

**UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT
CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y
DESARROLLO**

**Regional Seminar for Latin America and Caribbean Countries
on the Post-Doha WTO Competition Issues
São Paulo, 23 - 25 April, 2003**

**Seminario Regional Post Doha para los países de América Latina y el Caribe
sobre los temas de Competencia de la OMC
São Paulo, 23 - 25 de abril de 2003**

**Seminário Regional Pós Doha dos Países da América Latina e Caribe sobre os Temas
de Concorrência na OMC
São Paulo, 23 - 25 de abril de 2003**

Edited by Philippe Brusick and Ana María Alvarez

Foreword by

**Rubens Ricupero
Secretary – General of UNCTAD**



UNITED NATIONS

Geneva, 2003

3.1.Relevance of WTO core trade principles and S&D for developing countries /

Principios básicos del comercio de la OMC y el Trato Especial y Diferenciado: aspectos relevantes para los países en desarrollo

James H. Mathis, (mathis@jur.uva.nl)
Department of International law, University of Amsterdam.

Introduction:

Part One deals with WTO core principles. Part Two treats S&D and development considerations for a multilateral competition policy framework (MCF)

Part I General Points

I.1 WTO as it applies to “private business behaviour” generally:

The WTO Agreements do not address themselves to private actors (firms), but rather to WTO Members (states). (An exception is TRIPS, which does require domestic law to address private behaviour for intellectual property, TRIPS, Art. 61)

WTO is a trade agreement. It does not require Members to create “contestable” or competitive markets for either domestic or foreign firms. A Member can have as “uncontestable” a market as it wishes, as long its regulations do not discriminate against imported goods. (level playing field)

WTO Members are not required to break up control domestic cartels or monopolies. Except:

to insure freedom of transit for foreign goods (GATT V),

to impose normal commercial trading behaviour upon its own created monopolies (state-trading/exclusive rights, GATT Art. XVII, GATS Article VII).

no protectionist charges for state-created monopolies as to tariff bindings (GATT Art. II.4)

I.2 WTO Rules as applied to laws: If there IS a competition law / if there is NO law

WTO law distinguishes between rules upon **importation** / **exportation** and rules dealing with internal – as to **imported** goods, services/providers. (see figure 1 below)

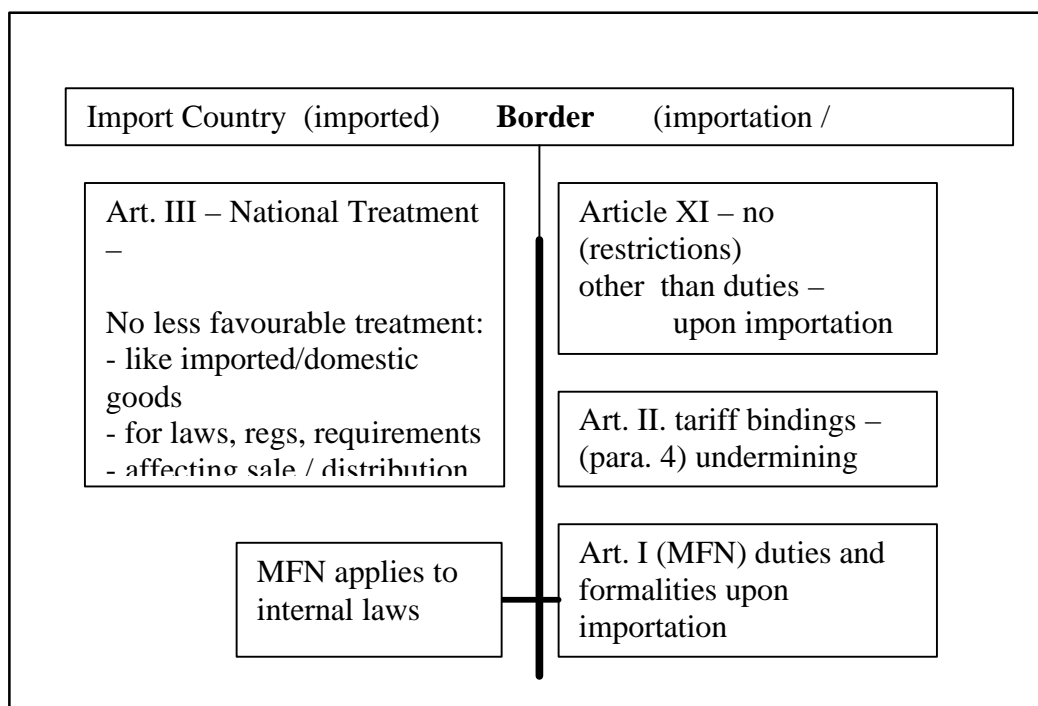
Competition laws are “internal”

Only WTO rules dealing with imported goods/services apply to competition laws. When WTO rules apply, then they apply differently for goods then for services.

No competition law? Then WTO’s “internal” rules do not apply.

WTO Importation/exportation rules apply *whether or not* there is a competition law, but only to actions taken by the state, not by private firms.

Figure 1: GATT treatment of importation as compared to imported goods:



II. Importation Rules

II.1 Rules for the goods in the GATT

GATT Article XI. *General Elimination of Quantitative Restrictions*

“ 1. No prohibitions or restrictions other than duties, taxes or other charges, whether made effective through quotas, import or export licences or other measures, shall be instituted or maintained by any contracting party on the **importation** of any product of the territory of any other contracting party or on the **exportation** or sale for export of any product destined for the territory of any other contracting party. “

The existence or absence of a competition law does not change a Member’s obligation to avoid measures other than duties. This is a general obligation.

BUT, A Member has no obligation to seek out internal private cartels/monopolies affecting imports or exports. A Member may passively “condone” domestic cartels/monopolies affecting trade.

The line between “condoning” private import/export restraints and “inducing” restraints determines whether the Member violates Article XI.

Japan Semi-conductor (GATT panel) case. This is seen as a “but/for” test.

First, *sufficient incentives or disincentives* existed for non-mandatory measures to take effect.

Second, the measure(s)... *was essentially dependent* on Government action or intervention...

“The Panel considered that if these two criteria were met, the measures would be operating in a manner equivalent to mandatory requirements such that the difference between the measures and mandatory requirements was only one of form and not of substance, and that there could be therefore no doubt that they fell within the range of measures covered by Article XI.1”

A broader standard was applied in *Kodak-Fuji* (WTO panel) Case to include a *co-operative* element:

“(W)e also consider it conceivable, in cases where there is a high degree of co-operation and collaboration between government and business, e.g., where there is substantial reliance on administrative guidance and other more informal forms of government-business co-operation, that even non-binding hortatory working in a government statement of policy could have a similar effect on private actors to a legally binding measure or what Japan refers to as regulatory administrative guidance.”

One WTO panel, *Argentina – Bovine Hides*, treated the question of what government action is required to tie state responsibility to an existing domestic cartel in respect to restraint of exports.

“11.51 In our view, it is possible that a government could implement a measure which operated to restrict exports because of its interaction with a private cartel. Other points would need to be argued and proved (such as whether there was or needed to be knowledge of the cartel practices on the part of the government) or, to put it as mentioned above, it would need to be established that the actions are properly attributed to the Argentinean government under the rules of state responsibility. But we have not reached that stage here. It may be the case that it will be difficult for one Member to prove that there is a cartel operating within the jurisdiction of another Member. Nonetheless, we cannot ignore the need for sufficient proof of a party's allegations simply because obtaining such proof is difficult.”

Conclusion on GATT rules for importation/exportation

Where there is no competition law, the rules on importation still apply.

Importation / exportation rules likely apply where the state operates (controls) a monopoly or cartel

II.2 Importation rules for services in the GATS

Quotas are lawful under GATS. GATS has no priority as between border tariff and non-tariff measures. No comparable to GATT article XI. Quota restrictions on imports and exports of services are freely permitted.

On a GATS market access commitment as to sector and mode of supply, (GATS Art. XVI), all importation measures are to be eliminated except as conditioned on the schedule.

GATS Article VIII does compare (mimic) GATT Article XVII for state monopolies. Titled *Monopolies and Exclusive Service Suppliers*. Paragraph 1 of this Article requires that each member shall ensure that a monopoly supplier of a service does not act contrary to Article II (most-favoured nation) or as to other specific commitments. “Authorisation” of a small number of suppliers or preventing competition in the market. A GATS general or specific obligation must be affected.

A slightly broader reach to the internal market is found in GATS, as compared to GATT with GATS Article IX. Titled, *Business Practices*, whereby the Members are obliged to consult with a view to eliminating certain business practices that, “may restrain competition and thereby restrict trade in services.” GATT has no comparable Article. This Article appears to apply whether or not a country has a competition law.

Even more extensive reach provided in Basic Telecoms Reference Paper (sectoral).

II.3 Rules For Trade Related Intellectual Property (TRIPS)

TRIPS rules on importation are limited to requiring Members to have procedures to prevent the importation of counterfeit goods. (TRIPS Articles, 51-60)

III. WTO Rules on imported Goods/Services – When a country HAS a competition law (national treatment rules)

GATT National Treatment. Article III imposes “equality of competitive conditions” for all imported goods as compared to “like” domestic products. (see attached articles for text)

- Applies to any domestic law, regulation or requirement;
- that affects the sale, offer for sale, distribution of imported goods
- no less favourable treatment standard (no protection for like domestic production)

GATS (services) National Treatment. Article XVII imposes “equality of competitive conditions” for foreign services and providers, but ONLY after a market access commitment as been made, (and subject to reservations).

If there is **no** law, there is no application for national treatment.

If there is a law, Article III fully applies as a general obligation. GATS Article XVII applies in the same way, but after a market access commitment has been made.

Q: Is importation required prior to making a complaint on national treatment? - NO.

The underlying policy:

For GATT, to eliminate domestic **protectionism** except by the use of a tariff duty.

For GATS, to eliminate domestic **protectionism** after market access is committed.

What constitutes a “law, regulation or requirement, or measure”?

See Kodak/Fuji measures. Government circulars indicating administrative guidance and assistance can be a requirement.

WTO national treatment rules as the law stands.

- National Treatment applies to competition law and policies, both *de jure* and *de facto*

De jure meaning: difference in treatment on the basis of origin is stated in the law/requirement

De Facto meaning: facially neutral law has the effect in application of having a negative (disparate) impact upon the “like” goods, services or providers. Formally identical treatment violates national treatment if it modifies the conditions of competition in favour of domestic goods, services or providers.

- Exemption/exclusion *stated* in national law or as a requirement can be considered to be a part of the domestic law. Therefore, de facto national treatment rules apply.

Distinguish between the complete absence of a law as compared to a stated exclusion provided within a competition law or by secondary legislation.

