

Joaquín López Vallés*

LA MEJORA DE LA REGULACIÓN COMO ELEMENTO CENTRAL DE LA POLÍTICA DE COMPETENCIA

La política de competencia no solo tiene la función de controlar a los operadores económicos, sino que también se extiende al logro de una mejor intervención pública, incluyendo una mejor regulación económica. Las autoridades de competencia están especialmente bien posicionadas para analizar la regulación y proponer mejoras regulatorias, principalmente por su especialización e independencia. En España, la autoridad española de competencia ha tenido históricamente un papel destacado, que debe seguir potenciándose.

Better regulation as a central element of competition policy

The function of competition policy is not only to control economic operators, but also extends to achieving better public intervention, including better economic regulation. Antitrust authorities are particularly well positioned to analyse the regulation and propose regulatory improvements, mainly because of their expertise and independence. In Spain, the Spanish antitrust authority has historically played a prominent role, which should be further strengthened.

Palabras clave: mejora de la regulación, política de competencia, promoción de la competencia, CNMC, necesidad y proporcionalidad.

Keywords: better regulation, antitrust policy, promotion of competition, CNMC, need and proportionality.

JEL: D47, K21, L40, L50, L51.

1. Introducción

La competencia es un elemento básico para el correcto funcionamiento de las economías de mercado. Es el elemento que introduce los incentivos esenciales para que las empresas innoven, inviertan, mejoren la

calidad de sus productos y reduzcan sus precios y sus márgenes.

Para que exista competencia, es imprescindible asegurar que las empresas tomen sus decisiones estratégicas y comerciales de manera inteligente pero autónoma respecto a sus competidores y sin abusar de su poder de mercado. Las conductas que rebasan esos límites suelen estar prohibidas por la legislación de defensa de la competencia. Pero que las empresas se comporten de acuerdo a la ley no basta para asegurar que exista competencia efectiva en los mercados.

* Director del Departamento de Promoción de la Competencia en la CNMC (Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia). Técnico Comercial y Economista del Estado.

Las opiniones del artículo solo representan a su autor.

Versión de marzo de 2019.

DOI: <https://doi.org/10.32796/ice.2019.907.6805>

El marco regulatorio y la intervención del sector público desempeñan también un papel esencial en el nivel de competencia en los mercados. La regulación establece el contexto institucional en el que las empresas desarrollan su actividad, determinando la capacidad y los incentivos de las empresas a competir. La regulación puede no ser favorecedora de la competencia por una causa justificada desde el punto de vista del interés general, pero también por un mal diseño o una mala evaluación de los problemas del mercado. La regulación que restringe la competencia de forma injustificada tiene un coste para la sociedad comparable al que puede tener un cártel entre empresas o un abuso de posición de dominio.

Las autoridades de competencia tienen un rol esencial en la mejora de la regulación. Primero, por su capacidad para analizar las dinámicas de mercado y detectar problemas de competencia, provengan estos de actuaciones de los operadores o del sector público (regulación, ayudas públicas, contratación pública). Segundo, por su independencia y carácter transversal.

Estos y otros factores han llevado a una progresiva implicación de las autoridades de competencia de todo el mundo en la mejora de la regulación de los mercados, a través de las políticas de promoción de la competencia.

España no ha sido una excepción, y ha desarrollado un esquema institucional en el que la mejora de la regulación a través de las autoridades de competencia tiene un papel esencial. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) está dotada de amplias facultades legales y medios humanos y materiales que la convierten en una autoridad de vanguardia en el plano internacional en el área de la promoción de la competencia¹. No obstante, el análisis de otras experiencias internacionales y el análisis histórico de la promoción de la competencia en España permiten

identificar algunos elementos que podrían permitir alcanzar mayores cotas de eficacia.

El artículo sigue el siguiente esquema. Tras este primer apartado introductorio, el apartado 2 repasa las principales experiencias internacionales en materia de mejora de la regulación por las autoridades de competencia. El apartado 3 analiza la actividad de análisis regulatorio por las autoridades de competencia en España desde una perspectiva histórica. El apartado 4 identifica las principales condiciones para el éxito de la actividad de mejora regulatoria a través de la promoción de la competencia. Se finaliza con el apartado 5.

2. La mejora de la regulación como elemento central de la política de competencia a nivel internacional

La política de competencia tiene dos áreas principales: el control de las actuaciones de los operadores de mercado (*enforcement*) y la promoción de la competencia (*advocacy*).

