

LA POSIBLE APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE COMPETENCIA Y BUENA REGULACIÓN A LA UNIVERSIDAD EN ESPAÑA. EN BÚSQUEDA DE LA EXCELENCIA

María Pilar CANEDO ARRILLAGA*

Resumen

El ámbito educativo y especialmente el universitario español han sido tradicionalmente reticentes a la inclusión de principios de buena regulación y competencia en su funcionamiento como una vía para conseguir mejoras relevantes en la calidad de la enseñanza, en las condiciones de acceso al sistema para estudiantes y profesores, en el acceso a la financiación y, en última instancia, en los resultados de la misma. Históricamente se ha considerado que la enseñanza universitaria constituye un servicio a la sociedad totalmente ajeno al mercado y que la competencia tan solo puede generar efectos beneficiosos cuando la actividad a que se aplica tiene fundamentalmente inspiración económica.

Ambas preconcepciones deben sin embargo ser reevaluadas si de este modo se consigue generar mejoras en el sistema educativo y en consecuencia un incremento en los estándares de protección del interés general.

Palabras clave

Política de competencia, enseñanza universitaria, interés general, promoción de la competencia, principios de buena regulación.

Summary

Higher education functioning has traditionally been reluctant, especially in Spain, to the application of principles of better regulation and competition as a way to achieve relevant improvements in the quality of the education itself, in the conditions of access to the system by professors and students, in the access to financing, and, in consequence, in the

* Profesora de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Deusto y Consejera de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Correo electrónico: maria@canedo.org

results of the procedure itself. Historically High education has been conceptualized as a service to society that is far from a market (in a narrow conceptualization of it) and it has been considered that competition principles can only be used inside a market.

Both conceptions should have to be revisited if by doing so we can improve the performance of the system and in consequence obtain as a result a higher and better protection of public interest.

Keywords

Competition policy, higher education, general interest, advocacy of competition, better regulation principles.

SUMARIO: I. Introducción. II. Marco en que operan las universidades. III. Problemas de competencia que puede generar nuestro marco normativo. 1. Barreras de entrada y salida contenidas en la regulación. 2. Barreras de ejercicio. A) Relacionadas con la gobernanza. B) Financiación. C) Relacionadas con el profesorado y los estudiantes. 3. Problemas de neutralidad competitiva. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

1. Las Universidades pueden considerarse dentro de las instituciones más relevantes para el desarrollo de la cultura en una sociedad. Por ello se constituyen como un elemento que contribuye de manera muy especial a mejorar las condiciones de vida de la población. Además mejoran (posiblemente cada vez de manera más amplia, dada la generalización en el acceso, la apertura de procesos de contratación, la apertura a la sociedad por medio de las investigaciones y las prácticas, las experiencias de internacionalización o la educación no presencial) las condiciones de vida del país o región en que ofrecen sus servicios.

Las universidades no solo son fuente de conocimiento sino también de investigación y, en general, de innovación tecnológica, científica y social. También son fuente de desarrollo y preservación de la cultura de la sociedad y de fomento de las capacidades intelectuales personales y profesionales de los individuos que en ellas trabajan, quienes con ellas colaboran y quienes reciben en ellas enseñanza, capacitación y educación (1).

Estas capacidad y objetivo de servir para contribuir a la generación, difusión y preservación de conocimiento y cultura y de mejorar la calidad de vida de las per-

(1) GARCÍA RAMOS, J. M., «La formación integral: objetivo de la Universidad, Algunas reflexiones sobre la educación en la Universidad», *Revista Complutense de Educación*, Vol. 2 (2), pp. 323-335. Edit. Univ. Complutense. Madrid, 1991.

sonas exigen que los centros de enseñanza superior sean dotados de sistemas jurídicos que los regulen para garantizar que pueden cumplir y que cumplen sus relevantes funciones de la manera más adecuada posible (2).

2. Todos los elementos mencionados parecen alejados del concepto de mercado, tradicionalmente empleado para enmarcar la actuación de entidades que intervienen en transacciones mercantiles ajenas, por inferiores y más mundanas, a valores superiores como los que inspiran la razón de ser de los centros de enseñanza. Es decir, se parte de la base de que los principios de competencia son válidos para las cuestiones de naturaleza esencialmente económica pero ajenos o incluso incompatibles con las que trascienden de este enfoque y buscan proteger valores superiores.

No en vano, la regulación de competencia, comenzó su desarrollo en la era moderna como una manera de conseguir, atribuyendo poderes sancionadores al Estado, que las empresas limitaran sus capacidades de llevar a cabo determinadas actividades privadas (acuerdos, o prácticas unilaterales) que les suponían réditos económicos considerados excesivos por entrar en colusión con valores superiores que contribuyen a proteger el interés general (3). Por ello ordinariamente la política de competencia se centraba en limitar la autonomía de la voluntad de las empresas –principio inherente al funcionamiento del derecho privado y especialmente del mercantil– cuando se verificaba que las conductas que llevan a cabo resultaban contrarias al interés público, el de los competidores y el de los usuarios de los productos o servicios afectados (4). Es decir, la política de competencia surge como una más de las capacidades del Estado para proteger valores superiores al libre funcionamiento del mercado imponiendo actuaciones o impidiendo la realización de conductas contrarias al interés general (5).

3. La tensión competitiva entre operadores resulta ordinariamente en ventajas para la sociedad (6). La misma se verifica en la forma de mejores precios, mayor calidad e innovación, mejoras en la creación de empleo, mayor y mejor acceso de la ciudadanía los productos y servicios, competitividad de la economía o creación de empleo (7).

Tales beneficios desaparecen cuando los operadores pactan una armonización de condiciones que les generan ventaja al reducirse el esfuerzo que les exige ser competitivos. También cuando una entidad con suficiente poder de mercado abusa del mismo en beneficio propio y en contra del interés general. En tales supuestos,

(2) BERMÚDEZ APONTE, J., «Los fines de la universidad», en *Revista Panamericana de Pedagogía*, núm. 26, 2018, pp. 17-33.

(3) ARPIO SANTACRUZ, J., «Las restricciones de la competencia que tienen su origen en la actividad normativa de los poderes públicos», en Beneyto, J. M., y Maillo, J. (dirs.), *La nueva Ley de Defensa de la Competencia: análisis y comentarios*, Ed. Bosch, Barcelona, 2009, pp. 379 a 414.

(4) CALVO CARAVACA, A. L., «Derecho antitrust europeo», tomo I, parte general, *La Competencia*, Ed. Colex, Madrid, 2009, p. 671.

(5) TORRE SUSTAETA, M. V., *La aplicación del Derecho de la competencia en Europa: intereses en juego y vías de tutela*, Pamplona, Aranzadi, 2014.

(6) LIANOS, I.; MATEUS, A., y RASLAN, A., «Is There a Tension Between Development Economics and Competition?», en SOKOL, D.; CHENG, T., y LIANOS, I., *Competition Law and Development*, Stanford University Press, England, 2013, pp. 35 a 51.

(7) CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, M., «La regulación como finalidad distinta al Derecho de la Competencia», en *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las administraciones públicas*, Ed. Cívitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 87 a 103.

el derecho de la competencia interviene para restituir la situación a la que genera mayor ventaja a la sociedad (8).

4. El desarrollo de la regulación de competencia toma en consideración, igualmente, que la existencia de fallos de mercado y valores –que se conceptúan como superiores y consecuencia merecen la protección del Estado– exigen una protección que implica una mayor y diferente intervención de la administración (9).

En este caso no resulta eficiente esperar a verificar la existencia de conductas contrarias al interés general que pueden ser corregidas a posteriori sino que resulta necesario diseñar sistemas jurídicos que sitúen el interés general por encima del de los operadores impidiendo que se lleguen a verificar los efectos negativos de las conductas. De otro modo en defecto de tal intervención estatal, los operadores podrían beneficiarse de rentas superiores a las que les corresponderían razonablemente. Por ello existen sectores económicos regulados en que la normativa trata de paliar de antemano los efectos negativos que podrían producirse en la sociedad (10).

