

Unclassified

DAF/COMP/LACF(2013)18

Organisation de Coopération et de Développement Économiques
Organisation for Economic Co-operation and Development

19-Aug-2013

Spanish - Or. English

**DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS
COMPETITION COMMITTEE**

DAF/COMP/LACF(2013)18
Unclassified

LATIN AMERICAN COMPETITION FORUM (Spanish Version)

FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA

Sesión II: Acuerdos regionales de competencia

Contribución de los Estados Unidos

3 y 4 de septiembre de 2013, Lima, Perú

Se hace circular el documento adjunto elaborado por los Estados Unidos PARA SU DEBATE en la Sesión II del Foro Latinoamericano de Competencia que se llevará a cabo los días 3 y 4 de septiembre de 2013 en el Perú.

Contacto: Mr. Mario UMAÑA
Correo electrónico: mariou@iadb.org

JT03343632

Complete document available on OLIS in its original format

This document and any map included herein are without prejudice to the status of or sovereignty over any territory, to the delimitation of international frontiers and boundaries and to the name of any territory, city or area.

Spanish - Or. English



FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA

-- 3 y 4 de septiembre de 2013, Lima (Perú) --

Sesión II: Acuerdos regionales de competencia

CONTRIBUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS

1. Los Estados Unidos han concluido varios acuerdos comerciales en las Américas que contienen capítulos relativos a la competencia: el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), el Acuerdo de Libre Comercio EE.UU.-Chile y los Acuerdos de Promoción Comercial con Perú y Colombia. Otros dos acuerdos suscritos por los EE.UU., el Tratado de Libre Comercio en Centroamérica (TLC) y el Acuerdo de Promoción Comercial EE.UU.-Panamá, no contienen cláusulas en materia de competencia.¹ Cabe señalar que los Estados Unidos o sus organismos (“agencias”) de defensa de la competencia, la Comisión Federal de Comercio (FTC) y la División Antimonopolio del Departamento de Justicia (DOJ), han suscrito varios acuerdos antimonopolio en esta región. El presente artículo versará primordialmente sobre el TLCAN y los acuerdos de cooperación de la región.

1. Las disposiciones del TLCAN en materia de política de competencia

2. El TLCAN fortalece, sin suplantarlo en absoluto, las leyes nacionales sobre competencia del Canadá, México y los Estados Unidos. El Capítulo 15 del TLCAN trata de la política de competencia, los monopolios designados y las empresas públicas. Dicho capítulo contempla dos tipos de comportamiento bien diferenciados: el comportamiento comercial anticompetitivo y ciertas conductas gubernamentales que pueden afectar negativamente al comercio. Con independencia del TLCAN, una red de acuerdos bilaterales de cooperación antimonopolio definen las relaciones funcionales entre las cuatro autoridades de defensa de la competencia del ámbito TLCAN. Si bien dichos acuerdos imponen obligaciones vinculantes a las tres partes contratantes, ninguno de esos derechos u obligaciones está sujeto a un procedimiento formal de solución de controversias, salvedad hecha de ciertas disposiciones referentes a los monopolios oficialmente designados y a las empresas públicas.

¹ El Acuerdo de Asociación Transpacífico, actualmente en curso de negociación, contiene proyectos de disposiciones en materia de competencia que, en caso de ser finalmente adoptados, serán aplicables a varios países de la región, entre ellos los Estados Unidos, el Canadá, Chile, México y el Perú.

1.1 *Comportamiento comercial anticompetitivo*

3. El núcleo de las disposiciones del TLCAN sobre el comportamiento comercial anticompetitivo figura en su art. 1501. Dicho artículo prescribe que “cada una de las Partes adoptará o mantendrá medidas que prohíban prácticas de negocios contrarias a la competencia y emprenderá las acciones que procedan al respecto.” El art. 1501 guarda silencio en torno a la naturaleza y forma de las posibles medidas y el art. 201 define el término “medida” como “cualquier ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica”. En la práctica, sin embargo, las tres Partes han promulgado legislación acorde con el art. 1501, a saber: la Ley Sherman, la Ley Clayton y la Ley sobre la Comisión Federal de Comercio en los Estados Unidos; la Ley sobre la Competencia en el Canadá; y la Ley Federal sobre la Competencia Económica en México. El TLCAN se abstiene igualmente de especificar cuáles podrían ser “las acciones que procedan al respecto” en caso de comportamiento comercial anticompetitivo.

