



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

Distr.
GENERAL

TD/RBP/CONF.6/13/Rev.1
TD/B/COM.2/CLP/44/Rev.2
17 de agosto de 2006

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
Séptimo período de sesiones
Ginebra, 31 de octubre a 2 de noviembre de 2006
Tema 3 i)

**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**

Estudio realizado por la secretaría de la UNCTAD

Resumen

Pese a que la política en materia de competencia y regulación sectorial pueden complementarse para promover los mercados competitivos y salvaguardar el bienestar de los consumidores, los diferentes enfoques utilizados y las distintas perspectivas mantenidas en esos ámbitos pueden ser motivo de desavenencia. Además, la diferencia entre la regulación económica y técnica y la observancia de las normas en materia de competencia puede ser en muchos casos poco clara. En el presente documento se analizan los diversos marcos en los que coexisten las autoridades encargadas de la competencia y los órganos reguladores sectoriales, con objeto de recoger las prácticas óptimas de los distintos países. Se llega a la conclusión de que, aunque no existe una forma ideal de dividir el trabajo entre las autoridades encargadas de la competencia y los demás órganos de regulación, es posible establecer directrices y principios que pueden aplicarse de manera general a la mayoría de los sectores y países.

ÍNDICE

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
PREFACIO	1 - 2	4
I. INTRODUCCIÓN.....	3 - 6	4
II. PANORAMA GENERAL DE LAS EXPERIENCIAS NACIONALES.....	7 - 10	6
III. PANORAMA GENERAL DE LOS CRITERIOS REGIONALES	11 - 18	11
IV. OBSERVACIONES FINALES.....	19 - 22	15

PREFACIO

1. En su quinto período de sesiones, celebrado del 2 al 4 de julio de 2003, el Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia pidió a la secretaría de la UNCTAD que preparase un estudio, que sería examinado en el sexto período de sesiones, sobre las prácticas óptimas para definir las respectivas funciones y resolver los asuntos que impliquen medidas conjuntas de las autoridades encargadas de la competencia y los órganos de regulación. La versión original del presente documento fue examinado por el Grupo Intergubernamental de Expertos en su sexto período de sesiones, celebrado en noviembre de 2004. Se ha revisado para tener en cuenta las observaciones recibidas de los Estados miembros.

2. El presente estudio analiza los enfoques que los distintos países aplican actualmente para ordenar la relación entre las autoridades y los órganos de regulación de la competencia así como las medidas adoptadas conjuntamente por ambos. El principal tema del estudio son los marcos de regulación nacional; no obstante, puesto que éstos, con inclusión de la competencia, son cada vez más a menudo objeto de acuerdos regionales, el estudio ofrece también una visión de la experiencia regional y examina las enseñanzas que pueden extraerse de ella.

I. INTRODUCCIÓN

3. La participación del sector privado en los sectores importantes de un país permite aumentar las oportunidades de competir y el fomento de la competencia. Como consecuencia de los avances tecnológicos, los sectores tradicionales convergen con otros sectores y es preciso revisar el concepto de monopolio natural. Sin embargo, pese a estos avances, se ha demostrado que un grado razonable de intervención estatal resulta beneficioso, sin perjuicio del derecho de la competencia. Algunas esferas de la economía siguen siendo susceptibles a los fallos del mercado y el papel del órgano regulador sectorial sigue siendo importante. De hecho, en muchos países 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.

4. En este contexto, aunque un órgano regulador sectorial y una autoridad encargada de la competencia tienen distintos mandatos legislativos, emplean distintos enfoques y tienen diferentes perspectivas (véase el cuadro 1), pueden tener objetivos comunes y desempeñar funciones complementarias para la promoción de mercados competitivos y la salvaguardia del bienestar de los consumidores.

Cuadro 1

**Características institucionales de los reguladores sectoriales
 y las autoridades encargadas de la competencia**

	Órgano regulador sectorial	Autoridad encargada de la competencia
A. Mandato	Sustituir la falta de competencia; diversos objetivos socioeconómicos	Proteger y mejorar el proceso de competencia; prestar especial atención a los objetivos de eficiencia y bienestar del consumidor
B. Enfoque	<ul style="list-style-type: none"> - Atenuar los efectos de la posición dominante ejercida por los monopolios naturales o de red - Imponer y observar condiciones de comportamiento - Enfoque prescriptivo <i>ex-ante</i> - Intervenciones frecuentes que exigen un flujo continuo de información 	<ul style="list-style-type: none"> - Prevenir y castigar toda conducta anticompetitiva - Imponer medidas estructurales (y de comportamiento) - Observancia <i>ex-post</i> (excepto en el caso del examen de fusiones) - Recopilación de información en caso de investigación; mayor dependencia de las reclamaciones

Fuente: Adaptado de OCDE, *Relationship between regulators and competition authorities*. 1999. DAFPE/CLP(99)8.

