



International Law: Revista Colombiana de
Derecho Internacional

ISSN: 1692-8156

revistascientificasjaveriana@gmail.com

Pontificia Universidad Javeriana
Colombia

Lozano Ortiz de Zárate, María Clara

Hacia el tratado de libre comercio con estados unidos: puntos generales de discusión sobre
competencia

International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional, núm. 3, junio, 2004, pp. 461-482

Pontificia Universidad Javeriana
Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82400313>



- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto



HACIA EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO CON ESTADOS UNIDOS: PUNTOS GENERALES DE DISCUSIÓN SOBRE COMPETENCIA

MARÍA CLARA LOZANO ORTIZ DE ZÁRATE¹



SUMMARY

Introducción

Competencia y libre comercio

Los capítulos de competencia en los tratados de libre comercio celebrados por los Estados Unidos

1 Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana con posgrado en economía de la integración regional europea (Universidad de Deusto – España), y representante de Colombia en el V Curso de política comercial de la Organización Mundial del Comercio – OMC en la sede de dicha organización (Ginebra – Suiza) donde profundizó sus estudios en los distintos acuerdos de libre comercio. Profesora de derecho de la competencia en las universidades Javeriana, Externado de Colombia y Andina del Ecuador. Directora de la nueva especialización de la Pontificia Universidad Javeriana en Derecho de la competencia, globalización y neoproteccionismo. Miembro fundador del Centro de Estudios de Derecho de la Competencia - CEDEC. Socia de Lozano & Asociados, Derecho, Competencia & Globalización.



1. La exigencia de que los países miembros del acuerdo cuenten con legislación nacional en materia de competencia
2. La cooperación y coordinación de autoridades alrededor de la aplicación de la política de competencia
3. Monopolios designados
4. Empresas del Estado
5. Transparencia e intercambio de información
6. Solución de controversias
7. Consultas

Aspectos que usualmente no han sido objeto de regulación en los tratados de libre comercio celebrados por los Estados Unidos

- Los carteles de exportación
- Las exclusiones o regulaciones en materia de competencia
- Las ayudas estatales
- Cláusulas de minimis

Conclusiones

RESUMEN

El presente artículo analiza los temas básicos que han sido negociados en materia de competencia en los tratados de libre comercio de los que han sido parte contratante los Estados Unidos. Igualmente hace referencia a algunos de aquellos temas que no han sido objeto de regulación en dichos tratados.

PALABRAS CLAVE:

Comercio, competencia, zonas de libre comercio, carteles de exportación.

INTRODUCCIÓN

La tendencia de finales del siglo XX orientada a la creación de acuerdos de libre comercio en los ámbitos regional y bilateral ha continuado en estos años del nuevo milenio. Hoy en día, América Latina, y en particular Colombia, se ven afrontadas a la toma de decisiones de negociación en distintos acuerdos de naturaleza comercial.

En la palestra de negociaciones se encuentran, entre otros, el ALCA, y varios acuerdos de naturaleza bilateral entre los cuales figura el que hoy ocupa gran parte de las preocupaciones de los empresarios colombianos: el Tratado de libre comercio (en adelante TLC) con los Estados Unidos.

Tanto las negociaciones ALCA como las del TLC con Estados Unidos involucran diversos aspectos de comercio. Los aspectos allí contemplados abarcan desde el más obvio, referente a cómo garantizar el acceso de los bienes y servicios colombianos al mercado de los otros países miembros del correspondiente acuerdo comercial (en particular Estados Unidos), hasta temas tan complejos y transversales a toda la negociación, como la forma en que se manejarán los problemas que surjan en virtud de las conductas anticompetitivas desarrolladas por los distintos agentes económicos privados que se encuentren en cada uno de los países miembros del respectivo acuerdo comercial.

Debe anotarse que no basta la eliminación de las barreras impuestas por los estados para que el libre comercio tenga resultados efectivos. De hecho, en el marco de un tratado de libre comercio, el acceso real al mercado de dicho país se concreta a través de la garantía de que el comercio no será distorsionado por las conductas anticompetitivas de sus agentes económicos privados. Si no existen tales garantías, las barreras que son eliminadas por

los estados a través de los acuerdos de libre comercio, podrían volver a ser erigidas por las prácticas privadas de los agentes económicos que pretenden anular los efectos de la nueva competencia generada por la apertura de sus mercados al libre comercio.