4. El TLCAN estipula asimismo que las Partes cooperarán a efectos de los aspectos prácticos de la aplicación de las leyes sobre la competencia, por ejemplo la notificación, la consulta o el intercambio de información. La disposición no contempla específicamente la cooperación a nivel de las autoridades de competencia de las diferentes Partes. Como se verá más adelante, la cooperación entre agencias de defensa de la competencia es regulada por un trío de acuerdos bilaterales de cooperación antimonopolio ajenos al marco jurídico del TLCAN.

5. El art. 1501 dispone que “ninguna de las Partes podrá recurrir a los procedimientos de solución de controversias de este Tratado respecto de cualquier asunto que surja de conformidad con este artículo”, estableciendo en su lugar un procedimiento de consulta destinado a zanjar las diferencias de opinión que pudieren suscitarse en torno a la eficacia de las medidas instituidas por una Parte para combatir los comportamientos comerciales anticompetitivos. Dicho mecanismo no ha sido nunca utilizado por las Partes.

1.2 *Conductas gubernamentales que pueden afectar negativamente al comercio*

6. A sabiendas de que la actuación gubernamental puede ocasionar distorsiones de la competencia, los arts. 1502 y 1503 imponen disciplinas comerciales limitadas en dos situaciones en las que la conducta gubernamental puede menoscabar la competencia. Se da la primera de dichas situaciones cuando el Estado autoriza oficialmente un monopolio; la segunda concurre cuando el propio Estado explota una empresa comercial. Una empresa de propiedad estatal que poseyera un monopolio oficial incurriría en ambas disciplinas.

7. Ambas disposiciones reafirman el derecho que asiste a cualquier país miembro del TLCAN a designar oficialmente monopolios o establecer y explotar empresas estatales. De hecho, ambas figuras jurídicas existen en los tres Estados miembros del Tratado. Canada Post, United States Postal Service y Petróleos Mexicanos (PEMEX), por ejemplo, son empresas de propiedad estatal poseedoras de monopolios designados en ciertos sectores, pero todas ellas desarrollan además un considerable volumen de operaciones al margen de los mercados monopólicos declarados. Los arts. 1502 y 1503 no proscriben los monopolios, sino que se ciñen a limitar la capacidad del Estado para distorsionar el comercio o entorpecer la inversión mediante la propiedad estatal o la designación de monopolios.

1.2.1 *Monopolios oficialmente designados*

8. Una única disciplina del TLCAN es aplicable a todos los monopolios oficialmente designados, independientemente de que dicha declaración haya tenido lugar a nivel federal o a nivel subfederal (es decir, a nivel estatal, provincial o territorial). El art. 1502(2) estipula que al declarar un nuevo monopolio las Partes deberán, en la medida de lo posible, notificar de ello a las demás Partes afectadas por la declaración y esforzarse por introducir condiciones que compensen la pérdida de beneficios eventualmente

irrogada en el contexto del Tratado por la declaración del monopolio. La aplicabilidad de las demás disciplinas dependerá de quién posea el monopolio, quién lo designó oficialmente y cuándo fue designado.

- Normas de aplicabilidad

Las normas que rigen la aplicabilidad de las demás disciplinas son bastante complejas. Dichas disciplinas son aplicables a los monopolios controlados por el Gobierno federal de una Parte del TLCAN que existían ya el 1 de enero de 1994 (fecha de entrada en vigor del TLCAN) o que hubieren sido designados con posterioridad a dicha fecha; pero no en cambio a los monopolios controlados por entidades subfederales. Son aplicables asimismo a las empresas privadas que hubieren sido designadas como monopolios oficiales por un gobierno federal o subfederal posteriormente a la fecha de entrada en vigor del TLCAN.

El Capítulo 15 del TLCAN puntualiza claramente que las disciplinas sobre los monopolios designados no son aplicables en caso de que el monopolio deba su existencia exclusivamente a una cesión de derechos de propiedad intelectual.

- Las disciplinas sobre monopolios designados que cumplen las normas de aplicabilidad

El art. 1502 establece cuatro disciplinas sobre los monopolios designados que cumplen las normas de aplicabilidad.

En primer lugar, el art. 1502(3)(a) restringe la posibilidad de que los Gobiernos utilicen monopolios oficialmente designados para circunvenir otras obligaciones definidas por el TLCAN en los casos en que éste delega en dichos monopolios determinadas facultades gubernamentales como por ejemplo la facultad de conceder licencias de importación o exportación, la facultad de aprobar transacciones comerciales o la facultad de imponer cuotas, tasas u otros gravámenes.

