

Reseña de material bibliográfico

Una revisión de:

Between competition law and regulation: hybridized approaches to market control,
Niamh Dunne¹

**Enfoques Híbridos de Competencia y Regulación y sus implicaciones para la
aplicación de la nueva LFCE,**

Jessica Lizeth González²

La autora expone un aspecto controversial en la discusión del derecho de la competencia, la regulación y del diseño de órganos reguladores: la adopción de instrumentos de supervisión de mercado “híbridos” –entendidos como una combinación entre los instrumentos tradicionales del derecho de competencia y los de la regulación sectorial. Para ello, se analiza la experiencia internacional de modelos híbridos a fin de ilustrar tanto las ventajas de superar la dicotomía tradicional entre competencia y regulación sectorial y de permitir una interacción estrecha entre sus herramientas como también exponer los riesgos potenciales de combinar instrumentos y facultades que generalmente se rigen por normas distintas y pueden tener objetivos dispares.

Entre los ejemplos de instrumentos híbridos de competencia y regulación que se evalúan destacan:

- Los estudios de mercado orientados a identificar no solamente el comportamiento de empresas en lo individual sino también problemas estructurales en el mercado. Las investigaciones realizadas por la autoridad de competencia en el Reino Unido conforme a la *Enterprise Act* de 2002 constituye el mejor ejemplo de un instrumento híbrido tanto en la etapa de estudio como en la de acciones remediales. En contraste, la regulación de la Unión Europea incluye estudios de mercado de naturaleza híbrida en el análisis pero que aplica por separado medidas tradicionales de competencia y/o de regulación en la fase correctiva.
- Las disposiciones que imponen los principios de competencia en facultades o actos concretos de tipo regulatorio. Dunne ofrece como ejemplo la Sección IIIA del *Competition and Consumer Act 2012* de Australia, referente a la regulación de insumos esenciales.
- Las facultades concedidas a la autoridad de competencia para supervisar y regular el funcionamiento eficiente de los mercados, más allá de las normas convencionales. El documento ejemplifica este supuesto con las facultades otorgadas a la *US Federal Trade Commission* (FTC) en la controvertida Sección 5 de la *Federal Trade Commission Act*.

¹ Dunne, Niamh, 2014, *Between competition law and regulation: hybridized approach to market control*. Marzo, 2014. Disponible en línea: Journal of Antitrust Enforcement Advance Access <http://antitrust.oxfordjournals.org/>

² Estudiante de la Licenciatura en Derecho, Facultad Libre de Derecho de Monterrey.

La dicotomía tradicionalmente delineada entre derecho de la competencia y regulación parece conceptualmente evidente. El derecho de la competencia se enfoca exclusivamente en el bienestar del consumidor y la eficiencia; su aplicación es transversal a lo largo de todo el espectro de la economía; la aplicación de su mandato es *ex post* al sancionar conductas anticompetitivas; y, nunca busca sustituir al mercado sino garantizar su funcionamiento eficiente. La regulación, en cambio, puede tener metas que rebasan los objetivos de eficiencia en los mercados; se enfoca en sectores que exhiben limitaciones para el funcionamiento libre del mercado; es prospectivo al establecer generalmente obligaciones *ex ante*; y, con frecuencia, sustituye al mecanismo de mercado por ordenamientos administrativos. No obstante lo anterior, el límite en la práctica entre derecho de la competencia y regulación es menos definido y su traslape e interacción más estrechos.

No obstante, el propósito del documento no es destacar los traslapes inevitables sino resaltar y evaluar los esfuerzos deliberados de “*hibridizar*” competencia y regulación como una estrategia para mejorar el desempeño general de los mercados más allá de lo que el enfoque tradicional de competencia podría alcanzar. Este “*derecho de la competencia plus*” examinaría no solamente el comportamiento de los agentes económicos sino también problemas estructurales del mercado que no podrían corregirse por otros medios. Al mismo tiempo, de acuerdo con la autora, el *hibridizar* competencia y regulación permitiría disciplinar el marco regulatorio al imbuir principios estrictos de competencia en la aplicación del marco regulatorio.

Por contraposición, Dunne reconoce tres riesgos de un enfoque híbrido de competencia y regulación: el posible deterioro del *estado de derecho* al debilitar los medios de defensa de las empresas afectadas y el incentivo a usar estos mecanismos en lugar de los medios tradicionales del derecho de la competencia aún en circunstancias en que fuesen el mecanismo apropiado; *riesgos de rendición de cuentas* de un órgano con poderes incrementados; y, la posible *inhibición de conductas procompetitivas*.

