



INTER-AMERICAN DEVELOPMENT BANK
SUSTAINABLE DEVELOPMENT DEPARTMENT
OFFICE IN EUROPE



**ORGANISATION FOR ECONOMIC
CO-OPERATION AND DEVELOPMENT**
COMPETITION DIVISION

FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA CUARTA REUNIÓN ANUAL

CONTRIBUCIÓN DE PAÍS

CREANDO RELACIONES CONSTRUCTIVAS ENTRE LAS POLÍTICAS DE COMPETENCIA Y LOS REGULADORES SECTORIALES

Contribución de los Estados Unidos.

La relación entre los reguladores sectoriales en los Estados Unidos y las dos autoridades federales antimonopolio, la División Antimonopolio del Departamento de Justicia (“DOJ”) y la Comisión Federal de Comercio (“FTC”), ha evolucionado durante los pasados 30 años. Antes de la década de los setenta, los reguladores y las agencias interactuaban unas con otras en raras ocasiones. En ese momento, las agencias antimonopolio comenzaron a dedicarse a apoyar a la competencia, a través de la cual ellos intentaron explicar como las diversas políticas regulatorias impactaban a la competencia y el bienestar del consumidor y los potenciales beneficios de la desregulación. Según el entendimiento de las regulaciones de la economía ha ido creciendo, ahora los reguladores federales sectoriales adoptan cada vez más los objetivos de la política de competencia y tienden a compartir un conjunto de objetivos de políticas común con las agencias antimonopolio. Mientras que persisten diferencias en el caso de algunos reguladores, ahora las agencias de competencia y los reguladores sectoriales coordinan y cooperan unos con otros más y más, compartiendo experiencia profesional de la industria y el mercado.

Los distintos reguladores específicos de la industria, tales como la Comisión Federal de Comunicaciones (“FCC”) y la Comisión Federal Reguladora de Energía (“FERC”), y las autoridades federales antimonopolio la DOJ y la FTC, fueron creados en diferentes momentos con diferentes estatutos de autorización. Muchos estatutos regulatorios y agencias fueron establecidas basadas en la convicción de que ciertas industrias eran monopolios naturales. Debido a que los consumidores no podían elegir entre empresas proveedoras alternas, los estatutos sectoriales típicamente brindaban regulación de tasas, términos de servicio, y entrada (Ej. Licencias) y establecieron reguladores sectoriales con el objetivo de proteger a los consumidores de un posible ejercicio de poder del monopolio. En algunos casos, otros objetivos regulatorios fueron también incluidos en los estatutos, tales como promover el acceso universal y la diversidad de opiniones.

Históricamente, por lo tanto, algunos reguladores de la industria han sido responsables de fijar los precios, términos de los servicios, y de regular la entrada, mientras que las agencias antimonopolio se han enfocado únicamente en la competencia. Sin embargo, como se describe más completamente en el documento de la Secretaría¹, el empuje hacia la desregulación de muchos segmentos de la industria en los Estados Unidos sobre las pasadas tres décadas ha llevado a los reguladores sectoriales a enfatizar cada vez más en el análisis de la competencia y respetar la fuerzas libres del mercado.

Apoyo en Teoría y Práctica

En muchos sectores, las agencias de competencia llegaron a entender el potencial para la competencia en industrias históricamente reguladas antes de que los reguladores sectoriales lo hicieran. Los reguladores sectoriales, asumiendo la existencia de monopolios naturales, dieron relativamente poco pensamiento a los asuntos de competencia. En algunos casos, llegaron a ver su papel de proteger el interés público como un requerimiento de protección de

¹ Ver, J. Hilke, Improving Relationships Between Competition Policy and Sectoral Regulation ¶35 (aerolíneas); ¶37 (camiones); ¶¶39-40 (electricidad); ¶46 (servicios postales).

los miembros de la industria de lo que ellos vieron como competencia "injuriosa".