En segundo lugar, dicho artículo estipula que los monopolios designados han de guiarse por consideraciones comerciales en lo referente a la compra o venta del bien o servicio que es objeto del monopolio, salvo en la medida de lo necesario para cumplir la finalidad para la que se instituyó el monopolio. Esta cláusula permitiría al monopolista negociar los bienes o servicios del monopolio designado a un precio artificialmente elevado o reducido si así lo requirieren los términos de la atribución del monopolio (por ejemplo, si la finalidad del monopolio consistiera en suministrar alimentos básicos a un precio inferior a su costo), pero en todos los demás respectos obligaría al monopolista a negociar “con arreglo a consideraciones comerciales”, fórmula ésta que remite a las prácticas comerciales “normales” de las empresas de propiedad privada activas en el correspondiente ramo comercial o industrial.

En tercer lugar, el monopolista designado debe conceder un trato no discriminatorio a las inversiones de los inversores de las otras Partes, así como a las mercancías y a los prestadores de servicios de las otras Partes, al comprar o vender el bien o el servicio que es objeto del monopolio en el mercado considerado.

En cuarto lugar, el art. 1502 restringe la posibilidad de que un monopolista oficialmente designado como tal haga uso de su monopolio oficial para arrogarse una ventaja anticompetitiva en un mercado no monopolizado. Ello incluye, por ejemplo, el hecho de que una empresa haga uso de su posición de monopolio designado para cometer prácticas anticompetitivas en un mercado no monopolizado de su territorio con ánimo de causar perjuicio a una inversión de un inversor de otra Parte, en particular mediante el suministro discriminatorio del bien o el servicio que es objeto del monopolio, o bien por medio de subvenciones cruzadas o de un comportamiento abusivo.

1.2.2 *Empresas estatales*

9. El artículo referente a las empresas estatales presenta un alcance más limitado que el artículo relativo a los monopolios oficialmente designados. Contiene una cláusula semejante que restringe la posibilidad de que los Gobiernos utilicen empresas estatales con el fin de circunvenir ciertas obligaciones definidas por el TLCAN en los casos en que éste delega en las empresas estatales determinadas facultades gubernamentales como por ejemplo la facultad de conceder licencias, expropiar, aprobar transacciones comerciales o imponer cuotas, tasas u otros gravámenes.

10. La única otra disciplina aplicable a las empresas estatales consiste en que las Partes vienen obligadas a velar por que dichas empresas concedan un trato no discriminatorio al vender sus bienes o servicios a inversiones de inversores de otros Estados firmantes del TLCAN.

1.2.3 *Solución de controversias*

11. Los arts. 1502 y 1503 relativos a los monopolios designados y a las empresas estatales se hallan de manera general sujetos al mecanismo de solución de controversias entre Estados del TLCAN. Ciertas disposiciones referentes a las empresas estatales o a los monopolios oficiales se hallan también sujetas al mecanismo de solución de controversias entre inversores y Estados que se describe en el capítulo del TLCAN relativo a las inversiones. Un inversor puede, por su propia iniciativa o en nombre de una empresa cuyo control ostenta, presentar una reclamación basada en las disposiciones contra la elusión aplicables a las empresas estatales y a los monopolios designados siempre que la infracción fuere en menoscabo de los derechos atribuidos al inversor en virtud del capítulo del TLCAN relativo a las inversiones. En cambio, el art. 1501 relativo a temas antimonopolio no está sujeto a la solución de controversias.

2. **Cooperación antimonopolio entre las Partes del TLCAN y en la Región**

12. La obligación impuesta a las Partes del TLCAN de cooperar en orden a la aplicación de las leyes sobre competencia viene redactada en términos generales y hace referencia primordialmente a la política de observancia. La cooperación de las agencias antimonopolio de los Estados Unidos con sus homólogas canadienses y mexicanas en materia de aplicación es regulada por acuerdos bilaterales de cooperación antimonopolio suscritos con el Canadá y México. Dichos acuerdos son independientes del TLCAN y apuntan a fomentar la cooperación bilateral entre las agencias de defensa de la competencia, no a cumplir una obligación instituida por el TLCAN. Los acuerdos bilaterales de cooperación entre las tres Partes son importantes a causa de su proximidad, los estrechos vínculos de cooperación existentes y el volumen de comercio entre ellas. En otras zonas de la región, los EE.UU. tienen acuerdos bilaterales de cooperación con el Brasil y Chile. Estos últimos acuerdos son fundamentalmente análogos a los concertados con el Canadá y México y han facilitado un nivel creciente de cooperación en materia de observancia y de política entre las respectivas agencias.

