



**Conferencia de las
Naciones Unidas sobre
Comercio y Desarrollo**

Distr.
GENERAL

TD/B/COM.2/CLP/69
23 de mayo de 2008

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

JUNTA DE COMERCIO Y DESARROLLO
Comisión de la Inversión, la Tecnología y las
Cuestiones Financieras Conexas
Grupo Intergubernamental de Expertos en
Derecho y Política de la Competencia
Noveno período de sesiones
Ginebra, 15 a 18 de julio de 2008
Tema 3 *a*) del programa provisional

**LA ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIA ENTRE LAS AUTORIDADES
LOCALES Y NACIONALES ENCARGADAS DE LA COMPETENCIA
Y LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS SOBRE LA COMPETENCIA**

Informe de la secretaría de la UNCTAD*

* El presente documento se presentó en la fecha indicada debido a demoras en su procesamiento.

Resumen

En el presente informe se examina una muestra representativa de regímenes de la competencia comunitarios/regionales, tanto en los países desarrollados como en los países en desarrollo, derivados de las actividades de integración económica llevadas a cabo mediante acuerdos de libre comercio, acuerdos de alcance parcial y uniones aduaneras. El informe se centra especialmente en la situación existente en África, el Caribe, Europa y América Latina, en la medida en que tienen disposiciones sobre competencia en sus acuerdos comerciales. Se comparan en el informe diversos sistemas de integración regional que disponen de instrumentos relativos a la competencia y la atribución de competencias entre las autoridades comunitarias/regionales y las autoridades nacionales de la competencia. La Unión Europea ha establecido marcos institucionales con definiciones claras de la jurisdicción entre las diversas instituciones. África y el Caribe están estableciendo instituciones y se encuentran en etapas diferentes. América Latina tiene disposiciones sobre competencia en sus respectivos acuerdos regionales, aunque su aplicación ha sido lenta. Asia oriental y sudoriental tienen en sus acuerdos regionales objetivos limitados en materia de competencia. En el presente informe se examinan diversos problemas a los que hace frente cada región en materia de atribución de competencia y se exponen algunas cuestiones para futuros debates e investigaciones.

I. ANTECEDENTES

1. En su octavo período de sesiones, el Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia recomendó que en el noveno período de sesiones del Grupo se examinase la cuestión de la atribución de competencia entre las autoridades locales y nacionales encargadas de la competencia y la aplicación de las normas sobre la competencia. En el Conjunto de Principios y Normas sobre Competencia de las Naciones Unidas¹ se alienta a los Estados, a nivel nacional, regional o subregional, a "adoptar, mejorar y poner en vigor de manera efectiva... la legislación y los procedimientos judiciales y administrativos de aplicación apropiados para el control de las prácticas comerciales restrictivas". En el presente informe se examinan los diferentes aspectos de la distribución de responsabilidades en la aplicación de la legislación sobre la competencia entre las autoridades de la competencia comunitarias y nacionales. La UNCTAD llevó a cabo una encuesta sobre la atribución de competencia y hace referencia a las respuestas recibidas de los Estados miembros, cuando resulta necesario².

II. INTRODUCCIÓN

2. En el presente informe, las expresiones autoridades de la competencia "comunitarias" y "regionales" se usan indistintamente, ya que algunas agrupaciones regionales utilizan el término "comunitarias" y otras utilizan el término "regionales". El informe se centra en los regímenes nacionales y regionales/comunitarios que contienen disposiciones comunes sobre la competencia y jurisprudencia compartida por los distintos organismos encargados de la aplicación.

A. Conceptos

3. En el ámbito jurídico, la "competencia" hace referencia a la autoridad de un tribunal para entender en determinados asuntos o a la "capacidad" jurídica de un tribunal para ejercer jurisdicción sobre una cuestión/persona/cosa que es objeto de un litigio. La "atribución" consiste en asignar alguna calidad o carácter a una persona, cosa o institución. Es un aspecto de la asignación o reparto de responsabilidades de conformidad con un plan o con procedimientos establecidos. La "soberanía" puede definirse de diferentes maneras. A los efectos del presente informe, se trata del derecho exclusivo de ejercer un control total sobre una esfera de gobernanza, de población o de sí mismo. La decisión de un gobierno de formar parte de una agrupación regional supone una cierta pérdida de soberanía. El retraso en la aplicación de

¹ UNCTAD (2000). *Conjunto de Principios y Normas sobre Competencia de las Naciones Unidas*. UNCTAD/RBP/CONF/10/Rev.2. Ginebra. Naciones Unidas. Parte E, párr. 1.

² Al 29 de febrero de 2008, han respondido a la encuesta Albania, Barbados, Bhután, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Burkina Faso, Colombia, la Comunidad Andina, Costa Rica, Dinamarca, Eslovaquia, la Federación de Rusia, Francia, la India, Indonesia, Italia, Jamaica, el Japón, Letonia, el Pakistán, Panamá, el Perú, Portugal, la República Bolivariana de Venezuela, la República Checa, Singapur, Suiza, Túnez, Turquía, la Unión Europea, el Uruguay, Viet Nam, Zambia y Zimbabwe.

acuerdos regionales podría atribuirse a estos factores, así como a otros examinados en UNCTAD (2005)³.

B. Asignación de competencia en materia de aplicación del derecho de la competencia

4. La atribución de competencia a dos instituciones supone concesiones mutuas de carácter geométrico. Incluye la creación de una base de autoridad a nivel regional y el abandono de cierta autoridad a nivel nacional. Cuando se examina la atribución de competencia no se puede evitar pensar en la soberanía de los Estados en su proceso de adopción de decisiones y en la cuestión del espacio de políticas, y ambas cuestiones son objeto de debate en los foros comerciales internacionales.

C. Centralización o descentralización

5. En materia de aplicación del derecho de la competencia, se pueden observar dos tipos de estructuras en los regímenes de competencia nacionales o regionales: estructuras centralizadas o descentralizadas. En las primeras, la autoridad central encargada de la competencia ejerce el poder coercitivo. En las estructuras descentralizadas, las autoridades de la competencia delegan una parte de su poder coercitivo a las autoridades de la competencia nacionales/estatales. En un análisis económico, ambas estructuras presentan ventajas y desventajas. La descentralización aborda las asimetrías de información entre los organismos encargados de la competencia y las empresas. Esto se conoce como la relación entre principal y agente⁴. En el contexto de la competencia, las autoridades nacionales y supranacionales encargadas de la competencia son consideradas como principales, mientras que las empresas son consideradas como agentes. Los agentes pueden ocultar información o proporcionar información falsa a las autoridades para proteger sus intereses. Para las empresas resulta más fácil facilitar información a las autoridades nacionales de la competencia que a las supranacionales.

6. Las decisiones adoptadas por los Estados miembros de una agrupación regional pueden tener efectos transfronterizos. Cuando la aplicación está centralizada, ello puede reducir o eliminar las externalidades⁵. Hay economías de escala y menos costos de transacción debido a la aplicación uniforme de normas sobre competencia comunes por parte de las autoridades supranacionales, que actúan como ventanilla única al tratar los casos relacionados con actividades contrarias a la competencia.

7. Al examinar los argumentos que se acaban de exponer, no se debe perder de vista la posible captación de las autoridades de la competencia por el sector privado⁶. Esta cuestión,

³ Véase la publicación de las Naciones Unidas UNCTAD/DITC/CLP/2005/1, cap. 1.

⁴ Van den Bergh R. (1996). *Economic criteria for applying the subsidiary principle in the European Community: the case of competition policy*. *International Review of Law and Economics*. Vol. 16:363 a 383.

⁵ *Ibid.*, 366 y 367.

⁶ *Ibid.*, 370.

combinada con el argumento de las empresas líderes nacionales, hace que las autoridades de la competencia supranacionales estén en una mejor posición para proteger los intereses regionales. Los argumentos explicados *supra* se ven debilitados cuando los grupos de promoción actúan conjuntamente a nivel regional, aumentando su influencia con respecto a la autoridad supranacional.

