



BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO



AUTORIDAD
DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR
Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA

FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA 10-11 septiembre de 2008, Ciudad de Panamá

-- Sesión I: Provisiones de Competencia en Tratados de Comercio Regional --

Integración de los principios de competencia en los acuerdos comerciales regionales: opciones para los diseñadores de políticas

Nota del Sr. Simon J. Evenett¹

Resumen ejecutivo

1. Tomando como referencia las últimas investigaciones sobre los distintos modos en los que las cuestiones relativas a la competencia se han incluido en los acuerdos regionales de comercio, en el presente documento se identifican diversas opciones políticas que pueden interesar a los responsables de la toma de decisiones al respecto. Estas cuestiones son más amplias de lo que muchos pueden pensar y revelan una creatividad considerable por parte de los negociadores. Se puede dejar a un lado la idea de que los principios de la competencia están totalmente trastornados por el imperativo de liberalizar el comercio, como pueden temer algunas personas de la comunidad del derecho de la competencia. Antes bien, los

1 Profesor de Comercio Internacional y Desarrollo Económico, Universidad de St. Gallen (Suiza) y codirector del programa Comercio Internacional y Economía Regional (*International Trade and Regional Economics*) del Centro para la investigación de la política económica de Londres. Dirección de correo electrónico: simon.evenett@unisg.ch. Se agradecerán los comentarios sobre este documento. En www.evenett.com, figuran otros datos de contacto y documentos. El autor asume la total responsabilidad de la elaboración del presente documento y las opiniones manifestadas no tienen que coincidir necesariamente con las del Banco de Desarrollo Interamericano, ni con las de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. Manifestamos nuestro agradecimiento por la financiación del Banco de Desarrollo Interamericano.

principios de la competencia se utilizan en numerosos capítulos de los acuerdos regionales de comercio para mejorar la gobernanza económica de los mercados, tanto en el ámbito nacional como en el extranjero.

1. Introducción

2. Ya sea mediante la consolidación de las fronteras, la inversión extranjera directa para nuevas instalaciones, las licencias o el comercio, la integración internacional de los mercados de mercancías y servicios continúa avanzando a un ritmo acelerado. Esta integración se ha visto acompañada de avances en la gobernanza económica en el ámbito nacional e internacional. En estos avances se incluyen dos elementos significativos: la promulgación por primera vez de leyes de competencia en numerosas jurisdicciones y el fortalecimiento progresivo en otras; y la proliferación de acuerdos regionales de comercio (ARC), muchos de los cuales han entrado en vigor en la última década. Asimismo los ARC han ampliado su alcance y en la actualidad se han convertido en vehículos para avanzar en la cooperación entre estados y en el establecimiento de valores compartidos (como la promoción de la competencia) en una amplia variedad de cuestiones comerciales, científicas y sociales de interés mutuo; ello supone un paso más allá respecto al objetivo original de dichos ARC, esto es, el intercambio mercantilista de acceso a los mercados de los signatarios. De hecho, tal es la expansión del alcance de los ARC que al referirse a ellos como “acuerdos de comercio” se corre el riesgo de que, con el paso del tiempo, esta denominación resulte cada vez más desorientadora. No obstante, las etiquetas son importantes para algunas personas, sobre todo para aquellas que temen que los imperativos de las negociaciones comerciales definan el color con el que se codifica la cooperación entre organismos estatales en los ARC.

3. El objetivo de este documento es, partiendo de la base de una reciente investigación amplia y pormenorizada sobre los diversos modos en que las cuestiones y los principios relativos a la competencia se han incluido en los acuerdos regionales de comercio, identificar y describir una serie de opciones políticas a disposición de los responsables de la toma de decisiones, ya que contemplan sus prioridades para las futuras iniciativas internacionales sobre la legislación y la política de la competencia. En este momento, estas opciones políticas pueden resultar de especial interés para los países de América Latina y del Caribe. Diversos países de Centroamérica y de Sudamérica han iniciado, o están a punto de hacerlo, negociaciones de ARC con la Comisión Europea, que representa, como es habitual en numerosos ámbitos políticos, a los estados miembros de la Unión Europea. Aquí se plantea la pregunta de si se pueden utilizar estas negociaciones de ARC para promover los intereses específicos de los países de la región. Por el contrario, muchos países del Caribe han aprobado y están considerando la ratificación del Acuerdo Económico de Asociación con la CE. Este acuerdo incluía disposiciones específicas sobre legislación y política de competencia y no cabe duda de que muchas personas querrán que se realice una evaluación del texto final acordado, especialmente a la luz de la enorme controversia que rodea la negociación de este acuerdo.² (Claro está, estas no son las únicas negociaciones de ARC en las que participan los países de Latinoamérica y del Caribe y comentarios similares se podrían aplicar a otras iniciativas.)

4. También es importante especificar de qué no trata este documento. Con las pruebas disponibles, es sencillamente demasiado pronto para emitir un juicio definitivo sobre la eficacia de los diferentes tipos de disposiciones relativas a la competencia que se encuentran en los ARC. Como queda claro en la siguiente sección, que a mí me conste sólo existe un estudio econométrico del impacto de dichas disposiciones (Anderson y Evenett 2006). La ausencia de un organismo con conclusiones cuantitativas sobre estas cuestiones debe matizar con total seguridad cualquier evaluación cualitativa de los méritos de las disposiciones sobre competencia de los ARC y, por este motivo, se debe hacer hincapié en las opciones que existen a disposición de los responsables políticos, en lugar de las recomendaciones. Asimismo, no existe suficiente información sobre los relativos méritos de las medidas para promocionar el derecho y los

2 Dawar y Evenett (2008) es una evaluación de este tipo.

principios de la competencia en los acuerdos comerciales y en cualquier otro acuerdo internacional, como los acuerdos bilaterales entre los organismos de competencia, para que se pueda adelantar una visión definitiva en este documento o, según la opinión del autor, en cualquier otro lugar. A los lectores quizá les interese tener presentes estos aspectos.