2.1 *Los acuerdos bilaterales*

13. Los Estados Unidos han concluido con el Canadá y México sendos acuerdos bilaterales de cooperación que se asemejan en una serie de aspectos. Con algunas variaciones de fraseología, ambos tienen por objeto promover la cooperación y la coordinación entre las autoridades de defensa de la competencia; evitar conflictos surgidos de la aplicación de las leyes de las Partes en materia de competencia; minimizar la repercusión de los desacuerdos en torno a sus respectivos intereses esenciales; y garantizar la preservación de la confidencialidad de todas las informaciones intercambiadas por las agencias.²

² Una importante variación consiste en que el acuerdo EE.UU.-Canadá contiene asimismo cláusulas relativas a las prácticas de mercado engañosas, lo cual refleja la jurisdicción común de protección de los consumidores / prácticas comerciales equitativas compartida por la Comisión Federal de Comercio y la Oficina de Competencia canadiense.

14. Los dos acuerdos contienen cláusulas similares en materia de notificación. Ambos estipulan que cada Parte notificará a la otra las actividades de aplicación que afecten a los intereses esenciales de ésta, a saber: (i) las actividades concernientes a las actividades de aplicación de la otra Parte; (ii) en ausencia de fusión, las actividades anticompetitivas realizadas en una medida apreciable en el territorio de la otra Parte; (iii) las fusiones que involucraren a una entidad de la otra Parte; (iv) el comportamiento supuestamente exigido, estimulado o aprobado por la otra Parte; (v) los recursos que afectaren al territorio de la otra Parte; y (vi) la búsqueda de información en el territorio de la otra Parte. Los dos acuerdos reconocen además que los funcionarios de cada Parte tendrán derecho a cursar visitas de inspección al territorio de la otra Parte en el curso de una investigación, previa la oportuna notificación y una vez obtenido el correspondiente consentimiento.

15. Estas disposiciones sobre la cooperación y la coordinación se hallan sujetas a dos importantes limitaciones: ninguna de las Partes podrá ser obligada a suministrar información que se halle protegida por sus leyes de secreto, como tampoco a obrar de un modo que fuere incompatible con sus leyes o que hubiere de exigir la introducción de cambios en sus leyes vigentes. Según cuál sea el país afectado, ello podrá incluir la comunicación de la información públicamente disponible; de la información con respecto a la cual la Parte comunicante hubiere renunciado a la protección de las leyes de secreto; y una categoría limitada de información que se mantiene confidencial en virtud de una práctica de agencia (denominada en ciertos contextos “secreto de agencia”) pero que no está protegida por las leyes de confidencialidad. En muchos casos, las agencias estadounidenses pueden comunicar este tipo de información siempre y cuando cuenten con una garantía suficiente de trato confidencial.³ Comoquiera que la mayor parte de esta información también podría ser comunicada en ausencia de un acuerdo, el grado de cooperación efectiva directamente resultante de estas disposiciones es más modesto de lo que pudiera creerse a primera vista. De todos modos, la existencia de las disposiciones actúa como catalizador de una cooperación intensificada.⁴

16. Los Estados Unidos tienen también legislación que autoriza a las agencias estadounidenses a negociar acuerdos de asistencia mutua antimonopolio que son igualmente aplicables en materia civil y penal. Se trata de la Ley de Asistencia Internacional para la Aplicación de las Leyes Antimonopolio (*International Antitrust Enforcement Assistance Act*).⁵ El único acuerdo concluido por los EE.UU. en virtud de dicha Ley fue suscrito con Australia en 1999.⁶

17. Los Estados Unidos y el Canadá han concluido un acuerdo de cortesía administrativa. Dicho acuerdo, que no ha sido invocado hasta la fecha, estipula que la agencia antimonopolio de un país podrá solicitar que su homóloga del otro país investigue y adopte las oportunas medidas contra los comportamientos anticompetitivos que causaren perjuicio a los intereses del país solicitante e infringieren las leyes del país requerido. El acuerdo prevé asimismo que la agencia de defensa de la competencia del país solicitante aplazará o suspenderá sus actividades de observancia y se inhibirá en favor del otro país como gesto de cortesía siempre que los comportamientos anticompetitivos extranjeros no afecten de manera directa o primordial a los consumidores del país solicitante o se produzcan principalmente en el territorio del otro país y vayan dirigidos contra éste.

³ Dichas garantías podrán provenir de distintas fuentes, por ejemplo los acuerdos bilaterales de cooperación, la Recomendación del Consejo de la OCDE sobre cooperación entre los países miembros en materia de prácticas anticompetitivas que afectan al comercio internacional (1995) o el Marco de la Red Internacional de Competencia para la Cooperación en Materia de Fusiones.

