



Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo

Distr. general
10 de mayo de 2011
Español
Original: inglés

Junta de Comercio y Desarrollo Comisión de Comercio y Desarrollo Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia

11º período de sesiones

Ginebra, 19 a 21 de julio de 2011

Tema 3 a) del programa provisional

**Consultas y conversaciones relativas a los exámenes entre
homólogos sobre derecho y política de la competencia,
examen de la Ley tipo y estudios relacionados con las
disposiciones del Conjunto de Principios y Normas**

Importancia de la coherencia entre las políticas de la competencia y otras políticas gubernamentales

Nota de la secretaría de la UNCTAD

Resumen

En el presente documento de antecedentes se examina la relación entre las políticas de la competencia y las otras políticas de los gobiernos. La coordinación de las diversas políticas gubernamentales es un elemento importante para el logro de los objetivos que los distintos gobiernos se fijan en interés de un mayor bienestar general de sus ciudadanos. Cuando las políticas gubernamentales no están armonizadas, en cuanto a su alcance y a la coordinación de su puesta en práctica, la probabilidad de alcanzar los resultados deseados se reduce y las políticas pueden resultar ineficaces.

En el presente documento se intenta definir qué se entiende exactamente por coherencia entre las políticas, y se estudia la necesidad de coordinar la política de la competencia con otras políticas gubernamentales. También se indican las ventajas potenciales de la coherencia, y algunas estrategias para lograrla. Por último, se señalan cuestiones y esferas relacionadas con las políticas que merecen una investigación más detenida.

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
Introducción	1	3
I. Definición de términos y conceptos	2–16	3
II. La contribución de diversas políticas a la promoción del desarrollo económico	17–21	6
III. Posibles ventajas de la coherencia entre las políticas gubernamentales	22–48	8
IV. Estrategias para lograr la coherencia.....	49–68	15
V. Temas de debate	69	20

Introducción

1. Las principales fuentes de información de la presente nota fueron estudios de la UNCTAD, las respuestas a un cuestionario recibidas de los Estados miembros¹, las comunicaciones de los países a las mesas redondas organizadas por la UNCTAD en 2008 y 2009 para tratar temas similares, los informes de exámenes entre homólogos realizados entre 2005 y 2010, las aportaciones hechas a la Sexta Conferencia de las Naciones Unidas encargada de examinar todos los aspectos del Conjunto de Principios y Normas Equitativos Convenidos Multilateralmente para el Control de las Prácticas Comerciales Restrictivas, celebrada del 8 al 12 de noviembre de 2010, y publicaciones de los grupos de trabajo de la Red Internacional para la Competencia (RIC) y la mesa redonda organizada sobre este asunto por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE). También se utilizó información extraída de los sitios web de organismos reguladores de la competencia y de las publicaciones académicas disponibles.

I. Definición de términos y conceptos

A. Competencia y política de la competencia

2. La competencia puede definirse como la presión ejercida en el mercado por distintos agentes en busca de cuotas de mercado y beneficios. En este juego, el objetivo de cada empresa es ganar más clientes que compren sus productos o servicios. La competencia es una esfera de la dinámica de mercado que requiere el diseño de políticas. Como se señaló en un estudio de la UNCTAD: "La política de la competencia se refiere a la política gubernamental dirigida a preservar o promover la competencia entre los actores del mercado y a promover otras políticas y procesos gubernamentales que permiten que se desarrolle un entorno competitivo"². La política de la competencia tiene una dimensión amplia que abarca todas las demás políticas gubernamentales que promueven la competencia en el mercado, entre ellas la de protección del consumidor, la de inversión, la de los derechos de propiedad intelectual y la industrial.

3. Cuando se estudia el papel del derecho y las instituciones de la competencia no puede dejarse de lado la cuestión de la coherencia con otras políticas gubernamentales que afectan a la competencia. La conexión con otras políticas gubernamentales hace necesaria una labor de promoción de la competencia, que forma parte integrante de la aplicación del derecho de la competencia e impulsa la coherencia con esas políticas.

4. El Conjunto de Principios y Normas Equitativos Convenidos Multilateralmente para el Control de las Prácticas Comerciales Restrictivas, elaborado por las Naciones Unidas, reconoce que la política de la competencia tiene una vertiente relacionada con el desarrollo, e insta a los Estados miembros a promover el establecimiento de mercados competitivos como vía para el desarrollo económico. En este sentido, se puede considerar que la competencia efectiva es un elemento importante de cualquier estrategia de desarrollo

¹ Se recibieron respuestas al cuestionario de parte de Alemania, Australia, Austria, Benin, Bhután, Bulgaria, Burkina Faso, el Chad, Chile, Chipre, Colombia, Eslovaquia, España, los Estados Unidos, Filipinas, Francia, Grecia, Honduras, Hungría, Indonesia, el Iraq, el Japón, Malasia, Marruecos, México, Portugal, la República de Corea, la República Dominicana, el Senegal, Serbia, el Sudán, Suiza, Tailandia, Túnez, Turquía, Ucrania, la Unión Europea, el Uruguay, Zambia y Zimbabwe.

² UNCTAD (2010). Contribución de la política de la competencia a la promoción del desarrollo económico: Formulación adecuada y aplicación efectiva del derecho y la política de la competencia, TD/RBP/CONF.7/3.

económico. En un intento por alcanzar este objetivo, la legislación que regula la competencia en muchos países en desarrollo abarca otras políticas, como la promoción de las pequeñas y medianas empresas, el establecimiento de objetivos de interés público que beneficien a los sectores desfavorecidos de la población, la creación de empleo, la promoción de las exportaciones y las exenciones a la reglamentación sobre los derechos de propiedad intelectual, por no mencionar más que unas cuantas. El hecho de que la legislación de la competencia abarque explícitamente políticas que corresponden a otras instituciones públicas hace necesario que la ejecución de esas políticas sea coherente, a fin de evitar conflictos, la duplicación de esfuerzos o una debilitación injustificable del proceso de la competencia como principal impulsor del desarrollo económico.

B. ¿En qué consiste la coherencia entre las políticas?

5. Recientemente, en una reunión plenaria de alto nivel³, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas pidió "que se redoblasen los esfuerzos a todos los niveles para aumentar la coherencia de las políticas para el desarrollo" y señaló que "acelerar los avances en el logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio exige políticas integradas que se refuercen mutuamente en un espectro de cuestiones económicas, sociales y ambientales para el desarrollo sostenible". Las Naciones Unidas son conscientes de la importancia de la coherencia entre las políticas de todo el abanico de sectores que contribuyen al desarrollo. Además, la coherencia entre las políticas es un concepto de importancia creciente en el programa de desarrollo de muchos países, tanto desarrollados como en desarrollo.

6. En los países en desarrollo —como en cualquier otro país— los gobiernos se plantean muchos objetivos que no siempre son compatibles entre sí. La coherencia es un elemento cada vez más importante en la política para el desarrollo. Exige a quienes diseñan las políticas nacionales que tengan presentes las repercusiones, tanto positivas como negativas, que esas políticas puedan tener en la economía del país. Y también exige a quienes aplican las políticas nacionales que tomen medidas para evitar las consecuencias negativas de las discrepancias entre sus políticas económicas para el desarrollo y, cuando sea posible, procuren generar efectos secundarios positivos. En las estructuras nacionales de gobierno, los problemas de incoherencia de las políticas pueden producirse entre diferentes esferas, diferentes niveles de gobierno y diferentes interesados, e incluso en los planos regional o internacional.

C. ¿Por qué es la coherencia entre las políticas una meta ideal?

7. Desde la perspectiva del desarrollo de cualquier país, la coherencia entre las políticas implica que los gobiernos, en sus esfuerzos por alcanzar las metas y objetivos de la política nacional en esferas como el comercio, la competencia, la inversión, la agricultura o el medio ambiente, deberían evitar las duplicaciones, las tensiones y los conflictos innecesarios. A nivel regional e internacional, la coherencia entre las políticas permite evitar que las medidas de aplicación tengan consecuencias negativas para otros Estados miembros de un grupo regional u otros actores del ámbito internacional.

