

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

RESTRICTED
WT/WGTCP/W/72
6 de abril de 1998

(98-1374)

**Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre
Comercio y Política de Competencia**

Original: inglés

COMUNICACIÓN DEL CANADÁ

Se ha recibido de la Misión Permanente del Canadá la siguiente comunicación, de fecha 16 de marzo de 1998, con el ruego de que se distribuya a los Miembros.

Respuestas a las preguntas formuladas por los Miembros

En la reunión del Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia celebrada los días 16 y 17 de septiembre de 1997 los Miembros formularon una serie de preguntas con respecto a las comunicaciones presentadas sobre los regímenes nacionales de política de competencia existentes. Tras el examen de esas preguntas en la siguiente reunión, celebrada los días 27 y 28 de noviembre de 1997, la delegación del Canadá ofrece a continuación respuestas a algunas de las preguntas formuladas.

1. ¿De qué forma facilitan las directrices y demás declaraciones de política la aplicación sin dificultades de las políticas nacionales de competencia y fomentan el cumplimiento de las leyes sobre competencia? ¿Pueden los Miembros dar ejemplos de esas directrices?

En el Canadá la educación es parte integrante y fundamental de una estrategia global para fomentar el cumplimiento de las leyes sobre competencia. Se confía en que un amplio programa de educación aumentará la eficacia de los esfuerzos encaminados al cumplimiento de la política de competencia y contribuirá a reducir la necesidad de emprender acciones a tales efectos.

La Oficina de Política de Defensa de la Competencia ha elaborado directrices y ha hecho declaraciones de política con el fin de facilitar a todos los participantes en el mercado información y orientaciones sobre una serie de cuestiones. Por ejemplo, en las Directrices sobre la aplicación de la legislación en materia de fusiones se expone el procedimiento que se sigue en el examen de las operaciones de fusión y se dan pormenores sobre la manera en que se interpretan y aplican los diversos elementos articulados en la legislación. También se han elaborado boletines detallados en los que se explica el enfoque adoptado por la Oficina al aplicar la legislación a situaciones que impliquen la fijación de precios predatorios, discriminación en materia de precios y alianzas estratégicas.

Además de esas directrices más detalladas, se hacen declaraciones de política, en charlas y publicaciones informativas regulares, en las que se expone, por ejemplo, la evolución reciente de casos específicos o las opiniones de la Oficina sobre otras cuestiones relativas a la aplicación de la legislación.

En general, se considera que las directrices y demás declaraciones de política públicas son importantes para ayudar a los círculos empresariales a comprender las prescripciones de las leyes, aumentar la transparencia y previsibilidad en cuanto a la manera en que se aplicarán y aclarar cómo se analizan cuestiones concretas. También es útil la educación del público para fomentar la comprensión de las leyes sobre competencia por parte de los consumidores, ya que éstos constituyen una importante fuente potencial de información en relación con las infracciones.

2. ¿Qué importancia tiene la defensa de la competencia como elemento de la política de competencia, en particular en un país en transición a una economía de mercado? ¿Qué alcance debería tener la intervención de la autoridad encargada de la competencia en lo que respecta a: a) el proceso de privatización; y b) la vigilancia de la evolución de los mercados de capital, como medio de asegurarse de que se aplica la política de competencia?

La defensa de la competencia debe ser uno de los principales elementos de la política de competencia en cualquier país y puede ser especialmente importante en países en proceso de transición a economías basadas en el mercado. La labor de defensa realizada por las autoridades encargadas de la competencia reporta beneficios de dos maneras interrelacionadas. En primer lugar, dichas autoridades pueden fomentar una mayor confianza general en las fuerzas competitivas del mercado como medio más eficaz de promover la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores. Están bien situadas para exponer esos argumentos porque pueden ser más neutrales (es decir, no tienen intereses financieros directos en la estructura de mercado resultante ni, por tanto, incentivo alguno para crear distorsiones en ella). Además, pueden aportar conocimientos especializados al analizar los mercados y la competencia. En segundo lugar, la labor de defensa de la competencia puede contribuir a reducir la necesidad de futuras intervenciones de las autoridades antimonopolio para aplicar las leyes pertinentes. El establecimiento de una competencia efectiva en los mercados por medio de la reglamentación constituye la mejor garantía de que no habrá después necesidad de emprender acciones con esos fines.