⁴ Ver R. Tritell y E. Kraus, *The Federal Trade Commission’s International Antitrust Program*, (Marzo de 2013), disponible en <http://www.ftc.gov/bc/international/docs/ftcintantiprogram.pdf>.

⁵ *International Antitrust Enforcement Assistance Act (USA)*, 15 U.S.C. §6201 y sigs.

⁶ Los Estados Unidos han suscrito también Tratados de Asistencia Jurídica Mutua con diversos países de las Américas. Dichos Tratados hacen referencia a temas penales.

2.2 *Aplicación a casos reales*

18. Se producen frecuentes casos de cooperación entre las autoridades del Canadá, los Estados Unidos y México. Una de las áreas de cooperación más corrientes está constituida por las fusiones. Cuando una fusión afecta al Canadá y a los Estados Unidos, por ejemplo, el personal de las respectivas agencias de defensa de la competencia coopera rutinariamente; si procede, se formalizan renunciaciones a la confidencialidad que permiten al personal de las agencias discutir la información obtenida.⁷ Las agencias de distintos países adoptan diferentes líneas de actuación cuando estiman que una transacción surte efectos discrepantes, pero cooperan cuando se trata de encontrar soluciones complementarias.

19. Un buen ejemplo de dicha cooperación es la adquisición de Alcon, Inc. por Novartis en 2010, que fue revisada por la Federal Trade Commission (FTC) y por las autoridades canadienses y mexicanas. Novartis y Alcon eran los dos únicos proveedores de la variedad de fármacos denominados “mióticos inyectables”. Las partes formalizaron renunciaciones a la confidencialidad que permitieron a la FTC, la Oficina de Competencia canadiense y la Comisión Federal de Competencia mexicana cooperar con las partes para negociar órdenes paralelas complementarias que produjeron resultados satisfactorios en los tres países.

20. Otro buen ejemplo de cooperación fue la adquisición de Goodrich Corporation (Goodrich) por United Technologies Corporation (UTC) en 2012. Esta adquisición por valor de 18,4 millones de dólares representó la mayor fusión de la historia de la industria aeronáutica y si se hubiera llevado a cabo en la forma planeada habría dado lugar a precios más elevados, condiciones contractuales menos favorables y menos innovación con respecto a varios componentes aeronáuticos esenciales como generadores, motores y sistemas de control de motores. El Departamento de Justicia estadounidense cooperó con sus homólogos del Canadá y la Comisión Europea para negociar una solución que eliminara el riesgo de efectos anticompetitivos en EE.UU. y el Canadá, además de celebrar varias conversaciones con la Comisión Federal de Competencia mexicana y con el Consejo Administrativo de Defensa Económica brasileño.

3. **Conclusión**

21. Los acuerdos relativos a la competencia en los que participan los Estados Unidos operan a dos niveles diferentes. A nivel teórico, las disposiciones generales de los acuerdos comerciales estadounidenses relativas a los comportamientos comerciales anticompetitivos acreditan un decidido empeño en favor de los principios de competencia de mercado y la proscripción de las conductas abusivas. Ahora bien, los acuerdos bilaterales de cooperación antimonopolio tienen por objeto facilitar las relaciones prácticas de agencia a agencia, por lo que suelen resultar más adecuados para fomentar la cooperación entre agencias. En realidad, la eficaz cooperación en materia de observancia antimonopolio no depende de este tipo de acuerdos prácticos ni tampoco de los acuerdos puramente formales. Para alcanzar estos objetivos se requiere establecer fuertes vínculos y confianza mutua, que a su vez sólo podrán desarrollarse con la experiencia del trabajo común. Los instrumentos de cooperación antimonopolio han de considerarse como la formalización de una relación preexistente, no como la base para la creación de la relación.

22. La experiencia de los Estados Unidos, del Canadá y de México contrasta con las agrupaciones regionales de integración económica como la Unión Europea o CARICOM, en las que los Estados miembros han cedido ciertas facultades soberanas a un órgano comunitario autorizado para actuar en nombre de la comunidad en determinados ámbitos como la política de competencia. Los Estados del TLCAN han desarrollado una red altamente eficaz de relaciones en materia de observancia que permite la aplicación de políticas de competencia separadas pero estrechamente alineadas y coordinadas.

⁷ Por ejemplo International Competition Network, Waivers of Confidentiality, disponible en <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/NPWaiversFinal.pdf>.