8. Sin embargo, hay casos en que la coherencia entre las políticas puede no ser factible. Por ejemplo, cuando hay problemas de liquidez y el tesoro público necesita obtener más

³ Nota del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la coherencia, coordinación y cooperación en la financiación para el desarrollo, de la reunión especial de alto nivel del Consejo Económico y Social celebrada en Nueva York los días 10 y 11 de marzo de 2011. Véase: <http://www.un.org/esa/ffd/ecosoc/springmeetings/2011/Programme.pdf>.

fondos para equilibrar el presupuesto fiscal, es posible que se produzca una incoherencia entre las políticas si el gobierno quiere vender una empresa pública, o una concesión exclusiva, y esa privatización o concesión puede llevar a la nueva empresa a abusar de su posición dominante, perjudicando así a la competencia. Esta situación puede darse si el ministerio en cuestión no recaba la opinión de las autoridades encargadas de la competencia, en caso de haberlas. Habitualmente, estas decisiones tienen carácter político.

9. Para promover el desarrollo económico y el bienestar de sus ciudadanos, los gobiernos, al formular nuevas políticas, deberían establecer mecanismos para estudiar las áreas de posible tensión, y utilizar dichos mecanismos para mejorar la coordinación y entablar un diálogo con las partes afectadas. El debate sobre la coherencia de las políticas puede contribuir a los objetivos de desarrollo de un país, pues añade valor al proceso de la buena gestión pública al permitir a los encargados de la formulación de políticas determinar cuáles son las prioridades y esferas que requieren un análisis más detenido y la adopción de medidas, como se explica más adelante.

D. Tipos de coherencia entre las políticas

10. La coherencia puede clasificarse como vertical u horizontal, y puede tener consecuencias intencionadas o imprevistas. La relación vertical se produce en los casos en que un ministerio aplica dos políticas distintas a aspectos del mercado que están relacionados entre sí. Sería el caso, por ejemplo, si el ministerio de finanzas de un país fuera responsable de las políticas de competencia, seguros y banca. En esta situación, podría producirse un conflicto de políticas si el banco central quisiera autorizar una fusión entre entidades bancarias que resultase anticompetitiva, o si la comisión de seguros diera su aprobación a un acuerdo de fijación de precios entre los miembros de la asociación de compañías aseguradoras. La coherencia puede ser interna, externa o intragubernamental. En el ejemplo anterior, el ministro tiene que resolver los problemas de incoherencia generados por las tres entidades dentro de su relación vertical, con cada institución operando en el espacio de su propio mandato, sin perder de vista la visión global del ministerio. Este tipo de relación entre políticas administradas por un mismo órgano público o ministerio se califica también de interna.

11. La relación horizontal se observa cuando las políticas en cuestión están a cargo de ministerios diferentes. En estos casos, la coherencia se califica también de intragubernamental. La interacción de las autoridades encargadas de la competencia con los órganos reguladores de cada sector entra en esta categoría.

12. La coherencia entre las políticas que abarcan aspectos externos, el comercio, y las relaciones exteriores se denomina coherencia externa. La aparición de acuerdos de comercio bilaterales, regionales y subregionales que contienen disposiciones sobre la competencia ha creado la necesidad de velar por las coherencias externas, es decir por la manera en que la aplicación de las políticas de la competencia de ámbito regional se relaciona con las leyes de la competencia a nivel nacional y con las demás políticas abarcadas por los acuerdos.

13. Los factores que afectan a la coherencia pueden ser institucionales o estar relacionados con la manera en que se aplican las políticas, o con el mandato jurídico, establecido en el instrumento correspondiente, que pone en práctica la política. Estos instrumentos pueden ser leyes parlamentarias o de otro tipo, decretos, normas o reglamentaciones que adopten la forma de legislación secundaria.

E. La política de la competencia y las otras políticas gubernamentales: Hasta dónde debe llegar la coherencia

14. Al examinar la coherencia entre las políticas de la competencia y otras políticas, el énfasis debería situarse en el logro de las metas de desarrollo del país en cuestión. Esto no quiere decir que todas las metas y los objetivos de desarrollo de un país puedan lograrse mediante soluciones de mercado. Hay muchas metas sociales, políticas y económicas que requieren otras soluciones para aumentar el bienestar general. Por ejemplo, para que el servicio postal llegue a los usuarios de las zonas remotas, es posible que el gobierno deba subvencionar estos servicios, con lo cual las fuerzas del mercado no podrán intervenir eficazmente en la atención de esas necesidades.

15. Por otro lado, la coherencia no implica que la política de la competencia sea la solución a todos los problemas económicos y sociales. Es posible que, en algunas circunstancias, las políticas más adecuadas sean otras. Cuando se produce un desastre natural u otro tipo de crisis, los gobiernos deben actuar de maneras que no son las habituales, en un esfuerzo por mitigar los efectos de esas crisis. En esos momentos, es necesario replantearse la política de la competencia para tener en cuenta las distorsiones temporales del mercado, sin considerar esas actuaciones como fuente de incoherencia entre las políticas. En su respuesta al cuestionario de la UNCTAD, los Estados Unidos⁴ señalan que, si bien la política de la competencia es fundamental para promover el bienestar de los consumidores, no constituye la única herramienta, y que los gobiernos deben tomar decisiones sobre cómo mantener el equilibrio entre la política de la competencia y otras políticas, en aras del bienestar de sus ciudadanos.

16. Para promover la proporcionalidad, los agentes encargados de aplicar el derecho de la competencia deberían escuchar a los responsables de las otras políticas. Las autoridades encargadas de la competencia deberían tomar en consideración todo el espectro de políticas. Por mucho que deseen promover los principios de la competencia, deben tener en cuenta los objetivos de otras políticas, a fin de hallar un equilibrio. También deberían asumir la función de alentar a otros órganos reguladores a evaluar la incidencia de la reglamentación.

II. La contribución de diversas políticas a la promoción del desarrollo económico

17. Muchos investigadores están de acuerdo en que la competencia debería estar orientada hacia un objetivo determinado y mensurable. Algunos expertos han señalado que el objetivo principal de la política de la competencia debería ser mantener y fomentar la competencia en los mercados a fin de promover la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores. Dado que hay prácticas anticompetitivas en todos los mercados, cabe preguntarse durante cuánto tiempo deberían tolerarse dichas prácticas o sus efectos, y cómo deberían establecerse las políticas de la competencia.

18. La necesidad del derecho de la competencia y su establecimiento deberían formar parte de la serie de políticas macroeconómicas y microeconómicas de las que los gobiernos deben ocuparse de vez en cuando, y que varían según el país. Por ejemplo, los países que están reestructurando sus economías elaboran todo tipo de políticas para abordar los distintos aspectos del proceso de reforma. En la mayoría de los casos, no existe un mecanismo de coordinación que permita orientar ese proceso. Shyam Khemani (1997)⁵

⁴ La respuesta de los Estados Unidos al cuestionario de la UNCTAD puede consultarse en <http://www.unctad.info/en/6th-UN-Conference-on-Competition-Policy/>.

⁵ Shyam Khemani R. (1997). *Competition Policy and Economic Development*.

señala que determinadas medidas de política adoptadas por los gobiernos obedecen a las circunstancias imperantes, que no suelen dejar a los gobiernos muchas opciones de política ni un gran margen de maniobra.

19. Rotmans y otros (2001)⁶ añaden que, en los años ochenta y noventa, la prioridad económica más importante de los países que deseaban pasar de una economía controlada por el Estado a un mercado competitivo impulsado por el sector privado fue la adopción de políticas de ajuste estructural, por ejemplo de liberalización y privatización. En los períodos de transición, los gobiernos tuvieron que adoptar políticas y leyes reguladoras, en particular políticas de la competencia que garantizaran que el proceso de creación de mercados competitivos no se viera obstaculizado por prácticas contrarias a la competencia. La conversión de los monopolios públicos en monopolios y oligopolios privados suscitó gran preocupación durante ese período. Los gobiernos adoptaron políticas sobre la competencia, la inversión y la promoción de las exportaciones, entre otras medidas reguladoras. Esas políticas suelen incumbir a diferentes ministros, que tienen sus propios mandatos, objetivos y visiones y, en la mayoría de los casos, un enfoque diferente de la regulación de los mercados.