5. A parte de tales regulaciones sectoriales específicas, con posterioridad a la política de defensa de la competencia surgen las denominadas labores de promoción (*advocacy*) (11).

La función de promoción de la competencia se centra en un sujeto diferente a los operadores privados. Su foco está, precisamente, en controlar en qué medida el Estado podría generar problemas por medio de su actuación (12). Identificados problemas de competencia que pueden generarse o ya generados por la administración en sentido amplio o la legislación, se trataría de buscar la forma de evitarlos o frenarlos si ya se han producido. De ahí que comiencen a desarrollarse unos principios, denominados de regulación económica eficiente, que tratan de aquilatar con la mayor posible precisión la actuación de la administración en aras de garantizar un incremento en los estándares de protección del interés público (13).

Esta vía de la promoción de la competencia, complementaria de la vía de la defensa, supone una reconsideración de algunas de las concepciones tradicionales en la política de competencia entre las que están no solo los sujetos sino especialmente los modos de generar las alteraciones en el sistema. Entre esas nuevas concepciones, comienza a cuestionarse el concepto de mercado como objeto de

(8) SIGNES DE MESA, J. I.; FERNÁNDEZ TORRES, I., y FUENTES, M., *Derecho de la competencia*, Ed. Cívitas, Cizur Menor (Navarra), 2013.

(9) VELASCO SAN PEDRO, L. A., «La regulación económica como barrera a la competencia: liberalización y política de mejora de su calidad», en *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las administraciones públicas*, Ed. Cívitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 25-47.

(10) LAGUNA DE PAZ, J. C., en *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las administraciones públicas*, Ed. Cívitas, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 153 a 177.

(11) OECD *Strategies for competition advocacy*, DAF/COMP/LACF (2010)4.

(12) GUILLÉN CARAMÉS, J., «La promoción de la competencia como refuerzo al ejercicio de potestad sancionadora por parte de las autoridades de competencia: en especial, la impugnación de la actividad administrativa contraria al Derecho de la Competencia» en *Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en Derecho de la Competencia*, capítulo VI, *La impugnación por las Autoridades de Competencia de la actuación de las Administraciones Públicas*, Ed. Cívitas, Cizur Menor (Navarra), D. L. 2013, pp. 369 a 399.

(13) GÓMEZ ASENSIO, C., *La mejora regulatoria (Better Regulation) Aplicaciones en materia de contratación pública*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

la normativa de competencia que se había desarrollado tradicionalmente y se genera un concepto autónomo y mucho más amplio que trasciende la actuación meramente mercantil (14).

A raíz de tal ensanchamiento se verifica que los principios de competencia pueden generar ventajas para la sociedad en ámbitos de actuación que históricamente le habían resultado ajenos. En consonancia, se considera que la labor de la administración, igual que la de los operadores económicos puros, no es ilimitada. Encuentra su límite en los principios de buena regulación para garantizar el cumplimiento de los objetivos a que pretende servir (15).

Además pone de manifiesto que la aplicación de principios de competencia en la prestación de servicios públicos o en sectores que tradicionalmente le habían sido ajenos puede conllevar ventajas de mejora que no deben desdeñarse.

6. Esta concepción más amplia de la competencia conlleva que las autoridades de competencia se encarguen de analizar actuaciones que trascienden del concepto tradicional de mercado y busquen no solo asesorar a la administración sino también fiscalizar o controlar su actuación en actividades diversas (16).

Se trata de conseguir que la actuación pública genere la mínima distorsión posible y permita obtener y potenciar cuantas mejoras en las condiciones de vida de los ciudadanos sean posibles (17).

7. En esta línea se comienza a valorar en qué medida la normativa de competencia puede resultar relevante a la labor prestada por las universidades a la sociedad. Las universidades, reguladas como no puede ser de otro modo por las administraciones se enfrentan a restricciones en su funcionamiento que no siempre resultan justificados desde una perspectiva de regulación económica eficiente (18).

Por otra parte, algunos de los servicios prestados por las universidades se van acercando, en una cierta medida, a los ofrecidos por operadores económicos que buscan incrementar su eficiencia y de esa manera mejorar la calidad de los servicios prestados a la sociedad y contribuir de mejor manera a los objetivos que tienen encomendados (19). En algunos servicios prestados por las universidades, ordinariamente ajenos a las enseñanzas oficiales, existe posibilidad de fijación libre de precios y en esos casos se exacerba la competencia en calidad para conseguir la selección de los usuarios.

Ambos elementos –la oferta de algunos servicios bajo parámetros de mercado y la aplicación de los principios de competencia a ámbitos no estrictamente mer-

(14) TONAZZI, A.; PACILLO, M., «Some thoughts on «Advocacy: a driver for change», ICN Workshop, 12-13 December 2013, Rome», en *Italian Antitrust Review*, volumen 1, número 1, 2014, pp. 111 a 113.

(15) US DEPARTMENT OF JUSTICE, *Antitrust Division Manual*, 4th ed. (2008), Chapter V: Competition Advocacy, available online on the DOJ's website, at <http://www.justice.gov/atr/public/divisionmanual/chapter5.pdf>

(16) COSTAS COMESAÑA, J., «La sujeción de la actividad de la Administración al Derecho de la Competencia», en TOBÍO RIVAS, A. M.; FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, A; TATO PLAZA, A., *Estudios de derecho mercantil: Libro homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. José Antonio Gómez Segade*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 369 a 381.

(17) BAÑO LEÓN, J. M., «La aplicación del derecho *antitrust* a la administración pública», en *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las administraciones públicas*, Ed. Cívitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 61 a 86.

(18) OCDE, *Education at a Glance*, 2015, OECD Indicators.

(19) OCDE, *Publicly funded education markets*, DAF/COMP/WP2(2019)2.

cantiles– hacen que una revisión de la normativa que regula las exigencias en que se presta el servicio de la educación superior y de las condiciones de ejercicio desde parámetros de competencia cobre todo el sentido y pueda contribuir a un debate abierto sobre la calidad de la enseñanza y los objetivos que las universidades prestan a la sociedad (20).

II. MARCO EN QUE OPERAN LAS UNIVERSIDADES

8. Las universidades cumplen fundamentalmente tres funciones elementales que contribuyen –individualmente y consideradas en su conjunto– a incrementar el bienestar social en los lugares donde intervienen y fuera de ellos. Los efectos de su labor trascienden de los destinatarios directos de los servicios que prestan y del lugar en que los prestan (21).

Tales funciones se centran en los servicios de educación (transmisión del conocimiento), la investigación básica y aplicada (desarrollo de nuevo conocimiento) y la transferencia de conocimiento a la sociedad.

Por medio de estas funciones, las universidades generan beneficios directos a los estudiantes favoreciendo el acceso a una mayor preparación, un mayor crecimiento personal, una mayor movilidad social, un mejor acceso al mercado laboral o mejores condiciones de trabajo.

Sin embargo la educación universitaria genera externalidades positivas que van más allá de los destinatarios directos ya que la enseñanza superior contribuye a la consecución de claros beneficios indirectos para la sociedad; mayor cultura, mejor formación, mejor competitividad de la economía, más tolerancia a las ideas nuevas o más innovación (22). Incluso genera no desdeñables ventajas económicas en forma de contribución al crecimiento del área geográfica donde se ubican los centros de enseñanza en forma de contratación de bienes y personal, desarrollo de infraestructuras de diverso tipo y florecimiento de negocios dependientes que reactivan las zonas en que se establecen los centros (23).

9. De todo cuanto antecede se deduce que si las universidades ofrecen sus servicios en condiciones óptimas, se genera una maximización de ventajas sociales que van mucho más allá de las que obtienen los beneficiarios directos.

Por ello el modo en que las universidades cumplan con sus objetivos resulta fundamental para que los centros contribuyan a la mejora de las condiciones sociales y el bienestar de la población y en consecuencia se maximicen los beneficios que genera su actuación. Por ello resulta conveniente que se establezca un sistema que contribuya a que el servicio prestado a la sociedad se realice en tales términos

(20) Véanse los trabajos de la OCDE, *Skills Strategy Diagnostic Report*, Spain, 2015; OCDE, *The internationalisation of doctoral and master's studies. Education Indicators in Focus*, February 2016, y OCDE Spain 2017 *Economic Survey Reforms for inclusive growth*.