La *Competition Market Authority* (CMA) del Reino Unido es un órgano facultado para realizar investigaciones de mercado para determinar si existen efectos adversos a la competencia y, en su caso, ordenar las medidas necesarias para remediarlos –atribución que rebasa la facultad tradicional de investigar y sancionar conductas concretas de empresas. Es decir, se le confieren facultades de regulación *ex ante* que van más allá de las facultades tradicionales de sanción *ex post*. La CMA puede ordenar medidas estructurales como eliminar barreras a la entrada o desincorporación de activos; así como prohibir prácticas comerciales o imponer obligaciones de acceso y regulación de precios. Al respecto el Tribunal de Apelaciones ha destacado los amplios poderes conferidos a la autoridad y la necesidad de que al desplegarlos exhiba los más altos estándares de imparcialidad y justicia. En la aplicación de estas facultades, la autoridad del Reino Unido ha seguido criterios que garantizan que solo sean usadas para promover objetivos de eficiencia; cuando no sea viable la corrección vía las facultades tradicionales; y, cuando exista una probabilidad razonable de diseñar correctivos efectivos.

El caso de *British Airports Authority* (BAA) es el ejemplo paradigmático de la imposición de medidas estructurales –en este caso la desincorporación de activos– a un agente económico que no había cometido ninguna conducta ilícita, pero que carecía de los incentivos para invertir en capacidad física y en la prestación de servicios de calidad. Esta situación afectaba a los consumidores y difícilmente hubiese sido corregida con los instrumentos tradicionales del derecho de la competencia.

El artículo reseñado ejemplifica la regulación de acceso a infraestructura –conocida también como la doctrina de insumos esenciales– con la normatividad vigente en Australia. Conforme a dicha regulación, existen tres vías para obtener acceso a un insumo esencial: (i) el agente económico controlador del mismo puede proporcionar el acceso de forma voluntaria previa aprobación de la autoridad; (ii) instrumentación de un régimen de acceso regional por parte de un estado o territorio; (iii) el gobierno o agentes económicos solicitan al *National Competition Council* (NCC) que declaren la existencia de un insumo esencial y el acceso al mismo. El NCC recomienda el acceso a insumos esenciales cuando se satisfacen cinco criterios: (i) el acceso genera competencia en otro mercado; (ii) es económicamente inviable duplicar el insumo; (iii) el insumo tiene un significado nacional; (iv) no existe un régimen de acceso estatal, de territorios, o voluntario; y, (v) el beneficio al interés general. Para la autora, la facultad de regular el acceso previsto por el derecho australiano representa un ejemplo paradigmático de un modelo híbrido.

Implicaciones del estudio para la evaluación de las “*Facultades Incrementales*” de la autoridad mexicana

La nueva normatividad mexicana en materia de *barreras a la entrada e insumos esenciales* puede considerarse un instrumento híbrido similar a las facultades que Dunne denomina “*Antitrust Plus*”. La Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE) se encuentra investida con facultades para prevenir, investigar y combatir no solamente las prácticas monopólicas y concentraciones ilícitas, objeto tradicional del derecho de la competencia, sino, en general, cualquier restricción al funcionamiento eficiente de los mercados. Ello incluye facultades constitucionales para ordenar medidas para eliminar barreras a la competencia; regular el acceso a insumos esenciales y ordenar la desincorporación de activos de los agentes económicos.

Una de las principales críticas a la reforma mexicana reciente en materia de competencia consistió en el tipo de facultades adicionales concedidas a la COFECE y que, se argumentaba, podían desnaturalizarla como autoridad de competencia, convirtiéndola en una especie de regulador multi-sectorial. El temor de que se perdiera el objetivo de alcanzar una economía descentralizada, introduciendo propósitos de política industrial fue un tema recurrente en el debate. La reflexión de Dunne permite repensar las posibles ventajas que superar la dicotomía tradicional competencia-regulación puede producir al tiempo que se destacan también algunos de sus riesgos.



Centro de Estudios del Derecho de la
Competencia y de la Regulación



El presente artículo muestra algunos ejemplos de modelos híbridos que han producido resultados que no hubieran podido lograrse siguiendo el modelo tradicional. Profundizar en las experiencias de modelos híbridos contribuirá a alcanzar un mejor balance en la aplicación de las nuevas facultades de la COFECE –estableciendo principios generales y consistentes de transparencia e imparcialidad que deberán adoptarse en la aplicación del artículo 94 de la LFCE.