20. En vista de ello, los gobiernos deben crear sistemas y establecer mecanismos de diálogo e intercambio de información entre los responsables de la adopción y la aplicación de las políticas, para minimizar los conflictos y promover la coherencia. El sistema de diálogo hace que la transición sea menos dolorosa para la sociedad, ya que permite analizar los desafíos y estrangulamientos que van surgiendo y, con el apoyo de la maquinaria gubernamental, puede estimular el desarrollo de nuevos conceptos, ideas y procesos. Las nuevas iniciativas de política pueden interpretarse como formas adicionales de mejorar el funcionamiento del mercado, sin necesidad de restar alcance a las políticas vigentes.

A. Regulación sectorial y de la competencia

21. En su relación con otras políticas gubernamentales, la aplicación del derecho de la competencia se ve influida por una amplia gama de políticas económicas gubernamentales que afectan a la competencia en los mercados nacionales, como las relativas a las telecomunicaciones, la inversión extranjera directa (IED), el comercio internacional, los mercados financieros o la privatización. La aplicación de estas políticas facilita o dificulta el desarrollo de mercados competitivos y determina la eficacia de la aplicación del derecho de la competencia. Los organismos reguladores de la competencia deben promover los beneficios de los mercados competitivos tanto para los ciudadanos como para los encargados de la adopción de decisiones.

El caso de *Verizon Communications Inc. c. V. Trinko, LLP*⁷

Un ejemplo de la necesidad de coherencia entre las autoridades encargadas de la competencia y los órganos reguladores sectoriales fue el caso *Verizon c. Trinko* ocurrido en los Estados Unidos. El caso tuvo que ver con la aplicación de la Ley de telecomunicaciones y la posibilidad de invocar la legislación antitrust debido a la adopción de una conducta excluyente. También se abordó en él la conveniencia de aplicar las "cláusulas de salvaguardia" previstas en el artículo 601 b) 1) de la Ley de telecomunicaciones, en que se establecía que ninguna disposición de la Ley debía contribuir a "modificar, reducir o

⁶ Rotmans J., Kemp R., van Asselt M. (2001). *More evolution than revolution: transition management in public policy*. En: *Foresight*. 3 (1). Febrero.

⁷ *Verizon Communications vs. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, a menudo abreviado como *Verizon vs. Trinko*. 540 U.S. 398 (2004). Disponible en <http://www.ictregulationtoolkit.org/en/Publication.1593.html>.

sustituir la aplicabilidad de la legislación antitrust". El Tribunal Supremo de los Estados Unidos resolvió que la Ley de telecomunicaciones había aplicado las medidas correctivas necesarias contra la vulneración por Verizon de los acuerdos que había firmado con sus rivales para compartir sus redes de conexión, por lo que las reclamaciones antitrust no estaban suficientemente fundamentadas para incoar una causa por negativa a tratar o por conducta excluyente. El Tribunal Supremo anuló la decisión del Tribunal de Apelación de aplicar el artículo 2 de la Ley Sherman e instó a que se establecieran y adoptaran nuevos sistemas para subsanar el problema del acceso. El Departamento de Justicia alegó que en ese caso no se habían infringido las cláusulas de salvaguardia previstas en la Ley de telecomunicaciones de 1996.

Este caso muestra además la necesidad de aclarar los límites entre la aplicación de la regulación sectorial y la aplicación del derecho de la competencia. Indica que, si se coordinan ambas aplicaciones y se intercambia información, puede llegarse a un acuerdo sobre el funcionamiento de las cláusulas de salvaguardia. Esto puede influir en los tribunales que deben resolver causas relacionadas con conflictos entre el derecho de la competencia y la regulación sectorial.

III. Posibles ventajas de la coherencia entre las políticas gubernamentales

22. Es más fácil lograr el resultado deseado de promover el desarrollo económico y mejorar el bienestar de las personas cuando hay coherencia entre las distintas políticas gubernamentales que cuando hay incoherencias y conflictos entre los encargados de su aplicación. Los gobiernos deben determinar las esferas de política en que las iniciativas de fomento de la coherencia pueden tener más éxito. La coherencia de las políticas puede tener numerosas ventajas.

23. Algunos países (como los Países Bajos y el Reino Unido) han señalado que, para aumentar la coherencia, es esencial reducir la carga administrativa generada por la regulación. En un informe publicado en 2006 en el Reino Unido⁸ se identifican los siguientes elementos clave en el proceso: a) la eliminación, reducción, consolidación y mejora de los reglamentos; b) la simplificación de los procedimientos destinados a cumplirlos; c) el intercambio de información y datos; y d) los sistemas de ventanilla única para los interesados. Estos elementos pueden utilizarse para reducir costos y aumentar la coherencia en la formulación y aplicación de las políticas. La incoherencia de las políticas supone inevitablemente un costo para la sociedad. Piénsese por ejemplo en una política y una ley de contratación pública en que se prevea la convocación de licitaciones para la construcción de carreteras, y en una ley y una política de la competencia que contengan disposiciones para combatir la manipulación de las licitaciones y las licitaciones colusorias. La falta de coordinación en la aplicación de las dos leyes generaría conflictos en los mercados, dada la posibilidad de que las licitaciones se adjudicasen a un cártel, lo que supondría poner los ingresos de los contribuyentes en manos de empresas privadas.

24. Para abordar la coherencia de las políticas es esencial determinar las atribuciones de las autoridades encargadas de la competencia y de los órganos que regulan los sectores.

⁸ Ministerio de Economía (Países Bajos) (2009). *Regulatory Burdens on Businesses*. Mayo. En el Reino Unido, la Dirección de Fomento de una Mejor Reglamentación y la Oficina Nacional de Auditoría elaboraron conjuntamente, en 2006, un documento de orientación para la realización de exámenes con arreglo al informe Hampton, titulado *Reducing administrative burdens: effective inspection and enforcement*.

Como se explica en un estudio de la UNCTAD⁹, en muchos países coexisten autoridades encargadas de la competencia y órganos reguladores sectoriales. La regulación de los mercados por parte de los gobiernos depende de los avances tecnológicos y de otro tipo que se produzcan en ellos. La reciente crisis financiera ha enseñado a los encargados de la formulación de políticas que, aunque haya presiones competitivas en los mercados de algunos sectores, la relajación de los principios de reglamentación puede ser muy costosa para la economía mundial¹⁰. La coexistencia de órganos reguladores y autoridades encargadas de la competencia ofrece algunos ejemplos de los diferentes enfoques adoptados por distintos países para abordar la coordinación o no coordinación de las políticas de la competencia y de regulación sectorial.

25. La privatización a menudo ha traído aparejada la creación de nuevos órganos reguladores sectoriales con objeto de asegurar el éxito de las reformas del mercado. Los más comunes de esos órganos en el mundo son los que regulan los sectores de la banca, las telecomunicaciones, el transporte aéreo y la energía. En muchos países el órgano regulador más antiguo es el del sector bancario. El banco (central, de la reserva, etc.) ya existía antes de la privatización, la globalización, el ajuste estructural y la liberalización en muchas economías, y sigue siendo el regulador del sector financiero en numerosas jurisdicciones.

26. La OCDE habla de cuatro funciones reguladoras, a saber, la protección de la competencia, el acceso a los mercados, el acceso a la infraestructura esencial, y los reglamentos económicos y técnicos. Los órganos reguladores sectoriales suelen corresponder a la categoría de la reglamentación técnica. En lo que respecta a las políticas de regulación sectorial y a su interacción con las políticas de la competencia, la coherencia en la aplicación tiene ventajas visibles. La coexistencia de autoridades encargadas de la competencia y órganos reguladores sectoriales se ha vuelto frecuente en muchas jurisdicciones. Las transformaciones económicas de los años ochenta y noventa modificaron el espectro de las operaciones de mercado al aumentar la participación privada, lo que propició la aparición de rivalidades y presiones competitivas. La competencia ha ido entrando paulatinamente en sectores anteriormente dominados por monopolios. Con el tiempo, las condiciones tradicionales de los mercados se han modificado en función de los avances tecnológicos.

27. Sin embargo, cada vez se valora más la función supervisora de los gobiernos en los mercados como un elemento importante de las tendencias nuevas y emergentes. La intervención de los gobiernos es necesaria incluso en los mercados muy competitivos. Es preciso elaborar normas y reglamentos específicos que orienten a los mercados hacia la competencia en favor del desarrollo¹¹. Además del derecho de la competencia, también han surgido leyes reguladoras de algunos sectores de la economía, como los de las telecomunicaciones, la energía, la banca y los seguros, entre otros.