(21) COMISIÓN DE EXPERTOS PARA LA REFORMA DEL SISTEMA UNIVERSITARIO ESPAÑOL, *Propuestas para la reforma y la mejora de la calidad y eficiencia del sistema universitario español*, 2013.

(22) GONZALEZ, J., y WAAGENAR, R., *Universities' contribution to the Bologna Process, An introduction*, Universidad de Deusto, 2008.

(23) MARCOS, F., «Privatising Higher Education in Spain», *European Business Organization Law Review*, 2003, 4, pp. 541-552.

de eficiencia garantizando los estándares de calidad exigibles y el derecho de la ciudadanía a acceder a las ventajas reflejadas.

10. Para garantizar que todos esos objetivos se cumplen y actuar en el caso de que esto no suceda, se considera justificada la intervención de la administración.

El acceso a la educación superior es un servicio que se presta a la sociedad y debe ser garantizado a la población, no solo en lo que se refiere a las condiciones de acceso a la educación en sí misma considerada sino, especialmente, en lo que implica condiciones de calidad de prestación del servicio en todos los elementos que el mismo conlleva. Solo de esta forma se conseguirá maximizar las ventajas que la educación superior genera en los destinatarios directos e indirectos.

Por ello numerosos autores y en algunas culturas se ha planteado que solo la administración puede garantizar el cumplimiento de las funciones universitarias en tales condiciones de acceso y calidad. Se considera que la provisión pública del servicio y solo ella garantiza las condiciones de independencia y de no discriminación de manera ajena a valoraciones económicas que no deberían ser tomadas en consideración en muchas de las decisiones estratégicas necesarias.

Se trata de una valoración que asume que las consideraciones que hacen intervenir condicionantes de carácter económico desvían cualquier decisión al beneficio de los operadores que intervienen en el mercado (24).

11. Sin embargo, el análisis de diversas realidades en variados sectores ha puesto de manifiesto que pueden precisamente ser las condiciones de mercado o, por mejor decir, las de competencia, quienes consiguen maximizar las condiciones de calidad e innovación en la consecución de objetivos, incluso si estos son considerados superiores y generan externalidades positivas más allá de las específicamente buscadas (25).

En numerosas ocasiones se puede verificar que la tensión competitiva genera ventajas directas en la prestación de ciertos servicios y potencia la obtención de beneficios indirectos incluso si es aplicada a sectores que no pueden considerarse estrictamente económicos desde una perspectiva tradicional. No debe olvidarse que la competencia sirve, precisamente, a limitar las actuaciones de los operadores y de la administración cuando abusan de las posibilidades que les ofrece el mercado en beneficio propio y en perjuicio del interés general. Por ello la normativa de competencia es el guardián que actúa para proteger el interés público en los casos en que resulta necesario.

Además, debe considerarse que los términos en que funcionan los mercados pueden ser de libertad absoluta, pero que también se plantean muy habitualmente mercados con regulaciones muy estrictas y detalladas que sirven a determinar los estándares de protección de derechos que se consideren adecuados al momento de desarrollo social determinado y que tales límites condicionan la actuación de las autoridades de competencia. Ello no implica, sin embargo, que garantizados tales niveles de calidad, la competencia no pueda operar y que su potenciación no genere ventajas relevantes para la sociedad y por lo tanto no desdeñables.

(24) ESPINOSA GARCÍA, J., «Servicios públicos locales y competencia», en *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las administraciones públicas*, Ed. Cívitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 197 a 219.

(25) SOLANA GONZÁLEZ, G., «Administraciones públicas y defensa de la competencia», en *Anuario de la Competencia 2000*, Ed. Marcial Pons, 2001, pp. 39 a 52.

Es decir, no puede considerarse necesariamente que la intervención de la administración sea la única vía para alcanzar los objetivos de garantía de calidad, accesibilidad o innovación en actividades que son beneficiosas para la sociedad. Por el contrario, en algunos casos, la actuación de la administración puede generar no solo costes sino interferencias indebidas que van en contra de los objetivos pretendidos.

Es cierto que la existencia de fallos de mercado sirve como justificación para la intervención de las administraciones en ciertas actividades para corregir las externalidades negativas que de otro modo se generarían (26). Lo mismo puede decirse de razones de imperioso interés general, como desde luego puede ser la equidad, cuya consecución exija la intervención de los poderes públicos. Todos estos factores exigen la intervención de la administración, si no en la provisión de los servicios, sí controlando la actuación de los operadores públicos y privados.

Sin embargo, debe considerarse que una actuación de control bajo el prisma de los principios de competencia es coherente con la prestación de servicios de gran relevancia, asumiendo las ventajas que tal tensión competitiva genera en los destinatarios directos y en la sociedad (27). Podría llegar a afirmarse que tal análisis resulta necesario para conseguir las mejoras pretendidas.

III. PROBLEMAS DE COMPETENCIA QUE PUEDE GENERAR NUESTRO MARCO NORMATIVO

12. En España existen 82 universidades de las que 50 son públicas (47 presenciales, 1 no presencial y 2 universidades especiales –UIMP y UNIA–) y 32 privadas (28 presenciales y 4 no presenciales). Durante el desarrollo del Estado autonómico se crearon 20 universidades públicas aunque no se ha creado ninguna desde 1998.

La creación de universidades privadas se produjo de manera más paulatina aunque se aceleró a mediados de los años 90 y no ha frenado a la misma velocidad.

Es decir, nos encontramos ante un sistema de oferta estable que, sin embargo, presta servicios a una sociedad en cambio permanente al que las universidades se deben adaptar.

13. Para que se verifiquen las ventajas que se derivan de la existencia de competencia en un sistema es necesario que se den unas circunstancias que permitan y favorezcan la generación de la tensión competitiva de la que deriva la mejora.

Sin embargo, si se analiza la oferta existente en los diferentes centros y la conducta de los destinatarios del servicio universitario, se verifica que no existen cambios acusados en la demanda ni se verifica una tensión competitiva real entre la mayoría de los centros de enseñanza.

(26) SENDÍN GARCÍA, M. A., *Regulación y servicios públicos*, Comares, Granada, 2003.

(27) GIBERT, A., «Regulación y competencia»; CANEDO ARRILLAGA, M. P., *Administración y Competencia. Un análisis de la labor general de la Administración y una especial mirada a la situación de competencia en los puertos*, Editorial Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2015. pp. 91 a 100.

Diversos son los elementos en el sistema universitario español que pueden limitar la existencia de presiones competitivas entre los diferentes oferentes del servicio y ello restringe las posibilidades de mejora (28).

Debe analizarse si las limitaciones a la prestación del servicio están o no justificadas en la existencia de fallos de mercado o en razones de imperioso interés general y si las mismas, en consonancia con los mencionados principios de buena regulación pueden considerarse no discriminatorias, necesarias y proporcionales para alcanzar los objetivos que pretenden.

1. Barreras de entrada y salida contenidas en la regulación

14. La Constitución Española reconoce el derecho de personas físicas y jurídicas a crear centros docentes en su artículo 27.6 por lo que nuestra Carta Magna se decanta por la provisión de enseñanza por centros de todo tipo y no solo públicos admitiendo que entre los mismos puede existir una cierta tensión competencial.

15. Tal derecho constitucional es desarrollado en la Ley Orgánica de Universidades que, sin embargo, en aras a conseguir los adecuados estándares de calidad del servicio prestado y su control administrativo, establece fuertes exigencias para la creación de universidades públicas y el reconocimiento de las privadas (en sus artículos 4 a 6) (29).

Entre ellas destaca la necesidad de que los centros se creen por una Ley de las Cortes Generales o de la Asamblea General de la Comunidad Autónoma; que exista un informe preceptivo de la Conferencia General de Política Universitaria relativo a la programación general de la enseñanza universitaria; que se cumplan los requisitos determinados por el Gobierno sobre los medios y recursos adecuados (en el RD 420/2015), y la aprobación de sus Estatutos (en universidades públicas) o normas internas (en universidades privadas) por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma (30).

