

Acuerdos Regionales de Competencia en América Latina y el Caribe+



+ Documento escrito para el Banco Interamericano de Desarrollo por el consultor Luis Diez Canseco, bajo la supervisión de Mario A. Umaña (INT/TIU) e Ignacio de Leon (IFD/CTI) con el fin de que sea utilizado en las discusiones del XI Foro Latinoamericano de Competencia OECD-BID. Las opiniones expresadas en este documento no reflejan necesariamente la posición del Banco Interamericano de Desarrollo, su Junta Directiva, o de los países que representan. El uso comercial no autorizado de documentos del Banco es prohibido y puede ser castigado bajo las políticas del Banco y/o la legislación aplicable. Copyright © 2013. Banco Interamericano de Desarrollo. Derechos reservados.

Índice

Contenido

Índice	2
1 Introducción.....	3
2 El Derecho de la Competencia en los Procesos de Integración de Latinoamérica y El Caribe.....	5
3 El Derecho de la Competencia bilateral en el contexto de América Latina y el Caribe: Tratados de Libre Comercio y Acuerdos de Cooperación entre agencias de competencia....	24
4 Conclusiones	36

1 Introducción

En una economía globalizada, con múltiples actores económicos operando en los mercados internacionales, (regionales y globales), es difícil seguir conceptualizando a la política de competencia como un fenómeno estrictamente doméstico o de la jurisdicción nacional. La internacionalización de los mercados trajo la internacionalización de las conductas anticompetitivas y éstas, a su vez, trajo la necesidad de internacionalizar las regulaciones. En este marco, no debe sorprender que los distintos instrumentos de integración económica comiencen a reflejar esa realidad.

El propósito de este documento es analizar la evolución de la regulación de la competencia en el marco de los acuerdos regionales de integración y comercio en América Latina y el Caribe (en adelante La Región) y entender mejor por qué su aplicación es de momento limitada.

La mayoría de los países de América Latina y El Caribe (en adelante la Región) han suscrito instrumentos jurídico-económicos para regular los distintos niveles de integración económica y algunos de ellos mantienen una intensa agenda comercial como es el caso de Chile, Colombia, México y Perú¹. No hay duda que la Región es zona fértil para la proliferación de acuerdos comerciales: (i) Todos los países de la Región, con excepción de Las Bahamas, son miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC); (ii) Hay 4 bloques de integración económica que aspiran a consolidar uniones aduaneras y mercados únicos: el Mercado Común Centroamericano (MCCA), la Comunidad Andina (CAN), el Mercado Común del Sur (MERCOSUR), y la Comunidad del Caribe (CARICOM); (iii) Existen diversos acuerdos plurinacionales de comercio como son los casos del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), el Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, la República Dominicana y Estados Unidos de América (CAFTA-DR, por sus siglas en inglés), el Tratado de Libre Comercio de los Estados Unidos Mexicanos con Costa Rica, El Salvador, Guatemala y Honduras, el Tratado de Libre Comercio entre Costa Rica y la Comunidad del Caribe (CARICOM), el Tratado de Asociación Económica de los Estados del CARIFORUM y la Unión Europea (EPA por sus siglas en inglés), y el Acuerdo de Asociación de Centroamérica con la Unión Europea, entre otros; iv) Se han suscrito múltiples acuerdos bilaterales de Comercio como el suscrito entre Chile y Estados Unidos de América, entre Costa Rica y la República Popular China, entre Estados Unidos de América y Panamá, entre Estados Unidos de América y Perú, entre muchos otros; v) Se están desarrollando Acuerdos transcontinentales de última generación como la Alianza del Pacífico (TPP por sus siglas en inglés); y vi) Se mantienen algunos programas de concesiones unilaterales como el caso de la Ley de Promoción Comercial Andina y Erradicación de la Droga (ATPDEA, por sus siglas en inglés) de los Estados Unidos de América, la iniciativa de la Cuenca del Caribe (CBI/CBERA por sus siglas en inglés).

Siendo la competencia primordial para la globalización y el mercado, resulta natural que se incluyan disposiciones sobre este particular en los tratados internacionales que los países de la Región han venido suscribiendo en los últimos años. El desmantelamiento de barreras de ingreso a los mercados tiene efectos económicos limitados si las empresas de uno u otro país deciden distorsionar el proceso de competencia e implementan nuevas barreras de entrada mediante la segmentación de mercados, el establecimiento de cuotas de producción, la discriminación de precios, las negativas de compra y venta, o cualquier otra que desvirtúe el

¹ Ver: Alfonso Dingemans y César Ross, Los Acuerdos de Libre Comercio en América Latina desde 1990. Una Evaluación de la diversificación de Exportaciones: Revista CEPAL 108, Diciembre de 2012. Disponible en: <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/5/48615/RVE108DingemansRoss.pdf>

espíritu de dicho acuerdo internacional. Igualmente, no se puede concebir mercados integrados sin que, en paralelo, se margine la consideración sobre los posibles efectos que generan las fusiones y concentraciones empresariales. Ejemplo de lo expresado anteriormente se verifica en el Acuerdo Comercial suscrito entre, de un lado la Unión Europea y, de otro, Colombia y Perú², el mismo que pone de relieve la importancia de la libre competencia para el adecuado funcionamiento de sus mercados, además de que reconoce que las prácticas anticompetitivas pueden afectar el desarrollo económico y social, así como la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores.

Si poseer normas de competencia resulta importante para los acuerdos de libre comercio, lo es mucho más para los procesos de integración en los que sus integrantes han adoptado compromisos de mayor envergadura y en los que, en mayor o menor medida, se apunta a generar un mercado común en el que circulen libremente los bienes y servicios.

El ejemplo más relevante es el caso de la Unión Europea. Los fundadores de ese proceso fueron conscientes que la competencia era una de las herramientas más importantes para el proceso de integración que se iniciaba en 1957 (con su antecedente en 1951 a través de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero)³. Ello fue tan así que el Tratado de Roma incluyó disposiciones específicas sobre las actuaciones consideradas nocivas a dicho entendimiento.⁴ Con los años, la política y normativa de competencia de la Unión Europea, actualmente enmarcada dentro del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), ha tenido tal envergadura que se perfila como uno de los referentes necesarios a nivel internacional puesto que, además de haber influido claramente en la estructura e implementación de las legislaciones nacionales de sus Estados Miembros, ha sido capaz de expandirse significativamente, especialmente a partir de la última década del siglo pasado, en el diseño de la normativa y la jurisprudencia a nivel internacional. Ello se verifica en la normativa de un importante

² Acuerdo Comercial entre Perú y Colombia, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados Miembros, por otra, suscrito el 26 de junio de 2012 en Bruselas, Bélgica. Entró en vigencia el 1 de marzo de 2013. Específicamente, el Artículo 259 referido a Objetivos y Principios reconoce:

“... la importancia de la libre competencia y que las prácticas anticompetitivas tienen el potencial de distorsionar el adecuado funcionamiento de los mercados, afectar el desarrollo económico y social, la eficiencia económica y el bienestar del consumidor y menoscabar los beneficios resultantes de la aplicación de este Acuerdo”. Adicionalmente Artículo 4 del Acuerdo Comercial (Objetivos), numeral 1, inciso (h) ha establecido como uno de sus principales objetivos: *“El desarrollo de las actividades económicas, en particular lo relativo a las relaciones entre las Partes, de conformidad con el principio de libre competencia.”*

³ Artículos 65 y 66, del Tratado de París de 18 de abril de 1951, referidos a acuerdos que restringen la competencia y a las operaciones de concentración de empresas, en ese orden, así como el artículo 67 referido a las Ayudas de Estado o Ayudas Públicas que puedan distorsionar la competencia.

⁴ Artículos 85 y siguientes del Tratado de Roma de 25 de 1957 referidos a los acuerdos que restringen la competencia, al abuso de posición de dominio, así como las Ayudas de Estado o Ayudas Públicas. Posteriormente, pasan a ser los artículos 81 y siguientes. Actualmente son los artículos 101,102 y 106, principalmente, según aparece del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Cabe indicar que el Tratado de Roma guarda silencio en relación con el control de fusiones y concentraciones. Es recién a partir del Reglamento 464/89 de 21 de diciembre de 1989 que se cuenta con normativa específica sobre la materia (sustituido por el Reglamento 139/2004 del 20 de enero de 2004, Reglamento comunitario de concentraciones, que es la norma vigente).

número de países de América Latina y El Caribe y, para los efectos del presente documento, en mayor o menor medida lo ha hecho en relación con la normativa de Comunidad Andina, el Mercado Común del Sur (MERCOSUR), y la Comunidad del Caribe (CARICOM), así como de las propuestas que se manejan a nivel del Sistema de Integración Centroamericana.

2 El Derecho de la Competencia en los Procesos de Integración de Latinoamérica y El Caribe

1. MERCOSUR

A. Principales aspectos del sistema de defensa de competencia de Mercosur

El Mercado Común del Sur o MERCOSUR nació con el Tratado de Asunción en 1991, teniendo como propósito final la creación de un mercado común entre sus miembros. Este debía alcanzarse hacia el 2006, según el plan original. El artículo 4 del Tratado de Asunción preveía la coordinación de las políticas nacionales de los Estados Partes, con objeto de elaborar normas comunes sobre competencia comercial.

Algunos años después, Diciembre de 1996, se firmó el Protocolo de Fortaleza, el mismo que es el instrumento jurídico creado para abordar el tema de defensa de la competencia al interior de la región.

El artículo 2 señala que el Protocolo se aplica a las conductas anticompetitivas que afecten el comercio entre los Estados Partes del MERCOSUR. El ámbito de aplicación está previsto en el artículo 3, dejando a los Estados Parte en la libertad de regular las prácticas anticompetitivas que se produzcan y tengan efectos en sus territorios. Es decir, se requiere de efectos transfronterizos para la aplicación del Protocolo. De hecho, el Acuerdo de Defensa de la Competencia del MERCOSUR adopta claramente la teoría de los efectos para las leyes nacionales de competencia, las cuales serán aplicables, incluso, respecto de los actos cometidos en otros Estados Partes pero cuyos efectos se produzcan en el territorio nacional.

El artículo 4 del Protocolo señala que constituyen conductas anticompetitivas (infracciones al Protocolo) “los actos individuales o concertados, de cualquier forma manifestados, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de posición dominante en el mercado relevante de bienes o servicios en el ámbito del MERCOSUR y que afecten el comercio entre los Estados partes”. Luego, el artículo 6 presenta una lista no cerrada de diversas prácticas restrictivas de la competencia, incluyendo prácticas tradicionalmente consideradas como prácticas restrictivas o colusorias (i, ii, iii, iv, v, vi), conductas tradicionalmente calificadas como abuso de posición de dominio (vii, viii, ix, x, xi, xii, xii), y otras prácticas de menor aceptación o incluso ajenas al Derecho de la Competencia (xiv, xv, xvi, xvii).

La redacción de algunos de los supuestos de prácticas anticompetitivas se aleja de las técnicas tradicionales de codificación del Derecho de la Competencia. La falta de delimitación clara entre prácticas colusorias y casos de abuso de posición de dominio colabora con la dificultad interpretativa de la norma comunitaria de competencia, por lo que algunos comentaristas han criticado su técnica legislativa.⁵

⁵ Gustavo Carrizo, El Desarrollo del Derecho de la Competencia en el Mercosur, Revista Latinoamericana de Derecho N° 3, enero-junio 2005, p.16.

El artículo 7 del Protocolo de Defensa de la Competencia dispone que los Estados Partes deben adoptar normas comunes para el control de las conductas anticompetitivas en el mercado regional, incluyendo actos de concentración, pese a que estos no se encuentran dentro de la tipificación y enumeración de prácticas prohibidas. Sin embargo, recién en el año 2007, Uruguay adoptó un cuerpo normativo independiente de defensa de la competencia⁶ y Paraguay ha hecho lo propio en el 2013.⁷ Estas normas, empero, no contienen previsiones sobre la aplicación de la norma regional de competencia en sus territorios, como tampoco lo tienen las normas de Argentina⁸ y Brasil.⁹

El Comité de Defensa de la Competencia es la entidad encargada de la aplicación del Protocolo. Se trata de un órgano intergubernamental compuesto por las autoridades de aplicación del Protocolo en cada Estado parte. Sin embargo, la investigación, que está confiada al Comité, se realiza por las autoridades nacionales de competencia, las que cuando les corresponda deberán enviar al Comité una evaluación técnica preliminar. Éste a su vez elevará informes a la Comisión de Comercio, un cuerpo de cuatro miembros titulares y cuatro alternativos que representan a los ministerios de relaciones exteriores, de economía y bancos centrales de cada país.

Al culminar la investigación, la autoridad nacional de competencia encargada envía un dictamen al Comité de Defensa de la Competencia, el mismo que determinará si las prácticas investigadas infringen el Protocolo y, de ser el caso, señala las sanciones o medidas correctivas que correspondan. Empero, para que ello ocurra, el Comité debe alcanzar un consenso entre todas las autoridades nacionales que lo integran. De lo contrario, la Comisión de Comercio deberá decidir las sanciones y medidas, si corresponden, a través de una Directiva. Cabe resaltar que ni el Comité ni la Comisión tienen poder para aplicar directamente estas sanciones o medidas, sino que deberán hacerlo las autoridades nacionales del territorio donde estuviera domiciliada la parte infractora.

Tratándose de un órgano intergubernamental que no tiene propiamente poderes supranacionales, cabe la posibilidad de que la Comisión tampoco llegue a un consenso, en cuyo caso las alternativas propuestas deben elevarse al Grupo Mercado Común. Pero incluso se prevé que si no se llega a un consenso dentro de este grupo, se recurrirá al procedimiento de solución de controversias previsto en el Capítulo IV del Protocolo de Brasilia.

Resulta altamente llamativo este conjunto de reglas para el caso de ausencia de consensos y de sucesivas elevaciones para que un órgano de mayor jerarquía –pero aún intergubernamental– adopte decisiones sobre la norma regional de defensa de la competencia, decisiones que ni siquiera son aplicables directamente, sino a través de las agencias nacionales de competencia.

6.1 ⁶ Ley 18.159. *Ley de Promoción y Defensa de la Competencia (Uruguay)*.

⁷ Ley 4956/13. *Ley de Defensa de la Competencia (Paraguay)*.

⁸ Ley 25.156, *Ley de Defensa de la Competencia (Argentina)*.