Según la red internacional de competencia (*International Competition Network*, ICN): «la promoción refuerza el valor de la competencia educando a los ciudadanos, empresas y reguladores. Además de apoyar los esfuerzos de las autoridades de competencia en la persecución de las conductas anticompetitivas, la promoción es una herramienta importante para evitar restricciones públicas a la competencia. En este contexto, promoción de la competencia se refiere a las actividades de las autoridades de competencia de promoción de un entorno competitivo mediante mecanismos no coactivos, principalmente a través de las relaciones con otras entidades gubernamentales y la concienciación a la sociedad sobre los beneficios de la competencia»².

De acuerdo con esta definición, la promoción de la competencia incluye dos clases de funciones. En primer lugar, la concienciación sobre los límites y

¹ Además, en España hay constituidas ocho autoridades de competencia de carácter autonómico (Andalucía, Aragón, Castilla y León, Cataluña, Comunitat Valenciana, Extremadura, Galicia y País Vasco), que disponen de facultades de promoción de la competencia similares a la CNMC.

² Traducción propia del original en inglés en: www.internationalcompetitionnetwork.org/working-groups/advocacy

beneficios de la competencia, para lograr una mejor comprensión, un mayor cumplimiento de las normas y un mayor compromiso de la sociedad con la política de competencia. En segundo lugar, el control de las actividades del sector público cuando se comporta como tal, esto es, cuando no es un operador de mercado, lo que típicamente cubre la mejora de la regulación, de la contratación pública y de las ayudas públicas, áreas donde las políticas públicas pueden llegar a distorsionar la competencia en los mercados.

A nivel internacional, la asunción por las autoridades de competencia de funciones de supervisión y análisis de la regulación tiene menos arraigo que el resto de la política de competencia (ICN, 2002). Residir en una agencia, típicamente independiente, la capacidad de controlar e informar la actividad del sector público supone una cierta pérdida de control de la norma y una potencial exposición a la crítica, y por ello exige un compromiso decidido por parte del sector público. Pero, al mismo tiempo, la independencia y la especialización de las autoridades de competencia suponen un recurso valioso para asegurar la calidad de la regulación. Por ello, la formalización del papel de dichas autoridades en el análisis y supervisión de la regulación ha ido paulatinamente extendiéndose en muchas jurisdicciones. Por otra parte, no es infrecuente observar que el sector público plantee consultas a la autoridad de competencia aun en jurisdicciones donde no existe un cauce reglado para ello. Tampoco es infrecuente que, aun cuando exista el cauce formal de consulta, el sector público busque asesoramiento de las autoridades de competencia de manera informal, incluso en jurisdicciones donde existe un procedimiento reglado de consulta a la autoridad de competencia (ICN, 2015).

Un rasgo derivado de la situación descrita es que la actividad de análisis de la regulación por las autoridades de competencia está menos estandarizada que otras áreas de la política de competencia. En general, dichas autoridades analizan la regulación principalmente a través de estudios de mercado y análisis de normas individuales. Sin embargo, no todas las

autoridades de competencia tienen capacidades similares. Un estudio llevado a cabo por la ICN sobre 25 autoridades de competencia de todo el mundo permite extraer algunas similitudes y diferencias en la práctica internacional (ICN, 2015)³:

— Intervención *ex ante* / *ex post*: en la mayoría de los casos, las autoridades de competencia tienen capacidad para analizar tanto la regulación en proyecto (*ex ante*) como la regulación aprobada (*ex post*), como es el caso de España. Pero hay excepciones, existiendo una minoría de jurisdicciones donde la autoridad de competencia solo puede informar regulación en proceso de aprobación o regulación en vigor.

— Análisis de impacto de las normas por el regulador / la autoridad de competencia: solo en la mitad de las jurisdicciones analizadas (entre ellas, España) el regulador lleva a cabo análisis de impacto de las regulaciones sobre la competencia. La práctica totalidad de las autoridades de competencia realizan análisis de impacto de las normas y prestan apoyo a los reguladores en la evaluación de las normas.

— Carácter reglado de la intervención de la autoridad de competencia: en más de la mitad de las jurisdicciones, existe una base legal para que las autoridades de competencia analicen el impacto de las normas sobre la competencia, tanto *ex ante* en el proceso de elaboración de normas como *ex post* en relación a normas ya aprobadas. La participación de las autoridades de competencia en el proceso de elaboración de normas solo es obligatoria en una de cada tres jurisdicciones (entre ellas España).

— Participación informal en el proceso de elaboración de normas: en más de la mitad de las jurisdicciones, las autoridades de competencia son también consultadas de manera informal por los reguladores.