El citado RD exige además para crear una universidad varios requisitos añadidos (que son incluso superados por algunas comunidades autónomas). Entre ellos destaca la exigencia de una oferta mínima de ocho titulaciones oficiales de grado y master junto con un plan de desarrollo validado por la ANECA; una programación investigadora en áreas relacionadas con los títulos oficiales; una relación de PDI/alumnos (a tiempo completo) no inferior a 1/25, pudiendo oscilar entre 1/50 y 1/100 según el nivel de semipresencialidad y experimentalidad). Se exige 100 % de Doctores para Doctorado y un mínimo de 70 % de Doctores para Máster y 50 % de Doctores para Grado; Instalaciones, medios y recursos adecuados y una Organización y estructura adecuada, incluyendo una memoria justificativa (con aspectos como la determinación del emplazamiento).

(28) VILLA SÁNCHEZ, A., «La innovación social en el ámbito universitario. Una propuesta para su diagnóstico y desarrollo», en *Revista Argentina de Educación Superior*, núm. 8, 2014, pp. 188-218.

(29) Para las universidades privadas es preciso además que las personas que las crean no presten servicios en una Administración educativa.

(30) En defecto de plazo distinto establecido por la Comunidad Autónoma, el proyecto de Estatutos se entenderá aprobado si transcurridos tres meses sin resolución expresa del Consejo de Gobierno.

16. El cumplimiento de tales requisitos debe ser comprobado por las autoridades competentes de la comunidad autónoma para que emita un informe en un plazo de seis meses.

17. Los centros que imparten enseñanzas de acuerdo a sistemas educativos extranjeros también necesitan de autorización del órgano de la comunidad autónoma y deben cumplir requisitos semejantes.

18. Respecto de la salida del sistema, la regulación establece que las universidades deben mantener su funcionamiento durante como mínimo el tiempo que permita a los estudiantes que comiencen los estudios y tengan un aprovechamiento suficiente, finalizarlos.

19. Para que una actividad se realice en condiciones reales de competencia, resulta necesario que no existan restricciones injustificadas a la entrada y salida de operadores (31). De esa manera, los operadores ya existentes experimentan la tensión que supone el riesgo de que existan nuevos tipos de oferta que puedan ser más atractivos para los usuarios y ello incita a la mejora de calidad y a la innovación para no quedar desplazado del sistema. Ello exige también por tanto que la salida del mercado de los operadores poco eficientes en términos de calidad sea posible y no esté inadecuadamente restringida por barreras injustificadas (32).

20. La educación superior está sometida, como muchos aspectos de nuestra vida, a innovaciones derivadas de los cambios en la tecnología y de las nuevas necesidades sociales. Ello podría implicar la entrada de nuevos operadores que compitan con los tradicionales que se adaptarían de manera más rápida a las nuevas exigencias sociales. Sin embargo, la existencia de limitaciones injustificadas ralentizaría los cambios y mejoras.

Estas limitaciones podrían también reducir las posibilidades de elección de los destinatarios del servicio universitario (especialmente estudiantes y profesores).

21. Cabe preguntarse si las barreras definidas en la regulación cumplen con los requisitos de necesidad y proporcionalidad propios de los principios de buena regulación (33).

Resulta evidente que existe una Razón de Imperioso Interés General que justifica alguna intervención del Estado en la creación de centros educativos que habilitan para ofrecer títulos que en algunas ocasiones son habilitantes para ejercer profesiones. Sin embargo varias consideraciones pueden realizarse.

22. La exigencia de que exista una norma con rango de Ley supone una muy fuerte barrera de entrada para los operadores que pretenden entrar en el mercado.

En su aprobación se verifican decisiones de corte político que no deberían integrarse en la decisión de la oferta realizada. Además, implican una ralentización en el proceso que puede resultar muy nociva para la competencia en el sistema en la medida en que puede inhibir a operadores eficientes y excelentes que busquen sistemas más ágiles para realizar su oferta de enseñanza.

(31) FUNDACIÓN RAFAEL DEL PINO y CÍRCULO DE EMPRESARIOS, *Regulación, desregulación, liberalización y competencia*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2006.

(32) MASÍA, J., y JIMÉNEZ-LAIGLESIA OÑATE, J. M., «Promoción de la competencia», en *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las administraciones públicas*, Ed. Cívitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 393 a 440.

(33) PETIBÒ JUAN, A., «Un horizonte nuevo para la competencia y la regulación», en *Anuario de la competencia: 2011-2012*, Ed. Servei de Publicacions de la Universitat Autònoma de Barcelona, 2012, pp. 85 a 109.

Por otra parte, en algunas Comunidades Autónomas se exige que haya un informe del Consejo de Universidades de la región que está integrado por rectores de las universidades ya existentes que lógicamente carecen de incentivo alguno para fomentar la entrada de nuevos oferentes que harán la competencia a los servicios que ya están siendo prestados.

23. La exigida aprobación de Estatutos o normas internas supone un retraso en el acceso al sistema lo que en sí mismo supone una barrera.

Además, en este sentido, parece claro que la organización interna de los centros debería ser definida de manera autónoma para permitirles, precisamente, realizar ofertas diferenciadas.

Finalmente y sobre todo, no parece que la organización interna de los centros tenga una relación directa con la razón de imperioso interés general que se pretende proteger con las medidas propuestas ya que no parece tener una relación de causalidad con los estándares de calidad que la administración debe garantizar a los usuarios del servicio universitario. Parece tratarse simplemente de exigencias formales que tratan de uniformizar los servicios, lo que, en sí mismo no parece ser una ventaja.

24. La exigencia de determinadas instalaciones parece desconocer la evolución social y tecnológica que permite realizar ofertas por medios de similar eficiencia que los tradicionales y por lo tanto no parece estar justificada en los principios de buena regulación.

25. Las proporciones de doctores en el PDI y, sobre todo, la exigencia de una oferta académica mínima supone una gran limitación a la entrada en el sistema que no parece tener una justificación clara vinculada con la calidad.

Esta limitación, por el contrario, supone un freno para la entrada de oferentes especializados en materias determinadas o con perfiles profesionalizantes alternativos a los ofrecidos por los centros tradicionales o aquellos que emplean técnicas innovadoras que requieren de infraestructuras diferentes de las establecidas en la norma.

26. La burocratización puede suponer una barrera de entrada en el sistema que no necesariamente genera un incremento en la calidad ni contribuye por tanto de modo imprescindible al objetivo de protección de las razones de imperioso interés general en que se basa la regulación. Desde una perspectiva de regulación económica eficiente, debería sin duda ser objeto de reconsideración.

27. Lo mismo sucede con la mencionada limitación de entrada a centros sometidos a normativas extranjeras.

Tal entrada podría suponer un incentivo a la mejora derivado del incremento de competencia basada en sistemas diferentes al nacional lo que podría contribuir a una mejora en la competitividad y a una apertura a métodos de enseñanza diferentes que ampliaría la capacidad de elección de los destinatarios del servicio y podría generar clara ventaja para la sociedad. Sin embargo, el papel jugado por las administraciones y universidades locales en el proceso de entrada puede generar incentivos negativos que no tienen por qué alinearse con el interés general (34).

28. Respecto de la salida de centros del sistema, resulta claro que la administración debe establecer cauces que garanticen que los derechos de los estudiantes son adecuadamente respetados en la eventualidad de que un operador decida o se vea forzado a salir del sistema.

(34) EACEA. The European Higher Education Area in 2015: Bologna Process Implementation Report. Luxembourg: Publications Office of the European Union.

Esta exigencia que trata de proteger los derechos de los alumnos que tienen la razonable expectativa de finalizar los estudios en el centro en que comienzan puede considerarse una barrera de salida del mercado que podría tener incidencia en el supuesto de que comience a operarse en términos de competencia ya que en esos términos, los operadores ineficientes que cumplen los adecuados estándares de calidad, son expulsados del mercado (35). La protección de la razón de imperioso interés general, obvia en este caso, podría conseguirse con medidas menos restrictivas para los operadores como la flexibilización de la movilidad de los estudiantes en caso de salida.

