

Análisis de las normas de protección de la libre competencia y la libre competencia transfronteriza en los mecanismos de integración subregional el caso del MERCOSUR y el CARICOM.

Eugenio Rivera Urrutia

Presentación preparada para la VI Reunión Anual del Grupo de Trabajo sobre Comercio y Competencia de América Latina y El Caribe (GTCC)

2,3 y 4 de noviembre del 2016

SESIÓN III: Análisis de las normas de protección de la libre competencia y la libre competencia transfronteriza en los mecanismos de integración subregional: Ámbitos para avanzar en la convergencia regulatoria.

Introducción

- La política de competencia es una materia que ha sido regulada en América Latina sólo en los últimos 20 años.
- En los acuerdos regionales, su tratamiento ha sido incorporado de manera diversa y sus resultados prácticos no han sido aun completamente evaluados.
 - La CAN, cuenta con un conjunto de disciplinas e institucionalidad para abordar las cuestiones relacionadas con estas materias.
 - El MERCOSUR elaboró reglas que aún no han entrado en vigor (Decisión 18/96), por lo que no es posible evaluar su eficacia. Entre los países de América del Sur no hay acuerdos que regulen de manera sustantiva las prácticas anticompetitivas.
 - En el marco Acuerdo – Unión Europea compromiso para crear Agencia regional y marco jurídico para concentraciones con efectos regionales: Las dificultades políticas
- ¿Política de competencia supranacional?

Índice

- Introducción
- La política de competencia en el MERCOSUR
 - El Protocolo de Defensa de la Competencia del MERCOSUR de 1996.
 - El Acuerdo de Defensa de la Competencia del MERCOSUR del 2010.
- La política de competencia en el CARICOM
- Propuesta de convergencia en materia de política de competencia

La política de competencia en el MERCOSUR

- El 17 de diciembre de 1996, el MERCOSUR aprobó el “Protocolo de Defensa de la Competencia”
- El objeto del Protocolo era la defensa de la competencia en el ámbito del MERCOSUR y se aplicaría a los actos practicados por personas físicas o jurídicas de derecho público o privado, u otras entidades, que tengan por objeto producir o que produzcan efectos sobre la competencia en el ámbito del MERCOSUR y que afecten el comercio entre los Estados Partes.
- Correspondía a cada Estado Parte “la regulación de los actos practicados en su respectivo territorio por persona física o jurídica de derecho público o privado u otra entidad domiciliada en él y cuyos efectos sobre la competencia a él se restrinjan” (Artículo 3).
- No obstante, el artículo 8 señalaba que “compete a la Comisión de Comercio del MERCOSUR, en los términos del artículo 19 del Protocolo de Ouro Preto, y al Comité de Defensa de la Competencia (CDC) aplicar el presente Protocolo”. Dicho CDC constituiría un “órgano de naturaleza intergubernamental, estará integrado por los órganos nacionales de aplicación del presente Protocolo en cada Estado parte”.

La política de competencia en el MERCOSUR

- En el capítulo V, específicamente entre los artículos 10 al 21 se desarrolla la normativa respecto al procedimiento de aplicación.
- Luego de la presentación fundada de una parte interesada, los órganos nacionales de aplicación debían elevar al CDC el caso con una evaluación preliminar.
- El CDC luego de un análisis técnico preliminar, procederá a la apertura de la investigación o, ad referendum de la Comisión de Comercio del MERCOSUR al archivo del proceso. El artículo 13 determinaba además que “En caso de urgencia o amenaza de daño irreparable a la competencia, el Comité de Defensa de la Competencia determinará, ad referendum de la Comisión de Comercio del MERCOSUR, la aplicación de medidas preventivas, incluyendo el cese inmediato de la práctica sometida a investigación, el restablecimiento a la situación anterior u otras que considere necesarias”.
- El artículo 14 determinaba que corresponde al CDC establecer “en cada caso investigado, pautas que definirán, entre otros aspectos, la estructura del mercado relevante, los medios de prueba de las conductas y los criterios de análisis de los efectos económicos de la práctica investigada.”

