



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

Distr. limitada
17 de mayo de 2017
Español
Original: inglés

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

16º período de sesiones

Ginebra, 5 a 7 de julio de 2017

Tema 3 del programa provisional

**Programa de trabajo, incluidas las actividades de fomento
de la capacidad y de asistencia técnica en materia de derecho
y política de la competencia**

**Ley Tipo de Defensa de la Competencia (2017) –
Versión revisada del capítulo VII***

* Este es un borrador de la versión revisada del capítulo VII de la Ley Tipo de Defensa de la Competencia (2017), que es una revisión del documento TD/RBP/CONF.7/L.7. El presente documento no ha sido objeto de revisión editorial oficial.



Ley Tipo de Defensa de la Competencia (2017) – Capítulo VII

Relación entre la autoridad de defensa de la competencia y los organismos reguladores, incluidos los sectoriales

I. Función que incumbe a la autoridad de defensa de la competencia en la regulación y reforma del marco normativo

Toda regulación económica y administrativa por parte del poder ejecutivo central o local o de entidades que gozan de delegación gubernamental, especialmente cuando esa regulación se refiera a sectores en que se prestan servicios de infraestructura, debería someterse a un proceso de examen transparente por los organismos de defensa de la competencia antes de aprobarse. Esto tendría sobre todo que ser así cuando la regulación limite la independencia y la libertad de actuación de los agentes económicos, cree condiciones, bien discriminatorias, bien por el contrario favorables para la actividad de determinadas empresas —públicas o privadas— y dé o pueda dar lugar a una restricción de la competencia o vulnere los intereses de compañías o ciudadanos.

En particular, los obstáculos a la competencia que figuren en la regulación económica y administrativa deberían evaluarse por las autoridades de defensa de la competencia desde una perspectiva económica, incluidas las razones de interés general.

II. Definición de regulación

El término “regulación” se refiere a los diversos instrumentos de que se valen los Gobiernos para prescribir normas a empresas y ciudadanos. Abarca, pues, leyes, decretos, reglamentos, órdenes, orientaciones administrativas y normas subsidiarias de todos los niveles de la administración, así como normas de organismos no gubernamentales o profesionales autónomos en los que los Gobiernos hayan delegado facultades de regulación.

III. Definición de obstáculos a la competencia por parte de la regulación

A diferencia de los obstáculos estructurales y estratégicos, los obstáculos regulados a la entrada son el resultado de leyes promulgadas y actos realizados por el poder ejecutivo central o local y por organismos no gubernamentales o autónomos en los que los Gobiernos hayan delegado facultades de regulación. Comprenden los obstáculos administrativos a la entrada en un mercado, derechos exclusivos, certificados, licencias y otros permisos para iniciar actividades empresariales.

IV. Protección del interés general

Con independencia de su naturaleza y de su relación con el mercado, los Gobiernos pueden considerar de interés general algunos servicios suministrados por compañías privadas o públicas. En consecuencia, los proveedores de servicios de interés general pueden estar sometidos a obligaciones específicas, como garantizar el acceso universal a diversos tipos de servicios de calidad a precios razonables. Esas obligaciones, que corresponden a la esfera de la regulación social y económica, deberían establecerse en forma transparente.

Comentarios al capítulo VII y planteamientos alternativos de las legislaciones existentes

Introducción

1. Los marcos de políticas económicas de los países, que reflejan los intereses a menudo contradictorios de los distintos interesados, por lo general son complejos y están en constante evolución debido al carácter dinámico de las economías. El derecho y la política de competencia, que tienen por objetivo reducir al mínimo las ineficiencias económicas

generadas por las conductas contrarias a la competencia, constituyen un importante pilar del marco de políticas de las economías de mercado. Por eso, es natural que estén sometidos a la interdependencia e influencia recíproca que existe entre los distintos elementos del marco de políticas de un país y su traducción en leyes y otros tipos de regulación. En una democracia, en la que el pluralismo de intereses es la norma, siempre existirán tensiones y fricciones entre las distintas políticas económicas y normas conexas, que a su vez influirán en la relación entre los correspondientes organismos que se encargan de su aplicación.

2. Partiendo de esta base, el capítulo VII de la Ley Tipo de Defensa de la Competencia de la UNCTAD está dedicado a la relación entre la autoridad de defensa de la competencia y los organismos reguladores, incluidos los sectoriales, de un país.

Definición de regulación

3. En la Ley Tipo se ha optado por una definición amplia de “regulación” que incluye los diversos instrumentos de que se valen los Gobiernos para prescribir normas a empresas y ciudadanos. Abarca, pues, leyes, decretos, reglamentos, órdenes, orientaciones administrativas y normas subsidiarias de todos los niveles de la administración, así como normas de organismos no gubernamentales o profesionales autónomos en los que los Gobiernos hayan delegado facultades de regulación.

4. Esta amplia definición de la regulación comprende las normas de todo tipo que expresan la relación jerárquica existente entre el Estado y los ciudadanos en las distintas esferas de la vida, y no se limita a los aspectos económicos. En otras palabras, las leyes de defensa de la competencia y las normas aplicables a sectores específicos de la actividad económica de un país están incluidas en la definición de regulación de la Ley Tipo del mismo modo que las leyes penales, el derecho de familia o los estatutos de las universidades, por citar solo un ejemplo de regulación de un organismo autónomo.

5. Aunque todos estos tipos de regulación pueden influir en la competencia, la más importante desde la perspectiva del derecho y las políticas de la competencia es la regulación específica de los agentes económicos. Si bien parte de esta regulación es aplicable a todos los sectores de la actividad económica, por ejemplo algunas disposiciones del derecho fiscal o el derecho de sociedades, merece particular atención la denominada regulación sectorial o para ramas de producción específicas.

Regulación sectorial

6. La regulación sectorial afecta únicamente a sectores concretos de la actividad económica. Tradicionalmente, los sectores en que se prestan servicios de infraestructura, como los de la energía, el agua, las telecomunicaciones y el transporte, están sometidos a una regulación sectorial. En muchos países la regulación de sectores concretos de hecho fue anterior a la aprobación de leyes de defensa de la competencia.

7. Los Gobiernos, tanto de los países desarrollados como de los países en desarrollo o de las economías en transición, atribuyen gran importancia a los sectores en que se prestan servicios de infraestructura por dos motivos.

8. Primero, estos sectores son fundamentales para el buen funcionamiento de la economía de un país, ya que generan insumos para todos los demás sectores de la actividad económica. De ahí que a veces se consideren la espina dorsal de la economía. El alcance de sus actividades y su nivel de eficiencia no solo influyen en la productividad general de un país y en su grado de competitividad, sino que también repercuten en el orden social e incluso en la estabilidad política si los consumidores manifiestan una insatisfacción general. El carácter fundamental de estos sectores hace que, con frecuencia, los proveedores de servicios de infraestructura estén sometidos a obligaciones de servicio público o universal, lo que significa que están obligados a prestar determinados servicios aunque no les resulte rentable hacerlo. A este respecto, el capítulo VII de la Ley Tipo establece, bajo el epígrafe “Protección del interés general”, que “los proveedores de servicios de interés general pueden estar sometidos a obligaciones específicas, como garantizar el acceso universal a

diversos tipos de servicios de calidad a precios razonables. Esas obligaciones, que corresponden a la esfera de la regulación social y económica, deberían establecerse en forma transparente”. Por el mismo motivo, es decir, la protección del interés general, en casi todos los países es tradicional que sea el Estado, directamente o a través de empresas de su propiedad, el que preste estos servicios de infraestructura. Sin embargo, esta situación ha cambiado en algunos países debido a las reformas de privatización y liberalización de los últimos tres decenios.

