



CNC

COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA

La competencia
beneficia a todos.

Guía

Para la elaboración de memorias
de competencia de los proyectos
normativos

La defensa de
la competencia
es un deber
de todos los
poderes públicos.



índice

Presentación 4

Introducción 6

Paso 1. Identificación 13

1 El proyecto limita el número o la
variedad de los operadores en el mercado 17

2 El proyecto limita la capacidad de los
operadores para competir 26

3 El proyecto reduce los incentivos de los
operadores para competir 35

Paso 2. Justificación 43

Paso 3. Alternativas 51

Presentación

Consumidores y empresas acudimos a los mercados para satisfacer nuestras necesidades adquiriendo bienes y utilizando servicios. En este proceso la existencia de libre competencia es la mejor garantía para que todos podamos escoger lo que mejor se adecue a nuestros gustos y necesidades y obtengamos la mejor relación calidad-precio en cada momento.

El entorno de competencia incentiva a las empresas para mejorar la calidad de sus productos y servicios y ajustar sus precios. De esta forma, la competencia se convierte en un estímulo clave para la innovación, el progreso tecnológico y la búsqueda de medios más eficientes de producción.

La defensa de la competencia es un objetivo que compete a todos los poderes públicos. Su fundamento básico se encuentra en el artículo 38 de la Constitución, en el que se reconoce la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado y, al mismo tiempo, se encomienda “a los poderes públicos” su garantía y protección.

¿Qué pueden hacer los poderes públicos para contribuir a la defensa de la competencia? La tarea de investigar y sancionar las actuaciones de empresas u otros operadores del mercado que busquen restringir la competencia, por ejemplo, pactando unos precios mínimos, corresponde a la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) y a las autoridades autonómicas de competencia. Pero, más allá de este tipo de actuaciones, los poderes públicos pueden y deben hacer algo, si cabe, más importante: regular de forma eficiente desde el punto de vista de la competencia.

Dicho de otra forma: deben evitar que sea el propio poder público el que, a través de sus actuaciones normativas o administrativas, introduzca restricciones injustificadas a la competencia.

La CNC ya ha abogado por este enfoque en su Informe *Recomendaciones a las Administraciones Públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia*, publicado en junio de 2008. En el mismo se establecen los principios de una buena regulación desde el punto de vista de la competencia: necesidad y proporcionalidad, mínima distorsión, eficacia, transparencia y predecibilidad.

Tras dicho Informe, en línea con lo que han hecho otros países de nuestro entorno y organismos como la Comisión Europea o la OCDE, el objetivo es ahora ofrecer a los poderes públicos una Guía que les pueda orientar y servir de apoyo en el diseño de normas y regulaciones, de manera que se evite la introducción de restricciones injustificadas a la competencia.

Se trata, por lo tanto, de una Guía para ayudar a los poderes públicos a cumplir mejor su deber de proteger la libre empresa y el adecuado funcionamiento de los mercados. Para ello se propone como instrumento la denominada *Memoria de Competencia*, a la que ya se refería el antes citado Informe de *Recomendaciones* elaborado por la CNC.

La aplicación de las directrices contenidas en esta Guía por parte de una determinada Administración no menoscaba las funciones que, de acuerdo con la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, puedan corresponder, en su caso, a la CNC o a las autoridades de competencia autonómicas. En particular, en lo que se refiere a la persecución de las conductas prohibidas, a la emisión de informes sobre proyectos normativos que afecten a la competencia o a la facultad de impugnar ante la jurisdicción competente actos de las Administraciones y disposiciones de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados.

Luis Berenguer Fuster
Presidente

Introducción

¿Qué es una Memoria de Competencia? _____

Es el análisis y valoración de un proyecto normativo o regulatorio desde el punto de vista de la competencia.

El nombre de *Memoria* se ha tomado por ser el que se utiliza en la actualidad para los informes que deben acompañar a todo proyecto normativo: la *Memoria Justificativa*, la *Memoria Económica* y la *Memoria de Impacto por Razón de Género*.

¿Por qué se hace? _____

La aprobación de una nueva norma o regulación es susceptible de tener efectos sobre el funcionamiento de la libre competencia en los mercados. Estos efectos pueden ser negativos, en cuyo caso puede perjudicarse a la competencia, a la libertad de empresa y al bienestar del consumidor.

Debido a ello, resulta necesario que cuando se proyecte una nueva norma o regulación se valore desde un principio si la misma puede introducir efectos negativos para la competencia que no se encuentren justificados por los objetivos que la norma persigue o que podrían mitigarse si se utilizara otra alternativa regulatoria.

¿En qué casos debe hacerse? _____

En opinión de la CNC, este tipo de análisis y valoración debe hacerse en todos los niveles de actuación de la Administración.

Por lo tanto, no debe limitarse a aquellas normas de mayor rango como leyes o reales decretos, sino que debe ser aplicado también

en normas de rango inferior (órdenes, resoluciones, etc.) e incluso actos administrativos, puesto que, muy a menudo, las restricciones a la competencia no se introducen en los textos básicos, sino en sus normas de desarrollo y de aplicación.

¿Quién debe hacerla? _____

Los órganos proponentes de la norma, al igual que sucede con el resto de los análisis que se incorporan en las Memorias Justificativa, Económica y de Impacto por Razón de Género.

El motivo es que el objetivo de la Memoria no es tanto poner de manifiesto en un documento que un proyecto normativo restringe la competencia en los mercados de forma injustificada o desproporcionada, o que otra alternativa regulatoria habría resultado mejor desde el punto de vista de la competencia, sino, precisamente, que el propio órgano proponente tome conciencia de ello y evite el problema.

¿Cuándo se hace? _____

Desde el primer momento del diseño del proyecto. El redactor de la norma o de la actuación administrativa debe tener en mente, desde el inicio, el análisis y valoración de los efectos de la misma sobre la competencia para prevenir la elaboración de proyectos ya viciados desde dicha perspectiva desde sus borradores iniciales.

¿Qué se obtiene a cambio? _____

Una regulación que logre la consecución eficaz de los objetivos que persigue sin restringir injustificadamente la competencia.

Por lo tanto, la realización de un análisis desde el punto de vista de la competencia sólo puede dar lugar a un marco normativo y a una actuación administrativa de mayor calidad, más acorde con el principio constitucional de libertad de empresa en el marco de una economía de mercado.

¿Cómo se elabora? _____

En esta Guía se ofrece un procedimiento para el análisis y valoración de un proyecto normativo o actuación administrativa desde el punto de vista de la competencia. Se ha optado por un planteamiento muy sencillo estructurado en tres pasos.

Paso 1. Identificación

Identificación de los posibles efectos negativos sobre la competencia que pudiera generar la norma o actuación prevista. La identificación se basa en la realización de preguntas clave que ayudan, de forma muy intuitiva, a “pensar” desde el punto de vista de la competencia e identificar posibles problemas.