La Oficina de Política de Defensa de la Competencia es muy activa en lo que se refiere a la defensa de la competencia y la formulación de políticas. La *Ley de Competencia* otorga expresamente al Director de Estudios e Investigaciones la facultad de intervenir ante juntas reguladoras, comisiones y tribunales con respecto a cuestiones relacionadas con la competencia que puedan estar examinando. El Director tiene la facultad paralela de comparecer ante los organismos reguladores provinciales previa solicitud o con su consentimiento. Además, la Oficina promueve las políticas y programas gubernamentales en favor de la competencia facilitando información a los funcionarios del gobierno encargados de la formulación de las políticas.

La privatización sin competencia puede reportar pocos beneficios, de reportar alguno, a una economía. Al mismo tiempo, ese tipo de privatización puede hacer que los gobiernos obtengan los mayores ingresos posibles de la venta de activos. Las autoridades encargadas de la competencia pueden desempeñar en las iniciativas de privatización una función encaminada a que se reconozca ese conflicto y a que los intentos de elevar al máximo los ingresos procedentes de las ventas de activos no se realicen a expensas de los beneficios que genera la competencia.

En el Canadá las leyes sobre competencia se aplican la mayoría de las veces en respuesta a reclamaciones recibidas; así pues, la vigilancia de la evolución de los mercados de capital no constituye un medio por el que la Oficina de Política de Defensa de la Competencia trate de lograr el cumplimiento de dichas leyes. No obstante, podría considerarse la posibilidad de ejercer esa vigilancia en casos en que pueda plantearse un problema de competencia en el mercado de capital pertinente (por ejemplo, posible colusión entre participantes en el mercado para aumentar el costo de los préstamos).

3. ¿Qué medidas convendría adoptar en relación con la retirada de empresas (o industrias) ineficientes, en particular en el contexto de la transformación económica?

En el artículo 93 b) de la *Ley de Competencia* se señala la importancia de determinar "si la empresa, o una parte de la empresa, de un participante en la fusión o proyecto de fusión ha quebrado o es probable que quiebre". Esta información ha de tenerse en cuenta al "determinar, a los efectos del artículo 92 (de la *Ley de Competencia*), si una fusión o proyecto de fusión impide o disminuye sustancialmente, o es probable impida o disminuya sustancialmente, la competencia". La repercusión que la retirada de una empresa pueda tener con respecto a cuestiones distintas de la competencia sobrepasa por lo general el ámbito de la determinación contemplada en el artículo 93 b).

Desde la perspectiva de la competencia, es importante evaluar la solvencia financiera de las partes en la fusión, por dos razones principales: en primer lugar, la pérdida de la influencia competitiva actual o futura de una empresa en situación de quiebra no puede atribuirse a su adquisición en casos en que la empresa se hubiera retirado del mercado pertinente de todos modos; en segundo lugar, el grado en que la adquisición de una empresa en situación de quiebra puede aumentar el poder de mercado del comprador suele ser menor cuanto mayor es la probabilidad de quiebra de la empresa y más débil su posición relativa en el mercado.

En las Directrices sobre la aplicación de la legislación en materia de fusiones se establecen tres criterios para determinar si se considera probable que una empresa esté en situación de quiebra: 1) que sea insolvente o sea probable que resulte insolvente; 2) que haya iniciado o sea probable que inicie un procedimiento de quiebra voluntaria; y 3) que se haya declarado o sea probable se declare en quiebra o sindicatura de quiebra.

4. ¿Cómo deberían los países llevar a cabo la armonización, o establecer otra forma de interacción, de la legislación nacional sobre competencia con otros elementos de su ordenamiento jurídico nacional, que puede incluir disposiciones que limiten la competencia?

