

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

LATIN AMERICAN AND CARIBBEAN COMPETITION FORUM - (Spanish Version) FORO LATINOAMERICANO Y DEL CARIBE DE COMPETENCIA - Sesión III: Política Industrial y Promoción de la Industria Nacional

– Contribución de los Estados Unidos –

18-19 de septiembre 2018, Buenos Aires, Argentina

Se hace circular el documento adjunto elaborado por los Estados Unidos PARA SU DEBATE en la Sesión III del Foro Latinoamericano y Del Caribe de Competencia que se llevará a cabo los días 18-19 de septiembre 2018 en Argentina.

Mr. Mr. Chris Pike, Experto en Competencia - Chris.Pike@oecd.org.
Ms. Lynn Robertson, Gerente GFC, LACCF ; Experto en Competencia - Lynn.Robertson@oecd.org.

JT03435705

Sesión III: Política Industrial y Promoción de la Industria Nacional

– Contribución de los Estados Unidos –

1. El compromiso de Estados Unidos con una economía de libre mercado

1. La política industrial puede describirse como una intervención del gobierno en la economía para apoyar sectores económicos clave del tejido industrial nacional. Tanto la política industrial como la política de competencia tienen el objetivo de promover la productividad y el crecimiento económico del país. Cuando los responsables políticos abordan estos objetivos mediante intervenciones en la economía cuidadosamente diseñadas, pueden fomentar el crecimiento, corregir disfunciones del mercado o compensar otras externalidades que, de lo contrario, generarían resultados deficientes. Sin embargo, si la aplicación de la política industrial atiende a intereses específicos o se propone crear o mantener una empresa dominante nacional, puede perjudicar tanto a los consumidores como a la economía en general. Las empresas dominantes nacionales que disfrutaban de protección frente a la competencia tienen más probabilidades de convertirse en causas perdidas que en elementos de sustento nacionales¹.

2. La política económica de cualquier nación se compone necesariamente de la suma de una serie de políticas con diferentes objetivos. El libre mercado y la competencia son el eje central de las políticas económicas de Estados Unidos desde hace tiempo y siguen siéndolo en la actualidad. Al igual que ocurre en otros países, este compromiso se ha equilibrado por medio de otras políticas. Así por ejemplo, en diferentes momentos de la historia, el gobierno ha hecho ciertas excepciones a la hora de confiar en las fuerzas del mercado dentro del ámbito de la seguridad nacional, el transporte aéreo y marítimo o la política comercial. Estas normativas suelen ser independientes de las leyes antimonopolio y son administradas por organismos diferentes a las autoridades de defensa de la competencia estadounidenses.

3. La legislación antimonopolio de Estados Unidos consagra el compromiso con la economía de libre mercado². Se protege la competencia porque las fuerzas de mercado que genera se perciben como un elemento clave para promover la innovación, el crecimiento, la riqueza y otros objetivos sociales. Desde esta perspectiva, no se considera ético seleccionar empresas con buenos contactos y aislarlas de las fuerzas de la competencia y la libertad de elección de los consumidores. La Corte Suprema de Estados Unidos ha

¹ Paul Geroski, 8 de marzo de 2005, «Competition Policy and National Champions», página 37, disponible en https://www.regulation.org.uk/library/2006_geroski_essays.pdf.

² Puede consultarse una rigurosa disertación sobre los objetivos de la legislación estadounidense en materia de competencia en el documento de Estados Unidos enviado a la OCDE «The Objectives of Competition Law and Policy and the Optimal Design of a Competition Agency», (31 de enero de 2003), disponible en <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/us-submissions-oecd-and-other-international-competition-fora/2003--The%20Objectives%20of%20Competition%20Law%20and%20Policy.pdf>.

afirmado en varias ocasiones que la legislación antimonopolio tiene por objeto proteger la competencia, no a competidores específicos³.

4. La legislación antimonopolio de Estados Unidos no ha sido concebida para ayudar a ningún competidor concreto, ya sean pequeñas empresas, empresas débiles o empresas nacionales, sino para favorecer a los consumidores, protegiendo el proceso de competencia de cualquier elemento que pueda limitarlo. Esta parte de la premisa de que la interacción sin restricciones de las fuerzas competitivas redundará en una distribución óptima de los recursos económicos, unos precios más bajos, la máxima calidad y el máximo progreso sustancial, además de crear un entorno favorable para la protección de nuestras instituciones democráticas tanto políticas como sociales⁴.

