

Actualidad extranjera

ANÍBAL ZÁRATE¹

Entre los meses de abril y junio de 2015 la Autoridad de competencia francesa (Autorité de la Concurrence, AFC) realizó una consulta al público² sobre el funcionamiento de la competencia en el sector de los procesos de normalización y de certificación³, tendiente a recoger las observaciones de los actores interesados⁴.

- 1 Doctor en Derecho de la Universidad Panthéon-Assas, Paris II, París, Francia. Docente investigador y director del Grupo de Investigación del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Correo-e: anibal.zarate@uexternado.edu.co Para citar el artículo: Zárate, A. (2015). Actualidad extranjera. *Revista Digital de Derecho Administrativo* n.º 14, Universidad Externado de Colombia, pp. 15-23. DOI: <http://dx.doi.org/10.18601/21452946.n14.03>
- 2 Para esto, la autoridad francesa publicó un documento titulado "Las actividades de normalización y de certificación pro o anticompetitivas?", en el cual presenta un diagnóstico, así como las primeras recomendaciones para conciliar los procesos de normalización y de certificación con el buen funcionamiento de la competencia. Estas recomendaciones son el resultado de una primera investigación sobre el sector abierta en enero de 2014. La autoridad administrativa busca evaluar el funcionamiento de dichos procesos desde que las actividades que recubren fueron reglamentadas por los decretos n.º 2008-1401 de diciembre de 2008 y n.º 2009-67 de enero de 2009.
- 3 En su documento, la AFC indica que la proximidad de estas dos materias no debe ocultar la diferencia en cuanto a los aspectos competitivos que comportan. Mientras que la normalización es por naturaleza no competitiva, como lo son generalmente todas las actividades de carácter legislativo o reglamentario que buscan fijar una regla común, la certificación es una actividad competitiva, toda vez que consiste en solicitar a un experto la verificación de un cierto nivel de calidad o si un conjunto de normas técnicas son respetadas. Este último servicio puede ser realizado por múltiples empresas, las cuales no estarían llamadas a actuar en situación de monopolio (Autortié de la Concurrence, 2015, point 2).
- 4 Inspirándose en instituciones originadas en el derecho federal estadounidense (*notice and comment rulemaking* de la Ley de procedimiento administrativo de 1946), las consultas al público francesas son un mecanismo de participación del público en general y, en especial, de ciertas industrias y actores regulados, que implica, de una parte, la publicación de los temas o del contenido previsto en un proyecto de acto administrativo de carácter general y, de otra parte, la recepción y tratamiento de las observaciones que el público haga sobre el mismo; sobre el derecho comercial como una "amalgama" de *rulemaking* público y privado, v. BÄSEDOW (2008). Las consultas al público se aproximan en sus objetivos al deber de información previsto desde 2011 en el artículo 8.8 del CPACA, disposición que exige la publicación de los proyectos de regulación con el fin de recibir comentarios del público. Se observa cómo el procedimiento francés en este caso tiene una duración más amplia que aquella que en la práctica algunas veces establecen las autoridades colombianas, como la Superintendencia de Industria y Comercio, de 5 días hábiles; término que no

El sector de los procesos de normalización y de certificación que examina la autoridad francesa reagrupa aquellas actividades tendientes a determinar tanto aspectos externos, ligados a las condiciones de seguridad, salubridad, protección del medio ambiente y localización física de las empresas, como aspectos internos relacionados con los procesos de producción, la determinación de los precios, el *quantum* de la producción y las especificidades de los bienes y servicios ofrecidos en los mercados⁵. Se dice que de este modo la normalización contribuye a la realización del interés general como una herramienta de orden público y como instrumento de regulación económica (Autorité de la Concurrence, 2015, point 22).

