



CONSEJO ASESOR



Miguel García (A3)

Imagen del Consejo Asesor de EXPANSIÓN y 'Actualidad Económica' celebrado el pasado 24 de junio.

El liberalismo de la ley de comercio se diluye

DEBATE/ El presidente de la Comisión Nacional de la Competencia, Luis Berenguer, analizó junto al Consejo Asesor de EXPANSIÓN y de 'Actualidad Económica' la política de competencia y los retos de la nueva normativa comunitaria.

Expansión. Madrid

Con la participación de Luis Berenguer, presidente de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), el Consejo Asesor de Expansión y Actualidad Económica analizó el 24 de junio de 2009 la política de competencia.

En el ámbito de la Unión Europea, el control de las ayudas públicas ha sido tradicionalmente una competencia exclusiva de la Comisión Europea, de acuerdo con lo establecido en el artículo 87 del Tratado. De resultados de la crisis financiera, la Comisión Europea viene prestando especial atención a las otorgadas por los Estados a las entidades financieras, procurando que, aunque sean inevitables para evitar pánicos bancarios, causen el menor daño posible a la competencia. En el caso español, la Ley 15/2007 dio también a la CNC potestades de control de las ayudas públicas.

Por lo que se refiere a la lucha contra las conductas restrictivas, desde la creación de la CNC se están usando los nuevos instrumentos legales previstos en la Ley 15/2007 para reforzar la persecución de las conductas anticompetitivas. Así, la nueva figura del "programa de clemencia" -que permite conceder la exención de la eventual sanción al primer miembro de un cártel que lo denuncie ante la CNC y aporte pruebas

que permitan actuar contra los demás miembros- produjo una avalancha de peticiones desde el mismo día en que entró en vigor el RD 261/2008, que lo regula. La CNC también está utilizando las facultades de inspección contempladas en la Ley -por ejemplo, inspecciones sorpresa- que, aunque muy similares a las utilizadas desde hace años por los servicios de la competencia de la Comisión Europea, han sorprendido a algunas empresas españolas, cuya mentalidad no estaba adaptada a tales prácticas.

Sin perjuicio del desempeño de esas competencias ordinarias -reforzadas con la nueva ley-, la CNC viene otorgando especial atención a la promoción y fomento de medidas y reformas que favorezcan la competencia.

Tras la presentación inicial se produjo un intenso intercambio de opiniones entre todos los participantes, cuyas ideas principales -se resumen a continuación.

Crisis y reformas

Se afirma a menudo que las crisis son magníficas oportu-

España no ha sido ajena a las tendencias proteccionistas y anticompetencia

nidades para emprender reformas económicas, pues hacen políticamente viables cambios que en situaciones de bonanza quedarían bloqueados. Pero ese principio, aceptado como enunciado general, queda, sin embargo, desvirtuado tan pronto se debaten las medidas concretas para ponerlo en práctica, haciendo bueno el dicho anglosajón de que "el diablo está en los detalles" (*the devil is in the detail*). Eso lleva al abuso del término "reformas estructurales", una expresión ambigua y oscura que a menudo se identifica exclusivamente con la reforma del mercado de trabajo, no con un conjunto ambicioso de medidas liberalizadoras. En ocasiones incluso se opta expresamente por una estrategia de "cerrarse a la competencia" hasta que la crisis amaine.

La experiencia histórica es

La labor de la CNC

En su intervención inicial, el presidente de la CNC describió los cuatro grandes pilares de la actuación de las autoridades de defensa de la competencia:

- La persecución de las conductas restrictivas de la competencia (política anti-trust).
- El control de las concentraciones de empresas, para evitar que tengan efectos anticompetitivos.
- El control de las ayudas públicas, como distorsionadoras de la competencia.
- La promoción y fomento (advocacy) de medidas y reformas que favorezcan la competencia.

variada. Durante la Gran Depresión, la Administración Roosevelt dejó en suspenso durante dos años la aplicación de la Ley Sherman, lo que dio origen a la creación de más de 500 cárteles, que no sólo sostuvieron, sino que elevaron los precios. Por el contrario, la grave crisis económica que vivió Finlandia a principios de los años 90 -con ocasión del desmoronamiento de la Unión Soviética- fue utilizada por las autoridades finlandesas para favorecer la competencia y la apertura a la inversión extranjera, lo que sentó las bases de la sólida recuperación posterior.