⁹ Ley 12.529, *Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa de la Competencia (Brasil)*.

Esto pone en evidencia que el sistema de defensa de la competencia de MERCOSUR dista mucho de ser un sistema supranacional¹⁰ y, por el contrario, el complejo sistema organizativo dificulta en gran medida la consecución de una política de competencia regional verdaderamente efectiva.

El Protocolo de Fortaleza también contempla la obligación de los Estados Parte de adoptar mecanismos de cooperación y de consultas técnicas. Empero, se tratan de mecanismos de cooperación soft, que involucran el intercambio de experiencias, de capacitación y de asistencia técnica, así como de recopilación de jurisprudencia. El Protocolo no contiene ninguna obligación en lo que se refiere a las investigaciones conjuntas de prácticas anticompetitivas, ni sobre la posibilidad de que las agencias de competencia compartan información relevante (y en ocasiones, confidencial) de dichas investigaciones. Por otra parte, el Acuerdo de Defensa de la Competencia del MERCOSUR contempla algunas normas conducentes a la colaboración entre agencias de competencia nacionales respecto de sus actividades de investigación, nuevamente sin impedir la libertad de acción de las mismas. Aunque no existe una obligación concreta para compartir información, el Acuerdo va más allá del Protocolo al señalar que las Partes deben “hacer sus mejores esfuerzos para proporcionar a la autoridad de competencia de la otra Parte, a su solicitud, información y datos sobre los casos concretos de interés”. En relación con la posibilidad de compartir información confidencial, ésta no es impuesta ni rechazada por el Acuerdo, el que dispone que ningún Estado Parte estará obligado a proporcionarlo si ello “fuere prohibido por su legislación o incompatible con sus intereses relevantes o políticas gubernamentales...”.

Asimismo, se pueden encontrar mecanismos de cooperación más formales en el Acuerdo, el que contempla herramientas de positive comity y negative comity. Así, el artículo 7 del Acuerdo regula la “solicitud de consultas” entre las autoridades nacionales de competencia, para los casos en los que un Estado Parte considere que una investigación o procedimiento llevado a cabo en la jurisdicción de otro Estado Parte afecte a sus intereses (negative comity), y para los casos en los que un Estado Parte considere que la práctica anticompetitiva llevada a cabo en otro Estado Parte afecte a sus intereses, y por tanto, requiera la consideración por parte de la autoridad de competencia de dicho Estado (positive comity).

Tanto en el supuesto de cortesía positiva como en el de cortesía negativa, el Acuerdo dispone que ello no limita la libertad de acción de la agencia de competencia del país receptor del pedido ni del país solicitante.

En líneas generales, el Acuerdo supone un avance normativo importante en materia de cooperación entre agencias de competencia de los Estados Parte, pero únicamente respecto de la aplicación de las respectivas leyes nacionales de competencia. Es decir, no alcanza a las conductas de ámbito sub-regional. Por ello, el Acuerdo no soluciona los defectos del Protocolo de Fortaleza que tiene un ámbito de aplicación distinto. Es decir, el Acuerdo, aunque importante, se ve limitado en su alcance frente a una política de competencia y represión de prácticas anticompetitivas supranacionales.

Finalmente, en lo que se refiere a abogacía de la competencia y las restricciones públicas de la competencia, el Protocolo de Fortaleza y el Acuerdo guardan silencio. Únicamente el artículo 32 del Protocolo dispone el compromiso de adoptar en un plazo de dos años, normas comunes de disciplina de las ayudas de Estado, un compromiso que no se ha hecho efectivo hasta la fecha.

¹⁰ OECD, Mercosur Agreement on Competition Policy – How Effective has it been and How to Promote Future Co-Operation, Oct. 7, 2005, p.6.

Hasta la fecha no se tiene información de la puesta en práctica de los procedimientos de previstos en el Protocolo para la investigación y aplicación de la norma regional de competencia. A través de una revisión de las Actas del Comité de Defensa de la Competencia de Mercosur (CT N° 5) disponibles en su página web, se puede apreciar que la mayor parte de las actividades realizadas al interior de dicho Comité están destinadas no al enforcement sino a la actualización e intercambio de información las leyes de competencia de cada país y su aplicación con carácter general, es decir, sin referencia a un caso concreto.

2. Comunidad Andina

A. Principales aspectos del sistema de defensa de competencia andino

En mayo de 1969, cinco países sudamericanos (Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú) suscribieron el Acuerdo de Integración Subregional Andino o Acuerdo de Cartagena, actualmente denominado como la Comunidad Andina o CAN

En 1973, Venezuela se adhirió al Acuerdo de Cartagena para, luego de más de tres décadas de permanencia, anunciar su retiro en el 2006. Ello se formalizó en el 2011. Por su parte, Chile, como consecuencia del cambio de modelo económico iniciado a mediados de la década de los Setenta, se retiró en 1976, aunque en el 2006 anunció su incorporación como miembro asociado. Al día de hoy, Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú son Países Miembros plenos de este proceso de integración.

El Acuerdo de Cartagena tiene como finalidad el “procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la Subregión”¹¹, para lo cual, entre otros, establece que los objetivos de la Comunidad Andina son “el promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económica y social; acelerar su crecimiento y la generación de ocupación; facilitar su participación en el proceso de integración regional, con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano (...)”.¹²

Una de las herramientas para lograr el crecimiento y la cooperación económica del bloque regional es la política de competencia. Así, el artículo 93 del Acuerdo dispone de manera genérica la adopción de “las normas indispensables para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la Subregión (...)”.

La Decisión 608 de la CAN es precisamente el instrumento normativo que establece el Sistema de Protección y Promoción de la Libre Competencia en el mercado comunitario andino. Esta norma, aprobada en 2005,

¹¹ Tercer Párrafo del artículo 1 del Acuerdo de Cartagena. En adelante, cuando se haga mención al Acuerdo de Cartagena o a la normativa de la Comunidad Andina será la contenida en el Texto Oficial Codificado del Acuerdo de Cartagena adoptado mediante la Decisión 563. Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 940 del 1 de julio del 2003. Periodo 114 de Sesiones Extraordinarias de la Comisión.

¹² Primer Párrafo del artículo 1 del Acuerdo de Cartagena.

reemplazó a su antecesora, la Decisión 285, que estuvo vigente desde 1991, y que a su vez había reemplazado a la Decisión 230, emitida en 1987. Cabe adelantar que ninguna de las tres normas se ha aplicado en los hechos, con lo cual el desarrollo Andino se adscribe a lo teórico. En efecto, la Decisión 230 nunca fue aplicada, por lo que este documento se centrará a analizar el marco institucional y procesal contemplado en la Decisión 608, con referencias a los cambios que presenta respecto de la Decisión 285.

En primer lugar, el artículo 5 de la Decisión 608 delimita su ámbito de aplicación; circunscribiéndolo a (i) aquellas conductas anticompetitivas realizadas en el territorio de un País Miembro de la CAN y cuyos efectos reales se produzcan en otro u otros Países Miembros y (ii) aquellas conductas anticompetitivas realizadas en el territorio de un país no miembro de la Comunidad Andina y cuyos efectos se produzcan en dos o más Países Miembros.

Esta norma revela dos importantes aspectos de la norma andina de competencia. De un lado, es aplicable a las conductas transfronterizas y, de otro, adopta la teoría de los efectos. De este modo, si una presumible práctica anticompetitiva se genera y produce efectos en un solo País Miembro de la CAN, la norma aplicable será la legislación nacional de este país y no la Decisión 608.

En lo que refiere al contenido sustantivo, la Decisión 608 sanciona los acuerdos restrictivos de la competencia y los supuestos de abuso de posición de dominio, señalando para cada caso un listado de conductas consideradas anticompetitivas. Dicho listado de conductas, enumeradas en los artículos 7 y 8 de la Decisión, corresponde a la tipificación usual y aceptada a nivel internacional (concertación de precios, reparto de mercado, boicots, licitaciones colusorias, acuerdos de exclusividad, ventas atadas, discriminación, negativas de trato, precios predatorios, etc.).

Aunque la norma comunitaria no prescribe la armonización de las leyes nacionales, la Decisión 608 y la posterior Decisión 616 contienen disposiciones dirigidas a asegurar que los Países Miembros cuenten con normas y autoridades nacionales de competencia.

Así el artículo 49 de la Decisión 608, habilitaba a Bolivia a aplicar la Decisión también para los casos de conductas anticompetitivas de origen y efectos dentro de su territorio. Por su parte, el artículo 1 de la Decisión 616 prescribía lo mismo para Ecuador. En esa línea, la Decisión 608 y la Decisión 616 establecían que Bolivia y Ecuador, respectivamente, debían designar interinamente una autoridad nacional de competencia que se encargue de la ejecución de la Decisión y que además debía integrar el Comité Andino de Competencia. Ello tomó varios años.

En la actualidad, todos los países que integran el bloque comunitario andino cuentan con leyes y autoridades de competencia lo que avizora la posibilidad de activar el Comité. Sin embargo, las realidades normativas no son homogéneas.

Colombia es el país que cuenta con más experiencia, al tener una ley de competencia desde 1959, aunque es recién con la Ley de 1992, que reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), que se moderniza el sistema de protección de la libre competencia en dicho país. En esos mismos años, 1991, Perú adopta su primera ley de defensa de la competencia, la misma que fue reformada íntegramente en 2008 para adecuarse a los últimos criterios jurisprudenciales y tendencias que venía aplicando la autoridad nacional, el Instituto Peruano de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI). Similarmente, en 2009, Colombia pasó por un importante proceso de reforma y modernización de su ley de competencia.

Por su parte, Ecuador se encuentra en una etapa inicial en materia del derecho de la competencia. Ello se debe a la muy reciente adopción de normativa omnicompreensiva sobre la materia.¹³ Bolivia tiene una ley desde el 2008¹⁴ pero su redacción y, en especial, aplicación práctica asemejan más al de un esquema regulatorio y de control de precios que al de un sistema de defensa de la competencia en los términos descritos a lo largo de este documento.

Regresando al procedimiento de investigación de conductas anticompetitivas transfronterizas, este es conducido por la Secretaría General de la Comunidad Andina, que puede iniciarlo de oficio, o a solicitud de las autoridades nacionales de competencia de los Países Miembros, o incluso de las personas naturales o jurídicas. Es decir, se prevé una legitimación amplia, lo que facilita teóricamente este tipo de investigaciones. Ahora bien, en el caso de las solicitudes de parte, estas deberán proveer de cierta información sobre la conducta denunciada y los agentes involucrados.

Si bien la Secretaría General es la responsable de la investigación; ésta se lleva a cabo por intermedio de las autoridades nacionales de competencia, con quienes se coordina un Plan de Investigación.¹⁵ Aunque la Decisión 608 faculta a las autoridades nacionales y a la Secretaría a realizar distintos tipos de diligencias, incluyendo requerimientos de información a las partes, realizar interrogatorios y, también, visitas de inspección sin previa notificación (dawn raids); la propia norma comunitaria introduce el limitante de que para ello se debe seguir la legislación nacional de libre competencia.

El hecho de que la Decisión 608 haya previsto que la investigación se adecue a las normas nacionales de competencia es una limitación autoimpuesta, pues la norma comunitaria pudo haber establecido un procedimiento propio que tendría que ser acatado por los ordenamientos nacionales. Ciertamente, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Andino ha señalado reiteradamente que las normas comunitarias gozan de preeminencia en caso de conflicto con una norma nacional, son de aplicación inmediata y de efecto directo, generando obligaciones tanto en los Estados Miembros como en las personas naturales y jurídicas bajo su jurisdicción.¹⁶ Empero, dicho pronunciamiento parece que no fue tomado en cuenta al momento en que se redactó la norma andina.

¹³ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (Ley de Competencia). Promulgada el 29 de setiembre de 2011.

¹⁴ El ordenamiento jurídico boliviano se sustenta en la Ley del Sistema de Regulación Sectorial (Ley SIRESE) N° 1600 promulgada en de 1994. En materia de libre competencia, el apartado básico y estatuto general de la libre competencia se fundamenta en lo preceptuado en el Título V, artículos 15 a 21, de la Ley SIRESE y se aplica a los sectores regulados por esta, cual telecomunicaciones, electricidad, hidrocarburos, transporte y saneamiento básico.

¹⁵ Artículo 15 de la Decisión 608.

¹⁶ Pierino Stucchi, *La Integración en la Comunidad Andina y su Sistema de Protección y Promoción de la Libre Competencia: Aspectos Institucionales y Procesales*, Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual N° 2, 2006, p. 83. Un trabajo completo sobre este particular es del mismo autor, *Las normas de defensa de la competencia de la Comunidad Andina. Análisis y propuestas para su fortalecimiento desde la inspiración europea*. 2012. Trabajo para el otorgamiento del Título de Magíster en Derecho. Inédito, Universidad de La Coruña, España.

Al culminar la investigación la Secretaría General emite un informe en el que registra los resultados del proceso. Ese documento es notificado a las partes, a las autoridades nacionales de competencia que hayan participado en la investigación y a los miembros del Comité Andino de Defensa de la Competencia. Luego de ello, la Secretaría General convoca a los miembros del Comité a una reunión. Con posterioridad el Comité deberá emitir un informe técnico con sus propias conclusiones sobre el caso o, de ser el caso, consentir con el contenido del informe emitido por la Secretaría General.

Finalmente, es la Secretaría General el órgano decisor a través de una resolución motivada sobre el mérito del expediente. Aunque la Secretaría General tiene un papel preponderante dentro de este proceso, no puede subestimarse la influencia que puede generar el informe del Comité Andino. En efecto, el artículo 22 de la Decisión 608 dispone que la Secretaría General tiene que manifestar expresamente los motivos por los cuales ha decidido, de ser el caso, apartarse de las conclusiones y recomendaciones del Informe del Comité. En otras palabras, la capacidad Resolutoria de la Secretaría General queda mediatizada.

En este punto, es relevante que la decisión final sea tomada por la Secretaria General y no por el Comité. Si bien el Comité debe actuar en representación de la Comunidad en su conjunto y con independencia de criterio, se debe tomar en consideración que finalmente dicho órgano está compuesto por un representante de cada agencia nacional de competencia. Ello podría generar dificultad en la toma de decisiones al interior de dicho organismo. Por tal razón se prevé que en caso el Comité no emita su informe en un plazo de 30 días, se presume que coincide con los términos del informe de la Secretaria General que le fue notificado. En tal sentido, al menos, resulta un acierto que la resolución final del caso esté confiada a la Secretaria General y el papel del Comité sea propiamente el de un dictaminador.