5. Pese a tener un objetivo común, pueden surgir fricciones entre los órganos reguladores sectoriales y la autoridad encargada de la competencia debido a las diferencias en la jerarquización de los objetivos y los métodos utilizados. Además, la jurisdicción en determinadas esferas no siempre está bien delimitada y puede plantear algunos problemas, cuya resolución corresponderá por lo general al órgano o la autoridad que sea considerado más eficaz en el problema concreto objeto de examen. En principio, basándose en la clasificación de las tareas típicamente asignadas a los reguladores sectoriales y las autoridades encargadas de la competencia (véase el recuadro 1), podría parecer lógico que los primeros se limitaran a actuar en la esfera de la regulación económica y técnica y que se asignase a la segunda la protección de la competencia. Sin embargo, a menudo es difícil establecer la diferencia entre la regulación económica y técnica y la regulación de la competencia. Por ejemplo, en el sector de las telecomunicaciones, las decisiones técnicas relativas al uso del espectro y las consiguientes decisiones sobre licencias afectan enormemente al grado de competencia del sector. La autoridad encargada de la competencia y el órgano regulador sectorial tienen cierto grado de capacidad para establecer y aplicar condiciones de acceso razonables.

6. También se producen conflictos de jurisdicción como resultado de las ambigüedades que se plantean en la legislación para determinar si la reglamentación sectorial o la legislación sobre la competencia tienen prioridad en la materia. En muchos casos, los órganos de regulación

sectorial se crearon antes que la autoridad encargada de la competencia y se les confirieron responsabilidades en cuestiones relacionadas con la competencia en sus respectivos sectores. Incluso cuando se han creado recientemente nuevos órganos reguladores sectoriales, por ejemplo, tras la desregulación y privatización, los países han decidido asignarles responsabilidades en aquel ámbito como forma de infundir y difundir los principios de la competencia en el régimen de regulación sectorial, favoreciendo de ese modo una aplicación consistente de la política de competencia en toda la economía.

Recuadro 1

Tareas regulatorias

- **Protección de la competencia:** controlar la conducta anticompetitiva y las fusiones;
- **Regulación del acceso:** asegurar el acceso no discriminatorio a los insumos necesarios, en especial a la infraestructura de redes;
- **Regulación económica:** adoptar medidas para controlar los precios monopolísticos;
- **Regulación técnica:** establecer y supervisar las normas para garantizar la compatibilidad y solucionar las cuestiones relacionadas con la confidencialidad, la seguridad y el medio ambiente.

Fuente: OCDE, *Relationship between regulators and competition authorities*, 1999. DAFPE/CLP(99)8.

II. PANORAMA GENERAL DE LAS EXPERIENCIAS NACIONALES

7. Las autoridades encargadas de la competencia y los órganos reguladores sectoriales pueden coexistir en diversas condiciones. Los países han elegido distintos enfoques para garantizar la coordinación y la coherencia normativa entre los órganos reguladores y la autoridad encargada de la competencia (véase el cuadro 2). Estos enfoques pueden clasificarse de manera general en cinco tipos:

- I. Combinar la regulación técnica y económica en un órgano sectorial, dejando la aplicación de las normas sobre la competencia exclusivamente en manos de la autoridad correspondiente;
- II. Combinar la regulación técnica y económica en un órgano sectorial, confiriéndole algunas o todas las funciones de aplicación de la legislación sobre la competencia;

- III. Combinar la regulación técnica y económica en un órgano sectorial, confiriéndole funciones de aplicación de la legislación sobre la competencia que han de realizarse en colaboración con la autoridad correspondiente;
- IV. Organizar la regulación técnica como función independiente del órgano sectorial e incluir la regulación económica en las funciones de la autoridad encargada de la competencia; y
- V. Depender únicamente de la autoridad encargada de la competencia para la aplicación de la ley en la materia.

8. Según el análisis realizado por la OCDE¹ de los diversos marcos establecidos en los Estados miembros de esa organización, no existe una forma ideal de dividir el trabajo entre los órganos reguladores sectoriales y las autoridades encargadas de la competencia. Esta división puede verse afectada por una amplia gama de factores, como el contexto socioeconómico y el sistema jurídico. Las características del sector regulado son también un factor importante en la elección del marco regulador, de tal modo que dentro de un país puede utilizarse más de un enfoque, según la industria o el sector. De acuerdo con la secretaría de la OCDE, la relación ideal entre las autoridades encargadas de la competencia y los órganos reguladores sectoriales se basa en un gobierno central que promueva un amplio examen de los reglamentos existentes con un enfoque favorable a la competencia, de manera que tanto las autoridades como los órganos mencionados comportan una "cultura de la competencia"².

Cuadro 2

Enfoque nacional de la regulación y la competencia del sector

País	Tipo	Observaciones
Australia	IV, V	El papel regulador de la Comisión para la Competencia y el Consumidor de Australia abarca la regulación del acceso, la regulación del precio de los servicios públicos y otras tareas de regulación. Australia ha favorecido la regulación general en vez de sectorial, pero cuando existen órganos reguladores estatales, éstos tienen responsabilidades técnicas y económicas en diversos sectores y colaboran estrechamente con la Comisión.