Tal es su importancia, que la vinculación entre comercio y competencia ha sido un interrogante planteado desde hace ya varios años, incluso décadas. En el ámbito de la Organización Mundial del Comercio (OMC), base del multilateralismo comercial, la necesidad de analizar la interacción entre comercio y competencia se vio plasmada en la declaración de Singapur llevada a cabo en 1996 en el marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC), la cual ordenó:

“establecer un grupo de trabajo encargado de estudiar las cuestiones que planteen los miembros acerca de la interacción entre comercio y política de competencia, incluidas las prácticas anticompetitivas, con vistas a identificar cualesquiera áreas que puedan merecer ulterior atención en el marco de la OMC”.

Y adiciona la declaración de Singapur

“(…) Queda claramente entendido que, de haberla, cualquier futura negociación en materia de disciplinas multilaterales aplicables a estos sectores sólo podrá tener lugar tras la adopción por los miembros de la OMC de una decisión explícita por consenso acerca de esas negociaciones”.

La declaración de Singapur se vio seguida por la declaración de Doha, en el año 2001, la cual dispuso que el grupo de trabajo sobre comercio y competencia se centrara, hasta la Conferencia ministerial de 2003 en Cancún, en aclarar:

- (i) “Los principios fundamentales, incluidas la transparencia, la no discriminación y la equidad procesal, y disposiciones sobre los cárteles intrínsecamente nocivos;
- (ii) Modalidades de cooperación voluntaria; y apoyo para el fortalecimiento progresivo de las instituciones encargadas de la competencia en los países en desarrollo mediante la creación de capacidad.

(iii) Se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo y menos adelantados participantes y se preverá la flexibilidad apropiada para tratarlas”.

Igualmente, la Conferencia ministerial de Doha trajo como resultado el reconocimiento de las necesidades de los países en desarrollo y de los países menos adelantados de potenciar el apoyo a la asistencia técnica y la creación de capacidad en la esfera de la competencia, incluidos el análisis y la formulación de políticas *para que puedan evaluar mejor las consecuencias de una cooperación multilateral más estrecha para sus políticas y objetivos de desarrollo, y el desarrollo institucional y humano.*

Lo anterior implica el reconocimiento de las profundas implicaciones que tiene una negociación de las políticas de competencia en el ámbito de los acuerdos de libre comercio. Una muestra de las implicaciones de una negociación comercial en materia de competencia se puede observar en las discusiones del grupo de trabajo, tales como la eventual dificultad que enfrentan los países al tener que determinar cuáles serán las finalidades de una eventual política de competencia en el marco del libre comercio, al verse frente a la necesidad de escoger o priorizar entre el principio de eficiencia y el de desarrollo económico.

Dada la ausencia de consenso resultante de la Conferencia ministerial de Cancún, llevada a cabo en el año 2003, el grupo de trabajo sobre la interacción competencia y comercio, generado por mandato de la Conferencia de Singapur continúa trabajando en los mismos temas que le fueron ordenados en la Conferencia de Doha².

2 Al respecto pueden consultarse los textos disponibles en la página *web* de la Organización Mundial del Comercio (OMC): www.wto.org En particular los documentos relativos al grupo de trabajo sobre la interacción entre comercio y competencia.

COMPETENCIA Y LIBRE COMERCIO

Son múltiples los temas que relacionan la competencia y el libre comercio. Al fin de cuentas, los acuerdos de libre comercio tienen por finalidad que los productos y servicios de los estados miembros puedan ingresar más libremente al mercado ampliado generado por el acuerdo, lo que acarrea que —dada la eliminación de las barreras arancelarias, paraarancelarias y medidas restrictivas— éstos puedan aumentar su competitividad frente a los demás productos y servicios que se encuentran en dicho mercado relevante.

Desde un punto de vista amplio, los distintos capítulos de los acuerdos de libre comercio persiguen objetivos que se identifican con algunos de los principios y objetivos que sirven de fundamento a las normas de competencia, por ejemplo, la libertad o aumento en el acceso, permanencia y salida de un mercado por parte de los distintos agentes económicos.

Asimismo, cuando se pactan las normas de origen en el ámbito de un acuerdo de libre comercio —sea éste de carácter multilateral como aquéllos de la Organización Mundial del Comercio (OMC), o subregional como el ALCA, o bilateral como un eventual TLC con Estados Unidos—, se está definiendo un derecho de acceso más favorable al territorio ampliado, para los bienes y servicios que califican como originarios de un país miembro del acuerdo comercial.

Es decir, las reglas de origen determinarán el hecho de que los productos que califiquen de originarios del bloque de libre comercio sean probablemente más competitivos (vía rebaja arancelaria y otros favorecimientos obtenidos en razón del acuerdo de libre comercio) que aquellos productos que no cuentan con dichos favorecimientos comerciales por no ser originarios de un país miembro del acuerdo de libre comercio.