Does the exclusion treat directly competitive and substitutable products or services? (ex: exclusion for coffee, no exclusion for tea)

Is the exclusion addressed to a state authorised monopoly that controls imports or exports of goods or services?

Would an exclusion for small and medium enterprises violate national treatment *de facto* ?

Does the exclusion render it impossible for any foreign provider to form a similar restrictive arrangement?

- A law, regulation, requirement or measure can have elements reaching to both goods and services. Ex. a distribution requirement can affect both the sale of goods and the provision of services.

Part II : Elements for a development-friendly multilateral framework

Introduction:

Recognised S&D elements include

- timing for implementation, longer deadlines
- “best efforts” to consider developing country interests
- legal basis for actual market access preferences (GSP)
- certain rights to modify market opening commitments by developing countries (infant industry, GATT XVIII)
- difference in obligations as to developing and lesser developed.

conflicts between development interest and competition policy appear to arise as a matter of government priorities as employment, investment, industrial, social policies are viewed more important than competition policy in certain cases, and varying country to country.

-Competition is understood to promote development.

-A purely “efficiency based” competition law would not recognise these other social / economic priorities

-developed countries also state non-efficiency objectives in their competition policies.

Including non-efficiency objectives in a law provides a signal (and a legal basis) for directing under what circumstances the law will yield (give way by exemptions or exclusions) to other policies.

Establishing S&D also as a core principle in a multilateral competition policy framework has been suggested in a number of WGTCP submissions.

- what would it mean, how would it be reflected in an actual text, and how would it be given legal effect?

Consider the development dimension on these following aspects:

I. National treatment / exemptions and exclusions

II. Prohibition and Co-operation

I. National Treatment / exemptions and exclusions

National treatment does not allow favouritism for domestic goods/services as compared to imported goods/services. A finding of favouritism causes a “violation” of national treatment.

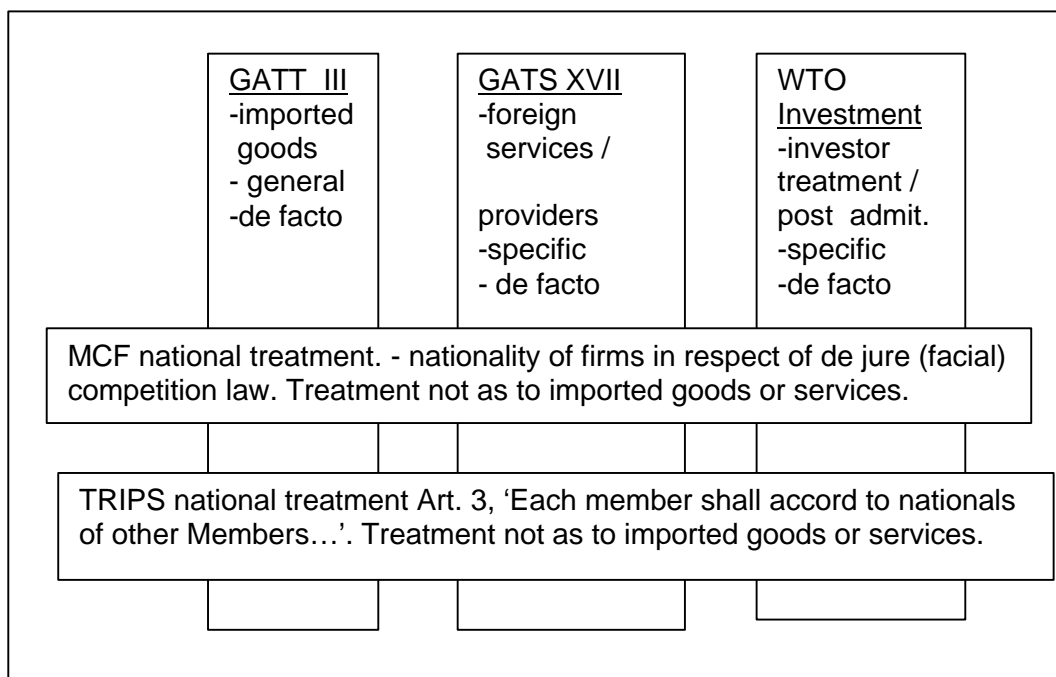
What happens upon a violation? Violating party must raise a stated **exception**.

- All exceptions available are those listed in GATT or GATS general exceptions, i.e., protection human health, public morals, conservation natural resources, etc.
- Justification for an exception requires a burden shift to the respondent member, i.e., member who wishes to grant more favourable treatment to domestic to demonstrate that the stated exception applies.
- There are no exceptions stated for S & D as to national treatment. (Art. III GATT has exceptions for producer subsidies and government procurement.)

The EC proposal limits national treatment application for national competition laws

- the provision would be **narrowed** to apply only to de jure cases.
 - “disparate effects” by individual decisions would not be actionable
 - would eliminate complaints on de facto discrimination as to exemptions/exclusions
- the provision would be **broadened** to apply to firms on the basis of nationality
 - no longer “trade-related” national treatment
 - importation would not be a condition for goods, services, or investment
- State action by law, regulation or requirement would still be required.

Relation of MCF national treatment to existing national treatment provisions: (figure 2)



Consider the development implications of this national treatment proposal.

- no de facto, so individual case determinations are “out of play”.
- However secondary legislation and notices governing policy may be considered de jure. Thus, no facial indication of domestic favouritism as to the application of the law as to “types” of cases or sectors.
- broader national treatment as to nationality of firms. Provides treatment of domestic restrictive practices whether or not goods, services or providers are “traded.
- For GATS this means non-discriminatory treatment as to firms whether or not commercial presence commitment has been made.
- Compare TRIPS national treatment, which is also not trade related.

Treatment of exemptions/exclusions

This aspect also relates to national treatment proposal. All exclusions are permitted with notice and transparency, developed and developing countries

- Most exclusions not likely de jure violations.
- Would apply both to developed and developing. Agriculture as de jure exclusion?

II. Prohibition and co-operation aspects.

The stated prohibition against international hard core cartels appears as trade related.

- The proposed prohibition does not apply to monopolies

- Domestic enforcement is provided for by competition laws. Treatment of effects upon local markets is insured by obligation to have competition law subject to core principles.

“Export considerations” are treated by voluntary co-operation. No extension of bilateral positive comity co-operation, and MFN does not apply

Legal obligation to terminate international (export) cartels under international law prohibition is not clearly stated nor settled.

III. Framework alternatives targeted to S&D development considerations

1. Narrow the framework to deal only with trade-related aspects within each annexed agreement, imports and exports.

- treat services and investment later as to each separate annexed agreement. No horizontal framework.
- quid pro quo on prohibition. Eliminate legality of export cartels or monopolies which affect the trade of another member.
- Confirm previous practice. EC Treaty “affecting trade”, Havana Charter “affecting trade”, UN Set, “undermining effects of trade liberalisation.

2. A “stated exemption” approach

- Preamble to state non-efficiency objectives, such as: regional integration, small and medium, domestic market participation, cultural/ethnic affirmative action, distressed area development, infant industry, environment, etc...
- A framework exemption Article has negotiated criteria and governs flexibility
 - EC Art. 81(3) exemption example – criteria is applied by regulations, notices and decisions regarding block and individual exemptions.
 - Member has a right to apply the stated criteria for exclusions and for individual decisions on agreements
 - burden remains upon complainant to show abuse of criteria

IV. Conclusion. Summary of alternative approaches

The alternative tend to turn on the issue of binding or non binding. If non-binding, then does WTO have to be the forum at all. Reference on this is made to the non binding UNCTAD set, which some countries tend to favour as a basis for any agreement.

- code of conduct. no requirement to have laws, but laws follows certain guidelines (core principles). This is like the TBT approach
- Variation on code of conduct. A voluntary harmonisation around certain core principles until a later time when all countries agree to negotiate a framework (5-10 years)

- Scheduling approach. Like the GATS, elements added by commitment as to sectors and national treatment. Variation is “sectoral” as in the Telecoms reference paper
- A domestic enforcement regime approach (like the EC proposal) but with a stronger quid pro quo on export cartel treatment. This follows from a prohibition on international cartels/monopolies affecting trade. Thus, extend prohibition to monopolies and developed countries (perhaps in OECD) take more responsibility for external trade affects.
- A more narrow trade – related approach. National treatment only as applied within existing GATT and GATS context, i.e., “trade related”. Prohibition to relate also to trade restrictions, more government responsibility to deal with export cartels.
- Negotiated exemption approach. A framework negotiated to recognise the criteria that incorporates S & D considerations (non – efficiency objectives of competition policy). for example, see WTO Subsidies agreement criteria for non-actionable subsidies.

Annex I

WTO Provisions

GATT Article II.4

4. If any contracting party establishes, maintains or authorizes, formally or in effect, a monopoly of the importation of any product described in the appropriate Schedule annexed to this Agreement, such monopoly shall not, except as provided for in that Schedule or as otherwise agreed between the parties which initially negotiated the concession, operate so as to afford protection on the average in excess of the amount of protection provided for in that Schedule. The provisions of this paragraph shall not limit the use by contracting parties of any form of assistance to domestic producers permitted by other provisions of this Agreement.*

GATT Article III.4

4. The products of the territory of any contracting party imported into the territory of any other contracting party shall be accorded treatment no less favourable than that accorded to like products of national origin in respect of all laws, regulations and requirements affecting their internal sale, offering for sale, purchase, transportation, distribution or use. The provisions of this paragraph shall not prevent the application of differential internal transportation charges which are based exclusively on the economic operation of the means of transport and not on the nationality of the product.

GATT Article XVII para. 1, *State Trading Enterprises*

1.* (a) Each contracting party undertakes that if it establishes or maintains a State enterprise, wherever located, or grants to any enterprise, formally or in effect, exclusive or special privileges,* such enterprise shall, in its purchases or sales involving either imports or exports, act in a manner consistent with the general principles of non-discriminatory treatment prescribed in this Agreement for governmental measures affecting imports or exports by private traders.

GATS Article VIII, *Monopolies and Exclusive Service Suppliers*

1. Each Member shall ensure that any monopoly supplier of a service in its territory does not, in the supply of the monopoly service in the relevant market, act in a manner inconsistent with that Member's obligations under Article II and specific commitments.

2. Where a Member's monopoly supplier competes, either directly or through an affiliated company, in the supply of a service outside the scope of its monopoly rights and which is subject to that Member's specific commitments, the Member shall ensure that such a supplier does not abuse its monopoly position to act in its territory in a manner inconsistent with such commitments.