La resolución final de la Secretaria General, en caso considere que se ha producido una práctica anticompetitiva infractora de la normativa comunitaria, incluirá la sanción (indicando la multa aplicable, no superior al diez por ciento de los ingresos totales brutos del infractor en el año anterior) y las medidas correctivas que correspondan, como el cese de la actividad declarada ilícita. Sin embargo, la ejecución de estas medidas estará a cargo de las autoridades nacionales, bajo el deber de comunicar la ejecución a la Secretaría General y, por su intermedio, a los demás Países Miembros y a los particulares que fuesen parte en el procedimiento.

Otra alternativa de conclusión del procedimiento es a través de un compromiso de cese de la práctica investigada. Para ello se requiere la aprobación por parte de la Secretaria General -previo informe del Comité-, mediante una resolución que incluirá los compromisos contraídos, los plazos y demás condiciones acordadas.

En líneas generales, la Decisión 608 representa una importante mejora en términos de técnica legislativa, tipificación de conductas anticompetitivas y diseño del procedimiento de investigación, en comparación con su predecesora. La Decisión 285 tenía el grave defecto de ser poco clara en aspectos sustantivos, de no señalar los poderes de investigación y de sanción por parte de la autoridad comunitaria, y contemplaba un procedimiento muy ajeno y no conforme a los parámetros tradicionales de las legislaciones internacionales de defensa de la competencia. Es más se asemejaba a un procedimiento sobre dumping o subsidios. Así, por ejemplo, para la determinación de una infracción, exigía requisitos como la prueba del daño o la amenaza del daño a la industria nacional y un nexo causal entre la conducta “anticompetitiva” y el daño o la amenaza, elementos propios de una investigación antidumping pero totalmente extraños a un análisis antitrust.¹⁷

¹⁷ En este sentido, Javier Cortázar, *Decisión 608 de la Comunidad Andina: Un Paso Adelante para el*

Pese a la relevante mejora en aspectos de técnica legislativa y procedimiento, la Decisión 608 ha tenido una casi nula aplicación práctica en sus 8 años de existencia. Hasta la fecha, el único caso que ha involucrado la aplicación de esta norma fue el iniciado por el abogado ecuatoriano Alejandro Ponce quien interpuso una acción de incumplimiento del ordenamiento jurídico andino debido a que a la fecha de la su demanda (septiembre de 2008), Ecuador no había señalado una autoridad en materia de competencia a nivel interno. Sin embargo, la Secretaría General desestimó dicha acción debido a razones procesales, al considerar que el señor Ponce no era titular de un derecho subjetivo que justificara el inicio de una acción de incumplimiento en contra del Estado ecuatoriano.¹⁸ Se profundizará en este punto cuando se trate sobre los desafíos de la política de competencia andina.

Finalmente, un aspecto interesante en la norma comunitaria andina es la referencia expresa a la Abogacía de la Competencia. El artículo 36 señala que los Países Miembros no impedirán, entorpecerán ni distorsionarán la competencia en el mercado subregional, en la adopción y aplicación de políticas y medidas regulatorias de mercado. Esta, sin embargo, no parece ser una obligación directa, sujeta de una acción de incumplimiento ante la Secretaría General o el Tribunal de Justicia Andino.¹⁹ El propio artículo 36 señala el “remedio” para este tipo de casos, al indicar que el Comité Andino podrá “elevar recomendaciones tendientes a eliminar, cuando corresponda, estos trámites y requisitos para promover el ejercicio de la libertad económica y la competencia”. Se trata, en buena cuenta, de la herramienta típica de abogacía de la competencia consistente en efectuar recomendaciones pro-competitivas. Sin embargo, no se tiene conocimiento de que se haya hecho uso de la misma hasta la fecha.²⁰

B. Desafíos y problemas de la política de competencia en la CAN

Como se advierte, pese a contar con una legislación de competencia moderna y que supera varios de los típicos problemas institucionales y procedimentales que se encuentran en otros acuerdos de integración, la norma andina de competencia carece de aplicación práctica. El único caso registrado no fue precisamente uno de investigación de conductas anticompetitivas. Las palabras de Cortázar, citadas por un académico que ha analizado la Decisión 608, ayudan a graficar la situación: “es como tener quizá un Porsche en el garaje languideciéndose y oxidándose mientras que su dueño necesita de un auto para manejar”.²¹

Sistema Antimonopolios de la Región, Rev. Derecho Competencia. Bogotá (Colombia), Vol. 2, N° 2, p.125, Enero-Diciembre 2006.

¹⁸ Dictamen 03-2009 de la Secretaría General de la Comunidad Andina del 8 de junio de 2009.

¹⁹ Ver en un sentido distinto, ver Cortázar, *supra* 20, p 138 (señalando que el artículo 36 sí podría permitir instaurar acciones de incumplimiento si los gobiernos de los Países Miembros expiden medidas regulatorias del mercado que impidan, entorpezcan o distorsionen la competencia en la subregión).

²⁰ Pablo Carrasco, *Análisis de la Decisión 608 de la Comunidad Andina sobre Protección y Promoción de la Competencia, y Perspectivas sobre su Aplicación en el Ecuador*, Tesis para obtener el grado de magister de la Universidad Andina Simón Bolívar, 2011, p.82.

²¹ Traducción libre de Javier Cortázar, *Andean Competition Law: Looking for the Private Sector, or the Quest for the Missing Link in Antitrust, en Competition Policy and Regional Integration in Developing Countries* 133, 150 (Josef Drexel et. al eds., 2012).

Algunos autores han estudiado las razones detrás de este fenómeno. Una explicación esbozada es la escasez de recursos, como un limitante a la difusión de la Decisión 608 y a la labor de oficio que podría llevar a cabo la Secretaría General.²² Aunque ello no obstaría a que los operadores privados planteen denuncias como fue el caso con la Decisión 285.

En segundo lugar, podría ser que haya una desconexión entre los operadores privados y la norma comunitaria, en el sentido de que existe poca confianza en su utilidad práctica. En tal sentido, los operadores pequeños y medianos, por ejemplo, preferirían tolerar conductas anticompetitivas antes que verse afectados a posibles represalias de los operadores dominantes dada su desconfianza o poco conocimiento del sistema comunitario como alternativa.²³ Aunque esta puede ser una razón, tampoco explica todo el fenómeno competitivo, que incluye posibles denuncias de grandes competidores en un territorio respecto de sus competidores de igual envergadura en otros países de la subregión. Asimismo, se debe tener en cuenta la expansión del Derecho de la Competencia en la subregión, a raíz de la madurez de esta área en países como Colombia y Perú, y la aparición de las primeras leyes sobre la materia en Bolivia y Ecuador.

También se ha argumentado el desconocimiento de la legislación y política de competencia como justificación, presentando los casos de Ecuador y Bolivia, que tienen recién una práctica incipiente en la materia.²⁴ Sin embargo, este razonamiento no explica por qué países con más experiencia como Colombia y Perú no han impulsado la práctica del Derecho de la Competencia a nivel andino.

Y es que probablemente la razón de la escasa práctica se deba a un fenómeno subyacente a todos los aspectos del acuerdo andino: la relativa desvalorización del bloque debido a las políticas divergentes que han tomado sus países. Así, mientras en la década del 2000 era claro que Perú y Colombia apuntaban hacia una política de apertura comercial hacia el mundo, Ecuador, y en mayor medida, Bolivia y Venezuela tomaron una dirección opuesta. Las diferencias se agudizaron en el año 2005 cuando Venezuela decidió retirarse del bloque regional en respuesta a la decisión de Colombia y Perú de negociar un tratado de libre comercio con Estados Unidos de América. Así, por ejemplo, mientras que esos dos países cuentan con ese acuerdo comercial y, luego, uno similar con la Unión Europea entre otros que han suscrito en los últimos años; los otros miembros de la Comunidad, no lo han hecho. En ese contexto, la negociación separada de acuerdos, en respuesta a las muy divergentes políticas comerciales de los Países Miembros, puede interpretarse como una señal de la relativa o poca relevancia de la Comunidad Andina como un bloque unitario. Ello evidentemente impacta también en la política de competencia de la Subregión.

Aun así, pese a que no haya una política comercial uniforme desde el interior de la Subregión hacia afuera, es de esperar que conforme se siga desarrollando el comercio al interior, los Países Miembros y sus agencias de competencia adopten acuerdos de cooperación en la represión de conductas anticompetitivas de efectos transfronterizos.

Sea bajo un esquema de colaboración interinstitucional o un modelo de integración Subregional, el bloque andino enfrenta otro obstáculo consistente en la divergencia en la legislación y práctica nacionales de defensa

²² Pablo Carrasco, *supra* 23, p.79-80.

²³ *Id.*, p.80-81.

²⁴ *Id.*, p.77.

de la competencia. En efecto, se ha señalado que Colombia y Perú cuentan con varios años de experiencia en la materia, mientras que Bolivia y Ecuador se encuentran en una etapa inicial. Adicionalmente, la divergencia de políticas económicas de estos dos últimos países los distancia aún más de los objetivos de defensa de la competencia que podrían tener Colombia y Perú, lo que, a su vez, convierte en poco realista eventuales intentos de armonización legislativa. Especialmente en el caso boliviano, la legislación y su aplicación práctica son muy diferentes a la normativa y práctica más tradicionales de defensa de la competencia, como la colombiana, la peruana, la recientemente adoptada ecuatoriana o, incluso, la propia comunitaria. Otro aspecto que separa a las leyes de competencia nacionales del bloque es el régimen de control de concentraciones. Perú y Bolivia no han adoptado un sistema general de control de concentraciones y esto se traduce a nivel comunitario en la Decisión 608 que también carece de uno.

Por otro lado, pese a la aplicación directa y a la supremacía de la norma comunitaria, no existe en la Decisión 608 la obligación de su aplicación por parte de las autoridades nacionales de competencia. Es decir, a diferencia de lo que sucede en la Unión Europea, en el caso de la Comunidad Andina, solo el órgano comunitario tiene la potestad de aplicar la norma comunitaria de defensa de la competencia, y no las agencias de competencia nacionales.²⁵ Así, por ejemplo, si en una investigación nacional se presentara un conflicto entre la norma nacional y la norma comunitaria, aun cuando debería primar la segunda, ello no sucederá porque la autoridad nacional no está facultada para aplicar la norma comunitaria. Esta falencia genera en la práctica una supremacía parcial o incompleta de la norma comunitaria.

Finalmente, dependiendo del desarrollo práctico de la política de defensa de la competencia andina, los recursos y las potestades de los órganos comunitarios como el Comité Andino y, especialmente, la Secretaría General, podrían resultar escasos en el futuro. Si bien es cierto, la Decisión 608 reconoce potestades independientes a la Secretaría General respecto de las autoridades nacionales de competencia, la primera aún depende de las segundas en algunos aspectos como las labores de investigación y la supervisión de las medidas correctivas. Así, como advierte Cortázar, se necesita montar una estructura con personal capacitado y logística adecuada, elementos que requieren fondos, tiempo y apoyo institucional.²⁶

3. CARICOM

A. Principales aspectos del sistema de defensa de competencia caribeño

La Comunidad del Caribe o CARICOM nace a partir del Tratado de Chaguaramas en 1973, el mismo que fue revisado en 2001, y que entró en vigor en 2006. La versión revisada del Tratado declara como objetivos de esta comunidad, que incluye a la mayoría de países de El Caribe,²⁷ el mejorar los niveles de vida y las normas de

²⁵ Javier Cortázar, *supra* 24, p.136-137.

²⁶ *Id.*, p.134.

²⁷ Los únicos países no miembros son República Dominicana, Cuba, y los territorios holandeses y franceses como Martinica y Aruba. También se incorporaron los sudamericanos Surinam y Guyana, así como el centroamericano Belice.

trabajo, el desarrollo económico y la convergencia acelerados, coordinados y sostenidos, la expansión del comercio y las relaciones económicas con terceros Estados, niveles más elevados de competitividad internacional, entre otros. Aunque el objetivo último de CARICOM es la creación de un mercado único, este proceso de integración ha enfrentado dificultades que surgen de las diferencias culturales y económicas de sus Países Miembros. Se trata pues de un proceso lento y paulatino.²⁸

La defensa de la competencia está recogida en el capítulo 8 del Tratado Revisado de Chaguaramas. En el artículo 177 se establece la prohibición de acuerdos anticompetitivos y del abuso de posición de dominio, mas no se hace mención a algún tipo de control sobre operaciones de concentración.

Pese a que los artículos 170.b y 177 del Tratado revisado disponen que los Países Miembros adopten leyes de competencia, solo cuatro lo han hecho hasta la fecha y ello ha sido de manera paulatina: Jamaica (1993), Barbados (2003), Guyana (2006), Trinidad y Tobago (2006); mientras que de ellos, solo Jamaica y Barbados cuentan con agencias de competencia completamente en funcionamiento. Guyana se encuentra en un proceso avanzado de implementación habiendo elegido a los comisionados que integran la autoridad nacional de competencia, mientras que Trinidad y Tobago se encuentra aún en una etapa inicial. Otros países como Surinam y Belice cuentan con proyectos de leyes de competencia aún sin aprobación.²⁹

Cabe mencionar que la Organización de Estados Caribeños del Este (OECS, por sus siglas en inglés), creada en 1981 e integrada por los países menos desarrollados del Caribe,³⁰ ha acordado el establecimiento de una autoridad sub-regional que funcionaría como autoridad de competencia para cada uno de sus países, sin embargo, esto tampoco ha sido implementado aún.³¹

En líneas generales el capítulo 8 del Tratado Revisado establece reglas mínimas para las normas de competencia nacionales que deberán adoptar los Estados Miembros, brindándoles mucha flexibilidad de acción sobre este aspecto. Es decir, se trata de una armonización normativa mínima.³²

²⁸ Taimoon Stewart, *Regional Integration in the Caribbean: the role of competition policy*, en COMPETITION POLICY AND REGIONAL INTEGRATION IN DEVELOPING COUNTRIES 161, 171-172 (Josef Drexel et. al eds., 2012).

²⁹ *Id.*, p. 177-178.

³⁰ Antigua Barbuda, Belice, Dominica, Granada, Montserrat, Santa Lucía, San Vicente y Las Granadinas, San Kitts, Nevis y Anguila.