¹ OCDE, *Relationship between regulators and competition authorities*, 1999. DAF/CLP (99)8. La OCDE abordó recientemente la cuestión de su Quinto Foro Mundial, cuyos documentos pueden consultarse en: http://www.oecd.org/document/55/0,2340,en_2649_37463_34255159_1_1_1_37463,00.html.

² OCDE, *The relationship between competition authorities and sectoral regulators*, 2005. DAF/COMP/GF (2005)2.

País	Tipo	Observaciones
Brasil	I	La Ley de la competencia se aplica plenamente a los sectores regulados y las autoridades en la materia se ocupan de su observancia en colaboración con los órganos reguladores sectoriales.
Canadá	II, III	No existe una separación formal de jurisdicción. Los conflictos normativos posibles o aparentes se resuelven mediante el recurso a la doctrina de la "conducta regulada". Un segundo sistema ha sido la firma de un Memorando de Entendimiento entre la autoridad encargada de la competencia y el órgano regulador sectorial en el que se establecen de manera efectiva las funciones respectivas de esas entidades. Sin embargo, este enfoque no ha resultado ser una solución duradera en el caso del Memorando de Entendimiento firmado con la Comisión Canadiense de Radiotelevisión, ya que con el cambio de dirección se ha dejado de aplicar el Memorando.
Estados Unidos de América	I, II	La división de tareas en los asuntos relativos a la competencia dentro de una industria difiere según el sector; algunas conductas están exentas de la aplicación de la legislación antimonopolio. Determinados tipos de conducta se evalúan tan sólo según la legislación antimonopolio y para otros tipos de conducta los órganos antimonopolio y los órganos reguladores comparten la jurisdicción. Los órganos reguladores sectoriales se crearon con unos objetivos que van más allá de la protección de la competencia, aunque los órganos reguladores de la industria y las autoridades encargadas de la competencia colaboran cada vez más para proteger y fomentar la competencia. Los órganos antimonopolio también desempeñan una importante función de promoción de la competencia en lo que respecta a la regulación sectorial.
Francia	II, III	El mandato de los órganos reguladores de algunos sectores va más allá del fomento de la competencia y da lugar a una superposición sin separación formal de jurisdicción. En general, especialmente cuando se plantea la cuestión del <i>servicio público</i> ³ , el Consejo de Estado o el Ministro de Economía, Hacienda e Industria resuelven cada caso individualmente y el Consejo de la Competencia desempeña una función de promoción. El Ministro toma las decisiones sobre las fusiones y adquisiciones, que quedan fuera de la jurisdicción del Consejo de la Competencia. En caso de contradicción, la legislación sobre la competencia establece que por lo general primarán las otras leyes y reglamentos.
Indonesia	I, II	El órgano regulador de las telecomunicaciones, Badan Regulasi Telekomunikasi (BRTI) está encargado de regular las normas de calidad del servicio, concesión de licencias, gastos de interconexión y competencia en el sector. Además, la autoridad encargada de la

³ Interés general (público).

País	Tipo	Observaciones
		competencia tiene una función de promoción, que abarca la formulación de recomendaciones y opiniones sobre la regulación del sector (con inclusión de la formulación de recomendaciones y opiniones sobre otros sectores, tales como el del transporte aéreo y terrestre, la industria farmacéutica, etc.) pertinentes para la libre competencia.
Kenya	II	La autoridad encargada de la competencia no tiene jurisdicción sobre los sectores regulados ni funciones de promoción. No obstante, los órganos reguladores sectoriales colaboran cada vez más con la autoridad encargada de la competencia, aunque no tienen obligación de hacerlo.
Malawi	II	La legislación sobre la competencia no exime a los sectores regulados. Los órganos de regulación tienen el mandato de promover la eficiencia y la competencia. La separación de las jurisdicciones y la aclaración de las funciones respectivas de los organismos puede representar un problema cuando se aplique la legislación sobre la competencia (aunque esa legislación existe desde 1998, aún no se ha aplicado).
Mauricio	II	Algunos órganos reguladores sectoriales tienen jurisdicción en materia de competencia.
Namibia	III	La Ley de la competencia de 2003 copia el modelo de Sudáfrica.
Nueva Zelandia	V	Nueva Zelandia tiene una política de regulación "ligera" y cuenta con una ley de la competencia genérica. No obstante, en los últimos años se ha cuestionado este enfoque.
Portugal	III	Los órganos de regulación sectorial tienen jurisdicción en materia de competencia, y éstos y la autoridad encargada de la competencia han de colaborar en las cuestiones que se planteen en ese ámbito. No existen disposiciones específicas en caso de conflicto.
Reino Unido	III	Los órganos reguladores sectoriales tienen jurisdicciones concurrentes. El reglamento sobre la concurrencia de 2000 explica el procedimiento por el que se decide cuál es la autoridad más adecuada para ocuparse de un caso y el procedimiento para la solución de diferencias.
República de Corea	I, III, IV	Como consecuencia de la reforma regulatoria, la República de Corea avanza hacia el tipo III; no obstante, en algunos casos se aplican los tipos II y I.
República Unida de Tanzania	I	El artículo 96 de la Ley de la competencia leal de 2003 excluye la conducta prevista en la legislación del sector (la legislación se especifica en la ley).
Sudáfrica	III	Los órganos reguladores sectoriales tienen jurisdicción concurrente. Sin embargo, la Ley de la competencia no queda explícitamente supeditada a otra reglamentación ni establece explícitamente que prima sobre ella. La autoridad encargada de la competencia ha de negociar acuerdos con los órganos reguladores sectoriales para coordinar el ejercicio de la jurisdicción sobre cuestiones de la

