

LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN EL AMBITO DEL SECTOR SERVICIOS

*Amadeo Petitbò Juan**

En los últimos años se ha acentuado la sensibilidad social en relación con la defensa de la competencia. El sector servicios, en muchas de sus actividades, resulta protegido de la competencia debido a las fuertes barreras que dificultan su integración en el mercado internacional y a las restricciones de los agentes económicos beneficiados por la misma. El grado de liberalización de los servicios es muy inferior al del sector industrial. El Tribunal de Defensa de la Competencia ha prestado especial atención al objetivo de introducir e intensificar la competencia en el sector servicios dictando resoluciones y proponiendo la adopción de medidas concretas. Las recientes disposiciones en materia de liberalización recogen algunas de las propuestas y criterios del Tribunal.

Palabras clave: sector servicios, competencia, liberalización económica, internacionalización de la economía, España.

Clasificación JEL: D40, K21, L40.

*«Neque enim notare singulos mens est mihi verum
ipsam vitam et mores hominum ostendere»***

Fedro

1. Introducción

La competencia es, ahora, una de las protagonistas de los medios de comunicación. El análisis del debate social en los últimos años pone de manifiesto que los ciudadanos han modificado sus creencias en relación con la competencia. Si hace una década el escepticismo o la aversión eran las notas destacadas de los sentimientos de los ciudadanos ante un imparable proce-

so de liberalización y desregulación de los mercados, sectores y actividades, ahora se exige a las administraciones que aceleren los procesos de liberalización y desregulación.

Como acaba de subrayar la OCDE (OCDE, 2000): «La experiencia española constituye una manifiesta evidencia del valor de las reformas estructurales y regulatorias en apoyo del crecimiento económico. Entre los factores relacionados con el fuerte crecimiento económico de la economía española en los últimos tres años, la liberalización de los mercados y la apertura de la economía han sido cruciales. Tales reformas, iniciadas hace 15 años y aceleradas desde 1996, también han contribuido a flexibilizar y hacer más competitiva la economía, y han acelerado la convergencia de España en relación con Europa».

La liberalización de los productos industriales cuenta ya con una dilatada historia. En efecto, la liberalización del comercio internacional impulsó la liberalización de los productos manu-

* Ex-Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia.

El autor agradece los comentarios de Pilar Sánchez.

** «Pues no pretendo señalar a cada uno, sino mostrar la vida misma y las costumbres de los hombres».

facturados. Sin embargo, el análisis de la realidad sectorial revela una asimetría en relación con el marco regulador de los sectores económicos: el sector industrial liberalizado y sometido a la competencia nacional e internacional convive con el sector servicios que, en muchas de sus actividades, resulta protegido de la competencia debido a las fuertes barreras que dificultan su integración en el comercio internacional¹.

Con este marco de referencia, el presente artículo se referirá a la defensa de la competencia en el sector servicios.

2. Algunos ejemplos de hechos relacionados con la defensa de la competencia que han sido objeto de atención por los medios de comunicación

Durante los últimos años el debate sobre la competencia en el sector servicios ha sido intenso. A ello han contribuido tanto la importancia de los temas discutidos, como el eco de las discusiones en los medios de comunicación. Paso a paso, los ciudadanos se han convencido de que la liberalización y la introducción de la competencia son condiciones necesarias que contribuyen al funcionamiento eficaz de la economía. A continuación se hace referencia a algunos casos relevantes recientes.

Microsoft

Transcurridos algo más de dos años desde que el Departamento de Justicia de Estados Unidos y 19 Estados denunciasen a la empresa Microsoft por violar las leyes antimonopolio, el juez Thomas Penfield Jackson consideró que Microsoft Corporation no era digna de confianza y ha decretado su división en dos empresas². Una de ellas será responsable del control del sistema operativo Windows. La otra, del conjunto de aplicaciones

de *software*, incluido el negocio de Internet. Con el fin de evitar futuras conductas que contribuyesen a restringir la competencia, el juez ha resuelto que ambas empresas deberán permanecer separadas durante un período de tiempo no inferior a diez años. Por su parte, los propietarios de Microsoft disponen de cuatro meses para presentar un plan específico de desinversión.

Para impedir que el complejo procedimiento inherente al sistema de recursos característico de todos los sistemas procesales frenase o debilitase las actuaciones judiciales, el citado juez ordenó un conjunto de medidas cautelares que deberán llevarse a la práctica en un plazo máximo de noventa días. Entre tales medidas destaca la aplicación del mismo precio de determinados componentes a los veinte mayores fabricantes de PC's y la obligación de no aprovechar la aparición de nuevas versiones del sistema operativo para incrementar los precios. Adicionalmente, con el fin de promover la competencia, Microsoft deberá dar acceso a terceros a ciertas partes de los códigos de Windows.

La segregación de Microsoft propuesta por el juez Jackson no es la primera que se registra en Estados Unidos. En ocasiones anteriores los jueces norteamericanos han ordenado la segregación de empresas para impedir que su poder económico se tradujese en conductas manifiestamente contrarias a la competencia. Las propuestas judiciales sólo han sido frenadas por acuerdos extrajudiciales.

Por su trascendencia, resulta oportuno recordar algunos casos relevantes.

En el año 1911, el Tribunal Supremo norteamericano dio la razón al Gobierno cuando estimó que la empresa de J.D. Rockefeller, Standard Oil, había actuado de forma ilegal y anticompetitiva. Standard Oil había alcanzado una posición hegemónica en el mercado mediante la adquisición de empresas competidoras. El resultado de la intervención judicial fue la segregación de la citada empresa en diferentes empresas de refino y distribución, dando lugar a las conocidas como «siete hermanas»³. Treinta y cinco años más tarde, en 1946, la justicia norteameri-

¹ Sobre la competitividad del sector servicios, puede verse RUBALCABA-BERMEJO, L. (1999).

² Joel Klein, asistente del Fiscal General Antimonopolio, que dirigió el caso Microsoft, ha subrayado que el delito de Microsoft no fue ostentar un monopolio, sino emplear prácticas ilegales para proteger el monopolio y extenderlo a nuevos mercados.

³ Pese a ello, el valor de las empresas surgidas de la Standard Oil se quintuplicó en la década siguiente a la división.

cana puso en evidencia que American Tobacco (denominada también Tobacco Trust) conspiró contra la competencia al comprar tabaco y, posteriormente, destruirlo para evitar el acceso de sus competidores al mercado. Tobacco Trust, por orden judicial, fue dividida en 16 partes. En el año 1967, IBM tuvo que enfrentarse a un conjunto de cargos que guardaban una fuerte similitud con los presentados contra Microsoft, consistentes en vender de forma anudada ordenadores y programas. Se consideró que las conductas de IBM no eran ni inevitables ni honestas. Posteriormente, en el año 1982, ATT fue acusada de ostentar un monopolio no impugnabile en el mercado de las telecomunicaciones, consistente en usar el monopolio en telefonía local (regulado) para mantener una posición de dominio en las telecomunicaciones a larga distancia. El resultado de la intervención de las autoridades *antitrust* se tradujo en la segregación de las actividades de ATT. Esta retuvo los servicios de larga distancia y cedió la explotación de las comunicaciones locales a siete empresas⁴ (las *baby bells*) que, con ello, se convirtieron en sendos monopolios locales.

La sanción contra las empresas petroleras italianas

Con fecha 8 de junio de 2000, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato falló en relación con un expediente referido al sistema italiano de distribución de combustibles⁵. De acuerdo con l'Autorità, un grupo de empresas pertenecientes a la Unione Petrolifera establecieron acuerdos horizontales contrarios a la ley italiana de defensa de la competencia cuyo efecto fue desincentivar de forma injustificada y restrictiva las reducciones —y, por lo tanto, la competencia— de precios entre los distribuidores. Las conductas analizadas fueron llevadas a cabo desde el principio del año 1994. Argumentó l'Autorità que el acuerdo suponía la eliminación de la incertidumbre relacionada

con las conductas de los operadores traducible en precios finales distintos, asociados, fundamentalmente, a sus costes y a sus niveles de eficiencia. Por otra parte, se constató que el precio medio neto de impuestos de los carburantes en Italia era superior al correspondiente a Francia, Alemania y el Reino Unido. Este hecho suponía una importante pérdida de bienestar (estimada en 1,378 billones de liras italianas en el año 1999) derivada de la eliminación de la competencia. L'Autorità consideró responsables de la conducta a los operadores pero no a la citada Unione.

Tras su análisis, l'Autorità sancionó de forma pecuniaria a las empresas con una multa que, en conjunto, ascendía a 640.000 millones de liras italianas (56.000 millones de pesetas), lo que suponía un 3,5 por 100 de la facturación de las empresas, con la excepción de una empresa que fue sancionada con una cantidad equivalente al 2 por 100 de su facturación.

Consideró l'Autorità que la citada conducta tenía como objetivo el mantenimiento del control de los precios finales del carburante en un contexto de precios liberalizados, impidiendo la autonomía de las conductas de los operadores en relación con el proceso de determinación de precios. El resultado ha sido un proceso de convergencia de los distintos precios con la correspondiente limitación de las relaciones competitivas entre empresas petrolíferas.

Pocos días después de la decisión de la autoridad italiana de defensa de la competencia, la autoridad antimonopolio de Suecia (Konkurrensverket) demandó a cinco empresas petroleras, cuya cuota de mercado era del 90 por 100, por violación de la ley sueca de defensa de la competencia al pactar secretamente el precio de la gasolina. La propuesta de sanción se aproxima a los 10.000 millones de pesetas.

El acuerdo del Consejo de Ministros en relación con la operación de concentración Pryca/Continente

Este asunto es un buen ejemplo de cooperación entre las autoridades europeas y españolas de defensa de la competencia.

El pasado día 26 de mayo el Consejo de Ministros se pronunció acerca de la Oferta Pública de canje amistoso de acciones de

⁴ Ameritech, Southwestern Bell, Pacific Telesis, Nynex, Bell Atlantic, Bell South y U.S. West. Entre los años 1984 y 1994, los precios de las llamadas de larga distancia se redujeron un 66 por 100.

⁵ Las autoridades de defensa de la competencia de Francia, Alemania y España están estudiando la presunta existencia de conductas similares.

Carrefour sobre Promodés con la intención última de proceder a la fusión de ambas compañías. Dicha operación fue notificada a la Comisión de las Comunidades Europeas en virtud del artículo 4 del Reglamento (CEE) n. 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, al tratarse de una operación de dimensión comunitaria, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1 del citado Reglamento.

Dadas las especificidades del impacto de la mencionada operación sobre el mercado español, la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia, sobre la base del artículo 3 del Real Decreto 295/98, relativo a la aplicación en España de las reglas europeas de competencia, solicitó para el Reino de España la oportuna jurisdicción para resolver acerca de la citada notificación al considerar que concurrían los requisitos para la aplicación del artículo 9 del citado Reglamento.

La Comisión Europea decidió remitir el caso a las autoridades españolas. El Ministro de Economía y Hacienda, tras el análisis del expediente realizado por la citada Dirección General, decidió remitir el expediente al Tribunal de Defensa de la Competencia por entender que la operación notificada podría contribuir a obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados afectados por la operación.

Tras su análisis, el Tribunal emitió el correspondiente dictamen por el que, de acuerdo con el artículo 17.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), propuso que la aprobación de la operación se subordinara a un conjunto de condiciones consistentes en la venta de determinados establecimientos y en la no apertura de otros. En dicho dictamen se consideró que la existencia de licencias comerciales específicas previas a la apertura de grandes establecimientos comerciales por parte de las Comunidades Autónomas, previstas en el artículo 6 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, actúa como una barrera de entrada determinante que restringe la competencia en los mercados de distribución comercial de bienes de consumo diario en régimen de libre servicio.

Tras la consideración de los datos contenidos en el expediente y la aplicación de lo previsto en la citada LDC que, en su ar-

tículo 17, establece que corresponde al Gobierno, a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda, decidir sobre la procedencia de la operación pudiendo, incluso, subordinar su aprobación a la observancia de determinadas condiciones, el Consejo de Ministros decidió subordinar la operación, en primer lugar, a la enajenación o transmisión del negocio de 12 hipermercados localizados en distintos lugares de la península; en segundo lugar, de todos los establecimientos de la Cadena Día en una determinada zona, excepto uno; en tercer lugar, de 15 establecimientos de más de 200 m² localizados en la provincia de Girona; en cuarto lugar, de dos establecimientos Champion; y, por último, de un supermercado de alrededor de 2.000 m² en la ciudad de Badajoz.

Lógicamente, la enajenación de dichos establecimientos debe hacerse en condiciones que eviten movimientos estratégicos por parte de los compradores potenciales. Por ello, el grupo Carrefour dispondrá de dos meses para presentar un plan confidencial detallado al Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) con el fin de proceder a cumplimentar la condición citada. Dicho plan deberá ser aprobado o modificado por el Servicio en el plazo de dos meses.

De acuerdo con el resto de condiciones impuestas, el adquirente o adquirentes deberán ser competidores independientes del grupo Carrefour que cuenten con recursos suficientes y experiencia contrastada, prestándose una especial atención al mantenimiento del empleo y a la competencia. Por ello, el Servicio deberá aceptar expresamente al adquirente o adquirentes. Además, la eventual concesión de una nueva licencia en los territorios afectados por las desinversiones propuestas requerirá el oportuno control de los efectos sobre el mercado y la competencia por parte del SDC.

El acuerdo del Consejo de Ministros en relación con la operación de concentración Unión Fenosa/Hidrocarbónica

También el pasado día 26 de mayo, el Consejo de Ministros se pronunció en relación con un proyecto de concentración econó-

mica consistente en la adquisición de Hidroeléctrica del Cantábrico S. A. por Unión Eléctrica Fenosa S.A.

En este caso, el Tribunal, tras considerar los efectos de la operación notificada sobre la competencia y los posibles efectos positivos de la operación compensadores de las restricciones que fueron apreciadas, propuso declarar improcedente la operación notificada. El Gobierno compartió las conclusiones del Tribunal y acordó declarar improcedente la operación, ordenando que no se llevara a cabo, de acuerdo con el citado artículo 17.1 de la LDC.

3. Algunas referencias a la historia de la defensa de la competencia que contribuyen a comprender el debate actual

De la Sherman Act de 1890 a la Ley 52/1999

El desarrollo del análisis económico a lo largo del siglo XIX, y el hecho de que dicho análisis hubiera puesto de manifiesto las ventajas de la competencia para los consumidores y el conjunto de la economía, impulsaron la elaboración del derecho de la competencia cuyo inicio efectivo, un año después de la aprobación de una ley *antitrust* en Canadá, se ha sustentado sobre cinco pilares sólidos⁶. En primer lugar, la Sherman Antitrust Act de 1890⁷ que declaró ilegales «todo contrato, intriga en forma de comercio u otra, o conspiración que pretenda limitar el comer-

cio», estableciendo, además, que «toda persona que monopolice o intente monopolizar, o se confabule o conspire con otro u otros para monopolizar una parte del comercio entre los diferentes Estados o con otras naciones, será considerada culpable de falta leve», falta que fue calificada de «felonía» de acuerdo con una enmienda introducida en el año 1974. En segundo lugar, la Clayton Act de 1914, que declaró ilegales las conductas comerciales desleales. En tercer lugar, la Federal Trade Commission, también del año 1914, cuyo objetivo era investigar las conductas desleales y dictar órdenes de suspensión de actividades ilegales. En cuarto lugar, la Robinson-Patman Act, del año 1936, dirigida a reforzar la legislación que declaraba ilegales la discriminación de precios, ampliando las posibilidades de sanción a las empresas infractoras. Y, por último, la Celler-Kefauver Act de 1950, que impuso restricciones adicionales a las operaciones de concentración empresarial que restringen la competencia.

A la luz de estas referencias puede sostenerse que el derecho estadounidense ha servido de faro orientador a los desarrollos posteriores en esta materia, aunque dichos desarrollos hayan incorporado diferencias relevantes.

En efecto, el objetivo del derecho *antitrust* americano —mezcla de derecho civil y derecho penal— es la protección del comercio restringiendo, incluso, determinadas operaciones de concentración o imponiendo el fraccionamiento de las grandes empresas, como ocurrió en los casos citados en el apartado sobre Microsoft. La competencia perfecta, primero, y la competencia efectiva, más tarde, han sido declaradas fines en sí mismos y, en consecuencia, los acuerdos anticompetitivos han sido prohibidos *per se*, pese a que posteriormente ha debido acudir a la «regla de razón» para resolver algunos problemas que planteaba dicha prohibición.