En líneas generales, durante la actual crisis las autoridades nacionales de defensa de la competencia tienen en mente, por un lado, las reformas que podrían aumentar la competencia y acelerar la salida de la crisis; y, por otro, los límites que debe tener la in-

tervención de los poderes públicos. En España, por vez primera contamos con una institución independiente como la CNC que está haciendo oír su voz en el debate general sobre las reformas necesarias en estos momentos de crisis. No obstante, tampoco nuestro país ha sido ajeno a las tendencias proteccionistas y contrarias a la competencia, algunas de cuyas manifestaciones están resultando especialmente visibles en varios ámbitos:

- La transposición de la Directiva de Servicios y la regulación de las actividades profesionales.
- La regulación del comercio minorista.

Directiva de servicios

Como ha señalado la CNC en una reciente *Guía para las Administraciones Públicas*, la regulación e intervención administrativa en la prestación de servicios debe respetar tres principios: no discriminar; limitarse a lo estrictamente necesario; y utilizar medios proporcionados a la finalidad pública perseguida.

En la práctica, sin embargo, el gran poder de los lobbies y la dispersión de los consumidores acaba desvirtuando tales principios y suscita dos fenómenos frecuentes en la tramitación de las normas:

- El espíritu liberal del Anteproyecto inicial queda rebajado cuando es adoptado co-

La suspensión de la Ley Sherman en la Gran Depresión desembocó en una subida de los precios

mo Proyecto por el Gobierno; y éste, a su vez, sufre ulteriores enmiendas gremiales durante su tramitación parlamentaria.

• Por impulso de los grupos beneficiarios, las restricciones a la competencia quedan consagradas en normas con rango de Ley, para así quedar al abrigo de las facultades de impugnar las normas de rango inferior a ley que el artículo 12.3 de la Ley 15/2007 otorga a la CNC.

Como botones de muestra de la escasa ambición del Gobierno y del Parlamento al transponer la Directiva de Servicios se señalaron dos ejemplos, tomados del proyecto de "Ley Ómnibus":

• Procuradores ante los Tribunales.

La CNC no propuso la supresión o modificación de la figura de los procuradores, sino que se limitó a proponer que se suprimiera la incompatibilidad entre las actividades de procurador y la de abogado, hasta ahora establecida por normas de carácter reglamentario. El resultado final ha sido que, por unanimidad, los grupos parlamentarios pactaron no sólo mantener la



incompatibilidad, sino consagrarla con rango de Ley mediante una enmienda a la Ley de Oficina Judicial.

- Visado obligatorio de Colegios Profesionales

En el Proyecto de Ley remitido a Cortes el Gobierno rebajó el rango de ley que el Anteproyecto exigía para establecer los visados, lo que facilitará su establecimiento.

Grandes superficies

De acuerdo con lo previsto en la Directiva de Servicios, la apertura de un establecimiento comercial sólo puede quedar sujeta a autorización administrativa por tres motivos: urbanísticos, relativos a la protección del patrimonio cultural, o medioambientales. Como esas autorizaciones ya están reguladas por Leyes especiales, la exigencia de una autorización adicional de las Comunidades Autónomas ("segunda licencia") -contemplada por la todavía vigente Ley de Ordenación del Comercio Minorista- resulta contraria a las normas comunitarias.

En la práctica, varias Comunidades Autónomas han venido haciendo un uso muy restrictivo de esa facultad de licencia. En el célebre caso de un gran establecimiento dedicado a muebles del hogar, una Comunidad Autónoma ha tardado 7 años en otorgar su autorización. En realidad, los grandes beneficiarios de ese régimen restrictivo no ha sido el pequeño comercio minorista, sino los establecimientos de tamaño intermedio, que son precisamente los que representan una mayor amenaza para el pequeño comercio.