Igualmente, los distintos acuerdos de libre comercio regulan, entre otros, temas como los obstáculos técnicos al comercio, las medidas fitosanitarias que podrían imponerse para restringir el acceso de ciertos productos al mercado ampliado del acuerdo. Los

obstáculos técnicos al comercio, las medidas fitosanitarias, así como otras medidas de tipo ambiental o social tomadas por los estados, se constituyen, en la práctica, en una real barrera al acceso y/o permanencia en un mercado. Los acuerdos de libre comercio pretenden, por tanto, regular —y asimismo limitar— la capacidad estatal de tomar decisiones de esa naturaleza que pueden afectar o afecten ilegítimamente el derecho de acceso o permanencia a los mercados de los bienes y servicios de los demás países miembros, obstruyendo de esta manera la libre competencia.

De hecho, en el marco de esta perspectiva de los acuerdos de comercio, en particular en la OMC, se ha presentado la discusión relativa a si las disposiciones hoy existentes a nivel multilateral son suficientes o no para resolver algunos de los conflictos reales que se presentan en el marco de la libre competencia, o si por el contrario, hace falta un cuerpo normativo específico en materia de competencia que regule de manera particular el comportamiento de los agentes económicos en el mercado.

Al respecto, de una parte se ha sostenido que bastaría con la aplicación de los principios generales de funcionamiento de la OMC (es decir, los principios de acceso mayor y previsible, no discriminación vía la cláusula de la nación más favorecida y el principio de trato nacional, y finalmente el de transparencia), para solucionar las controversias en materia de competencia, y de otra parte, se ha considerado que sería necesario generar un acuerdo multilateral en esta materia, toda vez que no obstante existir el acuerdo comercial entre estados, las prácticas de los agentes económicos privados generan barreras de acceso que anulan las ventajas obtenidas en virtud del Acuerdo comercial celebrado entre estados. El resultado del grupo especial del caso Estados Unidos *vs.* Japón (caso *f* Kodak-Fudji)³, es una ilustración de la complejidad del problema que hoy se enfrenta a nivel multilateral.

3 Al respecto puede consultarse el documento DS 45 del Sistema de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio.

No obstante, debe anotarse que el tema de la competencia se encuentra bajo el análisis del grupo de trabajo sobre la interacción entre comercio y competencia en el marco OMC por mandato especial del artículo 25 de la Declaración ministerial de Doha.

Ahora bien, dejando de lado la discusión anterior, y centrando nuestra atención en los acuerdos de libre comercio en los que se encuentra inmersa Colombia, en particular el Tratado de libre comercio con Estados Unidos y el Área de libre comercio de las Américas (ALCA), procede determinar cuáles son los temas álgidos para una negociación de competencia en el marco de un mercado ampliado, así como dónde radica su importancia. Debe anotarse que es objeto de este documento la enunciación de los ítemes que deberían ser objeto de análisis mas no su análisis a profundidad.

Para tal efecto tomaremos como punto de partida los distintos tratados de libre comercio celebrados por los Estados Unidos, así como aquellos tratados de libre comercio celebrados en el continente americano.

LOS CAPÍTULO DE COMPETENCIA EN LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO CELEBRADOS POR ESTADOS UNIDOS

Entre los tratados celebrados por Estados Unidos encontramos el NAFTA, el TLC con Chile, el TLC con Singapur, el TLC con Centroamérica, el TLC con Jordania. Otros tratados subregionales celebrados en el continente americano son la CAN, el MERCOSUR, el CARICOM, y el G-3. Igualmente, el proyecto de acuerdo para el Área de libre comercio de las Américas (ALCA) incluye un capítulo de competencia.

Con miras a un TLC con Estados Unidos, puede observarse que en general los tratados bilaterales de los Estados Unidos y el NAFTA, guardan la misma línea normativa.

Observadas las disposiciones de competencia en el marco de tratados subregionales o disposiciones de naturaleza bilateral, encontramos como elementos que han sido objeto de regulación los siguientes:

1. LA EXIGENCIA DE QUE LOS PAÍSES MIEMBROS DEL ACUERDO
CUENTEN CON LEGISLACIÓN NACIONAL EN MATERIA DE COMPETENCIA

A efectos de contar con una debida protección a la competencia tanto para los agentes económicos colombianos como para los agentes económicos de los Estados Unidos, la primera exigencia es la de contar con normas sobre competencia que dispongan las conductas y los instrumentos legales para atacar dichas conductas y obtener su represión y castigo por parte del aparato estatal correspondiente.