Hay diversos modos de tratar de lograr la armonización y la interacción apropiada entre las leyes sobre competencia y otras leyes, entre ellos los siguientes:

- a) Especificar claramente en la legislación pertinente la interconexión o relación prevista con la legislación y la política en materia de competencia. Ello puede contribuir a evitar confusiones, y los costos resultantes, en cuanto a la legislación que habrá de considerarse rige las prácticas comerciales y los abusos de control anticompetitivos cuando se produzcan. Puede ser especialmente importante asegurarse de que una legislación que no tenga por objeto ocuparse de las prácticas comerciales anticompetitivas no impida la aplicación de la legislación sobre competencia.
- b) Incluir referencias a la promoción de la competencia, cuando sea pertinente, en la enunciación de los objetivos o finalidades de otros instrumentos legislativos. Aunque la competencia pueda no ser el único objetivo o el objetivo principal de una reglamentación o legislación, una referencia explícita a la competencia como uno de los objetivos que han de perseguirse puede evitar que se distorsione o impida innecesariamente la competencia para lograr otros objetivos económicos o de política.
- c) Otorgar facultades legislativas o de otro tipo a las autoridades antimonopolio para intervenir en procedimientos normativos, legislativos o de política con el fin de hacer una exposición efectiva de los problemas relacionados con la competencia. Como antes se ha indicado, a las autoridades canadienses encargadas de la competencia se les otorgan facultades de esa naturaleza con respecto al derecho de intervenir ante juntas, tribunales y comisiones.

5. ¿Cuál es el equilibrio óptimo entre la ejecución y la no ejecución de la legislación sobre competencia? ¿De qué forma evitan las autoridades encargadas de la competencia convertirse en "un órgano regulador más"?

El objetivo de la ejecución de la legislación es disuadir de conductas anticompetitivas y tratar de lograr el máximo cumplimiento de las leyes, dados los recursos disponibles. Puede resultar eficaz una mezcla de métodos de ejecución y el equilibrio óptimo puede variar a veces según el entorno en que actúe el organismo encargado de la competencia. Así pues, en vez de pensar en la no ejecución, tal vez sea más apropiado considerar la gama de posibles respuestas -en aplicación de las leyes- a conductas anticompetitivas y las diversas situaciones que justificarían esas diferentes respuestas.

La Oficina de Política de Defensa de la Competencia aplica una mezcla de instrumentos de aplicación: desde procedimientos judiciales formales a métodos menos formales destinados a señalar las presuntas infracciones a los implicados y evitar que se repitan en el futuro. Los procedimientos judiciales encaminados a la aplicación de sanciones formales se consideran necesarios y adecuados en casos que entrañen un daño económico importante. En otros casos pueden resultar apropiadas respuestas menos severas: por ejemplo, cuando se considere que la conducta en cuestión constituye un caso aislado y los efectos no son sustanciales. También son importantes las actividades de educación del público con el fin de facilitar información sobre la aplicación de la ley y la manera de poder evitar transgresiones. La Oficina se asegura de que el público disponga de información mediante una serie de mecanismos: participación en ferias comerciales, charlas, espacio en Internet, folletos, directrices, etc.

Con respecto a la cuestión de que las autoridades encargadas de la competencia eviten convertirse en "un órgano regulador más", la mejor manera de lograrlo es que el organismo competente se centre en intervenir en el mercado únicamente cuando no funcione debidamente por sí solo. La política de competencia puede distinguirse de la reglamentación industrial en la medida en que establece normas generales aplicables a toda la economía en vez de establecer prescripciones detalladas con respecto a determinados sectores industriales. En el Canadá la política de competencia (con la excepción de la notificación de las grandes operaciones de fusión) no entraña la aprobación previa de la conducta de las empresas y se basa en gran medida en su cumplimiento voluntario. Las autoridades encargadas de la competencia intervienen *a posteriori* y de manera selectiva. En definitiva, su intervención viene determinada por el entorno competitivo.