— Carácter consultivo/coactivo de las opiniones: en la mayoría de los casos, las autoridades de

³ El estudio compara los regímenes aplicables en 25 jurisdicciones de todo el mundo. Entre las europeas, están: la Unión Europea, España, Finlandia, Francia, Grecia, Holanda, Italia, Portugal, Reino Unido y Suecia.

competencia emiten opiniones que tienen un carácter consultivo, de modo que sus recomendaciones pueden ser desoídas por los reguladores. En algunos casos, no obstante, dichas autoridades tienen mecanismos para que sus recomendaciones deban ser tenidas en cuenta. Por ejemplo, en Colombia el regulador debe motivar por qué se aparta de las recomendaciones de la autoridad de competencia, ya que de no hacerlo puede declararse la nulidad de la decisión administrativa. En Italia y en España, la autoridad de competencia puede impugnar actuaciones administrativas y disposiciones reglamentarias que restrinjan indebidamente la competencia.

— Metodología del análisis: no existe una metodología estandarizada entre las autoridades de competencia sobre los análisis de impacto de la regulación, aunque existen documentos metodológicos públicos que se utilizan ampliamente por las autoridades, producidos por instituciones internacionales como la ICN (ICN, 2014), el Banco Mundial o la OCDE (OCDE, 2017a, 2017b y 2017c). En general, las autoridades de competencia siguen estos documentos o disponen de metodologías propias basadas en ellos.

3. El papel de la política de competencia en la mejora de la regulación en España

La promoción de la competencia en España tiene una larga tradición. Ciertamente, las funciones de promoción de la competencia no estaban presentes en la primera legislación de competencia (1963)⁴, pero ya en 1989, la Ley de Defensa de la Competencia⁵ otorgó al Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) una serie de funciones de carácter consultivo y emisión de informes en relación con el marco regulatorio⁶.

Básicamente, el TDC podía participar en la elaboración de leyes, a requerimiento del Gobierno o de las

Cortes Generales, podía elaborar estudios y trabajos de investigación en materia de competencia y proponer al Gobierno modificaciones de las leyes que estuvieran amparando restricciones de la competencia, y podía ser consultado sobre materias de competencia por el Gobierno, las comunidades autónomas, las corporaciones locales, y las organizaciones empresariales, sindicales y de consumidores y usuarios.

El TDC utilizó pronto estas facultades en tres informes de notable ambición (TDC, 1992, 1993 y 1995), en los que propuso numerosas reformas liberalizadoras en los sectores de servicios con mayor influencia en la competitividad de la economía española⁷, que contribuyeron en buena medida a las reformas liberalizadoras de los mercados españoles en los años siguientes.

No obstante, estos esfuerzos iniciales no tuvieron continuidad, y en los años siguientes la actividad de promoción de la competencia en relación con la mejora de la regulación tuvo una importancia decreciente. Salvando un informe de 1997 sobre el precio de los libros (TDC, 1997), el TDC no volvería a realizar informes con propuestas de mejora de regulación de sectores hasta el año 2003⁸. Entre medias, una reforma legal de 1999 recortó las facultades de promoción de la competencia del TDC⁹.

La Ley de Defensa de la Competencia (LDC) de 2007¹⁰ tuvo como uno de sus hitos principales el refuerzo de la función de promoción de la competencia en relación con la mejora de la regulación. La LDC de 2007 recuperó el papel consultivo de la autoridad de competencia en el proceso de elaboración de normas

⁷ Entre los sectores analizados en estos informes, destacan los de telecomunicaciones, transportes, energía eléctrica, suelo urbano, servicios profesionales, banca al por menor, puertos, distribución de carburantes, cines y farmacias.

⁸ Entre 2003 y 2006, el TDC realizó varios informes proponiendo reformas para introducir competencia en sectores concretos: distribución comercial, frutas y hortalizas, inspecciones técnicas de vehículos, transporte de mercancías por carretera, y cemento.

⁹ Petitbò (2003) y Alcaide (2005). Entre otras cuestiones, la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, transfirió la competencia del TDC para informar leyes al Servicio de Defensa de la Competencia.

¹⁰ Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

⁴ Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de las prácticas restrictivas de la competencia.