A pesar de lo anterior, el Proyecto de Ley de Reforma de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista otorga a las Comunidades Autónomas la facultad de decidir si será o no precisa una licencia autonómica para la apertura de grandes superficies. Y ante la previsión de que alguna Comunidad Autónoma opte por exigir la, se ha incluido una disposición adicional única que establece que serán las Administraciones Públicas competentes las que asuman las consecuencias (es decir, el pago de la multa) por el incumplimiento del proceso de transposición de la Directiva en el ámbito de sus competencias.

A juicio del Presidente de la CNC esa propuesta está no sólo reconociendo la debilidad de los argumentos a favor del mantenimiento de la segunda licencia y la que probable condena del Reino de España ante el Tribunal de Justicia, sino que entraña algo todavía más lamentable: la renuncia por el Estado a asegurarse de que las Comunidades Autónomas



Belén Romana, Luis Berenguer (en el centro) y Juan Ramón Fernández Arribas.

transponen la Directiva de manera adecuada.

Farmacias

En el ámbito específico de las farmacias, una reciente sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo ha reconocido a los Estados miembros la competencia para regular sus mercados farmacéuticos.

En el ejercicio de esa competencia nacional, España e Italia no se limitan a regular la prestación de ese servicio, sino que establecen la limitación adicional de que sólo los farmacéuticos puedan ser propietarios de farmacias. En la práctica, la legislación española ha favorecido a los farmacéuticos ya instalados, que han logrado hacerse con las licencias de las nuevas farmacias que se han autorizado.

Ese régimen restrictivo de la legislación sobre farmacias cuenta con el apoyo de los grandes laboratorios, porque ha impedido la aparición de organizaciones de venta fuertes que -como está haciendo, por ejemplo, una conocida cadena de grandes superficies de alimentación- fueren rebajas de precios de los fabricantes.

Actividades profesionales

Desde una perspectiva internacional, existen dos grandes formas alternativas de regular el acceso a las actividades profesionales y asegurar la suficiente cualificación de quienes las ejercen:

- Primer modelo: el título universitario habilita directamente para el ejercicio de la correspondiente actividad

profesional. En consecuencia, existe un estrecho control público de las Universidades, pues éstas actúan indirectamente como "expendedoras de títulos profesionales". Ese papel decisivo de la Universidad no ha sido óbice, sin embargo, para que muchas profesiones hayan ido estableciendo sus colegios, cuyas competencias eran, sin embargo, limitadas.

Se trata del modelo hasta ahora vigente en España. Es además una concepción congruente con el proceso de Bolonia, que busca favorecer la libre circulación de los profesionales.

- Segundo modelo: la habilitación para el ejercicio profesional exige la superación de un examen profesional, independiente de la titulación uni-

La reforma del comercio minorista deja a las CCAA el poder de exigir una licencia a los hiper

versitaria (p.ej. el examen de ingreso en la correspondiente Bar Association para los abogados en Estados Unidos). En este modelo no resulta preciso el control público de las titulaciones universitarias, porque éstas no habilitan directamente para el ejercicio profesional. El colegio profesional, por otro lado, controla el buen desempeño de la profesión por sus colegiados.

Pues bien, a lo largo del debate se destacó lo siguiente:

- Hay ya en España multitud de profesiones cuyo ejercicio implica la superación de una doble barrera: posesión de un título académico determinado (con exclusión, por tanto, de otros profesionales que carezcan de dicho título) y, además, colegiación. Desde el punto de vista de la CNC, habría que aprovechar la oportunidad que brinda la transposición de la Directiva de servicios para hacer un ejercicio caso por caso y suprimir aquellas restricciones injustificadas.

Se manifestó el temor de que España acabe aunando lo peor de ambos modelos: el tradicional intervencionismo administrativo en la Universidad, junto con el establecimiento de pruebas de acceso por los colegios profesionales.

- Debiera evitarse que el ejercicio de ciertas actividades profesionales quede limitado, en exclusiva, a ciertas licenciaturas, lo que ha dado pie a tradicionales conflictos competenciales entre licenciaturas (p.ej. entre ingenieros agrónomos e ingenieros de caminos), ha sido la aspiración de muchos profesionales (p.ej. los agentes de la propie-

dad inmobiliaria, que aspiraron incluso a la creación de una carrera universitaria propia, con competencia exclusiva) y provoca situaciones absurdas (así, por ejemplo, un arquitecto no puede firmar en exclusiva el proyecto de construcción de una bodega, por considerarse una instalación agraria).