En el Canadá, la interacción entre la legislación sobre competencia y la regulación se rige en gran medida por una doctrina de jurisprudencia conocida por el nombre de defensa de la conducta regulada. La esencia de esa doctrina es que se considera que la actividad específica autorizada o realizada de conformidad con un sistema válido de regulación es de interés público. Como tal, no puede concluirse que infrinja las disposiciones penales de la *Ley*. Para entender debidamente esta cuestión es de importancia fundamental reconocer que no todas las actividades de una industria ni todos los aspectos de la competencia están normalmente regulados. El simple hecho de que exista cierta regulación gubernamental en un determinado sector no significa que no sea aplicable la *Ley de Competencia*. Por otra parte, el que pueda o no ser aplicable esa defensa depende de un detenido examen de la naturaleza de la regulación en el caso particular de que se trate. No existe jurisprudencia concluyente con respecto a las disposiciones civiles de la *Ley* y corresponde a los órganos judiciales y al Tribunal de Defensa de la Competencia determinar el alcance de la aplicación de la defensa de la conducta regulada.¹

¹ Esta cuestión ha sido abordada en dos casos recientes: el caso *Interac* (véase *Canada (Director of Investigation and Research) v. Bank of Montreal et al* (Comp. Trib., CT9502/92, 20 de junio de 1996)), y el caso de la *Law Society* (véase *Law Society of Upper Canada v. Canada (Attorney General)*), expediente judicial N° RE5349/95, Tribunal de Ontario (División General), 27 de marzo de 1996).

6. ¿Cómo influyen los acuerdos comerciales regionales o los acuerdos de integración económica en la aplicación de la política de competencia? ¿Debería un país parte en un acuerdo de ese tipo tratar de establecer o mantener su propia política nacional de competencia, especialmente si en los demás países que sean partes en el acuerdo no hay tales políticas? ¿Debería considerarse, si no, la posibilidad de establecer una política regional de competencia?

Las leyes sobre competencia tratan de suprimir las restricciones anticompetitivas a las transacciones comerciales y facilitar de esa manera una asignación más eficiente de los recursos. Ello suele realizarse en el contexto de un mercado nacional. No obstante, los obstáculos al comercio influyen negativamente en la asignación eficiente de los recursos. La política de competencia debe garantizar que, a medida que se supriman los obstáculos arancelarios y no arancelarios al comercio, no se sustituyan por actividades anticompetitivas privadas. La liberalización del comercio incrementa el comercio internacional, lo que a su vez aumenta el potencial de actividades anticompetitivas transfronterizas y la necesidad de una aplicación vigilante de la legislación sobre competencia, tanto nacional como internacionalmente.

Acuerdos comerciales regionales como el Acuerdo de Libre Comercio entre el Canadá y los Estados Unidos y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) han tratado de acelerar la liberalización de los mercados y de establecer disciplinas en esferas específicas que pueden tener efectos en el comercio y las inversiones, por ejemplo la esfera de los derechos de propiedad intelectual. En el caso del TLCAN, se considera que la legislación sobre competencia forma parte del conjunto de disposiciones orientadas al mercado encaminadas a promover el proceso competitivo. El TLCAN contiene un capítulo (el capítulo 15) sobre política de competencia, monopolios y empresas estatales. En virtud de las disposiciones de este capítulo, cada parte se compromete a adoptar y mantener medidas con objeto de prohibir conductas anticompetitivas y a tomar disposiciones apropiadas con respecto a ese tipo de conductas. Las partes se comprometen también a cooperar en cuestiones relativas a la aplicación de la legislación sobre competencia: asistencia jurídica mutua, notificación, celebración de consultas e intercambio de información en relación con la aplicación de las leyes sobre competencia en el área del TLCAN.

La aplicación de un acuerdo regional de libre comercio puede cambiar la perspectiva de las autoridades encargadas de la competencia. Al igual que en el caso de las sucesivas rondas del GATT, el objetivo que persiguen los acuerdos comerciales regionales es aumentar las oportunidades de las empresas nacionales y extranjeras. Ello a su vez se traducirá en una mayor competencia para las empresas nacionales.