5. El resto del presente documento se organiza como se indica a continuación. En la siguiente sección, se resumen las principales conclusiones de los análisis recientes de las disposiciones relativas a la competencia de los ARC. Este resumen resulta útil ya que con posterioridad se ampliaron, y en algunos casos se aclararon, varias de las concepciones iniciales sobre los ARC. Esta explicación constituye la base para describir, en la sección tres, las diversas opciones de los responsables políticos interesados en incluir principios y medidas de competencia en los acuerdos regionales de comercio. Tal como se indicó anteriormente, estas opciones políticas son mucho más amplias de lo que algunas personas puedan pensar. En la sección cuatro de este documento, se proporcionan algunas observaciones a modo de conclusión.

2. Resumen de los análisis recientes de las disposiciones relacionadas con la competencia en los acuerdos regionales de comercio

6. A diferencia de las disposiciones sobre inversión y algunas otras disposiciones de los ARC, ha sido en los últimos años cuando los analistas han comenzado a documentar y evaluar las diferentes disposiciones relativas a la competencia que se incluyen en los ARC.³ Silva (2004) ofreció un análisis inicial sobre estas disposiciones; las contribuciones a Brusick, Alvarez, y Cernat (2005) constituyen otra fuente de información, principalmente sobre la experiencia al respecto de algunos ARC. Durante 2004 y 2005, este autor dirigió una serie de estudios sobre las disposiciones de competencia de ARC específicos (a saber, MERCOSUR, ANZCERTA, Canadá-Chile, Canadá-Costa Rica, UE-México y UE-Sudáfrica) dentro de un proyecto de más envergadura titulado "Competition Policy Foundations for Trade Reform, Regulatory Reform and Sustainable Development" (Bases de la política de la competencia para la reforma comercial, reforma reguladora y desarrollo sostenible)⁴. Antes de estos análisis y de otros posteriores⁵ existía muy poca información acerca de la medida en que estos acuerdos comerciales habían favorecido, o la medida en que habían entrado en conflicto con la correcta aplicación del derecho de la competencia y el avance de los principios sólidos de competencia.⁶

7. El primer análisis comparativo relevante de las disposiciones relativas a la competencia de los ARC partió de dos miembros del personal de la OCDE, Solano y Sennekamp (2006). Estos autores perseguían, entre otros objetivos "la creación de una taxonomía para recopilar y clasificar los acuerdos existentes y el tipo de disposiciones de competencia que contenían" (página 5). Para ello, examinaron minuciosamente los capítulos de derecho de la competencia de 86 ARC, de los cuales el 59% sólo tenía

3 En este documento, se utiliza el término "acuerdo regional de comercio" en lugar de "acuerdo de libre comercio" o "acuerdo bilateral de comercio". El primer término es la denominación oficial que emplea la Organización Mundial del Comercio para este tipo de acuerdos internacionales.

4 Este autor puede proporcionar copias de estos estudios previa petición.

5 En Bourgeois, Dawar y Evenett (2007) se puede encontrar uno de estos análisis cualitativos recientes de las disposiciones de competencia en un conjunto seleccionado de ARC.

6 Con ello no se pretende afirmar que no hubiese información disponible sobre la forma y las consecuencias de las prácticas transfronterizas contrarias a la competencia (la prueba más sólida de ello son los cárteles internacionales) ni sobre los modos en que la aplicación nacional de la ley de competencia puede conducir a resultados que no sean los óptimos (desde la perspectiva de la asignación global de los recursos), ambas cuestiones proporcionan, en principio, argumentos para posteriores medidas internacionales sobre leyes de competencia y cooperación entre organismos de aplicación.

como firmantes a países en vías de desarrollo y en un 27% participaba, como mínimo, un país en vías de desarrollo y un país industrializado. Sin afirmar, en modo alguno, que cada ARC incluía todos los tipos de disposición relativa a la competencia, Solano y Sennekamp observaron que los capítulos sobre competencia que analizaron incluían disposiciones sobre:

1. Adopción, mantenimiento y aplicación de medidas de competencia;
2. Disposiciones de coordinación y cooperación, concretamente, disposiciones generales de cooperación, disposiciones de notificación, disposiciones relacionadas con el intercambio de pruebas y/o información, disposiciones relacionadas con la política de competencia y su aplicación y disposiciones relacionadas con la cortesía negativa y positiva;
3. Las disposiciones que trataban el comportamiento contrario a la competencia, incluidos los acuerdos contrarios a la competencia (horizontales y verticales), el uso indebido del dominio y la monopolización, las ayudas estatales o subsidios, las fusiones y adquisiciones contrarias a la competencia y las disposiciones relativas al potencial para un comportamiento contrario a la competencia por parte de empresas estatales o monopolios estatales;
4. Disposiciones específicas de competencia relativas a los principios de no discriminación, jurisdicción y transparencia;
5. Disposiciones para no aplicar los denominados recursos comerciales (medidas antidumping, derechos compensatorios y protecciones);
6. Disposiciones para limitar la utilización de recursos comerciales;
7. Disposiciones relativas a la resolución de conflictos derivados de la aplicación de las disposiciones de competencia dentro de un ARC y
8. Disposiciones que ofrecen flexibilidad y progresividad, dos formas de trato especial y diferencial, a países en vías de desarrollo firmantes de un ARC.