⁹ UNCTAD (2006). Prácticas óptimas para definir las competencias respectivas y resolver los asuntos que impliquen medidas conjuntas de las autoridades encargadas de la competencia y los órganos reguladores. TD/RBP/CONF.6/13/Rev.1.

¹⁰ La crisis financiera se ha atribuido a fallos de regulación en los Estados Unidos y, por extensión, en Europa. Véase, por ejemplo: Banco Mundial (2009). *Is there a need to rethink the supervisory process?*, elaborado por John Palmer y Caroline Cerruti. Véase también: FMI (2010). *Lessons and policy implications from the global financial crisis*, elaborado por Stijn Claessens, Giovanni dell'Ariccia, Deniz Iga y Luc Laeven. Véase además: Comisión Europea. *Economic Crisis in Europe: Causes, Consequences and Responses. European Economy 2009*. Véase asimismo: Mix DE (2010). *The United States and Europe: Current Issues*. CRS report for Congress. 8 de diciembre.

¹¹ Véase, por ejemplo, UNCTAD (2002). Análisis de las cuestiones de acceso a los mercados que se plantean a los países en desarrollo: los intereses de los consumidores, la competitividad, la competencia y el desarrollo. TD/B/COM.1/47.

28. En muchos casos, los órganos reguladores sectoriales y las autoridades encargadas de la competencia tienen jurisdicción sobre las mismas cuestiones. Cabe señalar a este respecto las fusiones en el sector bancario, la concesión de licencias y la fijación de precios en el sector de las telecomunicaciones o la fijación de las primas de seguros, entre otras.

29. En algunas jurisdicciones hay sectores regulados en los que no se aplica el derecho de la competencia. En otros ordenamientos jurídicos hay conflicto de jurisdicción con las autoridades encargadas de la competencia. En otros casos, ni el derecho de la competencia ni las leyes de regulación se pronuncian con respecto a la posible concurrencia de jurisdicciones. Esta variedad de situaciones hace que puedan surgir conflictos y problemas de coordinación entre las autoridades encargadas de la competencia y los reguladores sectoriales.

A. Exámenes entre homólogos de la UNCTAD y coherencia de las políticas de la competencia

30. Desde 2005, la UNCTAD ha facilitado la realización de exámenes voluntarios entre homólogos sobre varios Estados miembros¹². Los informes de los exámenes entre homólogos ponen de manifiesto, entre otras cosas, que la cuestión de la coherencia entre las políticas de la competencia y otras políticas gubernamentales es un aspecto que requiere mayor atención en todos los países examinados. Los informes de los exámenes entre homólogos tratan de numerosos ámbitos en que se requiere coherencia entre las políticas, como las exenciones aplicables a los derechos de propiedad intelectual, la investigación y el desarrollo y determinados sectores estratégicos, y esa multiplicidad de ámbitos dificulta considerablemente el trabajo de las autoridades encargadas de la competencia y resta eficacia a su labor de regulación de la competencia en el mercado.

31. En Jamaica, el examen entre homólogos detectó una situación que dificulta bastante la coordinación con otras políticas gubernamentales. El único instrumento en el que se reconoce la existencia de la Ley de competencia leal es la Ley de telecomunicaciones de 2000. En todas las demás políticas gubernamentales que contienen algún aspecto relativo a la competencia se exige que la autoridad correspondiente justifique la necesidad de respetar los principios de la competencia. Además, la Ley de competencia guarda silencio con respecto a cuestiones importantes, como las relativas al control de las fusiones. Esto puede explicar por qué la autoridad reguladora de la competencia de Jamaica ha dedicado la mayor parte de sus recursos a cuestiones relativas a la protección del consumidor.

32. En Kenya, la formulación del derecho de la competencia y su marco institucional resultó ser un obstáculo importante para lograr la coherencia con otras políticas y combatir con eficacia las prácticas anticompetitivas. La Ley de prácticas comerciales restrictivas, monopolios y control de precios, y su marco institucional, la Comisión de Monopolios y Precios, fueron uno de los primeros marcos normativos que se establecieron en el mercado de Kenya (en 1988) tras el inicio de la liberalización. Un gran número de sectores regulados, como los de la banca, los seguros, las telecomunicaciones, el té, el café y la energía, están exentos, en virtud del artículo 5 de la mencionada ley, de la aplicación de las normas de la competencia. La relación entre la Comisión de Monopolios y Precios y los demás órganos reguladores no está definida ni en el derecho de la competencia ni en las leyes de regulación.

¹² Se han realizado exámenes entre homólogos de Jamaica (TD/RBP/CONF.6/7), Kenya (TD/RBP/CONF.6/8), Túnez (UNCTAD/DITC/CLP/2006/2), la Unión Económica y Monetaria del África Occidental: Benin y el Senegal (UNCTAD/DITC/CLP/2007/2), Costa Rica (UNCTAD/DITC/CLP/2008/2), Indonesia (UNCTAD/DITC/CLP/2009/2) y, más recientemente, Serbia.

33. En el examen entre homólogos referente a Túnez se señalaron las esferas en que era posible mejorar la coherencia entre la aplicación del derecho de la competencia y otras políticas de regulación. Algunos sectores quedaban fuera del ámbito de aplicación de la regulación antimonopolio, y la autoridad encargada de la competencia no tenía jurisdicción sobre ellos. En el examen entre homólogos se determinó que el sector de la electricidad —regulado por la Sociedad Tunecina de Electricidad y Gas— tenía el monopolio de la distribución de electricidad y acaparaba una parte de la producción de electricidad. Además, los organismos reguladores de sectores como los seguros, las finanzas, la bolsa de valores y las telecomunicaciones, entre otros, tenían mandatos que les permitían hacer caso omiso de las prácticas anticompetitivas en sus respectivos sectores.

34. En Costa Rica, muchos sectores están exentos de la aplicación del derecho de la competencia. En el informe sobre el examen entre homólogos se afirma que "[E]xisten las siguientes excepciones a la aplicación de la [Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor]: a) agentes prestadores de servicios públicos en virtud de una concesión, en los términos que señalen las leyes [...]; b) los monopolios del Estado creados por ley, [...]; y c) las municipalidades o gobiernos locales, tanto en su régimen interno, como en sus relaciones con terceros (artículo 9 y 72 de la [Ley] y artículo 29 de su Reglamento)".

35. Asimismo, en Costa Rica, queda excluida del ámbito de aplicación del derecho de la competencia la regulación de honorarios por los colegios profesionales. Las cámaras y asociaciones de tipo empresarial también están exceptuadas de la aplicación de esa ley si no participan como compradores y vendedores de bienes y/o servicios. Esta excepción se establece en la definición de "agente económico". Las investigaciones sectoriales realizadas en el marco del proyecto COMPAL de la UNCTAD ponen de manifiesto que los acuerdos restrictivos de la competencia son frecuentes entre las asociaciones y que las autoridades encargadas de la competencia no pueden intervenir¹³.

36. En el examen entre homólogos de la Unión Económica y Monetaria del África Occidental (UEMAO) se puso de manifiesto el aspecto regional de la coordinación de políticas. El reparto de atribuciones entre las autoridades regionales y nacionales encargadas de la competencia revela la incoherencia existente en la aplicación del derecho de la competencia y la falta de coordinación entre los reguladores sectoriales a nivel regional. En un contexto como el de la UEMAO y sus Estados miembros, en el que se plantean cuestiones jurisdiccionales, la coordinación de la política de la competencia con otras políticas gubernamentales resulta aún más difícil. Antes de que, en 2003, entraran en vigor las normas de la comunidad, algunos miembros de la Unión se ocupaban activamente de casos relacionados con la competencia. Desde que comenzaron a aplicarse dichas normas, el Senegal ha detectado seis presuntos casos de cárteles y abuso de posición dominante que no han sido abordados ni por el organismo regulador de la competencia de la Unión ni por las autoridades encargadas de la competencia a nivel nacional. En el examen entre homólogos realizado por la UNCTAD se señala que la falta de regulación sectorial a nivel regional y el hecho de que la Comisión de la UEMAO sea el único órgano que se ocupa de asuntos relativos a la competencia son los principales obstáculos que dificultan la labor de los organismos nacionales y del órgano regulador de la competencia a nivel regional.