Sería más razonable admitir que una misma actividad pueda ser desempeñada con varias titulaciones alternativas, como ya ocurre en algunos casos (asesor fiscal o auditor, una actividad desempeñada en la práctica tanto por abogados como por economistas y otras profesiones).

En muchas ocasiones la titulación exclusiva obedece a razones históricas que ya han desaparecido. Así, por ejemplo, la "dispensación" de medicamentos quedó reservada en exclusiva a los farmacéuticos -y no puede ser llevada a cabo por médicos- en la época de las "fórmulas magistrales", en las que eran los farmacéuticos quienes pesaban y fabricaban las medicinas.

- La colegiación obligatoria constituye en ocasiones una exigencia innecesaria, ya que el control del buen ejercicio profesional y la adquisición de experiencia se llevan a cabo en otros ámbitos. Así, por ejemplo, si un médico se examina y se forma en la Sanidad pública ¿por qué se tiene que colegiar obligatoriamente?

- Las autoridades no deben olvidar que, además de la regulación, también el mercado ejerce una eficaz función de selección de los profesionales. Ese proceso de selección por el mercado -bien visible, por ejemplo, en el mundo de la abogacía- hace innecesarios mecanismos de "segunda licencia" y lleva a que sean las propias empresas las que reducen a titulados de distintas ramas, a fin de prestar un servicio idóneo.

Balance general de la política de competencia en España

Uno de los problemas más frecuentes en la promoción y fomento de la competencia y de la liberalización económica está en la "captura del regulador", que se produce cuando la autoridad reguladora, en vez de perseguir el interés general, defiende el interés específico de los profesionales o grupos sociales de su ámbito. El fenómeno es frecuente, pues:

- Los Ministerios "sectoriales" tienden a ser capturados por los profesionales y empresas de su ámbito.
- Las CCAA, precisamente por su mayor "cercanía" a los ciudadanos de su ámbito territorial, son muy

vulnerables a sus deseos de protección.

Entre ellas, a su vez, cierto "efecto emulación" hace que las restricciones a la competencia y excesos regulatorios introducidos por unas sean pronto copiadas por las restantes. Esa hipertrofia e intervencionismo regulatorio -tanto a escala nacional como autonómica-, tiene efectos económicos adversos. En particular, lleva a que:

- Las sucesivas reformas normativas hayan desvirtuado, en la práctica, la regla general del "silencio administrativo positivo" que consagró, hace ya más de tres lustros, la Ley 30/92, de

Procedimiento Administrativo de las Administraciones Públicas.

- Se consideren "servicios públicos" sujetos a un régimen de concesión administrativa actividades económicas que debieran ser libres. Así, por ejemplo, el transporte de viajeros entre dos ciudades españolas se considera un servicio público en régimen de concesión cuando se realiza en autobús, pero no cuando se presta en avión.

- Dentro de España no están siempre reconocidas libertades económicas básicas consagradas por la Unión Europea para todo el Mercado Único.

Así, por ejemplo, la apertura de una línea de autobuses entre Madrid y Badajoz está sujeta a autorización administrativa, mientras que la prestación de ese mismo servicio entre Madrid y Lisboa es libre, con sujeción a mera comunicación previa. En suma, el diagnóstico general de los miembros del Consejo Asesor sobre las perspectivas de liberalización en España no fue optimista. Los grupos de interés siempre están activos y alerta y los intereses generales tienen una defensa más difusa. Para algunos, eso hace preciso que la actividad de promoción y fomento (advocacy) de la competencia deba ser

especialmente activa y beligerante. Para otros, sin embargo, España, aunque tiene un régimen menos liberal que el que predomina en los países anglosajones, es más abierta -especialmente en materia de inversión extranjera- que muchos otros países de la Europa continental.

Está previsto que la situación de la competencia en España sea objeto de un peer review por las autoridades de competencia de los países miembros de la Unión Europea durante el primer semestre de 2010, coincidiendo con la presidencia española del Consejo.