³¹ Fair Trading Commission of Barbados, State of Competition Law in CARICOM, p.1. Disponible en: http://www.ftc.gov.bb/index.php?option=com_content&task=view&id=209&Itemid=28, página web visita el 22 de julio de 2013).

³² Delroy S. Beckford, *Implementing Effective Competition Policy Through Regional Trade Agreements: The Case of CARICOM*, en COMPETITION POLICY AND REGIONAL INTEGRATION IN DEVELOPING COUNTRIES 185, 187 (Josef Drexel et. al eds., 2012).

El ámbito de aplicación del capítulo 8 está restringido a las prácticas anticompetitivas trasfronterizas, es decir, que involucren a más de un país miembro. Adicionalmente, bajo este concepto también podrían incluirse las prácticas que ocurren en un solo país miembro pero que previenen el ingreso al mercado de compañías de otros Estados Miembros.³³ De este modo, las prácticas anticompetitivas de alcance nacional quedarían bajo la jurisdicción de las autoridades nacionales de cada país miembro.

Existen diversos órganos al interior de la CARICOM, siendo los de mayor relevancia la Conferencia de los Jefes de Gobierno (CHG, por sus siglas en inglés) y el Consejo de Comercio y Desarrollo Económico (COTED, por sus siglas en inglés), integrado por los ministros de comercio de los Países Miembros.

El COTED es el órgano encargado de la promoción del comercio y el desarrollo económico, y de establecer las políticas y reglas de competencia en la Comunidad, según los artículos 15 y 182 del Tratado Revisado, respectivamente. También tiene autoridad para suspender o excluir a un sector de la prohibición de conductas anticompetitivas prevista en el artículo 177.

Sin embargo, es la Comisión de la Competencia la encargada de la aplicación práctica o enforcement del Capítulo 8 del Tratado Revisado y de la política de competencia de la CARICOM, según el artículo 171 del Tratado Revisado.

La sede de la Comisión de Competencia se encuentra en Paramaribo, la capital de Surinam. Según los últimos estudios públicos, empero, la Comisión no funciona a tiempo completo y no cuenta con un personal profesional completo. Es sabido que las reglas del procedimiento a seguirse ante la Comisión se encuentran en etapa de desarrollo.

De acuerdo con el artículo 173 del Tratado Revisado, la Comisión deberá aplicar las normas de competencia respecto de cualquier conducta anticompetitiva transfronteriza, además de promover y proteger la competencia en la Comunidad, así como coordinar la aplicación de la política de competencia en la misma. Igualmente podrá llevar a cabo cualquier otra función que le encomiende algún órgano competente de la Comunidad.

Uno de los primeros aspectos de interacción en temas de competencia entre la Comisión y el COTED está en el propio artículo 173.2.b, que dispone que el primero revise y efectúe recomendaciones sobre la política de competencia comunitaria al COTED, órgano que tendría la última palabra en la materia.

En lo que respecta al procedimiento de investigación de prácticas anticompetitivas, la Comisión está facultada para iniciar investigaciones de oficio, aunque un Estado miembro y la propia COTED pueden requerir el inicio de una investigación respecto de una conducta anticompetitiva. Se ha previsto un plazo de 120 días para la investigación por parte de la Comisión, contados desde la fecha de recepción de la solicitud de investigación, aunque se podrá ampliar el plazo previo aviso a las partes interesadas. Dentro de este procedimiento, también

³³ Delroy S. Beckford (UNCTAD), Enforcement of Competition Law in CARICOM: Perspectives on Challenges to Meeting Regional and Multilateral Obligations. Regional Seminar on Trade and Competition: Prospects and Future Challenges for Latin America and the Caribbean Caracas, Venezuela, 20 - 21 April 2009, p. 5.

se prevé que la Comisión brinde oportunidad a las partes para defender sus intereses. Al finalizar las averiguaciones, la Comisión comunicará su determinación a las partes interesadas y, de ser el caso, pedirá a esa parte que tome las disposiciones necesarias para eliminar los efectos de tal conducta.

Cuando se trata de un procedimiento iniciado de oficio por la Comisión, el artículo 176 dispone la posibilidad de que la Comisión pida a la autoridad nacional de la competencia que haga un examen preliminar de la conducta de la empresa investigada. La autoridad correspondiente deberá comunicar sus conclusiones a la Comisión en el plazo que este establezca. Si la Comisión no queda satisfecha con dichos resultados, podrá iniciar su propio examen preliminar de la conducta empresarial presuntamente anticompetitiva.

Uno de los imponderables por superar consiste en determinar si es necesario que las legislaciones nacionales acepten expresamente el mandato de la Comisión hacia las autoridades nacionales para llevar a cabo tales investigaciones o bastará con el Tratado. Algunos autores refieren que para poder llevar a cabo estas investigaciones sería necesario que las normas nacionales también requieran ser modificadas para permitir la investigación y examen de conductas de efecto transfronterizo; es decir, para investigar o requerir información a empresas que operan en su territorio nacional pero cuyas prácticas tienen efectos en otro país de la región.³⁴

En relación con el mandato de la Comisión, las partes deberán cumplirlo dentro de los 30 días de su notificación. En caso contrario, la Comisión tendría que aplicar al Tribunal de Justicia para el dictado de una orden de cumplimiento. Sin embargo, en última instancia se requiere de la autoridad nacional para que éste se haga efectivo.³⁵ Ello se debe, en parte, a la falta de una supranacionalidad clara de la norma caribeña de competencia y a que las normas nacionales de competencia de los Países Miembros de CARICOM no reconocen un efecto directo de parte de las decisiones de la Comisión o del Tribunal, sino que siempre se necesitaría de una acción interna adicional.³⁶

El artículo 175.12 dispone que cualquier parte que se encuentre agraviada por una decisión de la Comisión puede apelar dicha decisión para que sea revisada por el Tribunal de Justicia del Caribe. Sin embargo, algunos Países Miembros no se han sometido a la jurisdicción de este Tribunal como corte de apelaciones, lo que genera el riesgo de reglas de interpretación y aplicación distintas para cada país miembro.³⁷

Dado que el COTED no está encargado propiamente de la aplicación de la norma regional de competencia, no hay mayor aspecto de interacción entre dicho órgano y las autoridades nacionales de competencia. No obstante, visto que la COTED tiene la facultad de establecer las políticas de competencia aplicables y determinar reglas sectoriales específicas, eso podría impactar las actividades de enforcement de las autoridades nacionales.

³⁴ Delroy S. Beckford, *supra* 35, p.195

³⁵ *Id.*, p.192.

³⁶ *Id.*, p.192-193.

³⁷ L. Menns y Decoursey Eversley. *The Appropriate Design of the CARICOM Competition Commission*. Paper presentado en la Conferencia ACLE, 20 de mayo del 2011, Amsterdam, p.17, 21.

El cumplimiento de los mandatos de la Comisión, sin embargo, se ha confiado a las autoridades nacionales y a las cortes de los países que integran la CARICOM. Es decir, las decisiones de la Comisión no tienen fuerza ni efecto directo. Ello, claro está, dificulta la implementación efectiva de la política de competencia regional.³⁸

Los poderes restringidos de la Comisión se ponen de manifiesto si se presenta una disputa entre dicho órgano y algún país miembro sobre los alcances y efectos de la conducta anticompetitiva investigada. En dicho escenario, de acuerdo con el artículo 176.5 del Tratado revisado, la Comisión debe detener sus labores de investigación y referir el caso al COTED, que como se ha señalado, debería ser en principio el órgano encargado de definir la política de competencia, mas no de la aplicación de la norma; tarea encomendada al Comité.

Finalmente, al depender en gran medida de las actividades que realicen las autoridades nacionales, las investigaciones de la Comisión pueden verse frustradas por la ausencia de autoridades o, incluso, legislación de competencia en algunos de los Países Miembros.

En lo que refiere a abogacía de la competencia, si bien la norma comunitaria caribeña no cuenta con una provisión específica dedicada a este aspecto, sí existen algunos artículos que ponen de relieve el papel de la competencia de cara a las políticas regulatorias de los Estados Miembros.

El artículo 169 del Tratado Revisado dispone que “el objetivo de la Política de competencia de la Comunidad será conseguir que los beneficios que se esperan del establecimiento del MUEC no se vean frustrados por la conducta empresarial anticompetitiva”. Este artículo, como se ha mencionado, es el artículo base a partir del cual se prohíben las prácticas anticompetitivas regionales. Por su parte, el artículo 79.2 del Tratado Revisado dispone que: “Cada uno de los Estados Miembros se abstendrá de las políticas y prácticas comerciales cuyo objeto o efecto sea distorsionar la competencia, impedir la libre circulación de mercancías o servicios, o anular o menoscabar de otro modo las ventajas a las que los Estados Miembros tienen derecho en virtud del presente Tratado”.

Si es que un objetivo de la política de la competencia de CARICOM es la obtención de los beneficios derivados de la represión de conductas empresariales anticompetitivas, entonces el artículo 79.2 obliga a los Estados Miembros a no adoptar políticas que distorsionen la competencia y que anulen esos beneficios, es decir, no podrán adoptar políticas internas que precisamente permitan la comisión de conductas anticompetitivas contrarias al capítulo 8 del Tratado Revisado. Este razonamiento es la base de la doctrina del efecto útil en la Unión Europea, que prohíbe a los Estados Miembros a adoptar medidas que sean contrarias a las normas comunitarias de libre competencia (como por ejemplo, una ley interna que permita una colusión en el mercado europeo), y constituye uno de los ejes de la política y abogacía de la competencia en el mercado unitario europeo. Sin embargo, es importante tener presente que esa obligación fue el producto de un largo desarrollo jurisprudencial en la Unión Europea, por lo que no sería fácilmente trasladable al caso caribeño que no cuenta aún con experiencia práctica en la aplicación de las normas comunitarias de competencia.

En lo que refiere a la aplicación práctica, la Comisión es una agencia muy joven. Hasta el momento solo se tiene información de una investigación bajo el capítulo 8 del Tratado Revisado, en el mercado de cemento. La

³⁸ Taimoon Stewart, *supra* 31, p.173.

empresa investigada, Trinidad Cement Limited (TCL) cuestionó el informe emitido por la Comisión debido a que este recién fue notificado alrededor de dos años después del inicio de la investigación de la Comisión, investigación que data desde diciembre de 2009. Sin embargo, la Corte de Justicia del Caribe rechazó la apelación de TCL. Pese a ello, este primer caso pone sobre el tapete la necesidad de adecuar y transparentar las reglas procedimentales que debe seguir la Comisión en la investigación de prácticas anticompetitivas regionales.

B. Desafíos y problemas de la política de competencia regional caribeña

La ausencia de normas de competencia y autoridades en varios países de la región es sin duda uno de los principales limitante. Este, a su vez, es un fenómeno que se puede explicar por los restringidos recursos financieros y técnicos con los que cuentan muchos países de la región.

La divergencia entre las normas nacionales de competencia también es un problema, en la medida que la política de competencia, como se ha mencionado, no funciona como una verdadera política supranacional y vinculante para todos los Estados Miembros, y dado que las labores de enforcement de la Comisión dependen en última medida de lo que acaten las autoridades y tribunales nacionales.

Un ejemplo de esta divergencia se verifica en el ámbito del control de concentraciones. Mientras que Barbados y Trinidad y Tobago disponen de normas que permiten revisar fusiones anticompetitivas, la ley de Jamaica no contiene una provisión normativa al respecto.³⁹ Ello, por ejemplo, impediría que la CARICOM adoptara un régimen de control de fusiones, ya que el sistema de defensa de la competencia de la CARICOM depende, como se ha visto, de las leyes y autoridades nacionales. De hecho, las normas regionales no establecen obligación alguna de que los países que integran CARICOM adopten un régimen de supervisión de concentraciones empresariales.

Un elemento peculiar es que la obligación de adoptar normas nacionales de competencia en todos los países de la CARICOM, una obligación que ya estaba recogida en el Tratado Revisado de Chaguaramas, se incorporó también en el Acuerdo de Asociación Económica (EPA por sus siglas en Inglés) CARIFORUM-Unión Europea firmado en el año 2009, otorgando un plazo de cinco años para que los países del mercado único caribeño incorporen legislaciones nacionales de competencia.

CARICOM enfrenta el problema de encontrar un balance entre la flexibilidad para que países con importantes diferencias adopten distintas aproximaciones a la protección de la libre competencia, y el objetivo de integración de un mercado único que requiere cierta armonización y posiblemente la operatividad de un órgano de defensa de la competencia centralizado y dotado de poderes supranacionales, algo de lo que carece en la actualidad.

Al no haber un Parlamento caribeño o un órgano legislativo supranacional, también se corre el riesgo de que las reglas del Tratado Revisado queden eventualmente desfasadas, o que no se pueda dotar de mayor contenido

³⁹ Delroy S. Beckford (UNCTAD), *supra* 36, p.1

a las normas ya existentes y redactadas de manera general.⁴⁰

Desde el punto de vista práctico del enforcement, un importante problema que enfrenta la CARICOM es la indefinición de las competencias y jerarquías entre los órganos comunitarios de competencia, en especial entre el COTED y la Comisión. La amplia mayoría de lineamientos y mejores prácticas de derecho de la Competencia a nivel internacional recomiendan cierto nivel de autonomía a favor de las agencias de competencia, precisamente para evitar el riesgo de que su labor, esencialmente técnica, se vea politizada. El Tratado Revisado, sin embargo, prevé una marcada sujeción e inferioridad jerárquica de la Comisión respecto del COTED, un órgano de naturaleza eminentemente política.⁴¹

A nivel procedimental, sería de gran ayuda establecer un mecanismo institucionalizado de comunicación entre las autoridades de competencia de los Estados Miembros, sin perjuicio de las comunicaciones y cooperación informal. Ello con el propósito de coordinar las labores de investigación que sean necesarias (tanto a nivel nacional como regional) a un menor costo.⁴²

Finalmente, resulta un desafío lograr que los ciudadanos y empresas de CARICOM acepten la política de competencia como objetivo y parte de sus vidas.⁴³ La falta de una cultura de competencia es uno de los impedimentos, por ejemplo, para la persecución de cárteles en economías pequeñas, o para la implementación efectiva de programas de clemencia y whistleblowing. En ausencia de cultura de competencia, la colusión anticompetitiva no es percibida de manera negativa y, por el contrario, sí lo es denunciar estas prácticas que atentan contra las tradicionales relaciones interpersonales que conciben a la cooperación (aunque sea para coludirse) como algo aceptado.