En primer lugar, el NAFTA y los demás acuerdos bilaterales firmados por Estados Unidos, presentan como exigencia necesaria que los países firmantes cuenten con disposiciones en materia de competencia así como con acciones y sanciones que permitan su adecuada defensa. Colombia cuenta con normas de competencia desde 1959 cuando se expidió la Ley 155 de 1959. Asimismo, en virtud del artículo 20 transitorio de la Constitución Política de 1991, se expidió el decreto 2153 de 1992 que establece algunas disposiciones sustantivas en materia de competencia. En lo que se refiere a la ejecución de la política de competencia, Colombia ha venido aplicando estas disposiciones desde 1993, con un importante incremento en la ejecución de dichas normas a partir de 1998.

No obstante, debe guardarse especial atención a las finalidades que debieran seguir tales disposiciones nacionales. Por ejemplo en el NAFTA, la existencia y debida protección de las disposiciones de competencia parte del reconocimiento de que las medidas de aplicación de dicha política, coadyuvarán al cumplimiento de los objetivos y propósitos del tratado. En el caso del Tratado de Estados Unidos – Singapur se reconoce que las conductas anticompetitivas pueden afectar el comercio bilateral y la inversión. El Tratado Estados Unidos – Chile, en su artículo 16.1. dispone que las normas de competencia tendrán como fin promover la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores. Disposiciones similares se encuentran en el artículo 12.2. del TLC Estados Unidos – Singapur y en el artículo 6.1. del proyecto del ALCA. La determinación

adecuada de estas finalidades resulta supremamente importante cuando en el otro lado de la balanza de la eficiencia económica se colocan las necesidades de desarrollo económico de un Estado. Si las normas de competencia tienen como objetivo esencial y único la eficiencia y así se pacta entre los estados, es posible que posteriormente, en el marco de un acuerdo ya firmado, no exista espacio suficiente para que los estados apliquen políticas de desarrollo que eventualmente podrían resultar menos competitivas (y menos eficientes en el corto plazo mas no en el largo plazo) a los ojos de los agentes económicos miembros del otro estado parte⁴. ¿Cuál finalidad deberá favorecer entonces el Estado para honrar sus compromisos internacionales?

En el acuerdo bilateral Estados Unidos - Chile, el proyecto ALCA, y el acuerdo bilateral Estados Unidos - Singapur se dispone la necesidad de contar con una autoridad de competencia que ejecute la política de competencia. Los tratados antes mencionados disponen que la aplicación de estas normas se hará sobre la base de no discriminación por nacionalidad de los sujetos investigados y asimismo determinan algunas disposiciones procesales.

Los tratados disponen que el derecho de defensa y contradicción⁵ deberá ser respetado en el curso del proceso y que las medidas de sanción impuestas por la autoridad deben contar con un sistema de revisión por una corte o tribunal independiente⁶. Finalmente las disposiciones de este artículo del Tratado de Chile hacen referencia a que las anteriores disposiciones no deberán entenderse en el sentido de infringir la autonomía de cada parte en el desarrollo de

4 Sobre este debate se pueden consultar los documentos del grupo de trabajo de interacción entre comercio y competencia en el seno de la OMC.

5 Cfr. los artículos 16.1.2.a. TLC Estados Unidos - Chile; artículo 12.2. TLC Estados Unidos - Singapur (en el cual no se hace mención a la excepción de las medidas provisionales); y artículo 6.4.d. del proyecto de tratado ALCA.

6 Cfr. artículo 16.1.2.b. TLC Estados Unidos - Chile; artículo 12.2. TLC Estados Unidos - Singapur, y finalmente el artículo 6.4.d. del proyecto de tratado ALCA.

sus políticas de competencia o en la decisión de cómo hacer cumplir sus leyes de competencia.

2. LA COOPERACIÓN Y COORDINACIÓN DE AUTORIDADES ALREDEDOR DE LA APLICACIÓN DE LA POLÍTICA DE COMPETENCIA

Debe anotarse que no basta contar con leyes de competencia para solucionar las complejidades que implica la realización de una conducta anticompetitiva.

Veamos:

Si los empresarios de los Estados Unidos deciden hacer un acuerdo para repartirse el mercado andino y por consiguiente el colombiano, ¿quién, cómo y bajo cuál disposición legal y procedimiento debe resolver el conflicto? ¿Cómo se maneja el problema de jurisdicción a efectos de aplicar las sanciones correspondientes?

Para resolver estos conflictos se han presentado varias posibilidades, la primera de ellas la teoría del efecto que viene siendo aplicada por los Estados Unidos desde el caso *Alcoa* (1945). En virtud de la teoría del efecto⁷ si la conducta anticompetitiva produce efectos en el mercado de los Estados Unidos o en sus exportaciones, la autoridad competente y la legislación aplicable será la de dicho país.