¹³ Programa COMPAL de la UNCTAD (2004). *Fortalecimiento de instituciones y capacidades en el área de Políticas de Competencia y Protección del Consumidor. Casos de Bolivia, Costa Rica, El Salvador, Honduras, Guatemala, Nicaragua y el Perú*. Disponible en <http://www.unctadxi.org/Sections/DITC/COMPAL/docs/Subregional%20reports/Publicación%20COMPAL%20final%20version.pdf>.

37. El caso de la UEMAO —así como determinados aspectos de otros órganos regionales del mundo en desarrollo— es un ejemplo de lo complicado que resulta lograr la coherencia entre los organismos nacionales y regionales en lo que respecta a la aplicación del derecho de la competencia y, por extensión, de otras políticas gubernamentales. Si la aplicación del derecho de la competencia no es eficaz, las autoridades encargadas de aplicarlo tendrán dificultades para ocuparse de las demás políticas.

38. Otro sector en que la coordinación de las políticas redundaría en beneficio de la aplicación del derecho y las políticas de la competencia es el de la política industrial. A lo largo de los años, se ha sostenido que la política industrial vulnera los principios de la competencia, y que la política de la competencia pone límites al margen discrecional de que disfrutaban las autoridades estatales para aplicar la política industrial. Sin embargo, numerosos estudios han puesto de manifiesto la complementariedad de ambas políticas —puesto que la coordinación puede eliminar los aspectos negativos de esa relación. La reciente crisis económica ha venido a confirmar que, ocasionalmente, algunas deficiencias del mercado harán aumentar la demanda de una intervención estatal específica y moderada en el mercado. Desde 2009 y hasta una fecha tan reciente como fines de 2010, se han venido aplicando medidas de estímulo. Es un hecho ampliamente conocido que las subvenciones pueden, en general, eclipsar las ventajas en materia de eficiencia en los países, pero ¿a qué otras opciones podían recurrirse para mitigar un problema que amenazaba con hundir la economía mundial? En un estudio de la UNCTAD se afirma que: "Los gobiernos se [vieron] presionados para adoptar programas de rescate económico destinados a empresas industriales y empresas financieras. Los órganos rectores de la competencia también se [vieron] sometidos a presión para liberalizar las exigencias consagradas en el derecho pertinente sobre control previo de las fusiones y prohibición de prácticas anticompetitivas. Hay medidas que revelan un cierto nacionalismo económico, como ocurre en las destinadas a limitar los beneficios que ofrecen los subsidios o las garantías estatales a las empresas y los consumidores nacionales"¹⁴.

39. La relación entre la política de la competencia y la política industrial ha sido la cuestión más espinosa, sobre todo en tiempos difíciles. Los países en desarrollo y los países con economías en transición tienen un problema algo distinto, relacionado con su capacidad de otorgar subvenciones y aplicar medidas de estímulo. Al mismo tiempo, la presión por atraer inversión extranjera directa y recurrir a ella puede otorgar ventajas especiales a las empresas transnacionales, poniendo a las empresas locales en una situación de desventaja competitiva¹⁵. En otros casos, las empresas extranjeras pueden estar en desventaja, cuando se otorga un trato preferencial a las empresas nacionales. Un ejemplo tomado de la intervención de la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos en el caso del rescate de la Chrysler Corporation en 1980¹⁶, muestra que el argumento de la competencia no siempre gana, y pone de manifiesto una vez más la necesidad de equilibrio entre las políticas.

40. Lewis (2009)¹⁷ sostiene que la crisis financiera y la consiguiente crisis económica guardan relación con fallos en la regulación. Mientras los gobiernos tratan de hacer frente al problema, no debe olvidarse cuál es la causa profunda de este. Los marcos normativos —tanto financieros como de otro tipo, incluidos los relativos a la competencia— deben

¹⁴ UNCTAD (2009). Relación entre la política de la competencia y la política industrial en la promoción del desarrollo económico. TD/B/CI/CLP/3.

¹⁵ Véase, por ejemplo, CESPAP, cap. 3, en http://www.unescap.org/tid/publication/tipub2540_chap3.pdf. Véase también: UNCTAD (1999). *Most Favoured Nation Treatment*. UNCTAD/ITE/IIT/10. Vol. 3.

¹⁶ Véase la respuesta de los Estados Unidos al cuestionario de la UNCTAD en el sitio web de la UNCTAD.

¹⁷ Lewis D (2009). *The role of competition authorities in the management of economic crises*. *Global Forum on Competition*. OCDE, DAF/COMP/GF/WD.

operar de consuno para evitar que se produzca una nueva crisis. En el sector financiero ya existía la competencia mucho antes de que estallara la crisis, pero la regulación de este sector implica la adhesión a un determinado código de conducta que permita asegurar la liquidez y la supervivencia de los bancos. En resumen, cabe preguntarse si hubo coherencia o incoherencia entre las políticas en este caso y si tenemos que recurrir a la vía de la política de la competencia para encontrar soluciones. En cualquier caso, no es necesario cambiar los objetivos esenciales de esa política, que son el bienestar del consumidor y la preservación del proceso competitivo.

41. Para poder diferenciar entre las subvenciones anticompetitivas y las que no afectan a la competencia dentro del conjunto de instrumentos de la política industrial nacional, los gobiernos deben tener acceso a información adecuada y oportuna y deben garantizar la coherencia entre las exigencias y los objetivos que compiten entre sí.

42. Con objeto de mejorar la coherencia de las dos políticas, mientras que los gobiernos pueden imponerse a las autoridades encargadas de la competencia en situaciones de crisis económica, como ilustran los ejemplos de Alemania y el Reino Unido, estas deben prepararse para llevar a cabo una reestructuración y reformulación de su modelo de regulación después de la crisis a fin de estimular la competencia¹⁸. Desde una perspectiva mundial, debe prestarse atención a los posibles efectos indirectos que las medidas, o la falta de adopción de medidas, de las políticas nacionales pueden tener en otros países, particularmente los países en desarrollo. Lo ideal sería que los países armonizaran sus medidas e intereses en beneficio de la economía mundial. Esto sería un aspecto importante de la promoción de la coherencia de las políticas a nivel internacional.

43. Los derechos de propiedad intelectual alientan la innovación y, por consiguiente, fomentan el crecimiento y el desarrollo económicos. Sin embargo, el abuso de esos derechos puede ahogar la competencia concebida como un proceso, por lo que también se necesita coherencia en la búsqueda de un equilibrio entre la aplicación de los derechos de propiedad intelectual y la política de la competencia. Esta esfera normativa es objeto de debate desde hace décadas. Numerosas leyes de la competencia exceptúan los derechos de propiedad intelectual de su ámbito de aplicación, por considerarlos una vía para la investigación y el desarrollo¹⁹. Sin embargo, la llamada práctica de la concesión recíproca de licencias puede ser perjudicial para la competencia si los titulares de la patente coordinan los precios, ya que ello podría erigir obstáculos a la entrada y el acceso a los mercados de nuevos competidores. La concesión de nuevas patentes puede tener connotaciones contrarias a la competencia cuando los titulares de patentes existentes adquieren patentes de mejoras no significativas del producto ya patentado. Esa perpetuación de las patentes tiene como resultado la prolongación del período de derechos exclusivos más allá del plazo establecido inicialmente. En el caso de AstraZeneca, en 2010²⁰, el titular de la patente incurrió en abuso de posición dominante por retrasar la entrada en el mercado de los medicamentos genéricos.

44. Por tanto, hay problemas de coherencia entre la política de la competencia y el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual. Se requeriría una estrecha colaboración interinstitucional para evitar contradicciones en la regulación normativa y la aplicación de las leyes pertinentes. La elaboración y publicación de directrices, especialmente por los países en desarrollo, sobre la manera en que la política de la competencia debe interactuar con la política de los derechos de propiedad intelectual, con la indicación de los ámbitos

¹⁸ Estudio de la UNCTAD sobre la política de la competencia y la política industrial (2009). TD/B/C.I/CLP/3.

¹⁹ Estudio de la UNCTAD sobre la política de la competencia y el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual (2008). TD/B/COM.2/CLP/68.