En Europa, el planteamiento ha sido distinto. La competencia no se ha considerado como un fin en sí mismo, sino como un instrumento para alcanzar los resultados positivos derivados de la competencia y, con el nacimiento del Mercado Común, el análisis se aproxima al planteamiento de Estados Unidos y considera que debe contribuir, además, a la integra-

⁶ La primera ley *antitrust* norteamericana fue la Interstate Commerce Act de 1887. Como ha señalado CHANDLER, A. D. Jr. ([1977] 1988), «hasta la aprobación de la Ley Sherman de 1890, y, en realidad, hasta que el Tribunal Supremo la interpretó, la concentración horizontal no violaba las leyes federales. Antes de la década de 1880 sólo algunos conceptos de la ley consuetudinaria, mal definidos y difíciles de hacer cumplir, suponían una limitación legal a la formación de dichos cárteles. En la década de 1880, unos cuantos Estados aprobaron leyes antimonopolio. Sin embargo, hasta que el Tribunal Supremo anunció sus decisiones sobre la Ley Sherman no se pudo tomar ninguna acción legal efectiva contra las concentraciones a escala nacional que restringían el comercio».

⁷ Sobre el desarrollo de la política de competencia en Estados Unidos, ver PERITZ, R. J. R. (1996). Conviene resaltar que la Ley Sherman fue aprobada en un período de transición en el que las empresas de pequeña y mediana dimensión empezaban a notar la competencia de las grandes empresas, lo que promovió el oportuno compromiso político.

ción de los mercados. El paso decisivo tuvo lugar a principios de la década de los años cincuenta, con la creación de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, prelude de la Comunidad Económica Europea. El Tratado CECA del año 1951 prohibía las conductas dirigidas a adquirir una posición de monopolio mediante reducciones de precios (artículo 60), las prácticas discriminatorias, especialmente por razón de la nacionalidad (artículo 60), los acuerdos colusivos restrictivos de la competencia en el Mercado Común (artículo 65) y, también, las concentraciones (artículo 66). Sin embargo, a diferencia del derecho norteamericano, el Tratado CECA previó, en primer lugar, la posibilidad de autorizaciones para determinados acuerdos si los beneficios de los mismos compensan sus efectos contrarios a la competencia; y, en segundo lugar, la intervención pública en casos decisivos. Estas consideraciones, apoyadas en criterios de razonabilidad, suponen que no todas las conductas contrarias a la competencia deben condenarse y que la autoridad administrativa desempeña un papel determinante en ciertas circunstancias.

El derecho de la competencia europeo sigue los principios del Tratado CECA. El Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea establece (en su artículo 3g), que la acción de la Comunidad implicará «un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior». Sobre la base de este principio, la actividad de las autoridades de defensa de la competencia se refiere, principalmente, a los acuerdos, los abusos de posición de dominio y al control de las operaciones de concentración capaces de alterar de forma significativa las condiciones de la competencia. La consideración de estos aspectos ha constituido la plataforma sobre la que se han desarrollado las distintas legislaciones nacionales.

Poco después de la constitución de la CEE, en el año 1963, se aprobó en España la primera Ley de Defensa de la Competencia —denominada de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia—. Dicha Ley fue reconsiderada como consecuencia, por una parte, de la aprobación de la Constitución Española de 1978 y, por otra, de la adhesión de España al Tratado Comunitario. El resultado fue la referida Ley 16/1989.

El artículo 38 de la Constitución española establece que «se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado» y, en coherencia con dicho precepto, la Ley 16/1989 estableció, en su Exposición de Motivos, que su objetivo es «garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público...». El Plan de Liberalización, aprobado por el Consejo de Ministros el día 21 de febrero del año 1997, fijó como uno de los objetivos prioritarios del Gobierno la reforma del sistema de defensa de la competencia, iniciándose un proceso que comenzó con la aprobación del Real Decreto-Ley 6/1999, de 16 de abril, de Medidas Urgentes de Liberalización e Incremento de la Competencia, y ha culminado con la aprobación de la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de Reforma de la Ley 16/1989 y los Reales Decretos-Ley 4/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Liberalización en el Sector Inmobiliario y Transportes; Real Decreto-Ley 5/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Contención del Gasto Farmacéutico Público y de Racionalización del Uso de los Medicamentos; Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios; y Real Decreto-Ley 7/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes en el Sector de las Telecomunicaciones.

La Ley 52/1999 parte de la consideración, explicitada en su Exposición de Motivos, de que «La profundización en el proceso de liberalización de los mercados que afronta la economía española hace necesario potenciar una política de defensa de la competencia que garantice la efectividad del esfuerzo liberalizador, evitando que el comportamiento de los operadores económicos desvirtúe el adecuado funcionamiento de los mercados y prive a los consumidores de sus ventajas». Y, con el fin de hacer eficaz el sistema español de defensa de la competencia, se afirma que «la política de defensa de la competencia tiene básica y generalmente un carácter horizontal», que encuentra su plena efectividad en la oportuna colaboración con las autoridades reguladoras sectoriales.

El análisis económico y la evidencia empírica

El análisis económico ha ido recogiendo los cambios promovidos por el desarrollo de las fuerzas productivas y ha puesto de relieve que el mecanismo que coordina los objetivos de los productores y los consumidores es el sistema de precios. La «mano invisible» de Adam Smith pierde su invisibilidad cuando sintetiza los deseos y la escasez a través de dicho sistema, de forma que los mercados de los bienes y servicios se equilibran en aquel punto en que coinciden la oferta y la demanda. Y en dicho punto todos aquéllos que intervienen en el mercado optimizan sus objetivos: los ciudadanos, su utilidad, y las empresas sus beneficios, alcanzándose el equilibrio competitivo y maximizándose los beneficios de la sociedad, de acuerdo con Adam Smith, o el «dividendo nacional», de acuerdo con Pigou.

Pero no debe olvidarse que para que los mercados alcancen los oportunos equilibrios competitivos es necesario que los agentes económicos tomen los precios como dados, sin que puedan determinarlos independientemente. Sin embargo, el propio sistema de mercado genera incentivos para que los agentes económicos elaboren estrategias dirigidas a incidir sobre el sistema de precios mediante acuerdos colusivos o explotando su posición de dominio con el fin de obtener beneficios extraordinarios. La experiencia revela que, cuando en un mercado determinado algunos operadores económicos obtienen beneficios extraordinarios —rentas de monopolio— durante un período de tiempo suficientemente largo, puede sostenerse que hay elementos que obstaculizan la competencia. En ausencia de tales obstáculos, la inversión y la oferta aumentarían, y, ante una demanda dada, los precios y, en consecuencia, los beneficios extraordinarios se reducirían. Y la falta de competencia, al igual que la regulación ineficiente, genera costes evitables y precios que pueden ser reducidos mediante la liberalización y la supresión o modificación de dicha regulación⁸.

En efecto, la OCDE ha estimado, sobre la base de los datos correspondientes a la economía española en 1998, que los efectos potenciales, directos e indirectos, de la eliminación de la regulación ineficiente suponían, en aquellos momentos, y sobre la base de un análisis estático que minusvaloraba los resultados, entre el 4 y el 5 por 100 del PIB⁹.

Las conclusiones de la OCDE, obtenidas del análisis de distintos sectores de varios países, permiten sostener que la eliminación de la regulación ineficiente se traduce en efectos beneficiosos para la economía, las empresas eficientes y los ciudadanos dado que, al igual que la competencia, contribuye a reducir los precios, de manera que facilita el control de la inflación, también contribuye a incrementar la inversión, la producción y la tasa de crecimiento, a mejorar la productividad, a incrementar los salarios reales y a reducir los beneficios extraordinarios derivados de la posibilidad de fijar los precios por encima de los correspondientes a un mercado que opera en régimen de competencia. Por último, fomenta la mejora de la innovación y la calidad de los bienes y servicios; y, si la inversión no se interrumpe y el mercado de trabajo es suficientemente flexible, también contribuye a crear puestos de trabajo a medio y largo plazo¹⁰. La OCDE, por ejemplo, ha sostenido que en el mercado de las telecomunicaciones no es la competencia sino la ausencia de competencia lo que supone una amenaza para los puestos de trabajo. Además, la eliminación de la regulación ineficiente debe contribuir a suprimir las barreras de entrada, no debe entorpecer la aplicación del progreso técnico y debe promover la competencia, favoreciendo la entrada de nuevos competidores en el mercado o introduciendo estímulos para que los operadores económicos mejoren su eficiencia. En síntesis, debe fomentar la soberanía del consumidor y reducir la inter-

⁸ La cuestión de la necesidad de remover la legislación ineficiente cuenta con muchos años de historia. Jovellanos, por ejemplo, escribió que «con una palabra, Señor, el grande y general principio de la Sociedad se reduce a que toda protección de las leyes, respecto de la agricultura, se debe cifrar en remover los estorbos que se oponen a la libre acción del interés de sus agentes dentro de la esfera señalada por la justicia». Ver JOVELLANOS, G.M. de ([1795] s.f.).

⁹ OCDE (1998).

¹⁰ LITTLECHILD, S.C. (2000), anterior director de la Oficina Británica reguladora del sector eléctrico (OFFER) ha afirmado que «los monopolios públicos han sido transformados en empresas privadas con elevadas dosis de competencia, mejoras en la eficiencia y la innovación, reducciones en los precios... y mejoras en la calidad del servicio». Sobre la reforma de la regulación ineficiente, ver PETITBO, A. (2000).

vención administrativa en el proceso de toma de decisiones empresariales¹¹.

El caso de las leches maternizadas constituye una buena referencia de los efectos negativos de la monopolización de un bien necesario y de los efectos de las restricciones a la competencia. Hasta hace pocos años, las leches maternizadas se vendían en España exclusivamente en los establecimientos farmacéuticos. Las razones económicas de este peculiar sistema de distribución monopolista se apoyaban en una situación de información imperfecta y asimétrica que situaba a los compradores de dicho producto en una situación de especial vulnerabilidad. En efecto, los consumidores creían que dicho producto vendido en una farmacia, por el mero hecho de ser vendido en tales establecimientos, tenía un precio único fijado por el fabricante. El desconocimiento de la legislación por los consumidores era aprovechado por los farmacéuticos para fijar sus precios a un nivel superior al que correspondería a una situación de competencia. Este hecho permitía a dichos profesionales obtener las oportunas rentas de monopolio facilitadas por su mejor información en un contexto de ausencia de rivalidad.

El monopolio de la distribución se rompió cuando, tras la dubitativa y lenta liberalización de la leche maternizada, una empresa decidió vender su producto fuera del canal farmacéutico. Poco tiempo después, los nuevos vendedores disponían de una cuota de mercado superior al 25 por 100 y los precios del

producto habían descendido entre un 25 y un 30 por 100 en relación con los que aplicaban los farmacéuticos. Es indudable que los beneficiarios de la competencia han sido los consumidores y los establecimientos que ahora pueden suministrar a sus clientes un producto que antes les estaba vedado. Los perdedores han sido aquéllos que se beneficiaban de la situación de monopolio. Sin embargo, ninguna empresa ha desaparecido del mercado. Lo que sí han desaparecido son las rentas de monopolio asociadas a las restricciones a la competencia.

Internet, la globalización y el nuevo desafío americano

Internet y las telecomunicaciones están modificando el marco en el que tiene lugar la actividad económica. Y la extensión e intensidad de su uso son una de las causas que contribuyen a explicar las diferencias entre las tasas de crecimiento de las economías norteamericana y europea. La fuerza transformadora del *mouse* y del «.com, .net, .es», o de cualquier otro dominio de primer nivel o territorial, es incuestionable.

También Internet y las telecomunicaciones contribuyen a la globalización de los mercados y, al mismo tiempo, dicha globalización exige su empleo. La economía, ahora, se internacionaliza y se «internetiza» en un proceso retroalimentado. Además, Internet se está convirtiendo en un poderoso instrumento de difusión del progreso técnico y la innovación, y de fomento del cambio. Su papel recuerda el de las telecomunicaciones, el ferrocarril y la electricidad que, a finales del siglo XIX, contribuyeron a ampliar los mercados, aumentar la dimensión de las empresas, mejorar la productividad, reducir los costes medios y, en consecuencia, a acentuar la competencia entre unidades de producción. Internet contribuirá a fomentar la competencia mediante la mayor transparencia de los mercados y la ruptura del monopolio de la información. Pero Internet también puede contribuir a reducir la competencia, tanto en el propio sector como en el resto de los sectores, al extender a mercados conexos eventuales situaciones de posición de dominio o al facilitar el intercambio de información entre operadores económicos.

¹¹ Sobre estas cuestiones, ver, entre otros, PETITBO, A. (1999). BERNALDO DE QUIROS (2000), por ejemplo, ha sostenido que «la existencia del libre mercado no elimina la necesidad del Estado. Por el contrario, éste es fundamental para determinar las reglas del juego, interpretarlas y asegurar su cumplimiento; es decir, el Estado es una institución necesaria para reducir los costes de transacción que dificultan e incluso pueden hacer imposible el intercambio económico. En este contexto, la institución estatal es pieza básica del progreso económico pero también una de sus principales amenazas. El modelo estatal compatible con la libertad económica es el de un gobierno limitado. En él, las funciones básicas del Estado son mantener la ley y el orden, evitar la coerción de unos individuos sobre otros, garantizar el cumplimiento de los contratos, así como definir y proteger los derechos de propiedad. Dentro de este marco, cada individuo tiene la libertad de utilizar sus recursos para lograr los fines que desee. La gran ventaja del mercado es que reduce las cuestiones que han de decidirse a través de medios políticos y minimiza la participación de los poderes públicos en las relaciones sociales y económicas».

Todo ello tiene lugar en un momento en el que la economía española y las empresas se han abierto considerablemente al exterior, sus empresas públicas se han privatizado y sus mercados se han liberalizado o están en trance de ser liberalizados. Ahora el crecimiento de la economía española es compatible con una inflación que puede ser controlada¹² y dicho crecimiento contribuye a la creación de puestos de trabajo y a fomentar la inversión y el gasto de las familias.

Además, se ha apostado por las reformas estructurales y por la eliminación de la regulación ineficiente. Los resultados alcanzados son inequívocamente positivos aunque el proceso no haya terminado y algunas resistencias hayan frenado la cadencia de la marcha. Se han dado pasos por la senda adecuada y la andadura debe seguir a un ritmo vivo y sin interrupciones.

La mencionada apertura al exterior es, sin duda, un hecho de singular importancia. Los empresarios españoles han modificado rápidamente, y con eficiencia, la forma de entender la dimensión y la dirección de las empresas. Se ha pasado de una actitud pasiva y dependiente del exterior a una actitud activa, impulsora de potencialidades, que progresivamente mira al exterior como un objetivo y que cree que las nuevas tecnologías y la competencia libre y leal son las llaves del futuro. La inversión extranjera convive con las inversiones españolas en el exterior, las empresas españolas ocupan lugares de liderazgo en Latinoamérica, no se arredran cuando el destino de las inversiones es China, Suiza o Estados Unidos, y es frecuente que obtengan mayores ingresos fuera de España que en nuestro país.

En este marco de referencia, las cuestiones relacionadas con la promoción y la defensa de la competencia ocupan un lugar destacado en los medios de comunicación y constituyen un ingrediente importante en las estrategias empresariales. Sin embargo, los avances también son testigos de conductas proteccionistas justificadas con insostenibles argumentos apoyados en la defensa de los intereses nacionales o en la teoría obsoleta de los «campeones nacionales». Tales conductas se traducen en barreras de entrada —afortunadamente frágiles— en perjuicio

de unas empresas y en beneficio de otras. Telecom Italia/Deutsche Telekom, Champalimaud, Banco de Italia/BSCH/BBV, Vodafone/Mannesmann, constituyen ejemplos inequívocos de que la libre y leal competencia todavía no siempre es el criterio soberano que dirige el comportamiento de las empresas ni de todas las administraciones.

Ahora bien, los argumentos favorables a la liberalización de los mercados son más poderosos que las citadas resistencias. Europa ha tomado conciencia de que en una economía globalizada no es aconsejable alejarse de la cabeza del grupo de países más desarrollados cuyo sector productivo opera con niveles de productividad superiores. Y en estos momentos la referencia de la economía europea es Estados Unidos dadas sus elevadas tasas de crecimiento económico sostenido, acompañadas de un elevado nivel de empleo, de una inflación reducida y de un mayor dominio de las nuevas tecnologías.