La aplicación de la teoría del efecto ha generado varios conflictos entre autoridades de competencia, como es el caso de la Unión Europea y los Estados Unidos, o de Canadá y Estados Unidos, lo que conllevó a la creación de acuerdos de cooperación que consideraran unos lineamientos para resolver los conflictos sobre quién, cómo y bajo cuál disposición y procedimientos investigar las conductas.

⁷ Al respecto se puede consultar un artículo anterior de la autora publicado en el libro II del Centro de Estudios de Derecho de la Competencia – CEDEC, denominado “Aplicación extraterritorial de las normas de competencia”.

Ahora bien, en general los sistemas de cooperación en materia de competencia se logran por dos vías: (i) a través de su consagración en un tratado de libre comercio y posterior desarrollo en un acuerdo de cooperación entre las agencias de competencia de los estados miembros; o (ii) a través de un acuerdo de cooperación entre las agencias de competencia de los estados miembros con independencia de la existencia de un acuerdo bilateral o subregional de comercio.

En general todos los acuerdos de libre comercio de Estados Unidos que cuentan con un capítulo de competencia (CAFTA y Jordania no lo tienen) consagran un artículo relativo a la necesidad de cooperación entre los estados parte.

El NAFTA dispone que la cooperación y coordinación entre autoridades resulta de fundamental importancia para la efectiva aplicación de las políticas de competencia en la zona de libre comercio considerando que ésta es de interés común para los estados miembros y determina que dicha cooperación podría incluir temas como asistencia legal, la comunicación mutua e intercambio de información relativos a la aplicación sobre leyes y políticas de competencia. El Tratado bilateral Estados Unidos de América - Chile incluye cooperación en asuntos relativos al cumplimiento de las disposiciones de competencia, aspectos procesales como notificaciones, consultas e intercambio de información en relación con la aplicación de las normas y política de competencia.

Una adecuada regulación del sistema de cooperación a ser utilizado resulta fundamental en el marco de la política de competencia, toda vez que ésta presenta la potencialidad de ser aplicada por varios estados al mismo tiempo, mas aun cuando nos encontramos en el marco de un acuerdo de libre comercio con agentes económicos privados que afectan anticompetitivamente el mercado (y por tanto a sus agentes económicos) del otro Estado parte.

Este punto resulta vital toda vez que llega a la médula del problema sobre la eficacia de la aplicación de las normas de competencia en un contexto de libre comercio: ¿quién? ¿cómo? ¿con qué facultades investigativas? Y ¿bajo cuál legislación debe

decidir los casos? Son estas algunas de las preguntas esenciales que deben ser respondidas cuando una conducta tiene efecto transfronterizo.

Tan importante es esta cuestión, que países como los Estados Unidos, Canadá y México, entre otros, se han ocupado de firmar acuerdos de cooperación que pretenden resolver los conflictos generados cuando en la práctica se presentan estas preguntas.

La ejecución práctica de la política de competencia reviste tal importancia y complejidad que la Unión Europea y los Estados Unidos; así como Brasil y los Estados Unidos, que no tienen tratados bilaterales de libre comercio entre ellos, se han ocupado de que sus agencias de competencia también celebren acuerdos de cooperación.

3. MONOPOLIOS DESIGNADOS

En los tratados celebrados por Estados Unidos, que cuentan con capítulo de competencia, se encuentra una disposición sobre monopolios designados por el Estado.

En general, en los tratados arriba mencionados, se encuentra que esta disposición busca salvaguardar la posibilidad de que los estados creen o mantengan monopolios.

La expresión designar en este contexto comprende, en general, la posibilidad del Estado de crear un monopolio (de hecho o de derecho) así como la ampliación del ámbito en el cual opera el monopolio a otros bienes o servicios.

Igualmente estas normas de los tratados determinan que el Estado debe notificar —previamente de ser posible— al otro Estado parte la designación del monopolio. Además, debe procurar minimizar o eliminar las posibilidades de que el monopolio actúe de manera tal que anule o menoscabe los beneficios del tratado. El concepto y alcance del concepto de anulación o menoscabo de los beneficios del tratado se encuentra pactado en cada tratado.

Asimismo, se establece la necesidad de que el Estado genere y ejerza control reglamentario, supervisión administrativa u otro tipo de medidas para que dicho monopolio no actúe de manera contraria

a lo dispuesto en el tratado de libre comercio en el evento en que el Estado le haya delegado, con relación al bien o servicio monopolizado, funciones administrativas tales como la facultad para otorgar permisos de importación o exportación, aprobar operaciones comerciales o imponer cuotas, derechos u otros cargos.