Esto comenzó a cambiar en los años setenta. Según se desarrolló un mejor entendimiento de los costos y beneficios de la regulación, la FTC y DOJ trabajaron con los reguladores y el Congreso para ayudar a aumentar el entendimiento de los beneficios potenciales de la competencia. Un importante paso temprano llegó en 1974, cuando el Presidente del FTC dio un discurso que enlazó los problemas macroeconómicos del país (especialmente inflación) a su política de competencia. Él argumentó que esas regulaciones federales agobiantes de transporte contribuyeron a los problemas, y enfocó en particular en cómo el Consejo Civil de Aeronáutica ("CAB") elevó los precios limitando la entrada de nuevas empresas de transporte y restringir las rutas sobre las que cada línea aérea podía operar, y que la Comisión Interestatal del Comercio ("ICC") sancionó efectivamente la manipulación de precios entre compañías de transporte de camiones. El nuevo interés en desregular el sector de transporte siguió, tal como el de la industria de líneas aéreas por el Dr. Alfred Kahn, Presidente de la CAB al final de la década del setenta. El FTC se ocupó en el apoyo de la competencia para promover la desregulación de líneas aéreas, ferrocarriles, carreteras, camiones y autobuses urbanos. Este apoyo tomó forma no sólo de discursos, sino también de contribuciones formales escritas a las agencias regulatorias y testimonio a los comités legislativos². Al final, tanto la CAB y el ICC fueron abolidos y los mercados donde generalmente se permitía determinar las entradas, salidas, tarifas y términos de servicio.

Las agencias han continuado comprometiéndose en el apoyo para aumentar la competencia en los sectores regulados hasta la fecha. El FTC y DOJ han procurado informar a los reguladores sectoriales acerca del impacto de la regulación en la eficiencia y el bienestar del

² Ver T.J. Muris, *Creating a Culture of Competition: The Essential Role of Competition Advocacy*, Remarks before the International Competition Network (Sept. 2002), disponible en <http://www.ftc.gov/speeches/muris/020928naples.htm>. Se ha estimado que la desregulación del Transporte ha mejorado el bienestar del consumidor en los Estados Unidos en más de \$50 billones anuales. R. Crandall y J.Ellig, *Economic Deregulation and Customer Choice* (1997) en 2.

consumidor y los beneficios potenciales de la desregulación en ciertos sectores de la economía, incluyendo la electricidad, el gas natural, las telecomunicaciones, las transmisiones, la televisión por cable, y la generación y distribución de la electricidad. Según lo indicado en el documento de la Secretaría, el apoyo exitoso de la competencia por parte de la FTC y la DOJ no depende tanto de ningún poder inherente o estatuario sobre el regulador por la autoridad de competencia, sino en la coherencia de los argumentos de las agencia de competencia y su habilidad para construir las relaciones de trabajo con reguladores sectoriales. La agencia debe desarrollar pericia, una reputación de fiabilidad y objetividad, y una relación a largo plazo con el regulador. También debe evaluar continuamente la evidencia frescas y análisis.

Desde que 1995, el FTC o su personal han sometido 22 comentarios de apoyo a la competencia a la FERC en asuntos de electricidad, incluyendo separación de servicios públicos verticalmente integrados; evaluando y mitigando el poder horizontal del mercado en la generación; reformando la fijación de precios de la transmisión; mejorando la revisión de la fusión de FERC; promoviendo a operadores de sistema independientes efectivos; pantallas de fuerzas de mercado para las autoridades para cargar tasas a mayoristas basadas en el mercado; y el diseño uniforme del mercado para mercados mayoristas de electricidad. Además, otros 22 comentarios del personal se sometieron para expresar el nivel de las comisiones de los servicios en asuntos de electricidad en asuntos tales como competencia de venta al por menor, el tratamiento regulativo de servicios eléctricos con afiliados no regulados; recuperación de costos en dificultades; e introducir fijación de precios sensibles a la demanda. Los esfuerzos de apoyo de FTC en el sector de la electricidad se examinan más adelante en el documento de la Secretaría. Otros ejemplos recientes de apoyo se relacionan con telecomunicaciones, productos farmacéuticos, e intercambio de artículos de consumo a plazos.