²⁰ Comisión Europea, causa T-321/05 *AstraZeneca v. Commission*. 1º de julio de 2010.

donde pueden producirse prácticas contrarias a la competencia, debería facilitar el proceso de protección de los derechos de propiedad intelectual y garantizar al mismo tiempo la coherencia con las normas de la competencia.

45. La elaboración y la promoción de normas industriales pueden aportar importantes beneficios a los consumidores, tales como incentivos para la innovación, la uniformidad de los productos, la interoperabilidad, productos de mayor duración, menores costos de desarrollo de los productos que respetan las normas, una mayor eficiencia, el aumento de las opciones de los consumidores, la presunta mejora de la calidad de los productos como resultado de las comparaciones con diferentes productos de la competencia realizadas por expertos, el aumento de la competencia debido al menor número de obstáculos para entrar en un mercado específico con productos normalizados, la reducción de los costos de comercialización de determinados productos en un mercado particular, y el fomento de la salud y la seguridad públicas. En particular, se considera que las normas industriales son uno de los motores de la economía moderna, porque hacen que los productos sean menos costosos para las empresas y más valiosos para los consumidores, y pueden ser un elemento fundamental del comercio internacional. Por otra parte, una norma también puede ralentizar la innovación al mantener bloqueada la producción en una tecnología de calidad inferior, y puede hacer disminuir las opciones de los consumidores al reducir el número de productos diferenciados, pero incompatibles. Por fortuna, las actividades de normalización no son inmunes a la regulación antimonopolio, ya que, por lo general, pueden revisarse aplicando el criterio del carácter razonable.

46. Otro aspecto que hay que tener en cuenta al abordar la cuestión de la coherencia entre la política de la competencia y otras políticas gubernamentales es la relación de aquella con la aplicación de políticas complementarias dentro del marco de la estructura estatal. Un brazo normativo fundamental a este respecto es el poder judicial, por la manera en que arbitra los casos relacionados con la competencia conforme a lo dispuesto en la legislación correspondiente. Un elemento importante del cumplimiento del derecho de la competencia es la capacidad para resolver los casos que se derivan de las disposiciones de la ley. Esto remite a la relación con el poder judicial. A los efectos de la transparencia y el respeto de las garantías procesales, las decisiones tomadas por las autoridades encargadas de la competencia deberían ser examinadas por tribunales o por otros mecanismos de examen. En el caso de muchas autoridades encargadas de la competencia, especialmente en los países en desarrollo, la relación con el poder judicial puede ser difícil, porque los jueces centran la atención en las cuestiones de procedimiento de las causas en cuestión. Esto puede deberse a que no tienen experiencia suficiente en el tratamiento de casos relacionados con la competencia o, como en el caso Trinko, a que estiman que la cuestión debería haberse resuelto en el marco de la ley de regulación sectorial. Como ejemplo concreto, en un caso de fusión, el examen de las cuestiones relacionadas con la definición de mercado y las pruebas para determinar una reducción sustancial de la competencia exigen que el juez tenga una clara comprensión de los aspectos económicos de los casos relativos a la competencia. Para lograr esa comprensión sería preciso llevar a cabo una labor de promoción de la competencia e impartir formación a los jueces.

47. Otro problema surge cuando las leyes sobre la competencia han creado sistemas en los que no hay separación de poderes entre el fiscal y el juez. En muchas jurisdicciones, las instituciones reguladoras de la competencia cumplen ambas funciones. Esta situación suele verse con espíritu crítico, y todo examen de un caso relativo a la competencia se considera como un proceso final, en el que el juez analiza las medidas adoptadas por el jefe ejecutivo o la junta de comisionados, que podrían tener un mejor conocimiento de los aspectos de fondo del derecho de la competencia.

48. La UNCTAD, la RIC y la OCDE defienden la separación de poderes, en que los procesos de investigación y arbitraje cumplen funciones completamente diferentes. En el

mismo sentido, la función de promoción de las instituciones reguladoras de la competencia debe desempeñarse estableciendo canales para la formación y el debate sobre cuestiones de economía y derecho de la competencia. Esto permitirá que los jueces adquieran conocimientos en materia de competencia y reducirá los conflictos entre el poder judicial y las autoridades encargadas de la competencia. Asimismo, ofrecerá una forma eficaz de aumentar la coherencia y la coordinación en el tratamiento de las cuestiones relativas a la competencia, al permitir un examen integral de los casos.

IV. Estrategias para lograr la coherencia

49. Para dar coherencia a sus políticas, los gobiernos deben adoptar estrategias y principios que promuevan la coherencia interna y externa de sus operaciones. Los Países Bajos y el Reino Unido han identificado cinco principios que favorecen una regulación intencionada. El Departamento de Empresas, Innovación y Cualificaciones²¹ del Reino Unido, a través de la Dirección de Fomento de una Mejor Reglamentación, está tratando de simplificar la regulación mediante la publicación de directrices para las partes interesadas. El objetivo de estas directrices es velar por que la regulación englobe los principios de la proporcionalidad, la rendición de cuentas, la coherencia, la transparencia y la especificidad. Tres de estos principios han sido adoptados como instrumentos para resolver los problemas de coherencia durante la elaboración y la aplicación de políticas gubernamentales, incluida su relación con la política de la competencia. Estos son la transparencia, con algunos aspectos de la coherencia, y la rendición de cuentas y la especificidad, con algunos aspectos de la proporcionalidad.

50. Antes de examinar esos principios en este estudio, es importante señalar una cuestión fundamental que puede promover la coherencia entre la política de la competencia y otras políticas gubernamentales. Se trata de la valiosa función que desempeñan la promoción y el intercambio de información. Muchas autoridades encargadas de la competencia pueden dar fe de que la promoción de la competencia ayuda a aplicar las disposiciones a ese respecto. Algunos expertos también han aconsejado que las autoridades reguladoras de la competencia recién creadas dediquen su primer año de actividad a realizar labores de promoción, antes de proceder de lleno a aplicar las disposiciones sustantivas de la legislación. Se considera que de esta manera se consigue que las partes interesadas entiendan el derecho y las políticas de la competencia, facilitándose así el cumplimiento de la ley.

A. Función de la promoción

51. La promoción de la competencia es un aspecto importante de la labor de un organismo regulador de la competencia. A lo largo de los años, en los exámenes por homólogos organizados por la UNCTAD se ha recomendado siempre a las autoridades encargadas de la competencia que apliquen la legislación con más eficacia y que mejoren su relación con los responsables de la formulación de políticas en el gobierno y con otras partes interesadas. Los programas de sensibilización de la opinión pública y divulgación de información son elementos fundamentales en este proceso. En los exámenes entre homólogos relativos a Armenia, Costa Rica, Indonesia, Jamaica, Kenya, Túnez y la UEMAO se reafirmó que la promoción de la competencia era necesaria para fomentar la coherencia y la aplicación eficaz. Algunas respuestas de los Estados miembros al cuestionario de la UNCTAD confirman la importancia de la promoción para mejorar la

²¹ Véase <http://www.bis.gov.uk/policies/better-regulation/improving-regulatory-delivery>.

coherencia (por ejemplo, las de Colombia, los Estados Unidos, el Japón, Malasia, Marruecos, México, Zambia y Zimbabwe, entre otros).

52. Pasando específicamente a la cuestión de la coherencia con otras políticas gubernamentales, incluidas las de los órganos reguladores de sectores específicos, la promoción de la competencia ha sido identificada como un área fundamental que requiere especial atención. Las autoridades encargadas de la competencia han constatado que la sensibilización pública en ese campo permite fomentar una cultura de la competencia y evitar duplicaciones y solapamientos en la aplicación de la legislación, y reducir al mínimo la carga administrativa. Aparte de los organismos reguladores sectoriales, hay otras entidades que necesitan coordinarse con las autoridades encargadas de la competencia; estas varían de un país a otro, pero pueden abarcar desde los ministerios de comercio, finanzas, agricultura, planificación económica y salud hasta las asociaciones de consumidores y las cámaras de comercio, por citar solo algunas. En materia de resolución de casos, también es fundamental que exista coordinación en la esfera judicial. Puede haber incoherencias entre diferentes políticas, y la autoridad encargada de la competencia debe explicar qué lugar ocupa la política de la competencia en esa situación. Entre las autoridades que han utilizado este instrumento para concienciar a las partes interesadas acerca de la competencia figuran las de Sudáfrica y Turquía²².