⁵ Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

⁶ Artículos 2.2 y 26 de la Ley 16/1989.

con impacto sobre la competencia¹¹ y le dotó de una importante función: la capacidad de impugnar las normas restrictivas de la competencia ante los tribunales¹². Además de las nuevas competencias, la LDC conllevó la fusión del TDC y del Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) en una sola institución, la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), y el refuerzo de las funciones de promoción de la competencia mediante la creación de la Dirección de Promoción de la Competencia. Como decía la CNC, el objetivo «es que las funciones de promoción no se diluyan o tengan carácter secundario frente a las demandas derivadas de la persecución de prácticas anticompetitivas o del control de concentraciones, actuaciones a las que se dedicaban la mayor parte de la atención y de los recursos de las dos instituciones, Servicio y Tribunal, que se han fusionado para formar la CNC»¹³.

El resultado fue una notable recuperación de la actividad de promoción de la competencia, y en particular en relación con la mejora de la regulación. Entre 2007 y 2013, la CNC adoptó más de 130 estudios e informes regulatorios, además de una guía para la elaboración de memorias de competencia¹⁴. La CNC utilizó en tres ocasiones sus nuevas facultades de impugnación.

¹¹ Artículo 25 de la Ley 15/2007: «...En todo caso, la Comisión Nacional de la Competencia dictaminará sobre: a) Proyectos y proposiciones de normas que afecten a la competencia...».

¹² Artículo 12.3 de la Ley 15/2007: «La Comisión Nacional de la Competencia está legitimada para impugnar ante la jurisdicción competente actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados».

¹³ CNC (2007-2009). *Memoria de Actividades*.

¹⁴ Entre las actuaciones de la CNC en esta etapa, deben destacarse dos por su especial trascendencia para la mejora de la regulación en España. En 2008, la CNC publicó unas *Recomendaciones a las Administraciones Públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia*. En este informe, se establecen los principios de una buena regulación desde el punto de vista de la competencia: necesidad y proporcionalidad, mínima distorsión, eficacia, transparencia y predictibilidad. En 2009, la CNC elaboró una *Guía para la elaboración de memorias de competencia*, que, siguiendo la estela de organismos como la Comisión Europea o la OCDE, pretendía ayudar a los poderes públicos a cumplir mejor su deber de proteger la libre empresa y el adecuado funcionamiento de los mercados.

En paralelo, una sentencia del Tribunal Constitucional¹⁵ había obligado a revisar el marco institucional de la legislación de competencia (2002)¹⁶, dando lugar a la creación de órganos autonómicos de competencia. Así, en pocos años se crearon autoridades de competencia en diez comunidades autónomas, aunque posteriormente se quedarían en las ocho actuales¹⁷. Estas autoridades asumieron también funciones de promoción de la competencia a imagen y semejanza de la CNC (y posteriormente de la CNMC), potenciando notablemente la labor de mejora de la regulación.

La reforma legal más reciente (2013) dio lugar a la creación de la actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), procedente de la fusión de la CNC y varios organismos reguladores. La Ley de 2013¹⁸ reordenó y sintetizó las atribuciones legales de la autoridad de competencia para evaluar y proponer mejoras normativas, pero no alteró las capacidades de promoción de la competencia de dicha autoridad.

Casi de forma simultánea, las vías de intervención de la CNMC ante restricciones de la competencia derivadas de la actuación del sector público se vieron ampliadas con la Ley de garantía de la unidad de mercado (2013)¹⁹, que atribuyó a la CNMC nuevas facultades para informar normas y para impugnar restricciones públicas de la competencia ante peticiones de los operadores²⁰.

¹⁵ Sentencia de 11 de noviembre de 1999, recursos de inconstitucionalidad 2009/1989 y 2027/1989.

¹⁶ Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia.

¹⁷ Se crearon autoridades de competencia en Cataluña (2002), Galicia (2004), Madrid (2004), Comunitat Valenciana (2005), Extremadura (2005), País Vasco (2005), Aragón (2006), Andalucía (2007), Castilla-La Mancha (2008) y Castilla y León (2009). En 2011, se suprimieron las autoridades de competencia de Madrid y Castilla-La Mancha.

¹⁸ Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

¹⁹ Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

²⁰ La diferencia con las facultades tradicionales de promoción de la competencia es que la legislación de unidad de mercado prevé principalmente mecanismos para canalizar peticiones de empresas o consumidores.

Así, la CNMC ha continuado llevando a cabo una intensa actividad para la mejora de la calidad de las normas. Desde 2013 la CNMC ha realizado alrededor de 130 estudios sectoriales e informes regulatorios sobre proyectos de normas y normas aprobadas, y ha impugnado 14 normas restrictivas de la competencia. Por otro lado, en el ámbito de la unidad de mercado, la CNMC ha realizado 381 actuaciones en reacción a solicitudes de operadores²¹.