Caso de que en el proyecto no se identifiquen potenciales problemas de competencia, será necesario justificar en la Memoria de Competencia las razones que llevan a tal conclusión antes de dar el procedimiento por finalizado.

Si, por el contrario, el proyecto incluye preceptos o mecanismos susceptibles de restringir la competencia, será preciso continuar el procedimiento de análisis con los siguientes pasos.

Paso 2. Justificación

Justificación de las restricciones a la competencia que se han identificado. Se trata de analizar cuál es el objetivo que se pretende lograr con la regulación, al objeto de valorar la necesidad de las restricciones introducidas para la consecución de dicho objetivo y su proporcionalidad.

Si no se puede justificar la restricción a la competencia que se pretende introducir, será preciso modificar el proyecto en consecuencia.

Si, por el contrario, se puede encontrar una justificación de la necesidad y proporcionalidad de la restricción, será preciso plantearse si se está instrumentando de forma correcta o si existe una alternativa regulatoria menos restrictiva de la competencia, tarea que debe acometerse necesariamente y que constituye el objeto del paso siguiente.

Paso 3. Alternativas

Análisis de las alternativas regulatorias. Se trata de constatar que no existe un mecanismo alternativo que permita alcanzar el mismo objetivo perseguido pero sin restringir la competencia o, al menos, restringiéndola en menor medida.

Si se identifica una alternativa regulatoria menos restrictiva de la competencia, deberá optarse por ésta.

Paso 1. Identificación

¿Introduce restricciones?

SI

NO

Paso 2. Justificación

¿Están justificadas?

SI

NO

Modificar
proyecto

```
graph LR; S1[Paso 1. Identificación] -- SI --> S2[Paso 2. Justificación]; S1 -- NO --> S2; S2 -- SI --> Exit1[ ]; S2 -- NO --> Mod[Modificar proyecto]; Mod --> S1;
```

Paso 3. Alternativas

¿Es la mejor alternativa?

SI

NO

Modificar
proyecto

Paso 1.

Identificación

¿El proyecto es susceptible de afectar negativamente a la competencia?

Buena parte de los proyectos normativos o actuaciones administrativas pueden tener impacto sobre el funcionamiento de la competencia.

Por ello, el primer paso que debe darse es precisamente la identificación de aquellos casos en que el proyecto puede afectar negativamente a la competencia.

Con este objetivo, en el cuadro siguiente se incluye un breve listado en forma de cuestionario, en línea con el utilizado por la OCDE, que permitirá identificar de forma rápida y sencilla la existencia de aspectos en el proyecto que puedan afectar a la competencia.

Es importante tener en cuenta que en este primer paso no se trata de valorar si tales aspectos están justificados o no. Sólo se trata de identificarlos, sin juzgar, aún, su necesidad y su oportunidad.

El cuestionario consiste en tres preguntas principales. Cada una de ellas se desglosa en una serie de casos que pretenden servir como ejemplos ilustrativos, pero que no se deben interpretar como un elenco cerrado ni exhaustivo.

¿Tiene el proyecto el potencial de producir cualquiera de los tres efectos sobre la competencia siguientes?

1. ¿Limita el número o la variedad de los operadores en el mercado?

Puede ser éste el caso si el proyecto:

- 1.1 Otorga derechos exclusivos a un operador.
- 1.2 Establece un sistema de licencias, permisos o autorizaciones para operar en el mercado.
- 1.3 Limita la capacidad de ciertos tipos de operadores para ofrecer sus productos.
- 1.4 Eleva de forma significativa los costes de entrada o de salida del mercado para un operador.
- 1.5 Crea una barrera geográfica a la libre circulación de bienes y servicios.

2. ¿Limita la capacidad de los operadores para competir?

Puede ser éste el caso si el proyecto:

- 2.1 Controla o influye de forma sustancial sobre los precios de los productos.
- 2.2 Limita a los operadores las posibilidades de comercializar sus productos.
- 2.3 Limita a los operadores las posibilidades de promocionar sus productos.
- 2.4 Exige normas técnicas o de calidad de los productos que resultan más ventajosas para algunos operadores que para otros.
- 2.5 Otorga a los operadores actuales en el mercado un trato diferenciado con respecto a los nuevos entrantes.

3. ¿Reduce los incentivos de los operadores para competir?

Puede ser éste el caso si el proyecto:

- 3.1 Genera un régimen de autorregulación o corregulación.
- 3.2 Exige o fomenta la publicación de información sobre producción, precios, ventas o costes de los operadores.
- 3.3 Incrementa los costes para el cliente de un cambio de proveedor, reduciendo la movilidad del consumidor.
- 3.4 Genera incertidumbre regulatoria para los nuevos entrantes.

A continuación se analiza con mayor detalle cómo cada caso de los apuntados en el cuadro anterior puede resultar lesivo para la competencia. Para ayudar a su comprensión, se ofrecerán ejemplos; es importante tener en cuenta que se trata de ejemplos ilustrativos en los que solamente se identifican potenciales problemas desde el punto de vista de la competencia, sin entrar en su valoración.

Asimismo, es importante también tener en cuenta que la clasificación que se realiza tiene como único objetivo intentar ordenar la exposición, sin que deba interpretarse como una categorización rígida. Bien al contrario, los problemas que se identifiquen pueden responder en ocasiones a más de una categoría.

El proyecto limita el número o la variedad de los operadores en el mercado

En términos generales, la competencia se ve beneficiada por la existencia de un número elevado de operadores que compitan en precios y en calidad y variedad del bien o servicio de que se trate.

En sentido contrario, si la norma o la actuación administrativa provocan, de forma directa o indirecta, la reducción del número de operadores en un mercado, la competencia en el mismo se puede ver reducida al ser menor la presión para competir y al aumentar las posibilidades de llevar a cabo prácticas que perjudiquen a la competencia, como los acuerdos de precios o de reparto de mercado.

1.1

Otorga derechos exclusivos a un operador

Cuando un operador goza de derechos exclusivos para actuar en un mercado, la competencia “en el mercado” queda eliminada.

El establecimiento de un derecho en exclusiva para operar en un mercado es quizá la más severa restricción a la competencia, pues supone la creación de un monopolio legal, esto es, la situación en la que el consumidor o usuario sólo va a poder contar con un único oferente al que acudir para adquirir un bien o servicio.

De hecho, la competencia “en el mercado” queda anulada y sólo es posible la competencia “por el mercado”, esto es, la competencia ex-ante entre operadores a través de diversas vías (concursos, subastas, etc.) para obtener el derecho para operar en el mercado en exclusiva.

● Ejemplo: El transporte interurbano de viajeros por carretera

Este tipo de transporte tiene el carácter de servicio público de titularidad de la Administración, prestándose mediante la atribución a una empresa, a través de concurso público, de la correspondiente concesión administrativa con carácter exclusivo. El régimen concesional imposibilita la competencia “en el mercado” (dentro de esa línea de transporte, sin perjuicio de la existencia de otros modos de transporte), puesto que el oferente del servicio es único y el precio del mismo viene condicionado en la propia concesión administrativa.