8. Basándose en esta taxonomía y en el análisis de la misma, Solano y Sennekeamp realizaron una serie de observaciones. La primera observación hace referencia a los argumentos para incluir disposiciones de competencia en los ARC. Los autores defienden que "El comercio es el principio superior" y con ello quieren decir que:

"Aunque algunos acuerdos tienen un lenguaje más explícito que otros, en la mayor parte de los acuerdos analizados, las partes hacen hincapié en que las prácticas contrarias a la competencia pueden minar los objetivos comerciales del acuerdo. Y así, las partes expresan que las medidas adoptadas para combatir el comportamiento contrario a la competencia mejoran los objetivos comerciales del acuerdo" (páginas 8 y 9).

9. Con relación a la frecuencia relativa de los diferentes tipos de disposiciones de competencia incluidas en los ARC, Solano y Sennekamp comentan:

"Una primera observación general es que los ARC adoptan planteamientos diferentes con relación a las normas sustantivas de competencia y el establecimiento de mecanismos sobre cuestiones relacionadas con la competencia. De este modo, es evidente que los acuerdos que contienen más disposiciones que tratan el comportamiento contrario a la competencia suelen tener menos disposiciones relativas a la coordinación y la cooperación entre las entidades nacionales de competencia y viceversa.

La mayor parte de los acuerdos que contienen disposiciones que tratan el comportamiento contrario a la competencia se han formalizado entre países europeos que pertenecen a la CE y que no pertenecen a esta comunidad del sur y el este de Europa. Por otra parte, los acuerdos que se centran más en las disposiciones de coordinación y cooperación se han formalizado en América (o incluyendo una parte de Norteamérica o Sudamérica) y con algunos países asiáticos. Por lo tanto, resulta conveniente distinguir entre dos “familias” de acuerdos, los acuerdos del tipo de la CE y los acuerdos del tipo de EE.UU. " (Páginas 14 y 15).⁷

10. Estos autores comentan que relativamente pocos ARC contienen disposiciones de competencia en fusiones contrarias a la competencia, jurisdicción, la eliminación o aplicación de medidas en defensa del comercio y flexibilidad y no reciprocidad hacia los países en vías de desarrollo. Los autores exponen, asimismo, que los ARC poseen notables diferencias en la forma en que se resuelven las controversias que surgen de la aplicación de las disposiciones de competencia y, en algunos casos, el capítulo de competencia se excluye de la aplicación de cualquier mecanismo de resolución de conflictos de todos los ARC.

11. El estudio de Solano y Sennekamp abrió un importante camino y ayudó a identificar una serie de cuestiones importantes a las que los propios autores no concedieron demasiada relevancia. En primer lugar, su estudio demostró que es necesario que las disposiciones de competencia no se orienten sólo a prácticas contrarias a la competencia, sino también a medidas estatales que puedan alterar los resultados del mercado. Dichas medidas estatales pueden incluir pasos directos, como los subsidios, pero también una influencia estatal indirecta sobre las empresas controladas por el estado y los monopolios estatales. Por este motivo, sería incorrecto concluir que las disposiciones de competencia están destinadas ostensiblemente al sector privado o que son necesariamente contrarias al desarrollo del sector privado. Es totalmente posible elaborar un conjunto de disposiciones de competencia que "**domen al estado**" o a la aplicación del poder estatal.

12. En segundo lugar, su estudio demuestra que las disposiciones de competencia de los ARC crean obligaciones tanto para promulgar leyes de competencia e implantar la legislación como para aplicar con eficacia las leyes de competencia. Por lo tanto, el efecto de estas disposiciones no se limita al comercio internacional y a las empresas nacionales que hacen frente a la competencia internacional, ya que la ley nacional de competencia se puede aplicar a las transacciones comerciales en las que sólo participan partes nacionales, esto es, no extranjeras. En la medida en que la promoción de la competencia en los mercados nacionales es un ingrediente para el desarrollo del sector privado y para ayudar a crecer a empresas competitivas en el ámbito internacional, los ARC pueden ser un instrumento para **mejorar la gobernanza nacional de los mercados**, incluso si la aparente motivación inicial estaba relacionada con el comercio. Asimismo, una obligación para aplicar con eficacia una ley de competencia se podría elaborar de tal modo que tuviese implicaciones para los poderes, los recursos humanos y el presupuesto de una autoridad en materia de competencia. Además, no existe nada que impida que las disposiciones de competencia se elaboren de forma que obliguen a la independencia jurídica de una autoridad de competencia (reconociendo que existen numerosas facetas en la independencia de los organismos de control). En este

7 Para hacer justicia a estos autores, añadir que continúan con el argumento "Asimismo se debe tener en cuenta que, las denominaciones del tipo de la CE y del tipo de EE.UU, no implican que la CE o EE.UU sean miembros de todos los acuerdos de esta categoría. Sino que describen el acuerdo como más orientado hacia la cooperación o hacia las normas sustantivas. Aunque esta distinción sea cierta en muchos de los acuerdos analizados, no se cumple en todos los acuerdos de este estudio. Existe un solapamiento entre estas dos "familias," sobre todo en los acuerdos entre regiones como AELC-México, CE-Chile, CE-México, Chile-Corea o Corea-Singapur. No obstante, esta categorización puede proporcionar una estructura útil para posteriores análisis" (página 15).

caso, las disposiciones de competencia de los ARC pueden tener componentes de **creación de instituciones** o de **protección de instituciones**.