La normalización industrial⁶ de que trata la consulta lanzada por la autoridad francesa es definida por la doctrina como la actividad dirigida a la elaboración consensuada de documentos de referencia, normas técnicas o estándares que son de cumplimiento voluntario⁷, en los que se unifican y precisan los parámetros aplicables tanto a los productos industriales como a las propias empresas que los producen, con el fin de solucionar los problemas que aparecen frecuentemente en la producción industrial y en las relaciones entre los operadores económicos (Rodríguez-Campos González, 2002, p. 187). Es precisamente en estos términos que esta se encuentra definida por el artículo 1 del Decreto n.º 2009-697 de junio de 2009, al indicar que se trata de una actividad de interés general que busca procurar documentos de referencia elaborados de manera conjunta entre todas las partes interesadas, y que tratan sobre "las reglas, las características, las recomendaciones o los ejemplos de buenas prácticas, relativas a los productos, a los servicios, a los métodos, a los procesos o a las organizaciones...". Se trata de un esquema de regulación mixto (Freeman, 2000, p. 549), en el que el contenido de las reglas será el producto de un consenso entre los diferentes actores involucrados.

Dependiendo de las reglas propias del ordenamiento en que se desempeñen, los organismos llamados a realizar la actividad de normalización pueden ser públicos o privados (Santaella, 2008, p. 65). Para el caso español, los organismos de normalización "son entidades privadas sin ánimo de lucro, cuya finalidad es desarrollar en el ámbito estatal las actividades relacionadas con la elaboración de normas, mediante las cuales se unifiquen criterios respecto

permite una verdadera participación. La norma del CPACA deja, para el caso colombiano, que cada entidad discrecionalmente fije dicho período.

5 Para GASPAR ARIÑO, los aspectos externos serían propios de la actividad clásica de policía administrativa, mientras que los aspectos externos podrían catalogarse como regulación económica, en estricto sentido (ARIÑO, 2003, p. 288).

6 Es preciso advertir al lector que la actividad de normalización trasciende el ámbito de la producción industrial, pudiendo trasladarse también a la esfera de lo cotidiano (SANTAELLA, 2008, p. 61).

7 Pero que, en razón de los beneficios que puede aportar su cumplimiento, tienen vocación de ser seguidas por sus destinatarios.

a determinadas materias y se posibilite la utilización de un lenguaje común en campos de actividad concretos⁸. La intervención del sector privado en una actividad normativa aparece justificada en el ordenamiento francés por el peritaje técnico del que disponen las empresas y por la asimetría entre la información que producen los sectores económicos y aquella que tienen los órganos de regulación⁹. Si la normalización por particulares puede producir efectos positivos en materia de seguridad, compatibilidad, calidad e interoperabilidad de los diferentes bienes y servicios que se ofrecen en el mercado, ella no deja de plantear algunos interrogantes, desde el punto de vista del derecho de la competencia, próximos a las problemáticas que se originan en materia de acuerdos, o bien acerca del progreso económico obtenido, o a propósito de los riesgos de captura de la función de regulación por las empresas reguladas¹⁰. En su análisis del sector, la autoridad indica la necesidad de tener en cuenta el interés general que caracteriza el proceso de normalización industrial (1), antes de presentar los riesgos que existen para una libre competencia en la actividad de certificación (2).

1. NORMALIZACIÓN E INTERÉS GENERAL: LA AUSENCIA DE REPRESENTACIÓN REAL DE LOS INTERESADOS AUMENTA EL RIESGO ANTICOMPETITIVO

En Francia, es una asociación reconocida por los poderes públicos, la Asociación francesa de normalización (AFNOR)¹¹, quien organiza el proceso de normalización, pero la producción normativa está en cabeza de cada una de las comisiones de normalización de la AFNOR y de las oficinas de normalización sectoriales, que reúnen a las empresas interesadas en la elaboración de normas con aplicación en su sector de actividad. Es precisamente en estos escenarios donde podrían realizarse acuerdos que restrinjan la libre competencia eco-

8 Artículo 8 del anexo del Real Decreto 2200 de 1995.

9 El estudio muestra en una primera sección cómo la actividad de normalización es una actividad de interés general que ha sido confiada ampliamente a los particulares (Autortié de la Concurrence, 2015).