De conformidad con lo dispuesto en los tratados bilaterales observados, los monopolios designados deberán actuar (i) de conformidad con consideraciones comerciales en la adquisición y venta de las mercancías o servicios monopólicos; (ii) de manera no discriminatoria con las inversiones, mercancías y proveedores de la otra parte en su adquisición y venta de la mercancía o servicio monopólico; y (iii) no apalancarse en su situación de monopolio para realizar prácticas anticompetitivas en un mercado no monopolizado en su territorio, afectando a las inversiones de la otra parte.

En general, los tratados negociados excluyen la aplicación de este artículo a la contratación pública o a las compras estatales que no sean para reventa, producción o prestación de un servicio.

4. EMPRESAS DEL ESTADO

En los tratados celebrados por Estados Unidos que cuentan con capítulo de competencia existe regulación sobre las empresas del Estado.

En este tipo de disposiciones se salvaguarda la posibilidad de que los estados parte mantengan y designen nuevas empresas del Estado y se limita su campo de acción en el sentido de que las empresas del Estado no pueden actuar en sus compras y ventas de bienes y servicios de manera incompatible con las obligaciones del tratado (artículo 16.4 del TLC Estados Unidos – Chile) o con las obligaciones de los capítulos de servicios e inversión (artículo 1503 del NAFTA).

Igualmente, no pueden desplegar conductas discriminatorias ni operar bajo consideraciones distintas a las netamente comerciales o realizar acuerdos anticompetitivos o prácticas exclusionarias.

5. TRANSPARENCIA E INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN

En algunos de los tratados celebrados por los Estados Unidos se encuentran disposiciones sobre transparencia e intercambio de información. En general el intercambio de información hace referencia al intercambio de información de naturaleza pública. En principio, el tratamiento a la información confidencial es un tema que se trata al interior de los acuerdos de cooperación entre agencias de competencia. En la práctica el intercambio de información confidencial reviste una importancia fundamental, sin ella es posible que no se cuente con elementos de juicio suficientes para considerar la existencia de una práctica anticompetitiva lo cual podría conllevar la ineficacia de las normas de competencia.

El principio de transparencia incluye también la información mutua entre los estados partes sobre las excepciones dispuestas de conformidad con sus normas de competencia. Esta disposición reviste particular importancia toda vez que acepta tácitamente que existan excepciones a la aplicación de las normas de competencia.

En lo que se refiere a la información que debe ser intercambiada a solicitud de la otra parte, tratados como los de Chile y Singapur disponen que ésta debe referirse a:

- (i) las actividades tendientes a hacer cumplir sus leyes de competencia;
- (ii) empresas del Estado y monopolios designados, públicos o privados, en cualquier nivel de gobierno;
- (iii) excepciones dispuestas de conformidad con sus leyes de competencia.

Respecto a este último aspecto, debemos llamar la atención sobre el hecho de que en los Estados Unidos los carteles de exportación se encuentran permitidos por la ley. En consecuencia, los agentes económicos de los Estados Unidos podrán cartelizarse para repartirse el mercado colombiano o para fijar los precios de sus

productos o servicios en nuestro mercado. Tal hecho puede implicar abrir los mercados a una competencia cartelizada que podría amenazar la estabilidad de algunos de nuestros sectores económicos.

En consecuencia, el conocimiento del funcionamiento de los carteles de exportación en los Estados Unidos, así como de sus sectores regulados y exceptuados resultará fundamental para que Colombia adelante una negociación bien informada y con conocimiento de todos los elementos de riesgo en juego. Estos temas serán brevemente desarrollados más adelante.

6. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Uno de los puntos más complejos en materia de un capítulo de competencia en el marco del Tratado de libre comercio consiste en la forma en que se resolverán las controversias entre los estados parte en materia de la aplicación de la política de competencia. Por ejemplo, ¿podrá un Estado solicitar la constitución de un grupo especial para la solución de una controversia originada en la falta de cooperación del otro Estado en la resolución de un caso o en la expedición de una disposición legal contraria a sus intereses?

En los tratados celebrados por Estados Unidos que incluyen un capítulo de competencia, en general se encuentra el siguiente tipo de disposición:

“Ninguna parte podrá recurrir al mecanismo de solución de controversias conforme a este Tratado, respecto de cualquier asunto que surja de conformidad con el artículo relativo a la existencia de ley y autoridad⁸; cooperación⁹ o consultas”¹⁰.

8 Artículo 1501 del NAFTA; 16.1 TLC Estados Unidos – Chile; 12.2. TLC Estados Unidos – Singapur. Al respecto se pueden confrontar los artículos 13 y 14 del proyecto ALCA.