3. The Council for Trade in Services may, at the request of a Member which has a reason to believe that a monopoly supplier of a service of any other Member is acting in a manner inconsistent with paragraph 1 or 2, request the Member establishing, maintaining or authorizing such supplier to provide specific information concerning the relevant operations.

4. If, after the date of entry into force of the WTO Agreement, a Member grants monopoly rights regarding the supply of a service covered by its specific commitments, that Member shall notify the Council for Trade in Services no later than three months before the intended implementation of the grant of monopoly rights and the provisions of paragraphs 2, 3 and 4 of Article XXI shall apply.

5. The provisions of this Article shall also apply to cases of exclusive service suppliers, where a Member, formally or in effect, (a) authorizes or establishes a small number of service suppliers and (b) substantially prevents competition among those suppliers in its territory.

GATS Article IX, Business Practices

1. Members recognize that certain business practices of service suppliers, other than those falling under Article VIII, may restrain competition and thereby restrict trade in services.

2. Each Member shall, at the request of any other Member, enter into consultations with a view to eliminating practices referred to in paragraph 1. The Member addressed shall accord full and sympathetic consideration to such a request and shall cooperate through the supply of publicly available non-confidential information of relevance to the matter in question. The Member addressed shall also provide other information available to the requesting Member, subject to its domestic law and to the conclusion of satisfactory agreement concerning the safeguarding of its confidentiality by the requesting Member.

GATS Article XVII, National Treatment

1. In the sectors inscribed in its Schedule, and subject to any conditions and qualifications set out therein, each Member shall accord to services and service suppliers of any other Member, in respect of all measures affecting the supply of services, treatment no less favourable than that it accords to its own like services and service suppliers.¹

2. A Member may meet the requirement of paragraph 1 by according to services and service suppliers of any other Member, either formally identical treatment or formally different treatment to that it accords to its own like services and service suppliers.

3. Formally identical or formally different treatment shall be considered to be less favourable if it modifies the conditions of competition in favour of services or service suppliers of the Member compared to like services or service suppliers of any other Member.

¹Specific commitments assumed under this Article shall not be construed to require any Member to compensate for any inherent competitive disadvantages which result from the foreign character of the relevant services or service suppliers.

Annex II.

Selected WTO Member WGTCIP Submissions (extracted)

Note: These submissions are selected as being instructive as responsive to the EC proposal, with an emphasis on national treatment issues, non-efficiency objections, the prohibition, and trade-related aspects.

India WT/WGTCIP/W/216 26 September 2002

3. Second, national treatment is designed to support trade liberalization, which is desirable because it is believed to be on the whole beneficial to the participating countries. This is because the bulk of world trade taken aggregatively is in products produced under competitive conditions. Competition policy, however, is by definition concerned with imperfect competition, where the presumption in favour of free trade is much less clear cut. It is now widely recognized that although there is a theoretical case for optimal trade interventions (tariffs and subsidies), the information requirements for such "strategic trade policy" are prohibitive. However, the same caveat does not apply to competition policy in respect of mergers and cartels, which obviously have very different welfare effects on different countries, depending on where the producers and consumers are located. This has led to conflict between the competition authorities of major advanced countries, for example in the Boeing/McDonnell Douglas merger, and has encouraged antitrust cooperation between them to minimize such conflicts in future. Such cooperation is likely to be mutually beneficial on average for industrialized countries, since for a large enough number of such competition cases, the affected producers and consumers are distributed across both jurisdictions. However, developing countries have very few products that are exported under conditions of imperfect competition, but they have to deal with oligopolistic market structures in respect of imports and inbound foreign direct investment. They are thus likely to be predominantly on the losing side of mergers and RBPs with cross-border effects, and have little to gain from the application of the NT principle in the competition law of developed countries. **Until such time as developed countries are willing to consider the impact of mergers on consumers in foreign countries, to rescind the exemption of export cartels in their competition laws, to give serious consideration to enforcing the UNCTAD Set of measures to control RBPs, and to extend the benefits of "positive comity" in competition law enforcement to developing countries, the latter will have to retain the right to challenge foreign mergers and RBPs that have an effect on domestic consumers.**

4. At the same time, partly as a result of concessions made in multilateral trade negotiations, developing countries are undergoing a process of structural transformation in which many industries are being exposed for the first time to international competition. While there may be benefits from the downsizing and even elimination of uncompetitive industries, there is also a case for orderly restructuring, involving mergers and perhaps rationalization cartels, which have been practised in many developed countries. The need for such measures is, if anything, greater in developing countries. Given their imperfect land, labour and capital markets, these resources cannot be easily transferred to new activities. Although many developing countries, including India, are trying to reform these markets in order to impart greater flexibility to their economies, such institutional reforms are obviously far more difficult than simple trade liberalization. A relatively liberal treatment of mergers and cartels involving domestic firms would prevent the wastage and under-utilization of scarce resources, at least until arrangements are made for their redeployment in other activities.

**Thailand WT/WGTCP/W/213/Rev.1
26 September 2002**

Core Principles

1.1 Thailand believes in the principles of non-discrimination, transparency and due process. We believe that the administration and enforcement of a competition law should be subject to these principles in order to guarantee effective enforcement and fair treatment to all parties involved. We recognize that the lack of transparency, the absence of due process and discrimination in the administration and enforcement of the law can seriously hamper the attainment of fair competition in the market. However, in compliance with the spirit of the Doha Declaration, various needs and constraints faced by developing countries will have to be taken into account. We, therefore, propose that "special and differential treatment" constitutes the fourth element of the core principles for competition policy.

1.2 In addition, we are of the view that the approach taken to define these core principles thus far is fundamentally flawed in that the focus has been on the "domestic trade" rather than "cross border trade". This appears odd given that this working group's mandate is to examine the interaction between trade and competition policy. For example, non-discrimination has been used interchangeably with "national treatment", which refers to equal treatment between foreign and domestic firms operating within a domestic market. This is certainly a view that would serve the interest of those with significant overseas investment that would like to ensure access to the host countries' markets. Most developing countries, however, are importers and exporters, rather than investors. Thus, we propose that priority of the core principles be given to tackling unfair practices in cross border trade, rather than in domestic trade, that have not yet been dealt with in the WTO.

Non-discrimination

2.1 In Thailand's view on non-discrimination, a competition law should not *discriminate between export and non-export firms*. That is, if bid-rigging and price or quantity-fixing agreements are prohibited in the national competition law, export cartels should be subject to the same provisions. We believe that the use of export cartels as a strategic trade policy to extract "rents" from foreign countries is unacceptable. A vast number of research reports show that most of these cartels are large companies and that there is little or no efficiency justification for their collusive practices. Export cartels – be they national or international -- represent unfair trade practices that are potentially damaging to developing countries' economies in that they work against our terms of trade. With subsidies, developing countries earn less for their exports, while with cartels, they pay more for imports. Why is it that we have rules against selling goods at too low a price (dumping), but no rules against excessive pricing? If the Doha Declaration is truly a development agenda, then unfair cross-border trade, not unfair domestic trade, should be given priority.

**South Africa WT/WGTCP/W/220
5 November 2002**

In summary, the Act specifically permits discrimination in favour of small and medium-sized enterprises and firms owned by historically disadvantaged persons. It does not, however, countenance discrimination against any class of business or person. A transaction involving a foreign-owned firm or firms will be evaluated against the same set of criteria, including its impact on public interest, as that used when one or both of the firms in question are South African owned. If, however, a South African owned firm involved in a transaction is also owned by historically disadvantaged South Africans then that fact may influence the outcome of the overall evaluation - negatively, if the transaction undermines the ownership stake of historically disadvantaged persons, positively if it promotes that interest. By the same token, a firm owned by historically disadvantaged persons may apply for an exemption from the

application of the Act on the grounds that the exemption is required to promote its competitive position - if the authorities are persuaded of this then they may grant the exemption. A foreign owned firm or a firm owned by white South Africans may argue for an exemption on the grounds that the anti-competitive practice in which they intend to engage is required to promote the competitiveness of suppliers or distributors or otherwise associated firms that are owned by historically disadvantaged persons. Note that since few small and medium-sized enterprises or firms owned by historically disadvantaged persons are likely to be dominant in their respective matters their conduct is unlikely to fall foul of the provisions of the Act that proscribe anti-competitive. Nor are mergers in which these firms participate likely to lead to a substantial lessening of competition.

Hong Kong China WT/WGTCP/W/224 5 March 2003

5. Since Doha, this Working Group has examined in depth the various core principles listed in paragraph 25 of the Declaration. Past discussions have fully demonstrated that the practical implications of implementing these principles could be very different for different Members. To name a few examples, many Members have horizontal (e.g. statutory monopolies, small and medium enterprises (SMEs), Research and Development agreements, efficiency enhancing measures and other efficiency enhancing arrangements) or sectoral (e.g. agriculture and petroleum) exemptions or exceptions in their competition laws and/or policies. These exemptions and exceptions may not be fully consistent with the principle of non-discrimination, particularly in respect of national treatment. Developing Members, in particular, may have provided for exemptions or exceptions in their competition policy in view of other overriding economic, industrial or developmental policies. Therefore, certain elements of non-discrimination, if included as obligations under a possible MFC, may cause difficulties for some Members.

14. In the light of the above and in recognition of the diversity among Members of social and economic development levels, differences in scope and emphases of competition policy, different choices of implementation instruments, and variations in legal traditions, sufficient flexibility has to be incorporated into any possible MFC to make it workable and acceptable to the wide membership. Needless to say, even if a decision could be reached by explicit consensus on the modalities at MC5, the conclusion of any subsequent negotiations for an MFC would again hinge upon a consensus among the WTO membership on the outcome, i.e. the exact scope and coverage of obligations under the MFC.

15. As HKC sees it, flexibility can be built into both the "breadth" and "depth" of obligations. In terms of "breadth", obligations under different core principles or major issues can be divided into blocks of common and optional obligations. Common obligations could encompass *general obligations and disciplines* as well as any *best-endeavour provisions* (e.g. on the core principles and capacity building) that are to be subscribed by all Members. Optional obligations could include *non-binding guidelines or specific commitments* that are to be adopted by each Member individually and voluntarily. In our view, detailed elements under the core principles as well as other elements set out in paragraph 25 of the Doha mandate (i.e. hardcore cartels and voluntary cooperation) should be under this category. Individual Members are free to choose what optional obligations they agree to abide by and what specific commitments to undertake, when they are ready to do so. It provides adequate flexibility for Members to undertake specific commitments commensurate with their needs and circumstances, without impeding their pursuit of other domestic policy goals. This could also help minimise the compliance problems of Members, including those without horizontal competition laws.