29. Todo cuando antecede permite concluir que la regulación referida establece barreras de entrada y salida del sistema que no parecen compadecerse con las exigencias de necesidad, proporcionalidad y no discriminación propios de la buena regulación (36).

2. Barreras de ejercicio

30. Cuando los operadores consiguen entrar en el sistema, la tensión competitiva se genera si existe la posibilidad de que cada uno de ellos organice la oferta de su servicio de manera diferenciada. Se trata de que cada operador se vea incentivado a incrementar su calidad y ofrecer un producto o servicio atractivo para los usuarios de forma que su producto sea el seleccionado por la sociedad.

Un análisis de la regulación existente parece permitirnos concluir que el sistema universitario español impide en gran medida la determinación autónoma de las ofertas realizadas por las universidades en la medida en que la regulación uniformiza varios de los aspectos de gobernanza e incluso de titulaciones en sí (37).

A) *Relacionadas con la gobernanza*

31. Las universidades españolas tienen restricciones relevantes en la forma de organizarse.

En primer lugar existen limitaciones en la creación, modificación y supresión de centros o institutos que requieren de la aprobación de la comunidad autónoma correspondiente (artículos 8.2 y 10.3 de la LOU para universidades públicas y artículo 12 de la LOU para universidades privadas).

Tales exigencias limitan las capacidades de las universidades de tomar decisiones sobre la oferta que realizarán y confiere a las comunidades una capacidad de incidir en la planificación y programación universitaria que puede resultar contraria a la competencia y a la neutralidad competitiva cuando algunos centros

(35) RUIZ OJEDA, A. (director), *Fundamentos de regulación y competencia: el diálogo entre derecho y economía para el análisis de las políticas públicas*, Ed. Iustel, Madrid, 2013, 274.

(36) COMISIÓN EUROPEA, *Recomendación del Consejo relativa al Programa Nacional de Reformas de 2017 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de 2017 de España*, COM(2017) 508 final, Bruselas, 22 de mayo.

CMA *Recommendations on the Higher Education and Research Bill*, 2016, en <https://www.gov.uk/government/collections/higher-education-and-research-bill>.

(37) KRÜGER, K.; PARELLADA, M.; SAMOILOVICH, D., y SURSOCK, A., *La reforma de la gobernanza en los sistemas universitarios europeos*, Fundación CYD, 2017.

son de titularidad pública y la administración tiene un incentivo a protegerles de competencia potencial (38).

32. Se plantean igualmente limitaciones para que las universidades españolas abran centros educativos en el extranjero en la medida en que se les exige un acuerdo del Gobierno, la aprobación de la comunidad autónoma y un informe del Consejo General de Política Universitaria. Todas esas exigencias carecen de justificación vinculada con razones de imperioso interés general ya que los requisitos establecidos para operar en el territorio español deberían ser suficientes para acreditar que se cumplen los requisitos de calidad exigibles sin que existan otras razones que sirvan a limitar tal iniciativa.

La limitación, sin embargo, supone una restricción al ejercicio de la actividad por parte de los centros que limita la posibilidad de los centros de organizar de manera autónoma e independiente su propia oferta y, en consecuencia, la competencia y los alicientes a la mejora de la calidad de la enseñanza y a la innovación en la oferta.

33. La normativa establece incluso restricciones en el sistema de organización de las universidades públicas cuya rigidez, además de carecer de justificación desde una perspectiva de necesidad y proporcionalidad, supone una uniformización de los operadores contraria al incentivo que genera la competencia lo que no favorece la mejora e incluso establece una incidencia de la administración que puede resultar contraria a criterios de calidad (39).

Estas restricciones afectan incluso a la gobernanza de las universidades privadas para las que el artículo 27 de la LOU establece constricciones que difícilmente pueden encontrar relación con la garantía de la protección de razones de imperioso interés general.

34. Las exigencias y constricciones que imperan en la gobernanza universitaria no parecen estar justificadas desde una perspectiva de regulación económica eficiente y generan fuertes barreras al ejercicio del servicio pretendido.

El papel jugado por las comunidades autónomas puede implicar un freno a la entrada de nuevos operadores que no se base en razones de interés general protegiendo a los operadores ya instalados por intereses que podrían resultar ajenos a la calidad del servicio, lo que no incentiva la mejora del servicio prestado a la ciudadanía. Lo mismo sucede con el papel jugado por los rectores de los operadores existentes en la verificación de los títulos oficiales.

Esta práctica de incluir a los prestadores de servicios en la toma de decisión de nuevos entrantes ya se ha verificado en numerosas ocasiones como contraria al

(38) AGHION, P.; DEWATRIPONT, M.; HOXB, C.; MAS-COLELL, A., y SAPIR, A., «The governance and performance of universities: evidence from Europe and the US», *Economic Policy*, 2010, 25, pp. 7-59.

(39) En el caso de las universidades públicas los artículos 13 a 26 de la LOU establecen que el Consejo social debe contar con un Presidente nombrado por el Gobierno de la Comunidad Autónoma; que el Claustro tenga un número con un máximo miembros elegidos y una determinada composición; que el rector tenga que prestar servicios como funcionario activo del cuerpo de catedráticos; que los vicerrectores decanos directores de escuela y directores de departamento sean profesores doctores prestando servicios en la universidad o con vinculación permanente con la misma; que el secretario general sea funcionario público prestando servicios a la universidad y tenga unas titulaciones determinadas (no siempre vinculadas con los servicios que debe prestar); que el gerente no pueda tener funciones docentes, o que el desempeño de órganos unipersonales de gobierno no puede ejercerse simultáneamente y ha de ser por parte de profesorado a con dedicación a tiempo completo (nunca a tiempo parcial).

interés general en mercados más evidentemente vinculados con servicios en que el rendimiento económico resulta más relevante en la toma de decisiones y se ha verificado como claramente contraproducente (40).

35. Lo mismo puede decirse de la exigencia de que la aprobación de Estatutos o normas internas de universidades tanto públicas como privadas requiera la aprobación del Consejo de Gobierno de la Comunidad autónoma, por el riesgo que esto supone a la restricción a la autonomía en la toma de decisión que es inherente a la existencia de competencia y las ventajas que la misma genera.

36. La posibilidad abierta por la LOU en su artículo 90 de encomendar a las universidades tareas que no les resultan, al menos a priori, propias, puede resultar igualmente contraria a los principios de eficiencia.

B) *Financiación*

37. En un modelo de profunda intervención estatal el sistema de financiación de las universidades tiene una gran incidencia si se quiere fomentar el incremento en la calidad de la prestación del servicio.

El sistema de financiación pública puede ser diseñado de forma que potencie la consecución de objetivos de calidad u otros considerados esenciales para el legislador, o bien determinarse de manera que no fomente los objetivos de excelencia pretendidos por el Estado y que justifican la intervención administrativa en la educación (41).

38. Varios son los criterios que podrían emplearse para determinar la financiación recibida por las universidades.

Algunos de ellos están directamente vinculados con las funciones y objetivos de la universidad. Entre los vinculados con la docencia está la propia evaluación de la satisfacción de los estudiantes (con los problemas que ello conlleva) o los vinculados con la inserción laboral. Los vinculados con la investigación hacen referencia a la existencia de patentes, de sexenios obtenidos por los profesores o las publicaciones de impacto conseguidas. Entre los de transferencia se encuentran la creación de empresas, *startups* o patentes.

Los criterios vinculados con la demanda de estudiantes requieren de sistemas que faciliten la existencia de una información suficiente por parte de los estudiantes, así como de un modelo que permita de manera eficiente la movilidad de los alumnos.