2. La experiencia estadounidense en protección de la industria nacional

5. La legislación antimonopolio de Estados Unidos ha rechazado tradicionalmente la idea de que el gobierno pueda obviar las demandas del mercado y seleccionar con acierto empresas triunfadoras, apoyándolas mediante subvenciones o protegiéndolas de la competencia⁵. No es probable que favorecer políticamente a empresas o sectores con buenos contactos y aislarlos de la competencia permita conseguir el tipo de innovación que mejor atiende a los intereses de los consumidores y que mejor funciona en el mercado internacional. Las empresas a las que se protege de la competencia en el ámbito nacional rara vez triunfarán en el extranjero, puesto que no han desarrollado las habilidades necesarias para sobrevivir en el competitivo mercado internacional⁶. Por el contrario, es probable que aquellas empresas que han tenido que enfrentarse a una importante competencia se caractericen por una buena gestión y un espíritu innovador, ya que solo este tipo de empresas sobrevive en tal coyuntura. Por medio de un proceso de selección natural, habrán desarrollado las cualidades necesarias para triunfar en los mercados exteriores⁷.

6. La intromisión más directa de la política industrial en la política de competencia se produjo durante la Gran Depresión, con la aprobación de la Ley nacional de recuperación industrial («National Industrial Recovery Act») en 1933. En su empeño por promover la estabilidad económica, esta ley suspendió las leyes antimonopolio durante dos años y permitió a las industrias crear «códigos de competencia leal» en los que se fijaban precios y salarios, se establecían cuotas de producción y se imponían restricciones para la incorporación al mercado. Se dejó al margen la competencia y se antepuso la prosperidad

³ *Brown Shoe Co. contra Estados Unidos*, 370 U.S., 294, 320 (1962).

⁴ *Northern Pacific Railway Co. contra Estados Unidos*, 356 U.S. 1, 4-5 (1958).

⁵ Deborah Platt Majoras, «National Champions: I Don't Think it Even Sounds Good», Remarks Delivered at EU Competition Day (26 de marzo de 2007), disponible en https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/national-champions-i-dont-even-think-it-sounds-good/070326munich.pdf.

⁶ Michael E. Porter, «The Comparative Advantage of Nations» (1990), en 662.

⁷ A. Douglas Melamed, «Antitrust at the Turn of the Century», Remarks Prepared for the Fourth International Symposium on Competition Policy (7 de diciembre de 1999), disponible en <https://www.justice.gov/atr/speech/antitrust-turn-century>.

de las empresas al bien de los consumidores. Se limitó la producción, los precios subieron y el poder adquisitivo de los consumidores disminuyó.

7. La ley no obtuvo el respaldo popular, ni siquiera en aquella época, y la Corte Suprema la declaró inconstitucional. En líneas generales, los análisis posteriores han llegado a la conclusión de que estas medidas no solo no ayudaron a Estados Unidos a recuperarse de la Depresión, sino que probablemente la prolongaron⁸. Una de las lecciones aprendidas de tal experiencia es que no existe ningún sustituto para un mercado competitivo, ni siquiera, y tal vez de manera especial, en épocas de crisis económica.

8. Buena prueba de ello es el sector nacional de transporte marítimo. La Ley de la marina mercante («Merchant Marine Act») de 1920 (denominada «ley Jones») pretendía proteger al sector naval estadounidense, porque en épocas de guerra y otras situaciones de emergencia nacional se necesitaría una capacidad importante. La ley se ideó para alcanzar sus objetivos exigiendo que los productos transportados entre dos puertos estadounidenses se trasladasen en barcos fabricados en los astilleros nacionales, propiedad de armadores estadounidenses, con bandera de Estados Unidos y con tripulación del país. Según concluye un estudio reciente del Instituto Cato, debido a las restricciones que aislaron por completo a los transportistas nacionales de la competencia ejercida por operadores extranjeros, la economía estadounidense soporta unos costes de expedición nacionales inflados artificialmente, así como una mayor dependencia de otras modalidades de transporte, como son el transporte por carretera y los trenes de mercancías⁹. El estudio indica que los barcos construidos en astilleros estadounidenses son considerablemente más caros que los de astilleros extranjeros, el sector nacional de transporte marítimo se encuentra menos incentivado a invertir en barcos nuevos o más innovadores y ese incremento de los costes del transporte marítimo nacional se repercute a clientes y consumidores¹⁰.