La política de competencia en el MERCOSUR

- En caso de existir divergencias el artículo 17 disponía que “respecto de la aplicación de los procedimientos previstos en el presente Protocolo, el Comité de Defensa de la Competencia podrá solicitar a la Comisión de Comercio del MERCOSUR pronunciamiento sobre la materia”.
- El artículo 18 por su parte señalaba que “una vez concluido el proceso de investigación, el órgano nacional responsable de la investigación presentará al Comité de Defensa de la Competencia un dictamen conclusivo sobre la materia” el que determinará las prácticas infractoras y establecerá las sanciones a ser impuestas o las demás medidas que correspondan al caso (Artículo 19).

La política de competencia en el MERCOSUR

- En el caso, en que en el CDC no se alcanzara consenso, elevará sus conclusiones a la Comisión de Comercio del MERCOSUR- consignando las divergencias existentes. Si el consenso no fuera alcanzado, la Comisión de Comercio (CC) del MERCOSUR elevará las diferentes alternativas propuestas al Grupo Mercado Común (Artículo 20).
- Si el Grupo Mercado Común no alcanzara consenso, el Estado parte interesado podrá recurrir directamente al procedimiento previsto en el Capítulo IV del Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias (Párrafo único del artículo 21).

La política de competencia en el MERCOSUR

- Ya en 1997 José Tavares de Araujo Jr. y Luis Tineo (1997) anticipaban problemas:
 - “Algunos problemas de este sistema pueden ser anticipados... las provisiones sustantivas y procedimentales del Protocolo se aplican sólo a las prácticas con implicaciones para el MERCOSUR.
 - Dado el hecho que las agencias nacionales, la CDC y el CC son independientes en sus juicios en cada etapa del proceso de definir la dimensión que atañe al MERCOSUR en cada fase puede hacer pesado y lento el sistema.
 - En cada etapa la agencia puede aplicar criterios diferentes para definir el mercado relevante. Por ejemplo la agencia nacional puede usar criterios restrictivos para la definición del mercado y cerrar la investigación. Por el contrario, puede suceder que se apliquen criterios más permisivos.
 - Los mismos problemas pueden ser anticipados observando la evaluación de la evidencia y los efectos económicos de las prácticas. Hay una gran controversia acerca de las limitaciones de aplicar el análisis económico a las prácticas anticompetitivas.
 - Sin embargo, asumiendo que cada criterio es definido adecuadamente por las agencias nacionales, eso no asegura que las otras definiciones o enfoques sean aceptados por el CDC. Del mismo modo, aunque se tiene la expectativa que las decisiones sean ratificadas por la CC, esta última tiene el poder de rechazarlas basada en su propio criterio

La política de competencia en el MERCOSUR

- “Adicionalmente, dada la limitada experiencia acumulada en cada país en relación con estas prácticas, tanto los análisis preliminares como los de la CDC pueden llevar a resultados inconsistentes. Esto puede abrir las puertas para la influencia y la discrecionalidad política en cada etapa si las instancias basan sus decisiones en consideraciones distintas a las técnicas, particularmente cuando el análisis de los efectos sobre los mercados de las prácticas. Así queda por verse qué tan bien los mecanismos intergubernamentales de coordinación trabajarán y que tan adecuados y políticamente neutrales son los criterios aplicados a las prácticas bajo investigación.
- Estos temas llevan a considerar un enfoque más preventivo hacia las prácticas que tienen dimensiones extraterritoriales, ya que muchas de esas prácticas son posibles solo cuando hay un tratamiento desbalanceado en cada nivel nacional. Para abordar esta área crucial, el Protocolo contiene medidas para la armonización de las leyes y políticas de competencia