Únicamente puede tener lugar la competencia “por el mercado”, que se manifiesta en la celebración de concursos públicos para la adjudicación de las concesiones. Esta competencia “por el mercado” se puede ver a su vez mermada si los plazos de las concesiones son excesivamente largos o si existen barreras para el acceso al mercado de concesiones, como podría ser el trato preferente a los concesionarios anteriores en los nuevos concursos.

1.2

Establece un sistema de licencias, permisos o autorizaciones para operar en el mercado

La exigencia de licencias, permisos o autorizaciones para poder operar limita la entrada de competidores en un mercado.

El propio establecimiento de un sistema de licencias, permisos o autorizaciones para poder operar en un determinado mercado genera una restricción a la competencia, al limitar los operadores que pueden competir en dicho mercado. Dicha restricción se puede ver a su vez acentuada por las características del sistema que se defina.

Así, por un lado, influirán los requisitos concretos que se exijan para la obtención de la licencia, permiso o autorización, pues son éstos los que definen las “barreras” de entrada al mercado. La tipología de requisitos que pueden imponerse es muy variada: capital mínimo, número de empleados, dimensiones de los locales, titulación, experiencia acreditada, localización geográfica, etc.

Por otro lado, el efecto negativo sobre la competencia será mayor cuando, además, se limite el número de licencias, permisos o autorizaciones a otorgar, pues en ese caso se impide que compitan en el mercado incluso operadores que cumplan los requisitos exigidos.

Finalmente, no puede olvidarse que procedimientos excesivamente dilatados en el tiempo para la obtención de licencias, permisos o autorizaciones otorgan ventajas temporales a los operadores ya establecidos frente a los nuevos operadores que quieren entrar en el mercado.

● Ejemplo: Apertura de oficinas de farmacia

Por una parte, existe un requisito de titulación, puesto que únicamente los farmacéuticos pueden ser propietarios y titulares de las oficinas de farmacia. En ocasiones también se incluye entre los requisitos para la apertura de una oficina de farmacia la acreditación de experiencia previa en el territorio de que se trate.

Por otra parte, el número de oficinas de farmacia está limitado en función de la población y la distancia entre farmacias.

● Ejemplo: Segunda licencia para grandes superficies comerciales

Para la apertura de grandes establecimientos comerciales se exige el cumplimiento de requisitos de naturaleza económica, de tal forma que, en particular, se supedita la concesión de la autorización a la prueba de la existencia o no de un equipamiento comercial adecuado en la zona afectada y a los efectos que sobre este equipamiento tendrá la instalación de la nueva gran superficie comercial.

● Ejemplo: Reservas de actividad para titulaciones

La reserva de actividad para los poseedores de una determinada titulación se puede realizar a través de una norma legal específica o a través de los requisitos que se establezcan puntualmente para que los profesionales puedan prestar sus servicios. En ambos casos, se puede estar impidiendo que compitan en una determinada actividad otros profesionales con titulaciones distintas pero igualmente adecuadas para el ejercicio de dicha actividad.

1.3

Limita la capacidad de ciertos tipos de operadores para ofrecer sus productos

Esta limitación suele darse en las ventas de productos al sector público. Dado el gran volumen de las compras que realiza el sector público, al limitar la participación de los operadores en las mismas, se puede restringir severamente la competencia en ciertos mercados.

En ocasiones, el sector público otorga un cierto nivel de preferencia a los operadores que presenten unas características determinadas, como pertenecer al sector de la pequeña empresa, participar de ciertas políticas de empleo, provenir de una determinada zona o comercializar una determinada variedad de productos.

Todo ello limita la posibilidad de algunos operadores de competir en el mercado, lo cual resulta más perjudicial cuando el sector público es el único o principal demandante del bien o servicio en cuestión.

● Ejemplo: Sistema de clasificación en los contratos de obras y servicios

El sistema de clasificación es un método de acreditación, ex ante y de una vez, de la solvencia económico-financiera y técnica de las empresas que quieran concurrir a determinados contratos públicos. El resultado de la clasificación determinará los contratos a cuya adjudicación puedan concurrir los operadores por razón de su objeto y de su cuantía, debiendo éstos estar encuadrados en grupos, subgrupos y categorías cuya definición está predeterminada. El diseño del sistema de clasificación puede generar barreras a la entrada que tengan un efecto restrictivo de la competencia; en particular, pueden contribuir a que operadores que pueden ser solventes para llevar a cabo las obras o servicios de esa naturaleza no puedan acceder al contrato en cuestión.

● Ejemplo: Los Pliegos de Contratación en los contratos del sector público

El pliego es el principal elemento del juego competitivo en los procedimientos de contratación pública. Los criterios de valoración que se utilizan, junto con el distinto peso que se les otorga en la puntuación, son elementos discrecionales de la Administración contratante, que en gran medida determinan el resultado de la licitación. Estos criterios pueden restringir la capacidad de acceder al mercado de nuevos operadores, por ejemplo, mediante imprecisiones en la definición de los criterios de adjudicación, o ponderaciones excesivas de elementos de valoración que favorezcan al operador que ha venido siendo el titular del contrato en períodos anteriores.

1.4

Eleva de forma significativa los costes de entrada o de salida del mercado para un operador

Las normas que elevan los costes de entrada o de salida de un mercado tienden a desalentar la entrada de nuevos operadores, reduciendo así el número de potenciales competidores.

En el caso de los costes de entrada, éstos pueden elevarse cuando se imponen requisitos más exigentes para demostrar la capacidad financiera o la capacidad operativa del nuevo entrante: requisitos de capital mínimo, exigencia de contar con contratos previos para el aprovisionamiento de materias primas, con elementos de inmovilizado o con personal contratado, etc. Todos estos requisitos obligan al nuevo operador a realizar mayores desembolsos o inversiones iniciales para poder entrar en el mercado, lo cual puede repercutir en la decisión de entrar o no entrar en el mismo.

Por su parte, la elevación de los costes de salida de un mercado puede ser consecuencia, por ejemplo, de la exigencia de requisitos ecológicos o de higiene más estrictos de lo habitual en determinadas instalaciones industriales, que, por implicar inversiones específicas, elevan el coste de cierre de un negocio o actividad. Ese mayor coste también puede influir en la decisión de entrar o no entrar en un mercado.

En definitiva, este tipo de medidas puede tener como efecto reducir el número de operadores, puesto que los mayores costes de entrada y salida afectan a la rentabilidad del negocio y desincentivan la entrada de nuevos operadores.

● Ejemplo: Autoescuelas

La normativa sobre autoescuelas regula la dimensión mínima de los locales de los que éstas deben disponer: aula de 20 m² o de 30 m² en algunos casos, zona de recepción e información y despacho para el director.