4. Centro América

A. Principales aspectos del sistema de defensa de competencia centroamericano

El Sistema de Integración Centroamericana (SICA) surge en 1991 a raíz del protocolo de Tegucigalpa que reforma la Carta de la Organización de Estados Centroamericano (ODECA), firmada en 1962. Con el SICA, los países centroamericanos (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá) buscaban adecuar el marco jurídico de la ODECA a la realidad y necesidades actuales, creando de este modo una comunidad económico-política.⁴⁴

En este contexto de “readecuación”, en 1993 se firmó el Protocolo de Guatemala que reforma el Tratado General de Integración Económica Centroamericana; un tratado de 1960 (Tratado de Managua) que había dado origen al Mercado Común Centroamericano (MCCA). Mediante el Protocolo de Guatemala, los países centroamericanos se comprometieron a alcanzar, de manera voluntaria, gradual, complementaria y progresiva, la Unión Económica

⁴⁰ L Menns y Decoursey Eversley, *supra* 40, p.18.

⁴¹ *Id.*, p.17.

⁴² *Id.*, p.25.

⁴³ *Id.*, p.26.

⁴⁴ Artículo 1 del Protocolo de Tegucigalpa.

Centroamericana. Para ello constituyeron el Subsistema de Integración Económica, cuyo órgano técnico y administrativo es la Secretaría de Integración Económica Centroamericana (SIECA).⁴⁵

El Protocolo de Tegucigalpa guarda silencio respecto de la defensa de la competencia al interior del mercado centroamericano. Por su parte, el Protocolo de Guatemala no hace referencia específica a la defensa de la competencia como uno de los objetivos de la integración,⁴⁶ aunque en su artículo 25 incluye de manera genérica a la promoción de la competencia dentro de las actividades acordadas por los Estados Miembros: “En el sector comercio, los Estados Parte convienen en adoptar disposiciones comunes para evitar las actividades monopólicas y promover la libre competencia en los países de la región”.

Más allá de la escueta mención en el Protocolo de Guatemala, no existe a nivel del SICA ni del Subsistema de Integración de Integración Económica, alguna norma aprobada en materia de protección de la competencia a nivel centroamericano. De hecho, en 2007 los gobiernos centroamericanos suscribieron el Convenio Marco para el Establecimiento de la Unión Aduanera Centroamericana, cuyo artículo 21 señala que: “Los Estados Parte desarrollarán una normativa regional en materia de política de competencia”. Sin embargo, dicha legislación no ha sido aprobada aún. Por tal razón, resulta inadecuado adelantar un diagnóstico de una política de competencia regional.

Los Países Miembros del SICA, con la colaboración del Banco Interamericano de Desarrollo⁴⁷, vienen desarrollando un proceso para la adopción de una norma regional de competencia y posible creación de una autoridad regional de competencia.

Dichos estudios son preparativos y todavía no son públicos por lo que para los fines del presente documento se harán comentarios preliminares sobre los posibles obstáculos y desafíos que podrían enfrentar los países del bloque centroamericano con miras al establecimiento de una política de defensa de la competencia de alcance regional. Para ello se tomará como base la experiencia individual de cada país.

B. Desafíos y problemas de la política de competencia regional centroamericana.

Un primer elemento a tomar en consideración es la juventud del Derecho de la Competencia en la región centroamericana. Costa Rica fue el primer país de la región en adoptar una legislación antimonopolio en 1994.⁴⁸ con clara influencia de la ley mexicana. Bajo dicha normativa se creó la Comisión para Promover la Competencia (COPROCOM), un órgano de desconcentración máxima adscrito al Ministerio de Economía, Industria y Comercio, al que se le confió el cumplimiento de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor. La ley de competencia costarricense pasó por una importante reforma en los años 2002 y recientemente en el 2012, que introdujo un sistema de control de concentraciones.⁴⁹

⁴⁵ Artículo 28 del Protocolo de Tegucigalpa; y artículo 43 del Protocolo de Guatemala.

⁴⁶ Artículos 3 y 4 del Protocolo de Guatemala.

⁴⁷ ATN/OC-1181-RG

⁴⁸ Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor aprobada mediante Ley 7472.

⁴⁹ Reforma de la Ley 7472, Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, aprobada mediante Decreto Legislativo 9072.

La ley de competencia de Panamá sigue a la de Costa Rica en términos de antigüedad, aunque Panamá es percibido como el país con el marco legal e institucional de defensa de competencia más sólido de la región. Además de contar con disposiciones constitucionales contra las prácticas monopolísticas, la norma propiamente de libre competencia es la Ley 29 de 1996, a través de la cual se creó la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor (CLICAC). En 2007, no obstante, se dictó una nueva legislación en la materia, la Ley 45, y se creó la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia (ACODECO).

Ya en la década del 2000, se aprobaron las leyes de competencia de El Salvador en el 2004 y cuya autoridad, la Superintendencia de Competencia, entró en funcionamiento en 2006⁵⁰; de Honduras en 2006, creándose la Comisión para la Defensa y Promoción de la Competencia⁵¹; y de Nicaragua en 2006, contando con Procompetencia, el tribunal administrativo encargado de aplicar la ley desde el 2009⁵². Finalmente, Guatemala aún no cuenta con una legislación de defensa de la libre competencia, aunque hacia finales 2012 se debatió un proyecto de ley en el Congreso, pero el mismo que generó una fuerte oposición.

Como se puede apreciar, se tratan de leyes e instituciones de defensa de la competencia relativamente jóvenes, incluyendo los casos de Panamá y Costa Rica. En general, los países centroamericanos han dedicado sus mayores esfuerzos en lo que respecta a la adopción de instrumentos de protección al consumidor que a los de competencia,⁵³ lo que se aprecia también por el hecho de que muchas de las autoridades de competencia de estos países cumplen a la vez la función de autoridad de protección al consumidor, una tarea que en muchas ocasiones termina relevando a la defensa de la competencia a un segundo plano.

Como se ha podido apreciar de lo explicado en el análisis de los otros procesos de integración regional, la relativa falta de experiencia de algunos países en la aplicación de sus respectivas leyes de competencia suele ser un inconveniente con miras a la aplicación de una norma con carácter regional o la adopción de acuerdos bilaterales entre países o entre agencias de competencia. La falta de experiencia dificulta el entendimiento común, así como la identificación de las prioridades y oportunidades de colaboración. Estas circunstancias se perfilan como factores que limitan la posibilidad de llegar a coincidencias que faciliten la adopción de una norma comunitaria.

Dejando de lado el nivel de desarrollo legislativo e institucional a nivel de los países centroamericanos considerados individualmente, un segundo desafío que presenta el bloque centroamericano consiste en las posibilidades que tendrían para adoptar una normativa supranacional de defensa de la competencia y una autoridad regional.

Un punto a favor y de importancia trascendental de este objetivo se encuentra en que la legislación y jurisprudencia centroamericana apoya, tal como ocurre en teoría, en la Comunidad Andina, la tesis de la supremacía normativa regional. Así, la Corte Centroamericana⁵⁴ advirtió en un caso la prelación del orden legal

⁵⁰ Ley de Competencia, aprobada mediante Decreto Legislativo 528.

⁵¹ Ley para la Defensa y Promoción de la Competencia, aprobada mediante Decreto Legislativo 357-2005.

⁵² Ley de Promoción de la Competencia, aprobada mediante Ley 601.

⁵³ René A. Hernández y Claudia Schatan, Políticas de competencia y de regulación en el Istmo Centroamericano. CEPAL - SERIE Estudios y perspectivas – Sede Subregional de la CEPAL en México, 2002, p.5.

del SICA y SIECA sobre la legislación interna de cada país miembro: “...las normas comunitarias ocupan un lugar prioritario respecto a las normas nacionales, dado que su aplicación es preferente o prioritaria respecto al Derecho Interno de los Estados Miembros, primacía de carácter absoluto incluso respecto de las normas constitucionales, ya que no tendría sentido que sus efectos pudieran ser anulados o eludidos por los Estados...”.

Sin embargo, no se debe olvidar que esto solo habilita a la adopción de una normativa y autoridad suprarregional de competencia, ambas inexistentes a la fecha. En este sentido, se debe tener presente que ni el Protocolo de Tegucigalpa prescribe la protección de la competencia como uno de los objetivos del proceso comunitario, ni el Protocolo de Guatemala señala los pilares o estándares de la política de competencia centroamericana, limitándose a indicar que los “Estados Parte convienen en adoptar disposiciones comunes para evitar las actividades monopólicas y promover la libre competencia en los países de la región”.

Asimismo, tanto desde una perspectiva comunitaria regional, como desde un punto de vista de acuerdos bilaterales, es importante que los países centroamericanos identifiquen los aspectos susceptibles de cooperación en el enforcement de sus respectivas leyes de competencia, en especial, respecto de prácticas transfronterizas. Esto se encuentra estrechamente ligado con los diferentes niveles de desarrollo institucional de cada país. Así, si un país tiene un desarrollo institucional relativo, ello se convierte en una doble barrera para la cooperación. En efecto, de un lado dicho país se verá limitado en sus recursos y habilidades para cumplir con una solicitud de cooperación. De otro, un país interlocutor podría ser suspicaz sobre las ventajas de cooperar con un país con un esquema institucional endeble, en especial, si ello implica compartir información confidencial o sensible, y cuya divulgación pudiera perjudicar sus propias actividades de enforcement.

La cooperación entre agencias de competencia también puede verse limitada por las propias leyes nacionales de competencia, si es que éstas no contemplan la cooperación, o más aún, la prohíben.⁵⁵ De las leyes centroamericanas, solo la de Nicaragua⁵⁶ y la de El Salvador⁵⁷ facultan expresamente a las autoridades nacionales a solicitar información a autoridades del extranjero.

Pese a ello, las agencias nacionales del bloque centroamericano han celebrado entre ellos varios acuerdos de cooperación, si bien no se tiene mayor conocimiento sobre el nivel de aplicación práctica al que han llegado, así como también se desconoce si las leyes nacionales han sido un obstáculo en este camino. Ello se abordará en el siguiente capítulo referido a acuerdos de cooperación.

Finalmente, la defensa de la competencia frente a regulaciones anticompetitivas al interior del mercado regional es un desafío que también enfrentan los países centroamericanos.

Como se ha advertido, no existe en la actualidad ninguna norma regional de competencia y, tampoco, ninguna provisión normativa referida a la abogacía de la competencia. Por ello, si se aprobara en el futuro una norma

⁵⁴ CCJ (Corte Centroamericana de Justicia), Sentencia 8-03-06-1996 referente a Títulos Universitarios, folio 289.

⁵⁵ UNCTAD. Recomendaciones para Mejorar la Cooperación Regional en Centroamérica. Documento-Borrador. 2011, p. 14.

⁵⁶ Artículo 14º literal n) de la Ley de Competencia de Nicaragua.

⁵⁷ Artículo 13º literal g) de la Ley de Competencia de El Salvador.

comunitaria, también habrá la necesidad de establecer alguna herramienta en caso los Estados Miembros decidan brindar prioridad a los intereses de cada país por encima de los intereses comunes del comercio intrarregional.

En la actualidad, el Protocolo de Guatemala se limita a establecer un compromiso para “perfeccionar y actualizar las normas comunes de comercio que proscriban el uso de subsidios y subvenciones, el “Dumping” y demás prácticas de comercio desleal”, normas que como responden a un objetivo y tienen un diseño distinto al de las leyes antitrust. En la misma línea, la norma centroamericana tampoco incluye reglas especiales para la prestación de servicios de interés económico general o para el otorgamiento de monopolios estatales, como sí se incluyen en la Unión Europea.

Sin embargo, el artículo 4 del Protocolo de Tegucigalpa exige al SICA y a los Estados Miembros abstenerse de establecer, convenir o adoptar medida alguna que sea contraria a sus normas o que obstaculice el cumplimiento de los principios fundamentales del SIECA. Este mandato de abstención podría ser la base para un mecanismo de control de las restricciones públicas a la competencia, que actúe de manera análoga a la ya comentada doctrina del efecto útil de la Unión Europea. Pero para ello, sería necesario que una norma regional reconozca expresamente que la defensa de la competencia es uno de los principios u objetivos fundamentales del Subsistema de Integración Económica o del Mercado Común Centroamericano.

3 El Derecho de la Competencia bilateral en el contexto de América Latina y el Caribe: Tratados de Libre Comercio y Acuerdos de Cooperación entre agencias de competencia

En los últimos años se verifica a nivel bilateral la expansión de la cooperación internacional en materia de Derecho de la Competencia, así como que también se han dado pasos iniciales hacia la convergencia y un Derecho Internacional de la Competencia. Ello se ha producido esencialmente mediante dos vías: (i) la incorporación de capítulos de competencia en el marco de tratados de libre comercio (TLCs) o acuerdos comerciales; y, (ii) la celebración de acuerdos de cooperación entre agencias de competencia.

Estos acuerdos de alcance bilateral han llegado en algunos lugares del mundo incluso a tomar mayor relevancia que los mecanismos de integración y acuerdos multilaterales de comercio. Como se comentó en el capítulo anterior, ahí donde los acuerdos regionales de integración se han estancado (CAN) o donde no han llegado a implementarse normas e instituciones supranacionales de defensa de la competencia (SICA), o han tenido poca aplicación práctica (CARICOM, Mercosur), los acuerdos de libre comercio y los acuerdos de cooperación han sido los mecanismos a través de los que se han logrado más avances en la cooperación internacional e “internacionalización” del Derecho de la Competencia.

Aunque de distinta naturaleza y muchas veces de alcance desigual, los contenidos de los capítulos de competencia de los tratados de libre comercio y los acuerdos de cooperación entre agencias de competencia suelen coincidir en una gran proporción. En este sentido, muchas veces los acuerdos de cooperación se celebran con el objetivo de poner de manifiesto la voluntad de las agencias de competencia de entrar en contacto y realizar actividades de cooperación. En muchos casos, los actores relevantes serán los mismos, puesto que el personal de las agencias de competencia también participa como parte de los equipos técnicos en las negociaciones de los capítulos de competencia de los acuerdos de libre comercio. Esta cercanía facilita la celebración de los acuerdos de cooperación.