La política de competencia en el MERCOSUR

- EL ACUERDO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DEL MERCOSUR 2010
- En el año 2010 se establece el “Acuerdo de Defensa de la Competencia del MERCOSUR” (MERCOSUR/CMC/DEC. N° 43/10) como salida al hecho que luego de 14 años el Protocolo de Fortaleza no había podido entrar en vigencia.
- El objetivo es significativamente menos ambicioso.
 - En sus considerandos se reconoce que se requiere un instrumento común que preserve y promueva la libre competencia pues la cooperación en materia de libre competencia contribuye a los objetivos establecidos por el Tratado de Asunción.
 - Al mismo tiempo, se señala que “Es importante institucionalizar y profundizar los mecanismos de consulta e intercambio de información ya empleados por autoridades de competencia de los Estados Partes”. El acuerdo deroga las decisiones CMC N° 18/96 y 02/97.

La política de competencia en el MERCOSUR

- EL ACUERDO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DEL MERCOSUR 2010
- Los objetivos del Acuerdo son los siguientes:
 - Promover la cooperación y coordinación entre los Estados Partes en las actividades de aplicación de las leyes de la competencia nacionales dentro del MERCOSUR;
 - Proveer asistencia mutua en cualquier cuestión relativa a la política de la competencia que se considere necesario;
 - Asegurar un cuidadoso examen por los Estados Partes de sus intereses recíprocos relevantes, en la aplicación de sus leyes de competencia;
 - Eliminar prácticas anticompetitivas a través de la aplicación de sus respectivas leyes de competencia.

La política de competencia en el MERCOSUR

- EL ACUERDO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DEL MERCOSUR 2010
- El nuevo modelo de cooperación en materia de competencia buscaba basarse en consultas entre las autoridades de competencia de los Estado Partes.
 - Se abandona, además, la idea de armonizar las normas anticompetitivas aplicables a todos los estados miembros y se descansa más bien en los acuerdos de cooperación y coordinación firmados en los años 2004 y 2006.
 - No obstante, como señalan Mota y Bertrand (2015) aunque este nuevo acuerdo aparece como prometedor, depende todavía fuertemente en instituciones regulatorias funcionales domésticas. Debido a ello, sostienen los autores, resulta incierto cómo evolucionará el acuerdo. Más aún si a esa fecha el acuerdo todavía no era internalizado por los países partes, con la excepción de Argentina. La internalización requiere que cada país promulgue los términos del acuerdo como normal legales en la esfera doméstica ya sea como estatutos, decretos ejecutivos o regulaciones dependiendo de las normas de cada país (p. 218).

La política de competencia en el MERCOSUR

- EL ACUERDO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DEL MERCOSUR 2010
- Por su parte, Luis Diez Canseco (2013) señala “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” (p. 8).

La política de competencia en el CARICOM

- El objetivo de la política de competencia según formulada por el artículo 169 del Tratado Revisado de Chaguaramas apunta en general a asegurar que los beneficios del establecimiento del mercado único no se frustran por conductas anticompetitivas de las empresas.
- En este contexto la Comisión de Competencia del CARICOM fue establecida por el artículo 171 del Tratado Revisado de Chaguaramas, y es una de las instituciones claves que apoyan el mercado único.
- En 2004 se decidió que la Comisión tendría su sede en Surinam y 4 años más tarde, el 18 de enero del 2008 la Comisión fue puesta en operación..
- El Comité está integrado por siete miembros nombrados por la Comisión Regional de Servicios Jurídicos y Legales. La Comisión Regional de Servicios Jurídicos y Legales nombrará un Presidente de entre los miembros nombrados para el Comité.

La política de competencia en el CARICOM

- Las funciones del Comité son las siguientes:
 - Aplicar las normas de competencia respecto de cualquier conducta anticompetitiva transfronteriza;
 - Promover y proteger la competencia en la Comunidad y coordinará la aplicación de la Política de Competencia de la Comunidad; y
 - Desempeñar cualquier otra función que le encomiende cualquier órgano competente de la Comunidad.