Asimismo, regula que el número de vehículos no podrá ser nunca inferior al del personal docente de que disponga el centro.

● Ejemplo: Prestación de servicios funerarios

Existen normas que regulan la entrada en el mercado a través de requisitos como el número de féretros disponibles y de vehículos fúnebres, personal, etc.

1.5

Creación de una barrera geográfica a la libre circulación de bienes y servicios

En general, estas restricciones reducen de forma artificial el tamaño efectivo del mercado en cuestión y por lo tanto el número de potenciales competidores.

Cuando se introducen barreras geográficas a la libre circulación de productos y servicios se está reduciendo la variedad de ofertas entre las que pueden elegir los consumidores.

En efecto, la reducción del tamaño efectivo del mercado limita las posibilidades de innovación y diferenciación de productos, con el consiguiente daño al consumidor, que ve limitada la oferta de bienes y servicios a los que puede acceder.

Asimismo, puede dar lugar a una mayor concentración de poder de los operadores, facilitando así prácticas colusorias, por ejemplo, de fijación de precios, o prácticas de abuso de posición de dominio.

● **Ejemplo: Transporte funerario**

La regulación original sobre el transporte funerario limitaba la prestación del servicio a aquellas empresas establecidas en el ayuntamiento en el que el servicio de transporte tuviera su origen. Posteriormente, el legislador modificó esta norma para corregir la situación, de tal forma que las autorizaciones habilitasen para realizar cualquier transporte funerario, independientemente del recorrido del mismo.

● **Ejemplo: Empresas de mantenimiento de aparatos elevadores**

La prestación de dicha actividad se sujeta a la inscripción del operador en un registro territorial de empresas de mantenimiento, para lo cual la normativa requiere acreditar que se dispone de una delegación permanente en el territorio en cuestión.

● **Ejemplo: Exigencia de colegiación limitada a un ámbito territorial**

La exigencia de colegiación en una Comunidad Autónoma, cuando en el resto del Estado la actividad se puede ejercer sin obligación de colegiación, restringe el número y variedad de profesionales a los que pueden acudir los consumidores que residen en dicha Comunidad Autónoma.

2

El proyecto limita la capacidad de los operadores para competir

El hecho de que un proyecto normativo o una actuación administrativa no limiten el número de operadores no significa que no introduzcan otro tipo de elementos que dificulten que los operadores, una vez que se les “permite” entrar en el mercado, puedan competir libremente.

2.1

Controla o influye de forma sustancial sobre los precios de los productos

El control de precios se suele manifestar en la fijación por parte de las autoridades de unos precios mínimos o máximos para determinados productos, lo cual impide de forma grave o total que los operadores puedan seguir estrategias de rebajas o diferenciación de precios para competir en el mercado.

El control de precios se puede realizar bien de forma directa, de tal manera que es la propia regulación la que establece determinados límites o condiciones a los precios, o bien de forma indirecta, en los casos en los que la regulación delega en alguna institución, corporación, entidad, etc. el establecimiento o el control de los precios.

En el caso de los precios máximos, su establecimiento puede reducir la intensidad de la competencia entre operadores, de tal forma que todos ellos acaben aplicando dicho precio como fijo, sin descuentos para los consumidores o usuarios. Asimismo, suponen también un desincentivo para aquellos operadores que no pretenden competir en precios pero sí en innovación o en calidad.

En cuanto a los precios mínimos, tienen el efecto, entre otros, de proteger a los operadores establecidos de la competencia en precios, puesto que, como existe un precio mínimo, no puede haber motivación por parte de los operadores más eficientes (que pueden tener menores costes o mejor tecnología) para ofrecer sus productos a precios inferiores a aquél.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que precios inicialmente concebidos como orientativos pueden acabar funcionando en el mercado como precios fijos, con el consiguiente efecto sobre la competencia, al constituir un punto de referencia natural que favorece la coordinación de las estrategias de precios de distintos competidores.

● Ejemplo: Precios de los libros

La regulación legal del comercio del sector del libro establece que éstos tendrán un precio fijo, limitando a un 5% el descuento que, con carácter general, podrán hacer los distribuidores minoristas en sus ventas.

● Ejemplo: Arancel de los Procuradores y honorarios orientativos colegiales

El honorario o arancel que deben percibir los Procuradores de los Tribunales se fija a través de Real Decreto, si bien sobre los mismos se permite una variación, al alza o a la baja, del 12%.

En el resto de actividades de profesionales colegiados, la norma permite que los Colegios Profesionales establezcan baremos de honorarios con carácter orientativo.

● Ejemplo: Márgenes comerciales de las oficinas de farmacia

La regulación sanitaria fija el margen comercial que pueden percibir tanto las oficinas de farmacia como los distribuidores mayoristas.

● Ejemplo: Convenios Colectivos

Supuestos en los que el convenio colectivo no regula solamente los salarios que las empresas deben abonar a sus trabajadores, sino que fijan precios mínimos y obligatorios a los que las empresas del sector deben ofrecer sus servicios.

2.2

Limita a los operadores las posibilidades de comercializar sus productos

Las regulaciones que limitan a los operadores las posibilidades de comercialización de sus productos restringen algunos de los instrumentos de los que éstos disponen para competir tanto en precios como en calidad del bien o servicio.

Los operadores que compiten en un mercado, sobre todo cuando ofrecen un producto muy similar y fácilmente sustituible, deben buscar formas de diferenciación de su producto en términos no sólo de precios, sino también de calidad del bien o servicio y de innovación.

Por ello, es importante no restringir las posibilidades de desarrollar el negocio de formas diferentes por los diversos operadores, porque con ello se impide que los consumidores, con gustos y preferencias distintas, se beneficien de ofertas también diversas.

● Ejemplo: Regulación de los horarios comerciales, de los periodos de rebajas y de los plazos de pago

La regulación del comercio minorista regula los horarios comerciales y, al mismo tiempo, limita el número de veces en el año que se pueden hacer rebajas, regula el momento del año en que deben hacerse y establece la duración máxima que pueden tener.

● Ejemplo: Venta de tabaco

La regulación del sector del tabaco prohíbe su venta al margen de la red de expendedurías de tabaco y timbre o, a mayor precio, a través de máquinas expendedoras.

● Ejemplo: Agencias de Viaje

La regulación exige que los locales de las agencias de viaje estén destinados, única y exclusivamente, al ejercicio de las actividades propias de las agencias de viaje e independizados de otros locales de negocio contiguos.

● Ejemplo: Alquiler de vehículos

La regulación establece que el arrendamiento de los vehículos con conductor deberá contratarse previamente a la realización del servicio en las oficinas o locales de la empresa arrendadora situados en el municipio en el que esté domiciliada la correspondiente autorización.

● Ejemplo: Cupos de producción

Alguna normativa de protección del origen y calidad de productos agrícolas permite que los Consejos Reguladores de las Denominaciones de Origen establezcan límites máximos de producción, así como límites de comercialización.