Así, los acuerdos de cooperación entre agencias de competencia vienen a ser el paso inmediatamente previo a la

concreción de actividades de cooperación. Incluso cuando los acuerdos de cooperación no lleguen a profundizar mucho más de lo que estaba previsto en los tratados comerciales, su celebración acarrea un significado de proximidad entre dos agencias y constituye el soporte normativo, redactado por las mismas agencias, para brindar cobertura a las actividades como el intercambio de información, notificaciones, pasantías internacionales e intercambio de funcionarios, etcétera.

En este capítulo se repasarán las provisiones e instrumentos de colaboración más resaltantes que se encuentran en los TLCs celebrados únicamente entre países latinoamericanos, sin perjuicio de incluir algunas disposiciones relevantes que se encuentran en acuerdos comerciales celebrados con otros países o jurisdicciones como Estados Unidos de América, Canadá y la Unión Europea.

Finalmente, también se hará referencia a aquellas provisiones recogidas en los acuerdos de cooperación entre agencias latinoamericanas, en particular, aquellas que representen un desarrollo adicional a lo ya previsto en los tratados comerciales.

1. Tratados de Libre Comercio – Capítulos de Competencia

Un número importante de acuerdos contemplan capítulos independientes dedicados a la política de competencia. Sin embargo, existen varios otros -en especial los de mayor antigüedad- que contemplan apenas uno o dos artículos con declaraciones de principios o compromisos abstractos y a futuro.

No se incluyen en la revisión algunos acuerdos comerciales en los que se hace referencia a la protección de la competencia, pero que en realidad abordan temas de defensa comercial como dumping y subsidios, como es el caso de algunos acuerdos celebrados por MERCOSUR y Bolivia.

A. Obligación (normativa) de defensa de la competencia

Uno de los elementos comunes entre los tratados de libre comercio que específicamente contienen un capítulo de competencia, es la obligación de mantener una legislación de competencia, una autoridad de competencia y el respeto a principios básicos (transparencia, no discriminación, debido proceso) en su aplicación. Este es el caso de los TLC entre Costa Rica y Perú,⁵⁸ Chile y México,⁵⁹ México y Uruguay,⁶⁰ Panamá y Perú,⁶¹ por mencionar algunos.

Dado que la mayoría de los países latinoamericanos cuentan con una legislación y autoridad de defensa de la competencia, la utilidad de estos capítulos recae en la obligación de que siempre se mantenga vigente en el tiempo una ley en la materia así como una institución encargada de su aplicación.

⁵⁸ Artículo 11.2 del TLC entre Costa Rica y Perú.

⁵⁹ Artículo 14.2 del TLC entre Chile y México.

⁶⁰ Artículo 14.2 del TLC entre México y Uruguay.

⁶¹ Artículo 11.2 del TLC entre Panamá y Perú.

En varios acuerdos entre países latinoamericanos se encuentran compromisos más abstractos, del tipo de “promover acciones para disponer un marco normativo para sancionar prácticas anticompetitivas”. Ello sucede en la mayoría de los acuerdos celebrados por MERCOSUR, así como los acuerdos entre CARICOM y Costa Rica,⁶² los acuerdos de Centroamérica con Panamá,⁶³ con República Dominicana⁶⁴ -que además dispone la creación de un Comité sobre Comercio y Libre Competencia para buscar la aplicación de dichos objetivos-, y con Chile,⁶⁵ y el acuerdo entre Colombia, El Salvador, Guatemala y Honduras.⁶⁶

Un caso particular es el mencionado anteriormente del Acuerdo de Asociación Económica (EPA) entre la Unión Europea y CARIFORUM, en el que se dispone un plazo de cinco años a partir de la entrada en vigencia del acuerdo comercial para que las Partes (Estados Miembros de CARIFORUM) dispongan de leyes y autoridades de competencia dentro de su jurisdicción.⁶⁷

B. Armonización, convergencia y aplicación territorial

Es poco común encontrar en los tratados de libre comercio disposiciones que apunten a lograr una armonización normativa o de categorías jurídicas presentes en las leyes de competencia de los países parte del tratado. Ello se debe en gran medida, a que adoptar un compromiso de armonización podría dificultar la celebración de un tratado comercial que involucra muchos otros aspectos comerciales de mayor sensibilidad. Asimismo, dado que los componentes esenciales de las normas de defensa de la competencia en la mayoría de jurisdicciones no varían en gran medida, no resulta indispensable para los países invertir esfuerzos para lograr una convergencia normativa en este nivel.

Uno de los pocos intentos de convergencia normativa aparece en el TLC entre la Unión Europea de un lado, y Perú y Colombia, del otro. Aunque limitada, esta armonización se pone de manifiesto en la enunciación de las prácticas anticompetitivas incompatibles con el Acuerdo: abusos de posición de dominio, prácticas colusorias, y concentraciones empresariales anticompetitivas, aunque siempre sujetas a las definiciones de las respectivas leyes de competencia de las Partes del tratado.⁶⁸

⁶² Artículo 14.1 de TLC entre Costa Rica y Caricom.

⁶³ Artículo 15.1 del TLC entre Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua, por una parte, y Panamá, por la otra.

⁶⁴ Artículo 15.1 del TLC entre República Dominicana y Centroamérica.

⁶⁵ Artículo 15.1 del TLC entre Chile y Centroamérica.

⁶⁶ Artículo 16.10 del TLC entre Colombia, El Salvador, Guatemala y Honduras.

⁶⁷ Artículo 127 del AAE entre la UE y CARIFORUM.

⁶⁸ Artículo 259.2 del TLC entre la Unión Europea y Colombia y Perú. Para un análisis detallado ver: Luis Diez Canseco y David Fernández. Capítulo 7: Políticas de Competencia, En: (Fernando Cantuarias y Pierino Stucchi, Comp.). Acuerdo Comercial entre Perú y la Unión Europea. Contenido, Análisis y Aplicación, Lima, Universidad del Pacífico, 2013, p. 241 y ss.

En el caso del TLC entre Panamá y Singapur también se enuncian las prácticas anticompetitivas que deberán combatir cada Parte en aplicación de sus respectivas normas de competencia: acuerdos horizontales anticompetitivos entre competidores, uso indebido del poder de mercado, incluyendo el establecimiento de precios predatorios por las empresas, acuerdos verticales anticompetitivos entre empresas, y fusiones y adquisiciones anticompetitivas.⁶⁹

Algo similar sucede en el caso del TLC entre Chile y Perú, en el que además del típico compromiso de aplicar sus respectivas leyes de libre competencia, se hace referencia a los acuerdos restrictivos de la competencia y al abuso de posición de dominio como prácticas anticompetitivas a las que las Partes deberán prestar especial atención.⁷⁰ Asimismo, en dicho acuerdo comercial se hace referencia a un tipo de práctica de especial interés en el marco de acuerdos internacionales: los cárteles de exportación. Respecto de ellos se establece la obligación de que dicho tipo de prácticas anticompetitivas se encuentre “bajo la cobertura de sus respectivas legislaciones de libre competencia, cuando se encuentren desarrollando prácticas de negocios anticompetitivas que generen efectos en el territorio de la otra Parte”.⁷¹

Finalmente, un aspecto resaltante del TLC entre Chile y Perú y que involucra aspectos de convergencia, ámbito de aplicación y cortesía positiva, tiene que ver con la regulación de las prácticas anticompetitivas de efectos transfronterizos. El acuerdo comercial entre ambos los vecinos del Pacífico reconoce que las Partes tendrán la facultad de perseguir las conductas anticompetitivas que se generen en su territorio y cuyos efectos se manifiesten en el territorio de la otra Parte, es decir, adoptan la tesis territorial, sin descartar o prohibir la aplicación de la teoría de los efectos, la misma que está implícitamente reconocida más adelante en el propio tratado⁷². Y en línea con lo anterior, el acuerdo también prevé la cortesía positiva, es decir, la posibilidad de que una Parte pide a la otra el inicio de una investigación respecto de prácticas realizadas en el territorio de esta última y con efectos en el territorio de la solicitante⁷³. Se desarrollará el tema de la cortesía positiva más adelante.

C. Notificaciones y consultas

Como ya se ha indicado, a partir de las denominaciones de notificaciones y consultas se incorporan la mayoría de provisiones sobre actividades de cooperación en materia de competencia.

En algunos acuerdos, bajo el nombre genérico de consultas, se prevé la posibilidad de que un país solicite al otro el considerar el inicio de una investigación por una práctica anticompetitiva en el país receptor del pedido. Es decir, un caso de cortesía positiva. Esto se establece por ejemplo en el TLC de CA con México⁷⁴ y en el caso del TLC de Costa Rica y Perú.⁷⁵

⁶⁹ Artículo 7.1 del TLC entre Panamá y Singapur.

⁷⁰ Artículo 8.1 del TLC entre Chile y Perú.

⁷¹ Artículo 8.2.7 del TLC entre Chile y Perú.

⁷² Artículo 8.5 del TLC entre Chile y Perú.

⁷³ Artículo 8.3 del TLC entre Chile y Perú.

⁷⁴ Artículo 9.14.2 del TLC entre Centroamérica y México.

En algunos acuerdos también se establece la obligación de que un país notifique al otro acerca de las actividades de aplicación o enforcement que pudieran afectar los intereses del otro, así como tomar en consideración sus observaciones, aunque estas no sean vinculantes. Perú es uno de los países latinoamericanos que normalmente contempla este tipo de provisiones de cortesía negativa en sus TLCs, como es el caso de los celebrados con Costa Rica⁷⁶ y Panamá.⁷⁷

Finalmente, algunos acuerdos disponen un mayor desarrollo a partir de acuerdos de cooperación entre agencias de competencia, como el caso del TLC entre Costa Rica y Perú.⁷⁸

D. Intercambio de información

En el intercambio de información, existen varios niveles de compromisos entre las partes de un acuerdo comercial. El nivel mínimo simplemente contempla esta posibilidad en la medida que no contravenga las normas nacionales.⁷⁹ Es decir, no existe una obligación concreta ni se establece ningún procedimiento específico para compartir información.

En sentido opuesto, el TLC entre Chile y Perú establece un conjunto de compromisos más concretos en materia de intercambio de información. Así, en primer lugar, se reconoce expresamente que este intercambio podrá incluir información confidencial -uno de los pocos tratados que admiten expresamente esta posibilidad- bajo el deber de no revelar dicha información sin el consentimiento de la Parte que suministra la información.⁸⁰ Este intercambio incluso podría involucrar a los tribunales de justicia de los países, si es que así lo dispone la legislación nacional.⁸¹ Asimismo, el acuerdo entre Chile y Perú indica que el intercambio de información está dirigido a su utilización como medio de prueba para la efectiva aplicación de la legislación de libre competencia de las Partes y en tal medida se podrá dar incluso en la fase preliminar de investigación.⁸²

Escapando al ámbito exclusivamente latinoamericano, el TLC entre México y la Unión Europea también contempla la posibilidad del intercambio de información confidencial, sujeto a las normas de confidencialidad aplicables en cada Parte, y bajo el deber de reserva, salvo que se cuente con la autorización de la autoridad de competencia

⁷⁵ Artículo 11.6 del TLC entre Costa Rica y Perú.

⁷⁶ Artículo 11.4 del TLC entre Costa Rica y Perú.

⁷⁷ Artículo 11.4 del TLC entre Panamá y Perú.

⁷⁸ Artículo 11.3 del TLC entre Costa Rica y Perú.

⁷⁹ Artículo 11.5 del TLC entre Costa Rica y Perú, y artículo 11.5 del TLC entre Panamá y Perú.

⁸⁰ Artículo 8.8.3 del TLC entre Chile y Perú.

⁸¹ Artículo 8.8.4 del TLC entre Chile y Perú.

⁸² Artículos 8.8.1 y 8.8.2 del TLC entre Chile y Perú.

que suministró la información.⁸³

En la mayoría de los TLCs, sin embargo, el intercambio de información está previsto como una posibilidad y como uno de los objetivos de la cooperación, pero limitándose a información no confidencial o sujetándose estrictamente a lo previsto en las leyes nacionales sobre la materia.

E. Asistencia Técnica

En varios acuerdos comerciales se incluye un compromiso general de asistencia técnica mutua. El TLC entre la Unión Europea, Colombia y Perú es uno de los pocos que desarrolla cómo se pondría de manifiesto este compromiso, señalando que la asistencia técnica que se centraría en fortalecer las capacidades técnicas e institucionales en lo que respecta a la aplicación de política de competencia y el cumplimiento de las leyes de competencia, la capacitación o formación de recursos humanos y el intercambio de experiencias.⁸⁴

El TLC celebrado entre México y la Unión Europea también es más específico que la mayoría de otros acuerdos comerciales, al enunciar formas concretas de asistencia técnica mutua entre las partes, como la capacitación para funcionarios de las autoridades de competencia de ambas partes, los seminarios, la elaboración de estudios conjuntos sobre competencia o políticas y leyes de competencia, y la difusión de temas de competencia a través de publicaciones especializadas.⁸⁵

En el caso del AAE entre la Unión Europea y CARIFORUM se prevé la posibilidad de brindar apoyo en las siguientes áreas: funcionamiento eficaz de las autoridades de competencia del CARIFORUM, asistencia en la redacción de directrices, manuales y, si procede, legislación, puesta a disposición de expertos independientes, organización de formación para el personal clave implicado en la implementación y la aplicación efectiva de la política de competencia.⁸⁶

F. Monopolios Estatales

Resulta usual encontrar cláusulas que aclaren que las disposiciones contempladas en los tratados de libre comercio no prohíben la existencia de monopolios estatales o monopolios designados (o exclusividades), como es el caso del tratado entre Centroamérica y Panamá,⁸⁷ el de los países de Centroamérica con Chile, el de Chile y México,⁸⁸ y el de México con Uruguay.⁸⁹

⁸³ Artículo 8 del Anexo del Anexo XV del TLC entre México y la UE.

⁸⁴ Artículo 264 del TLC entre la UE, Colombia y Perú.

⁸⁵ Artículo 10 del Anexo XV del TLC entre México y la UE.

⁸⁶ Artículo 130 del AAE entre la UE y CARIFORUM.

⁸⁷ Capítulo 15. Sección B del tratado entre Centroamérica y Panamá.

⁸⁸ Artículo 14.3.2 del TLC entre Chile y México.

⁸⁹ Artículo 14.3.2 del TLC entre México y Uruguay.