La constatación de este hecho ha promovido una rápida reacción por parte de los países europeos cuya primera etapa ha sido la Cumbre de Lisboa. El resultado de la Cumbre se ha materializado en la elaboración de un programa de reformas —en general, fechadas— cuyo objetivo es la modernización de Europa y la reducción de las diferencias en relación con el Nuevo Continente, sin olvidar el objetivo de la cohesión social.

Del análisis de los resultados de la Cumbre debe destacarse que, a diferencia del pasado, ahora nuestras autoridades han sido impulsoras del cambio, manteniendo una actitud activa alejada de aquellos comportamientos pasivos, tan frecuentes en nuestra historia. Actitud que contrasta con la mantenida por Francia a pesar de que, como se ha dicho, tarde o temprano deberá aceptar que, en el marco del Mercado Único, el proceso de liberalización es irreversible.

Los compromisos alcanzados se refieren al desarrollo inmediato de Internet, así como a la liberalización de las telecomunicaciones el próximo año. Pero el flujo liberalizador debe proseguir con la incorporación al proceso de los mercados del gas, la electricidad, los servicios postales y los transportes, junto a la reducción de barreras y otras medidas de calado, como las referidas a la formación y a la creación de empleo. Todo ello contri-

¹² A pesar de la presión del alza de los precios del petróleo.

buirá, sin ningún tipo de duda, no sólo a reducir nuestras diferencias con Estados Unidos sino también a incrementar nuestra tasa de actividad y reducir la tasa de desocupación. En estos momentos de transición de la sociedad industrial y de servicios a la sociedad del conocimiento y la innovación, la preocupación se centra en la creación de empleo desde la perspectiva de la mejora de la competitividad empresarial y del convencimiento de que las medidas adoptadas contribuirán a la creación de nuevos puestos de trabajo.

La legislación española de defensa de la competencia

Siguiendo la legislación comunitaria, la Ley española de Defensa de la Competencia¹³ contempla dos tipos de conductas prohibidas: en primer lugar, las prácticas colusorias restrictivas o falseadoras de la competencia en el mercado; y, en segundo lugar, los abusos de posición de dominio en el mercado. Además, añade un nuevo tipo referido al falseamiento de la competencia por actos desleales¹⁴.

El artículo 1 de la Ley prohíbe «todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del territorio nacional...». Complementariamente, el artículo 1.2 establece la nulidad de pleno derecho de las citadas conductas prohibidas que no estén amparadas por las oportunas exenciones. Y el artículo 1.3 establece que los órganos de defensa de la competencia no inicien o sobresean los procedimientos relacionados con conductas cuya escasa importancia los haga incapaces de afectar de forma sensible a la competencia. A pesar de las prohibiciones citadas, la Ley prevé la posibilidad de que determinadas conductas prohibidas puedan ser autorizadas bajo determinados supuestos relacionados con la situación económica general o con el interés público. Concreta-

mente, los órganos de defensa de la competencia pueden autorizar conductas prohibidas que contribuyan al fomento de las exportaciones cuando no alteren la competencia en el mercado interno, contribuyan a la elevación del nivel económico y social de determinados territorios, o que, por su escasa importancia, no puedan afectar significativamente a la competencia.

El carácter instrumental de la Ley se refleja en su artículo 2 donde se establece que «las prohibiciones del artículo 1 no se aplicarán a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que resulten de la aplicación de una ley». Sin embargo, y esta cuestión es relevante, «serán de aplicación 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». Dado que, en ocasiones, las restricciones a la competencia amparadas legalmente pueden afectar al funcionamiento de los mercados, el artículo 2.2 de la Ley prevé que el Tribunal formule propuesta motivada al Gobierno, a través del Ministerio de Economía, «para que adopte o inste a la autoridad pública competente, en su caso, la modificación o supresión de las situaciones de restricción de la competencia establecidas de acuerdo con las normas legales». El Tribunal ha hecho uso de esta competencia en múltiples ocasiones contribuyendo, de esta forma, al proceso de liberalización de mercados, sectores y actividades y promoviendo el debate sobre las ventajas de la competencia. Recientemente, se ha referido al mercado del libro, a las comisiones de las tarjetas de crédito, a los sectores del gas, correos y del tabaco, por citar tan sólo unos ejemplos.

El artículo 6 de la LDC prohíbe la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del territorio nacional. Tras la última reforma, ahora también resulta prohibida la explotación abusiva de la situación de dependencia económica¹⁵ de los clientes o proveedores de las empresas «cuando no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad». Y la cuestión se aclara esta-

¹³ Sobre los antecedentes de la legislación actual de defensa de la competencia puede verse CASES, L. (1996).

¹⁴ Los principios que conforman un sistema de defensa de la competencia pueden verse en *The World Bank*, OECD (1999).

¹⁵ Sobre el abuso de posición de dependencia, ver, por ejemplo, OSTI, C., y GRILLO, M. (1999).

bleciendo que: «Esta situación se presumirá cuando un proveedor, además de los descuentos habituales, debe conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares». En la misma línea, el legislador ha añadido dos nuevos apartados referidos, el primero, a la prohibición de la ruptura de las relaciones comerciales sin preaviso con una antelación mínima de seis meses; y, el segundo, a la prohibición de obtener, o intentar obtener, bajo amenaza de ruptura de las relaciones comerciales, determinadas ventajas no recogidas en las condiciones generales de venta que se tengan pactadas. El objetivo de la prohibición es, fundamentalmente, la protección de los intereses de los clientes y proveedores en sus relaciones con los grandes establecimientos comerciales.

El Real Decreto-Ley 6/2000 pretende prevenir la eventual coordinación de comportamientos entre los operadores económicos a partir de la presencia de accionistas comunes en determinadas empresas. En consecuencia, se establecen ciertas limitaciones a la presencia simultánea en el Consejo de Administración de operadores competidores en mercados en proceso de liberalización (generación, transporte y distribución de energía; producción, transporte y distribución de hidrocarburos líquidos; producción, transporte y distribución de hidrocarburos gaseosos; telefonía portátil y telefonía fija), así como el ejercicio de los derechos de voto correspondientes al capital de lo mismos.

En consecuencia, en el artículo 34.1 se determina que: «Las personas físicas o jurídicas que, directa o indirectamente, participen en el capital de dos o más sociedades que tengan la condición de operador principal en un mismo mercado o sector de entre los que se señalan en el apartado siguiente en una proporción superior al 3 por 100 del total del capital o de los derechos de voto, no podrán ejercer los derechos de voto correspondientes al exceso respecto de dicho porcentaje en más de una sociedad, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado 4 del presente artículo». A los citados efectos, se consideran poseídos o adquiridos por una misma persona (física o jurídica), en primer lugar, los valores poseídos o

adquiridos por las entidades pertenecientes a su mismo grupo¹⁶; y, en segundo lugar, los valores poseídos o adquiridos por las demás personas que actúen en nombre propio pero por cuenta de aquéllas «de forma concertada o formando con ella una unidad de decisión».

El citado Real Decreto-Ley regula las condiciones de la participación. En primer lugar, establece que se entiende, salvo prueba en contrario, que actúan por cuenta de una persona jurídica, o de forma concertada con ella, los miembros de su órgano de administración; en segundo lugar, se define el operador principal como aquél que, teniendo la consideración de operador en los citados mercados o sectores, «ostente una de las cinco mayores cuotas del mercado o sector en cuestión»; en tercer lugar, no podrán designarse directa o indirectamente, miembros de los órganos de administración de más de una sociedad considerada como operador principal en el mismo mercado o sector mencionado; y, por último, las personas físicas o jurídicas a las que se imputan los excesos mencionados en el artículo 34.1 comunicarán a la Comisión de la Energía o del Mercado de las Telecomunicaciones, según corresponda, la sociedad sobre la que se pretende ejercer el derecho de voto sin restricción. También, las citadas comisiones podrán autorizar la designación de los miembros de los órganos de administración, siempre que se garantice que no se favorezca ni el intercambio de información estratégica, ni quepa el riesgo de colusión en relación con conductas estratégicas.

La Ley de Defensa de la Competencia ha acentuado su interés sobre las operaciones de concentración empresarial, estableciendo su notificación obligatoria cuando se superen determinados umbrales¹⁷. Si, tras la correspondiente formación de

¹⁶ «Se considerarán pertenecientes a un mismo grupo las entidades que constituyan una unidad de decisión porque alguna de ellas ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de las demás, o porque dicho control corresponda a una o varias personas físicas que actúen sistemáticamente en concierto». Ver artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

¹⁷ El artículo 14 de la LDC dispone que deberá notificarse al SDC todo proyecto de operación de concentración cuando: «a) Como consecuencia de la operación se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al 25 por 100 del mercado nacional, o de un mercado geográfico definido dentro del mismo, de un determinado producto o servicio, o b) el volumen de ventas

expediente e informe por el SDC, el Ministro de Economía considera que la operación puede obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado, se remite el expediente al Tribunal quien, tras analizar los posibles efectos positivos de la operación, realiza un informe no vinculante que remite al citado Ministro. Por su parte, el Gobierno, tras examinar el informe del Tribunal, puede decidir no oponerse a la operación, subordinarla a determinadas condiciones, o declararla improcedente, estando facultado para ordenar que no se proceda a la misma o que se tomen las medidas necesarias para el restablecimiento de una competencia efectiva, incluida la des-concentración.

El Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, modifica los artículos 15, 16 y 17 de la LDC, en aspectos relevantes. En primer lugar, se suprime la posibilidad de notificar la realización de una operación de concentración «hasta un mes después de la fecha de la conclusión del acuerdo de concentración» y se establece que la operación de concentración no podrá llevarse a efecto «ni antes de ser notificada ni antes de que la Administración manifieste, de forma expresa o presunta, su no oposición a la misma, o la subordine a la observancia de condiciones determinadas...». La autorización expresa o presunta de la Administración también será necesaria en el caso de las OPAS. Ello supone que una vez autorizada la oferta por la Comisión Nacional del Mercado de Valores no se llevará a cabo la publicación de anuncios sobre la operación ni comenzará el plazo de aceptación hasta la autorización expresa o presunta de la Administración. La citada suspensión podrá ser levantada, a propuesta del SDC y a petición del notificante, en la resolución de remisión del expediente al Tribunal. La resolución, que deberá ser motivada, podrá supeditar su efectividad al cumplimiento de determinadas condiciones. En segundo lugar, se establece que, en caso de ausencia de notificación, el Director del SDC podrá acordar la iniciación de oficio del expediente. Y, en tercer lugar, se reducen los plazos de

tramitación del expediente: de tres meses a dos, en el caso del Tribunal; y de tres meses a uno en el caso de la decisión final del Gobierno.

En los últimos años la actividad de los órganos de defensa de la competencia en relación con las operaciones de concentración se ha incrementado considerablemente, y la complejidad de los asuntos ha sido creciente, como lo demuestran los casos de Endesa/Gas Natural, BSCH, Coca Cola/Schweppes, Ebro/Azucarera, Heineken/Cruzcampo, BBVA, Pryca/Continente o Unión Fenosa/Hidrocarbónico. Una consecuencia de todo ello ha sido que los dictámenes, así como las conclusiones del Gobierno, han variado desde la autorización sin condiciones hasta la declaración de improcedencia. Las órdenes referidas a las operaciones BSCH, BBVA, o Pryca/Continente constituyen ejemplos de los criterios empleados para subordinar una operación de concentración a la observancia de determinadas condiciones.

4. Competencia y liberalización en el sector servicios

La progresiva globalización de la industria acentúa la presión por la competitividad por parte de las empresas industriales¹⁸. Ahora, la competencia sobrepasa los estrechos límites de las fronteras nacionales. Las respuestas de los países ante este nuevo reto no han sido coincidentes. Algunas administraciones sienten nostalgia de la tradicional idea de ayudar a las empresas. Por otra parte, también se registran acciones vigorosas por parte de algunos gobiernos dirigidas a promover cambios en los sistemas de regulación y a fomentar la competencia. Como sintetizó la OCDE (1993), las acciones gubernamentales en esta dirección se apoyan en tres instrumentos complementarios pero con incidencia distinta entre países y sectores: i) continuación de la privatización de actividades llevadas a cabo por el sector público empresarial; ii) desregulación de actividades previamente reguladas; y iii) políticas de competencia para contrarrestar las limitaciones a la competencia y evitar posicio-

global en España del conjunto de los partícipes supere en el último ejercicio contable la cantidad de 40.000 millones de pesetas, siempre que al menos dos de los partícipes realicen individualmente en España un volumen de ventas superior a 10.000 millones de pesetas.»

¹⁸ Ver OECD (1992).

nes de dominio excesivas en mercados vulnerables. En el mismo sentido se pronunciaba el XXI Informe sobre la Competencia al señalar que «la política de competencia será una de las bases del mercado interior único» y que deben introducirse los mecanismos de competencia en mercados tradicionalmente regulados¹⁹.

El sector servicios en España, un sector tradicionalmente protegido de la competencia

El análisis de los datos correspondientes al sector servicios revela su importancia en la economía española. Las estimaciones correspondientes al año 1998 ponen de manifiesto que este sector será responsable de más del 67 por 100 del valor añadido bruto a precios básicos (precios constantes de 1995) de nuestra economía, acercándose su participación en el PIB total al 62 por 100. Los servicios de mercado (comercio, reparación de vehículos de motor, artículos personales y de uso doméstico, hostelería, transporte y telecomunicaciones, intermediación financiera, por ejemplo) han ganado peso en relación con los servicios de no mercado (educación o servicios personales de no mercado, por ejemplo). De acuerdo con los datos disponibles, la participación de los servicios de mercado en el valor añadido a precios básicos (en pesetas constantes de 1995) ya suponían el 77,6 por 100 en dicho año y el 78 por 100 tres años más tarde.

Sin embargo, a diferencia de la industria manufacturera, el sector servicios se ha beneficiado de la ausencia de competencia exterior. Este hecho ha supuesto un fuerte obstáculo a la intensificación y extensión de la competencia interior, lo que se ha traducido en ineficiencias que penalizan tanto a las empresas eficientes, como a las empresas relacionadas con éstas y a los consumidores. En efecto, la ineficiencia —al igual que ocurre con la eficiencia— se extiende por el conjunto del sistema de empresas interrelacionadas.

En algunas actividades relevantes las condiciones del merca-

do continúan caracterizadas por la imperfección de la competencia. Las concesiones monopolísticas, la existencia de barreras a la entrada, la fijación de precios al margen del mercado, las restricciones a la distribución o determinadas condiciones impuestas al libre ejercicio de las profesiones constituyen ejemplos de rigideces nocivas. Prueba de ello es el comportamiento de los precios de los servicios que ha constituido una de las rúbricas del IPC que más ha contribuido al proceso inflacionista durante la última década, pese a su moderación en los últimos meses²⁰.

Un detonante: los Informes del Tribunal de Defensa de la Competencia

La evidencia empírica pone de manifiesto que la eliminación de la regulación ineficiente y la introducción o el reforzamiento de la competencia es favorable para los operadores económicos y los ciudadanos. Los comportamientos competitivos contribuyen a la convergencia nominal y real al mejorar la eficiencia empresarial en los distintos mercados y, en general, al rebajar los costes de producción, reducir las diferencias entre el precio y el coste marginal y, desde una perspectiva dinámica, aumentar la actividad innovadora y la inversión. Y si la inversión es sostenida y el mercado de trabajo es suficientemente flexible, el resultado final es la mejora de la ocupación.

A pesar de los beneficios promovidos por la reforma de las regulaciones ineficientes, el proceso tiene lugar con lentitud en muchos mercados. La presión de los grupos de interés ralentiza las reformas y las administraciones, a menudo, necesitan tiempo para obtener el apoyo suficiente para los cambios propuestos. Pero, en estos momentos, existe un amplio consenso acerca de la necesidad de eliminar las regulaciones innecesarias y de modificar aquéllas que no conducen al cumplimiento de los objetivos de eficiencia y rentabilidad.

Sin embargo, debe subrayarse que no es necesaria la desregu-

¹⁹ COMISION DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (1992).

²⁰ «... los precios de los bienes industriales distintos de la energía, muy expuestos a la competencia exterior, se han mostrado moderados». OCDE (2000).

lación total. Lo que debe eliminarse es la regulación ineficiente²¹. La política de defensa y promoción de la competencia puede constituir un elemento apropiado y suficiente para tutelar el comportamiento empresarial en la mayoría de los mercados abiertos y competitivos.