La política de competencia en el CARICOM

- Para ello, el Comité:
 - Vigilará las prácticas anticompetitivas de las empresas que operen en el MUEC, e investigará y arbitrará los litigios transfronterizos;
 - Mantendrá en examen la Política de Competencia de la Comunidad y asesorará y hará recomendaciones al CCDE para que sea más eficaz;
 - Promoverá el establecimiento de instituciones y la elaboración y aplicación por los Estados Miembros de leyes y prácticas de competencia armonizadas, para conseguir la uniformidad en la administración de las normas aplicables;
 - Examinará los progresos realizados por los Estados Miembros en la aplicación del marco jurídico e institucional para la observancia;
 - Cooperará con las autoridades competentes de los Estados Miembros;
 - Prestará apoyo a los Estados Miembros para promover y proteger el bienestar de los consumidores;
 - Facilitará el intercambio de información y capacidades pertinentes.
- Al 2012 sólo dos países habían promulgado las leyes y las autoridades para aplicar el acuerdo. Según Taimoon Stewart (2012) ello reflejaba la baja prioridad asignada al tema por los Países Partes.

La política de competencia en el CARICOM

La normativa de Competencia de la Asociación CARICOM – Unión Europea

- «Autoridad responsable de la Competencia»: para la Parte CE, la «Comisión Europea», y, para los Estados del Cariforum, una o más de las siguientes Autoridades responsables de la Competencia, según proceda: la Comisión de la Competencia de la Caricom y la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de la República Dominicana
- Prácticas restrictivas de la competencia incompatibles con el correcto funcionamiento del presente Acuerdo, en la medida en que pueden afectar al comercio entre las Partes:
 - Los acuerdos y las prácticas concertadas entre empresas cuyo objetivo o efecto sea impedir o disminuir sustancialmente la competencia en la totalidad o en una parte importante del territorio de la Parte CE o de los Estados del Cariforum;
 - El abuso de posición dominante por parte de una o varias empresas en la totalidad o en una parte importante del territorio de la Parte CE o de los Estados del Cariforum.

La política de competencia en el CARICOM

- Las Partes y los Estados signatarios se asegurarán de que en un plazo de cinco años a partir de la entrada en vigor del presente Acuerdo dispongan de legislación en vigor relativa a las restricciones a la competencia dentro de su jurisdicción, y hayan establecido los organismos mencionados en el artículo 125, apartado 1.
- Cuando entre en vigor la legislación y se establezcan los organismos mencionados en el apartado 1, las Partes aplicarán las disposiciones previstas en el artículo 128. Las Partes también acuerdan revisar el funcionamiento del presente capítulo una vez transcurrido un período de creación de confianza entre sus autoridades de competencia de una duración de seis años a partir de la aplicación del artículo 128.

La política de competencia en el CARICOM

- Intercambio de información y cooperación en materia de aplicación efectiva
 - Cada una de las Autoridades responsables de la Competencia podrá comunicar a las demás Autoridades responsables de la Competencia su deseo de cooperar para hacer cumplir las normas. Dicha cooperación no impedirá a las Partes o a los Estados signatarios del Cariforum adoptar decisiones de forma autónoma.
 - Para facilitar la aplicación efectiva de sus respectivas legislaciones sobre competencia, las Autoridades responsables de la Competencia podrán intercambiar información no confidencial. Todo intercambio de información estará sujeto a las normas de confidencialidad aplicables en cada Parte y en los Estados signatarios del Cariforum.
 - Cada una de las Autoridades responsable de la Competencia podrá comunicar a las demás Autoridades responsables de la Competencia cualquier información de que disponga y que indique la existencia, en el territorio de la otra Parte, de prácticas comerciales anticompetitivas que entren dentro del ámbito de aplicación del presente capítulo. La Autoridad responsable de la Competencia de cada una de las Partes decidirá sobre la forma del intercambio de información conforme a sus mejores prácticas.