9. Segundo, los sectores de servicios de infraestructura se caracterizan con frecuencia por la presencia de monopolios naturales, lo que significa que, desde una perspectiva económica general, es más eficiente que solo haya un operador que ofrezca el servicio de infraestructura en cuestión. Casi la totalidad de los servicios de infraestructura son sectores de red que exigen importantes inversiones a todo nuevo operador que desee entrar en el mercado. Por ejemplo, el gasto que significaría duplicar la red de distribución de electricidad o de agua o el sistema de ferrocarriles de un país sería en general tan elevado que representaría un obstáculo insuperable a la entrada en el mercado de distribución correspondiente¹. En consecuencia, los sectores de servicios de infraestructura se caracterizan por el predominio de un pequeño número de empresas ya instaladas. En otras palabras, adolecen por lo general de falta de competencia o de un fallo del mercado.

10. Estas dos características de los sectores en que se prestan servicios de infraestructura hacen que la regulación sectorial pueda tener las siguientes facetas: i) “regulación técnica”, fijando normas y vigilando su cumplimiento para garantizar su compatibilidad teniendo en cuenta la privacidad, la seguridad y la protección del medio ambiente; ii) “regulación del acceso”, garantizando el acceso no discriminatorio a los insumos necesarios, en especial a las infraestructuras de red; iii) “regulación económica”, adoptando medidas basadas en los costes para controlar la fijación monopolística de precios; y iv) “protección de la competencia”, controlando los comportamientos anticompetitivos y las fusiones².

Efecto de la regulación en la competencia

11. Antes de examinar la relación entre las autoridades de defensa de la competencia y los otros organismos reguladores, incluidos los reguladores sectoriales, parece necesario aclarar un poco la interacción entre el derecho y las políticas de la competencia, por un lado, y la regulación, por otro. Aunque sea posible que el derecho y las políticas de la competencia coexistan con la regulación sin que esta última influya en la competencia, en otras situaciones la regulación tiene repercusiones en la competencia, tanto en sentido positivo como en sentido negativo.

Compensación del fallo del mercado

12. Como antes se indicó, las ramas de actividad que están sometidas a una regulación sectorial con frecuencia se caracterizan por ser monopolios naturales y por el fallo del mercado. Por tanto, uno de los principales objetivos de la regulación sectorial será simular el efecto que tendría la competencia en estos sectores de la actividad económica, por ejemplo mediante una regulación de los precios, lo que impedirá que la empresa proveedora aplique unas tarifas/precios excesivos por sus servicios, o una regulación del acceso, que garantizará que la competencia entre los operadores situados en escalones posteriores no resulte distorsionada y que la población de un país tenga acceso a bienes y servicios esenciales de forma no discriminatoria. Por lo general, se considera que la regulación sectorial tiene por finalidad aliviar las imperfecciones del mercado sustituyendo el juego de las fuerzas del mercado con medidas normativas. Además, la regulación sectorial puede

¹ Cabe indicar en este contexto que la calificación de un determinado mercado como monopolio natural no es inamovible. Gracias a la innovación y al desarrollo, la duplicación de algunas redes puede resultar técnica y económicamente viable con el tiempo y permitir nuevas entradas y el establecimiento de una competencia.

² Organization for Economic Cooperation and Development Policy Roundtable, Relationship between Regulators and Competition Authorities 1998.

tener otros objetivos legítimos, como la seguridad del medio ambiente o la redistribución de las rentas, que parecen quedar fuera del ámbito de las políticas de la competencia. A diferencia del derecho de la competencia, que interviene sobre todo *ex post* (excepto en el caso del control de las fusiones), la regulación sectorial se aplica *ex ante* y de forma continua. Por ejemplo, las subidas de precios en los sectores regulados pueden necesitar la aprobación previa del organismo regulador competente. No obstante, el objetivo principal de la evaluación *ex ante* de las políticas reguladoras y las regulaciones desde el punto de vista de la competencia debe ser promover la competencia y el bienestar de los consumidores. Por lo tanto, es de suma importancia que, cuando la regulación sectorial venga dictada por el interés público, el proceso de la competencia ocupe un lugar central en la evaluación de la regulación. Así pues, es preciso evaluar cuidadosamente los efectos negativos de esa regulación, lo que implica investigar si los objetivos de la regulación no se pueden alcanzar a través de medios menos restrictivos³.

13. En gran número de países, los proveedores de servicios de infraestructura, que tradicionalmente eran de propiedad pública, han sido privatizados en los últimos decenios para corregir las deficiencias percibidas en las industrias respectivas y los déficits de los presupuestos públicos. Dadas las características de la competencia en los sectores de servicios de infraestructura, a saber, el limitado nivel de competencia que hay en ellos, es indispensable que haya una regulación sectorial específica que las tenga en cuenta para que los procesos de privatización y liberalización tengan éxito⁴. En resumen, sustituir un monopolio público por un monopolio privado no genera ninguna ganancia de eficiencia si no se adoptan otras medidas de acompañamiento que faciliten nuevas entradas en el mercado y garanticen que los monopolios de propiedad privada no abusan de su poder de mercado.

14. En este sentido, la regulación puede desempeñar un papel importante de introducción y estímulo de la competencia en determinados sectores de la actividad económica. En los monopolios naturales puede llegar incluso a sustituir a la competencia.

Obstáculos a la competencia por parte de la regulación

15. Como indica la definición de los obstáculos a la competencia por parte de la regulación que contiene este capítulo de la Ley Tipo, la regulación puede tener también efectos perjudiciales para la competencia. Estas medidas, que pueden afectar negativamente a la entrada en el mercado, la salida del mercado y el funcionamiento del mercado, adoptan una gran variedad de formas:

- a) La creación de obstáculos administrativos, como procedimientos de autorización complejos y largos, al establecimiento de nuevos competidores en el mercado;
- b) La obligación de cumplir normas y reglas inhabituales que equivalen a obstáculos a la entrada en el mercado;
- c) Las restricciones que impiden a las empresas extranjeras competir en el mercado nacional;
- d) Los privilegios para determinados competidores en los mercados, por ejemplo, las empresas líderes nacionales, otorgándoles así una ventaja competitiva; y
- e) Las decisiones arbitrarias en la adjudicación de contratos públicos y ayudas estatales que distorsionan la competencia.

16. Reconociendo el impacto potencialmente perjudicial de la regulación de la competencia, en algunas jurisdicciones se han adoptado disposiciones especiales para abordar esta cuestión.

³ Véase Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, Recomendación del Consejo sobre política y gobernanza regulatoria, 2012.

⁴ En este contexto, debe recordarse que varias reformas de privatización y liberalización que se realizaron en algunos países en desarrollo no rindieron los resultados previstos porque no se prestó suficiente atención a los problemas de competencia durante el proceso de reforma.