16. Japan has suggested that in a possible MFC, a general rule could be worked out leaving the possibility to give a more detailed explanation or examples in the form of non-binding guidelines or a menu of options.² Moreover, the experience of the GATS Basic Telecommunications Reference Paper, which provides a set of regulatory principles/disciplines for basic telecommunications services, may serve a relevant reference. Members can choose to incorporate the Reference Paper with or without modifications in their Services schedules as additional commitments.

17. In terms of "depth", a consensus on a satisfactory outcome is only achievable by avoiding overly prescriptive and burdensome provisions that entail significant adjustments to domestic regimes. To address the concerns about onerous obligations and compliance problems, it is most important that any possible MFC should avoid prescribing the means through which relevant obligations are to be fulfilled by Members. It should focus on the ends, not the means. We have to accept the reality that the community of trading nations is very diverse with different domestic circumstances and levels of development. The appropriate means for implementing the obligations is therefore no better than left to a domestic policy decision by each Member. A Member should be free to choose how to apply a competition regime in a way that reflects its economic situation and development/policy objectives. In the circumstances, allowances have to be made for differences in domestic regimes provided they are not contradictory to or in conflict with the underlying consensus expressed in the fundamental WTO principles. The fact that GATT and GATS do not specify the means (legislative or otherwise) through which individual Members implement the fundamental WTO principles does not hamper the effectiveness of enforcement of such principles.

18. Where appropriate, flexibility such as transitional period should also be provided to address Member's concerns. In the end, a Member must be satisfied that its concerns have been adequately addressed and it will not have compliance problems before that Member could readily accept the final package of an MFC.

China: WT/WGTCP/W/227
14 March 2003

8. China's current Anti-Unfair Competition Law places domestic and foreign firms on an equal footing, thereby observing the principle of non-discrimination. We believe in the philosophy that the enforcement of competition law should reflect the competitive nature of the market as a whole. On the other hand, we have also noted and are very much concerned about the potential contradiction and conflict between competition policy and our industrial and development policy objectives. We believe that more flexibility is needed for developing countries in applying the principle of non-discrimination, the aspect of national treatment in particular, in their legislation on competition and the implementation thereof. This flexibility should also be reflected in any future multilateral framework on trade and competition policy.

9. The flexibility for developing members as provided in the existing WTO Agreements related to competition policy is inadequate. Due to the big gap and contrast between the developing countries and the developed ones in terms of economic systems, economic sizes, economic structures, levels of economic development as well as the sizes and competitiveness of various industries and enterprises, many specific de jure and de facto distinctions by the developing countries in the treatment offered to domestic enterprises as compared to that to foreign enterprises as referred to in the paper of the OECD will not be completely avoidable.

² See Japan's submission, WT/WGTCP/W/217, p. 2.

3.2. “INTERACCION ENTRE AGENCIAS DE COMPETENCIA Y REGULADORES SECTORIALES, EL CASO DE CHILE”

MARIO BRAVO RIVERA
FISCALIA NACIONAL ECONOMICA
CHILE.

1. INTRODUCCION

La defensa de la competencia toma un carácter fundamental en la transformación de una economía cerrada y sobrerregulada hacia una economía de mercado, que pretende maximizar la eficiencia económica. La regulación, entendida como aquella actividad del gobierno que afecta directamente el comportamiento de los agentes del sector privado con el fin de alinearlos con el interés público, puede ser pro-competitiva o restrictiva de la competencia. Por su parte, la desregulación no significa ausencia de normas, sino la instauración de nuevas reglas destinadas a crear las condiciones de competencia en un sector económico. De ahí que “tanto la regulación como la defensa de la competencia, son instrumentos de política pública cuyo objetivo es lograr que el resultado del funcionamiento de los mercados se asemejen al que surgiría de un proceso competitivo”³. Podemos decir que la regulación debe emular la competencia.

Como producto de la necesaria regulación de los servicios de utilidad pública privatizados, las agencias antimonopolio han ampliado su misión en las últimas décadas, desde la sola defensa de la competencia en mercados desregulados, hacia su crucial participación en la regulación de los servicios públicos (Derecho de la Creación o Promoción de la Competencia.), de acuerdo con su propia perspectiva, revisando, por ejemplo, decisiones importantes adoptadas por las agencias de regulación sectorial, participando, por vía jurisprudencial o administrativa, en la determinación del ámbito de facultades y el alcance de ciertas atribuciones de dichas agencias, e incluso, en algunos casos, convirtiéndose en reguladoras de última instancia, especialmente en temas tarifarios.

Es este contexto el que genera una estrecha relación entre agencias de regulación sectorial y sus normas y las de cautela de la libre competencia. Las primeras, son necesarias para estructurar los diversos sectores de servicios, en un ámbito de mayor liberalización del conjunto de la economía, con el objetivo, como señalábamos, de producir en términos más eficientes, lo que, en definitiva, debiera favorecer al consumidor. Pero, las normas y los organismos de cautela de la libre competencia resultan igualmente imprescindibles porque el comportamiento de las empresas en lo cotidiano puede poner en peligro el adecuado funcionamiento del mercado, mediante conductas anticompetitivas o monopólicas, aún en el caso de actividades que estén reguladas.

En general, se observa, tanto en Europa como en América Latina, que aspectos significativos del proceso de privatizaciones han sido los relativos a los servicios básicos (electricidad, el gas, los ferrocarriles, telefonía, banca, puertos, transporte y concesiones de obras públicas en general) y que es respecto de ellos, que las funciones reguladoras y de defensa de la competencia, han enfrentado desafíos más complejos.

El caso Chileno, se caracteriza por haber realizado una de las más profundas reformas de mercado, en donde las privatizaciones, la apertura comercial y financiera, han originado cambios estructurales en la economía del país. Pero más allá de los cambios de modelo económico, la experiencia de los organismos de defensa de la competencia chilenos constituyen una clave para entender, por ejemplo, los avances que nuestro sistema de

³ “El delicado equilibrio entre la regulación y la defensa de la competencia” Eduardo Montamat, en la V reunión de expertos de defensa de la competencia organizada por la UNCTAD, 3-4-5 de julio de 2002.

regulación de los servicios de utilidad pública han tenido a la hora de solucionar los escollos, que naturalmente, se han presentado en el avance del proceso de perfeccionamiento regulatorio, y que por cierto, no han concluido.

Los órganos de defensa de la libre competencia chilenos, esto es, la Fiscalía Nacional Económica, las Comisiones Preventivas Regionales y Central y, la Comisión Resolutiva, han colaborado con las diferentes agencias regulatorias sectoriales, orientando su accionar, ya sea a través del perfeccionamiento de la legislación particular de los servicios de utilidad pública, en la definiciones acerca de si existe concentración o monopolio, o en los procesos de tarificación.

El desempeño de las comisiones antimonopolio de Chile, en materia de regulación de mercados como el de telecomunicaciones, electricidad, sanitarias y otros, ha sido muy activo y destacado, de allí, entendemos, que el relato de la experiencia chilena puede justificar el aporte que se espera de nuestra intervención.

2. LA LIBRE COMPETENCIA Y LOS PROCESO DE DESREGULACION EN CHILE

La realidad diversa de cada país, sus características propias, su grado de desarrollo y los modelos económicos adoptados, determinan variantes en la forma de cómo se organiza la función reguladora del Estado. De manera que la implementación en cada país de tal función, así como la organización y asignación de responsabilidades en los diversos entes, depende de sus particulares enfoques, así como de la magnitud y complejidad de los sectores en que la regulación recae. Consideraciones inadecuadas de la realidad nacional y particulares características de los sectores regulados, conspiran contra la efectividad de la actividad reguladora.

La nueva política de libre mercado que vino a poner término al tradicional régimen de proteccionismo estatal, a la que se sumó Chile a partir de los ochenta, se tradujo en liberalización comercial, privatizaciones y desregulación, enfrentó entre sus objetivos prioritarios, la necesidad de introducir y mantener la competencia efectiva en los mercados. Así, el sector privado ha pasado a ser el proveedor por excelencia de los servicios de utilidad pública, tarea que con anterioridad desarrollaba en gran medida el Estado. Como contrapartida, este último, ha ido centrando su labor en la provisión de una adecuada regulación, en la promoción de la competencia y en la protección de los derechos de los consumidores y usuarios. En otros países, dictar normas de defensa de la libre competencia y de regulación de esos servicios constituyó un complemento de las políticas de liberalización.

Sin embargo, en Chile la situación presenta ciertas características, que entendemos han de destacarse. En primer término, debemos señalar que, a diferencia de otras experiencias en que la privatización de los servicios de utilidad pública vino acompañada de la respectiva regulación sectorial, y que posteriormente, a medida que emergían las imperfecciones de la regulación, surgía la legislación antimonopolio, en Chile, ya antes del proceso de privatización y de la respectiva regulación sectorial, existía una legislación antimonopolios, con un haber jurisprudencial y doctrinario, que aún cuando precario, determina la diferencia que entendemos presenta nuestra experiencia en materia de relaciones entre agencias regulatorias y órganos de la competencia.

En efecto, ya en 1959, se dictó la primera legislación antimonopolio⁴, siguiendo un movimiento de sucesivas leyes de fomento y protección de la competencia que se

⁴ Ley N° 13.305, de 6 de abril de 1959.

desarrollaban en Europa⁵ y que sólo algunas adelantadas naciones de nuestro continente habían concretado⁶, por la que en la realidad económica chilena, desde esa década, está implícita la noción de que los mercados asignan más eficientemente los recursos. Esto que señalamos, entendemos que no necesariamente ha formado parte de la experiencia común de Europa y de buena parte de América Latina.

No obstante que esta legislación originaria de la protección de la libre competencia, tuvo que enfrentar las corrientes intervencionistas del Estado durante la década de los 60 y 70, entregó ciertos lineamientos que entendemos reforzó el espíritu emprendedor y aperturista que la economía chilena siempre ha detentado, quizás por nuestra lejanía geográfica.

A partir de 1973, Chile experimentó un cambio radical de su modelo de desarrollo económico, que entendemos tuvo como una de sus primeras manifestaciones, justamente, la legislación antimonopolios, ya que en diciembre de 1973, entró en vigencia el D.L. N° 211, que hasta hoy en día regula, en términos amplios y generales, la competencia económica en nuestro país.

Esta legislación se vio reforzada en la Constitución Política de la República de 1980, que consagró como garantía constitucional el derecho a desarrollar cualquier actividad económica y la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica a todas las personas.

Han transcurrido casi 43 años desde que se dictara el estatuto jurídico de defensa de la libre competencia, y entendemos que éste ha respondido a la necesidad del país de adecuarse, de una economía con importantes grados de intervención pública, hacia un esquema más abierto, en el cual el mercado es considerado el principal encargado de la asignación de recursos.