La liberalización del comercio facilita la expansión de los mercados antimonopolio pertinentes, que pasan de un ámbito local y nacional a un ámbito regional y a veces incluso mundial. Como consecuencia, fusiones y posiciones de dominio que podrían haber suscitado cuestiones de competencia anteriormente, cuando estaban cerradas las fronteras, tal vez dejen de constituir una preocupación en un régimen de comercio más liberal. Con un mayor volumen de importaciones y una mayor amenaza de acceso mediante inversiones directas, operaciones de fusión y otras prácticas comerciales que se traducirían en elevados niveles de concentración de los mercados si éstos se midieran sobre la base de los productores nacionales no requieren ya en la mayoría de los casos su impugnación por parte de las autoridades canadienses y otras autoridades antimonopolio.

Al disminuir los obstáculos al comercio y circular con mayor libertad los factores de producción, a las empresas privadas les resulta más difícil mantener cárteles, abusos de posiciones dominantes y situaciones similares en los mercados internos. Por consiguiente, al investigar casos de esa índole las autoridades canadienses y otras autoridades antimonopolio tienen que tener más en cuenta los dinámicos cambios del mercado resultantes de la mayor liberalización del comercio.

En términos más generales, con la liberalización del comercio las autoridades canadienses y de otros países están dando mayor importancia a la capacidad de las importaciones y de la posible entrada de inversores extranjeros para someter a disciplina las prácticas de fijación de precios y otras prácticas comerciales de empresas partes en fusiones después de la transacción, de empresas que ocupan una posición dominante en el mercado interno y de sociedades que forman presuntamente parte de un cártel nacional. Este enfoque va más allá de la cuestión de la concentración en el mercado antimonopolio pertinente para abarcar cuestiones tan complejas como la competencia potencial y la impugnabilidad de los mercados. Este enfoque metodológico se refleja en las disposiciones en materia de fusiones de la *Ley de Competencia* del Canadá, en las que se considera la magnitud de la competencia extranjera un factor separado que ha de evaluarse una vez determinados el mercado pertinente y la concentración del mercado.

Con respecto a la segunda parte de la pregunta -si un país parte en un acuerdo de ese tipo debería tratar de establecer o mantener su propia política nacional de competencia aun cuando en los demás países partes en el acuerdo no haya tales políticas- la respuesta es afirmativa. Al aumentar la liberalización del comercio, países más pequeños como el Canadá podrían ser especialmente vulnerables a conductas colusorias en otros países que puedan tener efectos negativos en los mercados canadienses. Además, hay un número cada vez mayor de estudios en los que se indica que una fuerte rivalidad en los mercados internos, apoyada por una enérgica aplicación de las leyes antimonopolio, contribuye a que los beneficios potenciales de los acuerdos de libre comercio se conviertan en realidad y se repartan equitativamente entre los participantes en el mercado. Una reñida competencia en los mercados internos facilita también los reajustes estructurales que pueda requerir la liberalización del comercio.

Por otra parte, además de desempeñar una función complementaria de la liberalización del comercio, la política de competencia puede constituir una importante red de seguridad que tal vez permita a los países reducir la regulación directa de los precios y los mercados y privatizar las empresas de propiedad estatal. La legislación sobre competencia puede salvaguardar los intereses de los consumidores y el bienestar público y promover así el apoyo político a la reforma normativa.

Asimismo, la experiencia canadiense revela que las autoridades encargadas de la competencia pueden desempeñar una función de importancia crucial en la defensa de la desregulación (o reforma normativa) de los sectores de la economía regulados. Este proceso no elimina la necesidad de una política de competencia efectiva. Por el contrario, refuerza esa necesidad y presenta nuevos retos con respecto a su aplicación.