Enfoques alternativos en las legislaciones vigentes – Eliminación de los obstáculos a la competencia por parte de la regulación

País

China	<p>El capítulo V de la Ley Antimonopolio de la República Popular de China aborda los obstáculos administrativos.</p> <p>El artículo 33 establece que ningún órgano administrativo u organización que esté facultada por ley o reglamento administrativo para administrar asuntos públicos podrá abusar de su poder administrativo para bloquear el libre comercio interregional de productos mediante alguna de las siguientes medidas: a) la aplicación de cargas o tasas discriminatorias o la fijación de precios discriminatorios para los productos no locales; b) la imposición de requisitos técnicos o normas de inspección a los productos no locales que difieran de los aplicados a sus competidores locales, o la adopción de medidas técnicas discriminatorias, como la repetición de inspecciones o la exigencia de certificados repetidos para los productos no locales, de manera que se restrinja la entrada de estos productos no locales en los mercados locales; c) la adopción de un sistema de licencias administrativas para los productos no locales que restrinja la entrada de estos productos en los mercados locales; d) el establecimiento de obstáculos o la adopción de cualquier otra medida para bloquear la entrada de productos no locales o la salida de productos locales; o e) cualquier otra actividad que pueda bloquear el libre comercio interregional de productos.</p> <p>El artículo 35 prohíbe a los órganos administrativos —u organizaciones facultadas por ley o reglamento administrativo para administrar asuntos públicos— abusar de su poder administrativo para rechazar o limitar las inversiones en su jurisdicción o el establecimiento de filiales locales por operadores empresariales no locales, imponiéndoles un trato desigual y distinto del aplicado a los operadores empresariales locales.</p> <p>El artículo 36 prohíbe a los órganos administrativos —u organizaciones facultadas por ley o reglamento administrativo para administrar asuntos públicos— abusar de su poder administrativo para obligar a operadores empresariales a participar en actividades monopolistas que estén prohibidas por la Ley Antimonopolio de la República Popular de China.</p>
Alemania	<p>La Ley de Alemania contra las Restricciones a la Competencia prevé la posibilidad de que las regulaciones específicas de la competencia establecidas por las asociaciones de empresas e industrias contengan disposiciones restrictivas.</p> <p>El artículo 24, párrafo 2, define las normas de competencia de las asociaciones de empresas e industrias y de las organizaciones profesionales como disposiciones que regulan el comportamiento de las empresas competidoras con el fin de impedir que infrinjan los principios de competencia leal o de competencia efectiva basada en los resultados, y de promover una competencia acorde con estos principios.</p> <p>Las organizaciones y asociaciones correspondientes pueden solicitar el reconocimiento de sus normas de competencia a la Oficina Federal de Cárteles, que debe comprobar si las normas de competencia notificadas infringen alguna de las disposiciones del derecho de la competencia alemán o europeo. Si no es así, la Oficina aprobará la regulación notificada, lo que significa que no la impugnará en el futuro. No obstante, podrá retirar o revocar el reconocimiento si más adelante comprueba que se dan las condiciones para denegarlo.</p>

País

Eslovenia El artículo 64 de la Ley de Prevención de la Restricción de la Competencia de Eslovenia prohíbe al Gobierno, las autoridades estatales y locales y los titulares de cargos públicos restringir el libre funcionamiento de las empresas en el mercado. De conformidad con el artículo 72 de la Ley, el Organismo Regulador de la Competencia puede emitir un dictamen sobre un proyecto de ley o decreto de oficio o a instancia de una autoridad estatal competente. Al mismo tiempo, el primer ministro o el ministro competente podrá solicitar al Organismo Regulador de la Competencia un dictamen sobre los proyectos de leyes o decretos que tengan los siguientes efectos directos: i) el establecimiento de restricciones cuantitativas a la realización de actividades empresariales o al acceso al mercado; ii) el establecimiento de derechos exclusivos en algunos sectores económicos; y iii) el establecimiento de condiciones generales de funcionamiento.

Papel que corresponde a las autoridades de defensa de la competencia en la regulación

17. Teniendo en cuenta la posible influencia de la regulación en la competencia, el capítulo VII de la Ley Tipo sugiere que la autoridad de defensa de la competencia se encargue de promover la regulación y la reforma del marco normativo.

Intervención activa

18. El asesoramiento de una autoridad de defensa de la competencia tiene un valor particular cuando se diseña la regulación de un sector como parte de un proceso de privatización o de liberalización porque garantiza que el nuevo régimen regulador dará efectivamente los resultados previstos de ganancia de eficiencia. Por ejemplo, los conocimientos especializados de una autoridad de defensa de la competencia pueden ser útiles para arbitrar medidas que faciliten nuevas entradas en el mercado.

19. En lo que respecta a las otras formas de regulación, se propone que la autoridad de defensa de la competencia participe activamente en el proceso legislativo, por ejemplo permitiendo que tome parte activa en la elaboración de las disposiciones legislativas gracias a la inclusión de sus representantes en los grupos de trabajo encargados de redactarlas, formule observaciones sobre los proyectos de regulación o emita dictámenes sobre las propuestas y proyectos de reforma de la regulación.

20. En algunos casos se puede recurrir a la especialización y experiencia únicas de la autoridad de defensa de la competencia incluso antes de redactar legislación. Se debe facultar y alentar a las autoridades de defensa de la competencia para que realicen investigaciones de mercado que permitan determinar los aspectos de los marcos reguladores (existentes) que es preciso cambiar, enmendar o actualizar para reflejar las necesidades del proceso de libre mercado. La función reguladora proactiva de las autoridades de defensa de la competencia es aún más importante cuando surgen sectores y mercados nuevos, ya que la experiencia demuestra que la entrada de nuevos agentes innovadores suele provocar distorsiones en el mercado, y (solo) las autoridades de defensa de la competencia cuentan con los conocimientos y la experiencia necesarios para determinar si esas supuestas distorsiones del mercado son reales y pueden o no afectar al proceso competitivo. Las conclusiones de esas investigaciones de mercado pueden servir de base para la elaboración de futuras regulaciones (en el párrafo 29 *infra* puede encontrarse un ejemplo de la función que deben y pueden tener las autoridades de defensa de la competencia con respecto a las economías colaborativas). Además, las autoridades de defensa de la competencia y los reguladores sectoriales deben colaborar en sus programas de reforma de la regulación e incluso permitir la representación recíproca de sus miembros en sus respectivos consejos de administración.

21. Teniendo en cuenta los conocimientos específicos de las autoridades de defensa de la competencia, en algunos regímenes de derecho de la competencia se les atribuye expresamente un papel de promoción a escala legislativa.

Enfoques alternativos en las legislaciones existentes – Función que incumbe a la autoridad de defensa de la competencia

País

Indonesia	Según el artículo 35 e) de la Ley núm. 5/1999 de Prohibición de las Prácticas Monopolistas y la Competencia Empresarial Desleal, la Comisión de Supervisión de la Competencia de Indonesia ofrecerá “asesoramiento y opinión sobre las políticas del Gobierno relativas a las prácticas monopolistas y de competencia empresarial desleal”.
Irlanda	<p>De conformidad con la cláusula 10, párrafos 1 e) y 3 a), de la Ley de Defensa de la Competencia y Protección del Consumidor de 2014 y el artículo 30, párrafo 1, de la Ley de Defensa de la Competencia de 2002, la Comisión de la Competencia de Irlanda tiene las siguientes funciones de promoción:</p> <p>[...]</p> <ul style="list-style-type: none"> • Prestar asesoramiento y, en su caso, formular recomendaciones, al Gobierno, los ministros del Gobierno, los ministros de Estado o cualquier otro organismo público sobre toda cuestión relativa a la protección y el bienestar del consumidor o a la competencia, o a ambas cosas, o que la Comisión considere que puede afectarlas; • Promover el cumplimiento de las disposiciones legales pertinentes, lo que puede incluir la publicación de avisos con orientaciones prácticas sobre la forma de dar cumplimiento a las disposiciones de la Ley de Defensa de la Competencia y Protección del Consumidor de 2014; • Asesorar a las autoridades públicas en general sobre cuestiones relacionadas con la competencia que puedan plantearse en el desempeño de sus funciones; • Identificar y comentar las restricciones impuestas por una norma promulgada o una práctica administrativa al funcionamiento de la competencia en la economía; • Realizar las actividades que considere adecuadas para informar a la población sobre cuestiones relacionadas con la competencia. <p>Además, el ministro podrá pedir a la Comisión que realice un estudio o análisis sobre cualquier práctica o método de competencia que repercuta en el abastecimiento y distribución de bienes o en la prestación de servicios o sobre cualquier otro asunto relacionado con la competencia, y que le presente un informe al respecto; y la Comisión responderá a esa solicitud dentro del plazo que establezca el ministro.</p>
Chile	Con arreglo al artículo 18, párrafo 4, del Decreto Ley núm. 211, de 1973, modificado por la Ley núm. 20361, de 13 de julio de 2009, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia podrá proponer al Presidente de la República, a través del Ministro de Estado que corresponda, la modificación o derogación de los preceptos legales y reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia, como también la dictación de preceptos legales o reglamentarios cuando sean necesarios para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas.