8. En los países que tienen estructuras de tipo federal, las atribuciones para hacer aplicar el derecho de la competencia se distribuyen entre las autoridades de la competencia de los *Länder* en Alemania y de los "Estados" en los Estados Unidos, y las autoridades encargadas de la competencia a nivel nacional⁷. Las atribuciones de las autoridades nacionales de la competencia abarcan las prácticas contrarias a la competencia que afectan al comercio entre los *Länder* o los "Estados". En Alemania, las autoridades de la competencia de los *Länder* tienen atribuciones en materia de prohibiciones de cárteles y prácticas abusivas, mientras que la Oficina Federal de Cárteles (Bundeskartellamt) tiene competencia exclusiva en materia de control de las fusiones. En los Estados Unidos, todas las fusiones y adquisiciones son examinadas por el Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio. En los Estados Unidos, las fusiones también pueden ser revisadas por las autoridades de la competencia de uno o más Estados. Se argumenta que los grandes países, que tienen grandes mercados nacionales, se beneficiarían de las "estructuras federalizadas en materia de política de la competencia"⁸.

III. AGRUPACIONES REGIONALES Y ASIGNACIÓN DE COMPETENCIA

9. Los esfuerzos de integración regional se incrementaron en la década de 1990 tras la liberalización y la globalización de los mercados. La opción de la integración regional como estrategia de desarrollo se ha convertido en una tendencia mundial⁹. Las investigaciones han mostrado que hay una cifra estimada de 250 sistemas de integración regional en forma de acuerdos de libre comercio y/o uniones aduaneras. Estas iniciativas han evolucionado a lo largo del tiempo y se han diversificado en los distintos continentes y como partes de otras iniciativas. No obstante, en cada región hay diferencias y peculiaridades fundamentales.

10. Los acuerdos bilaterales de cooperación en materia de aplicación de las normas sobre la competencia Sur-Sur, Norte-Norte y Norte-Sur se han incrementado. Los acuerdos bilaterales son un factor importante en la aplicación del derecho de la competencia, pero su dinámica queda fuera del ámbito del presente informe. A continuación se expondrán debates detallados sobre la situación en otras regiones, en lo tocante al reparto de competencias entre las autoridades nacionales y regionales encargadas de la competencia.

⁷ *Bundeskartellamt in Germany*; Departamento de Justicia y Comisión Federal de Comercio (CFC) de los Estados Unidos.

⁸ Budzinski O. (2007). *An international multilevel competition policy system*. Febrero. Se puede consultar en SSRN: ssrn.com/abstract=927710.

⁹ UNCTAD (2006). *Policy issues for African countries in multilateral and regional trade negotiations* (UNCTAD/DITC/TNCD/2006/6).

11. Los acuerdos regionales en Asia oriental y sudoriental -principalmente la Asociación de Naciones del Asia Sudoriental (ASEAN) y el Área de Libre Cambio de la ASEAN (ALCA)- no incluyen disposiciones sobre la competencia. La Cooperación Económica Asia-Pacífico (CEAP) es más activa en materia de competencia. La CEAP estableció en 1996 el Grupo de Política de la Competencia y Desregulación con el objeto de mejorar el entorno competitivo de la región y elaborar un entendimiento sobre el derecho y la política de la competencia en el plano regional. La CEAP lleva a cabo cursos de capacitación, debates de intercambio de experiencias y otras actividades destinadas a fomentar una cultura de la competencia. La Conferencia del Asia oriental sobre la Política y el Derecho de la Competencia -organizada conjuntamente cada año por la Comisión de Comercio Leal del Japón, el Banco Asiático de Desarrollo y los gobiernos de países anfitriones- brinda una oportunidad para debatir las cuestiones relativas a la competencia y compartir experiencias. Existen acuerdos bilaterales de cooperación entre países de la región y de fuera de la misma¹⁰. No obstante, estos esfuerzos aún no han permitido establecer un régimen regional en materia de competencia y, por lo tanto, la asignación de competencia es una cuestión que no se ha planteado en esta región.

12. El Consejo Interestatal de Política Antimonopolio (ICAP) es un órgano regional que incluye a los Estados miembros de la Comunidad de Estados Independientes (CEI). El Acuerdo sobre la coordinación de la política contra los monopolios no prevé el establecimiento de una autoridad de la competencia a nivel supranacional. El ICAP coordina las actividades de las autoridades encargadas de la lucha contra los monopolios en los Estados miembros de la CEI y asegura la armonización de las legislaciones nacionales en materia de competencia. De la respuesta de la Federación de Rusia a la encuesta de la UNCTAD se desprende que, a mediados de la década de 1990, el ICAP adoptó una "ley modelo sobre la defensa de la competencia económica" con el objeto de ayudar a los Estados miembros en lo tocante a la legislación relativa a la competencia.

A. África

13. La integración económica regional en África puede dividirse en distintos grupos que tienen diferentes características. La situación africana es la más compleja, ya que tiene una integración regional y subregional caracterizada por composiciones superpuestas y la existencia de ciertos subgrupos dentro de algunas agrupaciones. El presente informe se centrará en las agrupaciones regionales que disponen en sus tratados de disposiciones relativas a la competencia, entre las que figuran la Comunidad Económica y Monetaria del África Central (CEMAC), el Mercado Común del África Meridional y Oriental (COMESA), la Comunidad del África Oriental (CAO), la Unión Aduanera del África Meridional (SACU), la Comunidad del África Meridional para el Desarrollo (SADC) y la Unión Económica y Monetaria del África Occidental (UEMOA).

14. La nueva tendencia consiste en que un número cada vez mayor de agrupaciones regionales está buscando la manera de elaborar normas regionales sobre la competencia y de alentar a sus miembros a promulgar leyes nacionales. Esta tendencia a la adopción de disposiciones sobre la

¹⁰ Chang D. (2005). "Suggestions for enhancing the effectiveness of cooperation on competition law and policy at the regional level from the experience of the Republic of Korea". En *Competition Provisions in Regional Trade Agreements: How to Assure Development Gains* (UNCTAD/DITC/CLP/2005/1): 415 a 442.

competencia en los acuerdos y tratados regionales se basa en el Conjunto de Principios y Normas sobre Competencia de las Naciones Unidas, en el que se "reconoc[e] también la necesidad de asegurar que las prácticas comerciales restrictivas no impidan ni anulen la consecución de los beneficios a que debería dar lugar la liberalización de las barreras arancelarias y no arancelarias que afectan al comercio internacional, en particular las que afectan al comercio y al desarrollo de los países en desarrollo"¹¹. A continuación se examina el reparto de atribuciones entre las autoridades de la competencia regionales y nacionales en la región.

1. Comunidad Económica y Monetaria del África Central¹²

15. La CEMAC sustituyó a la Unión Aduanera y Económica del África Central mediante un acuerdo firmado en 1994, por el que se creó un mercado común. La CEMAC tiene una ley de la competencia de alcance regional¹³, en la que existen disposiciones sobre cárteles, control de fusiones y abuso de posición dominante. Los cárteles están prohibidos, pero las fusiones son objeto de evaluación a tenor de un criterio de razonabilidad. Las fusiones que perjudican gravemente la economía regional quedan prohibidas. En el artículo 9 se conceden atribuciones para evaluar las fusiones a nivel comunitario a la autoridad regional encargada de la competencia. En el artículo 14 de la ley comunitaria se autoriza a los Estados miembros a evaluar las fusiones de interés nacional en materia de salud pública, comercio de armas y estabilidad financiera.

16. Con un modelo análogo al de la Unión Europea, la ley que regula la competencia en la CEMAC se aplica a las prácticas contrarias a la competencia que afectan al comercio entre los Estados miembros. El Organismo de Vigilancia de la Competencia, que incluye la Secretaría Ejecutiva y el Consejo Regional de la Competencia, vigila la aplicación de la legislación comunitaria. El Consejo es el órgano encargado de adoptar decisiones en lo tocante a las infracciones. El Tribunal de Arbitraje examina las apelaciones interpuestas contra las decisiones del Consejo.

17. Se plantean algunas preocupaciones acerca de la capacidad para aplicar la legislación comunitaria en materia de competencia. Pese a la existencia de voluntad política a nivel regional, las debilidades institucionales en los Estados miembros afectan a la capacidad de aplicación. El Camerún es el único Estado miembro que tiene una ley nacional de competencia y una autoridad encargada de la competencia. Aún es mucho lo que queda por hacer a nivel nacional, dada la escasez de recursos para una aplicación efectiva de las leyes comunitarias. Hay una clara asignación de responsabilidades entre las autoridades comunitarias y las autoridades nacionales encargadas de la competencia. No obstante, hasta que el sistema no sea

¹¹ UNCTAD (2000). UNCTAD/RBP/CONF/10/Rev.2. Ginebra. Naciones Unidas: 8.