2.3

Limita a los operadores las posibilidades de promocionar sus productos

Las restricciones a la publicidad suponen una traba al funcionamiento libre del mercado, al limitar la comparabilidad entre ofertas por parte de los consumidores.

Las restricciones a la publicidad y a las estrategias de promoción pueden restringir la capacidad de los operadores de informar a los potenciales consumidores de su presencia en el mercado y de la naturaleza y calidad de los productos que pueden ofrecer.

En particular, tales restricciones perjudican de manera especial a los nuevos operadores que entran en un mercado, pues pueden precisar de tales actividades para atraer a sus potenciales clientes. Asimismo, perjudican a los operadores más eficientes, puesto que les impiden informar sobre las ventajas que tienen que ofrecer a los consumidores.

En este sentido, las restricciones a la publicidad comparativa en precios tienen un claro efecto potencial de reducción del grado de competencia en el mercado y, en última instancia, impiden que el consumidor se beneficie de la competencia entre operadores. Esta técnica de publicidad comparativa suele ser utilizada fundamentalmente por los nuevos entrantes, que encuentran en la comparación de sus prestaciones frente a las ofertadas por el líder una vía útil y eficaz para posicionarse en el mercado.

● Ejemplo: La publicidad de los servicios profesionales

En muchas ocasiones la publicidad de los profesionales colegiados se encuentra limitada por normas de Colegios Profesionales que impiden incluso hacer comparaciones con otros profesionales o hacer referencia a los precios u honorarios que cobran.

2.4

Exige normas técnicas o de calidad de los productos que resultan más ventajosas para algunos operadores que para otros

Las normas técnicas o de calidad pueden ser satisfechas en ocasiones con mayor facilidad por unos operadores que por otros, afectando a sus posibilidades de competir en el mercado.

Los requisitos de calidad pueden llegar a restringir la libertad de los proveedores para ofrecer productos de diferentes calidades en aras de satisfacer diferentes demandas.

Asimismo, las normas técnicas pueden limitar las posibilidades de producción o de innovación de algunos operadores frente a otros.

● Ejemplo: Cementos

La Instrucción para la recepción de cementos vigente en 2003 establecía la obligación de realizar ensayos de identificación a los productos importados, incluso cuando éstos tenían el *mercado CE*. Ello suponía, en la práctica, un auténtico control y comprobación de las especificaciones técnicas del producto y, por lo tanto, una duplicidad en los controles de calidad que actuaba como barrera a la entrada de las importaciones.

● Ejemplo: Telecomunicaciones por cable

La regulación original de las telecomunicaciones por cable limitó temporalmente los servicios prestados por los operadores de redes de cable a la transmisión de televisión y ciertos servicios de valor añadido, excluyendo temporalmente la posibilidad de ofrecer servicios como la telefonía, a pesar de ser técnicamente posible. Con ello se creaba una situación diferenciada a los operadores de telefonía en función de la tecnología que utilizaran.

● Ejemplo: El *catering* en los vuelos de bajo coste

Existen muchos consumidores que prefieren volar en una aerolínea de bajo coste aunque ello les suponga no disponer de una comida pagada a bordo. Si existiera una norma que obligase a las aerolíneas a suministrar esa comida gratuitamente, estarían obviándose los intereses de parte de la demanda existente en ese mercado y restringiéndose la libertad del mercado para ofrecer productos diferenciados con el objetivo de satisfacer esas diferentes demandas.

2.5

Otorga a los operadores actuales en el mercado un trato diferenciado con respecto a los nuevos entrantes

Cualquier trato que privilegie a unos operadores con respecto a otros distorsiona la competencia en un mercado.

Un ejemplo de regulación que puede afectar de manera distinta a cada operador en el mercado, situando a alguno de ellos en posición más ventajosa que a otros, es la que obliga a la utilización de una determinada tecnología, normalmente la ya utilizada por los operadores existentes en el mercado, en lugar de otra alternativa.

Otro tipo de regulación que con frecuencia privilegia a los operadores ya instalados en un mercado con respecto a los nuevos entrantes son las denominadas cláusulas de derechos adquiridos. Este tipo de cláusulas requieren que los nuevos entrantes cumplan con unas normas más restrictivas que las de los operadores ya instalados, que continúan sujetos a normas previas, más laxas.

● Ejemplo: Autorizaciones para nuevos operadores de transporte de mercancías por carretera

La regulación en materia de autorizaciones de transporte de mercancías por carretera establece que para obtener nuevas autorizaciones se debe disponer de al menos tres vehículos con una antigüedad inferior a cinco meses. Existía también una exigencia de un número mínimo de conductores que ha sido recientemente eliminada.

El proyecto reduce los incentivos de los operadores para competir

En este apartado se analizan aquellos aspectos de la regulación que afectan a la toma de decisiones de los operadores en un mercado y que, si bien pudiera parecer que no afectan de manera directa a la competencia, sí lo hacen de manera indirecta, al reducir los incentivos de los operadores para competir.

3.1

Genera un régimen de autorregulación o corregulación

Existe un riesgo de que las reglas desarrolladas por la industria o las asociaciones profesionales con el fin de ordenar la actividad tengan impactos anticompetitivos.

Cuando una asociación profesional u otra entidad de un determinado sector asume la responsabilidad de regular la conducta de sus miembros, sin la participación del Gobierno, se utiliza el término “autorregulación”. En los casos en los que el Gobierno proporciona apoyo legislativo a normas desarrolladas por las asociaciones profesionales u otras entidades se habla de “corregulación”.

En la práctica, existe un riesgo relevante de que las reglas desarrolladas por la industria o las asociaciones profesionales tengan efectos negativos sobre la competencia. Así, en particular, el hecho de que sean los propios operadores de un mercado los que regulen su funcionamiento puede dar lugar a restricciones que limiten la entrada de nuevos operadores en el mercado o que reduzcan la capacidad de los operadores para competir.

○ Ejemplo: Las profesiones colegiadas

La regulación de los Colegios Profesionales atribuye a éstos funciones de ordenación de la actividad profesional, lo que ha llevado a los Colegios Profesionales a dictar una serie de normas de obligado cumplimiento para los colegiados en materia de precios, publicidad, etc. que pueden tener un impacto en la competencia.

3.2

Exige o fomenta la publicación de información sobre producción, precios, ventas o costes de los operadores

Los operadores pueden utilizar la información sobre producción, precios, ventas o costes de sus competidores para coordinar su comportamiento en el mercado, en detrimento de los consumidores. Estas coordinaciones son más frecuentes en mercados con pocos operadores, productos homogéneos y altas barreras a la entrada.

Es cierto que en algunos mercados en los que existe una gran variedad de productos diferenciados puede ser muy difícil para el consumidor conseguir hacerse una idea de los precios que más le convienen entre los ofertados por los diferentes operadores.