9 Artículo 16.2 TLC Estados Unidos – Chile; artículo 12.4 Estados Unidos – Singapur.

10 Artículo 16.7 TLC Estados Unidos – Chile; artículo 12.6 Estados Unidos – Singapur

En consecuencia, de acuerdo con lo anterior, lo que los Estados Unidos ha venido pactando en sus acuerdos de libre comercio es la aplicación del sistema de controversias única y exclusivamente en lo que se refiere a monopolios designados y empresas del Estado.

7. CONSULTAS

De acuerdo con los TLC observados¹¹, los estados partes podrán iniciar consultas en materia de competencia, con el propósito de fomentar el entendimiento entre las partes, o para abordar materias específicas que pudieren surgir. En tal caso cada parte deberá, a solicitud de la otra parte, iniciar consultas relativas a las presentaciones que pudiere formular la otra parte.

Como obligación nacida del tratado, la parte solicitante indicará, si es relevante, en qué forma esta materia afecta el comercio o la inversión entre las partes y como obligación correlativa, la parte aludida deberá otorgar la mayor consideración a las inquietudes de la otra parte.

Finalmente, los tratados se ocupan de definir algunos de los términos utilizados en la regulación del capítulo de competencia y en el particular caso del NAFTA, se establece la creación de un grupo de trabajo en comercio y competencia que realice un estudio cuyo objeto será informar y hacer las recomendaciones que procedan sobre los trabajos ulteriores referentes a las cuestiones pertinentes acerca de la relación entre las leyes y políticas en materia de competencia, y el comercio en la zona de libre comercio.

11 Artículo 16.7 TLC – Chile; artículo 12.6.1. TLC- Singapur; artículos 13 y 14 proyecto ALCA.

ASPECTOS QUE USUALMENTE NO HAN SIDO OBJETO DE
REGULACIÓN EN LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO
CELEBRADOS POR ESTADOS UNIDOS

Procede ahora hacer un breve listado de algunos de los aspectos que no suelen ser objeto de acuerdo en los tratados de libre comercio celebrados por los Estados Unidos, y que podrían resultar de gran importancia en el desarrollo de la futura competencia con los agentes económicos de los Estados Unidos en el marco del libre comercio con este país.

Dichos aspectos son, entre otros, los relativos a (i) carteles de exportación; (ii) exclusiones o excepciones en materia de competencia; (iii) sectores regulados;¹² (iv) ayudas de Estado; y (v) cláusulas de minimis.

• *Los carteles de exportación*

Como ya se mencionó arriba, la problemática planteada por los carteles de exportación en el marco de una negociación para generar zonas de libre comercio en el marco de un tratado de libre comercio como el que se pretende negociar con los Estados Unidos consiste en que, en dicho país, los carteles de exportación no están prohibidos sino permitidos.

Si bien los carteles anticompetitivos que estén destinados a producir o que produzcan efectos en el comercio interestatal de los Estados Unidos, han sido prohibidos por la legislación estadounidense, la propia legislación de los Estados Unidos (la *Webb Pomerene Act* de 1918), le otorga a las asociaciones de exportación inmunidad frente a la sección 7 de la *Clayton Act* (que regula las integraciones) y frente a la *Sherman Act* que entre otros elementos, prohíbe:

12 El ALCA sí tiene algunas disposiciones sobre sectores regulados.

“cualquier contrato, combinación.. o conspiración para restringir el comercio entre varios estados o con naciones extranjeras”.

Los carteles de exportación han venido contando con aceptación en los Estados Unidos, dado que las consideraciones de distintos organismos estatales alrededor de este tema, partían de que estos carteles no podrían producir daño alguno a los consumidores de su mercado interno y a que, tal y como lo afirma CHRISTIAN SCHULTZ¹³, se concluyó que mediante su participación en el cartel

“los miembros estarían en capacidad de ofrecer y obtener precios más altos que aquellos que obtendrían de tener que competir entre ellos en el mercado internacional”.

Los carteles de exportación plantean la difícil cuestión sobre la naturaleza del comercio al cual se estaría abriendo el mercado colombiano. Algunos posiblemente consideran inaceptable abrir los mercados a carteles de exportación que podrían entrar a determinar los precios y cantidades ofrecidos al interior de un mercado cuyos agentes nacionales sean poco determinantes.