No obstante lo anterior, nuestra legislación presenta una serie de vacíos e imperfecciones que se pretenden subsanar con el actual "Proyecto de ley Tribunal de Defensa de la Libre Competencia", cuyo objetivo fundamental es el fortalecimiento del órgano jurisdiccional encargado de resolver los conflictos en esta materia. El proyecto, crea las condiciones necesarias para que las personas llamadas a analizar y decidir los posibles atentados a la libre competencia, reúnan requisitos de excelencia profesional y alta dedicación, bajo un esquema de separación de funciones e independencia de la Fiscalía Nacional Económica.

Estos objetivos se cristalizan en los siguientes aspectos: Elección de los integrantes del Tribunal mediante concurso público de antecedentes; integrantes remunerados y con dedicación significativa al Tribunal; separación de funciones entre el Tribunal y la Fiscalía; mayor independencia del Tribunal frente al Poder Ejecutivo; clarificación del bien jurídico protegido; supresión de la actual estructura organizativa consistente con el objetivo de aumentar la predictibilidad; se eliminan las Comisiones Preventivas, traspasando al nuevo Tribunal la función de órgano consultivo; más facultades para un Tribunal fortalecido, con directrices bien definidas; atribuciones sancionatorias adecuadas que le permita cumplir con el objetivo de inhibir las conductas anticompetitivas, en el estricto marco constitucional: para ello, se propone sustituir el carácter penal de la ley vigente, por mayores multas y la responsabilidad solidaria de los ejecutivos involucrados en las acciones contrarias a la libre competencia.

Por otra parte, la regulación de los servicios de utilidad pública, siguiendo el curso de los

⁵ Austria 1951; Noruega, Suecia e Irlanda 1953; Francia 1954; Dinamarca 1955, Inglaterra y Holanda 1956; Alemania y Finlandia 1957; Bélgica 1960.

⁶ Argentina Ley N° 11.210, de 24 de agosto de 1923; Brasil D.L. N°7.666, de 1945, reemplazado por la Ley N°4.137, de 1962.

acontecimientos políticos y económicos, surge a finales de los 70 a partir del nuevo modelo económico, que condicionará el funcionamiento de los servicios de utilidad pública, por cuanto entendió, desechando el rol del Estado, que la capacidad autoregulatoria de los agentes económicos se sobreponía al rol de las agencias regulatorias sectoriales, a las que no se les asignaban funciones específicas de promoción de la competencia. Así la institucionalidad regulatoria en su origen, se fundaba en la desconfianza que generaban las agencias regulatorias, por lo que institucionalidad regulatoria nació absolutamente debilitada.

Así surgen, en 1985,⁷ la Superintendencia de Electricidad y Combustible, la que originalmente tiene funciones de carácter eminentemente técnicas; la Subsecretaría de Telecomunicaciones, en 1977⁸, con un rol más bien orientado a la formulación de políticas públicas, regulación técnica y de promoción de privatizaciones; la Comisión Nacional De Energía⁹, creada en 1978, se encargó en sus comienzos de formular políticas para el sector; la Superintendencia de Servicios Sanitarios de 1989¹⁰ tuvo desde su nacimiento ciertas funciones económicas, básicamente las de tarifación; y por último, la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras¹¹, sin perjuicio de otras.

La carencia de funciones en materias económicas y particularmente en materia de libre competencia en el caso de los agentes regulatorios, puso en duda el proceso de privatización iniciado en los 80. Esta situación se hizo evidente a partir de 1990 y sirvió para iniciar un proceso de reforzamiento de estas agencias regulatorias y de los procedimientos regulatorios, con el objeto de fomentar la competencia en la prestación de los servicios públicos. Este proceso de adecuación de la normativa regulatoria a los principios de la libre competencia, no necesariamente se ha desarrollado en forma integral y coordinada, de allí la importancia que adquirieron los Dictámenes y Resoluciones de los órganos de defensa de la competencia, ya que las facultades entregadas a las agencias regulatorias, no derogaron las que poseen los organismos antimonopolio para investigar y sancionar conductas monopólicas en los servicios de utilidad pública.

3. CUESTIONES QUE SUSCITA LA INTERACCIÓN ENTRE LOS AGENTES REGULADORES SECTORIALES Y LOS ORGANOS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA A NIVEL COMPARADO

Antes de referirnos a los aportes concretos que han hecho los órganos de defensa de la competencia chilenos en el proceso de regulación sectorial y por ende, a las labores de las agencias regulatorias, creemos necesario revisar algunas de las cuestiones, que a nivel comparado, surgen entre la actividad de las agencias regulatorias y la ejercida por los organismos de la competencia.

La regulación de los servicios de utilidad pública trata de resolver los desafíos que generan los "monopolios naturales" y, en particular, de aquellos cuya provisión supone la existencia de redes interconectadas, como ocurre en los servicios básicos. La competencia se hace más difícil en los servicios de infraestructura o servicios de utilidad pública, ya que se caracterizan por una demanda inelástica y predecible, lo que hace necesaria que se dicten leyes sectoriales, que se traducen en la creación de órganos reguladores, cuyo propósito final es asegurar que estos servicios básicos sean suministrados eficientemente.

⁷ Ley 18.410, de 22 de mayo de 1985.

⁸ Decreto Supremo N° 1762, de 1977. Actualmente se rige por la Ley 18.618, de 2 de octubre de 1982, Ley General de Telecomunicaciones.

⁹ D.L. N° 2.224, de 25 de mayo de 1978.

¹⁰ Ley N° 18.902, de 27 de enero de 1990.

¹¹ Actualmente se rige por el D.F.L. N°3, del Ministerio de Hacienda, de 19 de diciembre de 1997, que fija el texto refundido de la Ley General de Bancos.

Los problemas de la regulación sectorial que influyen en la interacción entre las agencias reguladoras y los organismos de defensa de la competencia, están centrados, a nuestro entender, en las características que se dan en la prestación de los servicios de utilidad pública, como es, la estructura de la propiedad, en donde no sólo la separación de la propiedad en el interior de los segmentos regulados parece aconsejable, sino también, la división de la propiedad de dichos segmentos, de la de los no regulados, a fin de evitar de que una empresa controle ambos, como puede ocurrir, por ejemplo, con una que es dominante en un mercado generación eléctrica (regulado)) y que controla a su vez, la transmisión eléctrica (no regulado).

En algunos casos, los menos, los organismos de defensa de la competencia han jugado un rol relevante en las decisiones iniciales que se adoptan en el proceso de estructuración de los sectores regulados, es decir, al momento de la privatización, imponiendo su autoridad para que, dado que se trataba de monopolios, se garantizara el marco competitivo más adecuado. A este respecto cabe destacar, las resistencias basadas en el interés por un rápido logro de resultados financieros, que según algunos, se vería perjudicado, en este ámbito, por la introducción de criterios de competencia.

La relación entre agencias reguladoras y órganos de defensa de la competencia se ve a veces obstruida por la falta de una visión común acerca de la misión primordial de las propias agencias reguladoras. En algunos países existe una consolidación de su sistema regulatorio, en donde se produce la integración plena de ambas funciones, la regulatoria y la de defensa de la competencia, en un sólo órgano. Se señala, como ejemplo, el caso de Nueva Zelanda, calificado como “paradigmático”. Sin embargo, es un caso excepcional, puesto que la regla general, es la separación entre órganos de regulación sectorial y de protección de la competencia. Incluso en algunos casos, además de separarse esas dos funciones, se ha hecho radicar en órganos diferentes las facultades de investigación y de fiscalización.

La creación de los entes de regulación sectorial, suele implicar algún grado de superposición de funciones o roles, con los organismos de defensa de la competencia. Porque aquéllos también han sido creados, en buena medida, para regular las conductas privadas y evitar abusos de poder en las industrias que integran los mercados. Las fronteras entre la regulación y la defensa de la competencia se pueden tornar, gradualmente, menos nítidas y más permeables, porque hay atribuciones compartidas, por ejemplo, en los controles de precio y entrada. Tal superposición, puede generar incertidumbre en los agentes económicos y perjudicar el crecimiento de la oferta de estos servicios.

En algunos países, entidades de regulación sectorial cumplen funciones de vigilancia de la competencia. Por ejemplo, en España, la Comisión Nacional de Energía (agencia reguladora de los sectores energéticos: electricidad, gas, etc) es, según la ley, un “ente regulador del funcionamiento de los sistemas energéticos, teniendo por objeto velar por la competencia efectiva en los mismos y por la objetividad y transparencia de su funcionamiento, en beneficio de todos los sujetos que operan en dichos sistemas y de los consumidores”. No existe consenso sobre la conveniencia de que los entes reguladores ejerzan funciones relacionadas con los comportamientos de los sujetos o agentes de la actividad económica, asegurando que no sean contrarios a la competencia, como sería por ejemplo en los casos de concentración económica o de empresas.

En otros caso los órganos de la competencia se ven inhibidos de fiscalizar estos sectores. Cabe recordar que, mientras los organismos antimonopolio velan por el beneficio de la sociedad en su conjunto, las agencias reguladoras, naturalmente, tienden, en el ejercicio de sus atribuciones, a procurar el beneficio del sector que están regulando, incluyendo a los empresarios, el mercado, y a los usuarios o consumidores directamente relacionados con dicho sector. Puede que estos objetivos entren en conflicto, lo que puede resultar muy

perjudicial para el mercado en general, ya que los organismos de defensa de la competencia tienen una visión de conjunto, que les permite evitar efectos nocivos de las conductas de agentes económicos de un determinado sector, en otros sectores o en la economía en su conjunto. Lo que podría resultar más grave, si consideramos que muchos actos o hechos producidos en un sector de servicios de utilidad pública, pueden tener efectos en los otros mercados o en la marcha de la economía en general.

La principal objeción para dotar de mayores facultades a los órganos reguladores y, en cambio, restringir al máximo sus atribuciones ampliando las de los tribunales de la competencia, estriba en el 'riesgo de captura', pues si bien los órganos reguladores cuentan con un mayor conocimiento en su área específica y están en mejores condiciones de adoptar decisiones rápidas y prácticas, se hallan más cerca, en el día a día, de quienes integran el sector regulado. De modo que aunque el órgano sectorial sea independiente del sector regulado, se le puede capturar.

Por último, hay que destacar el tema de la independencia de estos organismos respecto del poder político. Se señala como una diferencia crucial entre los organismos de defensa de la competencia y las agencias reguladoras que, si bien, en la mayoría de los países, cuentan con autonomía de gestión y operación, en la práctica, en muchos casos, el accionar de la agencia reguladora está subordinado a la opinión del poder ejecutivo, mientras que el órgano de la competencia es independiente y autónomo del Ejecutivo.