La DOJ y FTC a menudo aconsejan a los reguladores específicos de la industria en asuntos que impactan a la competencia. Este consejo puede ser voluntario o, en algunas circunstancias, requerido por el estatuto. Por ejemplo, las agencias antimonopolistas de Estados Unidos, como cualquier persona particular, pueden voluntariamente fichar comentarios

ofreciendo su pericia en competencia en procedimientos regulatorios procede ante agencias independientes. En contraste, algunos estatutos requieren que el regulador busque consejo de las agencias de competencia en algunos tipos de procedimientos particulares. Un ejemplo de tal estatuto es el Acto de Telecomunicaciones de 1996,³ que procura abrir todos mercados de telecomunicaciones en los Estados Unidos, inclusive servicios locales, a la competencia. La sección 271 del Acto de 1996 condiciona la entrada de la Regional Bell Operating Company ("RBOC") en una demostración de que el mercado de larga distancia está abierto a la competencia. A hacer esta determinación, el Acto de 1996 requiere que la FCC consulte con la DOJ y acuerden el "peso substancial" al análisis de DOJ; el FCC no está atado, sin embargo, para seguir el consejo de DOJ.

La Relación entre las Autoridades de Competencia y los Reguladores en la Actualidad

El cambio en el pensamiento en la parte de las agencias regulatorias ha tenido como resultado un cambio paralelo en la relación entre los reguladores y las agencias antimonopolistas. Según las metas comunes han surgido, muchos reguladores trabajan cooperativamente con las agencias antimonopolistas para proteger y promover la competencia, mientras respetan los papeles y responsabilidades de cada uno. La tendencia hacia metas y cooperación compartidas es inconfundible. En algunos sectores, sin embargo, los principios de competencia todavía tienen que ser aceptados completamente. Esto es más pronunciado en algunos (pero de ninguna manera en todos) estados para los sectores que están regulados a ese nivel del gobierno, pero es en unos pocos casos es todavía verdadero a el nivel federal. A veces esto es atribuible a mandatos estatutarios bajo los cuales opera el regulador, pero en otros parece resultar de elecciones de las propias políticas de los reguladores. Por lo tanto, la necesidad de apoyo a la competencia permanece.

La responsabilidad para el Análisis de Competencia

³ 47 U.S.C. (United Status Code - Código de Estados Unidos) § 151 y siguientes

En general, la ley federal antimonopolista de Estados Unidos se dirige a los efectos en la competencia de la conducta de negocios en las industrias reguladas en una de tres maneras. Primero, en unos pocos casos limitados, la conducta está estatutariamente exenta de las leyes antimonopolistas. Un ejemplo es el negocio del seguro, que está exento bajo el Acto de Mccarran-Ferguson.⁴ Además, ciertos convenios entre firmas en la industria naval del océano que están incluidos en la Comisión Marítima Federal están exentos de las leyes antimonopolistas. En tales casos, la compañía regulada dice ser expresamente exenta o inmune a las leyes antimonopolistas. La inmunidad antimonopolista se puede implicar también cuando hay una "clara repugnancia entre las leyes antimonopolistas y el sistema regulatorio."⁵

Segundo, la solución a buscar determina cuál agencia evaluará ciertos tipos de conducta. Las soluciones diseñadas para proteger a la competencia o castigar conductas anticompetitivas pueden ser buscadas por las agencias de competencia, mientras las políticas diseñadas para proteger a consumidores de monopolios regulados pueden ser ejecutadas por los reguladores sectoriales. Por ejemplo, un regulador específico de industria puede tener la autoridad para fijar precios o términos del servicio, pero las agencias de competencia, dependiendo de la industria implicada, pueden tener la habilidad de dirigirse a la conducta anticompetitiva de mercados fuera de la parte regulada de la industria.