País

Brasil De conformidad con el artículo 9, párrafo 1, de la Ley núm. 12529, de 30 de noviembre de 2011, el Pleno del Tribunal Administrativo de Defensa Económica podrá solicitar a los órganos y entidades de la administración pública federal y requerir a las autoridades de los estados, los municipios, el Distrito Federal y los territorios que adopten las medidas necesarias para la observancia de la legislación de protección de la competencia.

El artículo 9, párrafo 3, establece que todas las autoridades federales, los directores de organismos públicos, las fundaciones, las empresas públicas y de capital mixto federales y los organismos reguladores están obligados a prestar, pudiendo incurrir en responsabilidad si no lo hacen, toda la asistencia y cooperación que solicite el Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE), entre otras cosas emitiendo dictámenes técnicos sobre cuestiones de su competencia.

El artículo 19, párrafo 1, dispone además que la Secretaría de Seguimiento Económico del Ministerio de Finanzas (que es independiente del CADE pero forma parte del Sistema Brasileño de Defensa de la Competencia) puede proponer la revisión de leyes, reglamentos y otros actos normativos de la administración pública federal, estatal, municipal y del Distrito Federal que afecten o puedan afectar a la competencia en los distintos sectores económicos del país. El Secretario de Supervisión Económica también puede delegar competencias en el órgano competente a fin de que pueda adoptar las medidas legales que considere apropiadas cuando un acto normativo tenga carácter anticompetitivo.

Aplicación del derecho de la competencia en las industrias reguladas

22. Aunque no se mencione en el presente capítulo de la Ley Tipo, merece la pena señalar que las autoridades de defensa de la competencia pueden asumir otras funciones con respecto a las industrias reguladas, a saber, aplicar las disposiciones del derecho general de la competencia en dichas industrias. La intensidad de la aplicación del derecho de la competencia en las industrias reguladas depende principalmente de dos factores: primero, el diseño de la interfaz entre el derecho de la competencia de un país y sus regulaciones sectoriales; y segundo, de la relación entre los correspondientes organismos encargados de la aplicación de la normativa.

Interfaz entre el derecho de la competencia y la regulación sectorial

23. En caso de que un país opte por la regulación de un sector específico, que se añade al régimen general del derecho de la competencia, se plantea la cuestión de saber qué normativa deberá aplicarse para resolver las cuestiones de competencia que se planteen en los sectores regulados. No hay una respuesta unívoca a esta cuestión. Hay una amplia gama de factores, como el contexto económico y social y el sistema jurídico, que pueden influir en el diseño de la interfaz entre los dos regímenes jurídicos y la división del trabajo entre los correspondientes organismos encargados de su aplicación. Las características del sector regulado son también un factor importante en la elección del marco regulador, de modo que dentro de un país puede utilizarse más de un enfoque.

24. De hecho, los distintos países han elegido distintos enfoques para garantizar la coordinación y la coherencia normativa entre los órganos reguladores sectoriales y la autoridad encargada de la competencia. Estos enfoques pueden clasificarse de manera general en cinco tipos⁵:

1. Integrar la regulación técnica y económica en la regulación sectorial y tratar las cuestiones tradicionales del derecho de la competencia, como la prohibición del comportamiento anticompetitivo y el control de las fusiones, en el derecho de la competencia;

2. Integrar la regulación técnica y económica en la regulación sectorial, así como algunos aspectos del derecho tradicional de la competencia o todos ellos;

3. Integrar la regulación técnica y económica en la regulación sectorial, así como algunos aspectos del derecho de la competencia tradicional o todos ellos, velando por que el regulador sectorial ejerza sus funciones en coordinación con la autoridad de defensa de la competencia;

4. Atribuir a los órganos sectoriales la regulación técnica como función autónoma y tratar la regulación económica en el derecho general de la competencia;

5. Recurrir únicamente al derecho de la competencia aplicado por la autoridad correspondiente.

Marco institucional

25. Aunque algunos países, como España, los Países Bajos y el Perú, hayan optado por un organismo integrado con facultades para exigir el cumplimiento tanto de la regulación sectorial como del derecho de la competencia, la mayoría ha establecido autoridades de defensa de la competencia y reguladores sectoriales que actúan como entidades independientes encargadas de la aplicación de esa normativa. Con frecuencia, los reguladores sectoriales se crearon de hecho antes que las autoridades de defensa de la competencia. Cuando existen entidades distintas cuyas respectivas competencias no están claramente definidas por ley, son habituales los conflictos de jurisdicción. Para prevenir ese tipo de fricciones o ponerles remedio, una solución podría ser que las distintas entidades aprobaran un memorando de entendimiento.

Enfoques alternativos en las legislaciones existentes – Interfaz entre la autoridad de defensa de la competencia y los reguladores sectoriales

País

Modelo de organismo integrado

Países Bajos El 1 de abril de 2013 se estableció el Organismo de Protección de los Consumidores y Vigilancia de los Mercados de los Países Bajos (ACM), en virtud de la Ley de Establecimiento de la ACM, fruto de la fusión de tres autoridades de vigilancia de los mercados —la Autoridad de Defensa de la Competencia, la Autoridad Independiente de Correos y Telecomunicaciones y la Autoridad de Protección del Consumidor. El 1 de agosto de 2014 entró en vigor la Ley de Racionalización. El ACM se encarga de la aplicación de más de 20 instrumentos legislativos. La Ley de Racionalización tenía por objeto armonizar y simplificar las diversas normas de procedimiento y reducir las ineficiencias en el funcionamiento del ACM. En virtud de la Ley de Racionalización, algunas funciones que anteriormente pertenecían al ámbito exclusivo de

⁵ Véase UNCTAD (2004), Prácticas óptimas para definir las competencias respectivas y resolver los asuntos que impliquen medidas conjuntas de las autoridades y los órganos de regulación de la competencia, TD/B/COM.2/CLP/44, Ginebra, 19 de agosto de 2004.

País

la defensa de la competencia se ampliaron a los ámbitos de la protección del consumidor y la regulación sectorial⁶.

El ACM se encarga de la aplicación de las leyes generales de la competencia, las leyes de protección del consumidor y las regulaciones específicas de los sectores de las telecomunicaciones, el transporte, los servicios postales y la energía.

El ACM es una autoridad administrativa autónoma que pertenece a la administración central de los Países Bajos. Entre sus departamentos especializados cabe citar el Departamento de Protección del Consumidor; el Departamento de Regulación de la Energía; el Departamento de Regulación de las Telecomunicaciones, los Servicios Postales y el Transporte; y el Departamento de Defensa de la Competencia.

Cuando se diseñó el ACM, se dudó si los casos de abuso de posición dominante y las fusiones en los sectores regulados debían tratarse en el departamento encargado del sector correspondiente o en el Departamento de Defensa de la Competencia. La cuestión se resolvió atribuyendo a los departamentos de regulación los casos de posición dominante en los sectores regulados, y todas las fusiones al Departamento de Defensa de la Competencia (incluidos también los que se den en los sectores regulados)⁷.