13. En tercer lugar, el estudio de Solano y Sennekamp revela que existen modos diferentes de utilizar las disposiciones de competencia de los ARC para influir en la forma y el alcance de la **cooperación transfronteriza** entre autoridades en materia de competencia. No es necesario confinar dicha cooperación a los debates de planteamientos generales de leyes y políticas de competencia y, como una posibilidad lógica, es posible la cooperación para la aplicación de las leyes de competencia. (De hecho, las disposiciones de cortesía positiva de algunos ARC sugieren que algunas partes negociadoras están abiertas a ciertos tipos de cooperación relacionada con la aplicación). Aquí es necesaria cierta precaución ya que algunas personas consideran que es imposible imponer el grado de cooperación voluntaria entre organismos de aplicación. No obstante, la imposición de la cooperación puede no ser la única opción disponible para los firmantes de los ARC. La pregunta surge sobre si se podría disuadir la no cooperación, quizá mediante el hecho de que las solicitudes incumplidas de cooperación desencadenasen una explicación pública por escrito de la parte no cooperadora o que un organismo de aplicación privase a una parte de algunos beneficios del ARC a consecuencia de haber negado la cooperación. De forma más general, se podría prestar más atención a los resultados prácticos del fortalecimiento de la cooperación entre autoridades de competencia en cuestiones de aplicación y en otras cuestiones y a sutiles incentivos que pudiesen promocionar dicha cooperación.

14. En Anderson y Evenett (2006), se puede consultar una evaluación del estudio de Solano y Sennekamp. Aunque reconocen el importante avance que ha supuesto este estudio, sobre todo para aquellos analistas y responsables políticos que necesitaban una visión general y completa de lo que se podría llamar el panorama de las disposiciones de competencia en los ARC, Anderson y Evenett manifiestan tres reservas relativas al planteamiento adoptado y a las conclusiones extraídas. Anderson y Evenett argumentan que el estudio anterior, que se centraba en las disposiciones de los capítulos de competencia de los ARC, puede omitir modos importantes con los que los principios de competencia y la lógica favorable a la competencia se incluyen en los ARC. Se proporcionaron algunos ejemplos de disposiciones relativas a la competencia incluidas en capítulos de algunos ARC que no trataban sobre competencia, en concreto en algunos sectores de servicios, normalmente telecomunicaciones y servicios financieros, aprovisionamiento gubernamental y propiedad intelectual. Asimismo, se señaló que varios ARC incluían disposiciones que restringían la ayuda estatal o el comportamiento de las empresas controladas por el estado o de su propiedad en capítulos cuyo tema central no era la competencia. Al pasar por alto el primero, se puede minimizar el papel que los ARC pueden desempeñar en la tarea de “domar al estado” o, como algunos prefieren, “equilibrar el terreno de juego.”

15. La segunda reserva es que algunas obligaciones de todo el acuerdo que se recoge en los ARC sobre la no discriminación, la justicia de los procesos y la transparencia se aplican a las disposiciones del capítulo de competencia, sin que el primero se mencione en el capítulo del segundo. Por lo tanto, una obligación general de no discriminar a las entidades comerciales extranjeras podría limitar la capacidad de una autoridad de competencia que puede haberse establecido en virtud de la legislación tras los compromisos adquiridos en un capítulo de competencia de un ARC, para tratar una fusión o adquisición en la que participa una empresa extranjera de forma distinta que en el caso de una combinación de dos empresas nacionales. Por lo tanto, un ARC puede tener implicaciones para la aplicación de la ley de competencia tanto si un ARC cuenta con un capítulo independiente sobre legislación y política de competencia, como si no lo incluye. A fin de determinar si esta reserva se aplica a un acuerdo concreto, es necesario revisar los principios generales u horizontales incluidos en un ARC y en las disposiciones relativas a la entrada en vigor de un ARC.

16. La tercera reserva de Anderson y Evenett hace referencia a la conclusión general de que “el comercio es el principio superior” a la hora de dar forma a las disposiciones de competencia de los ARC.

Es cierto que numerosos capítulos de competencia de los ARC afirman, como defienden Solano y Sennekamp, que existe el objetivo de prevenir la erosión que los actos contrarios a la competencia causan en los posibles beneficios creados por la liberalización del comercio. Sin embargo, Anderson y Evenett proporcionan ejemplos de ARC que hacen referencia directa a los objetivos de la promoción de la competencia, el bienestar de los consumidores y la eficacia de la economía. No se trata de una objeción sin relevancia, ya que un creciente número de los objetivos fijados en los ARC no tiene nada que ver con la liberalización en sí, el mercantilismo y su retórica asociada (a lo que se oponen muchas personas que no pertenecen al ámbito de las negociaciones comerciales). Por lo tanto, quizá sea mejor caracterizar los ARC como instrumentos entre estados para promocionar una serie de objetivos y valores comunes o compartidos, incluidos aquellos relacionados con la competencia.