Los criterios que implican considerar la duración media de los estudios por alumno o el rendimiento de los estudiantes en forma de tasas de abandono o de calificaciones presentan la dificultad de que el incentivo de los operadores a conseguir buenos resultados en los mismos puede resultar contraproducente para conseguir los objetivos de mejora pretendidos en la medida en que cabe la posibilidad de

(40) OCDE, «Executive Summary of the Discussion of the Roundtable on Competitive Neutrality in Competition Policy», en *Draft Summary Record: Annex to the summary record of the 123rd meeting of the Competition Committee held on 15-19 June 2015*, 29 de enero de 2016, DAF/COMP/M(2015)1/ANN7. en <http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cot e=DAF/COMP/M%282015%291/ANN7&doclanguage=en>

(41) ANGHEL, B.; CABRALES, C.; GÜELL, M., y VIOLA, A., «Un análisis de modelos para financiar la educación terciaria: descripción y evaluación de impacto», *Documentos de Trabajo Fedea* 2017/09.

que se alteren los resultados con el objetivo de mejorar la posición en los rankings sin que exista correlación real en la calidad del servicio ofrecido.

Existen otros criterios más objetivos pero que no están necesaria ni directamente vinculados con la calidad del servicio prestado (superficie, bibliotecas...).

La internacionalización de la universidad en alumnos y profesores supone un criterio significativo de la atracción de los estudios ofrecidos más allá de las fronteras y además genera en sí mismo, en general, ventajas intrínsecas para el desarrollo de determinadas competencias que resultan más fáciles de desarrollar en entornos multiculturales.

Existiría también la posibilidad de diseñar criterios más general o abstractamente vinculados con objetivos clásicos inherentes al servicio universitario relacionados con la promoción de la cultura o del saber, menos o incluso en absoluto relacionados con resultados tangibles como los previamente descritos, que pueden resultar más aptos para ciertas titulaciones y coherentes con algunas de las misiones que también está llamada a cumplir la universidad.

39. En España, sin embargo, los criterios empleados por la administración para reconocer financiación a las universidades rara vez toman en consideración cualquiera de estos criterios (42).

Esta es posiblemente una de las cuestiones que de manera más directa contribuirían a generar competencia entre los centros y en general a mejorar la calidad, la innovación y la excelencia. No se trataría en ningún caso de basar los criterios de financiación universitaria en elementos economicistas ajenos a los de calidad de la enseñanza o el servicio prestado, a la innovación o a la contribución que necesariamente tiene que tener la universidad al desarrollo del saber y la cultura (difícilmente compatible en muchas ocasiones con la obtención de rendimientos directos).

Por el contrario se trataría de explicitar los objetivos, establecer cauces de verificación, precisar el nivel de cumplimiento y actuar en consecuencia. El establecimiento y definición de sistemas de medición precisamente de esos objetivos y la atribución de financiación basada en ellos, supondría un giro copernicano en el sistema que, sin duda generaría gran controversia, pero que podría contribuir a una mejora sustancial en el sistema del que se podría beneficiar la sociedad en general además de los destinatarios directos del servicio universitario.

C) *Relacionadas con el profesorado y los estudiantes*

40. Las barreras al ejercicio una vez de entrar en el sistema están también vinculadas con la forma de selección de profesorado y de los estudiantes.

No cabe duda de que, dadas las características de las diversas funciones que cumple la universidad y su relevancia tanto social como específicamente para cada individuo que la recibe, resulta necesario que existan controles que garanticen que se cumplen los estándares de calidad requeridos. Nos encontramos con un servicio que resulta de trascendencia vital para muchos de quienes lo reciben. Además es un servicio que se prolonga en el tiempo de manera dilatada y en el que la alternativa en caso de insatisfacción resulta muy poco flexible.

(42) JONGBLOED, B., «Funding higher education: options, trade-offs and dilemmas», *Paper for Fulbright Brainstorms 2004*, New Trends in Higher Education.

Por otra parte, la asimetría de información es muy acusada y especialmente relevante dadas las características de los destinatarios ordinarios de los servicios universitarios.

Por todo ello resulta justificado que existan cautelas tendentes a garantizar un adecuado respeto de los intereses sociales y específicamente los de los destinatarios directos del servicio prestado.

41. Ello no obstante, las exigencias formales que se establecen en la regulación no necesariamente garantizan el incremento en la calidad de los servicios y, en cambio, generan constricciones que, en ocasiones, limitan la posibilidad de las entidades de realizar ofertas diferenciadas y competir en calidad e innovación (43).

Las universidades públicas están extraordinariamente limitadas en las cuestiones de gestión del personal lo que limita de manera muy relevante su autonomía de gestión. La existencia de porcentajes entre personal contratado y temporal por ejemplo, carecen de justificación desde una perspectiva de regulación económica eficiente. La restricción llega incluso a la gestión de los complementos retributivos lo que limita la capacidad de las universidades de diversificar sus necesidades y responder a ellas de manera eficiente así como de competir por los mejores profesionales.

La generación de procedimientos excesivamente burocráticos y la composición de las comisiones en la selección del profesorado, habiendo supuesto una mejora respecto de situaciones precedentes, tienen como consecuencia una limitación geográfica muy significativa en la promoción de plazas de profesorado y generan una limitación no justificada a la entrada en el sistema de profesionales internacionales.

Todo ello no redonda en ventaja para el sistema y limita las posibilidades de competencia entre los centros y en consecuencia para el interés general.

42. Respecto de los estudiantes existen también numerosas restricciones dignas de mención.

Las universidades carecen de capacidad para determinar su oferta de plazas lo que supone una limitación a la competencia y es fuente de una estabilidad en las cuotas que no se corresponde con razones de calidad.

Esta limitación supone también una restricción a la competencia entre regiones que resulta contraproducente en términos de excelencia universitaria.

En el caso de los estudiantes un elemento muy limitativo de la competencia es la dificultad de obtener información suficiente y sencilla que les permita tomar decisiones de manera informada. Ello genera inercias muy contrarias a la competencia y permite a los centros limitar la tensión competitiva en beneficio propio y en perjuicio del interés general.

3. Problemas de neutralidad competitiva

43. Uno de los problemas que evidencia el panorama descrito es que no se ha garantizado en el sistema español, al menos en todos los casos, un nivel igualado de

(43) GONZALEZ, J., y WAAGENAR, R., *Tuning Educational Structures in Europe*, Universidad de Deusto, 2003.

capacidades entre los operadores que ofrecen el servicio universitario en España (44).

Para que los oferentes de los servicios puedan luchar justamente por la preferencia de los usuarios de los servicios deben de poder hacerlo en condiciones de igualdad. De este modo los usuarios seleccionan los oferentes basándose en criterios objetivos o subjetivos y se condiciona la tensión competitiva de la que se deriva mejora en calidad, eficiencia e innovación.

En el caso de que las regulaciones o actuaciones del Estado o la administración beneficien a unos oferentes respecto de otros, se genera una distorsión que va en contra del proceso competitivo y, en general, en contra de los usuarios del servicio y la calidad del mismo.

Estas conductas, cuando no son necesarias para proteger una Razón Imperiosa de Interés General, generan desigualdades que pueden ser tan negativas para el sistema como las conductas anticompetitivas llevadas a cabo por los operadores privados.

Por esta razón el principio de neutralidad competitiva trata de evitar que el estado favorezca a unos oferentes respecto de otros y, en general, que favorezca a los oferentes públicos respecto de los privados (45).

44. En el caso de los servicios ofrecidos por las universidades resulta necesario considerar que la existencia de un sistema integrado por un relativamente estable número de oferentes resulta más sencilla de controlar para las administraciones, lo que redundaría en una cierta desconfianza ante la entrada de nuevos operadores.

Además, las exigencias de control de la calidad con las especificidades antes referidas, justifican el establecimiento de cautelas que garanticen la calidad del servicio prestado y la protección del interés general. Sin embargo, no resulta inhabitual que se verifiquen conductas por parte de las administraciones que tratan de favorecer a los operadores ya instalados en el sistema (públicos o privados) generando barreras de acceso a operadores, titulaciones o innovación sin que por lo tanto se respeten los principios de neutralidad competitiva.

45. Por otra parte, en el sistema español se produce una situación en que las universidades públicas ofrecen sus servicios en la mayoría de ocasiones a precios inferiores al coste que implica la prestación. Ello genera una situación de alteración de la neutralidad competitiva que no respeta el denominado «level playing field» en el sistema. No en vano, las universidades privadas tienen unas exigencias financieras que les suponen cargas diferentes de las de los operadores públicos.