El ACM también coopera regularmente con otros organismos reguladores del país, como la Comisión de Supervisión de los Mercados Financieros, la Comisión de Protección de Datos, la Comisión de Loterías y Apuestas, el Banco Central, la Comisión de Salud y la Comisión encargada de los Medios de Comunicación.

España

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de España es un organismo independiente que se encarga tanto de la defensa de la competencia como de cuestiones de regulación. En lo que respecta a la regulación, la CMCN supervisa los siguientes sectores: energía, telecomunicaciones, audiovisual, transporte y servicios postales.

El órgano decisorio de la CNMC, el Consejo, se organiza en dos salas: la Cámara de Competencia, que se dedica a temas de competencia, y la Sala de Supervisión Regulatoria, que se encarga de la supervisión de sectores regulados. Sin embargo, cada sala puede emitir un dictamen sobre las cuestiones examinadas por la otra⁸.

En los casos que afectan tanto a la competencia y como a la regulación, es posible establecer equipos especiales de expertos en ambas esferas. Por ejemplo, si la CMCN examina una fusión en el sector de las telecomunicaciones, puede establecerse un equipo horizontal, integrado por expertos en derecho de la competencia y expertos en el sector de las telecomunicaciones, para encargarse del caso⁹.

⁶ Fuente: <http://globalcompetitionreview.com/chapter/1067851/netherlands-authority-for-consumers-and-markets>.

⁷ OECD (2014). Roundtable on Changes in Institutional Design of Competition Authorities. Nota de los Países Bajos. DAF/COMP/WD(2014)100. 17 y 18 de diciembre de 2014, pág. 3.

⁸ OECD (2014). Roundtable on Changes in Institutional Design of Competition Authorities. Nota de España. DAF/COMP/WD(2014)103. 17 y 18 de diciembre de 2014, pág. 5.

⁹ OECD (2016). Summary Record: Annex to the Summary Record of the 123rd Meeting of the Competition Committee Held on 15-19 June 2015. DAF/COMP/M(2015)1/ANN6/FINAL. París. 16 a 18 de junio de 2015, pág. 8.

País

Distintas entidades se encargan de la aplicación de la ley con una atribución expresa de competencias

Australia

La Comisión de Defensa de la Competencia y el Consumidor de Australia (ACCC) es un organismo independiente establecido por ley que se encarga de la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia y Protección del Consumidor de 2010 y de promover la competencia. Además, la CCCA también regula en parte algunos servicios nacionales de infraestructura (como las comunicaciones, la energía y el abastecimiento de agua potable) y supervisa otros mercados en que la competencia es limitada.

El Organismo Regulador de la Energía de Australia (AER), cuyo funcionamiento también se rige por la Ley de Defensa de la Competencia y Protección del Consumidor de 2010, regula el mercado energético nacional. Regula los mercados energéticos mayorista y minorista, así como las redes de abastecimiento de energía, sobre la base de las leyes y normas nacionales aplicables.

Si bien la ACCC y el AER desempeñan funciones distintas, ambos organismos comparten muchos objetivos y tienen por objetivo proteger, reforzar y complementar los procesos de la competencia en los mercados¹⁰.

En 2014, la ACCC, la AER y la Comisión Australiana del Mercado Energético firmaron un memorando de entendimiento en el que acordaron el intercambio de información, la celebración de consultas y la puesta en marcha de iniciativas de cooperación.

Alemania

La Oficina Federal de Cárteles (Bundeskartellamt) es un organismo independiente encargado de proteger la competencia en Alemania. El marco jurídico de protección de la competencia se basa en la Ley contra las Restricciones a la Competencia, comúnmente denominada “Ley Fundamental de la Economía de Mercado”¹¹.

La Ley contra las Restricciones a la Competencia contiene además normas específicas aplicables a determinados sectores (agricultura, energía, prensa y gestión del agua) que complementan las normas generales de defensa de la competencia; véase el capítulo 5 de la Ley: “Disposiciones especiales aplicables a determinados sectores económicos”.

El Organismo Federal de las Redes de Electricidad, Gas, Telecomunicaciones, Correos y Ferrocarriles (Bundesnetzagentur) es un organismo federal distinto. Su función principal es velar por el cumplimiento de la Ley de Telecomunicaciones, la Ley de Servicios Postales y la Ley de Energía y sus respectivos reglamentos.

Las competencias de la Oficina Federal de Cárteles y el Organismo Federal de las Redes no son concurrentes, es decir, hay una clara línea entre ambas entidades. El Organismo Federal de las Redes no aplica el derecho general de la competencia, pero las disposiciones de este se han incorporado directamente en la Ley de Telecomunicaciones y la Ley del Sector Energético¹².

¹⁰ Fuente: <https://www.accc.gov.au/about-us/australian-competition-consumer-commission/about-the-accc>.

¹¹ Fuente: http://www.bundeskartellamt.de/EN/AboutUs/Bundeskartellamt/bundeskartellamt_node.html.

¹² Groebel, Annegret. BNetzA as an independent multi-sector NRA – the evolutionary approach (exposición). Madrid, 11 de marzo de 2015, pág. 29. Puede consultarse en: <http://www.ceer.eu/>

País

La legislación prevé también una estrecha cooperación entre la Oficina Federal de Cárteles y el Organismo Federal de las Redes, entre otras cosas mediante disposiciones jurídicas para el intercambio de información a fin de garantizar la seguridad jurídica y evitar malentendidos y la repetición de tareas¹³.

Reino Unido En 2011, el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte llevó a cabo una amplia reforma de los regímenes de defensa de la competencia, protección del consumidor y crédito al consumo. Las competencias de la Oficina de Comercio Leal y la Comisión de la Competencia se transfirieron a diversas organizaciones sucesoras. Las funciones de defensa de la competencia de ambos organismos pasaron a manos del Organismo de la Competencia y los Mercados (CMA)¹⁴. Algunas funciones de protección del consumidor de la Oficina de Comercio Leal fueron transferidas a otras organizaciones y el Organismo de Regulación Financiera pasó a encargarse de los créditos al consumo. La Ley de Reforma Empresarial y Normativa de 2013 creó el CMA e introdujo una serie de importantes cambios institucionales en el régimen de aplicación de la ley del Reino Unido. El CMA, que asumió oficialmente sus funciones en 2014, es el actual organismo regulador de la competencia del Reino Unido. Además de encargarse de la defensa de la competencia, también es responsable de la protección del consumidor e interviene en cierta medida en los sectores regulados.

Aunque los organismos reguladores sectoriales de industrias específicas (como la energía, el agua, el transporte, las telecomunicaciones, etc.) son independientes del CMA, están facultados para aplicar algunos aspectos del derecho de la competencia en el sector del que se ocupan. Cabe mencionar, en especial, la prohibición de los acuerdos contrarios a la competencia y del abuso de la posición dominante en la legislación aplicable. Esas atribuciones de defensa de la competencia se suman a las facultades de regulación del órgano sectorial y son concurrentes con las del CMA¹⁵. La utilización del derecho general de la competencia como instrumento de aplicación en los sectores regulados debe preferirse a la adopción de medidas reguladoras específicas. Por consiguiente, antes de tomar medidas coercitivas en virtud de sus facultades de regulación de sectores específicos, los reguladores sectoriales deben determinar si no es más apropiado ejercer sus facultades de aplicación del derecho de la competencia¹⁶.