10 El documento sometido a observaciones del público advierte cómo, mal controlada o capturada, la actividad de normalización presenta un riesgo de expedición de normas sin justificación, o que respondan a intereses privados, capaces de restringir o de debilitar la intensidad de la competencia en un sector, creando principalmente barreras de entrada artificiales (Autortié de la Concurrence, 2015).

11 La norma debe provenir de un organismo de normalización reconocido por los poderes públicos franceses. Los más conocidos a nivel internacional y europeo son ISO (International Organization for Standardization), CEN (Comité Europeo de Normalización), CENELEC (Comité Europeo de Normalización para lo Electrónico) y ETSI (European Telecommunications Standard Institute). A nivel francés está la AFNOR, después de su fusión con la UTE en el año de 2014.

nómica. En este orden de ideas, la Comisión europea estima que la actividad de normalización puede caer en el campo de aplicación de los artículos del Tratado UE que prohíben los acuerdos anticompetitivos, sea por una disminución de la competencia en los precios, bien por frenar el acceso a nuevas tecnologías, o por la evicción de ciertas empresas por vía de discriminación, impidiéndoles por ejemplo acceder efectivamente al contenido de una norma técnica¹². La autoridad de competencia encuentra de hecho que el proceso actual de fabricación de normas técnicas puede favorecer a ciertas empresas. La ausencia de una definición o de un control del consenso sobre el contenido de la regla técnica permite que estas normas puedan ser adoptadas luego de trabajos piloto, financiados por una sola empresa o por un oligopolio colusivo. Asimismo, estima que la adopción de una norma inadaptada o amañada puede contribuir a volver obsoletas las alternativas viables a una tecnología determinada (Autorité de la Concurrence, 2015, point 28).

Se trata aquí de una cuestión de representación en los procedimientos de normalización¹³, sobre la cual la autoridad francesa deplora la poca eficacia del trabajo de identificación por la AFNOR de los intereses que se verían afectados. A esto se suma el hecho de que la difusión y la forma en que se desarrollan las encuestas públicas no son satisfactorias y transparentes (Autorité de la Concurrence, 2015, point 137). Es justamente con la intención de prevenir cualquier restricción en la participación en la definición de la norma y la poca transparencia en su procedimiento de adopción que la Comisión europea dispuso que "las reglas del órgano de normalización deben garantizar que todos los competidores presentes en o en los mercados que son incluidos en la norma puedan participar en el proceso de determinación de su contenido. Los órganos de normalización deben igualmente disponer de procedimientos objetivos y no discriminatorios para la distribución de los derechos de voto y, cuando así sea, fijar criterios objetivos para la selección de una o varias tecnologías que se incluyen en la norma". Ahora bien, la autoridad de competencia nacional

12 Lo que representa una serie de cuestionamientos que van desde la falta de legitimidad democrática de los órganos de normalización hasta la transgresión de las exigencias constitucionales o legales en materia de publicidad de normas. La doctrina nacional indica que se trata en últimas de resolver el interrogante acerca de cómo pueden ajustarse las normas técnicas a los requerimientos básicos del Estado de derecho, como son la exigencia de certeza y de publicidad de aquello que es la regla jurídica (SANTAELLA, 2008, p. 134). El problema es grave en la medida en que los costos de acceso a estas normas podrían favorecer a las grandes empresas frente a aquellas pequeñas y medianas. La normalización puede constituir un obstáculo financiero a la libre competencia también cuando los costos para adaptar los elementos productivos de las empresas a las nuevas normas son prohibitivos o discriminatorios.

13 En concreto, de una clasificación inadaptada de las categorías de intereses, de la poca consideración dada a las personas interesadas al momento de lanzar los trabajos preparatorios de la norma, de una organización compleja e inadaptada de la AFNOR y de una ausencia de control sobre el consenso.

encuentra que el procedimiento establecido al interior de la AFNOR se aleja de dichas exigencias (ibíd., points 147-150).