(44) MANIADAKI, K., *EU Competition Law, Regulation and the Internet-the case of Net Neutrality*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2015.

(45) Véase, «OCDE Competitive neutrality in competition policy en <http://www.oecd.org/competition/competitive-neutrality.htm>; Organisation For Economic Co-Operation And Development, “Summary of Discussion of the Roundtable on Competitive Neutrality in Competition Policy”, en *Draft Summary Record: Annex to the summary record of the 123rd meeting of the Competition Committee held on 15-19 June 2015*, 29 January 2016, DAF/COMP/M(2015)/ANN2. En <http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/M%282015%291/ANN2&doclanguage=en>

SÁNCHEZ GRAELLS, A., «Competition Neutrality in Public Procurement and Competition Policy: An Ongoing Challenge Analised in View of the Proposed New Directive», en *Conference Papers*, Part VIII, paper 10. Ed. International Public Procurement Conference (IPPC), 2012, y HEALEY, D., «Competitive neutrality: addressing government advantage in Australian markets», en DREXL, J. and BAGNOLI, V., *State-Initiated Restraints of Competition*, Edward Elgar, Massachusetts, 2015, pp. 3 a 39.

46. El papel conferido a las comunidades autónomas en la creación de nuevas universidades supone un riesgo de establecimiento de barreras en la entrada de competencia para los operadores ya existentes.

Existen incluso algunas otras ventajas más directas como la exención tributaria de que gozan no solo los bienes de las universidades públicas y su rendimiento sino los actos afectos al cumplimiento de sus fines lo que incluye por ejemplo las residencias de estudiantes (art. 80 de la LOU).

47. En estas circunstancias resultaría conveniente que se establezca un sistema en que el trato ofrecido por la administración a los diferentes operadores sea comparable de modo que no se pueda considerar que unos operadores (público o privados; entrantes o incumbentes; locales, nacionales o extranjeros) tienen ventajas injustificadas, sea en la entrada o en el ejercicio.

IV. CONCLUSIONES

48. Dada la relevancia personal, económica y social que tiene el servicio prestado por las universidades y dadas todas sus características (usuarios poco informados, trascendencia del servicio, no reiteración en la recepción, duración, inflexibilidad en la alternancia...), resulta imprescindible que exista una intervención de la administración tanto en el control de la calidad de las entidades que pretenden entrar a ofrecer el servicio como en el control de la excelencia de las entidades que ya lo prestan. Existe una razón imperiosa de interés general, digna de protección que sin duda justifica tal intervención, en la medida en que nuestro sistema garantiza constitucionalmente la existencia de operadores distintos a las administraciones que presten el servicio universitario.

El control que lleva a cabo la administración, sea *ex ante* o *ex post*, debe realizarse en términos de eficiencia para alcanzar el objetivo pretendido de protección del interés general. Por ello cualquier limitación que se establezca, debe acreditar una explícita relación de causalidad con el objetivo de interés general que se pretende proteger. Además, deben respetarse los principios de regulación económica eficiente (integrados fundamentalmente por los de transparencia, no discriminación, necesidad y proporcionalidad) en todas las decisiones de control *ex ante* o *ex post*.

49. La introducción de principios de competencia y regulación económica eficiente en el análisis y reflexión del sistema educativo y en la normativa universitaria española podría resultar en un claro incremento de la calidad y excelencia del servicio universitario con las visibles ventajas sociales en que tal mejora puede redundar. Estos objetivos afectarían sin duda de manera muy positiva en el corto plazo a los destinatarios directos de los servicios universitarios pero en el medio plazo también a la competitividad de la economía, al desarrollo económico y a la cohesión social.

Lejos de favorecer la entrada de operadores de dudosa calidad como se afirma a menudo, contribuiría a la garantía de principios de eficiencia e incrementaría los niveles de calidad e innovación.

Un sistema adecuado que no establezca *indebidas* barreras de entrada ni de salida, con los pertinentes sistemas de control *ex post* y sin limitaciones indebidas al ejercicio, protegería de manera suficientemente eficiente el interés general y el

de los usuarios y permitiría un incremento en las capacidades de opción por parte de los usuarios (que requeriría de mayor y mejor información en su toma de decisión). Esta posibilidad real de elección supondría una tensión entre los oferentes de la que sin duda se obtendría como resultado un incremento en la innovación y una mejora en la calidad de los servicios prestados.

50. Desde una perspectiva de competencia el sistema universitario español refleja operadores en número que evoluciona escasamente y que ostentan cuotas muy estables, sobre todo en la formación presencial de Grado. Tal estabilidad no favorece la tensión entre operadores que genera un incentivo al incremento de la calidad.

51. La existencia de un sistema de financiación pública que no está orientado al cumplimiento de objetivos de calidad por parte de los centros no contribuye a la generación de competencia entre las universidades y, en consecuencia, tampoco a incrementar la innovación y la calidad. La definición expresa de criterios verificables, coherentes con la misión y funciones del servicio universitario, cuya consecución generase diferencias en la financiación de los centros, generaría una posibilidad de control de calidad que, sin duda generaría innovación y mejora en el servicio prestado.

52. Los principios de competencia generan siempre ventaja para el eslabón más débil de la cadena y suponen una vía para la cohesión social y una herramienta para la distribución de la renta. Ello es así en la medida en que la competencia generaliza y democratiza el acceso a servicios de calidad que, de otro modo se limitan a las élites.

El servicio universitario es una fuente de integración social para los estudiantes y de mejora para la sociedad en que se enmarca. Para un sector importante de la población, la existencia de un sistema universitario de máxima calidad que le resulte accesible, es el único modo (o al menos el más eficiente) de alcanzar determinadas metas personales (incluyendo las profesionales). Si se establecen sistemas de gestión universitaria centrados en las cuestiones formales y no en la calidad y en la mejora continua, tan solo algunos privilegiados podrán alcanzar la meta de acceder a universidades excelentes.

Resulta vital para una sociedad hacer cuanto esté en su mano para que el sistema universitario alcance las máximas cotas de excelencia. Para alcanzar tal objetivo, una reflexión desde la óptica de la competencia, puede resultar crucial por lo que introducir estos elementos en la discusión resulta imprescindible. El ámbito universitario ha sido tradicionalmente fuente de innovación y mejora social y está llamado a aportar a la sociedad valores y resultados que no pueden alcanzarse en otros ámbitos. Sin embargo, la burocracia universitaria ha sido –también tradicionalmente y como cualquier burocracia– conservadora y reticente a los cambios que pueden poner en tela de juicio procedimientos que simplifican su labor y justifican en gran medida su existencia.