La actividad de promoción de la competencia ha tenido un hondo impacto en la regulación en España. Ya hemos señalado que los informes del TDC de mediados de los años noventa del siglo pasado coadyuvaban a buena parte de las medidas liberalizadoras de la economía española de los años siguientes, y hemos llamado la atención sobre la intensa actividad de la CNC y la CNMC desde mediados de la década pasada para impulsar mejoras de la regulación. Esta actividad ha sido no solo intensa sino también exitosa, plasmándose en reformas y cambios regulatorios en muchos mercados, que han contribuido a mejorar el bienestar colectivo. Nos referimos a continuación a un ejemplo concreto de los muchos existentes: la actividad de mejora regulatoria en el mercado de carburantes de automoción.

En un primer estudio en 2009, la CNC constataba la falta de competencia y recomendaba cambios en la regulación del mercado de carburantes de automoción (CNC, 2009b). Dos estudios más, en 2011 y 2012, insistían en la necesidad de revisar la regulación, aportando evidencia empírica de problemas concretos, como el fenómeno de los «cohetes y las plumas» (CNC, 2011 y 2012a)²².

La insistencia de la CNC llamó la atención del Ministerio de Economía, que pidió a la CNC que identificara los problemas regulatorios. El informe de la CNC en

respuesta a esta petición sirvió de base para las reformas regulatorias del sector en 2013, que redujeron algunas barreras en el segmento minorista a la apertura de estaciones de servicio (CNC, 2012b)²³.

Estas reformas, sin embargo, no atajaron todas las barreras existentes, y la recién creada CNMC continuó y amplió los esfuerzos de su predecesora para mejorar la regulación del sector. Pronto tuvo ocasión de analizar la situación regulatoria en el ámbito local en un informe referido al municipio de Leganés (CNMC, 2014).

A continuación, la CNMC se centró en las reformas necesarias en el ámbito mayorista del mercado (CNMC, 2015). Tras la publicación del estudio, se produjo la salida de los principales operadores del accionariado de la Compañía Logística de Hidrocarburos (principal transportista y almacenista de hidrocarburos en España).

Los esfuerzos más recientes de la CNMC se han centrado en facilitar la apertura de gasolineras automáticas, por su potencial para abaratar el coste de distribución para consumidores y empresas e introducir mayor competencia en el ámbito local. Un estudio de 2016 puso de manifiesto la existencia de trabas innecesarias en la regulación para esta clase de estaciones en relación a otros países europeos (CNMC, 2016). El estudio ha propiciado por el momento reformas legales en tres comunidades autónomas para impulsar la apertura de gasolineras automáticas²⁴.

4. Los ingredientes para el éxito y las posibilidades de mejora

Existe consenso internacional en que la política de competencia y las autoridades de competencia juegan un papel relevante y necesario para la mejora de la regulación (Goodwin y Martínez Licetti, 2016), aunque

²¹ CNMC (2019, 11 de marzo). La Ley de garantía de unidad de mercado (LGUM) cumple 5 años, <https://www.cnmc.es/node/373992>

²² El estudio constata econométricamente que, cuando los precios internacionales del carburante suben, los precios en España reaccionan subiendo rápidamente (como cohetes), mientras que, cuando los precios internacionales bajan, los precios en España lo hacen más lentamente (como plumas).

²³ La Ley 11/2013, de 26 de julio, reconoce en su exposición de motivos la constatación de problemas de competencia en los informes de la CNMC y establece medidas para mejorar la competencia en la cadena de distribución de carburantes de automoción.

²⁴ El número de estaciones de servicio automáticas ha pasado de 300 en 2016 a alrededor de 600 en 2018. Fuente: Asociación Nacional de Estaciones de Servicio Automáticas.

no en todos los casos la intervención de las autoridades de competencia tiene la misma efectividad.

Las razones más notables del creciente protagonismo de las autoridades de competencia en la evaluación de la calidad de las normas son su carácter independiente y su especialización, que reducen los posibles sesgos y potencian la calidad y rigor técnicos de sus análisis. Junto a estos, existen otros factores que pueden influir de manera decisiva en el éxito de estas evaluaciones.

El análisis comparado y la experiencia española, que hemos descrito en los apartados anteriores, permite identificar una serie de elementos que influyen en el éxito de la política de competencia como herramienta de mejora de la regulación:

— Independencia: la ventaja más notable de la intervención de las autoridades de competencia en el análisis de las normas es su independencia del poder político y de los intereses empresariales. La independencia reduce los posibles sesgos del análisis y mejora la credibilidad de las conclusiones y propuestas de la autoridad de competencia.