17. La crítica de Anderson y Evenett fue aceptada por Teh en su análisis recientemente finalizado de las disposiciones relativas a la competencia de 74 ARC (Teh 2008). Por lo tanto, el análisis de Teh puede arrojar luz sobre si los ejemplos y las consideraciones planteadas por Anderson y Evenett (2006) son casos especiales o su relevancia es más general. Teh trazó una correlación de los diversos modos en que las disposiciones relativas a la competencia pasan a formar parte de un ARC y lo aplicó de forma sistemática; para ello, confeccionó una gran tabla que puede resultar una guía de consulta útil para los responsables políticos y los analistas.⁸ El documento de Teh contiene varias conclusiones importantes:

"Mientras que el estudio de la OCDE sugiere que todas las disposiciones de competencia de los ARC hacen referencia al comercio, la correlación sugiere una relación mucho más matizada entre el comercio y la competencia. Si bien los principios de la competencia se incluyen en los acuerdos comerciales, no tienen por qué estar necesariamente subordinados a pruebas o preocupaciones comerciales. En este documento también se pone de relieve la naturaleza no preferencial de un gran número de normas de competencia que se incluyen en acuerdos regionales de comercio, una característica que los diferencia inequívocamente de, por ejemplo, las disposiciones tradicionales de los ARC en el acceso al mercado." (Página 3).

18. Con respecto a la prominencia otorgada a los principios de la competencia en los objetivos generales de los ARC, Teh comenta:

"Mientras que uno espera que la eliminación de obstáculos para el comercio o la expansión del comercio sea universal, una sorprendente proporción de los ARC (42% de la muestra) contempla la promoción y la mejora de las "condiciones de la competencia" entre los socios de los ARC como algunos de los objetivos principales del acuerdo de comercio. Asimismo, diversos ARC (México-Japón, Japón-Singapur y UE-Chile) mencionan explícitamente el establecimiento de la cooperación en el ámbito de la competencia como un objetivo del acuerdo. Esto parece demostrar que muchos ARC conceden un valor intrínseco o independiente a la promoción de la competencia y no consideran que deba estar necesariamente subordinada a los objetivos comerciales del acuerdo." (página 18).

19. Asimismo, Teh observó que más de la mitad de los ARC examinados contenían una obligación general de transparencia, que se debe aplicar a todas las leyes que cubre el acuerdo, o una obligación específica relacionada con la transparencia en el capítulo de competencia del acuerdo. De forma más general, las disposiciones de todo el acuerdo sobre transparencia eran más frecuentes que aquellas relacionadas con la justicia procesal y mucho más frecuentes que aquellas relacionadas con la no discriminación.

8 Concretamente la Tabla 2 de Teh (2008).

20. Con respecto a la inclusión de las disposiciones relacionadas con la competencia en los capítulos sectoriales de los ARC, Teh observa que 15 ARC, que representan sólo el 20% de la muestra, contenían capítulos de inversión que incluían dichas disposiciones. Resulta interesante que en 12 ARC el propio concepto de Trato Nacional en capítulos en los que el comercio son los servicios se define en términos de las “condiciones de la competencia” a las que se enfrentan las empresas nacionales y sus rivales extranjeras. A continuación, se apela a una métrica basada en la competencia para interpretar un concepto importante en el derecho mercantil internacional; aquí, el caballo de la competencia tira del carro y no al revés. Teh también observó que los capítulos de telecomunicaciones de 20 ARC contenían una serie de disposiciones cuya finalidad era disuadir el comportamiento contrario a la competencia de empresas preexistentes y garantizar que las obligaciones públicas de este sector (como las obligaciones de servicio universal) no causasen el efecto de limitar indebidamente la competencia. En los capítulos de transporte marítimo de seis ARC y en los capítulos de servicios financieros de cinco ARC, se encontraron disposiciones relacionadas con la competencia. Por último, pero no por ello menos importante, Teh también describe diversos modos de incluir las disposiciones relativas a la competencia en los capítulos de aprovisionamiento gubernamental de 17 ARC.

21. En conjunto, las observaciones de Teh implican que resulta desorientador observar los ARC desde una perspectiva completamente mercantilista. Sin duda, en la actualidad se pueden redactar disposiciones de los ARC cuya única finalidad sea liberalizar el comercio entre los signatarios. No obstante, se debe reconocer que en muchos ARC se ha rebasado este punto y que se han invocado otras consideraciones como objetivos distintivos de los ARC o se han utilizado en la interpretación de los conceptos comerciales, como el Trato Nacional. Asimismo, el documento de Teh también identifica las circunstancias en las que se permite la discriminación de una empresa si existe preocupación con relación a la competencia, esto es, se prevén las circunstancias en las que el objetivo de limitar la discriminación en el comercio internacional está subordinado a los principios de la competencia. A la luz de estas observaciones, no parece defendible ninguna conclusión global acerca de la prominencia otorgada a cualquier objetivo concreto de los ARC.