¹² Esta sección se basa en "Règlementation communautaire de la concurrence et renforcement du processus d'intégration économique en Afrique centrale", de Yves Kenfack. Naciones Unidas (Nueva York y Ginebra 2000) (UNCTAD/ITCD/CLP/Misc.15).

¹³ Reglamento 1/99-UEAC-CM-639, de 25 de junio de 1999, y Reglamento 4/99/UEAC-CM-639, de 18 de agosto de 1999.

puesto en práctica, resulta difícil opinar sobre su eficacia para hacer frente a las prácticas contrarias a la competencia.

2. Mercado Común para el África Oriental y Meridional

18. El Tratado del COMESA, de 1994, que sustituyó al Tratado de la Zona de Comercio Preferencial, de 1981, reunió a países del África Oriental y Meridional para crear una zona económica y comercial suficientemente amplia para superar las dificultades a que hacían frente los Estados miembros. El COMESA prevé un mercado común competitivo; el derecho y la política de la competencia son los instrumentos de política económica disponibles para regular el mercado.

19. En el artículo 55 del Tratado del COMESA se estipula la elaboración de normas regionales sobre la competencia para asegurar que las prácticas transfronterizas contrarias a la competencia no reduzcan los beneficios derivados de la integración. El Consejo de Ministros del COMESA adoptó en diciembre de 2004 un Reglamento en materia de competencia.

20. El COMESA alienta a sus Estados miembros a que promulguen leyes nacionales en materia de competencia. La legislación regional aborda las cuestiones transfronterizas de competencia que afectan al mercado común. A este respecto, el régimen del COMESA en materia de competencia es similar al de la Unión Europea. El Reglamento del COMESA abarca las fusiones y adquisiciones, así como las prácticas comerciales contrarias a la competencia, en particular el abuso de posición dominante. También se ocupa de la protección de los consumidores, que se aparta de la formulación común de las normas regionales/comunitarias sobre competencia¹⁴. En virtud del artículo 5 del Reglamento, se solicita a los Estados miembros que adopten "todas las medidas adecuadas... para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Reglamento o resultantes de medidas adoptadas por la Comisión con arreglo al Reglamento". En el artículo 16 se prohíben las prácticas comerciales restrictivas que "afecten al comercio entre Estados miembros" y "tengan como objeto o efecto la prevención, restricción y distorsión de la competencia en el seno del mercado común". El artículo 18 se ocupa de "todo abuso de posición dominante por una o más empresas dentro del Mercado Común o en una parte sustancial del mismo".

21. El Reglamento del COMESA prevé la creación de dos instituciones encargadas de hacer aplicar sus disposiciones: la Comisión de Competencia y la Junta de Comisionados del COMESA¹⁵. La Junta es el órgano normativo supremo de la Comisión, conforme a lo establecido en el artículo 13 del Reglamento. El Tribunal de Justicia del COMESA entiende en las controversias derivadas de la aplicación del Reglamento y en las apelaciones interpuestas contra las decisiones de la Junta sobre cuestiones jurídicas¹⁶. Sus decisiones son vinculantes

¹⁴ Lipimile G. K. y Gachuri E. (2005). "Allocation of competences between national and regional competition authorities: the case of COMESA". En *Competition Provisions in Regional Trade Agreements: How to Assure Development Gains* (UNCTAD/DITC/CLP/2005/1): 365 a 414.

¹⁵ Regla N° 5 sobre las instituciones encargadas de la aplicación, parte 2, pág. 3.

¹⁶ Artículo 19 del tratado.

para todos los Estados miembros. Tiene una jurisdicción ilimitada para revisar las decisiones de la Junta, incluida la aplicación de penas por infracciones.

22. En cuanto al reparto de responsabilidades, la Comisión tiene una posición supranacional con respecto a las autoridades nacionales de la competencia en los asuntos relativos a esta materia. Cuando la Comisión recibe una solicitud de investigación respecto de una conducta contraria a la competencia que se lleva a cabo en un Estado miembro, puede resolver el caso de diversas maneras. Puede ordenar a la empresa de que se trate que adopte una determinada línea de acción. La Comisión puede solicitar que el tribunal nacional competente adopte una orden apropiada si la empresa no cumple lo dispuesto por la Comisión dentro de un plazo determinado¹⁷.

23. El párrafo 7 del artículo 24, relativo al control de las fusiones, establece que los Estados miembros pueden solicitar que la Comisión remita la fusión para su examen "con arreglo a la legislación nacional sobre competencia del Estado si éste considera que la fusión" tendrá un efecto negativo sobre la competencia en su territorio. Incumbe a la Comisión la determinación final sobre remitir la fusión para su examen al Estado miembro que lo solicita o bien tratar la cuestión a nivel regional. El artículo 23 dispone que la Comisión es competente si una o ambas empresas que participan en la propuesta de fusión operan en dos o más Estados miembros.

24. Los artículos 27 a 38 sobre la protección del consumidor abarcan varias categorías de delitos contra el consumidor. La Comisión tiene jurisdicción con respecto a esas prácticas en el caso de que afecten al comercio entre Estados miembros.

25. Un aspecto importante del reparto de competencia entre la Comisión y las autoridades nacionales de la competencia es la determinación de la jurisdicción y la existencia de un mecanismo efectivo para asignar los casos a los organismos regionales o nacionales. El Reglamento establece tres principios: a) la Comisión ejerce la función principal con respecto a la adopción de medidas en todos los casos que afectan al comercio entre Estados miembros; b) las decisiones adoptadas por la Comisión tienen preferencia con respecto a las adoptadas por las autoridades nacionales de la competencia con respecto al mismo asunto; y c) las autoridades nacionales de la competencia y la Comisión deben cooperar para la aplicación efectiva del Reglamento del COMESA.

26. El tribunal desempeña una función importante para hacer aplicar el Reglamento. El Secretario General del COMESA tiene el mandato de evaluar todos los casos remitidos al tribunal para la adopción de decisiones, en consulta con el Estado miembro interesado o con el Consejo de Ministros. Sólo después de estas negociaciones el caso puede presentarse ante el tribunal. El Consejo puede resolver el caso sin remitirlo al tribunal.

27. Aunque el Reglamento del COMESA puede parecer suficientemente exhaustivo en lo tocante al reparto de jurisdicción entre la Comisión y las autoridades nacionales de la competencia, hay varias cuestiones que requieren un mayor examen: a) los casos que afectan a más de un Estado miembro, pero cuyos efectos pueden tener un grado diferente en los distintos Estados; b) los casos en los que uno o más de los Estados miembros afectados no tiene una

¹⁷ Artículo 21 del Reglamento.

legislación nacional sobre competencia y/o un organismo competente en esta materia; c) los casos cuya extensión geográfica no se puede determinar con facilidad; y d) los medios de intercambiar información, actividades de promoción y oportunidades de capacitación conjunta.

Recuadro 1

COMESA - Sector del cemento¹⁸

En la región del COMESA, el cemento constituye un insumo muy importante para el sector de la construcción. La industria del cemento ha sido objeto de fijación de precios, repartición del mercado y otras actividades de cárteles en todo el mundo. Entre 1997 y 2001, la Lafarge Cement Company de Francia estaba presente sólo en Kenya y el Camerún, pero se fortaleció mediante la adquisición de otras fábricas de cemento en Sudáfrica, Uganda y Zimbabwe. En 2001, se dieron pasos hacia una posible fusión del sector del cemento en la región. Lafarge deseaba extender sus operaciones a Zambia, Malawi y la República Unida de Tanzania, mediante la absorción de las empresas cementeras existentes. La Comisión de la Competencia de Zambia evaluó la absorción y la aprobó con condiciones. Es posible que otros países no hayan evaluado las absorciones debido a limitaciones legislativas o institucionales. Este caso podría haber sido revisado exhaustivamente por la Comisión de Competencia del COMESA porque tiene efectos transfronterizos.

3. Comunidad del África Oriental

28. La CAO es una organización intergubernamental regional establecida en 2000. El artículo 21 de su protocolo crea la Unión Aduanera del África Oriental y prohíbe "toda práctica que afecte negativamente al libre comercio... que tenga como objetivo o efecto la prevención, restricción o distorsión de la competencia en el seno de la Comunidad"¹⁹. En el mismo artículo se hace hincapié en que las disposiciones del protocolo en materia de competencia se aplicarán de conformidad con el derecho y la política de la competencia de la CAO. En el documento sobre política de la competencia aprobado por la CAO se hace referencia al principio de supranacionalidad y se establece que la política de competencia de la CAO prevalecerá sobre las políticas de competencia nacionales de los Estados miembros en los asuntos que tengan una dimensión regional. El citado documento adopta asimismo el principio de subsidiariedad y abarca las restricciones transfronterizas y también las procedentes del exterior de la CAO. Las prácticas contrarias a la competencia que tengan una dimensión nacional serán tramitadas por los Estados miembros. El régimen de competencia de la CAO será similar en esta materia al del COMESA.