7. Los países más pequeños se ven afectados algunas veces por fusiones que suprimen la rivalidad entre divisiones nacionales de empresas multinacionales (EMN), cuando la fusión ha sido "aprobada" o autorizada en la jurisdicción en la que tienen su sede las EMN. ¿Tienen en cuenta las autoridades encargadas de la competencia en las jurisdicciones en que las EMN tienen su sede los efectos que tales fusiones pueden producir en otros países en los que esas EMN desarrollan sus actividades?

Las autoridades encargadas de la competencia en cada una de las jurisdicciones en cuestión (divisiones nacionales y sede) tendrían oportunidad de examinar los efectos de las fusiones con arreglo a sus respectivas leyes sobre competencia. Aunque el mercado de un determinado producto pueda ser de ámbito regional, nacional o internacional, las autoridades de cada jurisdicción examinarán la repercusión en sus consumidores, ya que las leyes sobre competencia se basan en la jurisdicción nacional.

Cuando existen acuerdos bilaterales de cooperación entre dos países, y cada uno de ellos estima que se producen efectos anticompetitivos en su jurisdicción, tal vez sea posible que los dos países adopten medidas complementarias. Como alternativa, la jurisdicción con mayor interés en la cuestión puede estar en condiciones de aplicar una medida que satisfaga las preocupaciones en materia de competencia

de la otra jurisdicción. No obstante, si una fusión no plantea problema alguno con arreglo a las leyes de la jurisdicción en la que tenga su sede la empresa -no se produce un daño importante a la competencia- esa jurisdicción carecerá de base para emprender una acción. Puede fácilmente ocurrir que una transacción sea recurrible en una jurisdicción y no lo sea en otra, debido principalmente a las diferentes condiciones en materia de competencia de las dos jurisdicciones, aunque también pueden influir las diferencias en el ámbito y la aplicación de las leyes sobre competencia.

La globalización y la liberalización del comercio han dado lugar a un número cada vez mayor de fusiones, empresas conjuntas y otras formas de colaboración empresarial que traspasan fronteras jurisdiccionales. Si en el ejemplo antes citado se supone que en el país más pequeño no existen leyes sobre competencia que permitan un examen formal de los efectos anticompetitivos de esas transacciones, son evidentes las ventajas de tratar de elaborar una legislación sobre competencia.

8. ¿Es factible recurrir al principio de respeto activo de la prelación "positive comity" como instrumento para resolver los problemas de la política de competencia reduciendo al mismo tiempo al mínimo los conflictos internacionales de jurisdicción, en circunstancias en las que las prácticas anticompetitivas se originan en sectores económicos que no entran en el ámbito de la legislación nacional sobre competencia aplicable en la jurisdicción en la que se utilizan esas prácticas?

El principio de cortesía internacional tradicional impone que los países se respeten entre sí como naciones soberanas iguales. En la práctica, ese concepto puede ir más allá de examinar si existe un conflicto real en la legislación para entrar en consideraciones de cómo afectarán a los intereses nacionales de otras jurisdicciones las medidas de las autoridades competentes. Las notificaciones de acciones emprendidas por una jurisdicción que puedan afectar a otra constituyen en la práctica una enunciación del principio de cortesía internacional tradicional.

El principio de cortesía internacional positiva ("positive comity") lleva algo más lejos la cortesía tradicional al prever un mecanismo por el que un país afectado pueda solicitar que otro país considere la posibilidad de que en las acciones emprendidas se tengan en cuenta las preocupaciones suscitadas por las prácticas anticompetitivas. De esa manera, la cortesía internacional positiva puede facilitar la aplicación de la legislación sobre competencia por la jurisdicción mejor situada para hacerlo y puede reducir la razón de ser de la aplicación extraterritorial de las leyes.

Ahora bien, las acciones emprendidas en aras de la cortesía internacional positiva se aplican en el marco de las leyes nacionales sobre competencia. Si las prácticas en cuestión tienen lugar en sectores excluidos de la aplicación de las leyes sobre competencia en la jurisdicción en que se realizan, o si esa conducta no es en general objeto de censura, es posible que la solicitud de aplicación del principio de cortesía internacional positiva no dé lugar en definitiva a una solución legal.