El Tribunal de Defensa de la Competencia ha prestado especial atención al objetivo de introducir e intensificar el nivel de competencia en diversos mercados y actividades cuyos bienes y servicios no se comercializan internacionalmente (telecomunicaciones, telefonía y correo, electricidad, distribución comercial, distribución de tabaco, colegios profesionales, farmacéutico, o suelo, por ejemplo). En estos mercados, a causa de la naturaleza intrínseca del producto, como en el caso del suelo, o debido a la estructura y funcionamiento del mercado, como ocurre en los sectores eléctrico y de telecomunicaciones, los *outputs* no son objeto de comercio internacional, permitiendo a los oferentes de estos productos obtener rentas monopolísticas e incrementar sus precios, afectando al diferencial de inflación de España frente al exterior²².

Las soluciones propuestas a estos problemas son distintas dependiendo de las circunstancias. Así, las principales estrategias empleadas para acentuar la competencia son la privatización de operador público dominante y la desregulación, alterando el marco jurídico cuando éste dificulta el correcto funcionamiento del mercado.

La labor del TDC en este campo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 16/1989, se ha realizado por dos vías. Por un lado, a través de la elaboración de informes que han elevado al Gobierno propuestas de modificaciones legales con el fin de introducir o aumentar la competencia. Por otra parte, por medio de las resoluciones relativas a los expedientes instruidos por el SDC.

De acuerdo con el artículo 26 de la LDC, el Tribunal tenía atribuidas funciones consultivas y de emisión de informes sobre materias relacionadas con la libre competencia, por decisión

propia o a partir de la solicitud de las asociaciones o las instituciones especificadas en la Ley.

En efecto, el artículo 26 de la Ley 16/1989, en el apartado referido a las funciones consultivas y de emisión de informes, establecía que:

«1. También compete al Tribunal: a) Informar los anteproyectos de normas con rango de Ley que afecten a la competencia; b) Dirigir informes a cualquier poder u órgano del Estado, y 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 nacional y comunitario.

2. El Tribunal podrá ser consultado por las Comisiones de las Cámaras Legislativas sobre los proyectos o proposiciones de Ley y sobre cualquier otra cuestión relativa a la libre competencia.

El Tribunal podrá también emitir informes sobre materias de libre competencia a requerimiento del Gobierno o de cualquiera de los Departamentos Ministeriales, de las Comunidades Autónomas, de las Corporaciones Locales y de las Organizaciones empresariales, sindicales o de consumidores y usuarios.

3. El Tribunal promoverá y realizará estudios y trabajos de investigación en materia de competencia.»

La nueva redacción dada a estos artículos en la Ley 52/1999, de 28 de diciembre dice:

«1. El Tribunal de Defensa de la Competencia podrá ser consultado en materia de competencia por las Cámaras Legislativas, el Gobierno, los distintos Departamentos ministeriales, las comunidades autónomas, las corporaciones locales, las Cámaras de Comercio y las organizaciones empresariales, sindicales o de consumidores y usuarios.

2. El Tribunal promoverá y realizará estudios y trabajos de investigación en materia de competencia.

3. El Tribunal informará los proyectos o proposiciones de Ley por los que se modifique o derogue, total o parcialmente, el presente texto legal, así como los proyectos de normas reglamentarias que lo desarrollen.»

La comparación entre los dos textos revela que la primera de las funciones ha sido traspasada al SDC, aunque puede soste-

²¹ Sobre la reforma de la regulación ver, por ejemplo, GUASCH, J.L. y SPILLER, P. (1999). Ver también OECD (1997).

²² Ver OCDE (2000), citado.

nerse que el contenido del nuevo texto cubre las funciones del anterior. En cualquier caso, lo que debe resaltarse es que, al amparo del artículo 26 de la LDC, el Tribunal ha realizado diversos informes públicos, aunque no todos ellos publicados, correspondientes a distintos sectores, mercados y actividades relacionados con bienes y servicios no comercializables.

El análisis de la realidad ponía de manifiesto que, al principio de la década de los años noventa, la economía española estaba sometida a una regulación férrea que afectaba a la competitividad de muchos sectores, mercados y actividades pese a generar rentas elevadas a aquéllos que se beneficiaban de la protección de la competencia. La experiencia liberalizadora de mediados de los años ochenta dio buenos resultados. Por ello se consideró necesario proseguir el proceso.

En el marco del Plan de Convergencia, el Tribunal de Defensa de la Competencia (1992) recibió el encargo del Gobierno de realizar un estudio sobre las restricciones a la competencia en la prestación de los servicios de los profesionales colegiados, del que se excluyeron los profesionales colegiados funcionarios (notarios, registradores y corredores de comercio).

En el año 1993, difundió sus «Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios» donde, tras unas reflexiones acerca de la importancia de la liberalización, los daños causados por los monopolios, las dificultades de las reformas estructurales, y el establecimiento de criterios y recomendaciones para diseñar políticas de liberalización, se analizaron los sectores de las telecomunicaciones, transportes, energía eléctrica, monopolios locales, suelo urbano, y el mercado de la instalación y el mantenimiento.

En el año 1995, el Tribunal publicó su tercera colección de informes bajo el título «La competencia en España: balance y nuevas propuestas» donde estudiaba la dimensión social de la libre concurrencia y realizaba el oportuno balance de la competencia en España, analizando los sectores de banca al por menor, puertos, distribución de productos petrolíferos, cine, y oficinas de farmacia. Posteriormente, el Tribunal ha realizado otros informes sectoriales referidos, la mayoría de ellos, a las

reformas legislativas propuestas por el Gobierno (por ejemplo, las telecomunicaciones, los transportes terrestres, farmacia, suelo, mercado de tabacos, correo o el sector del gas). Se separa de esta tendencia el informe realizado sobre el precio fijo de los libros²³.

La elección se sustenta en el hecho de que tanto los servicios, como determinadas actividades de la agroindustria están fuertemente abrigados de la competencia. En unos casos, por la imposibilidad material de realizar intercambios a través del comercio exterior. En otros, por la existencia de barreras apoyadas en normas legislativas o administrativas que inhiben la competencia internacional e incluso la nacional. Igualmente, es relevante indicar que la falta de competencia en el sector terciario afecta al resto de sectores a través de las interacciones entre ellos. Este hecho es particularmente relevante en el caso de sectores básicos como la energía, las telecomunicaciones o el suelo.

La competitividad del sector industrial exige que el sector servicios sea más competitivo por lo que, una condición necesaria es que esté sometido a la competencia. La desigualdad de los ritmos de liberalización y los distintos niveles de competencia en los sectores de la economía española y las distintas tasas de crecimiento de la demanda explican el comportamiento desigual de los precios industriales y del sector servicios.

Las políticas de oferta fomentadas por el debate inducido por el Tribunal a través de los informes citados o los informes sectoriales posteriores tienen como característica común sus efectos beneficiosos sobre la convergencia nominal y la convergencia real. En términos de convergencia real, las reformas estructura-

²³ La OCDE, aunque olvida los criterios desreguladores contenidos en sus resoluciones e informes, subraya la reducción en el número de informes del Tribunal y el hecho de que, debido a su naturaleza, no se hayan hecho públicos y no hayan contribuido al debate. Como causas se indican los cambios de las personas y el cambio de prioridades debido al incremento de la carga de trabajo (principalmente el aumento en el número de resoluciones y de informes relacionados con la apertura de establecimientos comerciales y con las operaciones de concentración). En cualquier caso, la OCDE lamenta que las limitaciones de recursos reduzcan las funciones del Tribunal como promotor de la competencia y el hecho de que dicha función sea menos pública. Y propone que el Tribunal tenga un mayor protagonismo en los debates. Ver OECD (2000), citado.

les facilitan la óptima asignación de recursos en el sistema económico. Las ineficiencias asociadas a los monopolios no permiten que las decisiones de acumulación de capital físico y humano se tomen racionalmente. Por ello, la promoción de comportamientos competitivos incentiva el crecimiento económico, posibilitando la aproximación de la renta real *per capita* española a la de la media de la UE.

Sin olvidar la naturaleza esencialmente monetaria de la inflación, debe tenerse presente que la mejora en la eficiencia productiva mediante la introducción y defensa de la competencia tiene dos efectos directos fundamentales. Por un lado, contribuye a reducir el déficit de las Administraciones públicas al contar con más ingresos en concepto de impuestos directos (Impuesto de Sociedades) e indirectos (IVA e Impuestos Especiales), y, por otro, reduce el riesgo de alzas de precios asociadas a la explotación del poder de mercado. Indirectamente, las menores necesidades de financiación del sector público permiten la reducción de los tipos de interés (o frenan su crecimiento) y contribuyen a reducir la tasa de crecimiento del IPC. Al mismo tiempo, la reducción del déficit facilita la sostenibilidad fiscal, aumentando, en consecuencia, la credibilidad de la política económica.

A continuación se hace una breve referencia a los criterios generales recogidos por el Tribunal y a algunos de estos sectores estudiados por el Tribunal y caracterizados por el hecho de que sus productos son de difícil o imposible comercialización internacional a causa de la naturaleza del bien o servicio, o debido a la existencia de barreras legales.

Principios, criterios y propuestas generales

El Tribunal ha realizado sus reflexiones sobre la base de los siguientes principios: en primer lugar, la competencia no implica la desregulación; en segundo lugar, la competencia combate los privilegios injustificados, impidiendo que determinados agentes económicos obtengan rentas extraordinarias no justificadas por algún tipo de iniciativa económica eficiente; en tercer lugar, la competencia contribuye a incrementar los salarios reales dado que incide en la tendencia creciente de los precios; en

cuarto lugar, la competencia facilita los mecanismos de solidaridad como consecuencia de su contribución al uso eficiente de los recursos económicos; en quinto lugar, la competencia, si el mercado de trabajo es suficientemente flexible, contribuye a la creación de empleo; y, por último, la competencia contribuye al sostenimiento del gasto público social como consecuencia de su impacto favorable sobre la reducción de la tasa de crecimiento de los precios y, en consecuencia, de la menor necesidad de compensar los elevados precios de algunos bienes o servicios mediante subvenciones.

Adicionalmente, los criterios seguidos por el Tribunal para promover la desaparición de la regulación ineficiente y la promoción de la competencia pueden resumirse como sigue: en primer lugar, estimular el debate mostrando las experiencias extranjeras y explicando los costes, privados y sociales, de no liberalizar; en segundo lugar, cambiar sólo lo imprescindible, manteniendo los objetivos sociales y no alterando el equilibrio fiscal; en tercer lugar, reducir los costes que aparecen en el proceso de cambio; y, por último, crear un marco normativo e institucional que favorezca la introducción de competencia, rompiendo los círculos viciosos que impiden la liberalización y manteniendo transparentes los privilegios.

Por último, las propuestas de reformas generales realizadas por el Tribunal han sido las siguientes: en primer lugar, desvincular a los reguladores de las empresas reguladas protegidas de la competencia; en segundo lugar, aumentar la transparencia en la gestión de los monopolios públicos aislándolos de los *holdings*; en tercer lugar, reforzar el control administrativo de determinados precios; y, por último, someter las normas a un test de competencia.

Ciertamente, los citados elementos han constituido puntos de referencia en el quehacer cotidiano del Tribunal. Tales elementos, plenamente válidos en su día, todavía constituyen, en general, unas bases sólidas a pesar de que, en algún caso, el paso del tiempo aconseja introducir matizaciones para mantener su plena validez. La referencia al control de los precios constituye un buen ejemplo de dicha necesidad de revisión.

Colegios profesionales

En su informe sobre el libre ejercicio de las profesiones²⁴ la propuesta principal del Tribunal rompía una tradición secular consistente en proteger la naturaleza tradicionalmente gremial, carente de competencia, de las actividades de los colegios profesionales. No debe olvidarse que los profesionales en ejercicio pueden asimilarse a los empresarios y que los colegios constituyen asociaciones de empresas. Dicha propuesta consistía en la modificación de la Ley de Colegios del año 1974 —que incluía, entre sus fines, la restricción de la competencia entre los colegiados— mediante la introducción de un nuevo artículo que estableciera que los profesionales deberían llevar a cabo su actividad en régimen de libre competencia. Y, como complemento de dicha medida principal, el Tribunal recomendó al Gobierno otras propuestas, a saber: en primer lugar, la liberalización de los precios; en segundo lugar, la supresión de todo tipo de restricciones a la publicidad de los profesionales, con la única excepción de las establecidas en la Ley General de Publicidad y en la Ley de Competencia Desleal; en tercer lugar, la posibilidad del libre ejercicio de la profesión en todo el territorio español sin necesidad de colegiarse en múltiples colegios; en cuarto lugar, la eliminación de las restricciones impuestas a la libre configuración del negocio; en quinto lugar, la derogación de la obligación de cobro de honorarios a través de los colegios; y, por último, la limitación de los visados, cuando los hubiere, a cuestiones de índole técnica²⁵.

El Tribunal, con razonable moderación, aceptó el mantenimiento de la colegiación obligatoria, por considerar que en España, en el momento en que el análisis fue realizado, no suponía una barrera que dificultara o impidiera el acceso a las profesiones.

Posteriormente, en relación con la publicidad de los profesionales, el Tribunal se pronunció en el mes de enero de 1997 sobre el Real Decreto-Ley 5/1996, de Medidas Liberalizadoras en Materia de Suelo y de Colegios Profesionales, con ocasión de su trámite como Proyecto de Ley. Su conclusión fue que la instauración como principio general del ejercicio profesional en régimen de libre competencia elimina la restricción a la publicidad establecida hasta aquella fecha y, en consecuencia, liberaliza la misma para todas las profesiones colegiadas.

El Tribunal tuvo ocasión de pronunciarse acerca de los efectos de las limitaciones de la publicidad sobre la actividad profesional. En la Resolución recaída sobre el expediente 455/99, Abogacía Española, de 18 de enero de 2000, sostuvo que el Reglamento de Publicidad aprobado por el Consejo General de la Abogacía infringía el artículo 1 de la LDC al suprimir «las posibilidades de competencia entre operadores, en este caso los profesionales de la abogacía, que ven limitadas e incluso prohibidas por el Consejo General de la Abogacía determinadas formas o canales para darse a conocer y ofertar sus servicios a los profesionales usuarios de los mismos. Tal restricción no actúa sólo en detrimento de los consumidores, sino que también constituye una barrera de entrada para nuevos profesionales y limita la posible expansión de aquellos abogados que estén dispuestos a buscar formas más activas de darse a conocer».

En relación con la intervención colegial determinando los precios de los servicios ofrecidos por los colegiados, el Tribunal se pronunció en la Resolución correspondiente al expediente 372/96, Arquitectos Madrid, de 5 de junio de 1997, al considerar que «la actuación del COAM referente a la denegación del visado del proyecto presentado, al considerar bajo el presupuesto establecido en el mismo, fijando el precio mínimo del metro cuadrado y el del proyecto de ejecución en función de los metros cuadrados de construcción, constituye una decisión que produce una restricción de la competencia prohibida por el artículo 1.1^a) de la Ley 16/1999, y que no cuenta con amparo legal». Y ello porque, como sostuvo el propio Tribunal en su Resolución sobre el expediente 315/92, de 20 de noviembre de 1992, «cuando la Ley 16/1989 dice textualmente que la potestad regla-

²⁴ Se excluyeron del Informe las profesiones colegiadas funcionarias (notarios, registradores y corredores de comercio), dadas sus especificidades. Sin embargo, en este caso el paso del tiempo ha puesto de relieve que la discusión sobre el ejercicio de la competencia en dichas profesiones permite introducir reformas en su regulación que se traducen en mayores posibilidades de competir y en la eliminación de obstáculos innecesarios.

²⁵ Ver, también, Comisión Europea, Dirección General de Competencia (2000).

mentaria puede amparar, en su caso, restricciones de la competencia, desde luego se refiere a potestad reglamentaria en sentido estricto. Esto es, a norma escrita dictada por la Administración en ejercicio de una potestad legalmente atribuida al órgano administrativo especialmente habilitado para ello. No se refiere, de ninguna de las maneras, a cualquier acuerdo adoptado por una colectividad o grupo, por importante que sea, en ejercicio de una potestad doméstica de autoorganización, que sin duda no tiene efecto frente a terceros —ya que tales colectivos y sus órganos de representación carecen en absoluto de potestad para vincular a nadie extramuros de la organización— y cuando adoptan en el seno de su propia organización una decisión o acuerdo, ha de ser siempre con pleno respeto a la legalidad general, en nuestro caso a la Ley de Defensa de la Competencia.