9. Sin embargo, en una sociedad democrática, resultan inevitables las concesiones entre la política de competencia y las políticas que promueven el interés de sectores específicos. Así, dada la naturaleza del proceso político, no se puede asegurar de antemano que siempre se vaya a dar prioridad a la política de competencia. No obstante, la experiencia de Estados Unidos ha demostrado que cuando un gobierno cede ante intereses específicos, generalmente desincentivará la innovación en el sector protegido, que se vuelve más propenso a perder agilidad e incurrir en la autocomplacencia. Pero esto no solo ha ocurrido en Estados Unidos. Tal y como escribió, Paul Geroski, refutado economista industrial y antiguo jefe de la Comisión de la Competencia del Reino Unido:

⁸ Christina Romer, «Why Did Prices Rise During the 1930s?» *Journal of Economic History*, 59(1), 167199, p. 197, citado en la publicación de Carl Shapiro, entonces fiscal general adjunto de economía del Departamento de Justicia de Estados Unidos, «Competition Policy in Distressed Industries», Remarks Prepared for Delivery to American Bar Association Antitrust Symposium (13 de mayo de 2009), disponible en <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/245857.htm>; Jason Taylor, «The Output Effects of Government Sponsored Cartels During the New Deal», *Journal of Industrial Economics*, 50, 1-10 (2002).

⁹ Colin Grabow, Inu Manak y Daniel Ikenon, «The Jones Act: A Burden America Can No Longer Bear» (28 de junio de 2018), disponible en <https://www.cato.org/publications/policy-analysis/jones-act-burden-america-can-no-longer-bear>.

¹⁰ Grabow, Manak y Ikenon en 16.

La historia industrial reciente está plagada de ejemplos de empresas que contaban con la capacidad necesaria para actuar —el control de los recursos, una dirección ejecutiva de la máxima calidad, laboratorios bien aprovisionados, etc.— y, por uno u otro motivo, no lo hicieron. El problema se reduce casi siempre a lo mismo: la total ausencia de presión por parte de la competencia para incitarles a actuar, tomar la delantera y definir una norma respecto a la cual establecer una valoración fiable del desempeño de la dirección ejecutiva^{11}.*

10. Los beneficios de una legislación que atiende a intereses específicos se ven concentrados, mientras que sus costes se dispersan; los grupos favorecidos se enriquecen a costa de los consumidores.

3. Circunstancias limitadas que justifican la intervención

11. Las circunstancias en las que la legislación estadounidense prevé la protección de la industria nacional frente a los competidores extranjeros suelen ser limitadas. El examen de las inversiones extranjeras en sectores estratégicamente sensibles con implicaciones para la seguridad nacional constituye un caso especial. No se puede pretender que el mercado privado valore adecuadamente los beneficios que reportan ciertas empresas o sectores de importancia estratégica a la seguridad nacional y los mecanismos de mercado, por su parte, no pueden impedir que empresas extranjeras realicen inversiones no rentables en empresas estadounidenses con el fin de perseguir objetivos de seguridad nacional de gobiernos extranjeros. Cuando una fusión o una adquisición amenace la seguridad nacional, un órgano intergubernamental, el Comité de Inversiones Extranjeras de Estados Unidos («Committee on Foreign Investment in the United States» o CFIUS), puede tratar de suspender o prohibir la operación, o imponer ciertas condiciones para su ejecución. El alcance de la investigación del CFIUS se limita a aspectos de seguridad nacional y deja al margen intereses más generales de desarrollo económico. Aunque algunas adquisiciones propuestas no han llegado a completarse a la vista del dictamen desfavorable emitido por el CFIUS o de la oposición política del Congreso estadounidense, estos casos son poco frecuentes¹².

12. Otro caso especial sería la imposición de medidas comerciales correctivas. Por ejemplo, en virtud del artículo 203 de la Ley de comercio («Trade Act») de 1974¹³, el Presidente puede emprender actuaciones que faciliten el trabajo de la industria nacional en cuestión con vistas a realizar un ajuste positivo de la competencia en las importaciones y ofrecer ventajas económicas y sociales superiores a los costos. Según el artículo 301 de esa ley, Estados Unidos puede adoptar medidas en respuesta a actuaciones no razonables y discriminatorias por parte de gobiernos extranjeros.

13. Estados Unidos puede intentar ocasionalmente una intervención directa, a fin de proteger a una empresa nacional que se haya visto bruscamente desplazada a causa de sucesos imprevistos. Si una empresa reviste importancia estratégica, su salida brusca del

¹¹ Geroski en 40.

* Nota: es una traducción al español de la cita original en inglés.