La ausencia de transparencia en la labor normativa del órgano de normalización francés puede comportar riesgos para la libre competencia. Tratándose por ejemplo de las normas de compatibilidad¹⁴, la autoridad de competencia observa que el grado o estándar de compatibilidad que es definido en las normas técnicas no resulta de un funcionamiento competitivo sino de la autoridad encargada, la cual no dispone siempre de informaciones necesarias para realizar una óptima elección, o de las empresas del sector, cuyos intereses no son necesariamente convergentes con aquellos de los consumidores. Sin embargo, constata de igual modo que la ausencia de proceso de negociación entre el órgano competente y las empresas presenta también un riesgo de dominación de un estándar inferior, sobre todo cuando se está en presencia de efectos en redes, o cuando los usuarios, dado su número, no están en la capacidad de coordinarse y acoger el estándar más eficaz. Las normas de compatibilidad pueden además llevar a una disminución de la diversidad de productos en el mercado y a un aumento en los costos de producción (ibíd., point 34). En este evento, un procedimiento poco transparente o en donde los intereses no se encuentren bien representados puede significar el uso de la norma técnica como instrumento para eliminar ciertos competidores o para crear barreras de entrada¹⁵. La situación se agrava en algunos sectores donde hay un número grande de actores, en la medida en que los conflictos de intereses se potencializan. No sin mencionar cómo el financiamiento de los procedimientos de normalización puede terminar en acuerdos anticompetitivos, en la medida en que los recursos de las oficinas de normalización sectoriales dependen ampliamente de organizaciones profesionales.

Sobre este primer punto, la autoridad francesa recomienda mejorar el proceso de normalización y en particular: a. una participación de todos los actores afectados en su elaboración; b. una mayor accesibilidad de todos los actores y una simplificación de los trámites; c. tener en cuenta la utilidad de las normas, esto es, su eficacia económica y su capacidad de dinamización de los mercados; d. disminuir el riesgo de captura por parte de grupos de intereses privados, asegurando una mayor transparencia y revisando fuentes de financiación y la organización del órgano de normalización (ibíd., point 160). No obstante, tal como lo manifestó la Asociación francesa de estudios

14 Se trata de aquellas normas que permiten que diferentes productos funcionen unos con otros, como es el caso por ejemplo de un teléfono móvil con todos sus tipos de aplicativos o accesorios.

15 *"Mais mal contrôlé ou capturé, le processus de normalisation dans son organisation actuelle présente un risque de profusion de normes sans justification suffisante et d'utilisation à de fins purement privées. Cette inflation normative pourrait affaiblir l'intensité concurrentielle d'un secteur, en créant notamment des barrières à l'entrée artificielles"* (Communiqué de presse du 13 avril de 2015).

de la competencia (AFEC) en sus comentarios al documento sometido a consulta, no sería conveniente uniformizar los procesos de normalización, en la medida en que las problemáticas y características de los mercados pueden ser diferentes. De ahí que extienda un llamado a la autoridad de la competencia para que profundice en el tema, en especial en aquellos sectores, como el de las nuevas tecnologías, en donde la normalización constituye un desafío real (Association Française d'étude de la Concurrence, 2015). Del mismo modo, señala cómo muchas de las normas son de origen europeo o internacional, por lo que el campo de maniobra de los organismos de normalización franceses es prácticamente inexistente (Autorité de la Concurrence, 2015, point 13). A pesar de un llamado a la no intromisión de los poderes públicos¹⁶, es palpable la necesidad de una mayor participación de los poderes públicos en un sistema de regulación mixto que envuelve un interés general y que, contrario a la actividad de certificación, no es una actividad comercial abierta a la libre competencia.

2. LA CERTIFICACIÓN: ACTIVIDAD COMPETITIVA CONDICIONADA EX ANTE Y CON RIESGO DE DISTORSIÓN EX POST

El documento que fue objeto de las observaciones del público se refiere asimismo a la certificación, esto es, a aquel proceso que consiste en solicitar a un experto la verificación de un cierto nivel de calidad de los productos y la satisfacción de un conjunto de normas técnicas¹⁷. Se trata de un instrumento comercial voluntario que, como las marcas¹⁸, permite a las empresas diferenciarse de sus competidores y les aporta una garantía de conformidad a un referente (ibíd., point 183).