— Especialización: una parte importante del valor añadido de las autoridades de competencia en el análisis de las normas proviene de su carácter de agencias especializadas. Existen indudables sinergias entre las actividades de defensa y promoción de la competencia, dado que el análisis de la estructura de los mercados y los comportamientos empresariales precisa del análisis de la regulación y viceversa. La evaluación de efectos de las conductas anticompetitivas y de las concentraciones empresariales busca determinar en qué medida estos eventos afectan a las condiciones en las que los consumidores reciben los productos (precios, calidad, variedad, innovación), y requieren un análisis del marco legal en el que se desenvuelven para identificar posibles barreras y condicionantes a la competencia. Las autoridades de competencia pueden intercambiar los medios humanos y materiales de que disponen entre ambas tareas con costes de aprendizaje relativamente bajos.

— Facultades regladas de intervención: para la mayoría de las autoridades de competencia, la participación en el proceso de elaboración de las normas es el componente más importante de la promoción de competencia, especialmente si dicha participación está reglada y tiene lugar en las etapas iniciales del diseño normativo (ICN, 2002). El hecho de que el marco normativo delimite con claridad bajo qué circunstancias se produce la intervención de la autoridad de competencia ayuda a la misma a establecer adecuadamente sus recursos y prioridades, y clarifica a los reguladores bajo qué circunstancias deben contar con el análisis de la autoridad de competencia.

— Capacidad de actuar de oficio: el hecho de que la autoridad de competencia tenga capacidad para intervenir de oficio reduce el efecto perjudicial de que se omita la participación de la autoridad. También le permite priorizar sus recursos en aquellas regulaciones más negativas para la competencia.

— Capacidad de intervención *ex ante* y *ex post*: la intervención de las autoridades de competencia en la evaluación *ex ante* de la regulación permite detectar y evitar problemas regulatorios en un estado temprano, pero la evaluación *ex post* de las normas sirve para contrastar los análisis iniciales y detectar problemas surgidos a la luz de la práctica y la evolución de los mercados. La capacidad de evaluar *ex post* se ve reforzada cuando es posible el análisis simultáneo de los efectos de un conjunto de normas, típicamente mediante un estudio.

— Capacidad de intervención ante todos los niveles de normas y todos los niveles de Gobierno: la intervención de las autoridades de competencia es más efectiva cuando no existen áreas vedadas a su análisis por razón de la jerarquía de las normas o por la tipología o ámbito territorial de las Administraciones Públicas.

— Facultades de investigación: la capacidad de la autoridad de competencia para llevar a cabo sus investigaciones determinará la calidad de sus análisis. Si la autoridad puede reunirse con organismos públicos, operadores y consumidores, realizar requerimientos de información o llevar a cabo consultas públicas,

dispondrá de una información más completa y de mayor calidad sobre los efectos de las regulaciones.

— Publicidad de las actuaciones: la publicidad de los análisis y recomendaciones de la autoridad de competencia puede reducir los incentivos de los reguladores a solicitar la opinión de dicha autoridad pero, al mismo tiempo, tiene efectos positivos. Al someter los análisis de la autoridad de competencia a la crítica, se incentivan el rigor técnico y la calidad del análisis. Al hacer públicos los resultados, somete a escrutinio la actuación posterior de los reguladores.

— Capacidad de impugnación de normas anticompetitivas: la posibilidad de que la autoridad de competencia pueda impugnar las normas que restringen la competencia indebidamente dota de un nivel de credibilidad superior a las opiniones de las autoridades de competencia. El carácter no coactivo de los análisis regulatorios y recomendaciones de dichas autoridades reduce la capacidad de las mismas para hacer efectivas sus recomendaciones. Por ello, el refuerzo de la efectividad de estas recomendaciones mediante la posibilidad de que un tercero independiente (el juez) valore y pondere los argumentos opuestos de la autoridad de competencia y del regulador es una buena medida, que refuerza la credibilidad de la actuación de las autoridades de competencia.

En la actualidad, la mejora de la regulación es uno de los ejes de la política de competencia de la CNMC. La CNMC tiene el mandato legal de preservar y promover la competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios, y ello exige no solo asegurar que los operadores económicos participan en los mercados de forma correcta, sino también asegurar que el regulador establece un marco adecuado para la participación de los operadores y que sus actuaciones no lo distorsionan²⁵.