¹⁸ Lipimile y Gachuri (2005): 382.

¹⁹ Se puede consultar en www.eac.int/EAC_CustomsUnionProtocol.pdf.

29. La Asamblea Legislativa del África Oriental aprobó, en mayo de 2007, el proyecto de ley de competencia de la CAO, que se convertirá en ley cuando sea aprobada por los presidentes de todos los Estados miembros. La CAO ha establecido un conjunto de instituciones, entre las que figuran el Consejo de Ministros, el Comité de Coordinación de las Secretarías Permanentes, varios comités sectoriales, el Tribunal de Justicia del África Oriental, la Asamblea Legislativa del África Oriental y la secretaría. Además, el proyecto de ley de competencia prevé el establecimiento de un Comité de Competencia de la CAO, que tendrá atribuciones suficientes para hacer aplicar la legislación regional en materia de competencia. El Comité tendrá atribuciones para investigar e imponer sanciones y medidas correctivas. La aplicación coercitiva de las decisiones adoptadas a nivel regional requiere la existencia de las instituciones necesarias en los Estados miembros. Esto constituye un problema importante en la CAO porque Burundi, Rwanda y Uganda aún no tienen leyes nacionales de competencia ni los organismos pertinentes.

4. Unión Aduanera del África Meridional

30. La SACU, establecida en 1910, es la unión aduanera más antigua del mundo. El Acuerdo de la SACU revisado de 2002 entró en vigor en julio de 2004. Este acuerdo revisado reconoce los diferentes niveles de desarrollo económico de sus Estados miembros y la necesidad de su integración en la economía mundial. Establece que la aplicación del acuerdo precedente se veía obstaculizada por la falta de políticas e instituciones comunes.

31. Los artículos 40 y 41 del Acuerdo de la SACU se refieren a la cooperación en materia de aplicación de la legislación sobre competencia y de las prácticas comerciales desleales, respectivamente. Se trata de una de las esferas indicadas en el acuerdo para la elaboración de políticas comunes. Un seminario destinado a los Estados miembros de la SACU, organizado en 2004 con la asistencia de la UNCTAD, recomendó que se elaborase un informe sobre un marco para la posible cooperación en la aplicación de la política de la competencia y un anexo sobre prácticas comerciales desleales. A petición de los Estados miembros de la SACU, se elaboró un informe de la UNCTAD²⁰, en el que se esbozaron los mecanismos que se podrían adoptar para poner en práctica los artículos 40 y 41 del acuerdo. Para complementar ese informe, la UNCTAD está preparando otros dos informes: a) un acuerdo sobre un mecanismo de cooperación en materia de aplicación de la política de la competencia, y b) un anexo sobre prácticas comerciales desleales. Se prevé que los Estados miembros debatan estos informes durante el primer semestre de 2008.

32. El Acuerdo de la SACU no establece un marco supranacional en materia de competencia. Se espera que los Estados miembros cooperen en la aplicación de las políticas de competencia. Por consiguiente, la mayor parte de la jurisdicción corresponde a las autoridades nacionales de la competencia. Esto requiere que los Estados miembros dispongan de leyes de competencia y organismos de competencia que estén en funcionamiento.

33. El mecanismo de cooperación será gestionado a nivel de la secretaría de la SACU mediante las instituciones existentes, en particular la solución de controversias. A este respecto, se ha asignado cierta competencia a la secretaría de la SACU. Se prevé que el anexo sobre

²⁰ Mathis J. (2005). *The South African Customs Union (SACU): a regional cooperation framework on competition policy and unfair trade practices* (UNCTAD/DITC/CLP/2005/3).

prácticas comerciales desleales abarque las cuestiones comerciales transfronterizas.

El mecanismo será supervisado por la secretaría de la SACU, lo que garantizará su jurisdicción en estos asuntos. Uno de los principales problemas para la creación de consenso en el seno de la SACU es la diferencia de intereses entre los Estados miembros debido a la diversidad de su desarrollo económico y social.

34. La superposición de composición a nivel de la SADC y también los acuerdos bilaterales entre algunos miembros de la SACU y otras organizaciones, por ejemplo el Acuerdo Comercial entre Sudáfrica y la Unión Europea, que contiene disposiciones en materia de competencia, podrían complicar la aplicación de los artículos 40 y 41.

5. Comunidad del África Meridional para el Desarrollo

35. La SADC fue establecida en agosto de 1992, cuando se firmaron la declaración y el tratado, que modificó la alianza de nueve Estados, poco estructurada, conocida como Conferencia de Coordinación del Desarrollo del África Meridional (SADCC), de 1980. La firma del Tratado de la SADC dio un carácter legal a la organización.

36. El Tratado de la SADC no contiene disposiciones en materia de competencia. No obstante, el artículo 25 del Protocolo Comercial de la SADC exige que los Estados miembros adopten medidas globales de desarrollo del comercio dentro de la región que prohíban las prácticas comerciales desleales y fomenten la competencia. No se establece un procedimiento para aplicar el artículo 25. Se prevé que la SADC emitirá directrices a los Estados miembros sobre la manera de proceder a este respecto. Los recientes debates llevados a cabo entre miembros de la SADC durante una conferencia ministerial celebrada en abril de 2007 y una reunión de seguimiento llevada a cabo durante la Reunión Especial del Foro de Negociaciones Comerciales de la SADC, celebrada en septiembre de 2007, demuestran que la tendencia es hacia el desarrollo de un mecanismo de cooperación y no hacia la creación de una estructura supranacional.

37. Además, los miembros de la SADC se proponen incluir en el mecanismo propuesto cuestiones relativas a la política de los consumidores. La propuesta consiste en establecer un comité permanente a nivel de la secretaría, que se ocuparía de la competencia y también de las cuestiones relativas a las políticas de los consumidores. Ese comité coordinará todos los asuntos relacionados con el mecanismo de cooperación propuesto, incluyendo -sin limitarse a ello- la determinación de las esferas de cooperación en materia de competencia y asuntos relativos a los consumidores, la creación de capacidad y la capacitación, el intercambio de información y la cooperación internacional.

38. En lo tocante a la asignación de competencias, al no existir una estructura que esboce la manera de repartir las responsabilidades, es difícil saber en qué medida la cooperación es realmente posible. Otro aspecto problemático es el hecho de que, para que la cooperación sea eficaz en esta situación, es menester que todos los miembros participantes tengan leyes de competencia y mecanismos de aplicación eficaces.

6. Unión Económica y Monetaria del África Occidental

39. La UEMOA fue establecida mediante el Tratado de Dakar en 1994. Este tratado establece un régimen regional en materia de competencia. La UEMOA tiene dos principios fundamentales: la precedencia del derecho regional sobre el nacional y la aplicabilidad directa e inmediata del derecho regional²¹. Los Estados miembros están obligados a introducir los ajustes necesarios en su legislación nacional para cumplir la legislación comunitaria, dado el carácter supranacional de la UEMOA.

40. Los artículos 88 a 90 del Tratado de Dakar contienen disposiciones en materia de competencia. El artículo 90 atribuye jurisdicción a la Comisión de la Unión para aplicar las normas relativas a la competencia, con sujeción al control del tribunal de justicia. Este tribunal tiene jurisdicción para pronunciarse sobre todas las decisiones emitidas y las multas impuestas por la Comisión. Para la aplicación de esas normas, la UEMOA adoptó en 2002 una reglamentación sobre prácticas contrarias a la competencia, procedimientos aplicables a los cárteles y abusos de posición dominante, y sobre ayudas estatales. Se aprobó una directiva sobre cooperación entre la Comisión y las autoridades nacionales de la competencia para la aplicación de la legislación comunitaria en materia de competencia.