Ciertamente todo acto realizado *interna corporis* por una organización puede producir un efecto reflejo sobre terceros, esto es, como dice la doctrina, puede provocar una situación concreta de ventaja o de sujeción a otro sujeto de derecho distinto de aquél para quien se emite la regla interna. Pero en derecho de la competencia para que esa regla corporativa —dictada internamente pero proyectada hacia afuera— pueda amparar una práctica restrictiva que tenga que ser soportada por ese tercero y aceptada por este Tribunal, ha de tratarse de una norma genuinamente reglamentaria. Si no es así, este Tribunal de Defensa de la Competencia puede y debe ignorar la pretendida cobertura pseudoadministrativa para entrar recto y por derecho en el fondo del asunto, enjuiciando dicho acto en el contexto del derecho de la competencia, a su vez dentro del ordenamiento jurídico en general».

No cabe duda de que se ha avanzado en el sentido de sentar las bases para fomentar la competencia en el sector de las profesiones. El Real Decreto-Ley 6/1999, de 16 de abril, supuso un buen impulso y los proyectos de la Comisión Europea contribuirán, aún más, a fomentar la introducción de competencia en actividades que todavía continúan abrigadas de la misma. De hecho, en este proceso deben participar todos los implicados: la Administración, desarrollando las normas y evitando delegaciones de funciones susceptibles de traducirse en restricciones a la

competencia como las barreras de entrada, las restricciones a la publicidad o la fijación de precios; los profesionales, incrementando la competencia entre ellos; los colegios profesionales, eliminando sus normas internas que contribuyen a restringir la competencia; y, por último, los consumidores, denunciando aquellas conductas contrarias a las normas de defensa de la competencia.

El avance ha continuado en el Real Decreto-Ley 6/2000, que pretende seguir con el proceso de liberalización «eliminando las barreras que puedan limitar los beneficios de la colegiación única». En efecto, la modificación del artículo 3.2 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, reguladora de los Colegios Profesionales, establece que: «Es requisito indispensable para el ejercicio de las profesiones colegiadas hallarse incorporado al colegio correspondiente. Cuando una profesión se organice por colegios territoriales, bastará la incorporación a uno solo de ellos, que será el del domicilio profesional único o principal, para ejercer en todo el territorio del Estado, sin que pueda exigirse por los colegios en cuyo ámbito territorial no radique dicho domicilio habilitación alguna ni el pago de contraprestaciones económicas distintas de aquéllas que exijan habitualmente a sus colegiados por la prestación de los servicios de los que sean beneficiarios y que no se encuentran cubiertos por la cuota colegial. Lo anterior se entiende sin perjuicio de que los estatutos generales o, en su caso, los autonómicos puedan establecer la obligación de los profesionales que ejerzan en un territorio diferente al de colegiación de comunicar a los colegios distintos a los de su inscripción la actuación en su ámbito territorial.». Además, el artículo 3.3 de dicha Ley queda sin contenido²⁶.

²⁶ Dicho artículo establecía que: «Cuando una profesión se organice por colegios de distinto ámbito territorial, los estatutos generales o, en su caso, los autonómicos podrán establecer la obligación de los profesionales, que ejerzan ocasionalmente en un territorio diferente al de colegiación, de comunicar, a través del colegio al que pertenezcan, a los colegios distintos al de su inscripción, las actuaciones que vayan a realizar en sus demarcaciones, a fin de quedar sujetos, con las condiciones económicas que en cada supuesto puedan establecerse, a las competencias de ordenación, visado, control deontológico y potestad disciplinaria».

Telecomunicaciones

El Tribunal fue consciente de la importancia de la liberalización de las telecomunicaciones antes de la finalización del plazo concedido por las autoridades comunitarias. Y ello por dos motivos: en primer lugar, por los efectos sobre la competitividad del conjunto de la economía; y, en segundo lugar, por los efectos sobre el propio sector.

En su informe, el Tribunal combinó propuestas generales con propuestas específicas. Entre las primeras se incluían la separación entre los reguladores y los regulados, el mantenimiento del servicio universal y de una política flexible en relación con la política de liberalización europea, y la garantía de un trato equitativo a todos los operadores del sector. Entre las propuestas específicas figuraban las siguientes: en primer lugar; el establecimiento de tasas de crecimiento de precios moderadas para los servicios urbanos, combinadas con criterios de competencia en la determinación de las tarifas interurbanas e internacionales; en segundo lugar, la habilitación al gobierno para liberalizar rápida y flexiblemente el sector; en tercer lugar, la aprobación del Proyecto de Ley de televisión por cable; en cuarto lugar, la aplicación de las medidas liberalizadoras de la UE; en quinto lugar, la convocatoria de un concurso de telefonía móvil; en sexto lugar, la liberalización de las comunicaciones entre satélites y estaciones terrenas; y, por último, la introducción de competencia en todo tipo de servicios excepto, temporalmente, en los correspondientes a la telefonía local.

En el Informe del año 1995, el Tribunal se refirió al Acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros el día 7 de octubre de 1994, el cual, coincidiendo en gran medida con las propuestas del Tribunal, «supuso un giro de 180 grados respecto a la política seguida anteriormente, fijándose ahora como objetivo la liberalización del sector y la introducción de competencia». En resumen, el cambio se apoyaba en la renuncia a la moratoria de cinco años concedida por la UE y en la introducción de competencia en la telefonía de voz en el año 1998. Esto implicaba la simultánea liberalización de las infraestructuras, de acuerdo con la Resolución del Consejo de la UE de 22 de diciembre de 1994 (94/C379/03).

La actividad consultiva del TDC prosiguió en el mes de mayo de 1997 cuando realizó un Informe sobre el Anteproyecto de Ley General de Telecomunicaciones (LGT) en el que consideró que se mejoraba de forma sustancial la legislación existente desde el punto de vista de la competencia, de la libertad económica y, en definitiva, del funcionamiento del mercado de las telecomunicaciones, disminuyendo el control administrativo sobre el sector. Sin embargo, el Tribunal criticaba el solapamiento entre diversos artículos de la LGT y de la LDC que podrían dar lugar a conflictos de competencias entre la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y los órganos de defensa de la competencia dada la «clara invasión de competencias» en relación con cuestiones reservadas legalmente a dichos órganos²⁷.

Las propuestas que en su día hiciera el Tribunal han sido adoptadas prácticamente en su totalidad. Sin embargo, el propio desarrollo de las telecomunicaciones ha introducido nuevas exigencias para asegurar la competencia efectiva en el sector. Todavía quedan por resolver definitivamente aspectos como las tarifas de interconexión, la libertad de fijación de tarifas locales por el operador dominante, la marcación directa o la portabilidad.

Resultado de estas condiciones ha sido el Real Decreto-Ley 7/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes en el Sector de las

²⁷ La interpretación de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones era distinta. F. BACH (1998), a la sazón su Vicepresidente, sostuvo que: «La política sancionadora es una función únicamente sujeta a las resoluciones o circulares que dicte la Comisión. Es decir, la CMT sólo puede sancionar aquello que ha resuelto o ha indicado al mercado mediante una instrucción. Ésa es la gran diferencia con el Tribunal de Defensa de la Competencia que vela por la competencia en todos los sectores, mientras nosotros estamos velando por la competencia exclusivamente en el sector teleco-informático-audiovisual. Si bien el Tribunal tiene competencia en todos los sectores, incluido éste, funciona más bien por denuncia, mientras que la CMT puede tomar iniciativas; el Tribunal aunque concurriramos en los mismos ámbitos no instruye los casos, los instruye el servicio de la competencia que está en el Ministerio de Economía y Hacienda, una vez instruido se lo pasa al Tribunal para que tome decisiones al respecto; el Tribunal no tiene tiempo para tomar decisiones; nosotros tenemos tres meses, en tres meses tenemos que resolver; y el Tribunal no tiene capacidad normativa, únicamente analiza y resuelve y finalmente la Comisión está orientada fundamentalmente a los operadores del mercado mientras que el Tribunal está enfocado a todo, cualquier particular puede acudir al Tribunal, nosotros no atendemos denuncias de particulares. Aunque las zonas entre el Tribunal y nosotros son confusas, el legislador no ha establecido con separación suficiente qué es lo que resuelve el Tribunal de la competencia y qué la CMT, sino que hay una zona confusa».

Telecomunicaciones, apoyado en el proceso de liberalización impulsado por la Comisión Europea. Como señala el preámbulo del Real Decreto-Ley, con las medidas adoptadas se pretende la reducción del coste de las llamadas metropolitanas, la promoción de la competencia entre operadores mediante el fomento de «selección de operador llamada a llamada y de preasignación de operador a las líneas de abonado conectadas a centrales telefónicas digitales, para las llamadas de ámbito metropolitano», la apertura del bucle del abonado, el fomento del uso de Internet, el impulso de la competencia en telefonía móvil, y la modificación de la Oferta de Interconexión de Referencia. Además, se incrementan las exigencias de información y transparencia en materia de costes para los operadores dominantes. También se sientan las bases para que, con carácter urgente, el Ministerio de Ciencia y Tecnología regule el uso compartido de las infraestructuras y acceso de los operadores al dominio público y privado y promueva el desarrollo de los correspondientes acuerdos adoptados en el Consejo Europeo extraordinario que tuvo lugar en Lisboa.

Sector eléctrico

El análisis del mercado de la electricidad revela que en un contexto de transición a la competencia las empresas se inclinan por las negociaciones y las alianzas. Tal estrategia resulta beneficiosa para las empresas que coluden, pero no cabe duda de que supone un límite a la competencia efectiva, afectando al consumidor y al resto de la economía nacional.

Las primeras discusiones acerca de la introducción de la competencia se iniciaron con el informe del Tribunal del año 1993. En dicho informe se proponía, básicamente, lo siguiente: en primer lugar, el establecimiento de condiciones generales y no discriminatorias para la concesión de autorizaciones de actividad e instalación mediante procedimientos competitivos que permitieran la entrada de nuevos operadores; en segundo lugar, la creación de un «sistema independiente» en el que generadores y determinados consumidores pudieran establecer contratos de suministro; en tercer lugar, la separación de las actividades de

generación y comercialización; en cuarto lugar, el establecimiento de los criterios de remuneración y de la estructura de precios; en quinto lugar, la posibilidad de que determinados consumidores pudieran adquirir energía eléctrica del sistema integrado sin la mediación de las empresas comercializadoras; en sexto lugar, la sustitución de la subvención implícita a la producción nacional de carbón por una cantidad explícita aplicable a la tarifa, discutida anualmente; en séptimo lugar, la aprobación de un sistema de valoración de los costes estándar reconocidos a las distintas actividades necesarias para la producción y suministro de energía eléctrica sobre la base de criterios objetivos; y, por último, la desaparición de la G4 y, en su caso, su sustitución por una cantidad aplicable a la tarifa, discutida anualmente.

Posteriormente, en su informe del año 1995, el Tribunal se pronunció sobre la Ley 40/1994 de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional (LOSEN). El Tribunal diagnosticó que «la contribución más significativa de la LOSEN es que establece con claridad cuál es el régimen legal aplicable a las diversas actividades y empresas del sector eléctrico y regula las condiciones necesarias para que se pueda introducir competencia en el sector.

Su mayor debilidad está en la vaguedad de las futuras condiciones de actuación en todos los nuevos elementos propuestos, en elevar a rango legal un sistema de reconocimiento de costes que no favorece la búsqueda de la eficiencia y en perpetuar el sometimiento del sector a que no se perjudique el funcionamiento del sistema integrado. Prácticamente todo se deja en manos de posteriores reglamentos y disposiciones, de forma que habrá que esperar a éstos para evaluar si la LOSEN es sólo una declaración de intenciones o algo más». Asimismo, el Tribunal consideró que se había desperdiciado la ocasión para modificar otros aspectos cuya contribución a la reducción de tarifas sería relevante. Se trataba del cálculo de la retribución a las empresas, la reelaboración de los criterios de reconocimiento de los costes fijos, el tratamiento al carbón nacional o la subvención a determinados consumidores.

En el mes de abril del año 1997, el Tribunal elaboró un informe sobre el Anteproyecto de Ley por el que se liberalizaban las

actividades destinadas al suministro de energía eléctrica. De acuerdo con la opinión del Tribunal, en el Anteproyecto se introducían notables mejoras en el modelo de funcionamiento establecido por la Ley que se pretendía derogar. El Tribunal mostró su conformidad con los aspectos encaminados a introducir competencia en algunas fases de la actividad del sector, especialmente en las de instalación, generación, transporte y comercialización, pese a sugerir algunos cambios en relación con la comercialización. Sin embargo, consideró negativamente el tratamiento de las cuestiones relacionadas con la defensa de la competencia, por el riesgo que entrañaba de provocar conflictos competenciales con el Tribunal o el Consejo de Ministros en las operaciones de concentración de empresas.

El balance que puede hacerse en relación con el cumplimiento de las propuestas del Tribunal es positivo. La propia OCDE (OCDE, 2000) ha reconocido que «España ha desregulado el sector eléctrico en menos tiempo y en mayor profundidad que la mayor parte de los países de la UE». Sin embargo, este hecho no supone que el sector haya desarrollado su actividad en el marco de una situación caracterizada por la existencia de competencia efectiva (OCDE, 2000). Todavía debe prestarse atención a cuestiones como las siguientes: en primer lugar, la posibilidad de que la concentración en el sector se incremente; en segundo lugar, la separación jurídica de las actividades de generación y comercialización para evitar el riesgo de subsidios cruzados; en tercer lugar, la transparencia del mercado mediante la puesta a disposición de las empresas comercializadoras de energía eléctrica de la información de las distribuidoras sobre los clientes cualificados; en cuarto lugar, la existencia de participaciones cruzadas dentro y fuera del sector (propiedad conjunta de centrales de generación, acceso de las nuevas empresas de generación a la participación en el capital social de REE, participaciones conjuntas en empresas de telecomunicaciones, por ejemplo); en quinto lugar, la aplicación de las prescripciones de la Directiva 96/92 sobre normas comunes para el mercado interior de electricidad; en sexto lugar, la eliminación de la discrecionalidad administrativa en relación con la retribución de las actividades reguladas; en séptimo lugar, la construcción de nue-

vas líneas de interconexión entre España y Francia y Portugal; en octavo lugar, la reducción de los plazos relacionados con la elegibilidad de los consumidores; y, por último, la reconsideración del marco regulador de los hidrocarburos en cuanto el gas natural constituirá un *input* básico en la generación de electricidad; entre otras cuestiones.

En el informe correspondiente al expediente de concentración entre Unión Fenosa e Hidroeléctrica del Cantábrico, el Tribunal consideró que: «Los comercializadores suministran energía eléctrica a los consumidores cualificados o a otros comercializadores, pero no a los clientes a tarifa. Estos consumidores cualificados pueden acudir directamente al mercado mayorista y adquirir allí su energía, solicitando después el acceso a las redes de transporte y distribución, o pueden contratar con cualquier comercializador en las condiciones que pacten libremente entre ellos. Es, pues, en la fase de comercialización donde puede haber competencia entre los comercializadores por la captación de clientes cualificados. Es cierto que en un futuro, cuando todos los consumidores pasen a ser cualificados, la figura del distribuidor debería quedar exclusivamente como mero transportista que pone a disposición de los comercializadores y de los consumidores cualificados sus redes de distribución. Sin embargo, actualmente los distribuidores suministran el 82 por 100 de la energía final consumida, y, por lo tanto, la realidad es que el mercado en el que los comercializadores pueden competir es pequeño y, además, asimétrico, puesto que todas las distribuidoras existentes en España han creado sus propias comercializadoras, lo que supone numerosas desventajas para los comercializadores que no tienen en su grupo empresarial distribuidora alguna».

Por su parte, en el mercado mayorista organizado las cuatro primeras empresas del sector controlan el 99 por 100 de las compras de energía eléctrica en este mercado. A través del mismo se canaliza casi toda la electricidad destinada a los consumidores finales a los que, de acuerdo con la normativa vigente, pueden acudir los distribuidores, los comercializadores, los clientes externos reconocidos y los clientes cualificados.