País	Tipo	Observaciones
		competencia en los sectores regulados (cuando el órgano regulador tiene un mandato explícito sobre cuestiones de la competencia en su sector, es decir, que esto no supone un acuerdo con cada órgano regulador sectorial). Actualmente, la autoridad encargada de la competencia tiene acuerdos con los órganos reguladores de la radiodifusión y la electricidad, y en virtud de esos acuerdos es la principal investigadora en cuestiones de superposición de jurisdicciones. La autoridad encargada de la competencia desempeña también una función de promoción.
Zambia	II	Los órganos reguladores sectoriales tienen jurisdicción concurrente (poderes equivalentes). La autoridad encargada de la competencia ejerce también una función de promoción. No existe un sistema formal para la solución de las diferencias.
Zimbabwe	I, II	La Ley de la competencia da prioridad a la autoridad en la materia en las cuestiones relacionadas con la competencia de los sectores regulados. El artículo 3 de la ley exige que los órganos reguladores sectoriales soliciten la autorización de esa autoridad en todos los casos de fusión en los sectores regulados.

9. En la mayoría de los países no es raro que la conducta resultante de la aplicación de otras leyes o reglamentaciones quede excluida de la aplicación de las leyes sobre la competencia⁴. A menudo se entiende que es así incluso cuando la legislación nacional sobre la competencia no incluye una exclusión concreta a tal efecto o afirma que se aplica sin excepciones a toda la economía. La mayoría de las jurisdicciones en general pueden aplicar su legislación sobre la competencia dentro de estos límites, lo que con frecuencia implica que las facultades de la autoridad encargada de la competencia y del órgano regulador no son claras o que existe un vacío normativo. Algunos factores, como el hecho de que los sectores, regulados o no, hayan sido objeto de reformas; la magnitud de dichas reformas; el hecho de que hayan aparecido o no los conflictos potenciales al aplicarse la legislación sobre la competencia a los sectores regulados y, en su caso, si los conflictos han sido lo suficientemente serios como para adoptar medidas, al parecer pueden hacer surgir en los países la idea de separar formalmente las jurisdicciones o resolver de cualquier otra manera la aparente superposición entre ellas, por ejemplo creando normas específicas para cada sector dentro de la legislación sobre la competencia. En el caso de Sudáfrica, por ejemplo, cuando las empresas de los sectores de la banca y la agricultura cuestionaron la jurisdicción de la autoridad encargada de la competencia en un intento de escapar a su supervisión y los tribunales comenzaron a interpretar que la frase de la Ley de la competencia de 1998 que excluía "los actos sujetos a otra legislación o autorizados por ella" quería decir que las empresas de los sectores regulados quedaban fuera del alcance de la ley, ésta se modificó en 2000 para crear jurisdicciones concurrentes en los casos en que se aplica a

⁴ Si se desean conocer algunos ejemplos de exclusión en los Estados miembros de la OCDE, véase *OECD, Coverage of competition laws: illustrative examples of exclusions*, 2003. COM/DAFFE/TD(2003)6/FINAL.

las cuestiones de la competencia otro sistema de regulación (véase el cuadro 2). En el Canadá, cuando los efectos de la liberalización y de una mayor competencia paralizaron una de las dos líneas aéreas más importantes del país y tuvieron como consecuencia la aprobación de un casi monopolio, las restricciones legislativas a la propiedad extranjera limitaron enormemente las posibilidades de reparación. Fue necesario elaborar normas sectoriales específicas para resolver la consiguiente posición dominante. No siempre se puede prever este tipo de problemas, pero parece ser que en muchos países las cuestiones más espinosas en este contexto surgen en el sector bancario, en la aviación comercial y en la agricultura, por lo que podría ser necesario prestar más atención a estos aspectos, en particular en los países en desarrollo que todavía no han comenzado o sólo ahora comienzan a aplicar leyes sobre la competencia.