Tercero, hay formas de conducta sobre las cuales las agencias antimonopolistas y regulador de industrias específicas tienen jurisdicción concurrente o compartida, normalmente en el área de fusiones y adquisiciones pero también en algunas situaciones en las que no hay fusión. El congreso ha decidido, sobre una base de industria por industria, ya sea otorgar a un regulador de la industria jurisdicción exclusiva sobre asuntos de competencia o establecer jurisdicción concurrente entre el regulador de la industria y las agencias antimonopolistas. Por

⁴Ver 15 U.S.C. §1012(b).

⁵*United States v. Nat'l Ass'n of Securities Dealers, Inc.*, 422 U.S. 694, 719 (1975).

ejemplo, la DOJ tiene jurisdicción en fusiones entre la transmisión de la electricidad y los servicios de generación de electricidad, y la FTC maneja las fusiones dentro de la industria de gas natural y en algunos casos aquellas entre el gas natural e industrias eléctricas. Las agencias de ejecución antimonopolista tienen jurisdicción para cuestionar las fusiones en el gas natural e industrias eléctricas de transmisión aún cuando las transacciones requieran, y hayan recibido, aprobación de la FERC.

En los Estados Unidos, la cooperación y las relaciones cooperativas entre las agencias de competencia y las autoridades sectoriales son más probables cuando comparten metas semejantes. Esto es verdad aún cuando las metas de las autoridades sectoriales son más extensas que las que promueven la competencia. En el sector de telecomunicaciones, la ejecución de la regulación sectorial y la ley de competencia trabajan cohesivamente y se complementan la una con la otra. Según se mencionó arriba, una de las metas declaradas del Acto de 1996 es abrir el sector de telecomunicaciones a la competencia. Bajo el Acto de 1996, la Comisión Federal de Comunicación ("FCC"), el regulador específico de industria para las telecomunicaciones, debe determinar si las transferencias de licencias y autorizaciones de telecomunicaciones sirven al interés público, la conveniencia y la necesidad. El Las normas de la FCC son más amplias que las empleadas por la DOJ, que se enfoca puramente en asuntos de competencia. Las dos agencias difieren también en sus procedimientos y horarios para revisar las fusiones. No obstante, la jurisdicción concurrente de las dos agencias los dirige a cooperar y coordinar sus respectivas investigaciones de fusiones.

Fusiones en industrias reguladas

Los reguladores de industria específicos y las agencias de competencia pueden y cooperan en y coordinan investigación de fusiones. No hay reglas formales que regulen cuando o cuál agencia pueda iniciar el contacto. Típicamente, tal cooperación empieza una vez que las partes hayan fichado con una de las agencias, aunque en casos grandes el contacto puede ocurrir aún más pronto.

En la caso de las fusiones de telecomunicaciones, mientras que las normas de FCC generalmente requieren revelar cualquier comunicación dirigida a los méritos o a el resultado de un procedimiento (ausente un orden preventiva que permite que tal información sea colocada bajo sello), las normas contienen una excepción para reuniones con las autoridades antimonopolio. Aunque la FCC y la DOJ sean así libres de reunirse y discutir las teorías del daño a la competencia, las soluciones y el tiempo propuestos, la DOJ no puede revelar información que haya sido obtenida vía procedimientos obligatorios de las partes ni de terceros si no existe una renuncia.

La adquisición de 2004 por Cingular Wireless Corp. (“Cingular”), de AT&T Wireless Services, Inc. (“AT&T Wireless”), nos proporciona un ejemplo instructivo. La adquisición propuesta, la operación más grande al contado en la historia de Estados Unidos, requirió aprobación de la FCC para la transferencia del espectro y fue susceptible a la revisión antimonopolio por la DOJ. En el tiempo que la fusión propuesta fue anunciada por las partes, la FCC y DOJ comenzaron a cooperar de manera informal. Las dos agencias se encontraron a través del transcurso del verano para discutir las teorías de daño a la competencia y la definición de mercados apropiados, y para compartir información de la industria e ideas sobre cómo realizar los estudios de datos. Estas reuniones permitieron que la FCC recibiera una perspectiva de competencia de la DOJ así como permitió a la DOJ para aprovecharse de la pericia técnica de la FCC relacionada a la industria inalámbrica. Esta pericia técnica fué útil en la evaluación de las solicitudes de eficiencia de las partes. Además, la FCC proporcionó información con respecto a consorcios de espectro actuales y la disponibilidad de espectros adicionales en el futuro. Las dos agencias fueron capaces de comunicarse abiertamente acerca de la información dada a una o a la otra agencia por las partes porque las partes habían otorgado una renuncia que permite que tal información sea compartida. Este intercambio tuvo como resultado el uso más eficaz de los recursos de las agencias y redujo la carga a las partes de producir información.