41. Tras la aprobación de esos instrumentos, la Comisión quedó dotada de los instrumentos necesarios para gozar de competencia exclusiva a los fines de la aplicación del derecho comunitario en materia de competencia. El tribunal de justicia resolvió que los artículos 88 a 90 del Tratado de Dakar incumbían a la competencia exclusiva de la Unión y que los Estados miembros no podían ejercer jurisdicción compartida o concurrente en la esfera de la competencia²². No obstante, los Estados miembros participan en el proceso de adopción de decisiones por conducto del Comité Asesor sobre Competencia, integrado por representantes de los Estados miembros. La Comisión consultará con el Comité antes de adoptar una decisión sobre casos de competencia. Sin embargo, la opinión del Comité no es vinculante para la Comisión.

42. El Tribunal de Justicia de la UEMOA hizo suyo el dictamen de la Comisión en el sentido de que los Estados miembros no deben promulgar leyes basadas en el artículo 88, pero pueden prohibir en la legislación nacional las prácticas que no están contempladas en la legislación comunitaria, como las prácticas comerciales restrictivas y la competencia desleal²³. Sin embargo, Bakhoun (2006) señala el riesgo de una aplicación simultánea, en ciertos casos, de la legislación regional y la legislación nacional en materia de competencia²⁴. Las prácticas

²¹ Artículo 6 del Tratado de la UEMOA.

²² Decisión N° 003/2000, 27 de junio de 2000, relativa a la interpretación de los artículos 88, 89 y 90 del Tratado de la UEMOA; normas sobre competencia en *Cour de Justice de l'UEMOA*, "Recueil de la jurisprudence de la cour", págs. 119 a 132.

²³ UNCTAD, examen entre homólogos.

²⁴ Bakhoun M. (2006). "Delimitation and exercise of competence between the West African Economic and Monetary Union (WAEMU) and its member States in competition policy". *World Competition* 29(4): 653 a 682.

comerciales restrictivas -como la negativa de oferta o el mantenimiento de precios de reventa- pueden suponer un abuso de posición dominante, que está prevista en la legislación comunitaria. En esos casos, puede resultar difícil determinar si la jurisdicción incumbe a la autoridad de la competencia nacional o regional.

43. Los Estados miembros que tienen una autoridad nacional de la competencia pueden decidir sobre asuntos relacionados con la competencia antes de la entrada en vigor del reglamento comunitario respectivo, el 1º de enero de 2003. Antes de 2002, las autoridades encargadas de la competencia en el Senegal y Côte d'Ivoire tramitaron diversos asuntos relacionados con la competencia. No obstante, el Gobierno del Senegal identificó seis asuntos, entre 2003 y 2006, relacionados con cárteles y abuso de posición dominante, que no fueron tramitados por la Comisión Nacional de Competencia ni por la Comisión de la UEMOA²⁵. En el examen entre homólogos realizado en la UNCTAD se señala que, en el Senegal, la competencia exclusiva de la Comisión de la UEMOA es considerada como "un obstáculo para el comienzo de la labor en esta esfera por parte del Ministerio de Comercio y la Comisión de la Competencia"²⁶. También se observa que, en Côte d'Ivoire, aunque hubo un número relativamente grande de casos tramitados entre 1994 y 2001, desde entonces no ha habido ninguno. La Comisión de la UEMOA ha examinado sólo un caso de fusión desde 2001²⁷. En la respuesta de Burkina Faso a la encuesta realizada por la UNCTAD se señalan dos factores que han retrasado la aplicación de la legislación regional. Uno es la dificultad psicológica para aceptar la opinión del tribunal que concede la competencia exclusiva a la Comisión de la UEMOA. El segundo factor es la modificación que se debe introducir para adaptar la legislación nacional a la legislación comunitaria.

44. Entre las cuestiones que requieren un examen más a fondo en relación con el mecanismo de aplicación de la legislación sobre competencia figuran las siguientes:

- a) La Comisión de la UEMOA ejerce la jurisdicción exclusiva con respecto a toda práctica contraria a la competencia que se lleve a cabo en cualquiera de los Estados miembros de la Unión, cualquiera sea su efecto en el mercado regional o en el comercio entre los Estados miembros. En el examen entre homólogos realizado en el marco de la UNCTAD se señala que se podría establecer una distinción entre la competencia de las autoridades comunitarias y las autoridades nacionales de la competencia.
- b) Bakhoum señala que las partes afectadas por prácticas contrarias a la competencia no tienen fácil acceso a las instituciones regionales, y que ello puede impedir la detección y solución de las prácticas contrarias a la competencia en los Estados miembros.

²⁵ UNCTAD, examen entre homólogos.

²⁶ UNCTAD, examen entre homólogos, pág. 25.

²⁷ UNCTAD, examen entre homólogos, págs. 23 y 24.

- c) La carga de trabajo de la Comisión de la UEMOA aumentará debido a la ampliación de su jurisdicción, tanto en casos nacionales como regionales. En última instancia, esto dará lugar a retrasos en la aplicación y a un aumento de los costos procesales.
- d) En el examen entre homólogos realizado en el marco de la UNCTAD se menciona la importancia de la reorganización de las instituciones nacionales para que puedan ocuparse de la labor de ámbito comunitario y de que cuenten con una autoridad independiente para actuar como punto de contacto con las instituciones de la UEMOA.

B. Europa

45. El régimen de competencia de la Unión Europea es el único modelo regional que funciona en el mundo y que cuenta con una autoridad supranacional en materia de competencia. En virtud del Tratado de Roma, la Comisión Europea tiene facultades para aplicar los artículos 81 a 86. Los artículos 81 y 82 se refieren a los acuerdos restrictivos, las prácticas concertadas y el abuso de una posición dominante en el mercado común. La Comisión tiene atribuciones para tratar las prácticas contrarias a la competencia que afecten al comercio entre Estados miembros. Las autoridades nacionales de la competencia también tienen jurisdicción para hacer aplicar los artículos 81 y 82, y pueden hacer cesar una infracción, adoptar medidas provisionales y aceptar compromisos o imponer multas.

46. Antes de la reforma introducida en 2004, existía una notificación voluntaria de acuerdos a la Comisión. Las empresas pueden beneficiarse de una exención respecto de las prohibiciones establecidas en el párrafo 3 del artículo 81 del tratado. La Comisión era la autoridad competente para aplicar ese artículo. No obstante, la Comisión se vio inundada por notificaciones sobre restricciones verticales que reducían los recursos disponibles para examinar los acuerdos horizontales, que presentan más probabilidades de ser contrarios a la competencia²⁸. Este fue uno de los factores que dio lugar a las reformas introducidas en la Unión Europea. La Comisión también mencionó la ineficacia del sistema de notificaciones para detectar los cárteles intrínsecamente nocivos y la excesiva carga administrativa para las empresas como las principales razones para la introducción de las reformas²⁹.

47. El Reglamento 1/2003, que entró en vigor el 1º de mayo de 2004, introdujo modificaciones que atribuyen competencia a las autoridades nacionales de la competencia y los tribunales nacionales para hacer aplicar el párrafo 3 del artículo 81. Cuando las autoridades nacionales de la competencia y los tribunales nacionales aplican la legislación nacional sobre competencia a prácticas contrarias a la competencia que afectan al comercio entre Estados miembros, también

²⁸ Jenny F. y Horna P. M. (2005). "Modernization of the European system of competition law enforcement: lessons for other regional groupings". En *Competition Provisions in Regional Trade Agreements: How to Assure Development Gains* (UNCTAD/DITC/CLP/2005/1): 285 a 331.

²⁹ Budzinski O. y Christiansen A. (2005). *Competence Allocation in the EU competition policy system as an interest-driven process*. 28 de febrero. Se puede consultar en SSRN: ssrn.com/abstract=682303.

deben aplicar los artículos 81 y 82. Inicialmente hubo preocupaciones acerca de la capacidad de los tribunales nacionales para evaluar adecuadamente las causas, debido a su escasa experiencia y a los análisis económicos que se necesitaban³⁰.

48. El Reglamento comunitario de concentraciones³¹ define las fusiones que superan determinados niveles de volumen de negocios como concentraciones de dimensión comunitaria³². La Comisión tiene jurisdicción exclusiva con respecto a esas concentraciones. Las autoridades nacionales de la competencia aplican la legislación nacional en materia de competencia para examinar las concentraciones que no tienen una dimensión comunitaria. El Reglamento introduce un sistema de remisión por el que las fusiones que no tienen dimensión comunitaria y que son susceptibles de ser analizadas en virtud de la normativa nacional en materia de competencia de al menos tres Estados miembros, pueden ser remitidas a la Comisión por las empresas involucradas³³. Los Estados miembros pueden solicitar a la Comisión que examine cualquier concentración que afecte al comercio entre Estados miembros y amenace con afectar a la competencia en su territorio³⁴. El artículo 9 establece que la Comisión podrá remitir una concentración notificada a un Estado miembro cuando esa concentración afecte de forma significativa a la competencia en un "mercado definido" dentro de ese Estado miembro³⁵. En virtud del párrafo 4 del artículo 4, las empresas pueden solicitar a la Comisión que remita el asunto al Estado miembro de que se trate.