53. La experiencia de la UNCTAD en la realización de actividades de promoción y formación específicas ha sido de gran utilidad para la aplicación del derecho de la competencia. Concretamente, a lo largo de los años se ha impartido formación a miembros del poder judicial en Egipto, El Salvador, Indonesia, Kenya, Malawi, la República Unida de Tanzania, Trinidad y Tabago, la UEMAO y Zambia. Los programas de formación de jueces de la UNCTAD abordan el problema de la asimetría de la información, y los jueces que han participado en estos cursos los han valorado positivamente y han apreciado los debates sobre el análisis económico de los casos de competencia.

54. Una de las dificultades que tuvo que superar la Comisión de Competencia de Sudáfrica en sus comienzos fue la incoherencia entre la política financiera y la política de la competencia. Surgió el problema de definir quién tenía jurisdicción sobre las fusiones del sector bancario. Se modificó el derecho de la competencia para incluir la cuestión de la jurisdicción concurrente de los reguladores sectoriales, y se redactó un memorando de entendimiento en el que se explicaba cómo se abordaría la jurisdicción concurrente y cómo se coordinarían las dos instituciones. De esta forma se establecieron canales de comunicación entre la autoridad encargada de la competencia y el órgano regulador del sector bancario. La Comisión de Competencia de Sudáfrica ha abogado por el establecimiento de otros memorandos de entendimiento con los órganos reguladores de las telecomunicaciones, los servicios postales y la electricidad.

B. Transparencia

55. La transparencia es uno de los instrumentos que pueden fomentar la coherencia en la elaboración y aplicación de las políticas. El requisito de la transparencia aumenta la presión sobre los responsables de la formulación de políticas para que justifiquen cualquier injerencia en el proceso de la competencia. Puesto que normalmente las políticas se formulan en el marco de los ministerios u otras carteras gubernamentales, es importante que los gobiernos establezcan un mecanismo de coordinación que reúna a los responsables de las políticas de diferentes ministerios o departamentos, y creen un foro en que estos puedan

²² Informe de la RIC (2010) sobre la interacción de la política de la competencia con otras políticas gubernamentales. Preparado por el Organismo de Defensa de la Competencia de Turquía y presentado ante la novena conferencia anual de la RIC en Estambul.

dar a conocer las intenciones y los contenidos de sus políticas. Esto ayudará a los gobiernos a identificar los objetivos de política que tienen más probabilidades de alcanzarse con soluciones de mercado y los que son incompatibles con un mercado eficaz. Como se mencionó más arriba, disponer de un sistema de ventanilla única para la coordinación y la elaboración de políticas puede ser una opción. El Departamento de Empresas, Innovación y Cualificaciones del Reino Unido ha implantado un sistema de ese tipo, y publica directrices para los ministerios y departamentos gubernamentales sobre cómo resolver los problemas de la carga administrativa. Estas directrices ayudan a los responsables de la formulación de políticas a evaluar sus propuestas y opciones normativas. En el preámbulo de las Directrices para la reducción de la carga administrativa se indica que "[...] el objetivo del presente documento es guiarle en su labor diaria como responsable de la formulación de políticas. La reducción de la carga administrativa para las empresas, el voluntariado y la sociedad en su conjunto permitirá mejorar las políticas, así como su aplicación y cumplimiento, y, en última instancia, conducirá a un mejor gobierno"²³. Esta afirmación muestra que el Gobierno del Reino Unido ha tomado la iniciativa de abordar la coordinación de las políticas de diversas maneras, mediante el fomento de la transparencia y el intercambio de información.

56. En algunos países en desarrollo se han establecido oficinas que se ocupan de toda la administración pública. En Kenya, por ejemplo, todos los ministerios deben comunicar sus metas de rendimiento y sus planes estratégicos al jefe de la administración pública. En esos países se podría establecer una unidad de coordinación de políticas que se ocupara de la coherencia y la coordinación de las políticas. Esta unidad coordinaría todas las cuestiones de política con la Oficina del Gabinete, y exigiría a los ministerios que presentaran sus propuestas de política para debatirlas con las partes interesadas pertinentes. De esta manera, las autoridades encargadas de la competencia estarían en condiciones de evaluar las propuestas de nuevas políticas reguladoras, determinar si plantean problemas para la competencia y, en caso afirmativo, buscar maneras de resolverlos. Así se establecería un proceso transparente de evaluación y determinación de la regulación en un país dado, y se permitiría a las autoridades encargadas de la competencia y a otros órganos reguladores debatir y acordar la manera de lidiar con los efectos anticompetitivos de reglamentos concretos, como la introducción de cláusulas de extinción, entre otras opciones. En las respuestas de los Estados miembros al cuestionario de la UNCTAD se citaron ejemplos de acciones emprendidas por los gobiernos para crear canales de consulta durante el proceso de aplicación de las leyes y políticas, incluidas las de los órganos reguladores sectoriales²⁴.

57. Además, para elaborar y aplicar políticas²⁵ es preciso que haya un grado razonable de previsibilidad en la adopción de decisiones, en particular en los sectores que prestan servicios a toda la población, como las telecomunicaciones, los servicios postales, etc. Especialmente en lo que respecta a la concesión de licencias a operadores y a su cumplimiento, los clientes deben ser informados de las condiciones de la licencia con sencillez y claridad, y el órgano regulador debe explicar los términos de esta.

58. En lo que concierne a la transparencia, a menudo los organismos reguladores fijan normas más elevadas que excluyen a los posibles competidores más baratos, sean o no más arriesgados. Por ejemplo, pueden restringir la gestión de la transferencia de propiedades a los abogados, aunque personas con un nivel de instrucción inferior puedan ser capaces de realizar esa tarea. Otro ejemplo es la fijación de normas que prescinden de las opciones más baratas, como las que excluyen a los taxistas turísticos que solo hablan un idioma. No todos

²³ Véase el sitio web de la Dirección de Fomento de una Mejor Reglamentación en <http://www.betterregulation.gov.uk>.

²⁴ Véanse las respuestas de Chile, Colombia, los Estados Unidos, el Japón, México y el Uruguay en <http://www.unctad.org>.

²⁵ <http://www.upu.int>.

los clientes valoran esos atributos de la misma manera, y puede haberlos que prefieran opciones de transporte más baratas, aunque conlleven más riesgos. En algunas ciudades este problema se ha resuelto con la existencia de dos tipos de taxis diferentes, fácilmente identificables, que compiten entre sí. Lo que habría que determinar es si esas cuestiones deberían incluirse en la agenda de las reuniones de coordinación entre las autoridades encargadas de la competencia y otros organismos gubernamentales.

59. Para ser coherentes con los principios de la competencia, las condiciones deben ser comprensibles e inequívocas, de modo que atraigan a nuevos participantes en el mercado, y, al mismo tiempo, deben poder ser aplicadas por el órgano regulador. La transparencia también exige que se defina claramente cuándo la función del regulador es asesorar a los responsables de la formulación de políticas y cuándo, en cambio, es adoptar decisiones para determinar algunas condiciones, como, por ejemplo, la concesión de licencias de explotación o la imposición de sanciones.

60. En gran medida, la eficacia de un órgano regulador se mide por su capacidad de aceptar e incorporar las aportaciones de los interesados, los responsables de la formulación de políticas, los representantes de los consumidores, etc. El proceso regulador debería ser abierto y participativo. Esto puede lograrse mediante la publicación periódica de las decisiones del órgano regulador, las propuestas de regulación y los motivos que las justifican, con el fin de fomentar la confianza en la función de dicho órgano y su credibilidad. Esta medida también acrecienta la coherencia con otros brazos normativos complementarios del gobierno.

C. Rendición de cuentas

61. La coherencia de las políticas se pueda aumentar también asegurándose de que toda política que se formule se acompañe de una declaración en que se rindan cuentas de su razón de ser. Un buen ejemplo de ello es Botswana, donde todas las propuestas de políticas deben presentarse junto con un informe que explique cómo encaja la política en el marco macroeconómico y en el plan nacional de desarrollo, y cuáles serán sus efectos en la economía y en la población. Estas propuestas deben presentarse al Gabinete para que se pueda aprobar la política y, en consecuencia, la legislación. El objetivo de esta medida es evitar que se elaboren políticas por el mero afán de elaborarlas. Con ello se logra que quienes proponen políticas estén motivados por una necesidad real y se evita que los grupos con intereses creados puedan influir en las políticas.