En ese sentido, la exigencia a los operadores de publicar cierta información sobre los productos que ofertan y sus precios, en aras de facilitar al consumidor la búsqueda en el mercado, puede tener efectos pro-competitivos, pero éstos deben ser analizados junto con su posible efecto anti-competitivo.

En efecto, la publicación de esta clase de informaciones puede en algunos casos facilitar la coordinación en precios entre competidores, con lo que el beneficio neto al consumidor podría ser menor del esperado o incluso negativo.

● Ejemplo: Sector energético

El potencial efecto sobre la competencia de la exigencia de publicación de información dependerá de las características del mercado, como el número de operadores presentes, el grado de diferenciación de los productos, etc.

● Ejemplo: Honorarios orientativos

La regulación sobre Colegios Profesionales permite que éstos aprueben y publiquen baremos de honorarios orientativos.

3.3

Incrementa los costes para el cliente de un cambio de proveedor, reduciendo la movilidad del consumidor

Los consumidores no satisfechos con su proveedor de bienes o servicios pueden optar por cambiar de proveedor. Si la regulación dificulta o reduce la facilidad con que los consumidores pueden moverse de un operador a otro se estarán reduciendo los incentivos para la competencia entre los proveedores.

Los denominados “costes de cambio” se pueden definir como los costes asumidos por un consumidor al cambiar de proveedor de un producto. De este modo, cuando el producto que se ofrece al consumidor resulta caro o de baja calidad, si los costes de cambio son bajos, resultará fácil para el consumidor cambiar a otras alternativas más baratas o que le resulten más convenientes. Al mismo tiempo, en estas circunstancias, los proveedores tendrán mayor incentivo a hacer promociones u ofertar mejores productos y dárselos a conocer al consumidor, puesto que, a cambio, podrán ver incrementadas sus ventas.

Las normas que imponen periodos mínimos en los contratos, o periodos mínimos para la notificación de la rescisión de los mismos, o condiciones para el cambio de proveedor pueden desincentivar la rivalidad entre operadores y, en especial, la entrada de nuevos operadores en el mercado.

○ Ejemplo: La portabilidad en la telefonía móvil

Las normas pueden contribuir a que los costes de cambio se reduzcan en un mercado. Por ejemplo, la norma que garantiza a los consumidores la portabilidad a la hora de cambiar de compañía de telefonía móvil, facilita estos cambios, eliminando uno de sus aspectos más molestos y costosos como es el de tener que cambiar de número de teléfono para cambiar de operador.

3.4

Genera incertidumbre regulatoria para los nuevos entrantes

La inexistencia de un marco regulatorio claro desincentiva la entrada de nuevos operadores en un mercado.

El nuevo operador que entra en un mercado asume, como no puede ser de otra manera, los riesgos inherentes a cualquier actividad empresarial o profesional; tales riesgos, sin embargo, pueden verse incrementados por la propia regulación, lo cual desincentivará la entrada de nuevos competidores.

Ello sucede cuando la regulación no diseña un marco de actuación claramente definido y predecible. El problema puede ser especialmente importante en el caso de proyectos que pretenden precisamente abrir determinados sectores a la competencia, pues un diseño poco claro de las condiciones de acceso o una demora excesiva en su desarrollo pueden llevar a no alcanzar el objetivo de entrada de nuevos competidores.

● Ejemplo: Licencia para grandes superficies comerciales

La falta de concreción en la normativa sobre los supuestos en los que se concederá la licencia para la apertura de grandes superficies comerciales puede retraer la entrada de nuevos competidores. Ello se ve agravado cuando las tasas que deben abonar para solicitar la licencia son muy elevadas.

● Ejemplo: Servicios de Prevención Ajenos

La regulación original permitía que las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social simultanearan sus actividades tradicionales con la de prestación de servicios de prevención ajenos. Para evitar que estas Mutuas tuvieran una situación de ventaja frente a otras entidades de prevención, resultaba fundamental la regulación de las condiciones de utilización de los recursos adscritos a actividades de colaboración con la Seguridad Social. Sin embargo, la incertidumbre jurídica y complejidad de la regulación en este ámbito dio lugar, como el propio Tribunal de Cuentas manifestó, a hechos presuntamente constitutivos de prácticas restrictivas de la competencia derivados del marco normativo.

Al final de este primer paso de Identificación pueden darse dos situaciones:

No se ha identificado ninguna restricción a la competencia en el proyecto

- En este caso no es preciso continuar este procedimiento. No obstante, será necesario justificar y razonar en la Memoria de Competencia las razones que llevan a tal conclusión antes de dar el procedimiento por finalizado.

Se han identificado una o varias restricciones a la competencia en el proyecto

- En este caso es preciso continuar el procedimiento con los siguientes pasos, al objeto de poder valorar la necesidad y la oportunidad de las restricciones a la competencia que se prevé introducir.

Advertencia: La Directiva de Servicios

En el caso de actividades de prestación de servicios, antes de pasar a analizar la necesidad y oportunidad de las restricciones a la competencia identificadas, sería conveniente cotejar que tales restricciones no se encuentran entre las prohibidas por la Directiva de Servicios (Directiva 2006/123/CE).

La comprobación de que no se trata de una restricción o requisito prohibido, cuestión necesaria en todo caso, cobra especial importancia por la novedad y la relevancia de la Directiva de Servicios.

Cabe recordar que, entre otros, la Directiva de Servicios prohíbe que el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio se supediten al cumplimiento de lo siguiente:

- Requisitos de nacionalidad o de residencia para el prestador.
- Limitaciones de la libertad del prestador para elegir determinadas formas de establecimiento.
- Requisitos de naturaleza económica, entre otros, los que supediten la concesión de cada autorización a la prueba de la existencia de una necesidad económica o de una demanda en el mercado o a que se evalúen los efectos económicos, posibles o reales, de la actividad.
- Intervención directa o indirecta de competidores, incluso con carácter consultivo, en la concesión de autorizaciones para operar, sin perjuicio de excepciones tasadas.
- Obligación de que la constitución de garantías financieras o la suscripción de un seguro deban realizarse con un prestador u organismo establecido en el territorio español.
- Obligación de haber estado inscrito con carácter previo durante un periodo determinado en los registros de prestadores existentes en territorio español o de haber ejercido previamente la actividad durante un periodo determinado en dicho territorio.



Paso 2.

Justificación

¿Está justificada la restricción a la competencia?

Una vez identificadas las restricciones a la competencia que pueda contener el proyecto, será preciso continuar el procedimiento para poder evaluar la necesidad y oportunidad de tales restricciones.

Para ello es necesario, en esta fase del procedimiento, responder a la pregunta de **PARA QUÉ** se está introduciendo la restricción a la competencia, cuál es su finalidad, su objetivo concreto; en definitiva, cuál es su justificación.