10. Al tratar de definir las funciones correspondientes a las autoridades encargadas de la competencia y a los órganos de regulación, la mayoría de los países han reconocido que, en la aplicación de sus respectivos mandatos, estos dos grupos debían trabajar en estrecha colaboración y velar por la compatibilidad de sus políticas. Un elemento clave de esta cooperación es el intercambio oportuno de información y la consulta previa entre los órganos de regulación sectoriales y las autoridades encargadas de la competencia en todo lo atinente a sus respectivos ámbitos de especialización. En muchos casos se han creado foros de órganos de regulación a través de los cuales los órganos sectoriales y la autoridad encargada de la competencia se mantienen en contacto permanente y fortalecen y consolidan su cooperación y coordinación. En algunos casos, la autoridad encargada de la competencia ha firmado memorandos de entendimiento con otros órganos de regulación en los cuales suele establecerse la relación que existirá entre ambos respecto de las cuestiones que exigen medidas conjuntas. Sudáfrica⁵ y el Canadá, por ejemplo, han utilizado este sistema. Sin embargo, en otros países, como Zimbabwe, la Ley de la competencia dice simplemente:

"Cuando un órgano creado por ley con el mandato de reglamentar las actividades de cualquier persona o clase de personas autoriza una fusión entre dos o más de esas personas, dicho órgano, a menos que la ley por la que fue creado disponga otra cosa, solicitará a la Comisión de acuerdo con esa ley la autorización definitiva para llevar a cabo la fusión" (enmienda del artículo 3 de la Ley N° 7 de 1996).

En Croacia, la coordinación con otros órganos de regulación abarca también la cooperación con la facultad de derecho de la universidad local. Este tipo de cooperación puede ser muy útil para los países en desarrollo donde escasean los profesionales en los ámbitos jurídico y económico. Las funciones de promoción de la competencia de las autoridades en la materia también son un medio poderoso y eficaz para facilitar la coordinación y coherencia normativas entre dicha autoridad y otros órganos de regulación. En algunos lugares en que la autoridad es el departamento de un ministerio, puede ser necesario velar por que tenga las facultades necesarias para asesorar a otros organismos públicos sobre sus programas legislativos y reguladores.

⁵ Los Memorandos de Acuerdo entre la autoridad encargada de la competencia de Sudáfrica y los órganos de regulación sectoriales pueden consultarse en el sitio web www.compcom.co.za.

III. PANORAMA GENERAL DE LOS CRITERIOS REGIONALES

11. La relación entre la competencia y otras reglamentaciones⁶ también se plantea a nivel de las agrupaciones económicas regionales e internacionales; una de sus dimensiones es el efecto de dicha relación en el comercio entre los países miembros. Es cada vez más común que los acuerdos comerciales regionales incluyan disposiciones sobre la competencia que hacen referencia a las entidades de regulación o las empresas públicas. Además de la regulación directa, los gobiernos también tratan de alcanzar diversos objetivos sociales y de política industrial superpuestos mediante la fijación de normas y el uso de incentivos fiscales e impuestos. Puesto que la regulación directa e indirecta puede utilizarse para alcanzar objetivos proteccionistas, en los acuerdos comerciales regionales también se determina a menudo qué puede o no considerarse un incentivo adecuado o una ayuda estatal. Con frecuencia, pero no siempre, los objetivos del libre comercio y la competencia son complementarios⁷. De hecho, en el contexto del libre comercio, la política de la competencia se relaciona íntimamente con los pilares normativos de la liberalización, la desregularización y la privatización. Las disposiciones regionales suelen dar prioridad al objetivo de promover la eficiencia económica y las condiciones favorables para la inversión extranjera y por ello los debates giran en torno al acceso a los mercados y otros derechos de los inversores. Con frecuencia dan impulso a la reforma del marco normativo, en particular en el ámbito de los servicios públicos y los monopolios. Aunque dichas reformas puedan llevar mucho retraso y sean muy necesarias, la integración regional también puede restringir la capacidad de los gobiernos de trabajar por la regulación de los servicios de interés público y la elaboración de políticas industriales -en particular en las economías en desarrollo en que los objetivos de la regulación sectorial tradicionalmente comprenden objetivos socioeconómicos más amplios y no la simple eficiencia económica -ya que su fin es asegurar el acceso a los mercados⁸.

12. El alcance de las disposiciones de los acuerdos regionales va desde el establecimiento de reglamentaciones supranacionales y la armonización de la legislación y las prácticas internas hasta la adopción de principios rectores comunes y el estímulo de la cooperación entre las autoridades nacionales. Si bien intentan minimizar el alcance de la regulación interna, diversos acuerdos reconocen también el derecho soberano de sus miembros a alcanzar objetivos de regulación siempre que se cumplan determinadas condiciones. En ese contexto, y reconociendo el caso especial de los monopolios naturales, algunos de los acuerdos también contienen exclusiones concretas.

⁶ Incluidas la propiedad intelectual y las normas.

⁷ Por ejemplo, una práctica puede obstaculizar el acceso al mercado sin producir un efecto negativo discernible sobre la competencia en general en el mercado de que se trate.

⁸ Es interesante señalar que en Francia, donde la tradición del *service public* sigue siendo una prioridad y la liberalización se ejecuta con cautela, la introducción de la competencia en el sector de la electricidad se precipitó por las ambiciones del monopolio estatal entonces integrado de expandirse a otros países de Europa. Otros países europeos preferían prohibir las adquisiciones o actividades de empresas vinculadas a Estados que negaban la reciprocidad en el acceso a los mercados o las oportunidades de inversión.