49. La respuesta de la Unión Europea a la encuesta realizada por la UNCTAD demuestra que las normas sobre el reparto de asuntos³⁶ y los mecanismos de cooperación establecidos en virtud del Reglamento 1/2003³⁷ impiden la búsqueda del fuero más favorable entre la Comisión y las autoridades nacionales de la competencia y también entre diferentes autoridades nacionales de la competencia. En materia de control de fusiones, se mencionó la posibilidad de utilizar las normas de remisión previas a la notificación por parte de las partes involucradas en una fusión para buscar el fuero más favorable. Sin embargo, los estrechos contactos entre la Comisión y las autoridades nacionales de la competencia ayudan a las autoridades a abordar este problema.

³⁰ Lenaerts K. y Gerard D. (2004). "Decentralization of EC competition law enforcement: judges in the frontline". *World Competition* 27(3): 313 a 349.

³¹ Reglamento (CE) N° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004 (Reglamento comunitario de concentraciones), DO L24, 29 de enero de 2004.

³² Artículo 1 del Reglamento comunitario de concentraciones.

³³ Párrafo 5 del artículo 4 del Reglamento comunitario de concentraciones.

³⁴ Artículo 22 del Reglamento comunitario de concentraciones.

³⁵ Artículo 9 del Reglamento comunitario de concentraciones.

³⁶ Comunicación de la Comisión sobre la Cooperación en la Red de Autoridades de Competencia, DO C 101/43, de 27 de abril de 2004.

³⁷ Art. 11.

50. El Reglamento 1/2003 prevé una estrecha cooperación y celebración de consultas entre la Comisión y las autoridades nacionales de la competencia con el fin de garantizar la aplicación uniforme de las normas sobre competencia³⁸. Las autoridades nacionales de la competencia y los tribunales nacionales pueden consultar a la Comisión sobre los asuntos que supongan la aplicación de la legislación comunitaria. La Comisión y las autoridades nacionales de la competencia intercambian información y pruebas relativas a asuntos que supongan la aplicación de los artículos 81 y 82. En el Reglamento 1/2003 se establece asimismo que ni los tribunales nacionales ni las autoridades nacionales de la competencia pueden adoptar decisiones que estén en contradicción con la decisión adoptada o que esté siendo examinada por la Comisión³⁹.

51. Los tribunales nacionales pueden revisar las decisiones de las autoridades nacionales de la competencia basándose en la legislación nacional sobre competencia y en los artículos 81 y 82. Las autoridades nacionales de la competencia y la Comisión también pueden presentar observaciones escritas y orales a los tribunales nacionales, con respecto a la aplicación de los artículos 81 y 82. Sin embargo, los tribunales nacionales no están obligados a aceptar la opinión de la Comisión. Las decisiones judiciales sobre los artículos 81 y 82 se transmiten a la Comisión después de que las partes hayan sido notificadas.

52. El Tribunal de Justicia Europeo tiene jurisdicción ilimitada sobre las decisiones de la Comisión por las que se imponen multas. Dicho tribunal puede anular, reducir o aumentar las multas aplicadas. De conformidad con el artículo 234 del tratado, los tribunales nacionales, al aplicar los artículos 81 y 82, pueden pedir al Tribunal de Justicia Europeo que se pronuncie de forma preliminar sobre la interpretación de esos artículos. El tribunal de primera instancia se ocupa de las acciones directas incoadas contra la Comisión por personas que invoquen la aplicación de las normas sobre competencia a empresas.

53. La Red Europea de Competencia (REC) fue introducida como "un foro de debate y cooperación... para asegurar una división del trabajo eficaz y una aplicación efectiva y coherente de las normas sobre competencia de la Comisión Europea"⁴⁰. En la respuesta de la Unión Europea a la encuesta realizada por la UNCTAD se indica que la cooperación entre la Comisión y las autoridades nacionales de la competencia se lleva a cabo en varios niveles. Las cuestiones importantes sobre la política de la competencia se examinan a nivel político en las reuniones celebradas entre el Director General de Competencia de la Comisión y los jefes de las autoridades nacionales de la competencia. En las reuniones plenarias de la Comisión y las autoridades nacionales de la competencia se intercambian experiencias y conocimientos técnicos.

54. Otro acuerdo europeo es el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, que se aplica a 27 Estados miembros de la Unión Europea, Islandia, Liechtenstein y Noruega. En los artículos 56 y 57 de la parte IV, capítulo 1 del tratado, que aborda cuestiones de competencia, se prevé el reparto de atribuciones entre la Comisión y el Órgano de Vigilancia de la Asociación

³⁸ Art. 15.

³⁹ Art. 16.

⁴⁰ Comunicación de la Comisión sobre la Cooperación en la Red de Autoridades de Competencia, DO C 101, de 27 de abril de 2004.

Europea de Libre Cambio (AELC). En este acuerdo se aplica el principio de "ventanilla única", con arreglo al cual la competencia para tramitar un asunto recae sobre la Comisión o la Autoridad, pero no sobre ambas. En cuanto a los asuntos en que se vea afectado el comercio entre la Unión Europea y uno o más de los Estados de la AELC, la atribución de jurisdicción se determina sobre la base del 33% de la cifra de negocios de las empresas involucradas⁴¹.

Recuadro 2

Fusión de ENDESA y Gas Natural SDG SA⁴²

En 2005, la Comisión Nacional de la Competencia española evaluó una oferta de adquisición de ENDESA por Gas Natural SDG SA. Gas Natural y ENDESA eran agentes dominantes en el mercado del gas y la electricidad, respectivamente. La oferta de adquisición también se notificó a las autoridades de la competencia de Francia, Italia y Portugal. Las autoridades italianas y portuguesas solicitaron que la Comisión Europea examinara el asunto de conformidad con el artículo 2 del Reglamento comunitario de concentraciones. Las autoridades españolas encargadas de la competencia se opusieron a esta petición. La Comisión no aceptó evaluar la oferta de adquisición basándose en que ésta no tenía una dimensión comunitaria⁴³.

En el sector de la energía, el Tribunal de Defensa de la Competencia español puede emitir un dictamen sobre asuntos relativos a la competencia, mientras que la Comisión Nacional de Energía tiene responsabilidades más amplias. El órgano encargado de la adopción de decisiones en asuntos energéticos es el Consejo de Ministros. El tribunal emitió un dictamen por el que bloqueaba la oferta de adquisición basándose en el hecho de que crearía una empresa dominante en los mercados del gas y la electricidad. La Comisión Nacional de Energía emitió una autorización no vinculante de la oferta de adquisición, con condiciones. El Consejo decidió autorizar la adquisición el 3 de febrero de 2006, sometiéndola a determinadas condiciones. Este caso es un ejemplo de la distribución de competencia entre las autoridades nacionales y comunitarias. Un caso de este tipo puede ser más complicado debido al reparto de atribuciones entre las autoridades encargadas de la competencia y los organismos reguladores del sector.

⁴¹ http://www.eftasurv.int/fieldswork/fieldcompetition/compregrole/dbaFile547.html#Article_56_footnote.

⁴² UNCTAD (2007). Casos importantes recientes en materia de competencia que abarcan a más de un país (TD/B/COM.2/CLP/62). Ginebra. Naciones Unidas, 26 de abril.

⁴³ Artículo 1 del Reglamento comunitario de concentraciones.

55. Otro caso interesante es la adopción de la Decisión de la Unión Europea⁴⁴ sobre Microsoft, relativa a un compromiso asumido con la Comisión de Competencia de Croacia. Microsoft convino en garantizar la divulgación no discriminatoria de las especificaciones pertinentes del protocolo de servidor de Windows a todas las empresas del mercado croata en las mismas condiciones aplicadas a las empresas de la Unión Europea, así como la provisión no discriminatoria de los sistemas operativos Windows XP y Windows Vista que no llevaran integrado el programa Windows Media Player en todos los idiomas de la Unión Europea y al mismo precio. En este caso, la autoridad nacional de la competencia de Croacia recurrió a la competencia jurisdiccional de la Unión Europea para aplicar la decisión en su territorio, pese a no ser miembro de la Unión Europea. Microsoft aceptó tomar parte en el compromiso.