La actividad de certificación, de acuerdo con las normas francesas, no es competencia de la AFNOR y puede ser ejercida por numerosos organismos, llamados "organismos de evaluación de la conformidad" (OEC), los cuales están

16 Para la Asociación francesa de estudio de la competencia (AFEC), "*L'interférence de l'Autorité et/ou des pouvoirs publics semble ainsi être fortement déconseillée*" (punto 14).

17 «*La certification est une procédure par laquelle une tierce personne atteste que le produit ou le service d'une entreprise ou d'un organisme présente un certain nombre de caractéristiques définies dans un document de référence, appelé référentiel de certification...*» (Communiqué de presse de l'ACF de 13 de abril de 2015).

18 Sin embargo, mientras que la marca es un requisito obligatorio para la circulación de un bien o de un servicio en el espacio europeo, que traduce la conformidad de ese bien o servicio con una norma europea ("marquage DE"), la certificación es un instrumento comercial de diferenciación del bien que traduce su conformidad con un referente. En cuanto a la relación que existe entre la propiedad intelectual y los organismos de normalización v. LEMLEY (2002).

acreditados ante la COFRAC¹⁹. Si el proceso de acreditación confiado al COFRAC es considerado en el derecho francés como una misión de servicio público y no entra *a priori* en el campo del derecho de la competencia, ese proceso puede tener repercusiones económicas sobre el mercado de la certificación, abierto este último al juego de la competencia (punto 249).

Estas repercusiones están ligadas a los costos y a las demoras que existen en los procedimientos de acreditación de un OEC frente a la cofrac, lo cual puede frenar el acceso al mercado de la certificación de nuevos competidores. La autoridad francesa arremete de esta manera contra los controles del Estado, el cual no parece estar cumpliendo con lo dispuesto en el considerando 21 del Reglamento CE de 2008. Esta disposición establece que para garantizar que los organismos nacionales de acreditación respondan a las exigencias y obligaciones contenidas en ese mismo reglamento, los Estados miembros deben someterlos a controles regulares y tomar las medidas apropiadas, en caso de ser necesario, incluidas las sanciones²⁰. Tratándose del caso francés, el control del órgano de acreditación está asegurado por una Comisión de auditoría interna (CAI). Ahora bien, el Consejo de administración del COFRAC nombra a los miembros de la CAI, a su presidente y a su vicepresidente. De ahí que existan serias dudas acerca de la independencia del segundo frente al primero.

Asimismo, se advierte una confusión entre el carácter obligatorio o no de la certificación, y los sobrecostos que puede significar para las empresas un recurso sistemático a estos procesos. Si el proceso de certificación depende de cada referente, su obtención está asociada a unos costos que corresponden a los gastos de gestión, valor de los ensayos y auditorías, y derechos de uso de la marca, entre otros.

Preocupa también la ausencia de una separación real entre las actividades de normalización y de certificación al interior de ciertos OEC, como por ejemplo la CSTB para el sector de la construcción, o la confusión existente entre

19 Si la actividad de certificación se encuentra abierta a la libre competencia, ella no puede ser ejercida en ciertos sectores sino por organismos acreditados. De conformidad con el reglamento europeo de acreditación de 2008 (Reglamento CE n.º 765/2008 del Parlamento europeo y del Consejo), cada Estado miembro debe designar un organismo de acreditación. En Francia, se trata del Comité francés de acreditación, COFRAC. Los organismos de certificación se pueden acreditar frente a un organismo de acreditación de otro Estado miembro cuando el organismo de acreditación no es competente para el servicio requerido o cuando no existe un organismo nacional. Si el reglamento trae una especie de principio de no concurrencia entre los organismos de acreditación nacionales, existe la posibilidad de intervención en otros Estados nacionales en los dos casos exceptuados.