El grupo de trabajo sobre la interacción entre comercio y competencia hizo la siguiente acotación en el reporte correspondiente al año 2002:

“Una cuestión conexa se refería a los cárteles de exportación y la manera de tratar los cárteles que, aunque no exentos formalmente, no estuvieran comprendidos en la legislación anticártel de un país o fuesen tolerados por un gobierno¹⁴. En particular, se preguntó si podía justificarse la existencia de un cártel de exportación por motivos de eficiencia¹⁵. Para responder, se señaló que, pese a su denominación peyorativa, entre los cárteles de

13 SCHULTZ, CHRISTIAN, *Export Cartels and Domestic Markets*. University of Copenhagen, 1999, traducción libre.

14 Documento Grupo de trabajo interacción comercio y competencia M/18, párrafo 18.

15 Documento Grupo de trabajo interacción comercio y competencia M/18, párrafos 34 y 37.

exportación figuraban toda clase de convenios, cuyo efecto sobre la competencia no podía determinarse de manera tajante. Por ejemplo, el origen de los cárteles de exportación en los Estados Unidos había sido simplemente ofrecer a las empresas que de otra forma no hubieran podido hacerlo la posibilidad de dedicarse a la exportación. En estos casos, los convenios aludidos implicaban un efecto claramente favorable a la competencia. Por lo tanto, era necesario proceder con cautela al abordar los acuerdos que normalmente se caracterizaban como cárteles de exportación, pero que, de hecho, no tenían necesariamente los mismos efectos que los cárteles intrínsecamente nocivos”¹⁶.

La situación antes planteada es por tanto, de difícil manejo en el marco de las negociaciones en las cuales se encuentra involucrada Colombia.

• *Las exclusiones o regulaciones en materia de competencia*

Dentro del marco de una política de competencia cabe la posibilidad de:

- (a) exceptuar o
- (b) regular sectores de la economía o incluso algunas conductas, de la aplicación de las normas de competencia.

El Estado en ejercicio de su soberanía puede determinar la necesidad de establecer regulaciones especiales para ciertos sectores de bienes y servicios. Incluso puede considerar la posibilidad de establecer regulaciones asimétricas.

En el marco de la negociación de un acuerdo de libre comercio, los estados participantes empiezan a ceder soberanía en los temas objeto de negociación y deben cuidarse bien de perder su capacidad de implementar las políticas de desarrollo o sectoriales que en el futuro puedan considerar convenientes.

16 Documento Grupo de trabajo interacción comercio y competencia M/18, párrafo 44.

No obstante, es importante partir del hecho de que siempre que haya posibilidad de hacer excepciones, en el marco de un acuerdo de libre comercio es posible que nos veamos enfrentados a una proliferación de excepciones que en la práctica hagan nugatoria la normatividad en materia de competencia.

Ahora bien, si en el marco de un TLC con Estados Unidos no existen disposiciones sobre sectores exceptuados, sería importante determinar ¿qué sucedería si Estados Unidos excluye de la aplicación de las normas de competencia la totalidad de un sector de la economía que resulta relevante para la economía colombiana? ¿Cómo lograr que se presente un equilibrio en este aspecto?

En la cumbre empresarial de Buenos Aires llevada a cabo en el marco del ALCA, en el año 2001, de la cual tuvimos el honor de participar, la propuesta que se presentó por parte del sector empresarial consistió en que el país que excluía un sector de las normas de competencia, no podía exigir —a través del sistema de solución de diferencias— a otro país miembro, la aplicación de sus normas de competencia en el mismo sector que había excluido.

- *Las ayudas estatales*

Esta problemática ha sido planteada desde el primer acuerdo de libre comercio de carácter subregional en el mundo: la Comunidad Económica Europea creada en virtud del Tratado de Roma de 1957.

Si un Estado presta ayuda a sus agentes económicos, tal hecho puede hacerlos más competitivos y por tanto generar una competencia distorsionada, situación que genera grandes dificultades para Colombia. Más aun, si consideramos que la capacidad económica del Estado colombiano es considerablemente inferior a la de los Estados Unidos.

- *Cláusulas de minimis*

En algunos países e incluso en el marco de acuerdos de libre comercio se encuentra que las compañías que califican como

pequeñas y medianas pueden encontrarse exceptuadas de la aplicación de las disposiciones en materia de competencia.

Sería interesante estudiar la viabilidad de una disposición de esta naturaleza en el marco del TLC con los Estados Unidos.

CONCLUSIONES

La celebración de un capítulo de competencia en el marco de un tratado de libre comercio con los Estados Unidos implica un estudio concienzudo, entre otros, de los elementos planteados a lo largo del presente documento, con el objeto de determinar cuál sería la mejor posibilidad para el país.

Sobre el punto reviste particular importancia el tema de los carteles de exportación, los sectores exceptuados y los sectores regulados, cuyo contexto y funcionamiento ha sido explicado con anterioridad.