62. En el informe de la UNCTAD sobre la independencia y la rendición de cuentas de las autoridades encargadas de la competencia²⁶, publicado en 2008, se señala que, aunque las autoridades encargadas de la competencia son responsables ante el sector privado, incluidos los inversores nacionales y extranjeros, sus decisiones sobre la aplicación de la legislación afectan a toda la economía, por lo que también son responsables ante la población en general, los consumidores y otras partes interesadas. Los medios de comunicación también observan de cerca las operaciones de las autoridades encargadas de la competencia y quieren ver los resultados y sus repercusiones en la economía en su conjunto. Tal como ocurre con otras políticas gubernamentales, las autoridades encargadas de la competencia deben actuar con responsabilidad, coordinando la elaboración de políticas, velando por la aplicación de la legislación y adoptando otras medidas normativas. Ello puede lograrse poniendo las propuestas de políticas, las directrices para la aplicación, los proyectos legislativos y demás instrumentos a disposición de todas las partes interesadas pertinentes, en Internet y en la prensa, pero, sobre todo, intercambiando información con los encargados de otras políticas gubernamentales.

²⁶ TD/B/COM.2/CLP/67.

63. La coherencia entre los diferentes organismos responsables de la aplicación de las políticas gubernamentales puede aumentar cuando existen mecanismos de rendición de cuentas y todos los organismos los utilizan. Gracias al intercambio de información y a la publicación de informes anuales, otros organismos estarán en condiciones de indicar las áreas que tal vez estén afectando a sus operaciones.

D. Especificidad

64. Los gobiernos deben velar por que sus políticas sean suficientemente específicas y les permitan cumplir sus objetivos y cubrir sus necesidades de desarrollo. Algunos países han introducido el concepto de los reguladores multisectoriales como una medida de reducción de costos. Para que estas instituciones funcionen con eficacia, las políticas complementarias se agrupan y una institución reguladora que comprende diferentes instrumentos se organiza en departamentos, oficinas, etc. A través de la institución reguladora general se supervisan los productos, los resultados y los efectos emergentes de las políticas para asegurarse de que estén cumpliendo sus respectivos objetivos. Los defensores de un enfoque regulador multisectorial aducen que así es más factible evaluar la eficacia de las políticas, debido al intercambio de experiencias entre los sectores, el enfoque más amplio de la regulación y la adopción de principios colectivos. En Letonia existe un órgano llamado Comisión de Servicios Públicos²⁷, que es un regulador general de cuatro sectores: la energía, las telecomunicaciones, el sector postal y los ferrocarriles. Los diferentes departamentos sectoriales funcionan de conformidad con los mandatos de las leyes respectivas y de la política gubernamental.

65. Otros ejemplos indican que algunas autoridades encargadas de la competencia forman parte en realidad de un marco regulador multisectorial. En Zimbabwe, el organismo regulador de la competencia también se ocupa de las cuestiones relativas a la política arancelaria; en Australia, la autoridad encargada de la competencia también se encarga de la protección de los consumidores.

66. Otra perspectiva de la orientación específica es considerar una situación en la que, a fin de cumplir el objetivo de política de prestar servicios de infraestructura a los consumidores antieconómicos, los reguladores sectoriales imponen obligaciones de servicio a toda la población, bien solicitando a un licenciataria que abastezca a esos consumidores, o bien cobrando una comisión o abasteciendo a los consumidores en los casos en que la competencia se basa en una subvención mínima. Estas son cuestiones que hay que tener en cuenta al debatir la coherencia.

67. Por último, los principios fundamentales de la coherencia, a saber, la promoción, la rendición de cuentas, la transparencia y la especificidad, deberían enmarcarse dentro de un proceso en tres etapas:

a) *En primer lugar:* Establecer los objetivos de política y decidir cuáles son prioritarios y si existen incompatibilidades entre la política de la competencia y otras políticas. El compromiso político expresado al más alto nivel y respaldado por políticas que lo traduzcan en acciones es fundamental para lograr la coherencia entre la política de la competencia y otras medidas gubernamentales. El empeño en asegurar la coherencia también supone trabajar con el sector privado, los sindicatos, las asociaciones de consumidores y las instituciones educativas, entre otros, para concienciar a la opinión pública y recabar un mayor apoyo.

b) *En segundo lugar:* Para asegurar la coordinación es necesario determinar cómo se pueden modificar las políticas, o la manera en que se aplican, a fin de maximizar

²⁷ <http://www.sprk.gov.lv>.

las sinergias y minimizar las incoherencias entre las políticas de la competencia y otros objetivos. Estos mecanismos de coordinación deberían resolver los posibles conflictos o las incoherencias entre las políticas, y permitir la conducción de la política en que se basan las decisiones normativas.

c) *En tercer lugar:* Los sistemas eficaces de supervisión, evaluación y presentación de informes incluyen la supervisión, la recopilación de pruebas sobre los efectos de la competencia y de otras políticas, el análisis de los datos recopilados y su transmisión al parlamento o congreso y a la opinión pública. Esta fase proporciona la base empírica para la rendición de cuentas y para una formulación de políticas y un manejo político bien informados.

68. Los gobiernos de varios países desarrollados y en desarrollo han hecho progresos en el establecimiento de un sistema para alcanzar la coherencia entre la política de la competencia y otras políticas. Entre ellos figuran Australia, el Brasil, Indonesia, los países nórdicos, el Reino Unido, la República de Corea y Sudáfrica. Sin embargo, en muchos otros países los resultados logrados a ese respecto han sido dispares, especialmente en los que carecen de un derecho de la competencia.

V. Temas de debate

69. La determinación de asegurar la coherencia entre las políticas para el desarrollo plantea retos y oportunidades a la hora de elaborarlas. Las siguientes son algunas preguntas fundamentales a las que los responsables de la formulación de políticas deben responder, y sobre las que deben tomar difíciles decisiones si quieren mejorar la coherencia de las políticas. Estas cuestiones deberán seguir examinándose en investigaciones y debates futuros:

a) ¿Cuáles son las prácticas óptimas para la implantación de un sistema que garantice la coherencia entre la política de la competencia y otras políticas gubernamentales?

b) ¿Qué función puede desempeñar la autoridad encargada de la competencia en la promoción de la coherencia entre la aplicación del derecho de la competencia y la política de la competencia?

c) ¿Cómo afecta la incoherencia de las políticas a los objetivos de desarrollo? ¿Por qué es importante preocuparse por la coherencia?

d) ¿Significa la coherencia de las políticas que los gobiernos deben dejar que los mercados se autorregulen? ¿Existe un umbral aceptable de incoherencia?

e) ¿Significa la coherencia que todas las políticas gubernamentales deben ajustarse al derecho y a la política de la competencia? En caso negativo, ¿qué políticas deben ajustarse al derecho de la competencia?

f) ¿Cómo evitan los responsables de las políticas la captación de los organismos reguladores por la industria cuando formulan las políticas, y de qué ayuda puede ser el principio de la apertura y la transparencia a este respecto?



Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo

Distr. general
7 de julio de 2011
Español
Original: inglés

Junta de Comercio y Desarrollo

Comisión de Comercio y Desarrollo

Grupo Intergubernamental de Expertos en

Derecho y Política de la Competencia

11º período de sesiones

Ginebra, 19 a 21 de julio de 2011

Tema 3 a) del programa provisional

**Consultas y conversaciones relativas a los exámenes entre
homólogos sobre derecho y política de la competencia,
examen de la Ley tipo y estudios relacionados con las
disposiciones del Conjunto de Principios y Normas**

Importancia de la coherencia entre las políticas de la competencia y otras políticas gubernamentales

Nota de la secretaría de la UNCTAD

Corrección

Párrafo 32

Sustitúyase la tercera oración por la siguiente:

El artículo 5 de la Ley de prácticas comerciales restrictivas, monopolios y control de precios concede exenciones a determinadas prácticas que están previstas en las leyes reguladoras de ciertos sectores. Si bien hay un gran número de sectores regulados en Kenya (como la banca, los seguros, las telecomunicaciones, el té, el café o la energía) que se rigen por leyes distintas, sus actividades no quedan exceptuadas de la legislación de la competencia si no están claramente autorizadas por la ley.