22. Además de un debate acerca de la taxonomía de Solano y Sennekamp de las disposiciones de los ARC, Anderson y Evenett (2006) también incluían un análisis empírico de los efectos de los diferentes tipos de disposiciones de competencia en el valor total de las fusiones y adquisiciones transfronterizas que se produjeron en 116 países entre 1989 y 2004. Según mi información, este es el único intento de cuantificar el efecto de las disposiciones de los ARC relacionadas con la competencia. Se ha calculado, de modo conservador, que los países que ya cuentan con una ley que revise las fusiones en su corpus de derecho reciben un 43% más de fusiones y adquisiciones de entrada si han firmado un ARC con una disposición relativa a la transparencia en un capítulo sobre competencia. También se ha calculado, de nuevo de forma conservadora, que los países que han firmado disposiciones de los ARC sobre transparencia, no discriminación, jurisdicción y fusiones contrarias a la competencia reciben un 19% más de fusiones y adquisiciones de entrada. Estas conclusiones sugieren que algunas disposiciones relativas a la competencia influyen en el ritmo de la consolidación corporativa transfronteriza, que suele desencadenarse por la liberalización comercial y, de un modo más general, por la integración del mercado internacional. No obstante, es necesaria cierta precaución ya que no sería deseable basar las recomendaciones políticas en un estudio empírico. Además, aunque este estudio examinó el impacto de algunas disposiciones relacionadas con la competencia (y controladas para otros factores determinantes verosímiles del valor total de las fusiones y adquisiciones de entrada), no comparó el impacto de estas disposiciones con otras iniciativas internacionales que podrían mejorar la aplicación de la ley de competencia en una jurisdicción determinada. Puede resultar muy interesante para los responsables políticos el diferente efecto de las iniciativas internacionales y no sólo los efectos de cualquier instrumento aislado para promocionar la cooperación interestatal. Esta preferencia puede ser perfectamente razonable, pero lamentablemente la escasez de estudios empíricos sobre asuntos relacionados implica que no se puede satisfacer en la actualidad.

23. El último elemento de pruebas muy recientes que se analizará en esta sección está relacionado con la divulgación de ciertas disposiciones de los ARC relativas a la competencia en toda América y en otros lugares. Baldwin, Evenett y Low (2007) examinaron cinco áreas de la política gubernamental que cubrían las disposiciones de los ARC para averiguar si con el tiempo se habían adoptado más normas no discriminatorias. Una de las cinco áreas políticas era el derecho de competencia y se prestó especial atención a tres disposiciones del TLCAN, una de las cuales se encontraba en el capítulo de competencia y otras dos en otros capítulos. Las dos últimas (en concreto, los artículos 1305.1 y 1305.2) proscriben el comportamiento contrario a la competencia por parte de los monopolios estatales en el sector de las telecomunicaciones y obligan a los signatarios a tomar medidas para atajar este comportamiento en dicho sector. Baldwin, Evenett y Low averiguaron que en los 10 años posteriores a la firma del TLCAN, se incluyeron disposiciones idénticas o similares en numerosos ARC. Los datos que figuran al final de este documento resumen la difusión de estas dos disposiciones relacionadas con las telecomunicaciones en América y en Asia Oriental. En 16 ARC posteriores se encontraban disposiciones idénticas o muy similares al artículo 1305.2, lo cual demuestra que una norma no discriminatoria relativa a la competencia se puede difundir en acuerdos regionales de comercio. Se podría decir que existe cierto grado de aprendizaje o referencia entre los acuerdos y que los ARC pueden constituir un vehículo para avanzar en las normas no mercantilistas. En investigaciones posteriores puede ser interesante examinar la medida en que se han adoptado otros principios de competencia en los ARC, ya que no existe ningún motivo para creer, *a priori*, que el acuerdo del TLCAN es excepcional en este sentido.

24. El objetivo de esta sección es resumir las principales averiguaciones de una serie de análisis recientes del contenido y la divulgación de las disposiciones relacionadas con la competencia de los ARC. Aunque el reciente aumento de la investigación sobre estas cuestiones ha ampliado considerablemente nuestro conocimiento de las opciones a disposición de los responsables políticos y ha matizado percepciones previas sobre estas disposiciones de los ARC, se advierte a los lectores que la base probatoria no es suficiente para clasificar definitivamente los diversos modos en que los acuerdos internacionales pueden reforzar la ley nacional de competencia, su aplicación y la cooperación transfronteriza. Claro está que se trata de un área de importante innovación, y quizá incluso de experimentación, por parte de los responsables políticos y esperamos que los análisis futuros arrojen luz sobre los méritos relativos de las iniciativas estatales alternativas en este sentido.

3. Opciones para los responsables políticos

25. La reflexión sobre los avances comentados en nuestra comprensión de las cuestiones de competencia y los ARC dio pie a las siguientes opciones para los responsables políticos, ya que estudian los modos en los que los principios de competencia y las cuestiones relacionadas se pueden incluir en los ARC:

1. Los objetivos del derecho de la competencia (promoción de la eficacia, bienestar del consumidor y mejoras en la asignación de recursos) se pueden incluir entre la finalidad principal de los ARC.⁹
 - a. En la medida en que el objetivo social o económico triunfa sobre los objetivos relacionados con la competencia, las medidas estatales tomadas deben ser aquellas que vulneren lo menos posible los objetivos en materia de competencia. Se pueden incluir disposiciones que garanticen que dichas consideraciones sobre competencia se tengan en cuenta a la hora de

9 Esta opción más la opción descrita en el punto 1a siguiente se podrían aplicar a todos los capítulos relacionados con un sector económico específico (por ejemplo telecomunicaciones, servicios financieros) o con políticas gubernamentales específicas (por ejemplo, política gubernamental, políticas de inversión y políticas de derechos de propiedad intelectual.)

diseñar las medidas estatales, o durante su revisión, corrección y objeción ante cualquier organismo oficial.