²⁵ Además del seguimiento de la regulación, la CNMC promueve la mejora de otras actuaciones del sector público no normativas que pueden afectar a la competencia en los mercados, como la contratación pública y las ayudas públicas.

El marco legal que subyace a las actuaciones de análisis regulatorio de la CNMC es el artículo 38 de la Constitución española²⁶, concretado en normas legales como la Ley de garantía de la unidad de mercado²⁷ o las leyes horizontales relativas a la actuación de las Administraciones Públicas²⁸. De esta base deriva el concepto de «regulación económica eficiente». Una regulación es económicamente eficiente cuando no distorsiona el funcionamiento competitivo de los mercados o cuando lo hace porque es necesario para conseguir una finalidad superior (test de necesidad) y de la forma menos restrictiva posible (test de proporcionalidad). Desde el punto de vista económico, la necesidad y la proporcionalidad de las restricciones a la competencia son principios que aseguran la calidad de las normas²⁹.

Para promover un mejor marco normativo en los mercados, la CNMC está facultada para llevar a cabo estudios, informes normativos e impugnaciones. Tanto los estudios como los informes normativos buscan identificar barreras a la capacidad o incentivos de los agentes para competir. A grandes rasgos, los informes se centran en el análisis de normas concretas, identificando barreras que, *prima facie*, restringen la competencia, mientras que en los estudios se lleva a cabo un análisis en profundidad del marco económico y legal del sector, así como de las dinámicas de competencia, lo que permite detectar barreras a la competencia menos evidentes. Los estudios y los informes normativos incluyen

²⁶ «Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación».

²⁷ Artículo 5 de la Ley 20/2013.

²⁸ Artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Artículo 4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

²⁹ El principio de necesidad requiere que las Administraciones Públicas identifiquen las finalidades legítimas (razones imperiosas de interés general, RIIG) perseguidas con cada restricción de la competencia y justifiquen en qué medida la restricción contribuye a esas finalidades. El principio de proporcionalidad requiere que las Administraciones Públicas aseguren que la forma concreta de intervención es la menos restrictiva de las posibles.

normalmente recomendaciones concretas de reforma regulatoria para las Administraciones Públicas.

Las impugnaciones se reservan normalmente para situaciones en las que la afectación a la competencia es más evidente y cuando no ha sido posible convencer a la Administración responsable de la conveniencia de modificar la intervención regulatoria. Las impugnaciones son una herramienta clave para asegurar la efectividad de la política de competencia, aunque tienen la limitación de no poder extenderse a normas de rango legal. La CNMC es una de las pocas autoridades en todo el mundo con esta capacidad³⁰, que, junto con la publicidad de las actuaciones de la CNMC, refuerza la credibilidad de la actuación de esta y nos sitúa a la vanguardia en la actividad de promoción de la competencia.

La CNMC tiene capacidad para iniciar de oficio sus estudios, informes e impugnaciones, pero su participación en el proceso de elaboración de normas se ve normalmente limitada a aquellos casos en los que es consultada expresamente por los reguladores, ya que no existe en la regulación española un mandato claro sobre las circunstancias en que las Administraciones Públicas deben consultar a la CNMC las normas con impacto sobre la competencia³¹. Esta circunstancia, junto a la mejora de la motivación por los reguladores de las razones por las que no siguen las recomendaciones de la CNMC, son, quizás, los principales puntos en los que se puede incidir para reforzar la efectividad del sistema.

5. Conclusiones

La introducción de restricciones a la competencia en la regulación tiene importantes costes sobre consumidores, ciudadanos y empresas, no muy diferentes a los que pueda tener un cártel entre empresas o un

abuso de posición de dominio. Las restricciones sobre la competencia en la regulación deben reservarse para aquellos contextos donde no sea posible proteger de otro modo los intereses generales legítimos.

La promoción de la competencia por las autoridades de competencia es una herramienta cada vez más extendida para mejorar la regulación y evitar restricciones indebidas sobre la competencia. Dichas autoridades tienen como ventajas principales para este cometido su independencia del sector público y del sector empresarial y su especialización. En todo el mundo, existe una tendencia creciente a reforzar el rol de las autoridades de competencia en esta área.

España es un país de vanguardia en cuanto a la promoción de la competencia. La autoridad nacional de competencia disfruta de un mandato legal claro, amplias facultades y recursos para esta tarea, y puede hacer gala de una trayectoria destacada en la mejora de la regulación económica. Además, la CNMC se beneficia de la posibilidad de recurrir normas restrictivas de la competencia ante los tribunales, una facultad esencial para apuntalar la credibilidad de las recomendaciones de mejora regulatoria.