20 De conformidad con el considerando 41 del Reglamento de 2008, los Estados miembros deben fijar las reglas relativas a las sanciones aplicables en caso de infracción a las disposiciones de ese mismo reglamento y velar por que estas reglas sean aplicables. Las sanciones deberán ser eficaces, proporcionales y disuasivas, y pueden ser más importantes si el operador económico responsable ha cometido infracciones análogas a las disposiciones del reglamento.

AFNOR y AFNOR certificación. Para la Autoridad de competencia francesa, la participación de ciertos OEC en los procesos de normalización puede conferir a estos últimos una ventaja competitiva, en la medida en que les permite anticipar la norma futura y las operaciones de certificación necesarias al control de su conformidad.

La evaluación del sector emprendida lleva a la autoridad a interrogarse sobre las medidas que son necesarias para evitar una proliferación de normas que se volverían obligatorias de hecho. Luego de recogidas las observaciones, se espera un documento definitivo para finales de 2015. Lo normal sería que estos dispositivos tuviesen una vocación temporal y fuesen remplazados por verdaderas normas, bajo procedimientos y formas que garanticen los derechos de sus destinatarios. Esta alternativa es rebatida por quienes ven irreconciliables el dinamismo de los mercados y la rigidez de las formas. No sin mencionar la asimetría entre la información que estaría en manos del legislador (o de un operador público) y aquella que produce y posee el sector regulado, en caso de pasar de un esquema regulatorio mixto a uno público. Ahora bien, estas asimetrías existen también entre particulares, por lo que los procesos de normalización requieren una participación lo más amplia posible de los intereses involucrados. Entre menos partícipes, mayor sería también el riesgo de captura del órgano de normalización y menor su legitimidad frente a los destinatarios de esas normas. Más allá de las críticas relacionadas con la ausencia de un examen detallado respecto de los efectos anticompetitivos de los procedimientos actuales, y por concentrarse en algunos sectores económicos, el documento elaborado por la autoridad de competencia francesa invita primero a reflexionar, en concreto, sobre la naturaleza y los controles a dichos procesos de expedición y certificación de normas técnicas y, en general, acerca de cuál debe ser el grado de intervención apropiado del Estado "regulador"²¹ en actividades económicas de interés general.

BIBLIOGRAFÍA

ARIÑO, G. (2003). *Principios de derecho público económico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Association Française d'étude de la Concurrence. (2015). *Observations sur la consultation de l'Autorité de la concurrence concernant le processus de normalisation et de certification*. Paris.

21 Para GREGORY SHAFFER, la dinámica de interacción recíproca entre sistemas jurídicos públicos y privados constituye el campo legal en donde la actividad económica tiene lugar (SHAFFER, 2009). Este sería un elemento propio del Estado regulador (CHEVALLIER, 2006).

- Autortié de la Concurrence. (15 de abril de 2015). *Autorité de la Concurrence*. Recuperado el 15 de octubre de 2015, de Autorité de la Concurrence: http://www.autoritede-laconcurrence.fr/doc/consultation_normalisation_avril15.pdf
- BÄSEDOW, J. (2008). The State's Private Law and the Economy: Commercial Law as an Amalgam of Public and Private Rulemaking. *American Journal of Comparative Law* (56), 703.
- CHEVALLIER, J. (2006). L'État régulateur. En M. LOMBARD (dir.), *Régulation économique et démocratie* (29-40). Paris: Dalloz.
- FREEMAN, J. (2000). The Private Role in Public Governance. *New York University Law Review*, 75 (3).
- LEMLEY, M. (2002). Intellectual Property Rights and Standard-Setting Organizations. *California Law Review* (90), 1889.
- RODRÍGUEZ-CAMPOS GONZÁLEZ, S. (2002). Normalización industrial y derecho comunitario de la competencia. *Revista de Administración Pública* (158), 187-212.
- SANTAELLA, H. (2008). *Normas técnicas y derecho en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- SHAFFER, G. (2009). How Business Shapes Law: A Socio-legal Framework. *Connecticut Law Review* (42), 147.