13. Por ejemplo, la Unión Europea tiene exclusiones relacionadas con los ferrocarriles, las carreteras y los cursos de agua internos, el transporte marítimo y el transporte aéreo. Asimismo, se trata de manera diferente a algunas empresas a las que se ha confiado la prestación de servicios de interés económico general o que son monopolios lucrativos. Sin embargo, estas exclusiones se aplican sólo en la medida en que no tengan un efecto contrario a los intereses de la Comunidad Europea, y la Comisión Europea ha promovido activamente la reforma del marco normativo de los Estados miembros y aplicado las disposiciones en materia de competencia a las acciones públicas. La política de la Unión Europea en materia de competencia es sobre todo un instrumento para eliminar las fronteras nacionales entre los Estados miembros y completar la unificación del mercado común; de ahí la necesidad de controlar la conducta de los agentes públicos y privados que no favorezca la competencia. El sistema da cabida a las políticas de competencia de los Estados miembros siempre y cuando no interfieran con la aplicación de la respectiva ley a nivel comunitario.

14. Las disposiciones del TLCAN⁹ exigen que los miembros adopten medidas para prohibir las prácticas económicas contrarias a la competencia, pero no establecen normas que deban incorporarse en la legislación interna sino que, por el contrario, se destaca la importancia de la cooperación para aplicar las normas sobre la competencia. Las disposiciones del TLCAN también reconocen el derecho de los gobiernos a establecer monopolios o empresas estatales, pero al mismo tiempo procuran que no se obstaculice indebidamente el libre flujo del comercio fijando disciplinas para las actividades de esas entidades basadas en el principio de la no discriminación en la compraventa de los bienes de los que tienen el monopolio (arts. 1502 a 1503). No obstante, hay cierta controversia sobre si las disposiciones del capítulo del TLCAN sobre la inversión¹⁰ tienen un efecto negativo sobre la capacidad de un país de adoptar medidas de regulación que sean de interés público. A diferencia del caso de las disposiciones de la Unión Europea, los miembros del TLCAN no se han comprometido a elaborar ningún tipo de ley supranacional sobre la competencia y las obligaciones relativas a la legislación nacional sobre esta materia quedan fuera del alcance del mecanismo de solución de diferencias del TLCAN.

15. El Protocolo de Defensa de la Competencia del Mercosur (también conocido como "Protocolo de Fortaleza") insta a los países miembros a que procuren armonizar sus leyes y enfoques respecto de la interrelación entre las políticas en materia de competencia y otras acciones de los gobiernos, y propone un programa para la supervisión de los agentes privados

⁹ Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Sus miembros son el Canadá, los Estados Unidos de América y México.

¹⁰ Las disposiciones contenidas en el artículo 1110 dan a los inversores el derecho a reclamar una indemnización a los gobiernos cuando sus inversiones sufran pérdidas como resultado de medidas reglamentarias de confiscación. Hasta la fecha los inversores han iniciado procesos en virtud del capítulo del TLCAN sobre la inversión en diversos sectores, en particular el medio ambiente, la regulación del tabaco, las licencias farmacéuticas y los ingredientes de los plaguicidas. Por ejemplo, el caso *Metalclad c. México* (medio ambiente) fue objeto de una gran polémica pública.

en el mercado, así como de las políticas oficiales que puedan tener efectos contrarios a la competencia y de distorsión del comercio.

16. El Acuerdo Comercial de Relaciones Económicas Más Estrechas entre Australia y Nueva Zelanda (ANZCERTA; popularmente conocido con el nombre de CER) ha llevado a adoptar políticas comunes en materia de competencia a nivel regional y demuestra el grado de convergencia de las condiciones de la competencia en los mercados internos de los dos países como resultado de una profunda integración económica, pero, a diferencia de la Unión Europea, con escasa integración política¹¹.

17. El acuerdo de la Unión Económica y Monetaria del África Occidental¹² crea una autoridad supranacional cuya jurisdicción se extiende a las empresas públicas y a las políticas estatales que puedan tener efectos de distorsión del comercio o ser perjudiciales para la competencia¹³. El proyecto de normas sobre la competencia del MECAFMO¹⁴ se aplicará a todas las actividades económicas, ya sean públicas o privadas, y tendrá jurisdicción primaria sobre las industrias o los sectores que corresponden al ámbito de competencia de una entidad regulatoria separada. Crean una autoridad supranacional cuya responsabilidad es fomentar la competencia dentro del Mercado Común. Asimismo, la política en materia de competencia de la CARICOM¹⁵ contempla el trato supranacional de los casos con una dimensión regional, mientras que el Protocolo VII sobre política de la competencia, protección del consumidor, *dumping* y subsidios

¹¹ Las leyes sobre la competencia de Australia y Nueva Zelanda, si bien están armonizadas, no son idénticas; sin embargo, el CER es el ejemplo más exhaustivo de armonización y es el único que prevé el abandono de las limitaciones territoriales para permitir que una parte inicie acciones en el territorio de la otra parte, reduciéndose de tal manera el obstáculo de pasar de una jurisdicción a otra a los fines de la investigación y el procesamiento. En julio de 2004, después de 21 años de existencia del CER, los dos países anunciaron que habían encargado un estudio en el que, entre otras cosas, se examinaría la posibilidad de promulgar leyes comunes y crear un único órgano ejecutivo.