En el TLC de los países de Centroamérica con Panamá y en el de México con Uruguay se establece que si la designación de un monopolio pudiera afectar los intereses de empresas o personas de la otra parte, se buscará la introducción de condiciones que minimicen o eliminen esa afectación, pero en la medida que la legislación nacional lo permita. Nuevamente, en compatibilidad con la legislación nacional, en el TLC de Centroamérica con Panamá se persigue que la actuación de estos monopolios no sea discriminatoria, no realice prácticas anticompetitivas, en especial si cuentan con facultades públicas que puedan afectar las condiciones del mercado.

En buena cuenta, se trata principalmente de compromisos de mejores esfuerzos, no vinculantes, ya que todos se supeditan a lo que indique la legislación nacional de cada país. En cambio, en el TLC de los países de Centroamérica con Chile,⁹⁰ el de Chile y México,⁹¹ el de Chile y Perú,⁹² y el de México con Uruguay,⁹³ estos compromisos asumen mayor fuerza pues si bien permiten los monopolios estatales, también se indican que estos monopolios se deben adecuar a los deberes de competencia y no discriminación contenidos en el tratado.

G. Reglas especiales sectoriales

Es poco común encontrar normas de competencia específicas para sectores, como es el caso del TLC entre Chile y Centroamérica,⁹⁴ el TLC entre México, El Salvador, Guatemala y Honduras,⁹⁵ y el TLC entre México y Uruguay⁹⁶ que establecen específicamente el deber de las partes de procurar que el monopolio u operador dominante en el mercado de telecomunicaciones no participe de prácticas anticompetitivas.

Estos tratados incluyen referencias a conductas anticompetitivas prohibidas como subsidios cruzados, conductas predatorias y la discriminación en el acceso a las redes y los servicios públicos de telecomunicaciones (salvo en el caso del TLC entre México y Uruguay), y llegan a enumerar medidas para evitarlas como son la contabilidad separada, la separación estructural, las obligaciones de acceso y no discriminación, las obligaciones de transparencia, etcétera.

H. Órganos de supervisión

Los TLCs firmados por México con Chile,⁹⁷ por un lado, y con Uruguay,⁹⁸ por el otro, son de los pocos en los que

⁹⁰ Artículo 15.2 del TLC entre Chile y países de Centroamérica.

⁹¹ Artículo 14.3.4 del TLC entre Chile y México.

⁹² Artículo 8.10 del TLC entre Chile y Perú.

⁹³ Artículo 14.3.4 del TLC entre México y Uruguay.

⁹⁴ Artículo 13.7 del TLC entre Chile y países de Centroamérica.

⁹⁵ Artículo 12.6 del TLC entre México y El Salvador, Guatemala y Honduras.

⁹⁶ Artículo 11.6 del TLC entre México y Uruguay.

⁹⁷ Artículo 14.5 del TLC entre Chile y México.

se prevé la posibilidad de la creación de un órgano intergubernamental (Comité de Comercio y Competencia) para hacer seguimiento a los compromisos asumidos y adelantar recomendaciones a la Comisión Administradora del TLC acerca de la relación entre las leyes y políticas en materia de competencia y el comercio en la zona de libre comercio.

Algo similar ocurre con el TLC entre Chile y Perú, en el que se dispone el establecimiento de un Grupo de Trabajo integrado por representantes de cada Parte, el mismo que debería remitir un informe sobre el estado de su trabajo a la Comisión Administradora a más tardar a los 3 años siguientes a la entrada en vigor del Acuerdo.⁹⁹

I. Solución de controversias

Un número mayoritario de acuerdos comerciales restringen la aplicación del sistema general de solución de controversias del tratado para posibles conflictos que surjan respecto de la aplicación del capítulo de competencia. No se ha encontrado casos en los que se haya dispuesto una vía especial para la solución de controversias respecto de la aplicación de las normas de libre competencia y, por excepción, algunos acuerdos admiten utilizar el mecanismo general de solución de controversias del TLC, como es el caso del TLC entre Costa Rica y Perú.¹⁰⁰

2. Acuerdos de cooperación entre agencias latinoamericanas de competencia

En la última década, han proliferado en gran número los acuerdos de cooperación entre agencias nacionales de competencia. Es decir, en concordancia temporal con la propagación de los acuerdos bilaterales de comercio.

En ninguno de los acuerdos bilaterales de cooperación revisados se ha encontrado referencias a los acuerdos subregionales de integración o a las normas de competencia existentes en dichos acuerdos. Llama la atención, por ejemplo, que prácticamente todas las agencias de competencia de los países centroamericanos hayan celebrado acuerdos bilaterales entre sí y, sin embargo, hasta la fecha no exista un acuerdo de cooperación multilateral entre todas las agencias de competencia de la subregión.

La excepción a esta clara tendencia bilateral es MERCOSUR, que ha adoptado dos acuerdos de cooperación inter-agencias aplicable a toda la subregión. En este sentido se hace referencia al Entendimiento sobre Cooperación entre las Autoridades de Defensa de la Competencia de los Estados Partes del Mercosur para la Aplicación de sus Leyes Nacionales de Competencia y al Entendimiento sobre Cooperación entre las Autoridades de Defensa de la Competencia de los Estados Partes del Mercosur para el Control de Concentraciones Económicas de Ámbito Regional. Cabe anotar, sin embargo, que hasta donde se tiene conocimiento las únicas actividades concretas de cooperación entre las autoridades de la subregión se han dado en el marco del acuerdo bilateral de cooperación celebrado entre las repúblicas de Argentina y Brasil.

Como ya se adelantó, en muchos casos, los acuerdos de cooperación reiteran - -con otras palabras- las declaraciones los compromisos incluidos en los capítulos de competencia de los tratados de libre comercio celebrados entre países latinoamericanos, como por ejemplo la declaración sobre la independencia de cada autoridad para la aplicación de sus propias leyes nacionales de competencia, los compromisos de colaboración y

⁹⁸ Artículo 14.5 del TLC entre México y Uruguay.

⁹⁹ Artículo 8.4 del TLC entre Chile y Perú.

¹⁰⁰ Artículo 11.7 del TLC entre Costa Rica y Perú.

de asistencia técnica, la posibilidad de intercambio de información y respeto a la confidencialidad de la información compartida. Por ello en este acápite se tratará de poner de manifiesto solamente aquellos aspectos no incluidos en los acuerdos comerciales, o de aquellas cláusulas que desarrollan en profundidad los compromisos que se han analizado en el acápite precedente.

A. Notificaciones

Uno de los aspectos más relevantes de los acuerdos de cooperación entre agencias de competencia, y en el que el desarrollo es más profundo que los compromisos incluidos en los tratados de libre comercio, tiene que ver con el régimen de notificaciones entre agencias. Estos llegan, incluso, a superar en muchos casos, los alcances naturales de notificación de la cortesía positiva y negativa.

Así, en varios acuerdos se prevé la notificación por parte de una autoridad de competencia de las actividades de aplicación relacionadas con conductas que, en su totalidad o en parte, son llevadas a cabo en el territorio de la otra parte. Es decir, conductas que se realizan en el extranjero pero con efectos en el territorio nacional,¹⁰¹ así como también actividades de aplicación que requieran la imposición de sanciones o medidas correctivas en el territorio de la otra parte.¹⁰²

Otro tipo de notificaciones tiene que ver con la realización de actividades de investigación en el territorio de la otra parte, como la búsqueda de información.¹⁰³ En este punto, resalta el acuerdo de cooperación entre las

¹⁰¹ Artículo II.2.b del Entendimiento sobre Cooperación entre las Autoridades de Defensa de la Competencia de los Estados Partes del Mercosur para la Aplicación de sus Leyes Nacionales de Competencia; artículo II.1.b del Acuerdo entre la FNE (Chile) y CADE, SAE y SEAE (Brasil); artículo II.3.b del Acuerdo entre la FNE (Chile) y la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (Ecuador); artículo II.2.b del Acuerdo entre la FNE (Chile) y la CFC (México); artículo 6.b Del Acuerdo entre CADE (Brasil) e INDECOPI (Perú); artículo IV.1.b del Acuerdo entre la Comisión para la Defensa y Promoción de la Competencia (Honduras) y Coprocom (Costa Rica). En el caso de las operaciones de concentración, basta el efecto transfronterizo para que surja la obligación de notificación, según el artículo II.2.b del Entendimiento sobre Cooperación entre las Autoridades de Defensa de la Competencia de los Estados Partes del Mercosur para el Control de Concentraciones Económicas de Ámbito Regional.

¹⁰² Artículo II.2.e del Entendimiento sobre Cooperación entre las Autoridades de Defensa de la Competencia de los Estados Partes del Mercosur para la Aplicación de sus Leyes Nacionales de Competencia; artículo II.2.d del Entendimiento sobre Cooperación entre las Autoridades de Defensa de la Competencia de los Estados Partes del Mercosur para el Control de Concentraciones Económicas de Ámbito Regional; artículo II.1.d del Acuerdo entre la FNE (Chile) y CADE, SAE y SEAE (Brasil); y Artículo II.3.d Del Acuerdo entre la FNE (Chile) y la SCPM (Ecuador); artículo II.2.d del Acuerdo entre la FNE (Chile) y la CFC (México); artículo 6.d Del Acuerdo entre CADE (Brasil) e INDECOPI (Perú); artículo IV.1.e del Acuerdo entre la Comisión para la Defensa y Promoción de la Competencia (Honduras) y Coprocom (Costa Rica).

¹⁰³ Artículo II.2.f del Entendimiento sobre Cooperación entre las Autoridades de Defensa de la Competencia de los Estados Partes del Mercosur para la Aplicación de sus Leyes Nacionales de Competencia; artículo II.2.e del Entendimiento sobre Cooperación entre las Autoridades de Defensa de la Competencia de los Estados Partes del Mercosur para el Control de Concentraciones Económicas de Ámbito Regional; artículo II.1.e del Acuerdo entre la FNE (Chile) y CADE, SAE y SEAE (Brasil); artículo II.3.e del Acuerdo entre la FNE (Chile) y la SCPM (Ecuador); artículo II.2.e del Acuerdo entre la FNE (Chile) y la CFC (México); artículo IV.1.f del Acuerdo entre la Comisión para la Defensa y Promoción de

autoridades de Mercosur,¹⁰⁴ el acuerdo entre las agencias brasileras y argentinas,¹⁰⁵ y el de las agencias argentina y ecuatoriana,¹⁰⁶ que autorizan expresamente a los funcionarios de una parte a visitar el territorio de la otra parte en el curso de investigaciones al amparo de sus respectivas leyes de competencia; autorización sujeta a la notificación y el consentimiento de la parte notificada.

Por otro lado, en algunos de acuerdos de cooperación se desarrolla algunos aspectos de la cortesía. En el caso del acuerdo entre las autoridades de Brasil y Chile se contempla que en el caso de la cortesía negativa, se dará oportunidad a la autoridad del otro país para ser oída respecto de las actividades de aplicación que pudieran afectar sus intereses.¹⁰⁷

Una clase de notificaciones que escapa a los conceptos tradicionales de cortesía positiva o negativa, tiene que ver con la notificación de aquellas fusiones o adquisiciones en las que intervenga una parte que realiza operaciones en el territorio de la otra parte, o que es controlada por una empresa constituida en el territorio de la otra parte.¹⁰⁸ El supuesto de hecho tradicional es el de una empresa multinacional que solicita la autorización para una operación de concentración en el país A. En ese caso, la autoridad del país A debería notificar a la autoridad del país B, puesto que la empresa solicitante también opera en el país B, lo que podría implicar la aplicación de las normas de control de concentraciones por parte de esta última autoridad de competencia. Este tipo de notificación apunta a brindar información a la autoridad extranjera para que ésta pueda aplicar su propia ley de competencia.

En el Memorando de Entendimiento entre las autoridades de Chile y El Salvador también se hace alusión a estos casos, señalándolos como supuestos para la coordinación entre ambas autoridades, aunque sin prever

la Competencia (Honduras) y Coprocom (Costa Rica).

¹⁰⁴ Artículo II.3 del Entendimiento sobre Cooperación entre las Autoridades de Defensa de la Competencia de los Estados Partes del Mercosur para la Aplicación de sus Leyes Nacionales de Competencia; y artículo II.3 del Entendimiento sobre Cooperación entre las Autoridades de Defensa de la Competencia de los Estados Partes del Mercosur para el Control de Concentraciones Económicas de Ámbito Regional.

¹⁰⁵ Artículo I.3 del Acuerdo de Cooperación entre las repúblicas de Argentina y Brasil.

¹⁰⁶ Artículo II.7 del Acuerdo entre la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (Argentina) y la SCPM (Ecuador).

¹⁰⁷ Artículo IV.2 del Acuerdo entre la FNE (Chile) y CADE, SAE y SEAE (Brasil).

¹⁰⁸ Artículo II.2.c del Entendimiento sobre Cooperación entre las Autoridades de Defensa de la Competencia de los Estados Partes del Mercosur para la Aplicación de sus Leyes Nacionales de Competencia; artículo II.2.c del Entendimiento sobre Cooperación entre las Autoridades de Defensa de la Competencia de los Estados Partes del Mercosur para el Control de Concentraciones Económicas de Ámbito Regional; Artículo II.1.c. del Acuerdo entre la FNE (Chile) y CADE, SAE y SEAE (Brasil); Artículo II.3.c del Acuerdo entre la FNE (Chile) y la SCPM (Ecuador); artículo II.2.c del Acuerdo entre la FNE (Chile) y la CFC (México); artículo 6.c Del Acuerdo entre CADE (Brasil) e INDECOPI (Perú); artículo IV.1.d del Acuerdo entre la Comisión para la Defensa y Promoción de la Competencia (Honduras) y Coprocom (Costa Rica).

expresamente un deber de notificación.¹⁰⁹

Otro caso particular se encuentra en el Acuerdo de Cooperación entre las agencias de MERCOSUR,¹¹⁰ y en los varios acuerdos bilaterales celebrados entre respectivas autoridades de competencia centroamericanas que requieren la notificación de “alguna conducta u operación que supuestamente haya sido requerida, impulsada o aprobada por la otra parte”. Aunque el texto del acuerdo no es muy claro en este punto, se entendería que se refiere al caso en que una conducta u operación que se lleva a cabo o tiene efectos en el territorio de la otra parte (supuesto ya estaría cubierto por el primer caso de notificación) y que además cuenta con la venia de la primera parte (de la autoridad de competencia que está obligada a notificar).