También, de acuerdo con el Tribunal, debe destacarse que «la progresiva liberalización del sector, así como la posible tituliza-

ción de los CTC —que eliminaría el actual desincentivo a que el precio del mercado mayorista sobrepase un determinado nivel— hacen especialmente necesaria y urgente la imposición de límites a la concentración del mercado. El calendario de liberalización, indicado en el Cuadro 1, prevé que todos los consumidores finales podrán elegir suministrador dentro de siete años, si bien existen diversas indicaciones de que esta fecha límite del año 2007 podría adelantarse al 2004. En el mercado totalmente liberalizado, el impacto de eventuales aumentos del precio del *pool* sobre los precios de consumo final estaría amortiguado todavía por la persistencia en estos últimos de diversos componentes regulados, tales como las tarifas de acceso a las redes de distribución y de transporte y la repercusión de diversos costes específicos del sistema eléctrico nacional (subvenciones al carbón nacional, moratoria nuclear, etcétera), pero la posibilidad de repercusión será mucho mayor».

La voluntad de proseguir el proceso de liberalización y de introducción de competencia en el sector eléctrico se ha plasmado en el Real Decreto 6/2000, de 23 de junio. En su justificación se sostiene que, en primer lugar, se avanza en la introducción de competencia, limitando, durante cinco años, el incremento de potencia a los operadores de producción de energía eléctrica que posean —directa o indirectamente— más del 40 por 100 de la cuota de potencia instalada en el territorio peninsular y durante tres años para los operadores cuya cuota sea superior al 20 por 100, pero inferior al 40 por 100; en segundo lugar, se establece la obligación de que determinadas instalaciones de producción en régimen especial con derecho a incentivo acudan al mercado mayorista para aportar sus excedentes; en tercer lugar, se adelanta la liberalización total en el calendario de acceso a consumidores cualificados desde el día 1 de enero del año 2007 al mismo día del año 2003, disponiéndose que el Gobierno reestructurará y actualizará las tarifas de acceso a las redes adaptándolas al nuevo marco liberalizado; en cuarto lugar, se refuerza la transparencia relacionada con la información de consumidores cualificados; en quinto lugar, se establece que el incremento de la demanda y el reparto de la eficiencia «hacen posible una reducción del cobro de la garantía de potencia de los generadores y la

CUADRO 1

**CALENDARIO PREVISTO DE LIBERALIZACIÓN
DEL CONSUMO DE ELECTRICIDAD**

Fecha	Consumo anual (GWh)	N.º de consumi- dores	Energía elegible (GWh)	Cuota de mercado (En %)
1 enero 1998.....	>15	558	40.235	26,5
1 enero 1999.....	>5	1.926	51.380	34
1 abril 1999.....	>3	3.254	56.549	37
1 julio 1999.....	>2	4.106	60.011	39
1 octubre 1999.....	>1	8.274	65.011	43
1 julio 2000.....	>1Kv	61.000	78.880	53
1 enero 2007.....		19,7 mill.	168.000	100

FUENTE: Comisión Nacional de Energía.

fijación de límites por central eléctrica para el derecho al cobro de la prima al consumo de carbón autóctono, lo que favorecerá la bajada de los precios del mercado de producción. A su vez, durante el período 2001-2003 se mantiene el objetivo de reducción de las tarifas de los consumidores no cualificados, quienes hasta el 2003 no podrán elegir suministrador»; en sexto lugar, se dispone que las tarifas eléctricas de los consumidores domésticos se reducirán, como máximo, en un 9 por 100 durante el período 2001-2003, en función de la evolución de los tipos de interés, la demanda y el reparto de eficiencia debido a la competencia. Y, por último, se establece que las empresas comercializadoras podrán realizar contratos de adquisición de energía eléctrica en el exterior y con productores nacionales en régimen especial, pudiendo hacerlo también con productores nacionales en régimen ordinario a partir del año 2003.

Servicios funerarios

La Ley de Bases del Régimen Local de 1985 reconocía a las entidades locales la facultad de llevar a cabo los servicios mortuorios en régimen de competencia o de monopolio. En este marco de referencia, los ayuntamientos pueden optar entre la remisión de los servicios mortuorios a la iniciativa privada, la explotación de la actividad a través de una empresa mixta, o su

asunción en exclusiva. En ocasiones, el monopolio se extiende a actividades conexas, como tanatorios o aspectos ornamentales.

De acuerdo con la regulación, la existencia de un cementerio es una obligación de servicio mínimo, de resultado, que la Ley impone a todos los ayuntamientos. Sin embargo, no es una obligación de medios; es decir, no es necesario que cada ayuntamiento disponga de su propio cementerio.

El análisis del mercado revela que no hay razones económicas que justifiquen el monopolio. La demanda es previsible y los servicios son divisibles, existiendo muchas empresas dispuestas a satisfacerla en régimen de competencia, incluso saliendo a bolsa como en el caso de Funespaña, S.A.

Con el objetivo de introducir competencia en el sector, el Tribunal propuso, en primer lugar, la supresión de los servicios mortuorios de la lista de actividades monopolizadas, o susceptibles de serlo, por los entes locales; y, en segundo lugar, que las autorizaciones para el ejercicio de la actividad sean regladas, de *numerus apertus*, habilitando para el ejercicio empresarial en todo el territorio nacional. Tales propuestas se han traducido en la oportuna modificación de la regulación.

Oficinas de farmacia

Tradicionalmente, las oficinas de farmacia (OF) han sido consideradas como establecimientos sanitarios. Sin embargo, atendiendo a sus actividades, el Tribunal consideró que en su actividad coexisten dos aspectos: uno relacionado con la salud pública y otro, muy distinto, referido a las cuestiones mercantiles de la distribución de medicamentos.

El Tribunal ha defendido una regulación eficiente que garantice la prevención de la enfermedad y la defensa de la salud. Sin embargo, considera que es necesario eliminar los obstáculos de carácter mercantil que entorpecen el libre ejercicio de la competencia en la distribución de los medicamentos.

El informe del TDC, destinado a la introducción de competencia en la actividad de las OF, se acotó, de manera voluntaria, al análisis de las restricciones a la competencia en el sector de la distribución minorista de medicamentos, regulado, fundamen-

talmente, por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento y disposiciones complementarias, suplementadas por la regulación emanada de las comunidades autónomas.

La actividad comercial de la distribución de medicamentos es relevante desde el punto de vista económico. Los márgenes sobre el coste de los medicamentos rondaban el 40 por 100 superando, frecuentemente, el 100 por 100 en el caso de los productos cosméticos.

El Tribunal estimó que las rentas de monopolio superaban los 100.000 millones de pesetas anuales. Además, la regulación ineficiente de la actividad comercial farmacéutica, por su carácter proteccionista e intervencionista, impide el acceso a la profesión a miles de licenciados en farmacia que, sin duda, contribuirían a aumentar la eficacia de la distribución farmacéutica.

Al considerar el Tribunal que la falta de concurrencia en este sector no tenía justificación alguna, propuso, en consecuencia, la liberalización de la actividad comercial de dispensación de medicamentos.

A dicho objetivo se dirigieron las iniciativas del Tribunal, que pueden resumirse en los siguientes puntos: en primer lugar, recomendar a las comunidades autónomas que no establezcan nuevas instalaciones legales o reglamentarias a la apertura de OF ni deleguen nuevas facultades restrictivas de la competencia a los colegios oficiales de farmacéuticos; en segundo lugar, suprimir cualquier prohibición establecida por los citados colegios, o su consejo, de realizar descuentos; en tercer lugar, establecer la obligación de inscribir en los envases de los medicamentos cuyo precio haya sido regulado la mención «precio máximo de venta al público, impuestos incluidos»; en cuarto lugar, suprimir los obstáculos que impidan la apertura de nuevas OF en aquellos lugares donde el tránsito de ciudadanos sea relevante, así como la supresión de las referencias a los accidentes naturales o artificiales o a la existencia de zonas no urbanizadas como requisito para obtener la correspondiente autorización de instalación de una nueva OF; en quinto lugar, establecer por la Seguridad Social un Convenio con las OF, de libre adhesión, en el que se fijaran los precios y plazos de pago de los

medicamentos reembolsables por la Seguridad Social; en sexto lugar, suprimir las restricciones a la venta de especialidades farmacéuticas en establecimientos distintos de las OF, como criterio general; en séptimo lugar, elaborar por el Ministerio de Sanidad y Consumo, con criterios liberalizadores, la lista de especialidades farmacéuticas publicitarias que no puedan ser vendidas en establecimientos distintos de las OF; y, por último, liberalizar los horarios de apertura y cierre de las OF²⁸.

Tales propuestas se complementaban con otras dos, a aplicar en un plazo máximo de cinco años con el fin de permitir a los farmacéuticos establecidos la adaptación a las nuevas circunstancias presididas por la competencia: la primera, suprimir las referencias a la distancia mínima y al número de habitantes como condición necesaria para la apertura de una OF y, la segunda, eliminar el requisito de que los propietarios de OF sean necesariamente farmacéuticos titulados, manteniéndose tan sólo la condición de la presencia de un farmacéutico en la OF en el acto de dispensación de las especialidades farmacéuticas.

Las propuestas del Tribunal fueron atacadas sistemáticamente por los farmacéuticos ya instalados y, particularmente, por sus órganos representativos, tal como se desprende del contenido de sus publicaciones gremiales y de sus declaraciones²⁹. Sin embargo, en contra de dicho criterio, se manifestaron los colectivos farmacéuticos que defienden los intereses de los profesionales que no disponen de OF.

Es de destacar la iniciativa de la Comunidad Autónoma de Navarra que ha propuesto un modelo de ordenación de las OF que, en sus líneas generales recoge algunos principios sugeridos

por el Tribunal. El Anteproyecto de Ley foral de atención farmacéutica del Gobierno de Navarra fue objeto de Informe por el Tribunal a propuesta del Director General del Departamento de Salud sobre la base de lo previsto en el artículo 26 de la LDC. La principal conclusión del Tribunal fue que dicho anteproyecto mejoraba sustancialmente la normativa nacional desde el punto de vista de la competencia, al instaurar la libertad de establecimiento para las nuevas OF que quedarían sometidas simplemente a autorización administrativa, desapareciendo, por tanto, todos los requisitos referidos a distancias mínimas. Al mismo tiempo se establecía por parte del Servicio Navarro de Salud un convenio de libre aceptación por las OF para la dispensación de medicamentos y productos sanitarios prescritos por los facultativos del Sistema Navarro de Salud. De triunfar el Proyecto de Ley presentado se pondría de manifiesto cómo las propuestas del TDC se traducen en una mayor eficiencia del servicio de distribución minorista de medicamentos.

El proceso de liberalización de la venta de productos farmacéuticos es lento. Cada paso que se pretende dar es contestado por los propietarios de las oficinas de farmacia en defensa de sus rentas de monopolio, aunque tales reacciones redunden en perjuicio del interés general. En el Real Decreto-Ley 5/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Contención del Gasto Farmacéutico Público y de Racionalización del Uso del Medicamento se considera preciso «revisar los márgenes correspondientes a las oficinas de farmacia y a los almacenes farmacéuticos, así como adoptar otro tipo de medidas orientadas a fomentar el uso de medicamentos genéricos y a actualizar la normativa reguladora de la publicidad de los medicamentos de uso humano». Pero, al mismo tiempo, el Gobierno ha considerado oportuna la flexibilización de algunos aspectos relacionados con la dispensación de medicamentos a través de las farmacias y, en especial, los calificados como publicitarios. Como se reconoce en el propio Real Decreto-Ley, se trata de «un paso adelante» para la mejor ordenación del sector. Y a este paso deben seguir otros. Esto explica la reacción insolidaria de los farmacéuticos promovida por la «fatal arrogancia» de sus órganos de representación. Pero la reacción no se circunscribe a los aspectos relacionados

²⁸ Muchas de las restricciones actuales se verán superadas por el uso de la *web*. Horarios, descuentos, recetas, por ejemplo, serán elementos que, en algunos casos, deberán ser objeto de regulación pero que en otros el mercado impondrá sus leyes. Drugstore, MyBasic, PlanetRX, Soma, Celebrex o CVS constituyen ejemplos de la utilización del .com en la distribución de medicamentos y de información sobre la salud.

²⁹ En el programa electoral de un candidato a presidir el Colegio de Farmacéuticos de Madrid se estableció como uno de sus puntos esenciales el combatir las propuestas liberalizadoras del Tribunal de Defensa de la Competencia. El reciente cierre patronal es otra prueba de la resistencia al cambio de los propietarios de OF en defensa de sus intereses corporativos.

CUADRO 2

**DEDUCCIONES PARA LA INTERVENCIÓN
SOBRE LOS MARGENES DE LAS FARMACIAS**

Ventas. Total PVP IVA hasta pesetas	Deducción pesetas	Resto hasta (pesetas)	Porcentaje aplicable
4.600.000	0	6.200.000	7
6.200.000	112.000	8.300.000	8
8.300.000	280.000	17.100.000	9
17.100.000	1.072.000	29.600.000	10
29.600.000	2.322.000	42.000.000	11
42.000.000	3.686.000	En adelante	13

con la salud. Es una reacción contra el mercado y su única razón es la defensa de las rentas de monopolio y la defensa de los correspondientes «traspasos» apoyados en aquéllas. Y no debe olvidarse que detrás de dicho planteamiento corporativo, en palabras del Tribunal, los beneficiarios son «unos pocos» y los perjudicados son la mayoría.

En el citado «paso adelante» se dispone lo siguiente: En primer lugar, la consideración del precio de las especialidades farmacéuticas publicitarias con precio máximo de venta al público; en segundo lugar, la determinación de los márgenes de las oficinas de farmacia (especialidades farmacéuticas de uso humano, especialidades farmacéuticas genéricas, especialidades farmacéuticas publicitarias), incluyendo la posibilidad de descuentos máximos de hasta el 10 por 100³⁰ en el caso de especialidades farmacéuticas publicitarias. Y se establece la intervención sobre los márgenes, de forma que los «correspondientes a las recetas de especialidades farmacéuticas dispensadas con cargo a fondos de la Seguridad Social o a fondos estatales afectos a la sanidad se establecerán aplicando a la facturación mensual de cada oficina de farmacia por dichas recetas la siguiente escala de deducciones» (ver Cuadro 2).

También se han modificado los márgenes de los almacenes farmacéuticos.

El sector del libro

En el mes de septiembre del año 1997 el Tribunal remitió al Gobierno un informe sobre el precio fijo de los libros³¹. Su origen residía en los problemas surgidos en casos resueltos y, sobre todo, en el hecho de que la determinación en origen del precio fijo cuenta con amparo legal de acuerdo con la Ley 9/75, de 12 de marzo, de Régimen especial para la promoción, producción y difusión de los libros. El artículo 33 de dicha norma, fiel reflejo del intervencionismo administrativo en la economía, establece que «el precio de venta al por menor de libros al público se realizará al precio fijo que figurará impreso en cada ejemplar». Adicionalmente, la práctica de descuentos sobre el precio fijo se desarrolló reglamentariamente en el Real Decreto 484/90, de 30 de marzo, sobre el precio de venta al público de los libros, que señala en su artículo 1 que «el precio de venta al público al contado podrá oscilar entre el 95 por 100 y el 100 por 100 del precio fijo».

Como punto de partida, el Tribunal consideró que la fijación del precio de reventa de los libros y la prohibición de aplicar descuentos al precio fijado por el editor no protegen la creación literaria, restringen las ventas, reducen el poder adquisitivo de los ciudadanos, no protegen los títulos de venta lenta, no fomentan los servicios ofrecidos por los libreros, no protegen a las pequeñas librerías de su desaparición ni de la amenaza de los grandes establecimientos, restringen la modernización del sector, perjudican al comprador, favorecen la estabilidad del reparto de las rentas derivadas de la no competencia, consolidando una estructura de mercado similar a un cártel, y, por último, constituyen una medida desproporcionada para dar solución al problema de la doble imposición de márgenes.

El Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios, en materia de libros de texto «liberaliza totalmente el descuento que los libreros minoristas pueden

³⁰ A todas luces reducido, dados los elevados márgenes comerciales de intermediación.

³¹ Ver TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (1997). La última aportación al debate ha sido el libro de SCHWARTZ, P. (2000).

hacer sobre el precio de venta al público fijado por el editor o el importador». El descuento libre se refiere exclusivamente a los libros de texto y al material didáctico complementario «editados principalmente para el desarrollo y aplicación de los currículos correspondientes a la Educación Primaria y a la Educación Secundaria Obligatoria». Sin embargo, no incluyen complementos fundamentales como «diccionarios, atlas, libros de lecturas, medios audiovisuales o instrumentos científicos» (artículo 38.2). Y para evitar la competencia de las grandes superficies comerciales sobre la base de los libros de texto, se prohíbe la utilización del libro como reclamo comercial «para la venta de productos de naturaleza distinta» (artículo 38.4).