¹² Sus miembros son Benin, Burkina Faso, Côte d'Ivoire, Guinea-Bissau, Malí, el Níger, el Senegal y el Togo.

¹³ Los Estados miembros pueden pedir a la Comisión de la Unión Económica y Monetaria del África Occidental la exención de las disposiciones sobre la competencia cuya aplicación sería contraria a sus objetivos de interés público.

¹⁴ Mercado Común del África Meridional y Oriental. Los miembros son Angola, Burundi, las Comoras, Djibouti, Egipto, Eritrea, Etiopía, Kenya, Madagascar, Malawi, Mauricio, Namibia, la República Democrática del Congo, Rwanda, Seychelles, el Sudán, Swazilandia, Uganda, Zambia y Zimbabwe.

¹⁵ Comunidad del Caribe. Los países miembros son Antigua y Barbuda, las Bahamas, Barbados, Belice, Dominica, Granada, Guyana, Haití, Jamaica, Montserrat, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Suriname y Trinidad y Tabago. Anguila, Bermuda, las Islas Caimán, las Islas Turcos y Caicos y las Islas Vírgenes Británicas son miembros asociados.

tiene por fin controlar las medidas contrarias a la competencia de los sectores público y privado. Todos estos acuerdos regionales sobre la competencia al parecer se han basado en el criterio de la Unión Europea que da cabida a las políticas en materia de competencia de los Estados miembros y según el cual la ley en la materia es uno de los principales instrumentos de integración económica.

18. Los países de la CEAP¹⁶ han elaborado normas basadas en los principios de no discriminación, globalidad, transparencia y responsabilidad. Los Principios de la CEAP para fomentar la política de la competencia y la reforma reguladora son voluntarios y no vinculantes y hacen hincapié en la cooperación para la defensa de la competencia. Reconocen que las políticas y la regulación en los países miembros pueden tener objetivos diferentes de la promoción de la competencia y que puede ser necesario hacer exenciones y excepciones en un marco reglamentario impulsado por la competencia.

IV. OBSERVACIONES FINALES

19. A nivel interno, diversos factores -entre los cuales tienen gran relevancia la historia, los marcos jurídicos y constitucionales y las instituciones tradicionales influirán en las decisiones de los gobiernos al definir las funciones de las autoridades encargadas de la competencia y los órganos reguladores y al abordar la cuestión de las acciones conjuntas de ambos cuando surge la necesidad. El artículo 7 de la ley tipo de la UNCTAD sobre la relación entre las autoridades encargadas de la competencia y los órganos reguladores, incluidos los órganos sectoriales, sirve de inspiración para los gobiernos que se enfrentan a esta cuestión. En la ley tipo se establece que las autoridades en asuntos de la competencia deben evaluar los obstáculos reglamentarios a la competencia incluidos en las normas económicas y administrativas existentes desde una perspectiva económica, en particular por razones de interés general. Se establece también que las obligaciones relativas al interés general, que corresponden al ámbito social y económico, deben consignarse de forma transparente.

20. Diferentes países aplicarán diferentes criterios según sus circunstancias particulares, ya que no puede pretenderse que un enfoque que sirve para un país (o un sector) pueda imponerse a otro. Las fuerzas poderosas que dan forma a la competencia y a los sistemas reguladores de los países a menudo son propias de esos países únicamente y las diferencias nacionales constituyen un obstáculo importante para la armonización. No obstante, la OCDE ha señalado una serie de generalizaciones (véase el recuadro 2) que previsiblemente se aplicarían a la mayoría de los sectores y los países.

¹⁶ Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico. Las economías que lo integran son Australia, Brunei Darussalam, el Canadá, Chile, los Estados Unidos, la Federación de Rusia, Filipinas, Hong Kong (China), Indonesia, el Japón, Malasia, México, Nueva Zelandia, Papua Nueva Guinea, el Perú, la Provincia china de Taiwán (que en el APEC se denomina Taipei Chino), la República de Corea, la República Popular China, Singapur, Tailandia y Viet Nam.

21. Uno de los principios rectores fundamentales que aparecen en todas las generalizaciones que figuran en el recuadro 2 es el principio de subsidiariedad, que en este contexto sostiene que toda forma particular de regulación debe efectuarse en un nivel de gobernanza compatible con la eficacia reguladora. Otros principios que se puede considerar que facilitan esta aplicación de la subsidiariedad son los que sirven para garantizar el acceso a la información necesaria para adoptar decisiones sensatas (transparencia); la participación de todas las partes que pueden resultar afectadas por una regulación (procedimiento reglamentario; por ejemplo, promoción de la competencia); y la eliminación de los costos innecesarios que puede traer aparejados una regulación excesiva o ineficaz (proporcionalidad).