Los principios de competencia ponen en valor la disrupción que genera mejora y sirven por tanto al cambio y búsqueda de la excelencia en contra de la protección de las inercias (regulatorias o de ejercicio) y del privilegio injustificado de los operadores incumbentes (sean públicos o privados). La aplicación de estos principios a la labor universitaria y a su regulación son imprescindibles en la búsqueda de excelencia y servirán sin duda a un incremento de bienestar para los ciudadanos que debe ser aprovechado.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AGHION, P.; DEWATRIPONT, M.; HOXBY, C.; MAS-COLELL, A., y SAPIR, A., «The governance and performance of universities: evidence from Europe and the US», en *Economic Policy*, 25, 2010 pp. 7-59.
- ANGHEL, B.; CABRALES, C.; GÜELL, M., y VIOLA, A., «Un análisis de modelos para financiar la educación terciaria: descripción y evaluación de impacto, Documentos de Trabajo», en *Fedea*, 2017/09, 2017.
- ARPIO SANTACRUZ, J., «Las restricciones de la competencia que tienen su origen en la actividad normativa de los poderes públicos», en Beneyto, J. M., y Maillo, J. (dirs.), *La nueva Ley de Defensa de la Competencia: análisis y comentarios*, Ed. Bosch, Barcelona, 2009, pp. 379 a 414.
- BAÑO LEÓN, J. M., «La aplicación del derecho *antitrust* a la administración pública», en *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las administraciones públicas*, Ed. Cívitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2011, pp. 61 a 86.
- BERMÚDEZ APONTE, J., «Los fines de la universidad», en *Revista Panamericana de Pedagogía*, núm. 26, 2018, pp. 17 a 33.
- CALVO CARAVACA, A. L., «Derecho antitrust europeo», tomo I, parte general, *La Competencia*, Ed. Colex, Madrid, 2009.
- CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, M., «La regulación como finalidad distinta al Derecho de la Competencia» en *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las administraciones públicas*, Ed. Cívitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2011, pp. 87 a 103.
- COMISIÓN DE EXPERTOS PARA LA REFORMA DEL SISTEMA UNIVERSITARIO ESPAÑOL, *Propuestas para la reforma y la mejora de la calidad y eficiencia del sistema universitario español*, 2013.
- COMISIÓN EUROPEA, *Recomendación del Consejo relativa al Programa Nacional de Reformas de 2017 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de 2017 de España*, COM (2017) 508 final, Bruselas, 22 de mayo.
- COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY, *CMA Recommendations on the Higher Education and Research Bill*. 2016, en <https://www.gov.uk/government/collections/higher-education-and-research-bill>
- COSTAS COMESAÑA, J., «La sujeción de la actividad de la Administración al Derecho de la Competencia», en TOBÍO RIVAS, A. M.; FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, A., y TATO PLAZA, A., *Estudios de derecho mercantil: Libro homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. José Antonio Gómez Segade*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 369 a 381.
- EACEA, *The European Higher Education Area in 2015: Bologna Process Implementation Report*, Luxembourg, Publications Office of the European Union.
- ESPINOSA GARCÍA, J., «Servicios públicos locales y competencia», en *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las administraciones públicas*, Ed. Cívitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2011, pp. 197 a 219.
- FUNDACIÓN RAFAEL DEL PINO y CÍRCULO DE EMPRESARIOS, *Regulación, desregulación, liberalización y competencia*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2006.
- GARCÍA RAMOS, J. M., «La formación integral: objetivo de la Universidad, Algunas reflexiones sobre la educación en la Universidad», *Revista Complutense de Educación*, vol. 2 (2), pp. 323-335, Edit. Univ. Complutense, Madrid, 1991.

- GILBERT, A., «Regulación y competencia», en CANEDO ARRILLAGA, M. P., *Administración y Competencia. Un análisis de la labor general de la Administración y una especial mirada a la situación de competencia en los puertos*; Editorial Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2015. pp. 91 a 100.
- GÓMEZ ASENSIO, C., *La mejora regulatoria (Better Regulation). Aplicaciones en materia de contratación pública*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- GONZÁLEZ, J., y WAAGENAR, R., *Tuning Educational Structures in Europe*, Universidad de Deusto, 2003.
- *Universities' contribution to the Bologna Process, An introduction*, Universidad de Deusto, 2008.
- GUILLÉN CARAMÉS, J., «La promoción de la competencia como refuerzo al ejercicio de potestad sancionadora por parte de las autoridades de competencia: en especial, la impugnación de la actividad administrativa contraria al Derecho de la Competencia», en *Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en Derecho de la Competencia*, Ed. Cívitas, Cizur Menor Navarra, 2013, pp. 369 a 399.
- HEALEY, D., «Competitive neutrality: addressing government advantage in Australian markets», en DREXL, J., y BAGNOLI, V., *State-Initiated Restraints of Competition*, Edward Elgar, Massachusetts, 2015, pp. 3 a 39.
- JONGBLOED, B., «Funding higher education: options, trade-offs and dilemmas», *Paper for Fulbright Brainstorms*, 2004, New Trends in Higher Education.
- KRÜGER, K.; PARELLADA, M.; SAMOILOVICH, D., y SURSOCK, A., *La reforma de la gobernanza en los sistemas universitarios europeos*, Fundación CYD, 2017.
- LAGUNA DE PAZ, J. C., en *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las administraciones públicas*, Ed. Cívitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 153 a 177.
- LIANOS, I., MATEUS, A., y RASLAN, A., «Is There a Tension Between Development Economics and Competition», en SOKOL, D.; CHENG, T., y LIANOS, I., *Competition Law and Development*, Stanford University Press, England, 2013, pp. 35 a 51
- MANIADAKI, K., *EU Competition Law, Regulation and the Internet-the case of Net Neutrality*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2015.
- MARCOS, F., «Privatising Higher Education in Spain», en *European Business Organization Law Review*, 4, 2003. pp. 541 a 552.
- MASÍA, J., y JIMÉNEZ-LAIGLESIA OÑATE, J. M., «Promoción de la competencia», en *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las administraciones públicas*, Ed. Cívitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 393 a 440.
- OCDE, *Competitive neutrality in competition policy*, en <http://www.oecd.org/competition/competitive-neutrality.htm>
- «Summary of Discussion of the Roundtable on Competitive Neutrality in Competition Policy», in *Draft Summary Record: Annex to the summary record of the 123rd meeting of the Competition Committee held on 15–19 June 2015*. 29 January 2016. DAF/COMP/M(2015)/ANN2. En <http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/M%282015%291/ANN2&doclanguage=en>
- *Education at a Glance*, 2015, OECD Indicators.
- *Publicly funded education markets*, DAF/COMP/WP2(2019)2.
- *Skills Strategy Diagnostic Report*, Spain, 2015.
- *The internationalisation of doctoral and master's studies. Education Indicators in Focus*, February 2016.
- *Strategies for competition advocacy*, DAF/COMP/LACF(2010)4.

- OCDE, *Economic Survey Reforms for inclusive growth*, Spain, 2017.
- «Executive Summary of the Discussion of the Roundtable on Competitive Neutrality in Competition Policy», in *Draft Summary Record: Annex to the summary record of the 123rd meeting of the Competition Committee held on 15-19 June 2015*, 29 January 2016. DAF/COMP/M(2015)1/ANN7, en <http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/M%282015%291/ANN7&doclanguage=en>
- PETIBÒ JUAN, A., «Un horizonte nuevo para la competencia y la regulación», en *Anuario de la competencia: 2011-2012*, Ed. Servei de Publicacions de la Universitat Autònoma de Barcelona, 2012, pp. 85 a 109.
- RUIZ OJEDA, A. (director), *Fundamentos de regulación y competencia: el diálogo entre derecho y economía para el análisis de las políticas públicas*, Ed. Iustel, Madrid, 2013.
- SÁNCHEZ GRAELLS, A., «Competition Neutrality in Public Procurement and Competition Policy: An Ongoing Challenge Analised in View of the Proposed New Directive», en *Conference Papers*, Part VIII, paper 10, Ed. International Public Procurement Conference (IPPC), 2012.
- SENDÍN GARCÍA, M. A., *Regulación y servicios públicos*, Comares, Granada, 2003.
- SIGNES DE MESA, J. I.; FERNÁNDEZ TORRES, I., y FUENTES, M., *Derecho de la competencia*, Ed. Cívitas, Cizur Menor (Navarra), 2013.
- SOLANA GONZÁLEZ, G., «Administraciones públicas y defensa de la competencia», en *Anuario de la Competencia 2000*, Ed. Marcial Pons, 2001, pp. 39 a 52.
- TONAZZI, A., y PACILLO, M., «Some thoughts on “Advocacy: a driver for change”», ICN Workshop, 12-13 December 2013, Rome, en *Italian Antitrust Review*, volumen 1, número 1, 2014, pp. 111 a 113.
- TORRE SUSTAETA, M. V., *La aplicación del Derecho de la competencia en Europa: intereses en juego y vías de tutela*, Pamplona, Aranzadi, 2014.
- US DEPARTMENT OF JUSTICE, *Antitrust Division Manual* 4th ed. Chapter V: Competition Advocacy, 2008, en <http://www.justice.gov/atr/public/divisionmanual/chapter5.pdf>
- VELASCO SAN PEDRO, L. A., «La regulación económica como barrera a la competencia: liberalización y política de mejora de su calidad», en *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las administraciones públicas*, Ed. Cívitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 25-47.
- VILLA SÁNCHEZ, A., «La innovación social en el ámbito universitario. Una propuesta para su diagnóstico y desarrollo», en *Revista Argentina de Educación Superior*, núm. 8, 2014, pp. 188-218.