C. América Latina

56. En América Latina, hay tres sistemas de integración regional activos que contienen disposiciones en materia de competencia: la Comunidad Andina, el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) y el Mercado Común Centroamericano (MCCA). Tanto la Comunidad Andina como el MERCOSUR tienen disposiciones en materia de competencia en sus protocolos, pero la aplicación ha sido lenta.

57. Varios países centroamericanos (Costa Rica, El Salvador, Honduras, Guatemala y Nicaragua) han adoptado una iniciativa encaminada a armonizar las normas sobre competencia. La Secretaría de Integración Económica Centroamericana (SIECA) presta apoyo a un grupo de trabajo dedicado a la política de la competencia, establecido en mayo de 2006. Las deliberaciones de ese grupo de trabajo se basan en el Protocolo de Guatemala, firmado en 1993 con el objeto de establecer y consolidar la integración económica en esta subregión. Hay otros tipos de acuerdos, por ejemplo sobre monopolios y empresas estatales en el TLCAN, y los celebrados con la Unión Europea, que incluyen disposiciones en materia de competencia.

1. Comunidad Andina

58. La Comunidad Andina aprobó la Decisión N° 608 sobre Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina, en marzo de 2005, que se aplica a las prácticas contrarias a la competencia y al abuso de posición dominante. El artículo 5 de la Decisión N° 608 abarca:

- a) Las prácticas contrarias a la competencia realizadas en uno o más Estados miembros, excepto cuando el origen y el efecto se produzcan en un único país, y
- b) Las prácticas contrarias a la competencia originadas en un país que no es miembro de la Comunidad Andina y cuyos efectos se produzcan en dos o más Estados miembros.

59. Esto supone que la legislación comunitaria sólo puede aplicarse en los casos en que estén involucrados dos o más países. En todos los demás casos la jurisdicción corresponde a las autoridades nacionales de la competencia.

⁴⁴ 2007/53 CE, de 24 de marzo de 2004, confirmada por la sentencia del tribunal de primera instancia de 17 de septiembre de 2007.

60. La secretaría de la Comunidad Andina es el órgano de investigación de esa organización. Las investigaciones son llevadas a cabo conjuntamente por las autoridades regionales y las autoridades nacionales designadas, bajo la supervisión de la Comunidad Andina. El Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia es el órgano encargado de la adopción de decisiones, y está integrado por representantes de alto nivel de los Estados miembros. El órgano judicial es el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. La secretaría prepara el informe de la causa, que se pone después a disposición de las partes y de los miembros del Comité para que formulen observaciones. La decisión definitiva es formulada por la secretaría. Las sanciones y medidas correctivas son ejecutadas en el Estado miembro en el que está ubicada la empresa o en el que se manifiestan los efectos en la práctica.

61. En cuanto a la asignación de competencia, tienen responsabilidades tanto las instituciones nacionales como las comunitarias. En los Estados miembros en los que no hay legislación sobre competencia, la autoridad designada asume la jurisdicción con respecto a la aplicación de la legislación comunitaria. En Bolivia y el Ecuador, donde no hay legislación sobre competencia, se aplica la Decisión N° 608. El Ministerio de Comercio y Exportaciones de Bolivia y el Ministerio de Industrias y Competitividad del Ecuador son las autoridades designadas.

62. La aplicación de la Decisión N° 608 ha tropezado con varias dificultades, en particular la falta de capacidad de las autoridades nacionales para aplicar las decisiones de la secretaría de la Comunidad Andina y para adoptar las modificaciones necesarias a fin de adaptarse a la legislación comunitaria. La secretaría también necesitaría establecer una estructura adecuada, con recursos humanos suficientes y especializados para aplicar la decisión y trabajar en coordinación con las autoridades nacionales. En la respuesta de la Comunidad Andina a la encuesta de la UNCTAD se señala la falta de una difusión adecuada de la Decisión N° 608, lo que hace difícil que las partes afectadas la puedan aplicar.

2. MERCOSUR

63. El MERCOSUR fue establecido en 1991 por el Tratado de Asunción. En 1996, se aprobó el Protocolo de Fortaleza sobre Defensa de la Competencia. Ese protocolo prevé la adopción de una política de la competencia común en la región y prohíbe las prácticas concertadas que restrinjan o distorsionen la competencia y afecten al comercio entre los Estados miembros. Todos los Estados miembros, con excepción del Paraguay, tienen una legislación sobre competencia. En el protocolo no se prevé la creación de una autoridad supranacional, pero se alienta a los Estados miembros a que establezcan autoridades autónomas encargadas de la competencia.

64. Los órganos de aplicación del protocolo son la Comisión de Comercio del MERCOSUR y el Comité para la Defensa de la Competencia. La Comisión tiene funciones decisorias, mientras que el Comité se ocupa de la investigación y evaluación de los asuntos. El procedimiento se inicia con la presentación de una denuncia por las partes afectadas ante la autoridad nacional de la competencia respectiva, que tiene a su cargo la determinación preliminar sobre el asunto y decide si el mismo tiene o no una dimensión regional. En caso afirmativo, el asunto se remite al Comité para una segunda determinación. Si el asunto viola el protocolo, el Comité recomienda a la Comisión la adopción de sanciones o medidas correctivas. La Comisión vuelve a evaluar el asunto para confirmar si la práctica vulnera el protocolo y emite la decisión definitiva, que adopta la forma de una directiva.

65. Las autoridades nacionales de la competencia tienen a su cargo la aplicación de las sanciones y/o medidas correctivas. En el caso de conflicto en materia de aplicación, entre las legislaciones nacionales y el protocolo, éste último prevalece. Ello es así porque se concede precedencia a los tratados internacionales con respecto a las leyes de los Estados miembros⁴⁵. Las negociaciones sobre el protocolo aún están en curso. Como el protocolo sólo ha sido ratificado por el Brasil y el Paraguay, únicamente es aplicable en esos dos países. Las principales dificultades con las que se tropieza para elaborar un derecho de la competencia para el MERCOSUR se relacionan con la falta de integración económica, de una cultura de la competencia y de coordinación entre el sector público y el privado.

D. CARICOM

66. El Tratado Revisado de Chaguaramas (2001) estableció la Comunidad del Caribe (CARICOM) y la Economía y Mercado Único de la CARICOM (CSME). Esto representó un paso hacia la profundización de la integración económica regional a fin de lograr un desarrollo sostenible, basado, entre otras cosas, en la competitividad y la coordinación de las políticas económicas y exteriores⁴⁶.

67. El capítulo 8 del Tratado Revisado se refiere a las políticas de la CARICOM con respecto a la competencia y los consumidores. En el artículo 169 se establece que el objetivo de la política de competencia de la Comunidad consistirá en asegurar que los beneficios del establecimiento de la CSME no se vean frustrados por prácticas comerciales contrarias a la competencia. Se estipula que, para lograr ese objetivo, se debe procurar la meta de fomentar y mantener la competencia y mejorar la eficiencia económica. Se prohíbe la conducta contraria a la competencia, que impide, restringe o distorsiona la competencia o que constituye un abuso de posición dominante. También se prevé la promoción de los intereses de los consumidores⁴⁷.

68. En el artículo 171 del tratado se establece la creación de una Comisión de Competencia de la CARICOM, que es parte integrante de la CSME y tiene a su cargo la aplicación de las disposiciones sobre competencia. La Comisión tiene un carácter supranacional y supervisará las cuestiones de competencia transfronterizas. El tratado alienta a los Estados miembros a promulgar leyes nacionales sobre competencia. En el artículo 173 se determinan las funciones de la Comisión, que incluyen la determinación de las conductas contrarias a la competencia que tienen efectos transfronterizos, la determinación de las investigaciones de los asuntos, la adopción de decisiones y el seguimiento del cumplimiento.

69. La Comisión fue inaugurada el 19 de enero de 2008 en Paramaribo (Suriname). Ahora que la recientemente establecida Comisión inicia su labor, es importante observar que los siguientes Estados miembros aún no tienen leyes en materia de competencia: Belice, Antigua y Barbuda, Dominica, Granada, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía y San Vicente y las Granadinas.