La relación entre los dos tipos de órganos está inserta dentro de una dimensión dinámica, donde lo ideal podría ser partir, al momento de las reformas estructurales, con unos órganos reguladores dotados de muchas facultades, y que, a medida que se fueran consolidando las reformas, estos órganos reguladores deberían ir desprendiéndose de estas facultades en pro de la autorregulación, siempre bajo la supervisión de los organismos de defensa de la competencia.

4. APORTE DE LOS ORGANOS DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA A LA REGULACIÓN SECTORIAL EN CHILE: CASOS CONCRETOS

¿Cómo ha abordado la institucionalidad chilena los planteamientos mencionados?

La participación en la regulación de los servicios públicos por parte de los órganos de defensa de la competencia chilenos ha sido muy fecunda, como consecuencia de la precariedad con que fueron concebidas, en sus inicios, las agencias regulatorias sectoriales en Chile. Esta participación se tradujo en el aporte a la legislación regulatoria sectorial a través de la revisión, desde la perspectiva de la libre competencia, de las decisiones más importantes adoptadas por dichas agencias o en la participación, por vía jurisprudencial o administrativa, en la determinación del ámbito de facultades y los alcances de las atribuciones de dichas agencias, e incluso, en algunos casos, convirtiéndose en reguladoras de última instancia, especialmente en cuanto se refiere a cuestiones tarifarias.

Los organismos de defensa de la competencia chilenos, están dotados de facultades que les permiten, por una parte, acoger consultas tanto de particulares como de los órganos públicos, incluidas las agencias reguladoras¹²; prevenir la comisión de atentados a la libre competencia: de esta manera, las comisiones preventivas de oficio o a petición de parte, conocen de cualquier situación que pueda alterar el libre juego de la competencia¹³; función correctiva administrativa que le permite, a requerimiento de la Fiscalía, solicitar al Ministerio de Economía o a cualquier otro organismo o servicio público, el ejercicio de sus facultades reguladoras de la actividad económica, con carácter preventivo, a fin de impedir los efectos

¹² Artículo 8 letras a y b, artículo 14 D.L. N° 211.

¹³ Artículo 6 y 8 del D.L. N°211.

perjudiciales de los actos que se investiguen¹⁴; perseguir y sancionar las conductas unilaterales y aquellos acuerdos que restringen la competencia o significan un abuso de poder de mercado, cualquiera sea el tamaño o entidad de éste, y cualquiera sea el origen, cometidos por agentes privados o públicos.

Pero quizás sea la facultad que le otorga el artículo 5 del D.L. N°211, que señala que la Comisión Resolutiva podrá solicitar al poder ejecutivo la modificación o derogación de preceptos legales o reglamentarios, en cuanto limitando o eliminando la libre competencia, los estime perjudiciales para el interés común, lo que gráfica de mejor forma el fundamental papel que le ha cabido a los órganos de defensa de la competencia chilenos en la estructuración de la institucionalidad reguladora sectorial.

Este rol de los órganos de la competencia ha estado fundado en la propia legislación antimonopolio, que como lo señalamos, es anterior al proceso de privatización que dio origen a las agencias reguladoras, así como en la propia regulación sectorial, que paulatinamente fue incorporando la intervención de estos órganos en forma expresa, e incluso existen casos en que la propia legislación sectorial entrega a las agencias regulatorias como misión, velar por la libre competencia en el sector.

A continuación citamos algunos casos en que los órganos de la competencia intervinieron en sectores regulados, propiciando principalmente a través de la segregación de los mercados de servicios de utilidad pública, la multiplicación de agentes económicos que pasan a operar en sectores que antes sólo eran servidos por una empresa. Quisiera recalcar que se trata de algunos ejemplos, ya que la intervención de los órganos de la competencia, en los sectores regulados ha sido muy fecunda.

A. TELECOMUNICACIONES:

En este sentido un caso que parece emblemático y que permite destacar el aporte de órganos de defensa de la competencia a la regulación de servicios de utilidad pública, lo constituye el sector telecomunicaciones. Así, la Comisión Resolutiva ha influido en la regulación de telecomunicaciones a través de resoluciones que ordenaban la competencia y que especialmente, orientaron los procesos tarifarios del sector.

En Chile antes del proceso de privatización, existían dos compañías de telecomunicaciones estatales: la Compañía de Teléfonos de Chile y ENTEL. La primera tenía el monopolio de la telefonía local y la segunda, el de larga distancia nacional e internacional. Se privatizó separadamente la telefonía nacional de la internacional.

La apertura del mercado de telefonía de larga distancia, que se estableció a través de una reforma de la Ley General de Telecomunicaciones, en 1994, tuvo su origen en la Resolución N° 389, de 1993, de la Comisión Resolutiva, la que ante la solicitud de CTC, empresa absolutamente dominante en telefonía local, para que se le permitiera participar del mercado de telefonía de larga distancia, dispuso como requisito que debía hacerlo por intermedio de una empresa filial o coligada, constituida como sociedad anónima abierta, perfectamente diferenciada de su matriz, de modo que fuesen fácilmente identificables entre otros, los costos de transferencia. Además, el cargo de acceso a la empresa local, no podía discriminar entre los portadores, debiendo ser fijado por la autoridad y debiendo reflejar los costos directos, eliminando así toda forma de subsidio desde la larga distancia a las telecomunicaciones locales.

El Artículo 6° de la Ley General de Telecomunicaciones señala que corresponderá al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, a través de la Subsecretaría de

¹⁴ Artículo 8, letra g, del D.L.N°211.

Telecomunicaciones, la aplicación y control de la presente ley y sus reglamentos. Le competará además, exclusivamente, la interpretación técnica de las disposiciones legales y reglamentarias que rigen las telecomunicaciones, sin perjuicio de las facultades propias de los tribunales de justicia y de los organismos especiales creados por el decreto ley 211.

El artículo 29 expresa que los precios o tarifas de los servicios públicos de telecomunicaciones y, de los servicios intermedios que contraten entre sí las distintas empresas, entidades o personas que intervengan en su prestación, serán libremente establecidos por los proveedores del servicio respectivo, pero agrega que, no obstante, si en el caso de servicios públicos telefónicos local y de larga distancia nacional e internacional, excluida la telefonía móvil y en el de los servicios de conmutación y/o transmisión de señales provistas como servicio intermedio o bien como circuitos privados, existiere una calificación expresa por parte de la Comisión Resolutiva, creada por el decreto ley 211, de 1973, en cuanto a que las condiciones existentes en el mercado no son suficientes para garantizar un régimen de libertad tarifaria, los precios o tarifas del servicio calificado serán fijados de acuerdo a las bases y procedimientos que se indican en este Título. En todo caso, si las condiciones se modificaren y existiere pronunciamiento en tal sentido por parte de dicha Comisión Resolutiva, el servicio dejará de estar afecto a la fijación de tarifas.

La Ley General de Telecomunicaciones, en su artículo 8°, señala que los actos que impliquen discriminación o alteración a una sana y debida competencia, han de ser conocidos y sancionados por la Subsecretaría de Telecomunicaciones. Y lo mismo ocurre en el artículo 24 bis, que considera como una violación a la libre y sana competencia determinados actos de discriminación con los concesionarios de servicios telefónicos, cuyo conocimiento y sanción también recae en la autoridad reguladora.

B. SANITARIAS:

A partir de la década de los 80 se inicia el proceso de privatización del sector encargado de suministrar los servicios de agua potable y alcantarillado través de concesiones, dejando al Estado el rol regulador, estableciéndose reglas sobre tarifación basadas en eficiencia y autofinanciamiento de las empresas. Tanto en el otorgamiento de concesiones como en la tarifación, cupo un papel a los órganos de defensa de la competencia.

El D.F.L. N° 382, de 30 de diciembre de 1988, dispone en el artículo 65, que corresponde a la Comisión Resolutiva determinar si las empresas concesionarias de servicios públicos de distribución eléctrica o de telefonía local, constituyen un monopolio natural o declarar que han dejado de serlo, para efecto de la prohibición que establece esta normativa, en el sentido que estas empresas puedan participar en la propiedad de las empresas prestadoras de servicios sanitarios.

C. ELECTRICIDAD:

En el caso del sector eléctrico, a principios de la década de los 80, algunas empresas, entonces estatales, fueron reorganizadas y divididas según criterios diversos tales como área geográfica de servicio, o según fase de la prestación. Ello obedecía a consideraciones de buena gestión y apuntaba también a facilitar el proceso de privatización. Sin embargo, aún cuando el marco regulatorio (aprobado en 1982) presumió la existencia de competencia a nivel de la generación, no se actuó en consecuencia al enajenar el sector. En efecto, se privatizó ENDESA que controlaba más del 70% de la generación, el sistema de transmisión, parte sustancial de los derechos de agua y el monitoreo de las fuentes hídricas. El alto nivel de concentración que se alcanzó en la generación y transmisión, se complementó al ganar el control por parte de Endesa, del holding Enersis que a su vez controlaba Chilectra Metropolitana, principal distribuidora del país. Estas circunstancias, condicionaron la

evolución del sector, y generaron buena parte de conflictos entre las empresas y afectaron las decisiones de inversión, anomalías que todavía subsisten.

Entre los años 1992 y 1997, la política gubernamental permaneció a la expectativa de lo que ocurriría con el requerimiento presentado por la Fiscalía Nacional Económica frente a la Comisión Resolutiva Antimonopolio, de obligar a la separación entre la generación y la transmisión reunida en Endesa y luego promover la separación entre dichos segmentos y la principal distribuidora de electricidad, Chilectra Metropolitana controlada por Enersis. Con el antecedente de lo ocurrido con Telefónica de España, resultaba plausible esperar que el sistema antimonopólico generara una dinámica similar en el sector eléctrico. La Comisión Resolutiva recomendó la transformación de Transelec, administradora de los activos de transmisión, en una empresa independiente de su empresa matriz y recomendando a las distribuidoras que licitaran sus contratos.

La Comisión Resolutiva, por medio de la Resolución N° 531, de 28 de octubre de 1998, estimó del caso ejercer las atribuciones que le conceden los artículos 5, inciso final y 17, letra d), del DL 211, y en tal virtud solicitó al Supremo Gobierno su patrocinio para que se modifique el DFL 1, de 1982, de Minería, en el sentido de que se faculte a la autoridad, en caso de que existiere una calificación expresa de esta Comisión, en cuanto las condiciones del mercado no son suficientes para garantizar un régimen de libertad tarifaria, para fijar los precios o tarifas de los servicios relacionados al suministro de energía eléctrica de acuerdo a las bases y procedimientos que determine la ley, sin perjuicio de que, en todo caso, si las condiciones del mercado cambiaran y existiere un pronunciamiento favorable de esta Comisión, los servicios puedan dejar de estar afectos a la fijación de tarifas, petición que se concretó por parte del Ejecutivo mediante la presentación del proyecto que dio origen a la Ley N° 19.674.