Con todo, el análisis comparado siempre revela aspectos en los que es posible continuar mejorando la efectividad de la actividad de promoción de la competencia para lograr una mejor regulación, que beneficie a consumidores y usuarios, ciudadanos y empresas.

Referencias bibliográficas

Alcaide Guindo, C. (2005). La evolución de la política de defensa de la competencia. *Información Comercial Española. Revista de Economía*, (826). Parte I. La modernización de la economía española (1929-2004). Noviembre.

Comisión Europea (2017). *Better regulation guidelines*. Staff Working Document.

Comisión Nacional de la Competencia (2007-2013). *Memooria de Actividades*. CNC.

Comisión Nacional de la Competencia (2008). *Recomendaciones a las Administraciones Públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia*. CNC.

³⁰ Además de la CNMC, la autoridad de competencia italiana (Autorita' Garante della Concorrenza e del Mercato, AGCM) tiene esta facultad.

³¹ Aunque la CNMC tiene la facultad de emitir informes de oficio *ex ante*, y en determinadas normas sectoriales (de sectores supervisados por la CNMC) sí se inscribe esta obligación.

Comisión Nacional de la Competencia (2009a). *Guía para la elaboración de memorias de competencia*. CNC.

Comisión Nacional de la Competencia (2009b). *Informe sobre la competencia en el sector de carburantes de automoción*. CNC.

Comisión Nacional de la Competencia (2011). *Informe de seguimiento del informe de carburantes para automoción de la CNC*.

Comisión Nacional de la Competencia (2012a). *Informe de seguimiento del mercado de distribución de carburantes de automoción en España*. CNC.

Comisión Nacional de la Competencia (2012b). *Informe sobre la consulta efectuada por la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa sobre el mercado de carburantes de automoción en España*. CNC.

Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (2014-2017). *Memorias anuales*. CNMC.

Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (2014). *Informe del mercado de distribución de carburantes a través de estaciones de servicio en el municipio de Leganés y recomendaciones al municipio para aumentar la competencia y el beneficio de los consumidores* (INF/DP/005/14). CNMC.

Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (2015). *Estudio sobre el mercado mayorista de carburantes de automoción en España*. CNMC.

Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (2016). *Propuesta referente a la regulación del mercado de distribución de carburantes de automoción a través de estaciones de servicio desatendidas* (PRO/CNMC/002/16).

Goodwin, T. K. y Martínez Licetti, M. (2016). *Transforming markets through competition: new developments and recent trends in competition advocacy*. World Bank Group.

International Competition Network (2002). *Advocacy and competition policy*. ICN.

International Competition Network (2014). *Recommended Practices on Competition Assessment*. ICN.

International Competition Network (2015). *Framework of Competition Assessment Regimes*. ICN.

Marín Quemada, J. M. (2018). La CNMC: cinco años favoreciendo el correcto funcionamiento de los mercados y la competitividad de la economía española. *Información Comercial Española. Revista de Economía*, (905). Diciembre.

OCDE (2004). *Regulating Market Activities by the Public Sector*.

OCDE (2009). *Recommendation of the OECD Council on Competition Assessment*.

OCDE (2016). *Key points of the Roundtables on Changes in Institutional Design*. Annex to the Summary Record of the 123rd meeting of the Competition Committee held on 15-19 June 2015.

OCDE (2017a). *Competition Assessment Toolkit. Vol.1. Principles*.

OCDE (2017b). *Competition Assessment Toolkit. Vol.2. Guidance*.

OCDE (2017c). *Competition Assessment Toolkit. Vol.3. Operational Manual*.

Petitbò Juan, A. (2003). La defensa de la competencia en España a partir del artículo 38 de la Constitución española.

Silos Ribas, M. y Maudes Gutiérrez, A. (2016). Una regulación económica más eficiente en el mundo digital. Las auto-ridades independientes de productividad. *Información Comercial Española. Revista de Economía*, (891). Agosto.

Silos Ribas, M. y Maudes Gutiérrez, A. (2017). El proyecto europeo y la regulación económica eficiente como esencias de la Ley de garantía de unidad de mercado. *Boletín Económico de Información Comercial Española*, (3.089).

Tribunal de Defensa de la Competencia (1992). *Informe sobre el libre ejercicio de las profesiones*. TDC.

Tribunal de Defensa de la Competencia (1993-2007). *Memorias anuales*. TDC.

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*. TDC.

Tribunal de Defensa de la Competencia (1995). *La competencia en España: balance y nuevas propuestas*. TDC.