Ciertamente, se ha dado un paso adelante³². Pero no el último paso. El camino emprendido en relación con los libros de texto para la Educación Primaria y Secundaria debe proseguir con la inclusión de todos los libros sin excepción. Ahora el mercado es mundial, pero el mundo se ha hecho pequeño gracias al desarrollo de las comunicaciones y las telecomunicaciones. El comercio «internetizado» ha alcanzado un gran desarrollo en el mercado de los libros y los discos y la capacidad de elección de los ciudadanos se ha incrementado considerablemente. Además, la mejora de la distribución a distancia, resultado de la liberalización de los servicios de correo, contribuirá a mejorar los sistemas «internetizados». Cualquier ciudadano podrá tener acceso al conocimiento del mercado y cualquier oferente tendrá que competir con otros oferentes que combinarán las ofertas reales con las virtuales. Todo cambiará en el mercado del libro

y el resultado final sólo puede ser una acentuación de la competencia. Ciertamente, algunos empresarios están adaptando sus estructuras productivas y de distribución a tales cambios. Otros se lamentan de los efectos de la liberalización con argumentos apoyados en la defensa de sus intereses particulares. El lamento del editor o del librero recuerda la «lágrima del boticario»³³. Pero, en cualquier caso, sus problemas no se resolverán oponiéndose al cambio o solicitando medidas de protección frente al cambio³⁴.

En síntesis, las nuevas tecnologías y las nuevas posibilidades que ofrece Internet suponen, con seguridad, la revolución más importante en el mundo del libro desde los tiempos de Gutenberg. En este nuevo mundo ¿qué sentido tiene discutir acerca de un tacaño 5 por 100 o de la limitación del descuento libre a un subconjunto específico de los libros?

Sobre la base de los citados criterios, el Tribunal sostuvo que el reforzamiento de la competencia en el sector del libro constituía un elemento complementario de la política cultural ya que, por un lado, el abaratamiento de los libros contribuye a aumentar el número de ejemplares vendidos, favoreciendo el acceso de los ciudadanos a la cultura y estimulando la actividad creadora; y, por otro, la mayor competencia entre los agentes impulsa la modernización del tejido comercial librero e incrementará la oferta de servicios en beneficio de los consumidores y de la cultura, tal como ponen de manifiesto las experiencias liberalizadoras llevadas a cabo en diversos países comunitarios.

En consecuencia, el Tribunal propuso la retirada del amparo legal a la fijación en origen de los precios en el sector del libro

³² Los editores —en el contexto del III Congreso Nacional de Editores de España— prefieren la libertad de precios a la de descuentos, dado que la libertad de descuentos con precio fijo favorece a aquellos comerciantes que venden libros y productos distintos de los libros. En su opinión no pueden admitir que las medidas aprobadas sean medidas liberalizadoras. Alegan que: «Por el contrario, se trata de una intervención administrativa sin precedentes en el Derecho español y comparado, que deja al libro en una situación excepcional, en peores condiciones de comercialización que las de cualquier otro producto». De acuerdo con sus «estimaciones», con el sistema aprobado pueden desaparecer 2.000 librerías, cifra que, según el portavoz de la Federación de Gremios de Editores podría ascender incluso a 4.000. Por otra parte, alegan que los libros de texto y el material complementario suponen el 37,5 por 100 del negocio de las pequeñas librerías.

³³ Debo esta expresión a Enric Badía.

³⁴ La reacción contra la libertad del mercado del libro es reiterativa como el Bolero de Ravel. El miedo al «modelo americano» se pone de manifiesto en todos los debates. Y los argumentos se resumen en las palabras de Olivier Bétourné, Vicepresidente Director General de la librería Arthème Fayard: el sistema de precio fijo «no aporta ni un céntimo a los editores pero da garantías a los libreros contra los efectos del descuento que aplicarían las grandes cadenas en el caso de que los precios fueran libres». De acuerdo con dicho librero, el sistema del precio fijo «ha permitido salvaguardar una red de librerías de calidad, condición necesaria para llevar a cabo una política editorial creativa». Realmente, no se trata de una cuestión de principios y de defensa del propio negocio, sino de una cuestión empírica.

mediante la derogación de la actual regulación del precio fijo y el paso gradual a una situación de libertad de precios en el mercado. El proceso debería iniciarse mediante la sustitución de la regulación actual por un sistema de precios establecidos por el editor sobre los que se puedan aplicar descuentos progresivamente crecientes por parte de los detallistas durante un período transitorio de tres años. Tras otro período caracterizado por la libertad de descuentos, debería procederse a la liberalización total, dejando que los mecanismos de mercado determinen los precios de venta al público de los libros. En todo caso, la aplicación de descuentos deberá respetar las prescripciones normativas en relación con las ventas a pérdida así como cuanto está dispuesto en la LDC.

Poco se había avanzado sobre esta cuestión. En la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social (Ley de Acompañamiento de los Presupuestos Generales del Estado para 1999) se estableció, en su artículo 92, la autorización de realizar descuentos de hasta el 12 por 100 sobre el precio marcado por los editores para los libros de texto y material didáctico complementario de educación primaria y secundaria.

El problema sólo puede resolverse anticipándose a los cambios y adaptándose a los mismos desde la perspectiva de la modificación de las condiciones de la demanda. No debe olvidarse que Amazon.com, Internet. Bookshop y Barnes and Noble constituyen elementos de referencia fundamentales. También resulta ilustrativo el ejemplo del libro de Stephen King *Riding the Bullet* (*Cabalgando sobre una bala*) lanzado a través de Internet el pasado 13 de mayo. Los editores fueron testigos de que en 48 horas los ciudadanos realizaron medio millón de copias del texto a un precio de 2,5 dólares. Y los autores esperan que con este procedimiento reduzcan su dependencia en relación con los editores³⁵. Por su parte, Ernest Sabat ha publicado gratuitamente en Internet su libro *La Resistencia* antes de su venta en las

librerías. Posteriormente, los medios de comunicación se hicieron eco de que la librería electrónica Amazon había batido el récord de comercialización de libros por Internet al vender 350.000 ejemplares de la última entrega de las aventuras de Harry Potter (*Harry Potter y la copa de fuego*).

En este contexto, los problemas de los «gorrones» son secundarios y es más relevante la cuestión que se ha abierto. Tampoco debemos olvidar los proyectos de «el último libro», el «papel electrónico» o la «tinta electrónica». Toda una revolución que deja fuera de contexto el proteccionismo periclitado de los buscadores de rentas en la producción y distribución de los libros. Porque, además, como ha señalado P. Schwartz, «Cuando se observa que el sistema del precio fijo castiga a los escritores, paraliza el desarrollo del sector del libro, desincentiva la introducción de nuevas tecnologías de edición, y dificulta la aparición de librerías virtuales en Internet, entonces la derogación del sistema del precio fijo de los libros aparece como lo que es, una eficaz medida de apoyo a la cultura española».

El sector del gas

El desarrollo del sector del gas natural en España es reciente y ha conllevado cambios en su estructura, cuyo origen puede encontrarse en los últimos Planes Energéticos Nacionales de 1983 y 1991. El resultado ha sido una concentración de las empresas de distribución en torno a Gas Natural SDG y un proceso de integración vertical en dicha empresa de las fases de aprovisionamiento y transporte primario, encomendado, mediante concesión, a Enagas.

Durante los años 1996 y 1997 el Tribunal analizó las restricciones a la competencia en el sector del gas natural, la conveniencia de su eliminación con el objetivo de alcanzar un funcionamiento más competitivo del mercado, y las propuestas dirigidas a dicha finalidad. En el mes de diciembre de 1997, el Tribunal remitió un informe al Gobierno en el que se pronunciaba, además, sobre el Anteproyecto de Ley de Hidrocarburos. Se trataba de un informe mixto, conteniendo referencias a la liberalización del sector y al anteproyecto de Ley.

³⁵ E-matter permite a los autores la oferta directa al precio fijado por ellos con unos ingresos equivalentes al 50 por 100 del precio del libro, en lugar del 10 por 100 que perciben normalmente.

Las recomendaciones del Tribunal eran breves y pueden resumirse como sigue: en primer lugar, permitir a los nuevos operadores el acceso a las actividades de gasificación, almacenamiento, transporte y distribución; en segundo lugar, facilitar el acceso a las redes de transporte y distribución de los distribuidores, comercializadores y clientes cualificados; en tercer lugar, establecer un sistema de consumidores cualificados que se aprovisionen en régimen de competencia; en cuarto lugar, la separación jurídica de las actividades de adquisición, almacenamiento y regasificación de las de transporte, distribución y comercialización; y, por último, la separación entre la propiedad y la gestión. La primera reacción normativa supuso la adopción parcial de las primeras propuestas y la no adopción de las últimas.

En efecto, se eliminó el régimen de concesiones que fue sustituido por otro de autorizaciones administrativas introduciendo un período transitorio de diez años. Además, se estableció que los distribuidores no tienen acceso directo a la red de transporte, debiendo adquirir el gas a los transportistas. Por otra parte, desde el punto de vista de la defensa de la competencia, el consumo mínimo necesario para ser considerado consumidor cualificado, pese a la reducción de los umbrales por el Real Decreto-Ley 6/1999, de 16 de abril, era demasiado elevado. Por ello, se dispuso que a partir del primer día de enero del año 2008 —dentro de ocho años!— todos los consumidores tendrían la consideración de cualificados. Por su parte, la Ley del Sector de Hidrocarburos sólo estableció la separación de la comercialización del sector de actividad. Por último, la Ley estableció que el gestor se elegirá entre los propietarios de la red.

El Tribunal valoró el anteproyecto positivamente dado que suponía un avance importante en relación con la situación anterior, afirmando el principio de libre iniciativa empresarial, sometiendo las actividades al régimen de autorización administrativa y permitiendo la introducción de más competencia en el sector del gas natural. Sin embargo, el Tribunal consideró que el anteproyecto incluía una limitación relevante a la competencia al prever que el gestor del sistema realizaría las adquisiciones de gas natural para su venta a los distribuidores con destino a los

consumidores, en régimen de tarifas aprobadas administrativamente. Según el TDC, «de este modo se reserva (al gestor) un importante volumen de mercado, que queda cautivo, impidiendo a las distribuidoras, e indirectamente a los consumidores sujetos a tarifa administrativa, poder obtener mejores precios», al tener las tarifas aprobadas por la Administración el carácter de máximas.

Esta reserva de mercado operaba en favor de Enagas a quien se le atribuía la condición de gestor del sistema durante los primeros quince años de la nueva Ley. Dadas las ventajas que dicha reserva otorgaba al operador instalado, el Tribunal consideró que era más conveniente la limitación a diez años contemplada en el primer borrador. También, en opinión del Tribunal, debía permitirse que accedieran a la condición de consumidores cualificados la suma de varias empresas individuales o las asociaciones de las mismas que alcanzasen, conjuntamente y para su propio consumo, el volumen mínimo exigible.

El objetivo de una liberalización gradual y prudente del sector aconsejaba no atribuir dicha reserva del mercado al gestor del sistema con carácter estructural, «sino sólo durante un período transitorio cuya aplicación pueda ser modulada por el Gobierno».

Por otra parte, de acuerdo con el TDC, resultaba excesivamente discrecional, y entraba en contradicción con el principio de libre acceso a la industria, la posibilidad de denegar las autorizaciones administrativas para la actividad de distribución por originar «una influencia negativa en el funcionamiento del sistema». Dado su carácter indeterminado, se propuso objetivizar la condición o, alternativamente, suprimirla.

La falta de obligación de que los titulares de infraestructuras realizaran las adquisiciones necesarias para atender las peticiones de suministro y la posibilidad de denegar el acceso para garantizar los contratos con cláusulas *take or pay*, parecían dirigidas a consolidar con rango de Ley los contratos suscritos por Enagas. Estas medidas tampoco eran compartidas por el Tribunal.

No hay duda de que el legislador avanzó en relación con el pasado. Pero tampoco la hay acerca de que el avance, desde la perspectiva de la competencia, fue corto. El desarrollo del sector energético, en general, sugería la idoneidad de avanzar algo

más. Una buena dirección sería aquélla que condujera, en primer lugar, hacia la segregación de Gas Natural y Enagas, de forma que ésta quedara exclusivamente como titular y responsable de la gestión de la red de gasoductos, almacenamiento y plantas de regasificación; en segundo lugar, a la reducción del número de días de mantenimiento de las existencias mínimas de seguridad, dado que el establecimiento de 35 días constituye una barrera de entrada para aquellos operadores que pretendan aprovisionarse en el mercado *spot*. En tercer lugar, consideraba el Tribunal que debía reconsiderarse la cuestión relacionada con la obligación de diversificación eximiendo de su cumplimiento a los operadores de pequeña dimensión. Y, por último, en relación con el suministro de GLP envasado, en opinión del Tribunal, debía permitirse el acceso a terceros a las infraestructuras de recepción y almacenamiento de Repsol Butano y DISA.

El Real Decreto-Ley 6/2000 ha supuesto un nuevo paso adelante. Como señala su preámbulo: «En el sector del gas natural, las actuaciones van encaminadas fundamentalmente a facilitar la entrada de nuevos comercializadores, a mejorar la gestión técnica del sistema gasista y a acelerar el calendario de liberalización. Para ello, se abre el accionariado de la principal empresa transportista, a la que se encomiendan las funciones del gestor técnico del sistema, figura que se crea, con lo que se consigue una mayor objetividad y transparencia en la utilización de instalaciones de transporte. Además, se asigna el 75 por 100 del gas procedente de Argelia, a través del gasoducto del Magreb, al citado gestor técnico del sistema, quien deberá utilizar dicho gas para suministro a tarifas, y el 25 por 100 restante se destina al mercado liberalizado mediante un procedimiento objetivo y transparente. Por último, se adelanta el calendario de liberalización, con lo que la apertura del mercado será el 72 por 100 a partir de la entrada en vigor del presente Real Decreto-Ley y completa para todos los consumidores el 1 de enero de 2003, y se reduce el período de exclusividad de los distribuidores ubicados en una determinada zona geográfica.».

El artículo 7.4 establece que a partir del año 2003 ningún operador —directa o indirectamente— podrá tener una cuota de mercado de gas natural superior al 70 por 100. En dicho año,

todos los consumidores tendrán la consideración de cualificados. Y para facilitar la introducción de competencia y rivalidad en el mercado se establece que: «El titular del contrato de aprovisionamiento de gas natural procedente de Argelia y suministrado a través del gasoducto del Magreb asignará un 75 por 100 del gas proveniente del mismo a Enagas, Sociedad Anónima, que lo venderá a los distribuidores para su venta a los consumidores a tarifas y el 25 por 100 restante a comercializadores para su venta a consumidores cualificados». Además, se determina que antes de finalizar el año 2000 se fijará el procedimiento para la aplicación del 25 por 100 destinado a las empresas comercializadoras. Dicho procedimiento deberá ser transparente y no discriminatorio y se realizará «a un precio que incluya el coste de adquisición de la materia prima más una retribución en concepto de gastos de gestión que se fijará reglamentariamente». La cuota máxima de cada comercializador no debe superar el 25 por 100 del gas destinado al mercado liberalizado. Además, se dispone que: «A partir del 1 de enero del año 2004, el gas natural procedente de este contrato se aplicará preferentemente al suministro a tarifas».

En relación con el gestor técnico del sistema (Enagas), se dispone que será «aquel transportista que sea titular de la mayoría de las instalaciones de la red básica de gas natural» y «tendrá la responsabilidad de la gestión técnica de la red básica y de las redes de transporte secundario». El gestor tendrá como función «garantizar la continuidad y seguridad del suministro de gas natural y la correcta coordinación entre los puntos de acceso, los almacenamientos, el transporte y la distribución». Deberá llevar cuentas separadas que recojan los gastos e ingresos imputables a la actividad de gestión técnica del sistema. El objeto del gestor será «garantizar la continuidad y seguridad del suministro de gas natural y la correcta coordinación entre los puntos de acceso, los almacenamientos, el transporte y la distribución». El citado gestor ejercerá sus funciones bajo los principios de «transparencia, objetividad e independencia». Sus actividades serán retribuidas.

La cuota de participación —directa e indirecta— de Enagas no podrá superar el 35 por 100 de su capital social o de los derechos de voto de la entidad.