- b. El deseo de mejorar el bienestar de los firmantes de los ARC podría manifestarse en prohibiciones en las disposiciones (incluidas excepciones) derivadas de la ley de competencia y otras leyes económicas que promuevan o faciliten las prácticas contrarias a la competencia en la jurisdicción de otra parte. De este modo, se podrían prohibir excepciones de la ley de competencia para cárteles de exportación.
2. Los principios generales de no discriminación, transparencia y jurisdicción podrían aplicarse al contenido y a la aplicación de la ley de competencia de los signatarios.
3. Con relación a las disposiciones de resolución de conflictos de los ARC:
 - a. Las cuestiones relativas al contenido de la ley de competencia de los signatarios y su aplicación podrían incluirse en las disposiciones de resolución de conflictos de los ARC.
 - b. De forma coherente con el afianzamiento de los objetivos de las leyes de competencia, sería admisible una defensa relativa a la competencia de cualquier medida en un procedimiento de resolución de conflictos relacionado con alguna otra cuestión comercial y tendría prioridad, si está establecido, sobre violaciones del trato nacional u otras cláusulas de no discriminación pertinentes.
4. En un ARC se podrían incluir disposiciones que obligasen a los signatarios, durante un período de tiempo especificado, a adoptar leyes de competencia que hiciesen frente a toda una serie de prácticas y resultados contrarios a la competencia cuyo origen fuese tanto privado como estatal.
 - a. Se podría exigir a los signatarios que analizaran las buenas prácticas internacionales establecidas con relación a las medidas de investigación, la transparencia, la jurisdicción y las sanciones antes de elaborar un borrador de una ley de competencia o revisar dicha ley. Se podría conceder el derecho a las autoridades de competencia de los socios de un ARC para realizar valoraciones de los borradores de la ley de competencia de un signatario antes de su presentación ante la asamblea legislativa.
5. Se podrían incluir disposiciones en un ARC que obligasen a los signatarios a habilitar a, como mínimo, una autoridad nacional en materia de competencia con facultades relativas a la defensa de la competencia, incluido el posible derecho de realizar valoraciones de cualquier reglamento gubernamental que pudiese tener consecuencias para las condiciones de la competencia.
6. Se podrían incluir disposiciones en los ARC que reforzasen a los organismos responsables de la aplicación de la ley nacional de competencia, incluidas disposiciones que establezcan que los signatarios deben ofrecer en todo momento:
 - a. A cada organismo de competencia independencia para, como mínimo, disponer del derecho a abrir de forma independiente una investigación y a cerrarla sin interferencias.
 - b. A cada organismo de competencia, recursos humanos y presupuesto para desempeñar las funciones que le han sido asignadas aplicando las buenas prácticas internacionales. Los recursos humanos y presupuestarios insuficientes podrían plantear un problema en la resolución de conflictos entre estados y se podrían establecer comparaciones de los recursos recibidos por organismos homólogos que se considere que actúan según las buenas prácticas internacionales en circunstancias económicas similares.

7. Se podrían incluir en un ARC disposiciones que establezcan la importancia que los signatarios conceden a la cooperación entre autoridades de competencia y entre otros organismos estatales a los que una autoridad de competencia pueda solicitar asistencia. Asimismo, se podría especificar que:
 - a. La cooperación en la aplicación de la ley de competencia es tan importante como la cooperación entre las autoridades de competencia.
 - b. El hecho de que un signatario no certifique que una autoridad de competencia de otra parte no ha proporcionado una cooperación coherente con los objetivos del ARC podría dar lugar a requisitos de notificación y a sanciones. Dicha ausencia de certificación podría generar una resolución de conflicto.
8. Se podrían incluir procedimientos de revisión en un ARC mediante los cuales las autoridades de competencia de los signatarios elaborasen informes sobre el grado en que se han alcanzado los objetivos generales y específicos relacionados con la competencia de los ARC desde su entrada en vigor. Se podrían identificar posibles reformas futuras, incluida la negociación de acuerdos más sólidos entre organismos o entre gobiernos. Dichas revisiones podrían llevarse a cabo con una frecuencia establecida, por ejemplo cada cinco años.