En octubre de 2004, tanto la DOJ y FCC aprobaron la fusión de Cingular/AT&T Wireless, sujeto a desinversiones en ciertos negocios por las partes, espectros e intereses de sociedad. El número de desinversiones requeridas por la DOJ y FCC eran levemente distintos debido a los diferentes estándares de la revisión. Por ejemplo, la FCC requirió más desinversiones en áreas rurales bajo su estándar de interés público. Un fideicomisario común fue escogido, para supervisar los activos requeridos para ser desinvertidos, por ambas la FCC y DOJ hasta que pudieran ser vendidos. La cooperación entre las agencias en las desinversiones fue útil para perfilar el procedimiento de la desinversión y evitar que las agencias alcanzaran resultados contradictorios. Además, la DOJ fue capaz de compartir su pericia en ordenar y efectuar las desinversiones de todos los negocios en el sector inalámbrico. Antes de esta investigación, el FCC sólo había requerido desinversiones del espectro.

En el área de ejecución antimonopolio en la industria de gas natural, el personal de la FTC consulta de vez en cuando con el personal de FERC para buscar consejo técnico tanto en estructura de la industria y en cómo las políticas regulatorias y procedimientos de la FERC pueden afectar las prácticas de fijación de precios o condiciones de entrada.

Pros y Contras de la Jurisdicción Actual

Hay ventajas y desventajas asociadas con la jurisdicción concurrente o compartida. Una ventaja es que permite que cada agencia servirse de la experiencia otros. Las agencias antimonopolio son expertas generalmente en políticas de competencia mientras que las agencias reguladoras tienen amplio conocimiento de sus respectivas industrias. La interacción entre las dos agencias puede ser especialmente útil en la definición de los mercados, obteniendo estadísticas de la industria, y articular las teorías del daño de competencia. Además, las agencias antimonopolio tienen generalmente mayores poderes de investigación (por ejemplo, el poder de notificar documentos y deposiciones) que las agencias reguladoras.

Una ventaja adicional para la competencia puede venir de los distintos estándares aplicados por la agencia antimonopolio y la agencia reguladora. Las leyes antimonopolio se diseñan para proteger contra el daño de ciertas actividades coordinadas y unilaterales que amenazan el bienestar del consumidor (por ejemplo, manipulación de precios, la monopolización). Con ese estrecho enfoque, las agencias antimonopolio están limitadas a desagraviar sólo el daño que fluye o que puede fluir de la conducta proscrita. En contraste, las agencias reguladoras no sólo están autorizadas desagraviar el daño anticompetitivo en ciertas circunstancias, sino también, a través de su estándar de interés público el estándar, ellos pueden modificar efectivamente las estructuras del mercado.

La jurisdicción concurrente o compartida impone costos en las agencias antimonopolio y reguladoras y las partes, especialmente en el contexto de fusión. Además de los costos en aumento de las transacciones por las partes en el trato con múltiples agencias, una de las desventajas es que la jurisdicción compartida puede llevar a resultados contradictorios. Por ejemplo, la agencia antimonopolio puede decidir no cuestionar una fusión, pero el regulador sectorial puede imponer condiciones relacionadas con competencia para su aprobación. Cuando tanto una agencia antimonopolio y un regulador sectorial se conducen de una misma forma pero tienen diferentes objetivos de competencia bajo su autoridad regulatoria respectiva, pueden surgir diferencias en los enfoques de ejecución pueden surgir y aumentar la dificultad de lograr políticas de competencia coherentes. Cuando las metas son consistentes, por contraste, son más probables los resultados coherentes. Porque los resultados regulatorios pueden variar según como los individuos reguladores ejerzan su discreción, las firmas pueden gastar recursos adicionales para aprender y controlar las preferencias tanto de una agencia antimonopolio como de un regulador sectorial. Pero estos costos pueden ser mitigados por medio de un contacto temprano y regular entre las agencias, lo que puede reducir duplicación de esfuerzos y limitar el riesgo de resultados contradictorios.