Propuesta de convergencia en materia de política de competencia

- Proposición ALADI – Comunidad Andina – MERCOSUR
 - Establecer mecanismos de cooperación entre las agencias nacionales de protección y promoción de la libre competencia para intercambiar información relacionada a experiencias, entrenamientos técnicos, jurisprudencia y doctrina administrativa, relacionados con la defensa de la libre competencia.
 - Se propuso además establecer un marco normativo regional, dictando medidas de carácter general que sean aplicables a todos los países sudamericanos. Se propuso además desarrollar mecanismos que permitan proteger los intereses de los consumidores.
- Las proposiciones de la Cepal 2007 – 2008
 - Crear mecanismos eficaces de cooperación entre las agencias responsables para prevenir estas prácticas. No es realista pensar en un instrumento sustantivo que aborde las prácticas con efectos transfronterizos, especialmente cuando normalmente ello requiere de una institucionalidad supranacional.

Propuesta de convergencia en materia de política de competencia

- La situación actual: Únicamente los bloques CAN y CARICOM han desarrollado esquemas normativos sustentados en la supranacionalidad.
- En el caso de Mercosur, según sus tratados constitutivos o normas equivalentes, éste posee una estructura intergubernamental, careciendo de un orden supranacional.
- Son varios los problemas que hacen difícil el desarrollo de una legislación de competencia coordinada entre los países de ALC.
 - Existe asimetría y divergencia tanto en las políticas económicas de los países, como en las normas de defensa de la competencia nacionales, por lo que más difícil que exista una actuación mancomunada.
 - Escaso el uso y promoción de herramientas subregionales de competencia, lo que hace que la institucionalidad de competencia sea relativamente frágil, tanto por la inexistencia de recursos como de personal capacitado para fortalecer su aplicación como por el poco conocimiento de las normativas regionales vigentes por parte de los agentes económicos.

Propuesta de convergencia en materia de política de competencia

- De todas maneras, hay un importante número de acuerdos de libre comercio que contemplan capítulos sobre la política de competencia y que incluyen entre sus principales compromisos y características las siguientes: la obligación de mantener leyes y autoridades de defensa de la competencia; la independencia de las autoridades para aplicar sus leyes nacionales de competencia; compromisos de colaboración y asistencia técnica; intercambio de información y confidencialidad; la admisión de la existencia de monopolios estatales y designados y manifestación de compromisos a favor de la capacitación y asistencia técnica (Diez, 2013).
- La colaboración efectiva entre las agencias latinoamericanas de competencia está en una etapa inicial, donde recién se están abriendo espacios para cooperar en aspectos de investigación y *Enforcement*, intercambio de experiencias entre las autoridades de competencias, dadas las similares características de los mercados y presencia de los mismos actores.

Propuesta de convergencia en materia de política de competencia

- En este sentido ha sido fundamental, la formalización de la firma de acuerdos de cooperación inter-agencias, así como el establecimiento del Centro Regional de Competencia de América Latina (CRC).
- El 14 de septiembre del año 2011 en el marco del IX Foro Latinoamericano de Competencia celebrado en Bogotá Colombia, se constituyó, formalmente, el Centro Regional de Competencia para América Latina (CRCAL) mediante la firma de un Acuerdo, el cual suscribieron de manera inicial 13 agencias de competencia.

Propuesta de convergencia en materia de política de competencia

- El CRCAL tiene por misión asistir a las autoridades de competencia en el desarrollo de sus capacidades y en la implementación de las leyes y políticas de competencia en sus respectivas jurisdicciones y desea convertirse en un depositario institucional de esfuerzos colaborativos que involucren a todos los países latinoamericanos para mejorar la competencia en la región e incrementar el bienestar de la población. El CRCAL surge frente a los importantes desafíos que enfrentan las autoridades de competencia en países de América Latina, entre los que se incluyen limitaciones en las capacidades técnicas y recursos disponibles, bajos niveles de cooperación e intercambios de información entre agencias, e insuficiente comunicación con el poder judicial.