervención en fase final que similar a la procedimental de CONCLUSIONES con el fin de asegurar el procedimiento contradictorio propio de toda alegación, evitar que el orden de entrevista otorgue mayor ventaja a los últimos y conseguir una mayor riqueza de información.