El Reglamento de aplicación de la Ley de la Competencia de 1998, de 2014¹⁷, establece el procedimiento por el que se decide el organismo adecuado para examinar un caso y los procedimientos de arreglo en caso de controversia. Las disposiciones pertinentes dicen lo siguiente:

portal/page/portal/EER_HOME/EER_INTERNATIONAL/CEER-ARIAE1/5th%20ARIAE-CEER%20Roundtable/5th%20ARIAE-CEER_Session%20V_Groebel.pdf.

¹³ *Id.*, págs. 29 y 31.

¹⁴ Se puede consultar más información sobre el CMA en <https://www.gov.uk/government/organisations/competition-and-markets-authority/about>.

¹⁵ OECD (2014). Roundtable on Changes in Institutional Design of Competition Authorities. Nota del Reino Unido. DAF/COMP/WD(2014)105. 17 y 18 de diciembre de 2014, pág. 3.

¹⁶ *Id.*, pág. 8.

¹⁷ El Reglamento puede consultarse en http://www.legislation.gov.uk/uksi/2014/536/pdfs/uksi_20140536_en.pdf.

“Procedimiento de atribución de las funciones previstas en la parte 1

4.-1) Toda entidad competente que tenga la intención de ejercer alguna de las funciones previstas respecto de un caso y considere que otra entidad competente tiene o puede tener competencias concurrentes para el desempeño de las funciones de la parte 1 respecto de ese caso informará a esa otra entidad competente de su intención de desempeñar las funciones previstas respecto de ese caso.

2) En caso de que una entidad competente haya informado a otra entidad competente de su intención de ejercer las funciones previstas de conformidad con el párrafo 1) respecto de un caso, todas las entidades competentes (“las entidades competentes pertinentes”) decidirán de mutuo acuerdo la entidad que ejercerá las funciones de la parte 1 respecto de ese caso.

3) Una vez alcanzado un acuerdo de conformidad con el párrafo 2), el CMA notificará cuanto antes por escrito a las demás entidades competentes pertinentes el nombre de la entidad competente que ejercerá las funciones de la parte 1 respecto del caso.

Controversias

5.-1) Si las entidades competentes pertinentes no pueden llegar a un acuerdo de conformidad con el artículo 4, párrafo 2), dentro de un plazo razonable, el CMA deberá notificar a las demás entidades competentes pertinentes su intención de determinar la entidad competente pertinente que ejercerá las funciones de la parte 1 respecto del caso.

2) Toda persona competente pertinente podrá presentar observaciones por escrito al CMA dentro de un plazo de cinco días hábiles contados a partir de la fecha en la que la CMA notifique su intención de realizar una determinación de conformidad con el párrafo 1).

3) La CMA deberá, en un plazo de diez días hábiles contados a partir de la fecha en que notificó su intención de conformidad con el párrafo 1):

a) Determinar la entidad competente que ejercerá las funciones de la parte 1 respecto del caso; y

b) Notificar por escrito a todas las demás entidades competentes pertinentes:

i) La entidad competente que conocerá del caso;

ii) La fecha de la determinación, y

iii) Los motivos de la determinación.

4) En la determinación que realice de conformidad con el párrafo 3) a), la CMA:

a) Deberá tomar en consideración las observaciones que se hayan presentado con arreglo al párrafo 2); y

b) Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 5), podrá asumir el ejercicio de las funciones de la parte 1 respecto del caso, en lugar de asignárselas a otra entidad competente, cuando esté convencida de que con ello se promoverá la competencia en

País

cualquier mercado del Reino Unido en beneficio de los consumidores.

5) En caso de que una de las entidades competentes pertinentes sea el Monitor (regulador sectorial de los servicios de salud), el CMA, en la determinación que realice de conformidad con el párrafo 1) y 3) a), no podrá asignar a ninguna otra entidad el ejercicio de las funciones de la parte 1 en relación con el caso a menos que esté convencida de que el caso no se refiere principalmente a cuestiones relativas a la prestación de servicios de atención de la salud en el marco del Servicio Nacional de Salud en Inglaterra.”

A fin de fomentar la cooperación y la coordinación mutuas, el CMA ha concertado acuerdos y memorandos de entendimiento bilaterales con la mayoría de los reguladores sectoriales.

Uruguay

La protección de la competencia por lo general está a cargo de la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia, que es un órgano descentralizado del Ministerio de Economía y Finanzas.

No obstante, existen órganos reguladores independientes con competencia exclusiva para aplicar el derecho de la competencia en los sectores que regulan. Con arreglo al artículo 27 de la Ley de Promoción y Defensa de la Competencia, en los sectores que están sometidos al control o superintendencia de órganos reguladores especializados, la protección y fomento de la competencia están a cargo de dichos órganos. Esta competencia se extiende además a mercados que pudieran estar relacionados con el mercado regulado, en la medida que afecte a las condiciones competitivas del mercado regulado. Además, ante actuaciones que afecten a más de un mercado, basta con que uno solo de los mercados involucrados pertenezca a un sector regulado para, con base en ello, excluir la competencia de la Comisión para conocer el caso¹⁸.

Distintas entidades se encargan de la aplicación de la ley sin un reparto expreso de competencias

Namibia

La aplicación de la legislación de la competencia en el país está principalmente a cargo de la Comisión de la Competencia de Namibia.

Namibia tiene varios reguladores sectoriales en sectores industriales clave, como el sector de los servicios financieros (el Banco de Namibia y la Autoridad Supervisora de las Instituciones Financieras de Namibia), el sector de los servicios de comunicaciones (la Autoridad Reguladora de las Comunicaciones de Namibia), los puertos (la Administración Portuaria de Namibia) y el suministro de electricidad (la Junta de Control de la Electricidad).

Las atribuciones de la Comisión, el Banco de Namibia, la Autoridad Reguladora de las Comunicaciones y la Junta de Control de la Electricidad en materia de competencia en los respectivos sectores regulados se solapan. La Comisión de la Competencia ha señalado que, al no definir la legislación el mandato de los reguladores sectoriales con respecto a la competencia, pueden surgir situaciones complejas que les impedirían desempeñar sus respectivos mandatos debidamente¹⁹.

¹⁸ UNCTAD (2016). Examen voluntario entre homólogos del derecho y la política de la competencia: Uruguay, pág. 45. UNCTAD/DITC/CLP/2016/1. Puede consultarse en http://unctad.org/es/PublicationsLibrary/ditccpl2016d1_es.pdf.

¹⁹ UNCTAD (2014). Voluntary Peer Review of Competition Law and Policy: Namibia, pág. 34. UNCTAD/DITC/CLP/2014/3. Puede consultarse en http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditccpl2014d3_en.pdf.

País

A fin de mitigar los posibles conflictos, el artículo 67 de la Ley de Defensa de la Competencia de 2003 prevé la celebración de acuerdos entre la autoridad de defensa de la competencia y los reguladores sectoriales sobre la concurrencia de atribuciones en materia de competencia. En 2014, la Comisión de la Competencia había negociado y celebrado acuerdos de cooperación con cuatro reguladores sectoriales: la Autoridad Reguladora de las Comunicaciones, el Banco de Namibia, la Junta de Control de la Electricidad y la Administración Portuaria²⁰.

Mauricio

La Comisión de la Competencia de Mauricio es el organismo de derecho público encargado de aplicar la Ley de la Competencia de 2007. Para llevar a cabo una investigación en un sector, la Comisión no necesita la autorización de los reguladores sectoriales correspondientes, a los que la Ley de la Competencia de 2007 tampoco atribuye competencia alguna.