Con anterioridad a la publicación de la Ley N° 19.674, ya citada, el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción sólo estaba facultado para fijar los precios de los suministros de energía eléctrica a los usuarios indicados en la Ley General de Servicios Eléctricos. De conformidad con lo dispuesto en la citada Ley N° 19.674, que modificó la Ley General de Servicios Eléctricos, el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción ha quedado facultado para fijar precios a los demás servicios prestados por las empresas eléctricas, sean o no concesionarias de servicio público, cuando se encuentren asociados al suministro de electricidad o se presten en mérito de la calidad de concesionario de servicio público, previa calificación expresa de la Comisión Resolutiva como servicios sujetos a fijación de precios, en consideración a que las condiciones existentes en el mercado no son suficientes para garantizar a su respecto un régimen de libertad tarifaria. La Comisión Resolutiva ha analizado y consideró que respecto de gran parte de los servicios propuestos por el citado organismo fiscalizador del sector eléctrico, no existen las condiciones de mercado suficientes para garantizar un régimen de libertad tarifaria con relación a ellos. Esta situación obedecía a la existencia de posiciones monopólicas o dominantes de las empresas eléctricas, derivadas de consideraciones legales o regulatorias y de la existencia de economías de escala o de ámbito tales como la propiedad de la infraestructura y la coordinación requerida entre agentes para la prestación de ciertos servicios, como también de asimetrías de información y de la naturaleza propia del servicio eléctrico. Asimismo, existen servicios cuyos precios deberán ser fijados con el objeto de promover la competencia en el mercado eléctrico, como es el caso de los peajes adicionales para clientes libres originados por la utilización de instalaciones de subtransmisión y de distribución. Por otra parte, existen servicios que deberán quedar sujetos a fijación tarifaria con el fin de evitar que se produzcan distorsiones en otros mercados, como el de las telecomunicaciones, teniendo en especial consideración la actual incorporación de empresas eléctricas a este último. De acuerdo con lo dispuesto en el Título IV de la Ley General de Servicios Eléctricos, los precios que se fijen por la autoridad tienen el carácter de precios máximos.

D. BANCARIO:

La regulación bancaria en Chile es de antigua data y muy variada. En la década de los 70', se desconfió fuertemente de las agencias regulatorias y se dejó el mercado en manos de la autorregulación. El resultado fue la crisis del sistema financiero en la década de los ochenta, dando lugar a reformas regulatorias del sector que permitieron su consolidación. A partir de la Ley de Bancos de 1997 se inició el proceso de expansión e internacionalización de la banca chilena.

La Resolución 638, de 23 de enero de 2002, señaló que la Comisión Resolutiva tiene amplias facultades para analizar e investigar operaciones de concentración bancaria, sea que se trate de fusiones, tomas de control o adquisiciones, atribuciones que fueron materia de análisis por el legislador, como se desprende de historia fidedigna de Ley 19.705. No existe evidencia de que comportamiento de bancos controlados por una sola entidad haya redundado en situaciones anticompetitivas, esto es, hayan significado exclusión de actores actuales o potenciales en el mercado, ni que importen alzas de precios o aumentos de los márgenes bancarios. Por lo tanto, dadas esas condiciones, el control conjunto de los dos bancos por el BSCH, en principio, no constituye situación de riesgo para las condiciones de competencia, sin perjuicio de las medidas que señala: 1.- Deja sin efecto compromiso asumido por el BSCH, en su Declaración de Intenciones, a que se refiere considerando vigésimo primero, en cuanto a procurar que su cuota de mercado en Chile se reduzca, por atentar contra el orden público económico, 2.- La Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras deberá mantener un seguimiento respecto del nivel de las tasas de interés que ofrezcan los bancos referidos, en las localidades y comunas en que uno o ambos bancos, en forma conjunta, alcancen una participación en el crédito superior al 50%, debiendo remitir la información que elabore a la Fiscalía Nacional Económica.

Por su parte el Artículo 35 bis de la Ley General de Bancos, expresa que procederá la fusión de bancos o la adquisición de la totalidad del activo y pasivo de un banco por otro o de una parte sustancial de ellos; o la toma de control de dos o más bancos por una misma persona o grupo controlador, o bien a aumentar sustancialmente el control ya existente, en términos que el banco adquirente o el grupo de bancos resultante alcancen una participación significativa en el mercado, si los interesados cuentan con la autorización de la Superintendencia. Este es un caso en que la agencia regulatoria sectorial tiene competencia para conocer de temas de concentración bancaria, sin perjuicio de las facultades de los organismos de defensa de la competencia.

E. GAS:

La Ley de Servicios de Gas¹⁵ señala que la Comisión Resolutiva podrá emitir una resolución solicitando al Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción la fijación de las tarifas del suministro de gas y servicios afines a todo consumidor de una determinada zona de concesión de servicio público de distribución de gas.

5. ACTUALES DESAFIOS DE LA INTERACCION ENTRE AGENCIAS DE REGULACIÓN Y ORGANOS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Las fronteras entre la regulación y la defensa de la competencia si bien es cierto pueden tornarse menos nítidas cuando de servicios de utilidad pública se trata, debido principalmente al término de la creencia de la no disputabilidad de los monopolios naturales, ello no significa que estas fronteras hayan desaparecido, a lo menos en términos genéricos o teóricos. Aunque los organismos de la competencia son, en gran medida, organismos reguladores, su función reguladora es muy especial ya que su acción porque recae

¹⁵ D.F.L. N° 323, de 1931, con sus posteriores modificaciones.

esencialmente sobre determinadas conductas potencialmente nocivas de los agentes económicos, en particular sobre aquellas que llevan a limitar o restringir la entrada de nuevos actores o generan concentración.

Por su parte, los órganos reguladores sectoriales deben cumplir determinadas funciones, para lo que han de estar dotados de ciertas facultades exclusivas, por ejemplo: la regulación técnica del respectivo sector, el establecimiento de normas relacionadas con los derechos de los consumidores o usuarios del respectivo servicio, la fiscalización del cumplimiento de las normas técnicas y de los estándares de calidad que deben ser aplicados a los sectores a su cargo, la resolución de conflictos entre los agentes privados que participan en el respectivo ámbito, la fiscalización del cumplimiento de las obligaciones contractuales con los usuarios o consumidores, y la sanción del incumplimiento de estas normas, estándares y obligaciones. En consecuencia, los instrumentos de que están dotados estos entes para cumplir esas funciones, entendemos, no son los propios de un tribunal sino más bien administrativos: participar en los procesos de elaboración de las normas que regirán los respectivos sectores, expedir reglamentos, requerir información, otorgar permisos, autorizar precios y tarifas, aprobar los términos en que se prestarán los servicios y, por cierto, aplicar sanciones en caso de incumplimiento de la respectiva normativa.

Es claro que entre las tareas asignadas a las entidades de regulación sectorial y las que han de cumplir las agencias antimonopolio, puede existir una sobreposición de funciones, con sus correspondientes conflictos de regulación y gastos públicos innecesarios, para lo cual, constituir una única autoridad política en materia de competencia tanto interna como internacional, que también tenga bajo su alero los servicios públicos y las políticas de protección al consumidor para coordinar las definiciones y orientaciones, parece ser un primer desafío.

Por otro lado, definir claramente los ámbitos de competencia entre los entes reguladores y la jurisdicción ordinaria, resulta fundamental, aunque cabe señalar que algunos países en este sentido han avanzado considerablemente.

Resulta destacado el hecho que, los organismos de defensa de la competencia, no suelen cumplir un rol relevante en las decisiones iniciales que se adoptan en el proceso de estructuración de los sectores regulados, es decir al momento de la privatización, tomando en cuenta que, en la mayoría de los casos, se trataba de monopolios. La participación de estos órganos, conjuntamente con las agencias regulatorias, permitiría garantizar un marco competitivo más adecuado, aún enfrentando, la resistencia que esta intervención suele generar por el interés de los promotores de inversión sectoriales, que pretenden un rápido logro de resultados financieros, independientemente de la aplicación de criterios de competencia. En Chile esta experiencia no ha sido realizada, ya que no obstante la facultad que tiene la Comisión Resolutiva para sugerir cambios legislativos al ejecutivo, no existe norma expresa que disponga la participación de estos organismos en la elaboración de los marcos jurídicos de regulación sectorial.

Existen algunos riesgos que pueden afectar la actividad de la regulación, como es la 'captura del regulador', riesgos que por cierto pueden disminuir con la independencia del órgano regulador. En tal sentido, se destaca la necesidad de que estos entes, aunque estén insertos en el Poder Ejecutivo, gocen de autonomía, por cuanto debieran contar con facultades propias, incluso exclusivas, que puedan ejercer con independencia de otros órganos del Estado, como en lo que se refiere a estar dotados de un patrimonio propio y de una disposición autónoma de los recursos. También es necesario que los nombramientos de las autoridades y personal de estos órganos no dependan de factores o consideraciones políticas coyunturales, siendo deseable, en el caso de los jefes superiores de servicio, un mecanismo especial en su designación y que el personal goce de cierto grado de inamovilidad.

Pero, también puede alegarse como factor que permite disminuir el riesgo de captura, la desconcentración de funciones, es decir que las diferentes funciones fiscalizadoras de los servicios de utilidad pública o sectores regulados, no radiquen en un solo ente, sino que en cada uno de los sectores regulados, y encargar, por ejemplo, a un organismo, el establecimiento de la normativa reguladora y a otro la función de fiscalización de su cumplimiento. También contribuye a eliminar este fenómeno, la transparencia informativa, es decir la publicidad de aquella información que sustenta el ejercicio de sus facultades por los entes reguladores, y el establecimiento de manera formal, de instancias públicas en las cuales los actores afectados por la regulación (empresas, consumidores) puedan manifestarse y participar.

El hecho que los órganos generales de defensa de la competencia, a diferencia de los entes reguladores, mantengan una cierta distancia respecto a los sectores regulados, que, si bien determina que su accionar sea un poco más complejo o lento, evita aquel riesgo de "captura". La integración de las agencias reguladoras con los de la competencia, puede evitar también el peligro de la captura, ya que la descentralización puede llevar a más corrupción que la centralización en un solo organismo. Sin perjuicio que es conveniente que haya órganos reguladores sectoriales y no generales, por cuanto, a pesar de los riesgos, son más rápidos, más especializados técnicamente, y más preparados para elaborar y modificar normativas de regulación, fijar precios, etc.