B. Otras actividades de cooperación

Siguiendo el modelo de los tratados de libre comercio, en algunos casos de los acuerdos de cooperación, se contemplan declaraciones generales a favor de coordinar actividades de aplicación, en la medida que sea factible, respecto de un mismo asunto, entendiéndose, respecto de una misma práctica que podría dar lugar a la aplicación de las leyes de ambos países,¹¹¹ o de materias interrelacionadas.¹¹²

En algunos otros acuerdos, se desarrollan compromisos más específicos como el de auxiliar a la otra parte en la localización y obtención de pruebas e información (pública) existente en el territorio de la parte requerida, como es el caso del acuerdo entre las agencias de Honduras y Costa Rica,¹¹³ de Nicaragua y Costa Rica,¹¹⁴ y de Argentina y Ecuador.¹¹⁵

Asimismo, en unos cuantos acuerdos se prevé la posibilidad de desarrollar coordinadamente actividades de abogacía de la competencia, aunque sin mayor desarrollo en la implementación de este compromiso.¹¹⁶

¹⁰⁹ Artículo V del Memorando de Entendimiento entre la FNE (Chile) y la Superintendencia de Competencia (El Salvador).

¹¹⁰ Artículo II.2.d del Entendimiento sobre Cooperación entre las Autoridades de Defensa de la Competencia de los Estados Partes del Mercosur para la Aplicación de sus Leyes Nacionales de Competencia.

¹¹¹ Artículo III.2 del Acuerdo entre la FNE (Chile) y CADE, SAE y SEAE (Brasil).

¹¹² Artículo V del Entendimiento sobre Cooperación entre las Autoridades de Defensa de la Competencia de los Estados Partes del Mercosur para la Aplicación de sus Leyes Nacionales de Competencia; y Artículo VI del Acuerdo entre las repúblicas de Argentina y Brasil.

¹¹³ Artículo V.2.a del Acuerdo entre la Comisión para la Defensa y Promoción de la Competencia (Honduras) y Coprocom (Costa Rica);

¹¹⁴ Artículo V.2.a del Acuerdo entre la Procompetencia (Nicaragua) y Coprocom (Costa Rica).

¹¹⁵ Artículo III.3.a del Acuerdo entre la CNDC (Argentina) y la SCPM (Ecuador).

¹¹⁶ Artículo VI del Memorando de Entendimiento entre la FNE (Chile) y la Superintendencia de Competencia (El Salvador); artículo IV del Memorando de Entendimiento para la Asistencia Técnica entre la CFC (México) y la Superintendencia de Competencia (El Salvador); artículo IV del Memorando de Entendimiento para la

Las autoridades brasileras y argentinas dan un paso adicional en la colaboración al establecer el compromiso de reunirse por lo menos dos veces al año para promover el intercambio de información respecto de sus actividades de enforcement, información respecto de sectores económicos de interés común, políticas públicas con implicancia en la competencia y en general materias de interés recíproco.¹¹⁷

C. Intercambio de información

En lo que respecta al intercambio de información, la gran mayoría de los acuerdos de cooperación reiteran los contenidos de los capítulos de competencia de los tratados de libre comercio, en los que se admite esta posibilidad, restringida a la aplicación de las respectivas leyes nacionales en la materia.

No obstante, ciertos acuerdos de cooperación profundizan en la relación que se da entre las autoridades de competencia y las personas que les han proporcionado información confidencial, de cara a su posible intercambio con una autoridad extranjera. Así, tanto el acuerdo entre la Fiscalía Nacional Económica de Chile y la Superintendencia de Control del Mercado de Ecuador, como el acuerdo entre el Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE) de Brasil y el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propia Intelectual (INDECOPI) de Perú, contemplan que, en ese contexto, las autoridades deberán obtener la autorización expresa de las personas que brindaron la información confidencial.¹¹⁸

D. Asistencia Técnica

Sin asumir obligaciones concretas, en varios acuerdos se contemplan algunos ejemplos de cooperación en esta materia como el intercambio de especialistas y capacitadores, la organización conjunta de seminarios, conferencias y cursos de entrenamiento, el intercambio de personal entre las agencias y realización de pasantías, entre otros.¹¹⁹

Asistencia Técnica entre la CFC (México) y Procompetencia (Nicaragua); artículo IX del Acuerdo entre la Comisión para la Defensa y Promoción de la Competencia (Honduras) y Coprocom (Costa Rica); artículo IX del Acuerdo entre la Procompetencia (Nicaragua) y Coprocom (Costa Rica).

¹¹⁷ Artículo III.2 del Acuerdo entre las repúblicas de Argentina y Brasil.

¹¹⁸ Artículo IV.4 del Acuerdo entre la FNE (Chile) y la SCPM (Ecuador); artículo 8 del Acuerdo entre CADE (Brasil) e Indecopi (Perú).

¹¹⁹ Ver, entre otros: Artículo III del Acuerdo entre la FNE (Chile) y el Ministerio de Economía, Industria y Comercio - Comisión para Promover la Competencia (Costa Rica); artículo V.II del Acuerdo entre la FNE (Chile) y la SCPM (Ecuador); artículo IV del Memorando de Entendimiento entre la FNE (Chile) y la Superintendencia de Competencia (El Salvador); artículo VIII del Acuerdo entre las repúblicas de Argentina y Brasil; artículos II.a y II.b del Convenio de Cooperación entre la Superintendencia de Industria y Comercio (Colombia) y la CFC (México); artículos III.a y III.b del Convenio de Cooperación entre la SCPM (Ecuador) y la CFC (México); artículo 3.1 del Memorando de Entendimiento para la Asistencia Técnica entre la CFC (México) y la Superintendencia de Competencia (El Salvador); artículo 3.1 del Memorando de Entendimiento para la Asistencia Técnica entre la CFC (México) y Procompetencia (Nicaragua); artículos 2.a y 2.b del Convenio de Cooperación entre la CFC (México) y la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (República Dominicana).

Más allá de las diversas obligaciones específicas que han sido reseñadas en este acápite y el precedente, la multiplicación de acuerdos bilaterales de comercio en los que se incluye un capítulo de competencia, y de acuerdos de cooperación entre agencias de competencia, permiten inferir una predilección por la bilateralidad en el tratamiento del Derecho de la Competencia a nivel internacional en el contexto latinoamericano.

Por otro lado, no se aprecia una tendencia especial a celebrar más acuerdos entre las agencias de una misma subregión, salvo el caso de las agencias centroamericanas. MERCOSUR representa, no obstante, una excepción al haberse celebrado en su fuero acuerdos de cooperación multilaterales que involucran a todas las agencias de competencia de la subregión.

A la fecha, existe poca información pública disponible sobre la implementación práctica de los compromisos bilaterales o multilaterales asumidos por los países latinoamericanos y sus respectivas agencias de competencia.

Uno de los escasos ejemplos sería el reportado por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) de Argentina, que indicó que en Junio de 2011 hizo uso de las herramientas previstas por el Acuerdo de Cooperación celebrado con Brasil, obteniendo una respuesta por parte de las autoridades de competencia brasileras en Agosto del mismo año, en lo que podría ser el ejercicio de los derechos de consulta o de notificación ahí previstos; sin embargo, esto no ha sido precisado en el comunicado de prensa de la CNDC.¹²⁰

Otro ejemplo más reciente se habría dado en la colaboración entre las agencias colombiana, chilena y mexicana, para analizar la adquisición del negocio de nutrición infantil de Pfizer por parte de Nestlé, y que culminó con el compromiso de Nestlé de no incorporar en su compra el negocio de fórmulas lácteas infantiles en los mencionados países latinoamericanos.

Fuera de estos y otros escasos ejemplos, las actividades de colaboración entre las agencias de competencia latinoamericanas habrían estado enfocadas más bien a comunicaciones informales y a programas de capacitación y asistencia técnica.

Sin perjuicio de ello, algunas agencias latinoamericanas han participado en actividades de enforcement en conjunto con otras agencias internacionales. Así, por ejemplo, en el año 2009, el CADE realizó visitas de inspección sin previo aviso, de manera conjunta y simultánea con autoridades de competencia europeas y de Estados Unidos de América, en el marco de una investigación referente al mercado de compresoras. CADE reporta que estas inspecciones involucraron a más de 60 funcionarios de la antigua Secretaría de Derecho Económico (SDE), la policía federal y fiscales federales en Brasil. El caso se inició a raíz de una solicitud de clemencia.¹²¹

4 Conclusiones

El estudio realizado sobre el desarrollo de la política de competencia a nivel de acuerdos subregionales en América Latina y el Caribe permite esbozar las siguientes conclusiones que, por cierto, no pretenden ser definitivas, considerando que se tratan procesos en plena evolución:

¹²⁰ Ver: <http://www.cndc.gov.ar/> (Sección Novedades).

¹²¹ OECD. Foro Latinoamericano de Competencia – 3 y 4 de septiembre de 2013, Lima (Perú) – Sesión III: Visitas de inspecciones sin previo aviso en investigaciones de conductas anticompetitivas. Contribución de Brasil, p. 4 (disponible en: [http://search.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF\(2013\)14&docLanguage=Es](http://search.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF(2013)14&docLanguage=Es)).

- La evolución de la política y legislación de competencia a nivel de acuerdos de comercio e integración regional es aún **muy tímida** a pesar de existir 4 procesos para constituir mercados únicos, y múltiples acuerdos de liberalización comercial bilateral, plurinacional y regional. Si los países de la Región quieren perfeccionar los procesos de integración de los mercados, la regionalización de la política y legislación de competencia será un requisito insoslayable.
- A nivel de bloques de integración, la evolución es **asimétrica**: Solo CAN Y CARICOM tienen esquemas normativos supranacionales en el área de competencia. Mercosur, por su lado, contempla solamente un órgano intergubernamental (que todavía no funciona) y no una verdadera autoridad supra-nacional y el Mercado Común Centroamericano no tiene regulación regional en ésta materia (las autoridades nacionales analizan la adopción de un esquema regional con apoyo del BID).
- **No hay casos regionales**: La normativa regional de CAN y CARICOM permitiría avances en materia de abogacía de la competencia y lucha contra las regulaciones públicas anticompetitivas, siguiendo parcialmente el modelo de la Unión Europea. Sin embargo, todavía no ha habido avances prácticos en este aspecto. En el caso de CAN no se ha presentado casos relevantes, y el caso de CARICOM, la Comisión de Competencia recién ha iniciado labores y solo hay un caso en investigación.
- El escaso uso y promoción de las herramientas subregionales de competencia es reflejo de:
 - **Una institucionalidad de competencia frágil**. Los procesos de integración en América Latina adolecen de esquemas institucionales regionales débiles y de poca experiencia de las autoridades nacionales para lidiar con conductas internacionales. Los recursos (humanos y financieros) dedicados a la política de competencia subregional son muy limitados. La debilidad institucional de algunas autoridades nacionales resta la confianza en el intercambio de información sensible y en el desarrollo de actividades conjuntas de investigación y *enforcement*.
 - **Las divergencias entre las normas** de defensa de competencia nacionales, en especial en lo que refiere al control de concentraciones empresariales afecta la coordinación internacional.
 - CARICOM y Mercosur han diseñado **complejos sistemas de coordinación** entre autoridades nacionales de competencia y autoridades de comercio que pueden mermar la eficacia de la aplicación regional de la política de competencia.
 - Existe **divergencia en las políticas económicas de los países** de cara a la interiorización del modelo de economía de mercado, desconfianza en el proceso competitivo, y liberalización del comercio internacional.
 - **El poco conocimiento** que tienen los agentes económicos sobre las normativas regionales vigentes.
- Un número importante de **acuerdos de libre comercio contemplan capítulos independientes dedicados a la política de competencia** y que abordan diversos aspectos como: obligaciones de mantener leyes y autoridades de defensa de la competencia, independencia de cada autoridad para la aplicación de sus propias leyes nacionales de competencia, compromisos de colaboración y de asistencia técnica, posibilidad de intercambio de información y respeto a la confidencialidad de la información compartida,

admisión de la existencia de monopolios estatales y designados, compromisos generales a favor de la capacitación y asistencia técnica.

- Dadas las características similares de algunos mercados, en donde suelen participar los mismos actores, **existen grandes oportunidades de colaboración Sur-Sur entre las agencias de competencia latinoamericanas y del Caribe**, desde el punto de vista de cooperación en la investigación y *enforcement* para el caso de operaciones de concentración y conductas anticompetitivas de alcance transfronterizo. Asimismo, incluso en el ámbito de conductas y operaciones de alcance exclusivamente nacional, hay espacio para el intercambio de experiencias entre autoridades de competencia de distintos países. Estas oportunidades se están comenzando a formalizar con la firma de múltiples acuerdos de cooperación inter-agencial y con el establecimiento del Centro Regional de Competencia de América Latina (CRC).
- No obstante lo anterior, **la colaboración efectiva entre agencias** latinoamericanas para la investigación y aplicación de sus respectivas leyes nacionales de competencia aún **se encuentra en una etapa germinal** y hay pocos acuerdos de cooperación que estén implementándose en la práctica.
- **Los acuerdos de cooperación** entre agencias de competencia **replican** en muchos casos el tipo de declaraciones y compromisos señalados en **los acuerdos de libre comercio**. Sin embargo, en algunos acuerdos de cooperación se aprecia un desarrollo más profundo en algunas materias, como: notificaciones y consultas (que incluso van más allá de los tradicionales *positive comity* y *negative comity*), colaboración en el acceso a información en territorios extranjeros, e intercambio de información.
- El acercamiento entre agencias de competencia no ha estado guiado necesariamente por proximidad territorial o por confluencia en un mismo proyecto de integración subregional, sino aparentemente, **por la identificación de ventajas prácticas**, como por ejemplo: similitudes entre determinados mercados nacionales, y aprovechamiento del *expertise* de ciertas agencias nacionales de competencia.
- Las autoridades de competencia más jóvenes de la región reconocen en los acuerdos de cooperación con las autoridades más experimentadas **una oportunidad de aprendizaje**, que les permita conocer más acerca de las investigaciones y procedimientos que se ha seguido en otras jurisdicciones y que podrían ser replicados en sus países.
- En ninguno de los acuerdos bilaterales de cooperación revisados se ha encontrado **referencias a los acuerdos subregionales** de integración o a las normas de competencia existentes en dichos acuerdos. Solo a nivel de Mercosur se han adoptado acuerdos de cooperación inter-agencias aplicable a toda la subregión. Los escasos ejemplos concretos de cooperación entre autoridades de competencia se han dado en el marco de **acuerdos bilaterales de cooperación**.