⁴⁵ Murilo Otavio Lubambo de Melo (2007). "Defesa de Concorrência no Mercosul: entraves e soluções normativas". En *Boletín Latinoamericano de Competencia*. N° 23, septiembre: 20.

⁴⁶ www.jis.gov.jm/special_sections/CARICOMNew/revisedtreaty.pdf.

⁴⁷ *Ibid.*

No obstante, la mayor parte de los países pertenecen a la región del Caribe oriental y son miembros de la Organización de los Estados del Caribe Oriental (OECS), que está avanzando hacia la creación de una comisión subregional de competencia que actuará como autoridad nacional de competencia para sus miembros.

70. La OECS, que forma parte de la CARICOM, se inició en 1981 con la firma del Tratado de Basseterre. Su objetivo es fomentar la cooperación entre sus miembros, ayudándolos a maximizar los beneficios de su espacio colectivo y promover la integración económica en la economía mundial. La justificación reside en que esos Estados tienen un tamaño demasiado pequeño para hacer frente por sí mismos a la ola de globalización y liberalización.

71. En cuanto a la atribución de responsabilidades, la Comisión de Competencia de la CARICOM tiene jurisdicción en los casos que generan efectos transfronterizos. Sin embargo, el tratado permite la cooperación entre el órgano comunitario y las autoridades de los Estados miembros. Los Estados miembros se obligan a promulgar legislación en materia de competencia y a establecer autoridades encargadas de la competencia para asegurar que las decisiones de la Comisión se apliquen en sus jurisdicciones. El criterio para decidir si un asunto se debe encomendar a la Comisión o debe tramitarse a nivel nacional no resulta claro.

72. La interrelación entre la Comisión de Competencia de la OECS propuesta y la Comisión de Competencia de la CARICOM requiere ser examinada. Si la OECS actuara como organismo nacional de competencia para sus miembros, sería necesario determinar si los miembros de la OECS aún seguirían obligados a establecer sus autoridades nacionales de aplicación, según se establece en el Tratado de la CARICOM. Podrían suscitarse problemas cuando empresas no pertenecientes a países de la OECS reclamaran ante la CARICOM alegando que la conducta de uno de los miembros de la OECS perjudica sus actividades comerciales. ¿Actuaría la OECS como una burocracia añadida o como un camino más corto para resolver tal asunto? ¿Cómo sabrían los Estados miembros de la OECS que existe un problema en sus mercados si no disponen de una autoridad nacional responsable de las cuestiones de competencia?

73. Otro problema que podría afectar a la aplicación de las leyes sobre competencia, tanto de la CARICOM como de la OECS, es la falta de recursos suficientes. Las respuestas de Jamaica y Barbados a la encuesta realizada por la UNCTAD mencionan este hecho. En los países en los que la CARICOM no tiene autoridades encargadas de la competencia, ¿se consideraría con carácter prioritario la aportación de recursos al órgano regional o al establecimiento de instituciones nacionales? Los países miembros de la OECS son también miembros de la CARICOM y se prevé que aporten fondos a los dos órganos regionales, lo que puede suscitar problemas, dada la limitación de recursos. Las dos organizaciones podrían economizar recursos en la esfera judicial si todos los casos se tramitan ante el Tribunal de Justicia de la CARICOM, como se sugiere en la propuesta de creación de la Comisión de Competencia de la OECS.

Recuadro 3

CARICOM - Sector de telecomunicaciones

En 2005, la Comisión de Comercio Leal de Barbados evaluó una fusión en el sector de telecomunicaciones entre Digicel y Cingular Wireless (ahora AT&T). Digicel se proponía adquirir los activos y las licencias de Cingular Wireless en al menos cinco Estados miembros de la CARICOM. La Ley de competencia de Barbados no tiene disposiciones extraterritoriales y, por tanto, la fusión se evaluó únicamente con respecto al territorio de Barbados.

Para tratar una fusión de esa escala hubiera sido mejor que interviniera, a nivel regional, la Comisión de Competencia de la CARICOM, si estuviera en funciones, para evaluar los efectos en los Estados miembros de la CARICOM. La falta de una legislación en materia de competencia con disposiciones sobre el control de las fusiones en la mayor parte de los Estados miembros dio lugar a que la fusión fuera evaluada por las autoridades de telecomunicaciones de los distintos Estados miembros. Las preocupaciones y prioridades de esos organismos no consisten, en su mayor parte, en garantizar la competencia en el mercado, a diferencia de los organismos encargados de la competencia.

En la actualidad, el Tratado de la CARICOM no tiene disposiciones sobre fusiones, pero se están llevando a cabo deliberaciones entre los Estados miembros para revisar el tratado a fin de incluir ese tipo de disposiciones.

Fuente: Respuestas de Barbados a la encuesta de la UNCTAD.

IV. CUESTIONES QUE MERECE SER EXAMINADAS

74. Después de analizar muchas agrupaciones regionales de todo el mundo, se han planteado distintas cuestiones que merecen ulterior consideración:

- a) La falta de los marcos jurídicos e institucionales necesarios para aplicar las normas regionales sobre competencia;
- b) La falta de recursos humanos y financieros suficientes para aplicar las normas regionales sobre competencia en la mayor parte de los países en desarrollo;
- c) La superposición de composición, especialmente en África, y las posibles complicaciones que pueden plantearse en la aplicación de las normas sobre competencia, y
- d) La posibilidad de costos adicionales y de duplicación de esfuerzos en la región del Caribe, que pueden suscitarse debido a la distribución de atribuciones entre la autoridad regional, la Comisión de Competencia de la CARICOM y la autoridad subregional encargada de la competencia con respecto a los países de la OECO.

75. Cuando la autoridad supranacional encargada de la competencia tiene atribuciones exclusivas para tratar las prácticas contrarias a la competencia, como sucede en la UEMOA, con independencia de si se trata de prácticas nacionales o transfronterizas, la soberanía podría constituir una cuestión controvertida para los Estados miembros, especialmente para los que tienen legislación y autoridades en materia de competencia.

Cuadro comparativo

Agrupaciones regionales	Disposiciones sobre competencia del tratado/protocolo	Instrumentos jurídicos sobre competencia	Marco institucional	En funcionamiento
África				
CEMAC	Tratado por el que establece la CEMAC	Reglamento 1/99/UEAC-CM-639 Reglamento 4/99/UEAC-CM-639	Consejo Regional de la Competencia	No
COMESA	Artículo 55 del Tratado del COMESA	Reglamento en materia de competencia del COMESA	Comisión de Competencia del COMESA	Parcialmente
CAO	Artículo 21 del Protocolo de la CAO	Proyecto de ley de competencia de la CAO	Comité de Competencia de la CAO (por establecer)	No
SACU	Artículos 40 y 41 del Acuerdo de la SACU	Propuesta de un acuerdo de cooperación (art. 40) Anexo sobre prácticas comerciales desleales (art. 41)	Secretaría de la SACU	No
SADC	Artículo 25 del Protocolo Comercial de la SADC	Propuesta de un mecanismo de cooperación	Secretaría de la SADC	No
UEMOA	Artículos 88 a 90 del Tratado de la UEMOA	Reglamento 02/2002/CM/UEMOA Reglamento 03/2002/CM/UEMOA Directiva N° 01/2002/CM/UEMOA	Comité Asesor sobre Competencia de la Comisión de la UEMOA	Sí
Asia				
ASEAN	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.
APEC	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.
Europa				
Unión Europea	Artículos 81 a 86 del Tratado de Roma	Reglamento del Consejo N° 1/2003 Reglamento del Consejo N° 139/2004	Comisión Europea	Sí
América Latina				
Comunidad Andina	Decisión N° 608 de la Comisión de la Comunidad Andina	Decisión N° 608 de la Comisión de la Comunidad Andina	Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia	No
MERCOSUR	Artículos 4 y 6 del Protocolo de Fortaleza	Acuerdo sobre el Reglamento del Protocolo de Defensa de la Competencia del MERCOSUR	Comisión de Comercio del MERCOSUR Comité para la Defensa de la Competencia	No
El Caribe				
CARICOM	Tratado de la CARICOM	Capítulo 8 del Tratado de Chaguaramas	Comisión de Competencia de la CARICOM	Parcialmente
OECD	Tratado de la CARICOM Tratado de Basseterre	Capítulo 8 del Tratado de Chaguaramas	Comisión de Competencia de la OECD (propuesta)	No