Para realizar dicho análisis y poder plasmarlo en la Memoria de Competencia, se deben abordar los siguientes aspectos:

a. _____

Definición clara y detallada del objetivo u objetivos del proyecto

La necesidad de definir de forma clara el objetivo de una norma o de una actuación administrativa puede parecer, hasta cierto punto, una obviedad. Sin embargo, no es infrecuente encontrarse con textos legales cuyos fines resultan poco concretos o indeterminados, o con proyectos que afirman perseguir diferentes objetivos, a veces difícilmente reconciliables entre sí, sin que quede claro a qué objetivo se dirige cada una de las medidas contenidas en el proyecto, o con proyectos que contienen medidas que resultan injustificadas por no guardar una relación directa con el objetivo que se ha identificado.

Por ello, la definición clara de objetivos debe ser una práctica ineludible que ayude a entender el PARA QUÉ de la intervención.

Es necesario tener en cuenta una serie de recomendaciones o criterios que permitirán que la definición se realice adecuadamente:

- *Evitar confundir el objetivo de la norma o de la actuación administrativa con el medio o instrumento utilizado para lograrlo.*

En ocasiones la confusión puede partir de que se describe como objetivo lo que realmente es el “objeto” de la norma, es decir, la mera descripción de su contenido (de lo que se ocupa la norma), lo cual constituye el instrumento y no su finalidad última u objetivo.

Si se confunden objetivo e instrumento no se podrá realizar un análisis de alternativas, es decir, una comparación de los distintos instrumentos con los que se puede alcanzar el mismo objetivo.

● Ejemplo: Régimen de licencias para operar como laboratorio de análisis clínicos

El objetivo de la regulación de este sector no es el establecimiento de un régimen de licencias para operar en el mercado de análisis clínicos; ése es el instrumento.

El objetivo último, en su caso, sería la protección de la salud de los ciudadanos.

- *Concretar el objetivo.* Es preciso que la respuesta a la pregunta ¿PARA QUÉ? sea lo más específica posible, detallando el fin concreto que se persigue y el colectivo al que fundamentalmente se refiere.

Por ello, se deben evitar afirmaciones genéricas de “motivos de interés general”, “mejora de la calidad de vida”, “ordenación de la actividad”, “mejora de las condiciones económicas”, “cubrir una laguna regulatoria”, “responder a las demandas del sector”, etc. para justificar la regulación o la actuación que se propone. Afirmaciones de ese tipo no permiten realizar una valoración adecuada de la propuesta, puesto que no permiten conocer de forma suficiente el objetivo que se persigue con la norma o actuación.

Además, no debe olvidarse que, en todo caso, la defensa de la competencia también es “interés general”, puede contribuir a la “mejora de las condiciones económicas” y, en última instancia, “mejora la calidad de vida de los ciudadanos”.

Por otra parte, la contribución de la norma a un objetivo excesivamente generalista será normalmente poco apreciable, mientras que la restricción sobre la competencia identificada puede causar un perjuicio muy concreto, lo que cuestiona su proporcionalidad.

Por ello, cuando se obtengan respuestas generalistas procederá seguir preguntándose PARA QUÉ y PARA QUIÉN, con la finalidad de poner de manifiesto objetivos más específicos.

● Ejemplo: Licencia comercial específica

- *Restricción a la competencia identificada*: limita el número de operadores en el mercado.
- *Fin que persigue*: ordenar la actividad *¡excesivamente genérico!*
- *Objetivos más específicos*: planificación urbanística, proteger al pequeño comercio, ...

● Ejemplo: Sistema de clasificación para determinados contratos públicos

- *Restricción a la competencia identificada*: limita el número de operadores en el mercado. Puede generar barreras de entrada.
- *Fin que persigue*: asegurar la solvencia técnica y económica de los operadores que concursan, reducir costes de transacción.

● Ejemplo: Establecimiento de cuotas de producción

- *Restricción a la competencia identificada*: limita la capacidad de los operadores para competir.
- *Fin que persigue*: ordenar la actividad *¡excesivamente genérico!*
- *Objetivos más específicos*: regular la calidad de los productos, mantenimiento de rentas, evitar el intrusismo, ...

- *Analizar la consistencia*. Es necesario revisar que los objetivos específicos identificados y los instrumentos con los que pretenden alcanzarse dichos objetivos sean consistentes con el resto de objetivos perseguidos en la propia norma.

Se trata de asegurar la eficacia del proyecto, esto es, que el logro del objetivo específico propuesto, por el que se introduce la restricción a la competencia, no se vea dificultado por otros contenidos del proyecto, puesto que en ese caso se estaría introduciendo una restricción a la competencia sin motivo alguno.

- *Identificar la base legal del objetivo.* Si en el proyecto se va a anteponer un objetivo de interés público frente a la defensa de la competencia, resulta necesario identificar claramente cuál es la base jurídica de dicho objetivo, más allá de la mera enunciación del título competencial que permita su implementación por la Administración Pública proponente.

b.

Justificación de la necesidad de la restricción (relación de causalidad)

Este es un aspecto de especial relevancia: se trata de justificar la existencia de una relación de causalidad entre objetivos e instrumento.

En efecto, una vez identificado claramente el objetivo o los objetivos específicos que se persiguen con la norma, es preciso justificar CÓMO la restricción a la competencia identificada puede colaborar en la consecución de dichos objetivos.

Dicho de otra manera, se debe justificar, de forma razonada, la necesidad de la restricción para la consecución del objetivo.

● Ejemplo: Licencias

Una vez definido claramente el objetivo específico para el que se establece un sistema de licencias, todos y cada uno de los requisitos que se introduzcan para la obtención de la licencia y que puedan afectar a la competencia deben guardar una relación clara y directa con dicho objetivo.

Para que el análisis de la necesidad sea más riguroso, es preciso tener en cuenta lo siguiente:

- *Realizar un análisis integral.* En la fase previa de identificación se pueden haber encontrado varias restricciones a la competencia que estén íntimamente interrelacionadas entre sí. En ese caso, resulta conveniente hacer el doble análisis de especificar la justificación de cada una de ellas, además de la del conjunto, para valorar si realmente resulta coherente.

Esto es especialmente importante en el caso en que el proyecto contenga varias medidas con el mismo objetivo, puesto que puede haber solapamientos entre ellas que no incrementen su eficacia pero sí sus efectos negativos sobre la competencia. En este mismo sentido, sería necesario analizar la relación y la coherencia de las medidas propuestas con las ya existentes.

C.

Justificación de la proporcionalidad de la restricción

La introducción de una restricción a la competencia es siempre un “coste” del proyecto en cuestión.

Por ello, se considerará que se trata de una restricción desproporcionada cuando la consecución de un objetivo que suponga sólo una mejora relativa o marginal en términos de bienestar social genere, en cambio, un grave detrimento del mismo por las serias restricciones a la actividad económica que impone.