Los consumidores se dividen en cualificados y no cualificados. Los primeros serán aquéllos «cuyas instalaciones ubicadas en un mismo emplazamiento tengan en cada momento el consumo previsto» en el Real Decreto-Ley. Estos consumidores podrán adquirir el gas a los comercializadores en condiciones libremente pactadas o directamente. Los consumidores no cualificados adquirirán el gas a los distribuidores en régimen de tarifa.

También se establece que las empresas titulares de alguna instalación comprendida en la red básica de gas natural deberán tener como único objetivo social en el sector gasista la actividad de transporte, «pudiendo incluir entre sus activos gasoductos de la red secundaria de transporte, debiendo llevar en su contabilidad interna cuentas separadas de las actividades de regasificación, almacenamiento y transporte».

Por su parte, el Gobierno se compromete a aprobar, en el plazo de seis meses, «un sistema económico integrado del sector gas natural, que incluya el modelo para el cálculo de las tarifas de gas natural y de los peajes y cánones aplicables al uso por terceros de la red gasista, el sistema para determinar la remuneración que corresponda a cada uno de los titulares de las instalaciones gasistas y el procedimiento de reparto de los ingresos totales entre los distintos agentes que actúan en el sector gasista».

En relación con los peajes y cánones, la disposición transitoria sexta de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, se redacta como sigue: «Hasta el 1 de enero del año 2005, las tarifas, peajes y cánones regulados en la presente Ley incluirán un término de conexión y seguridad del sistema, que será satisfecho por todos los consumidores de gas natural y que tendrá por objeto asegurar una rentabilidad razonable a aquellas inversiones en instalaciones de la red básica y de transporte secundario destinadas a dotar de la adecuada seguridad al sistema de gas natural, que hubiesen sido objeto de concesión antes de la entrada en vigor de la presente Ley». Los peajes y cánones de acceso a terceros a las instalaciones de recepción, regasificación, almacenamiento y transporte de gas natural se reducirán en un 8 por 100.

El suelo urbanizable

La importancia del suelo reside en el hecho de que se trata de un bien básico que, directa o indirectamente, participa en todas las actividades de la economía. En consecuencia, cuanto ocurra en dicho mercado afectará al resto de las actividades, por lo que la liberalización del mercado del suelo urbanizable y la reducción de sus precios tendrá efectos beneficiosos para el conjunto de la economía.

Es frecuente que se considere que las propuestas liberalizadoras suponen el riesgo de edificar al margen de cualquier referencia. Por ello, debe subrayarse que la liberalización no supone ni falta de regulación ni imprevisión. Y se ha hecho referencia a la necesidad de establecer reglas generales, sin privilegios. Pero también es necesario definir correctamente —en los planes de ordenación que deberían ser vinculantes para las Administraciones públicas— las grandes redes de infraestructuras, equipamientos y espacios libres. Dicha definición incrementaría la seguridad jurídica de los administrados, evitando que se dañen intereses legítimos³⁶.

El Tribunal consideró que el uso del suelo debe ser objeto de regulación por los poderes públicos. Son necesarias unas reglas generales de defensa de los intereses públicos, ya que puede resultar ineficiente que la autoridad urbanística decida con el máximo detalle el uso de cada espacio. Los límites impuestos a los propietarios en relación con el uso del suelo segmentan el mercado de manera que limitan significativamente la competencia. De hecho, se sustituye un mercado de gran dimensión por un elevado número de mercados de pequeña dimensión que reducen la oferta y elevan los precios. La falta de competencia se traduce en una ineficiente asignación de recursos y da lugar a la aparición de rentas de monopolio de una magnitud considerable.

Para el Tribunal, la ausencia de competencia, en combinación con la no coincidencia entre la conducta de los mercados y las

³⁶ Resulta sorprendente la mayor preocupación por la seguridad jurídica manifestada por los partidarios de liberalizar el mercado del suelo en relación con los defensores de la planificación administrativa.

previsiones de las autoridades, se traduce en movimientos espasmódicos de precios y cantidades. En consecuencia, en determinadas circunstancias la oferta supera a la demanda; en otras ocurre lo contrario; y, en fin, con mucha frecuencia las características de la demanda no coinciden con las de la oferta. Coexisten solares sin edificar con elevados precios de otras superficies. La paradoja del intervencionismo extremo es que por un lado sobra terreno y, por otro lado, y simultáneamente, los precios se disparan.

En este marco el Tribunal recomendó las siguientes medidas: En primer lugar, que, pese a la importancia del suelo como *input* intermedio fundamental para la economía y la sociedad españolas, su liberalización no podía hacerse al mismo ritmo y de la misma forma que en otros mercados, sugiriendo la pertinencia de un proceso gradual. Dos razones sustentaban dicha sugerencia: la primera, la necesidad de modificar las ideas y creencias de la sociedad acerca de dicho mercado y del urbanismo en general, así como las posibles acciones contrarrestantes de los grupos de interés en defensa de sus rentas de monopolio. La segunda, los problemas relacionados con la financiación de las haciendas locales. Un análisis de la realidad revela que, aunque la primera cuestión debe ser reconsiderada porque la sociedad ha adquirido una mayor conciencia acerca de los inconvenientes que la regulación ineficiente del suelo tiene sobre la vivienda y la renta de los ciudadanos, todavía subsiste el problema de la financiación de las Administraciones locales³⁷.

En segundo lugar, consciente de los problemas derivados de la falta de información y análisis, el Tribunal propuso la creación de una comisión de expertos con el objetivo de que analizara con rigor el mercado del suelo y que realizara las oportunas propuestas de modificaciones normativas dirigidas a introducir competencia en un mercado completamente protegido de la misma. El informe se realizó, pero la composición de la comisión se tradujo en un resultado que, lejos de reflejar una visión

liberalizadora, sostenía la tradición intervencionista de las Administraciones públicas. Con dicho resultado era imposible la modificación de la situación. La inercia del pasado se proyectó al futuro.

En tercer lugar, el Tribunal estableció un conjunto de criterios dirigidos a fomentar la reforma del mercado del suelo urbanizable. Tales criterios fueron, en resumen, los siguientes: en relación con el suelo urbano, «buscar fórmulas para acentuar el carácter reglado de su determinación, garantizando el derecho a construir de conformidad con reglas generales por parte de todos los operadores y sometiendo efectivamente a los propios poderes públicos a estas reglas, sin privilegios. Principio de igualdad de trato en alturas, volúmenes, necesidades, etcétera, justificándose las diferencias con carácter global». Y, en relación con el suelo urbanizable, «permitir a los particulares decidir sobre el uso del espacio siempre que cumplan con las reglas generales». En consecuencia, las consideraciones negativas por parte de las Administraciones públicas deberían, además, justificarse y motivarse. Al mismo tiempo, la actuación urbanística del suelo urbanizable debería llevarse a cabo de acuerdo con la iniciativa de los propietarios del suelo.

Además, en relación con el suelo no urbanizable, se sugería que debería precisarse el suelo susceptible de dicha calificación en todo el territorio nacional. En consecuencia, se recomendaba definir las zonas no urbanizables de acuerdo con un plan de prioridades públicas que considerase los valores medioambientales, paisajísticos y ecológicos. Por ello, sostenía el Tribunal: «El resto del territorio debe ser, en principio, urbanizable». Y, por último, como condición necesaria para llevar a cabo las medidas liberalizadoras el Tribunal consideró oportuno proceder al estudio de sistemas de financiación de los entes locales adecuados que contribuyeran a alejarlos de la necesidad de acudir al urbanismo, a sus concesiones monopolísticas y a la vivienda para su financiación.

Ciertamente, la eficacia de una política liberalizadora del suelo exige, por una parte, una flexibilización significativa del actual sistema de planeamiento y, por otra, una reducción, tam-

³⁷ Sobre esta cuestión, ver PETITBO, A., POVEDANO, E. (1998).

bién significativa, de los plazos de tramitación de dicho planeamiento³⁸.

En el mes de mayo de 1997 el Tribunal elaboró un informe sobre el Proyecto de Ley sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, resultado del fallo del día 20 de marzo de 1997 del Tribunal Constitucional en relación con los recursos de inconstitucionalidad planteados contra el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1992.

Desde el punto de vista de la competencia, las principales mejoras del nuevo texto se referían a la utilización de un lenguaje mucho más sencillo, la simplificación en el sistema de valoraciones y la mayor seguridad jurídica de la propiedad del suelo. Pese a dichas ventajas, el Tribunal recomendó, fundamentalmente, la incorporación del derecho a edificar y a aprovechar lo edificado dentro del derecho de propiedad, de acuerdo con el mandato contenido en el artículo 33 de la Constitución española.

El Real Decreto-Ley 4/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Liberalización en el Sector Inmobiliario y Transportes, ha dado un nuevo paso en el proceso de liberalización. En relación con el suelo, las medidas adoptadas «pretenden corregir las rigideces advertidas en el mercado como consecuencia del fuerte crecimiento de la demanda y la incidencia en los productos inmobiliarios del precio del suelo, condicionado, a su vez, por la escasez de suelo urbanizable». El objetivo perseguido es el incremento de la oferta de suelo y la reducción de su precio y el de la vivienda.

El citado Real Decreto-Ley establece que la iniciativa privada podrá promover la transformación del suelo urbanizable, actividad que se favorece mediante una nueva regulación del sistema administrativo. En efecto, se ha modificado la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, de forma que

ahora se considera, en primer lugar, que: «Los propietarios del suelo clasificado como urbanizable tendrán derecho a usar, disfrutar y disponer de los terrenos de su propiedad conforme a la naturaleza rústica de los mismos. Además, tendrán derecho a promover su transformación instando de la Administración la aprobación del correspondiente planeamiento de desarrollo, de conformidad con lo que establezca la legislación urbanística»; en segundo lugar, que: «La transformación del suelo urbanizable podrá ser también promovida por las Administraciones públicas sean o no competentes para la aprobación del correspondiente planeamiento de desarrollo»; y, en tercer lugar, que: «El derecho a promover la transformación del suelo urbanizable, mediante la presentación ante el Ayuntamiento del correspondiente planeamiento de desarrollo para su tramitación y aprobación, se podrá ejercer desde el momento en que el planeamiento general delimite sus ámbitos o se hayan establecido las condiciones para su desarrollo o se proceda a su delimitación o a la definición de las condiciones para su desarrollo en virtud de un proyecto de delimitación o de planeamiento formulado por la iniciativa privada». Adicionalmente, el artículo 16 de la citada Ley se completa con el apartado 16.3 que establece que: «En todo caso, los instrumentos de planeamiento urbanístico de desarrollo que sean elaborados por las Administraciones públicas a las que no competa su aprobación, o por los particulares, quedarán aprobados definitivamente por el transcurso del plazo de seis meses o del que, en su caso, se establezca como máximo por la legislación autonómica para su aprobación definitiva, contados desde su presentación, siempre que se hubiera efectuado el trámite de información pública, que podrá efectuarse por iniciativa de quien promueva el planeamiento».

5. Conclusiones

Cuanto antecede revela que las restricciones a la competencia derivadas de la regulación ineficiente tienen un coste elevado en términos de precios, tasa de crecimiento, o competitividad. Por esta razón es necesario proceder a su desmantelamiento dejando en vigor solamente aquellas normas necesarias, relacionadas

³⁸ Los plazos se sitúan por encima de los correspondientes a otros países europeos. Por esta razón parece necesario un debate entre las distintas administraciones dirigido a encontrar un procedimiento más ágil que se traduzca en una reducción significativa de los costes de gestión del proceso. No cabe duda de que dicha reducción se traducirá en una mayor competencia en el mercado del suelo.

con la defensa de los intereses públicos, que no entorpezcan la competencia.

Los análisis realizados por el Tribunal de Defensa de la Competencia ponen de manifiesto que, pese a los reiterados avances realizados —numerosos y relevantes, sin duda— en nuestra economía quedan todavía actividades cuyo ejercicio se lleva a cabo con una protección de la competencia mediante normas que, aunque en el pasado acaso tuvieron alguna justificación, en los momentos actuales no existen argumentos para su defensa, debiéndose proceder progresivamente a su derogación.

Referencias bibliográficas

- [1] BACH, F. (1998): «La función reguladora de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones», en *Régimen de las Telecomunicaciones* (1998), Madrid, Tecnos.
- [2] BERNALDO DE QUIROS, L. (2000): «Libertades económicas y regulación de los mercados», UIMP, Santander.
- [3] CASES, L. (1996): «Competition Law and Policy in Spain: Implementation in an Interventionist Tradition», en MAJONE, G. (1996), *Regulating Europe*.
- [4] CHANDLER, A. D. Jr. ([1977] 1988): *La mano invisible. La revolución en la dirección de la empresa norteamericana*. Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
- [5] COMISION DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (1992): *XXI Informe sobre la política de competencia*, Bruselas, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas.
- [6] COMISION EUROPEA, DIRECCION GENERAL DE COMPETENCIA (2000): *La política de competencia de la Comunidad Europea*, 1999, Bruselas, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas.
- [7] GUASCH, J. L. y SPILLER, P. (1999): *Managing the Regulatory Process: Design, Concepts, Issues, and the Latin America and Caribbean Story*, The World Bank.
- [8] JOVELLANOS, G. M. de ([1795] s.f.): «Informe de la Sociedad Económica de Madrid al Real y Supremo Consejo de Castilla en el Expediente de la Ley Agraria», en *Escritos Económicos*, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.
- [9] LITTLECHILD, S. C. (2000): *Privatization, Competition and Regulation*, The Institute of Economic Affairs.
- [10] OCDE (1998): *Estudios Económicos de la OCDE 1998. España*, Madrid, MundiPrensa libros.
- [11] OCDE (2000): *Estudios económicos de la OCDE, España*, Madrid, Mundi-Prensa Libros.
- [12] OECD (1992): *La mondialisation industrielle. Quatre études de cas: Pièces automobiles, produits chimiques, construction et semi-conducteurs*, París, OECD.
- [13] OECD (1993): «Industrial Policy in OECD Countries», *Annual Review 1993*, París, OECD.
- [14] OECD (1997): *The OECD Report on Regulatory Reform, The OECD Report on Regulatory Reform: Sectoral Studies y The OECD Report on Regulatory Reform: Thematic Studies*, París, OECD.
- [15] OECD (2000): *OECD Reviews of Regulatory Reform. Regulatory Reform in Spain*. Edición preliminar, julio, París.
- [16] OSTI, C. y GRILLO, M. (1999): «Riflessioni sull'abuso di dipendenza economica», en *Mercato, concorrenza, regole*, 1/1999, Il Mulino.
- [17] PERITZ, R.J.R. (1996): *Competition Policy in America 1888-1992: History, Rhetoric, Law*.
- [18] PETITBO, A. (1999): «Mercados y competencia. Efectos de la liberalización y la desregulación sobre la eficiencia económica y el bienestar», Discurso de ingreso en la Real Acadèmia de Doctors, Barcelona.
- [19] PETITBO, A. (2000): «La reforma de la regulación ineficiente», en AA.VV (2000), *España ante la Unión Europea del Siglo XXI*. Libro conmemorativo del número 100 de la Revista *Arco de Europa*. Colección Arco de Europa.
- [20] PETITBO, A. y POVEDANO, E. (1998): «La competencia en el mercado del suelo. Una visión liberalizadora», *Cuadernos Gallegos de Economía*, Instituto de Estudios Económicos de Galicia. A Coruña, Fundación Pedro Barrié de la Maza.
- [21] RUBALCABA-BERMEJO, L. (1999): *Business Services in European Industry. Growth, Employment and Competitiveness*, Bruselas, European Commission.
- [22] SCHWARTZ, P. (editor) (1998): *El precio de los libros. Argumentos para una polémica*, Madrid, Idelco.
- [23] SCHWARTZ, P. (2000): *La liberación del libro. Una crítica del sistema del precio fijo*, Madrid, Idelco.
- [24] THE WORLD BANK, OECD (1999): *A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy*.
- [25] TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (1992): *Informe sobre el libre ejercicio de las profesiones*, Madrid, Ministerio de Economía y Hacienda.
- [26] TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (1993): *Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios*, Madrid, Ministerio de Economía y Hacienda.
- [27] TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (1995): *La competencia en España: Balance y nuevas propuestas*, Madrid, Ministerio de Economía y Hacienda.
- [28] TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (1997): *Informe sobre el precio fijo de los libros*, Madrid, Ministerio de Economía y Hacienda, en SCHWARTZ, P. (editor) (1998).