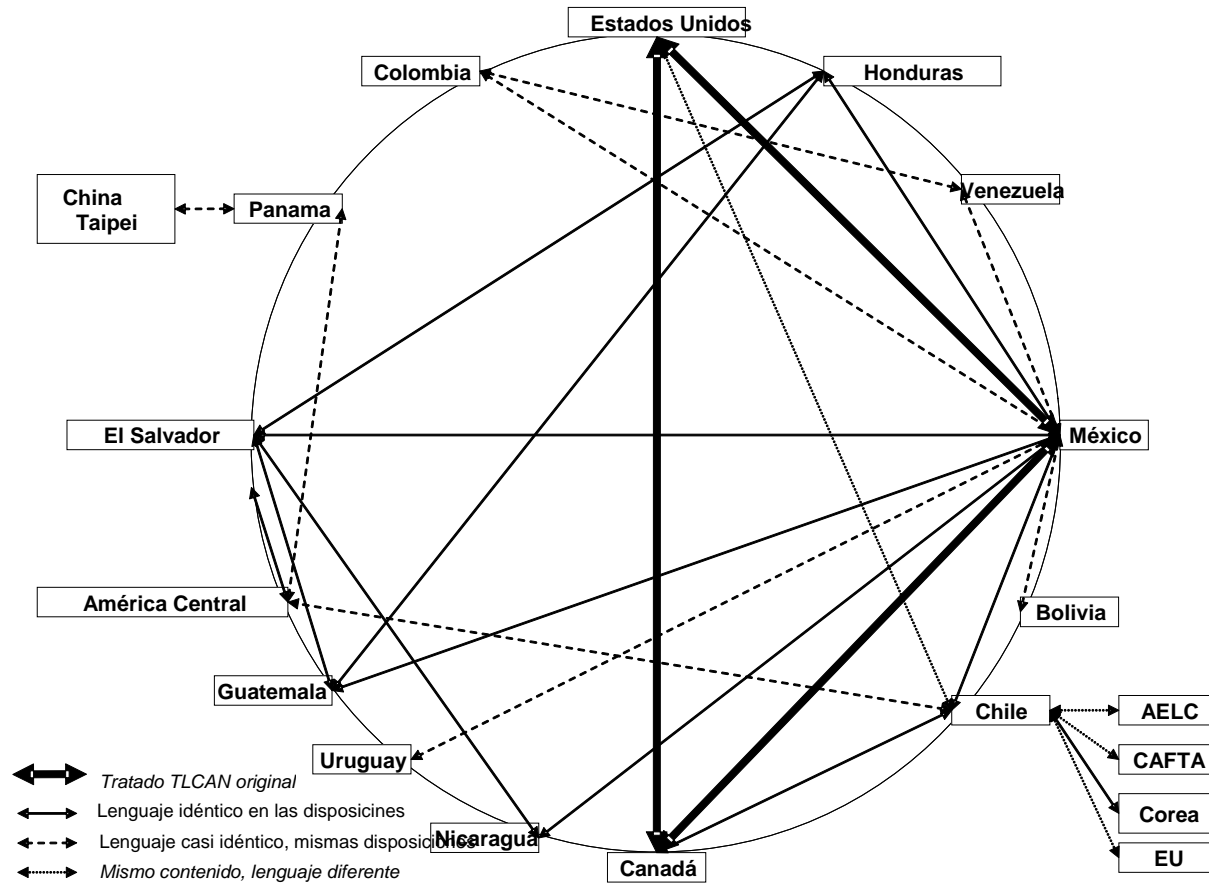
4. Conclusiones

26. Los acuerdos regionales de comercio ya no son lo que eran. Su alcance, los valores avanzados y las medidas y los sectores cubiertos se han ampliado considerablemente en los últimos años; tanto es así que definir a los ARC como acuerdos mercantilistas es incompleto y, en última instancia, desorientador. ¿Por qué afecta esto a las autoridades de competencia y a los profesionales asociados? Lo que ocurre es que en la actualidad numerosos ARC no incluyen únicamente capítulos dedicados a la ley de competencia y a su aplicación, sino que han intentado afianzar los principios de la competencia en los objetivos generales de dichos acuerdos y en la implantación de una serie de leyes con un posible impacto económico significativo. Para determinar qué oportunidades proporciona la reciente proliferación de ARC y, por lo tanto, qué oportunidades se podrían dejar pasar, es necesario evaluar las opciones de las que disponen los responsables políticos. Por consiguiente, el objetivo de este documento fue resumir las últimas conclusiones de los análisis de los ARC que contienen disposiciones relativas a la competencia y presentar una amplia variedad de medidas que podrían ayudar al establecimiento de prioridades en las negociaciones de los ARC y en otras iniciativas internacionales relacionadas con la ley de competencia y su aplicación.

Referencias

- Anderson, Robert D. y Simon J. Evenett (2006), Incorporating competition elements into Regional Trade Agreements: Characterization and Empirical Analysis, Internet: <http://www.evenett.com/working/CompPrincInRTAs.pdf> (del 27 de junio de 2008).
- Baldwin, Richard, Simon J. Evenett y Patrick Low (2007), Beyond Tariffs: Multilaterising Deeper RTA Commitments, documento presentado en la Conferencia OMC-HEI sobre "Multilateralising Regionalism", 10-12 de septiembre de 2007, Sala de conferencias II, OMC, Ginebra (Suiza).
- Bourgeois, Jacques, Kamala Dawar y Simon J. Evenett (2007), A Comparative Analysis of Selected Provisions In Free Trade Agreements, informe elaborado por DG Comercio, Comisión Europea.
- Brusick, Philippe, Ana Maria Alvarez y Lucian Cernat (2005), editores, Competition Provisions in Regional Trade Agreements: How to Assure Development Gains. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. Ginebra.
- Dawar, Kamala y Simon J. Evenett (2008). CARIFORUM-EC EPA: An Analysis of its Government Procurement and Competition Law-Related Provisions. Informe elaborado por GTZ. Junio.
- Solano, Oliver y Andreas Sennekamp (2005), Competition Provisions in Regional Trade Agreements, OECD Trade Policy Working Paper No. 31, COM/DAF/TD(2005)3/FINAL.
- Silva, Vernoica. (2004). Cooperation on Competition Policy in Latin America and Caribbean Bilateral Trade Agreements, documento presentado en APEC 2004 Economic Outlook Symposium, Santiago (Chile) 12-13 de agosto.
- Teh, Robert. (2008). Competition Provisions in Regional Trading Agreements. Mimeo. Organización Mundial del Comercio. Abril.

Adopción de normas comunes/similares: divulgación del art. 1305.1 del TLCAN



Adopción de normas comunes/similares: divulgación del art. 1305.2 del TLCAN