Al final de este segundo paso de Justificación pueden darse dos situaciones:**No se ha podido justificar la restricción a la competencia que incluye el proyecto**

- o bien porque es el propio objetivo último del proyecto el que colisiona con el funcionamiento del mercado (pretende regular la producción, los precios o proteger a unos competidores frente a otros, etc.);
- o bien porque no se ha justificado la relación de causalidad, dado que la contribución de la restricción a la competencia al logro del objetivo específico perseguido resulta excesivamente difusa o inexistente;
- o bien porque no se ha justificado la proporcionalidad, al ser la mejora en términos de bienestar social prevista por el proyecto inferior al perjuicio que al mismo bienestar social causan las restricciones a la competencia introducidas.

En estos casos se deberá revisar el proyecto.

Para realizar dicha revisión, puede ser de utilidad tener en cuenta la existencia de alternativas regulatorias, tal y como se recogen en el paso tercero.

Se ha podido justificar la restricción a la competencia que incluye el proyecto

En estos casos, será preciso continuar con el tercer y último paso, al objeto de evaluar si existen alternativas regulatorias menos lesivas de la competencia.

Paso 3.

Alternativas

¿Es la mejor alternativa?

Para la consecución de un objetivo pueden emplearse distintos instrumentos regulatorios. El impacto de cada uno de ellos sobre las condiciones de competencia no es indiferente.

Una falta de reflexión al respecto puede llevar a imponer medidas excesivamente restrictivas de la competencia, cuando el objetivo que se persigue podría quedar igualmente salvaguardado con mecanismos menos restrictivos.

Existe una tendencia a justificar las restricciones a la competencia con un enfoque maximalista, con el que se pretende argumentar que, aunque son posibles varios mecanismos, el más restrictivo es el que más contribuye a los objetivos que se persiguen. Sin embargo, debe huirse de este enfoque maximalista; incluso en el caso de que un régimen más restrictivo contribuya mejor a alcanzar el objetivo que la norma pretende, deberá justificarse si esta mejora compensa el mayor daño que la restricción provoca.

Si los objetivos que se persiguen quedan razonablemente asegurados con mecanismos menos restrictivos, debe optarse por éstos.

Las alternativas a considerar deberán evaluarse atendiendo a cada circunstancia concreta. No obstante, a continuación se ofrecen algunos ejemplos, no exhaustivos, que pueden orientar sobre posibles alternativas.

● Ejemplo: Alternativas regulatorias

- *Regular el objetivo, pero no el procedimiento.* Establecer en la regulación requisitos, por ejemplo, de calidad o seguridad, y permitir que los operadores apliquen tecnologías o procedimientos diversos para alcanzar tales requisitos, en lugar de obligar a la aplicación de unos estándares concretos. Ello otorgaría mayor margen de maniobra, diferenciación e innovación a los diferentes operadores del mercado.
- *Regulación del acceso al mercado.* En el supuesto de que se considere justificado regular la entrada de los operadores a un mercado, existen múltiples mecanismos que permiten alcanzar este objetivo, pero cuyos efectos sobre la competencia aumentan progresivamente: la autorización administrativa, que permite verificar que quien entra cumple determinados requisitos objetivos; el régimen de licencias, que además de establecer requisitos puede suponer frente al anterior que opere un cierto *numerus clausus*, limitando, por tanto, la entrada; y el régimen concesional, que puede suponer la explotación de un servicio por un solo operador en régimen de monopolio, limitando la competencia al momento de la adjudicación.

Su impacto desde la perspectiva de barreras a la entrada en el mercado es muy diferente, por ello es necesario plantearse si la consecución del objetivo que se pretende puede alcanzarse con un mecanismo menos restrictivo para evitar introducir distorsiones de la competencia innecesarias. En todo caso, allí donde el mecanismo de mercado pueda garantizar la provisión del servicio, el sistema de concesión debe sustituirse por un régimen de autorización administrativa previa.

- *Derechos en exclusiva.* En caso de que se justificara la necesidad de establecer un derecho en exclusiva (por ejemplo, a través de una concesión), debe procurarse, al menos, que esa competencia “por el mercado” no se vea mermada de manera injustificada. Así, por una parte, se debe evitar el establecimiento de condiciones o requisitos en el sistema de concesión que puedan perjudicar a unos operadores frente a otros, lo que reduciría el número de competidores “por el mercado”.

Por otra parte, en algunos casos las fuertes inversiones necesarias para la producción del bien o la prestación del servicio en exclusiva pueden hacer que los plazos de estas concesiones tengan que ser bastante largos para permitir la amortización de las mismas. Sin embargo, esto sólo se justifica en el caso de inversiones específicas en activos no reutilizables en otras actividades e, incluso en estos casos, se debe tener en cuenta que cuanto mayor sea el plazo, menores serán las ya limitadas posibilidades de competir “por el mercado”.

- *Licencias o autorizaciones.* La instrumentación de procedimientos de obtención de licencias, permisos o autorizaciones con plazos breves y trámites simplificados son más favorables a la competencia, en la medida en que evitan que los operadores ya establecidos obtengan indebidamente ventajas temporales frente a los nuevos operadores que quieren entrar en el mercado.

Del mismo modo, una definición clara y objetiva de los requisitos exigidos para la obtención de tales licencias o autorizaciones también resultará más favorable a la competencia.

- *Carácter temporal de las restricciones.* En caso de demostrarse la necesidad de introducir una restricción a la competencia, ésta deberá tener preferentemente carácter temporal, de tal forma que sea revisable al cabo de un plazo acotado.

- *Alternativas a la regulación de precios.* Para alcanzar el objetivo de un mínimo de calidad en el bien o servicio, en lugar de establecer precios mínimos fijos u orientativos (cuya relación con un nivel mínimo de calidad es, además, cuando menos, dudosa), es posible considerar alternativas que incidan en una mayor información al consumidor (elaboración de presupuestos obligatorios, publicidad de precios, campañas de información, estadísticas de precios, etc.) o que incidan en la garantía de un nivel mínimo de calidad (control de la actividad desarrollada, proceso sancionador ante incumplimientos, etc.).
- *Minimizar el impacto.* Si sólo una parte de la actividad requiere el cumplimiento de determinados requisitos restrictivos, no es adecuado extenderlos al resto de actividades que realice el mismo operador o a otras actividades relacionadas directa o indirectamente con aquélla.
- *No regular.* Considerar siempre la alternativa de no regular o utilizar instrumentos alternativos a la regulación: campañas informativas, tasas, etc.

Esta fase final debe ayudar a elegir la mejor alternativa regulatoria entre todas las posibles, esto es, la que logra el mismo objetivo minimizando, o incluso eliminando, el impacto negativo sobre la competencia.

En todo caso, será necesario justificar en la Memoria de Competencia qué otras alternativas han sido analizadas y por qué se considera que la alternativa elegida es la menos dañina para la competencia.

Guía

Para la elaboración de memorias
de competencia de los proyectos
normativos