¹² Majoras en 9. Véase también, «Statement on CFIUS Action», (4 de marzo de 2018), disponible en <https://home.treasury.gov/news/press-releases/sm0303>.

¹³ Título 19 del Código Estadounidense, apartado 2253.

mercado o su incapacidad para funcionar correctamente durante un período prolongado podrían tener consecuencias indirectas y perjudicar a diferentes sectores complementarios. A finales de 2008, en medio de la crisis económica más grave registrada desde la Gran Depresión, el gobierno de Estados Unidos ofreció ayudas económicas directas a los fabricantes de automóviles estadounidenses y a grandes entidades bancarias que atravesaban graves problemas de liquidez. El gobierno estadounidense intervino ante la inquietud de que el colapso de grandes empresas en estos sectores estratégicos tuviese un efecto dominó y causase la desarticulación o la caída de otras en sectores relacionados o complementarios. En este caso, la aplicación de las ayudas concedidas por el gobierno se adaptó estrictamente y tuvo una duración limitada. Además, el país abandonó dichas inversiones en cuanto fue posible y no hubo despilfarro. Las inversiones del gobierno generaron beneficios para el pueblo estadounidense, mientras que muchos inversores privados pasaron dificultades¹⁴.

14. Más recientemente, la Administración Trump ha instado a sus socios comerciales a eliminar las barreras arancelarias y no arancelarias de carácter proteccionista o asumir un incremento de los aranceles impuestos a la entrada de determinadas importaciones en Estados Unidos. Los órganos estadounidenses encargados de la competencia no aplican más políticas que las de competencia, pero el Departamento de Justicia buscará oportunidades de asesorar a otros órganos nacionales sobre las vías para conseguir objetivos políticos que promueven la competencia. Así por ejemplo, el Departamento de Justicia estadounidense participa en el comité interinstitucional que emite recomendaciones al Presidente sobre las medidas que debe adoptar, en su caso, el Representante Comercial de Estados Unidos («U.S. Trade Representative» o USTR) a fin de responder a las prácticas poco razonables o discriminatorias de gobiernos extranjeros¹⁵.

4. La importancia de no discriminar en la aplicación de las leyes estadounidenses en materia de competencia

15. Durante muchos años, Estados Unidos ha sido un firme defensor del trabajo de la OCDE y la Red Internacional de Competencia (ICN) encaminado a mantener el compromiso de los órganos de competencia de desarrollar con coherencia e imparcialidad sus actividades para aplicar las leyes, sin injerencias políticas y sin discriminar por motivos de nacionalidad¹⁶. Este compromiso con la no discriminación quedó patente en la nueva iniciativa anunciada por el Departamento de Justicia de Estados Unidos en primavera de 2018: el «Multilateral Framework on Procedures in Competition Law Investigation and

¹⁴ Puede consultarse una disertación más pormenorizada sobre la ayuda prestada por el gobierno en períodos de restricción en el documento enviado por Estados Unidos a la OCDE «Competition and Financial Markets» (11 de febrero de 2009), disponible en <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/us-submissions-oecd-and-other-international-competition-fora/09financiacrisis.pdf>.

¹⁵ U.S. DOJ y FTC, Antitrust Guidelines for International Enforcement and Cooperation §2.11 (enero de 2017) disponible en <https://www.justice.gov/atr/internationalguidelines/download>.

¹⁶ International Competition Network, Guidance on Investigative Process §9.1, disponible en <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1146.pdf>; véase también OCDE, Procedural Fairness and Transparency (2012), disponible en <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse/50235955.pdf>

Enforcement» (MFP)¹⁷. En julio de 2018, el Departamento de Justicia trató de estimular el seguimiento de las normas de procedimiento y el proceso reglamentario al aplicar las leyes de competencia e invitar al conjunto de la comunidad encargada de aplicar la normativa a integrarse en el marco MFP.

16. Los órganos estadounidenses dejan la política industrial al margen de sus actividades de aplicación de las leyes. La legislación antimonopolio de Estados Unidos trata de proteger la competencia y no permite que los organismos encargados de esta materia promuevan la aparición de empresas dominantes nacionales ni persigan otros objetivos de la política industrial. En los últimos años, los órganos estadounidenses han investigado a empresas emblemáticas de ese país, como Amazon, Apple y Google. En todas estas investigaciones resultó irrelevante que se tratase de empresas nacionales. A finales de la década de los noventa, el Departamento de Justicia demandó a Microsoft, empresa estadounidense posicionada en aquel momento como fabricante de software de mayor éxito en el mundo, por abusar de su dominio monopolístico con su navegador web Internet Explorer, y ganó la demanda¹⁸.