No obstante, a fin de reforzar la cooperación con los reguladores sectoriales, el derecho de la competencia de Mauricio exige que la Comisión de la Competencia y los reguladores de los sectores específicos establezcan sus respectivas competencias por medio de un memorando de entendimiento. La disposición pertinente de la Ley de la Competencia de 2007 dice lo siguiente²¹:

“66. Memorando de entendimiento entre la Comisión y los reguladores

La Comisión y los reguladores celebrarán un memorando de entendimiento que regule el ejercicio efectivo de sus respectivas responsabilidades y establezca mecanismos de cooperación práctica en el ejercicio de esas responsabilidades que prevean la utilización de los conocimientos sectoriales específicos de los reguladores en las investigaciones que se realicen de conformidad con la presente Ley.”

En 2017, la Comisión de la Competencia ha firmado memorandos de entendimiento con el Banco de Mauricio, la Autoridad para las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, el Ministerio de Energía Renovable y Servicios Públicos y la Comisión de Servicios Financieros.

Sudáfrica

La Comisión de la Competencia de Sudáfrica es un órgano de derecho público constituido en virtud de la Ley de Defensa de la Competencia y encargado de investigar, controlar y evaluar las prácticas comerciales restrictivas, el abuso de posición dominante y las fusiones a fin de lograr la equidad y la eficiencia de la economía del país.

Inicialmente, los sectores regulados por una legislación especial quedaban fuera de la jurisdicción de la Comisión, pero, posteriormente, la Ley de Defensa de la Competencia se enmendó para eliminar esa exclusión²².

De conformidad con la Ley de Defensa de la Competencia (véase *infra*), las atribuciones de los reguladores sectoriales y la Comisión de la Competencia ahora son concurrentes. Sin embargo, la Ley de Defensa de la Competencia no remite expresamente a otra regulación ni establece expresamente su precedencia. La autoridad de defensa de la competencia está obligada a negociar acuerdos con los reguladores sectoriales para

²⁰ *Ibid.*, pág. 34.

²¹ La Ley puede consultarse en <http://www.ccm.mu/English/legislations/Pages/Legislation.aspx>.

²² Weeks, Keith. Defining the interface between sectoral regulation & competition enforcement in regulated sectors – the South African experience (exposición), 18 de noviembre de 2009. Puede consultarse en <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/44942587.pdf>.

País

coordinar el ejercicio de sus competencias sobre los asuntos relacionados con la competencia en los sectores regulados (aquellos sectores en los que los reguladores tienen un mandato expreso sobre los asuntos relacionados con la competencia, lo que no implica que hayan de establecerse acuerdos con cada uno de los reguladores sectoriales). En 2004, la autoridad de defensa de la competencia había establecido acuerdos con los reguladores de los sectores de la radiodifusión y la electricidad, en virtud de los cuales tiene preferencia en la investigación de asuntos en los que las competencias sean concurrentes.

En 2017, la Comisión de la Competencia ha firmado una serie de memorandos de entendimiento y acuerdos con reguladores sectoriales como la Junta de Desarrollo del Sector de la Construcción, la Autoridad Nacional de Bebidas Alcohólicas, la Junta Nacional de Juegos de Azar y la Administración Portuaria de Sudáfrica²³.

Las disposiciones pertinentes de la Ley de Defensa de la Competencia de Sudáfrica dicen lo siguiente²⁴:

“3. Aplicación de la ley

La presente Ley es aplicable a todas las actividades económicas que se realicen dentro de la República o que tengan efectos en ella, salvo:

[...]

1A) a) En la medida en que la presente Ley se aplique a una industria o a un sector de una industria que entre dentro del ámbito de competencia de otra autoridad reguladora competente respecto del comportamiento regulado en los términos de los capítulos 2 o 3 de esta Ley, habrá de interpretarse que establece una concurrencia de competencias con respecto a ese comportamiento.

b) La forma en que se ejerza la competencia concurrente en aplicación de la presente Ley o de cualquier otra regulación pública ha de ser conforme, en la medida de lo posible, con cualquier acuerdo aplicable que se haya concluido según los términos de los artículos 21, párrafo 1) h), y 82, párrafos 1) y 2).

21. Funciones de la Comisión de la Competencia

1) La Comisión de la Competencia es responsable de:

[...]

h) Negociar acuerdos con las autoridades reguladoras para coordinar y armonizar el ejercicio de sus atribuciones sobre asuntos de competencia que se planteen en la industria o sector pertinente, y garantizar la aplicación coherente de los principios de esta Ley;

i) Participar en los procedimientos que inicie cualquier autoridad reguladora;

j) Asesorar a las autoridades reguladoras y recibir asesoramiento de ellas;

[...]

²³ Fuente: <http://www.compcom.co.za/mou-sa-regulators/>.

²⁴ La Ley puede consultarse en <http://www.compcom.co.za/the-competition-act/>.

País

82. Relaciones con otros organismos

1) La autoridad reguladora que, en virtud de una regulación pública, sea competente respecto de una conducta regulada según los términos de los capítulos 2 o 3 dentro de un sector particular:

- a) Negociará acuerdos con la Comisión de la Competencia, según lo previsto en el artículo 21, párrafo 1) h); y
- b) Ejercerá su competencia sobre un asunto particular que esté bajo su competencia según lo previsto en ese acuerdo.

2) Los apartados a) y b) del párrafo 1), con los cambios que exija el contexto, son aplicables a la Comisión de la Competencia.

3) Además de los asuntos contemplados en el artículo 21, párrafo 1) h), los acuerdos a que hace referencia el párrafo 1) deberán:

- a) Definir y establecer procedimientos para gestionar los ámbitos en que han concurrencia de competencias;
- b) Promover la cooperación entre la autoridad reguladora y la Comisión de la Competencia;
- c) Prever el intercambio de información y la protección de la información confidencial; y
- d) Publicarse en la *Gaceta Oficial*.

4) El Presidente podrá exigir a la Comisión de la Competencia el cumplimiento del deber de intercambiar información con un organismo extranjero similar que corresponda a la República en virtud de un acuerdo internacional relacionado con la finalidad de la presente Ley.”

La economía colaborativa: nuevos retos para la competencia y la regulación

26. En los últimos años, las economías de todo el mundo han vivido una expansión sin precedentes de nuevos e innovadores modelos de negocio basados en plataformas de colaboración capaces de reconfigurar sectores enteros. Esos modelos de negocio, que conforman lo que se llama comúnmente “economía colaborativa” o “economía de intercambio”, utilizan plataformas de Internet (accesibles desde ordenadores, teléfonos móviles u otros dispositivos conectados a Internet) para interconectar a los propietarios de activos infrautilizados con usuarios que necesitan esos activos, es decir, “crean un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios ofrecidos a menudo por particulares”²⁵. Esas plataformas se utilizan, por ejemplo, para facilitar el uso compartido de vehículos, los servicios de vivienda compartida o los préstamos de dinero entre particulares.

27. Aunque la economía colaborativa puede brindar nuevas oportunidades a los consumidores y las empresas²⁶, también plantea diversos problemas de competencia. Por ejemplo, en la actualidad se debate, entre otras cosas, si las plataformas de colaboración deben quedar sujetas a los requisitos de acceso a los mercados aplicables a los proveedores de servicios tradicionales; qué participantes de la economía colaborativa deben considerarse unidades económicas sujetas a las normas de la competencia; si la economía colaborativa

²⁵ Comisión Europea. Una Agenda Europea para la economía colaborativa. Bruselas, 2 de junio de 2016, pág. 3. Puede consultarse en <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/16881/attachments/2/translations/en/renditions/pdf>.

²⁶ Se afirma que la economía colaborativa permite una utilización más eficiente de los recursos y, por lo tanto, puede propiciar una disminución de los precios y un aumento de la oferta.

debe regularse por separado; qué factores deberían tener en cuenta las autoridades de defensa de la competencia al evaluar las propuestas de fusiones entre proveedores ya establecidos y plataformas de colaboración rivales; o cómo debe evaluarse el poder de mercado de una plataforma de colaboración que no presta los servicios finales.