Conclusión: los Respectivos Papeles de las Autoridades Antimonopolio y los Reguladores Sectoriales

Es nuestra experiencia que la ejecución antimonopolista es más efectiva tratando con problemas creados en los mercados que, ausente la conducta señalada, apoyarían a la competencia. Por ejemplo, la ejecución antimonopolio es sumamente efectiva cuando su propósito es:

- prevenir fusiones, que probablemente disminuyan la competencia, a través de mandatos o soluciones estructurales como las desinversiones;
- Contradecir conductas anticompetitivas específicas que sean probables de crear o mantener un monopolio en un mercado que de otro modo podría apoyar a la competencia; y
- limitar el daño a mercados, de otro modo competitivos, resultado de convenios entre competidores.

Lo que todas estas prácticas tienen en común es que una solución generalmente se puede desarrollar para permitir que el mercado vuelva al estado de competencia que existió antes de la práctica cuestionada, de tal manera que las fuerzas del mercado – ya sin control por parte del gobierno – otra vez determinen los precios y los resultados. Las leyes antimonopolio de Estados Unidos son ejecutadas por los tribunales y, en el caso de la FTC, una agencia independiente especializada. Tales cuerpos son capaces de crear y hacer cumplir las soluciones que se interponen a conductas anticompetitivas o a su recurrencia a través de prohibiciones claras o soluciones estructurales. Sin embargo, los tribunales y agencias de competencia tribunal no están bien ajustadas para administrar las soluciones que requieren control a largo plazo e intensivo o frecuente.

En contraste, es nuestra experiencia que la regulación por un cuerpo regulatorio puede

ser más efectiva tratando con el fracaso de mercado persistente, tal como mercados que, a causa de sus características sostenibles de monopolio, no pueden sostener estructuralmente competencia.

Los mercados con fracasos persistentes de mercado tienden a ser industrias de infraestructura con características naturales de monopolio como aumentar los retornos a la escala, tal como la transmisión de la electricidad. Donde la regulación es efectiva en costo, el control y ejecución de las condiciones de acceso pueden ser mejor manejados en por una agencia reguladora experta con el conocimiento y recursos adecuados necesarios de controlar y limitar el ejercicio del poder del mercado en una base progresiva. Además, una autoridad regulativa puede ser capaz de promulgar reglas estrechas, específicas de cada industria-específicos para acceder en un procedimiento cuasi legislativo con comentarios públicos.

Las agencias antimonopolio ejecutoras de Estados Unidos no tienen tales herramientas; sino, ellos hacen cumplir una ley general de competencia en contra de participantes individuales de mercado en una base de caso por caso. Por supuesto, aún donde la regulación se necesita, debe tenerse el cuidado de cumplir sus objetivos sin consecuencias involuntarias. Las agencias antimonopolio ejecutoras tienen un papel importante que jugar en compartir su pericia en las políticas de competencia con los reguladores sectoriales de sector para que la regulación a aplicar en una falla demostrada de mercado no restrinja indebidamente a la competencia.

En suma, donde condiciones naturales de monopolio no apoyan a la competencia, es probable que el antimonopolio sea ineficaz y la regulación puede necesitar imitar el funcionamiento de la competencia. Sin embargo, el antimonopolio antes que una regulación es probablemente la mejor manera de dirigirse a los asuntos de las fuerzas del mercado en mercados que pueden sostener estructuralmente la competencia.