17. Al aplicar la normativa sobre fusiones, los órganos de competencia estadounidenses solo ponen en cuestión operaciones que se considere que pueden generar subidas de precios o descensos de la producción, o menoscabar la calidad o la innovación en un futuro próximo¹⁹. Algunas operaciones importantes investigadas por dichas autoridades estaban relacionadas con adquisiciones de activos o empresas estadounidenses por parte de sociedades extranjeras. Sin embargo, no se plantearon en ninguno de estos casos proteger a las primeras de la adquisición por parte de las últimas²⁰.

18. Ni los objetivos de la política industrial ni la nacionalidad tienen tampoco relevancia alguna en las actividades de aplicación de las leyes anticárteles de Estados Unidos. En los últimos años, se ha criticado al Departamento de Justicia por centrar desproporcionadamente su lucha contra los cárteles en empresas internacionales, aunque dicha crítica carece de fundamento. El Departamento de Justicia persigue a los cárteles perjudiciales para los consumidores estadounidenses, al igual que otras naciones aplican su

¹⁷ Makan Delrahim, «Remarks on Global Antitrust Enforcement at the Council on Foreign Relations» (1 de junio de 2018), disponible en <https://www.justice.gov/opa/speech/assistant-attorney-general-makan-delrahim-delivers-remarks-global-antitrust-enforcement>.

¹⁸ Para obtener más información sobre este procedimiento, consúltese la Información sobre el acuerdo alcanzado entre Estados Unidos y Microsoft Corp., disponible en <https://www.justice.gov/atr/usdoj-antitrust-division-us-v-microsoft-corporation-information-settlement>.

¹⁹ FTC y DOJ, Horizontal Merger Guidelines (Agosto de 2010) en 2, disponible en <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf>.

²⁰ Véase el Comunicado de prensa del Departamento de Justicia de Estados Unidos para Bayer-Monsanto (29 de mayo de 2018), disponible en <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-secures-largest-merger-divestiture-ever-preserve-competition-threatened>. Comunicado de prensa de la Comisión Federal de Comercio (14 de junio de 2018), «FTC Requires Construction Company CRH plc to Divest Facilities in Montana, Nebraska and Kansas as a Condition of Acquiring Competitor Ash Grove Cement Company», disponible en <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2018/06/ftc-requires-construction-company-crh-plc-divest-facilities>.

legislación contra los cárteles que afectan a sus ciudadanos²¹. La aplicación de las leyes en Estados Unidos se ha realizado sin parcialidad ni favoritismo alguno hacia las empresas nacionales. Las infracciones son comunicadas en la mayor parte de los casos por particulares y empresas que presentan una denuncia automática a través de los Programas de clemencia para particulares y empresas de la División Antimonopolio. La División Antimonopolio no perseguirá a los cárteles que no tengan nada que ver con Estados Unidos, pero sí a aquellos que perjudiquen o amenacen con perjudicar a los consumidores o las actividades comerciales estadounidenses, al margen del lugar en el que surjan los cárteles o de la nacionalidad de sus integrantes²².

5. Conclusión

19. En las leyes antimonopolio de Estados Unidos se consagra el compromiso con una economía de libre mercado. No permiten que las autoridades de la competencia de Estados Unidos inclinen la balanza en favor de una empresa o empresa dominante nacional en concreto ni que discriminen de otro modo a una empresa por su nacionalidad. La experiencia de Estados Unidos con la concesión de subvenciones o la protección de empresas nacionales frente a competidores externos ha demostrado que una industria protegida contra las exigencias de la competencia es menos propicia a innovar y triunfar, y que es más probable que la industria o las empresas protegidas se beneficien a costa de los consumidores. Por dichos motivos, los aspectos de la política industrial tienen poca relevancia en la política de competencia estadounidense.

²¹ En los últimos años, el Departamento de Justicia ha perseguido enérgicamente actividades de fijación de precios o manipulación de licitaciones en Estados Unidos. Véase «Three Real Estate Investors Indicted for Bid Rigging in Florida Online Foreclosure Auctions», (3 de noviembre de 2017), disponible en <https://www.justice.gov/opa/pr/three-real-estate-investors-indicted-bid-rigging-florida-online-foreclosure-auctions>.

²² Véase el punto 3.2 de las «Antitrust Guidelines for International Enforcement and Cooperation», supra nota 15.