28. La perturbación causada por la entrada de una plataforma de colaboración en el mercado a menudo puede provocar un conflicto entre la regulación y la política de la competencia²⁷. Si bien una regulación adecuada puede contribuir al logro de objetivos legítimos, como la protección del consumidor y la seguridad pública, la regulación excesiva (por ejemplo, en forma de barreras a la entrada) podría frenar la innovación y las fuerzas competitivas en detrimento de los consumidores²⁸. Los órganos reguladores de muchas jurisdicciones ya han intentado regular las nuevas plataformas de colaboración, por lo general alegando que ello es necesario para proteger el interés público²⁹. No obstante, los reguladores deberían mostrarse prudentes al imponer nuevas regulaciones a la economía colaborativa, ya que la experiencia demuestra que esa regulación puede, en algunos casos, obedecer a presiones ejercidas por los proveedores ya instalados que se sienten amenazados por el nuevo operador³⁰.

29. Las autoridades de la competencia, gracias a su conocimiento singular de los mercados y los procesos de la competencia, podrían contribuir de manera fundamental a proteger la competencia frente al exceso de regulación y los comportamientos anticompetitivos de las entidades privadas (ya sean empresas ya instaladas, nuevas plataformas de colaboración, u otras). La experiencia demuestra que las autoridades de defensa de la competencia pueden entablar un diálogo relativamente efectivo con los legisladores y los órganos reguladores y promover soluciones que no obstaculicen innecesariamente la competencia. El cuadro que figura a continuación contiene ejemplos de medidas adoptadas por las autoridades de defensa de la competencia con respecto a la regulación de la economía colaborativa.

Ejemplos de respuestas de las autoridades de defensa de la competencia a la regulación de la economía colaborativa

Unión Europea En junio de 2016, la Comisión Europea publicó una comunicación relativamente amplia para explicar su posición sobre la economía colaborativa, titulada “Una Agenda Europea para la economía colaborativa”. Su objetivo es ofrecer “orientación jurídica y política a las autoridades públicas, los operadores del mercado y los ciudadanos interesados con vistas a un desarrollo equilibrado y sostenible de la economía colaborativa”³¹.

En la comunicación se indica la forma en que la legislación vigente

²⁷ Véase OECD. Hearing on Disruptive Innovation: Nota de los Estados Unidos.

DAF/COMP/WD(2015)54. 16 a 18 de junio de 2015, pág. 7. Puede consultarse en [www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DCD/DAC/EFF\(2010\)12&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DCD/DAC/EFF(2010)12&docLanguage=En).

²⁸ Véase Federal Trade Commission. The “Sharing” Economy: Issues Facing Platforms, Participants & Regulators. Noviembre de 2016, pág. 6. Puede consultarse en <https://www.ftc.gov/reports/sharing-economy-issues-facing-platforms-participants-regulators-federal-trade-commission>.

²⁹ Por ejemplo, la Dirección de Desarrollo Urbano de Singapur decidió regular las plataformas de vivienda compartida con la publicación de unas directrices que no permiten a los propietarios de viviendas subarrendar parte de estas por menos de seis meses. Se han aprobado regulaciones más o menos similares en ciudades como Berlín (Alemania), Barcelona (España) o Nueva York (Estados Unidos).

³⁰ Véase OECD. Hearing on Disruptive Innovation: Issues paper by the Secretariat.

DAF/COMP(2015)3. 16 a 18 de junio de 2015, pág. 7. Puede consultarse en [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2015\)3&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2015)3&docLanguage=En).

³¹ Comisión Europea. Una Agenda Europea para la economía colaborativa. Bruselas, 2 de junio de 2016, pág. 2. Puede consultarse en <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/16881/attachments/2/translations/en/renditions/pdf>.

de la Unión Europea debería aplicarse a la economía colaborativa. En particular, se abordan cinco cuestiones clave: los requisitos de acceso al mercado, los regímenes de responsabilidad, la protección de los usuarios, los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia en la economía colaborativa, y la fiscalidad.

La Comisión Europea advierte en su comunicación contra las medidas reguladoras poco razonables que van dirigidas específicamente a la economía colaborativa y ahogan a la competencia. Por ejemplo, la Comisión Europea destaca que “los prestadores de servicios no deben estar sujetos a requisitos de acceso al mercado o de otro tipo, tales como regímenes de autorización y requisitos para la concesión de licencias, a no ser que no sean discriminatorios, sean necesarios para alcanzar un objetivo de interés público claramente identificado y sean proporcionados a dicho objetivo (...)”³².

La Comisión Europea también deja claro que las prohibiciones absolutas y las restricciones cuantitativas de una actividad solo deben constituir una medida de último recurso. Como señala la Comisión Europea con respecto a las plataformas de vivienda compartida, por ejemplo, “prohibir el arrendamiento de apartamentos a corto plazo de modo general parece difícil de justificar porque el uso en alquiler de propiedades a corto plazo puede limitarse a un número máximo de días al año”³³.

Reino Unido

En 2015, el Organismo de la Competencia y los Mercados del Reino Unido publicó una respuesta a la nueva regulación de los vehículos de alquiler privados (incluidas las plataformas de uso compartido de vehículos) propuesta por la Oficina de Transportes de Londres. En su respuesta, el Organismo de la Competencia y los Mercados afirmó, entre otras cosas, que algunos de los cambios normativos propuestos podrían: i) afectar al acceso, la ampliación o la innovación del mercado de alquiler de vehículos privados; ii) menoscabar la competencia entre los taxis tradicionales y los vehículos de alquiler privados; y iii) provocar un aumento de los precios o la prestación de servicios de menor calidad³⁴.

Sudáfrica

En 2016, la Comisión de Competencia de Sudáfrica recibió una denuncia contra una de las plataformas de uso compartido de vehículos por realizar diversas prácticas anticompetitivas e incumplir las normas y regulaciones públicas de Sudáfrica. Tras investigar esas alegaciones, el organismo de defensa de la competencia dictaminó que el presunto comportamiento no infringía las leyes de la competencia de Sudáfrica y decidió no llevar el caso a juicio³⁵.

³² *Id.*, pág. 3.

³³ *Id.*, pág. 4.

³⁴ Competition and Markets Authority. Competition and Markets Authority response to Transport for London’s private hire regulations proposals. 2 de diciembre de 2015. Puede consultarse en <https://www.gov.uk/government/publications/cmas-response-to-tfls-private-hire-regulations-proposals>.

³⁵ Competition Commission. Statement on the decisions of the Competition Commission. 20 de octubre de 2016. Puede consultarse en <http://www.compcom.co.za/wp-content/uploads/2016/01/Commission-Statement-20-October-2016-Final.pdf>.

Estados Unidos de América En 2013, la Comisión del Taxi del Distrito de Columbia propuso nuevas regulaciones que restringían de hecho el funcionamiento de las plataformas de uso compartido de vehículos en el Distrito de Columbia. En respuesta a esa propuesta, la Comisión Federal de Comercio remitió a la Comisión del Taxi del Distrito de Columbia una carta en la que señalaba los posibles efectos anticompetitivos de esas regulaciones³⁶.

³⁶ Federal Trade Commission. Letter Re: Second Proposed Rulemakings Regarding Chapters 12, 14, and 16 of Title 31. 7 de junio de 2013. Puede consultarse en https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/advocacy_documents/ftc-staff-comments-district-columbia-taxicab-commission-concerning-proposed-rulemakings-passenger/130612dctaxicab.pdf.