Considerando que la relación entre las instituciones de competencia y las agencias reguladoras sectoriales adquiere particular relevancia, especialmente en aquellos países en los que las reformas estructurales son recientes, entendemos que debe lograrse un equilibrio de relaciones entre ambas instancias, donde prime un espíritu de cooperación y de coordinación, más que de rivalidad o celo. Para ello debe hacerse un esfuerzo por ponerse de acuerdo en definir mejor los ámbitos de competencia de los entes reguladores de determinados servicios de infraestructura y de los órganos generales de defensa de la competencia, porque siempre existirá un potencial conflicto en la aplicación de los respectivos ordenamientos jurídicos y en el ejercicio de las facultades, en lo que toca a los sectores regulados. Generalmente ocurre que, desde su óptica, los organismos de defensa de la competencia estiman que la función de las agencias reguladoras debe circunscribirse a los aspectos técnicos y operativos del sector regulado.

Los organismos de la competencia han de reconocer que carecen del conocimiento de los aspectos técnicos y operativos, de manera que se considera deseable que las agencias reguladoras se dediquen esencialmente a supervisar desde el punto de vista técnico relacionado con la reglamentación del sector, la mayoría de las cuales dicen relación directa con la satisfacción de las necesidades de los usuarios, ya que resulta evidente que la capacidad de monitoreo y vigilancia es mayor en los organismos sectoriales.

Lo anterior, no debe hacer olvidar que mientras los organismos antimonopolio velan por el beneficio de la sociedad en su conjunto, las agencias reguladoras, naturalmente, tienden, en el ejercicio de sus atribuciones, a procurar el beneficio del sector que están regulando, velando por los intereses, tanto de los empresarios, usuarios o consumidores involucrados en su sector. Cuando los intereses entre éstos o los intereses de otros sectores o de la comunidad entran en conflicto, cabe un rol complementario y arbitrador de los órganos de defensa de la competencia.

En cuanto a la independencia respecto del poder político cabe destacar que existe una diferencia crucial entre los organismos de defensa de la competencia y las agencias reguladoras que, si bien, estas agencias pueden contar con autonomía de gestión y operación, en la práctica su accionar está subordinado a la opinión del poder ejecutivo,

mientras que el órgano de la competencia es independiente y autónomo del Ejecutivo ya que, generalmente, reviste el carácter de órgano jurisdiccional.

Entendemos que la autoridad de la competencia debe estar ubicada en un rango superior al de la agencia sectorial reguladora. Esto quiere decir, por ejemplo, que si la agencia sectorial fija un precio, el órgano de la competencia siempre podrá revisarlo. Del mismo modo, existe una opinión común favorable a que todo proyecto de concentración de empresas, debiera ser notificado al servicio de defensa de la competencia, cuando se superan determinados umbrales de cuotas de mercado o de volumen de venta. También debiera ser obligación del órgano regulador remitir al tribunal de la competencia todas aquellas operaciones que, se estime, pueden obstaculizar el mantenimiento o desarrollo de una competencia efectiva en el respectivo mercado.

En cuanto a la legislación de defensa de la competencia resulta imprescindible evitar vaguedad en la definición de las conductas, ya que ésta genera incertidumbre en los agentes económicos. Asimismo es necesario promover la especialización de los miembros y personal de las instancias encargadas de fallar los conflictos de competencia. En lo relativo a las agencias reguladoras es necesario definir tanto sus objetivos como sus responsabilidades, asegurar su idoneidad, los procedimientos aplicados (eje: el silencio administrativo).

Pero más importante aún, es asegurar la consistencia de las responsabilidades y las atribuciones de las agencias reguladoras con las de los órganos de defensa de la competencia, lo que a parte de reducir costos de coordinación y eliminar la superposición de facultades, generará confianza en los agentes económicos ya que sabrán identificar los criterios y políticas públicas en materia de regulación económica, es decir seguridad jurídica, concepto que no siempre compatibiliza con el objeto de la regulación y la competencia, el mercado, ente esencialmente dinámico y variable.

Hemos dejado para el final una cuestión que estimo de la mayor trascendencia, dado la instancia que nos convoca, para la interacción entre agencias reguladoras y órganos de defensa de la competencia, me refiero a la globalización. El doctor Boaventura de Sousa Santos, ha escrito sobre la transnacionalización de la regulación¹⁶, refiriéndose a aquellas situaciones en las que se puede establecer que los cambios en el derecho estatal de un país dado han sido influidos decisivamente por presiones internacionales, formales o informales, de otros estados, agencias internacionales u otros actores transnacionales.

La globalización entendida como el fenómeno político, económico, cultural y social, propio de comienzos del siglo XXI, que da cuenta de la expansión del intercambio internacional que ha permitido el desarrollo de un mercado global, caracterizado por la homogeneidad del consumo, puede ser una de las causas fundamentales en el cambio en materia de servicios de utilidad pública, con la competencia como paradigma y la apertura de mercados como fin.

Así, es claro que, como actualmente existe un grado creciente de cooperación y organización en red y por cadena de producción a nivel internacional, siendo su expresión más nítida, las transnacionales, será necesaria la colaboración tanto entre las agencias reguladoras y los órganos de defensa de la competencia, tanto a nivel interno como internacional.

6. CONCLUSIONES

"El primer cuidado imprescindible para constituir un mercado en el antiguo dominio de los monopolios públicos consiste en evitar que no sean sustituidos por monopolios privados. Por

¹⁶ La Globalización del Derecho, Ed. ILSA 1998.

ello, los procesos de privatización deben propiciar la segregación de los negocios acumulados por los monopolios públicos, o por los monopolios u oligopolios privados, a efectos de crear oportunidades de competencia nuevas a los agentes económicos que ahora tienen la oportunidad de incorporarse a los sectores privatizados"¹⁷

Existe un consenso en que las reformas estructurales que se han implementado exigen, paralelamente, estructurar un sistema de regulación sectorial y de defensa de la libre competencia acorde con el objetivo de producir más y mejores bienes en beneficio de la comunidad. De allí que no parece recomendable la multiplicidad de regulaciones puntuales sectoriales, sino por el contrario, es aconsejable una visión global, en que se distingan claramente las instancias políticas, que generen una normativa coherente y criterios de fiscalización que generen un marco de certidumbre jurídica.

La adecuada interacción y complementación entre ambas agencias – las de la competencia y las reguladoras- es señalada, casi unánimemente, como crucial para el desarrollo de los mercados de los servicios públicos en cuya prestación, las reformas estructurales introdujeron la participación privada y en que, por tanto, se debiera aspirar a que exista en ellos un grado de competencia adecuado.

la competencia debiera estar presente, hasta donde sea posible, en cada sector de servicios básicos, en todas las etapas del proceso económico (extracción, producción, distribución, etc.) y no es conveniente la existencia de monopolios integrados.

El grado de competencia que realmente existe en los mercados de servicios de utilidad pública se puede afirmar que aún no es lo suficiente, por lo que elevar los niveles de competencia sigue siendo uno de los retos principales de las políticas económicas de los gobiernos. Sin embargo, nada puede insinuar una disminución del rol regulador del Estado, su intervención es necesaria, siempre que la competencia se vea afectada o limitada.

La idea matriz es que las normas y los organismos de la competencia, no eliminan ni reemplazan a las normas y organismos de regulación sectoriales, ni viceversa, sino que se complementan. Es decir, que el organismo de la competencia necesita un regulador, puesto que, en la práctica, es muy difícil pensar en la integración de ambos, debido a que estos mercados - pensemos en las telecomunicaciones, por ejemplo- exhiben un acelerado desarrollo tecnológico, son muy complejos, con aspectos técnicos que los tribunales de la competencia no están en condiciones de abordar.

Los profundos cambios en la estructura económica del país de las últimas décadas, que dio paso a la participación privada en casi todos los sectores productivos y a la inserción de Chile en la economía global, junto con la aparición de nuevas estructuras empresariales derivadas principalmente de la creciente ola mundial de fusiones y alianzas, han modificado sustancialmente el escenario en el cual le corresponde funcionar a la institucionalidad de defensa de la libre competencia, creando nuevas y mayores exigencias. En este nuevo escenario ya no es viable descansar en organismos débilmente constituidos. Por otra parte, La innovación en la institucionalidad de la regulación sectorial, ha de estar inspirada en la creación de lazos de cooperación entre las agencias encargadas de los servicios de utilidad pública y los organismos de defensa de la competencia, lo que seguramente permitirá a los países mayores éxitos económicos y más bienestar social.

La experiencia chilena de apertura económica, basada en la voluntad emprendedora de los sujetos, que dio lugar a los cambios del modelo de desarrollo a partir de los 70, no ha estado exenta de sacrificios para la comunidad nacional, por ello creemos que todos los que

¹⁷ "Servicios públicos y mercado" Santiago Muñoz Machado, Ed. Civitas S.A. 1998.

de una u otra manera tenemos responsabilidades en la planificación y aplicación de la regulación económica, ya sea como reguladores sectoriales o desde la defensa de la libre competencia, debemos entregar nuestros mejores esfuerzo para dar marcos jurídico-económicos que permitan aprovechar las ventajas del desarrollo de las prestaciones de utilidad pública, lo que redundará en mejores niveles de vida para nuestros pueblos.

Section III
Continuing discussions on a possible multilateral framework on
Competition
Power Point Presentations

- 3.A. A Development-friendly multilateral framework and S&D: the UN Set as a model
Philippe Brusick, Head, Competition and Consumer Policy Branch (UNCTAD) 152
<http://www.unctad.org/en/docs/ditccclp200383a.ppt>
- 3.B. Relevance of WTO core trade principles and S&D for developing countries
James Mathis, University of Amsterdam, Netherlands 153
<http://www.unctad.org/en/docs/ditccclp200383b.ppt>
- 3.C. Competition policy in WTO sectoral agreements
Pierre Arhel, Counsellor for Competition Policy, Intellectual Property Division World Trade Organization (WTO) 154
<http://www.unctad.org/en/docs/ditccclp200383c.ppt>
- 3.D. Interaction between competition authorities and sectoral regulators
Cleveland Prates Teixeira, Commissioner, Administrative Council for Economic Defense (CADE), Brazil 155
<http://www.unctad.org/en/docs/ditccclp200383d.ppt>
- 3.E. Recientes desarrollos en el Grupo de Trabajo en la Interacción entre Comercio y Competencia OMC
Antonio González Quirasco, Federal Competition Commission (CFC), Mexico 156
<http://www.unctad.org/en/docs/ditccclp200383e.ppt>
- 3.F. Latest developments in the Working Group on the Interaction between Trade and Competition
François Souty, Competition Council, France 157
<http://www.unctad.org/en/docs/ditccclp200383f.ppt>