22. Estos principios se aplican igualmente a nivel regional, en cuyo caso el principio de subsidiariedad debe mantener la regulación en un nivel de gobernanza compatible con la eficacia reguladora que tenga en cuenta el equilibrio adecuado de la eficiencia económica, los objetivos sociales y la legitimidad política¹⁷.

Recuadro 2

Observaciones de la secretaría de la OCDE sobre la distribución de tareas de promoción de la competencia entre las autoridades en la materia y los órganos reguladores

1. No siempre será necesario recurrir a la regulación económica para solucionar problemas debidos a una presunta posición dominante en el mercado porque esa posición puede ser demasiado transitoria como para preocuparse por ella o porque una regulación ligera puede ser el enfoque más idóneo.
2. La regulación técnica probablemente no encaje en los organismos encargados de la competencia.
3. Puesto que la combinación de la regulación económica y la regulación técnica presenta algunas ventajas, la primera de ellas probablemente no debería organizarse

¹⁷ Imponer los mismos objetivos a personas que si tuvieran la posibilidad optarían por otros diferentes crea un costo político y debilita la comprensión pública de las cuestiones en juego y la aceptación pública de los resultados. Además, aunque la adaptación de las reglamentaciones a las diferentes circunstancias es en cierto grado posible, resulta cada vez más difícil a medida que aumentan el número de países abarcado y las variaciones de las condiciones observadas en cada país (véase G. Feketekuty, *The role of regional and global institutions in international regulatory integration*, documento presentado en la conferencia "Hacia la rivalidad en el regionalismo: políticas de integración regional de los Estados Unidos y la Unión Europea y el riesgo de una fisura normativa transatlántica", celebrada en Ebenhausen (Alemania) del 4 al 6 de julio de 1996). Esto probablemente explica por qué los ejemplos más positivos y benéficos de convergencia en la regulación son generalmente aquellos en que la integración económica está más avanzada o las condiciones económicas no son demasiado diferentes.

como función independiente.

4. En vista de lo que se ha dicho sobre la regulación técnica y económica, al parecer hay tres opciones prácticas:
 - Combinar la regulación técnica y la económica en un órgano regulador específico para cada sector y dejar la aplicación del derecho de la competencia totalmente en manos de la autoridad correspondiente.
 - Organizar la regulación técnica como función independiente e incluir la regulación económica en las actividades de la autoridad encargada de la competencia.
 - Combinar la regulación técnica y la económica en el mandato de un órgano regulador específico para cada sector y encargarle también la aplicación total o parcial del derecho de la competencia.
5. Separar la aplicación del derecho de la competencia de la regulación significa sacrificar algunas sinergias y adoptar medidas para que las empresas no sean objeto de demandas incoherentes, pero también sirve para garantizar que ambas políticas sean administradas por organismos que las entiendan plenamente y que tengan culturas adecuadas para su aplicación.
6. Si se decide combinar la aplicación de la legislación sobre la competencia con la regulación económica, debe prestarse mucha atención a las diferentes maneras en que las autoridades encargadas de la competencia y los órganos reguladores desempeñan sus funciones principales porque esto podría tener una profunda influencia sobre la forma en que llevarían a cabo su mandato combinado.
7. En los sectores en que se prevé una evolución razonablemente rápida hacia la competitividad (es decir, los sectores en transición), si se ha decidido combinar la regulación económica con la aplicación del derecho de la competencia, quizás sería mejor asignar esta función a la autoridad y no a un órgano regulador específico de un sector.
8. En el caso de los sectores que no están en transición, si se ha decidido combinar la regulación económica con la responsabilidad de garantizar un acceso no discriminatorio a los insumos necesarios, probablemente sería mejor que la función recayese sobre el órgano regulador y no sobre la autoridad encargada de la competencia.
9. Dado que las autoridades encargadas de la competencia al parecer tienen una ventaja comparativa sobre los órganos reguladores cuando se trata de impedir la aparición de conductas prohibidas contrarias a la competencia y examinar las fusiones, dichas autoridades deben tener jurisdicción exclusiva en esos ámbitos, o por lo menos tener una jurisdicción concurrente con el órgano regulador.

10. Al parecer hay buenas razones para organizar a los órganos reguladores como organismos generales y no organismos sectoriales específicos (además, algunas de las diferencias funcionales que se cree que existirían entre las autoridades encargadas de la competencia y los órganos reguladores probablemente desaparecerían si estos últimos tuvieran un carácter general en vez de sectorial).
11. La regulación económica, y en particular la que se aplica a los mercados en proceso de liberalización, debe estar sujeta a caducidad y no se debe renovar a menos que la autoridad encargada de la competencia considere justificada la medida porque aún existe una situación de posición dominante en el mercado; también cabe contemplar la posibilidad de exigir la no injerencia del órgano de regulación en los mercados competitivos y también en este caso la autoridad encargada de la competencia podría muy bien participar en dicha determinación.

Fuente: OCDE, *Relationship between regulators and competition authorities*, 1999.
DAFFE/CLP(99)8.
